

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
NÍVEL MESTRADO

MARCELLE COELHO DO ROSARIO

EMPATIA JUDICIAL: UMA PROPOSTA COMPATIBILISTA

SÃO LEOPOLDO - RS

2015

MARCELLE COELHO DO ROSARIO

EMPATIA JUDICIAL: UMA PROPOSTA COMPATIBILISTA

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre, pelo
Programa de Pós-Graduação em Filosofia da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos –
UNISINOS

Área de concentração: Sistemas Éticos

Orientador: Professor Doutor Marco Antônio
Oliveira de Azevedo

SÃO LEOPOLDO

2015

MARCELLE COELHO DO ROSARIO

EMPATIA JUDICIAL: UMA PROPOSTA COMPATIBILISTA

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Aprovado em ___/___/2015

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. **Marco Antônio Oliveira de Azevedo** – Orientador.

Professor Dr. **Denis Coitinho Silveira** – UNISINOS/PPG em Filosofia.

Professor Dr. **Thadeu Weber** – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/ PPG em Filosofia.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 DA EMPATIA	13
3 EMPATIA JUDICIAL E IMPARCIALIDADE.....	29
4 AS OBJEÇÕES DE JESSE PRINZ AO VALOR DA EMPATIA NA DECISÃO JUDICIAL.....	52
5 A DEFESA: VIRTUDES E DEFEITOS DA TEORIA DE THOMAS B. COLBY.....	70
6 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS.....	95

AGRADECIMENTOS

Ao **Programa de Bolsas de Estudo Pe. Milton Valente de Apoio Acadêmico**, sem o qual teria sido inviável a realização da presente pesquisa.

Ao Professor Doutor **Marco Antônio Oliveira de Azevedo**, meu dileto Orientador, exemplo e inspiração, que, primorosamente, durante os dois anos desta pesquisa fez valer a máxima “Saber não ocupa espaço.”

Aos Professores Doutores **Denis Coitinho Silveira** e **André Olivier da Silva** que lapidaram minhas ideias durante a fase de Qualificação desta pesquisa.

Ao Doutor **Miguel Mariante Coelho**, *l'amour de toujours*, as preciosas lições sobre Psicanálise.

A Mestra **Elizabeth Ribeiro**, amiga querida, incansável, que contribui para realização da parte técnica do presente trabalho.

RESUMO

A *Empatia Judicial* integra hoje o conjunto dos temas mais debatidos na atualidade. O presidente americano Barack Obama foi contribuinte expoente para que a discussão galgasse o píncaro. Suas declarações manifestando o desejo de que o judiciário americano pudesse ser composto por *juízes empáticos*, causaram efervescência nos meios político, jurídico e social. A participação da empatia no processo de tomada de decisão judicial tem sido discutida qualquer que seja a vertente escolhida. Estudos científicos, e não científicos, concorrem com inúmeras conceituações de empatia, bem como, com entendimentos múltiplos sobre seu emprego no processo judicial ser, ou não, desejável e moral. Até a presente data, não há consenso sobre o tema. Mas sobre qual conceito de empatia recaem essas discussões? Empatia é ou não uma emoção? Uma vez definido tal conceito, seria ele aplicável a todas as demandas judiciais? Estaria, assim, o uso da *empatia judicial*, necessariamente comprometendo o dever legal e moral de *imparcialidade* dos magistrados? A empatia judicial imprime um enviesamento nas decisões? Decisões judiciais devem ser justificadas somente pelas leis? Para os que respondem afirmativamente a questão anterior, como tratar os chamados casos difíceis (*hard cases*), que emergem da sociedade contemporânea e que ainda não se encontram contemplados na legislação? Desta forma, a presente pesquisa tem por objetivo responder esses questionamentos. A hipótese pesquisada é da empatia como *ferramenta essencial* ao processo de tomada de decisão judicial, empatia judicial. O presente trabalho defenderá a empatia como desejável ao processo de tomada de decisão judicial, porém não pertencente ao grupo das emoções (embora as emoções sejam elementos do processo), mas como uma *habilidade cognitiva*, e a *imparcialidade* do magistrado como o *resultado objetivo da empatia judicial*. Foram utilizados como textos-base as obras *Against Empathy* e *Is Empathy necessary for morality?*, de Jesse Prinz, que oferece uma extensa argumentação contra a empatia judicial; *In defense of judicial empathy*, de Thomas M. Colby que executa brilhante defesa, e *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial: entre “quereres” e “poderes”*, de Bárbara G. L. Baptista, resultado de notável pesquisa sobre os dilemas da imparcialidade judicial no Brasil.

Palavras-chave: conceito de empatia; empatia judicial; imparcialidade.

ABSTRACT

The Judicial Empathy includes today the set of most debated topics recently. American President Barack Obama was an exponent contributor so this discussion could reach its pinnacle. His statements expressing the wish that the American judiciary would be composed of *empathetic judges*, caused unrest in the political, legal and social environments. The participation of empathy in the judicial decision-making process has been discussed whatever the chosen strand. Scientific and non-scientific studies compete with countless empathy conceptualizations, as well as multiple understandings about its usage in the judicial process to be, or not, desirable and moral. So far, there is no consensus on the subject. But what empathy concept those discussions are being referred to? Is empathy an emotion or not? Once defined this concept, would it be applicable to all judicial needs? Thus, the use of judicial empathy necessarily compromising the legal and moral duties of impartiality of the judiciary? The judicial empathy applies a bias to the decisions? Judicial decisions must be justified only by laws? To those who answer yes to the previous question, how to treat the so-called hard cases, that emerge from the contemporary society and that are not yet contemplated in the legislation? Thus, this research aims to answer the above mentioned formulations. The researched hypothesis is empathy as an essential tool to the judicial decision-making process, judicial empathy. This work will defend the empathy as desirable to the judicial decision-making process, however not belonging to the group of emotions (though the emotions are elements of this process), but as a cognitive skill, and the impartiality of magistrate as the result of judicial empathy. Were used as background paper the works *Against Empathy and Is Empathy necessary for morality?* by Jesse Prinz, who offers an extensive argument against judicial empathy; *In defense of judicial empathy*, by Thomas M. Colby which executes a brilliant defense, and *Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade da judicial: entre "quereres" e "poderes"*, by Bárbara G. L. Baptista, the national impartiality bible.

Keywords: concept of empathy; judicial empathy; impartiality.

1 INTRODUÇÃO

No ano de 2009, um discurso do presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, por ocasião da escolha do nome da juíza Sonia Sotomayor para compor a Suprema Corte americana, foi duramente criticado por declarar que o “fator empatia”, presente nas qualificações de Sotomayor, é altamente desejável para o exercício da judicatura.

Instantaneamente, falas recheadas de fortíssimas argumentações contra o entendimento do presidente Obama, capitaneadas pelo Partido Republicano, suscitaram um debate que, em pouco tempo, apesar de não ser inédito no cenário jurídico, ressurgiu e ganhou expressão mundial: existiria um conflito entre as decisões reais, prolatadas por juízes, jurados e colegiados, os preceitos morais e os princípios constitucionais?

A presente pesquisa tem por objetivo principal, por meio de revisão bibliográfica, perscrutar os elementos envolvidos nas argumentações favoráveis e contrárias à hipótese e avaliar a conveniência, ou não, de decisões judiciais prolatadas sob resposta empática; por objetivos secundários, propor um novo conceito de empatia judicial e de imparcialidade.

Tal empreitada será dividida, para que seja desenhado um melhor resultado desta pesquisa, segundo a forma que segue.

No capítulo 2, serão mirados o histórico e as conceituações do fenômeno empatia, suas inter-relações com o processo judicante e as consequências dessas inter-relações. Serão utilizados os clássicos David Hume e Adam Smith, para que se seja estabelecido o ‘ponto de partida’, a partir do qual estão, de alguma forma, alicerçadas as correntes contemporâneas de Antônio Damásio, Franz de Waal, Paul Zak, Simon Baron-Cohen e Martin Hoffman, que também ganham sede na discussão, para por fim, definir qual das interpretações dadas ao conceito é a aceita pela autora do presente trabalho.

Sympathy: as primeiras propostas de David Hume e Adam Smith.

O termo *empatia* é cunhado somente no final do século XIX pelo psicólogo Edward Titchener, derivado de uma tradução do alemão *Einfühlung*. Porém, são os empregos do conceito de *sympathy* feitos por Hume e Smith, ainda no século XVIII, que ganharam expressão na Filosofia, na Psicologia, na Sociologia e no Direito. O entendimento do fenômeno como uma manifestação emocional, ou de sentimento (para aqueles que fazem a distinção¹), de forma geral, posteriormente foi denominado *empatia*, conforme utilizamos nos dias atuais.

¹ FRAZETTO, Giovanni. **Alegria, culpa, raiva, amor**: o que a neurociência explica – e não explica – sobre as nossas emoções e como lidar com elas. Rio de Janeiro: Agir, 2013, p.133-134.

O objetivo neste capítulo 2 é que sejam trazidas as primeiras propostas de entendimento sobre os conceitos de *sympathy*, a apresentação do fenômeno, sua origem e possíveis consequências, sob as óticas de Hume e Smith, por serem tidas atualmente como as mais aceitas, independente dos diversos tons a ele atribuído pelos novos doutrinadores.

Algumas propostas contemporâneas: Antônio Damásio, Franz de Waal e Paul Zak.

Partindo de Hume e Smith, os séculos posteriores perseveraram na construção de uma teoria da empatia, ampliando a observação do fenômeno, atribuindo-lhe novas possibilidades de origem, justificativas e valorações.

A proposta é trazer o entendimento de alguns autores contemporâneos sobre o fenômeno empático, com construções que vão variar desde a avaliação do fenômeno em outras espécies, como nos mostram as pesquisas realizadas pelo biólogo Franz de Waal, até as avaliações neurológicas do fenômeno, presentes nos resultados de Damásio, e a construção moral (social e política), alicerçadas em respostas que não escapam ao fenômeno empatia, sob o olhar de Paul Zak.

O conceito de Empatia Judicial. No capítulo 3, pretende-se a extensão do conceito de empatia para o conceito de empatia judicial, que será construído com os elementos apresentados no capítulo 2.

O que deve ser entendido quando se fala em Empatia Judicial?

Do surgimento do termo técnico ao sentimento da moralidade comum. O que se deseja da Justiça e o que se deseja do(s) homem (ns) que na figura do juiz, ou nas figuras dos membros do Tribunal do Júri para a realização da Justiça? São questionamentos que deverão ser aqui respondidos, em conjunto com a análise das possíveis consequências (desejáveis e indesejáveis) da empatia judicial.

Tencionase, ainda, o exame das relações entre empatia judicial e as emoções envolvidas no processo de tomada de decisão judicial, bem como, a reverberação do uso da empatia judicial no princípio da imparcialidade do juiz.

Sobre a Imparcialidade da Justiça. Ainda, neste terceiro capítulo, trata-se do tema: Como o direito pátrio trata a Imparcialidade da Justiça? A Imparcialidade da Justiça é [apenas] um ideal? A empatia judicial é abarcada pelo regramento jurídico? Sendo a resposta positiva, de que maneira? Quais os remédios jurídicos que, em tese, poderiam sanar a imparcialidade? Poderia a parcialidade estar ligada à resposta empática dos julgadores?

Observações sobre a doutrina e sobre a prática do processo de tomada de decisão judicial serão descritas e estudadas para que respostas as indagações supra sejam dadas.

Das objeções de Jesse Prinz. No capítulo 4, Jesse Prinz será chamado para explicar o porquê de sua hipótese que tenta extirpar a empatia de qualquer processo de tomada de decisão, seja ele moral ou judicial.

Dentre os mais importantes pesquisadores contemporâneos que trabalham Filosofia da Psicologia e Filosofia Experimental, encontramos Jesse Prinz, atualmente lecionando na Universidade da Cidade de Nova York e focado na pesquisa de temas como a empatia e suas relações com a moralidade.

Prinz aborda especificamente as relações entre a empatia e a moralidade em dois textos, a saber: *Against Empathy* (2011) e *Is Empathy necessary for morality?* (2012), que serão neste momento analisados para que deles sejam extraídos as negativas, e seus respectivos argumentos, de Prinz quanto a presença da empatia na tomada de decisão moral e judicial, ocupando posição basilar. A partir dos posicionamentos de Prinz, será oferecida uma análise crítica de seus argumentos, com intuito de objetá-los.

A defesa de Colby. No capítulo 5, na posição de defensor da tese de que a empatia judicial não é perversa, não fere a moralidade, nem ataca o sistema jurídico do estado democrático de direito, estão, dentre outros, Thomas Colby, professor da Faculdade de Direito de Harvard, que em conjunto com a autora, integrarão a defesa, embora em diferentes bases.

Apresentação dos argumentos *pró*-empatia judicial e respectiva análise crítica da tese de Colby serão estudados.

Esclarecimentos sobre Moralidade e empatia judicial. Muitas são as consequências advindas do fenômeno empático. Consequências de vulto, cada vez mais relevantes, principalmente no que tange a Moral e ao Direito. As justificativas e proeminentes participações da empatia no processo de tomada de decisão judicial podem ser lidas como eminentemente emocional, eminentemente racional, ou um misto das espécies anteriores. A opção pela leitura “eminente emocional”, desagua nas águas turbulentas da imoralidade; a segunda e a terceira, por caminhos diferentes, desaguam na placidez da moralidade.

De suma importância que se traga alguns esclarecimentos sobre como deve ser compreendido o termo “moralidade”, que por vezes aparecerá neste trabalho.

James Rachel² aponta para a impossibilidade de uma definição [única] sobre o que é moralidade, frente à existência de inúmeras “teorias divergentes”, e, sabiamente, se posiciona ao lado de Sócrates³ quanto ao que é filosofia da moral, para afirmar que a melhor percepção

² RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Editora Manole, 2006, p. 1.

³ “Nós não estamos discutindo um problema sem importância, mas, ao contrário, como deveríamos viver”. Sócrates, apud RACHELS, James. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Manole, 2006, p. 1.

de uma definição jaz nas perguntas “como deveríamos viver e por quê”⁴. No mesmo diapasão o entendimento sobre a moralidade de David O’Brink: “A moralidade é uma questão de ordem prática. É para decidir o que vão fazer que, de forma característica, os agentes se lançam na deliberação moral”⁵.

Os questionamentos sobre o tema *empatia judicial* alargam-se quando a referência à parcialidade do juiz passa das alegações de ilegalidade para as alegações de imoralidade⁶. Alegações sobre a moralidade da sentença prolatada sob julgamento empático são intrínsecas à análise da presença, ou não, do instituto da imparcialidade do juiz, ou imparcialidade da Justiça.

Persegue-se a ideia de que perniciosas consequências serão geradas ao se permitir a empatia como parte do processo de tomada de decisão (dentro da esfera geral do entendimento da empatia como emoção). Utilizá-la [significa] carimbar a parcialidade da sentença, conseqüentemente, carimbar sua imoralidade (não é isso que a sociedade deseja, não foi isso que ela elegeu como “correto”). Por seu turno, a não utilização da empatia judicial, teoricamente, implica na aferição da imparcialidade do juiz e da moralidade da sentença.

Assim, o que está em jogo ao se questionar a moralidade da sentença?

Questionar a moralidade da sentença, neste aspecto, significa indagar o que aquela sociedade, na qual está sendo exercida a jurisdição, convencionou por “certo” e por “errado”. Mister chamar atenção para a possibilidade de conflitos entre essas convenções e para o fato de não existirem regras morais absolutas⁷, o que denota que qualquer deliberação afoita sobre a questão pode produzir um resultado insatisfatório.

É tentadora a adesão à hipótese de a empatia judicial arrastar a imparcialidade e a imoralidade para a sentença, contudo, ao examinar-se na pesquisa em tela a possibilidade de a empatia não estar agregada à classe das emoções e, sim, definida como habilidade cognitiva, ver-se-á sua aplicação no processo de tomada de decisão judicial, desvinculada da parcialidade e, logo, da imoralidade, como conclui a presente pesquisa.

Em tempo: as traduções dos textos originais em língua inglesa para o Português foram realizadas pela autora em “tradução livre”; que a formatação deste trabalho seguiu as normas editadas pela Biblioteca da Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS, no Manual para

⁴ RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Manole, 2006, p. 1.

⁵ O’BRINK, D. Verbete: Realismo moral. In: CANTO-SPERBER, M. (Org.) **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2007, vol. 2, p. 465.

⁶ Certamente, as diversas imbricações relativas ao lugar da Moral no Direito, renderiam um considerável pleito, mas sem sede na pesquisa ora realizada.

⁷ RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Manole, 2006, p. 128.

elaboração de trabalhos acadêmicos (artigo de periódico, dissertação, projeto, relatório técnico e/ou científico, trabalho de conclusão de curso, dissertação e tese), 2014.

2 DA EMPATIA

É possível que “sobreviver” tenha sido o objetivo primário da evolução de uma *conexão emocional* entre seres da mesma espécie, e, certamente, seu início se deu muito antes da evolução do homem. Aves, roedores, mamíferos estão entre os animais não humanos que reconhecem sinais enviados por suas proles, acenando para necessidades básicas garantidoras de suas vidas, como alimentação, aquecimento, ou algum eventual perigo⁸.

Há quem proponha que o surgimento do fenômeno empático entre humanos está atrelado ao surgimento do próprio homem, fundamentado na ocorrência de atos como compartilhar alimentos e a prestação de auxílio mútuo entre os hominídeos da espécie *Homo Erectus*, rebatizado por aqueles que abraçam tal hipótese de *Homo Erectus Empathicus*⁹. Posicionamento nada pacífico, vez que as mencionadas condutas podem ser lidas como condutas cooperativas, de cunho protetivo das relações parentais, visando à preservação genética.

Não concorda a autora com a tese de o *Homo Erectus* seja empático precisamente por não concordar com a alegação de que *toda* conduta cooperativa seja empática, mas não se descarta a ideia de que a empatia, como entendida neste trabalho, encontra-se intimamente ligada ao processo evolutivo do homem e que essas condutas possam ter colaborado de alguma forma.

Do período Quaternário ao segundo milênio da era cristã, provavelmente diversas condutas poderiam ter sido registradas como empáticas, se tomadas como tal as ações classificadas dentro das acepções gerais de preocupação, de cuidado, de ajuda etc.

Ocorre que no ano de 1740, com a publicação do Livro 3 do Tratado da Natureza Humana, de David Hume¹⁰, no qual o principal tema é a Moral, um somatório de referências¹¹ à descrição de determinadas condutas, reunidas sob o termo ‘simpatia’ (*sympathy*), deu origem, (ao lado de algumas propostas de Adam Smith, que veremos na sequência) ao conceito de *empatia*, de forma geral descrito como uma manifestação emocional, ou de sentimento (para aqueles que fazem a distinção), conforme utilizado hodiernamente pela

⁸ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy**. 2007, p. 282. Disponível em: <<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>> Acesso 03/05/2013, às 23:00h.

⁹ Center for Building a Culture of Empathy. Disponível em: <<http://cultureofempathy.com/References/History.htm>> Acesso 25/05/2012, às 00:14.

¹⁰ HUME, D. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP, 2000, p.07.

¹¹ Apesar de menções anteriores ao termo ‘sympathy’, realizadas nos livros 1 e 2 do Tratado, publicado em 1739. Ver p.289, 355, 357, 397.

maior parte dos estudiosos da Filosofia, da Psicologia, da Sociologia, da Biologia e do Direito.

Dentre as referências à simpatia feitas por Hume, destaca-se uma, que versa sobre “a natureza e a força da *simpatia*”, tida como a mais importante na construção da empatia, compreendida dentro do molde comum, a saber:

Quando vejo os *efeitos* da paixão na voz e no gesto de alguém, minha mente passa imediatamente desses efeitos a suas causas, e forma uma idéia tão viva da paixão, que essa idéia logo se converte na própria paixão. De maneira semelhante, quando percebo as *causas* de uma emoção, minha mente é transportada a seus efeitos, sendo movida por uma emoção semelhante.¹²

Atenção para o comentário de Marco Azevedo sobre a passagem acima transcrita:

Hume está tratando do que chama de “relação dupla de impressões e ideias” (*a double relation of impressions and ideas*). Quando a impressão em questão é uma paixão, a explicação para a passagem da impressão percebida a uma impressão sentida (intermediada por uma idéia) consiste no que Hume chamou de *simpatia*. É a simpatia que promove essa transformação de uma percepção (a visão de alguém sofrendo) em um sentimento ou emoção (o mal-estar sentido ao perceber outro sofrendo). Em Hume, a simpatia é esse mecanismo mental ou a disposição mental a sentir um mal-estar interno análogo àquele percebido externamente. Na passagem, Hume está mostrando como a relação de causa e efeito favorece o processo. Percebo (vejo e ouço) relações externas (*matters of facts*) e formo uma ideia desses fatos; como eles envolvem uma paixão percebida, a paixão logo “converte-se” numa paixão análoga naquele que percebe. Ou melhor. O indivíduo infere que aquilo que percebe (IMPRESSÕES) tem como causa uma paixão; forma então uma IDEIA dessa causa. Essa ideia “logo converte-se na própria paixão”. Ou seja, a ideia de que o indivíduo observado sente, por exemplo, dor, converte-se em DOR naquele que o contempla. O mesmo no caso de uma emoção compreendida como efeito¹³.

Hume defende que temos sentimentos semelhantes por termos uma mesma constituição natural, e que esses sentimentos são reverberados “prontamente”, gerando ações correlatas. Hume, entretanto, não foi suficientemente detalhista em sua abordagem. Sob o termo ‘*sympathy*’, diferentes habilidades foram reunidas. Além disso, o mecanismo que Hume descreveu parece ser igualmente compartilhado por outros animais. Pesquisas biológicas mais recentes mostraram como a simpatia descrita por Hume também ocorre em alguns símios¹⁴. Independentemente disso, há uma clara proximidade entre o que Hume chamou genericamente por *simpatia* e os primeiros níveis de empatia indicados na escala de Frans de Waal¹⁵.

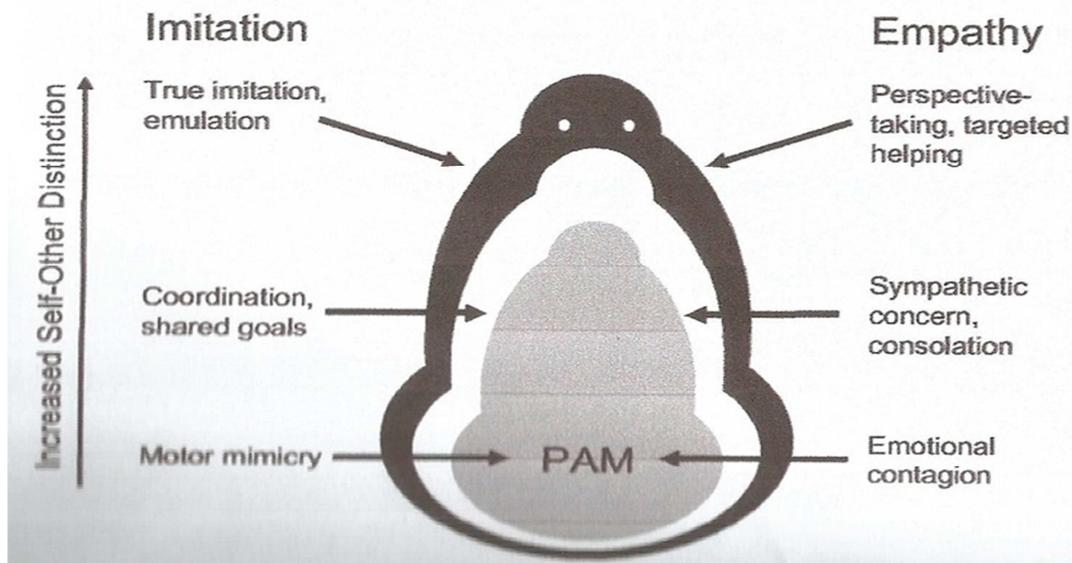
¹² HUME, David. 1740: 3.3.1-7. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP, 2000, p.615.

¹³ AZEVEDO, M.A. Orientação de Dissertação, em 06/02/2015.

¹⁴ No dia-a-dia é comum várias fêmeas Bonobo se unirem para atacar o macho que agrediu uma delas. Ver VARELA, D. **Macacos**. São Paulo: Publifolha, 2000, p.69.

¹⁵ De Waal propõe três estágios de desenvolvimento da empatia. A ideia central a de que esses níveis estejam um contendo o outro, do mais elementar para o mais elaborado. Por isso o modelo da Boneca Russa (Matryoshka): 1) *Contágio Emocional*: denominador comum de todos os processos empáticos em que uma parte é afetada pela outra, é o estado emocional ou a excitação; 2) *Preocupação simpática*: é o próximo passo na evolução da

Figura 2. Modelo Boneca Russa (Matryoshka) de Franz de Waal.



Fonte: WAAL, Franz de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy.** 2007, p. 288. Disponível em: «<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>» Acesso 03/05/2013, às 23:00h.

	Imitação		Empatia
Aumento da distinção eu-outro	Imitação verdadeira, emulação		Tomada de perspectiva, direcionada para ajuda.
	Objetivos comuns, coordenação		Preocupação simpática ou Empatia cognitiva
	Mimetismo motor	PAM*	Contágio emocional

(*) Mecanismo Percepção-Ação¹⁶.

empatia. Ocorre quando o contágio emocional é combinado com a avaliação da situação e com as tentativas de compreender as causas das emoções do outro. Chamada também de "empatia cognitiva", pois a reação empática inclui tais avaliações contextuais; 3) *Empatia Perspective-Taking*: os psicólogos costumam falar de empatia apenas quando envolve a *tomada de perspectiva*. Eles enfatizam a compreensão do outro e aprovação do ponto de vista do outro. Deste ponto de vista, então, é cognitivo, dependente de imaginação e do estado mental atribuído ao observador, o que pode explicar o ceticismo sobre a empatia não-humana (Hauser 2000, Povinelli, 1998). Ver WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy.** 2007, p. 282-286. Disponível em: «<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>» Acesso 03/05/2013, às 23:00h.

¹⁶ *Perception Action Mechanism.*

Corroborando esse entendimento, traz-se nova citação: “(...) para além da relação de causa e efeito, que nos convence da realidade da paixão com que simpatizamos, precisamos das relações de semelhança e contiguidade para sentir a simpatia em sua plenitude”¹⁷. O que pode ser válido para a *simpatia*, mas não o é para a *empatia*.

Não obstante a observação acima, há uma passagem no Tratado que pode tornar-se útil para que se entenda o modo pelo qual o conceito de empatia será lidado no presente trabalho e que será agora trazida:

Não há na natureza humana qualidade mais notável, tanto em si mesma como por suas consequências, que nossa propensão a simpatizar com os outros e a receber por comunicação suas inclinações e sentimentos, por mais diferentes ou até contrário aos nossos. Isto é evidente (...) também em homens de grande discernimento e inteligência, que têm muita dificuldade em seguir sua própria razão ou inclinação, quando esta se opõe à de seus amigos ou companheiros do dia-a-dia.¹⁸

Hume está falando sobre as paixões e apresenta um elemento que não aparece na citação anterior, quando ele falava sobre a moral: a diferença entre os sentimentos reverberados e os sentimentos do simpatizante. Essa “diferença” soa agora como uma percepção do sentimento do outro (aspecto que cabe na perspectiva de que existe um complexo depurador racional das emoções chamado empatia, conforme será analisado adiante) e não mais como a “ideia viva do sentimento que se converte no próprio sentimento”; não necessariamente.

Sem a pretensão de se ter feito uma abordagem completa sobre as ideias humeanas que tangem o tema *simpatia*, a seguir será averiguada a proposta de outro expoente da Filosofia, que também contribuiu para a formação do entendimento atual sobre a empatia, Adam Smith.

Adam Smith, embora contemporâneo de Hume, manifesta-se sobre a *simpatia* destacando sua semelhança com facetas da piedade e da compaixão, imprimindo-lhe, porém, um novo enfoque, argumentando que a solidariedade não se manifesta somente em relação ao sofrimento, mas em relação a “qualquer paixão”.¹⁹ Todavia, ele mesmo se encarrega de uma importante observação, [retratação]: não é exatamente “qualquer paixão”! Trata-se apenas de incluir a alegria, ou um bom sentimento, junto às emoções de sofrimento, no quadro das emoções “transfundidas instantaneamente” pela simpatia. A retratação é frente ao fato de emoções como a raiva, por exemplo, não gerarem *simpatia*.

¹⁷ HUME, David. 1739: 2.1.11-8. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP, 2000, p. 354.

¹⁸ *Ibidem*, p. 351.

¹⁹ SMITH, A. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.08.

A imaginação, como faculdade que possibilita a simpatia é o elemento diferenciador da *simpatia* de Smith²⁰. É por meio da imaginação que um indivíduo poderá se colocar no lugar do outro; é como se, “de certa forma, nos tornássemos a mesma pessoa, (...) e, embora em menor grau, até sentindo algo”.²¹

Volta-se, desta forma, aos níveis de empatia de De Waal, a *simpatia* smitheana também é emoção, também é sentimento, e o instrumento para a transfusão instantânea das emoções é a imaginação, posição que diverge muito da proposta de empatia como habilidade cognitiva, de caráter instrumental, que será apresentada oportunamente neste trabalho.

No século seguinte, Charles Darwin correlaciona simpatia e intuição e Robert Vischer utiliza o termo *Einfühlung*, que tinha o significado original de “compreender” e o emprega no sentido de “sentir-se em” para tentar elucidar como as emoções se manifestam nos indivíduos quando da apreciação estética da natureza e de obras de arte²². Theodor Lipps transfere o termo para a Psicologia, atribuindo a *Einfühlung* o significado (já de empatia) de um fenômeno mental de ressonância (*resonance phenomena*) emocional, capaz de induzir "processos" internos que dão origem a emoções semelhantes as que o indivíduo produz quando ele mesmo sofre a mesma experiência, ou melhor, [a empatia] como “base primária” para que uns possam reconhecer os outros como seres que também pensam²³ e sentem.

Importante notar a semelhança nuclear entre a proposta de Lipps e propostas de Hume e Smith, acima citadas, nas quais o caráter vicário da empatia é capital para a elucidação do fenômeno e para a construção do conceito. O caráter vicário da empatia, porém, preenche apenas uma parcela da teoria de Lipps, que na íntegra, é composta por espécies diferentes de empatia, como a *empatia universal perceptiva*²⁴, estrutura delicada, vez que o termo ‘empatia’ refere-se a “qualquer atividade mental por parte do observador, que é acionada através da percepção de um estímulo externo, e que deve ser entendida como sendo constitutiva para a compreensão de qualquer objeto”²⁵, distanciando-a do caráter vicário, até então componente indispensável.

A abertura que a construção da *empatia universal perceptiva* confere à empatia [tradicional] expõe, para o que está sendo proposto neste trabalho, um atraente mecanismo, a

²⁰ SMITH, A. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.07.

²¹ *ibidem*, p.06.

²² Seguindo os rastros do pai, Friedrich Theodor Vischer, que deu emprego semelhante ao termo.

²³ **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, verbete *Empathy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/empathy/>> Acesso 14/05/2013, às 21:00h.

²⁴ **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, verbete *Empathy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/empathy/>> Acesso 14/05/2013, às 21:00h.

²⁵ **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, verbete *Empathy*. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/empathy/>> Acesso 14/05/2013, às 21:00h.

saber: o processo de compreensão do sentimento do outro deve ser realizado sob o “compromisso com o contraditório”, denotando que não se trata de “abrir o coração” e “colocar-se no lugar do outro”, mas de uma compreensão *racional* daquelas emoções, aferida com base nas emoções de quem busca cautelosamente tal compreensão, ciente de que, apesar das mesmas denominações, não são simétricas às emoções do outro.

Centenas de páginas ainda poderiam ser escritas sobre as considerações de Lipps, mas acredita-se que, para o proposto na pesquisa em tela, elas foram satisfatoriamente percorridas.

Continuando o movimento em torno das tentativas de entender as nuances do fenômeno empatia, Edward Titchener (contam que inspirado em Lipps) também trabalha o tema e, em 1909, traduz *Einfühlung* como *Empatia*²⁶, cunhando o termo na acepção hoje conhecida.

Passadas algumas décadas, o emprego do termo ‘empatia’ foi aderindo a novas formulações em diversas áreas da ciência. Mas o mundo contemporâneo parece não aceder com a separação estanque dos conhecimentos, de forma que hoje se encontram juntas, disponibilizando seus saberes e tentando compatibilizar seus entendimentos diversos, a Biologia, a Ecologia, a Psicologia, a Política, a Filosofia, a Literatura, o Direito, a Religião, a Medicina, a Economia e, por mais espantoso que possa parecer, a Tecnologia da Informação²⁷, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento de um conceito unificado de empatia, compreender e revelar seus pontos ainda obscuros, para, por fim, empregá-la com eficiência e eficácia, em prol do desenvolvimento do indivíduo e, consequentemente, das sociedades.

Mas sobre qual empatia fala-se no presente texto?

São diversas as acepções de uso relativas ao termo ‘empatia’, como já mencionado. Pode-se enxergá-la, *v.g.*, como *emoção vicária*, como *empatia universal perceptiva*, como *empatia da natureza*, como *criatividade empática*, como *consciência sensorial*, como *canal de apreensão da estética*, como *altruísmo*, como *atividade dos neurônios-espelho* etc. Frente esta diversidade, os debates continuam acirrados sobre a possibilidade de uma conceituação única de empatia, que apresente quais são seus alicerces, o que a integra, como se apresentam seus componentes, e em quais setores da sociedade o uso da empatia poderia trazer reais benefícios, em suma, um estatuto epistemológico próprio.

²⁶ Feito que alguns atribuem a Rudolf Lotze. Ver Center for Building a Culture of Empathy. Disponível em: <<http://cultureofempathy.com/References/History.htm>> Acesso 17/08/2013, às 23:20.

²⁷ **Mapa de Empatia**: plataforma que permite a organização de dados qualitativos do cliente, revelando seu aspecto emocional. Disponível em: <<http://www.ideiademarketing.com.br/2014/05/15/inovando-atraves-do-mapa-de-empatia/>> Acesso 19/10/2014, às 15:00h.

A constatação de Wolfgang Kohler de que a *empatia é um processo mais cognitivo do que emocional*, e suas revisões desenvolvidas por expoentes como Jean Piaget e George Herbert Mead, fizeram com que as diversas hipóteses sobre empatia fossem acomodadas em três grandes teorias²⁸, conforme se verá abaixo.

A primeira é a *teoria afetiva da empatia* (na qual estão inseridas as teses do Homo Erectus Empathicus, a de Hume, a teoria geral de Lipps etc., e algumas teses contemporâneas de Jesse Prinz, o primeiro Martin Hoffman e outros), que reúne as propostas gestoras do conceito de empatia como *emoção vicária*, baseada no “colocar-se no lugar do outro” para conhecer seus sentimentos e oferecer respostas emocionais compatíveis.

Fala-se da primeira espécie de empatia, da empatia passível de ser detectada tanto em animais humanos, quanto em algumas espécies de animais não humanos²⁹, como os da família *hominidae*, por exemplo.

Apesar de a expressão “colocar-se no lugar do outro” sugerir que tal ato seja consciente, a empatia afetiva pode representar uma resposta inconsciente, principalmente se aceita a hipótese da *continuidade evolutiva da comunicação emocional*³⁰ entre humanos e símios. Seria a forma mais primitiva de empatia, na qual as respostas “adequadas” aos sentimentos alheios seriam instintivas, mecânicas, e que, segundo a classificação de De Waal, correspondem ao primeiro nível de empatia, o *contágio emocional*³¹.

Acredita-se ser a teoria afetiva a que mais atrai atenção dos críticos no que tange ao emprego da empatia nas ações atinentes aos poderes da República, pois exprime o conceito popularmente sedimentado de uma empatia entendida como “uma reação emocional condicionada” a julgamentos afetivos, ou ainda, “resposta emocional ao que é percebido como o estado emocional do outro”³², na qual são as emoções que regem [todos] os atos, e para os opositores radicais, de forma até irracional.

²⁸ Para o esclarecimento das mesmas, foi eleita a tese de doutoramento de Ellen Wildemann Broom, que apresenta excelente distinção entre elas. **An examination of factors relate to the cognitive and affective empathy levels of adjudicated youth.** University of North Texas, 2000. Disponível em: <http://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc2656/m2/1/high_res_d/Dissertation.pdf> Acesso 05/12/2014, às 17:00h.

²⁹ Observa-se que várias pesquisas apresentaram resultados positivos para a presença dessa modalidade de empatia em aves e ratos. Ver <<https://www.psychologytoday.com/blog/animal-emotions/201401/empathic-rats-free-known-trapped-rats-being-restrained>>

³⁰ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy.** 2007, p. 282. Disponível em: <<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>>

³¹ Idem.

³² BROOM, E. W., 2000, p. 10.

Vale, ainda, trazer o curioso (e pouco explorado) conceito de *pseudo-empatia*, de Seymour M. Berger, citado por Broom³³: quando um indivíduo reage emocionalmente a estímulos que não estão conectados com o estado emocional de quem os provocou. O exemplo é o da pessoa que sente medo ao ouvir um grito. O medo é uma “reação condicionada” e não necessariamente o mesmo estado emocional do outro que gritou.

Interessante, pois, tomando-se a perspectiva da *pseudo-empatia*, verificar que muitos casos que são avaliados como ocorrências empáticas podem não o ser. Observar uma pessoa que está sentada na rua, quase desnuda, magra e suja, colocar-se empaticamente em seu lugar geraria (normalmente) um sentimento de sofrimento, vez que o objeto “está em sofrimento”. Mas, na realidade, esta pessoa pode estar participando de um experimento para verificar o nível de altruísmo da população e não estar passando pelo sofrimento que o observador imaginou – condicionadamente – somente por presenciar tal situação.

No primeiro Hoffman aparece a síntese contemporânea da empatia pertencente à teoria afetiva: “aprende-se a ter empatia quando o confronto com dilemas morais traz a oportunidade de se ver as consequências do sofrimento do outro depois de um ato impróprio (...) a verdadeira empatia consiste em perceber as condições do outro, em vez de as suas próprias”³⁴.

Empatia é então, segundo a teoria afetiva, uma emoção, um sentimento, como raiva, prazer, dor, nojo etc.

A *teoria cognitiva da empatia* (segunda corrente) defende a empatia como uma capacidade cognitiva, sustentando que as pessoas têm uma *percepção* e uma *compreensão* de como outro indivíduo sente determinada emoção. Entre os principais nomes que endossam a referida teoria estão já os citados Jean Piaget e George Herbert Mead, Janet Strayer, Philip L. Ellis, Carl Rogers, Douglas Cohen, e, ainda, Smith, pela utilização da atividade imaginativa.

Parece, entretanto, que o foco ainda é o “sentir as emoções do outro”. Seria uma presunção idêntica a da teoria afetiva?

Evidente que as emoções não saíram de cena, a inovação está no método. A “função empatizadora” fica a cargo da *percepção*, da *compreensão*, processos mentais, pelo meio dos quais serão adquiridos o conhecimento e o reconhecimento dos sentimentos de outrem. Existe um imperativo para que ocorra a resposta empática, ou seja, o observador deve realizar uma ação cognitiva.

³³ BROOM, E. W. , 2000, p. 11. BERGER, S. M. **Conditioning through vicarious instigation**. In: *Psychological Review*, v. 69, 1962, 450-466. Disponível em: <<http://psycnet.apa.org/index.cfm?fa=buy.optionToBuy&id=1963-06137-001>>

³⁴ BROOM, E. W. , 2000, p. 11. HOFFMAN, M. **Varieties of empathy based guilt**. In: J. Bybee (Eds.), *Guilt and children*. SanDiego: Academic Press, 1998, p. 91-112.

O ponto zero do desenvolvimento da corrente cognitivista, como já mencionado, foi os estudos de Kohler que definiram a empatia como “a *compreensão* da emoção do outro” e menos de uma década depois surgem os acréscimos de Mead redesenhando a empatia cognitiva como uma habilidade para assumir emocionalmente o lugar do outro, com a finalidade de compreender a resposta social adequada³⁵ para uma determinada conduta.

Anote-se que a teoria cognitiva da empatia será um importante componente estrutural no desenvolvimento da conceituação a ser proposta na presente pesquisa, que também adotará o caráter instrumental da cognição, principalmente quanto ao aproveitamento de uma parcela do entendimento de Carl Rogers sobre a essencialidade da percepção do outro dentro do seu próprio quadro de referências emocionais, como se observador pudesse sentir os mesmos sentimentos, “mas jamais sem perder de vista o aspecto condicional ‘como se’”³⁶.

A terceira, e mais recente, é a *teoria compatibilista da empatia*³⁷, que busca o equilíbrio entre as duas correntes anteriores, ou seja, ampara a tese de que o processo empático concentra aspectos da teoria cognitiva e da teoria afetiva da empatia.

Capitaneada por Hoffman³⁸ (o segundo Hoffman³⁹), que reconhece, na esteira dos níveis de desenvolvimento moral de Lawrence Kohlberg⁴⁰, a forçosa integração da vertente afetiva (até então a posição por ele defendida) à vertente cognitiva. A teoria em discussão é alargada com a concepção de uma escala quantificadora de empatia, que indica uma sequencia de atos como sendo os primeiros através dos quais o ser humano, na mais tenra idade, vai dar início ao processo de *construção* da empatia. Escala que, por sua vez, servirá de base para o desenvolvimento das pesquisas de De Waal, que também constrói uma escala de níveis de empatia⁴¹.

A introdução da expressão “*role-taking*”, significando “colocar-se no papel do outro” (pertencente à teoria afetiva), é utilizada por Hoffman para designar a ação mais elementar, que somada à tomada de consciência da individualidade (pertencente à teoria cognitiva), estabelecerá os primeiros traços de empatia. Partindo desse estágio inicial, os usos da

³⁵ Idem.

³⁶ BROOM, E. W. , 2000, p. 09. ROGERS, C. R. **A theory of therapy, personality, and interpersonal relationships as developed in the client-centered framework**. In: S. Koch (ed.), 1989 e **Psychology: a study of science**. New York: McGraw-Hill.

³⁷ No original: “Integrative perspective of empathy”. Ver BROOM, E. W. , 2000, p. 11.

³⁸ BROOM, E. W. , 2000, p. 11-12.

³⁹ HOFFMAN, M. **Empathy, role-taking, guilt, and development of altruistic motives**. In: T. Lickona (Ed.), **Moral development and behavior: Theory research, and social problems** (pp. 169-217). New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1975.

⁴⁰ BROOM, E. W. , 2000, p. 11-12. KOHLBERG, L. **Essays in moral development: philosophy of moral development**. San Francisco: Harper and Row, 1981.

⁴¹ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy**. 2007, p. 282-286. Disponível em: «<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>»

cognição e da afetividade serão fundamentais para o total desenvolvimento do processo, possibilitando, ao final, que o indivíduo manifeste altruísmo, simpatia ou culpa⁴² ao ser confrontado com situações que exijam uma resposta afetiva.

Importante salientar o quão seria atraente, se possível fosse, que se procedesse na direção de um paralelo comparativo minucioso entre os níveis de desenvolvimento moral, delineados por Kohlberg: pré-convencional, convencional e pós-convencional, que obedecem a uma escala evolutiva da moral, e os níveis de empatia trazidos por De Waal⁴³: contágio emocional, preocupação simpática e empatia *perspective-taking*, que obedecem a uma escala evolutiva semelhante, e os seis graus de empatia de Simon Baron-Cohen⁴⁴, que apresenta um escalonamento iniciado no grau zero, representando a ausência total de empatia no indivíduo, subdividido em zero negativo (psicopatas) e zero positivo (autistas), até o grau seis, representando o excesso de empatia (o que poderia levar até a uma perda de identidade e ao mimetismo inconsciente), grau que também pode ser indesejável, dependendo do caso. Porém, tal empreitada não poderá ser desenvolvida neste momento, permanecendo a ideia para futuro.

Na década de 1990, Giacomo Rizzolatti⁴⁵ apresenta como resultado de suas pesquisas a existência dos *neurônios-espelho*, neurônios aptos para desencadear reações por atos experienciados pelo próprio indivíduo, bem como, desencadear reações [similares] ao se observar outrem experienciando o mesmo ato, e António Damásio traz a hipótese do *marcador-somático*⁴⁶, que seria uma espécie de cicatriz emocional, marcada em bases neurais, que possibilita que o indivíduo, ao se deparar com uma ação, imediatamente a ligue a um resultado de perigo, um resultado negativo, ou ainda, “*um caso especial de uso de sentimentos gerados a partir de emoções secundárias. Essas emoções e sentimentos foram ligados pela aprendizagem, a resultados futuros e determinados cenários*”.⁴⁷

Tais descobertas somadas propiciaram que uma série de condutas (humanas e não humanas) obtivesse um fundamento científico, detectando a presença de elementos não emocionais, substratos fisiológicos⁴⁸, circuitos neurais associados⁴⁹, aparato neural,

⁴² BROOM, E. W. , 2000, p.11-12.

⁴³ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy.** 2007, p. 282-286. Disponível em: «<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>»

⁴⁴ BARON-COHEN, S. **Zero Degrees of Empathy: a new theory of human cruelty.** Ed. Allen Lane, 2011.

⁴⁵ Cientista sênior da equipe de pesquisa que descobriu os neurônios-espelho. Disponível em: «<http://cultureofempathy.com/References/History.htm>»

⁴⁶ DAMÁSIO. A. **O erro de Descartes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 157-184.

⁴⁷ *ibidem*, p. 163.

⁴⁸ DAMÁSIO. A. **O erro de Descartes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 286.

⁴⁹ BARON-COHEN, S. **Zero degrees of empathy: a new theory of human cruelty.** Ed. Allen Lane, 2011.

principalmente as atinentes as condutas empáticas, que foram, assim, revestidas com mais densidade, como no caso da teoria afetiva da empatia ao ganhar respaldo “concreto” fornecido por exames neurológicos de imagem.

Críticas podem surgir, porém, quanto ao desejo, e a pertinência, da aplicação indiscriminada das hipóteses de Rizzolatti e Damásio. Considerá-las um avanço inestimável para a compreensão de algumas ações e reações emocionais é o esperado, mas essas pesquisas ainda são insipientes; há ainda um longo caminho a ser percorrido, e que talvez nem tenha fim. Trazer à luz o porquê se chora ao assistir um filme dramático, o porquê se boceja ao ver o outro bocejar, não implica necessariamente que um indivíduo sofra por ver o sofrimento do outro, pois *pode-se entender que outro está sofrendo sem sentir aquela tristeza*.

O acolhimento da hipótese acima criticada sugere admitir que a empatia só se manifesta em sua forma mais primitiva, na explosão sentimental humeana, no contágio emocional, excluindo-se, desta forma, a possibilidade de a empatia ocorrer dentro de outro processo mais maduro e complexo.

A consideração a ser feita é que a presença de um aparato neural (um dos componentes físicos do processo empático, ao lado das produções hormonais) que auxilia a atividade empática, subjaz a todas as teorias da empatia. Autenticando a consideração feita estão às teses de De Waal sobre o *mecanismo de percepção da ação*, que permite que o observador acesse o estado emocional do objeto da observação, por meio da ativação “automática e inconsciente” desse aparato cerebral, que gera sensações semelhantes as do objeto⁵⁰; a de Baron-Cohen, que levanta a existência de um *circuito de empatia no cérebro*, composto de muitos elementos⁵¹, e a de Zak, que liga a empatia diretamente à produção e a ação do hormônio Oxitocina⁵², que adere à explicação da neurociência, mas ainda a enxerga insuficiente e alude, de forma complementar, a hipótese de Jean Denecy.

Denecy propõe o processo empático como a soma de quatro elementos básicos, a saber: o afeto compartilhado, a consciência do outro, a flexibilidade mental e a autorregulação emocional⁵³. Em verdade, a tese de Denecy reproduz os elementos já referidos nas várias versões anteriormente apontadas, conferindo-lhes nova sistematização.

Desta forma, acima foram celereamente expostas as principais vertentes sobre empatia. Ressalta-se, por fim, que as relações de associação ou de dissociação entre as teorias

⁵⁰ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy**. 2007, p. 286. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>

⁵¹ BARON-COHEN, S. **Zero degrees of empathy: a new theory of human cruelty**. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=Aq_nCTGSfWE

⁵² ZAK, 2012, p. 23-69.

⁵³ ZAK, 2012, p. 63.

cognitiva, afetiva e compatibilista são hodiernamente objetos de importantíssimas pesquisas que procuram respostas para problemas conexos a comportamentos sociais, a esquizofrenia, ao mapeamento cerebral, ao desenvolvimento do ego, a delinquência, a anatomia cerebral, e muitos outros⁵⁴.

Dentre o grupo dos estudos que têm por escopo investigar facetas comportamentais do indivíduo ligadas à empatia, encontram-se aqueles cujos resultados darão intensas colaborações à pesquisa em tela. São estudos multidisciplinares que se propõem a buscar a existência, ou não, de reais benefícios ao se empregar⁵⁵ a empatia em determinados atos da vida do indivíduo (quicá todos), apresentam como o cérebro se manifesta quando na atividade empática e oferecem um desenho aproximado do papel da moralidade relativa a tal utilização.

O emprego específico da empatia no processo de tomada de decisão judicial, tema central a ser aqui explorado, deve ser inserido como objeto das investigações comportamentais, e, para efeitos deste trabalho, além da escolha de um conceito de empatia (de função estrutural), carece também que seja apresentada uma proposta de conceituação desse emprego específico, doravante *empatia judicial*, que se tentará no capítulo 3, a seguir.

Tarefa hercúlea, a de optar por uma dentre propostas tão atraentes, recordando: “empatia pode ser caracterizada como uma emoção vicária, que uma pessoa experiencia ao refletir sobre a emoção de uma outra pessoa”⁵⁶; “empatia é a verdadeira base da moralidade”⁵⁷; empatia é uma combinação de respostas neurais obtidas através da observação do outro; empatia é intuir ou projetar-se numa outra situação e imaginar como outro está pensando e sentindo; empatia é imaginar como seria pensar e sentir como o observado; empatia é testemunhar o sofrimento de outra pessoa e sentir suas dores; empatia é preocupar-se com o sofrimento de quem sofre (preocupação empática–sentir “com” e não “como”), que inclui simpatia, compaixão, ternura e emoções análogas⁵⁸; e, por fim, empatia é o resultado de uma produção equilibrada do hormônio Oxitocina⁵⁹.

⁵⁴ Ver « https://scholar.google.com.br/scholar?q=cognitive+and+affective+empathy&hl=pt-BR&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar&sa=X&ei=QiXKVIyNFbAggTs-4KICA&ved=0CBoQgQMwAA »

⁵⁵ Mister observar que a referência à ‘utilização’ da empatia remete a consciência do agente, mas que o processo empático, na sua totalidade, não ocorre exclusivamente no nível consciente, como já mencionado, e ainda o será.

⁵⁶ PRINZ, J., 2011. p. **Against Empathy**. The Southern Journal of Philosophy, volume suplementar.

⁵⁷ HOFFMAN, M.L., 1990, p. 151-172. **Empathy and justice motivation. Motivation and Emotion**.

⁵⁸ BATSON, D. **These things called Empathy**: eight related but distinct phenomena. Disponível em: «http://books.google.com.br/books?id=KLvJKTN_nDoC&pg=PA3&lpg=PA3&dq=The+Social+Neuroscience+of+Empathy,+These+Things+Called+Empathy,&source=bl&ots=gBc46-nj31&sig=-5DeLhxfDrpSRPA2GFWmz_0iMQk&hl=en&ei=70P8SsSHN4-oswOIImf2FAQ&sa=X&oi=book_result&ct=result&redir_esc=y#v=onepage&q=The%20Social%20Neuroscienc e%20of%20Empathy%2C%20These%20Things%20Called%20Empathy%2C&f=false» Acesso 30/10/2014, às 20:00h.

⁵⁹ ZAK, 2012, p. 159-166.

Todas as ações acima descritas correspondem a diferentes entendimentos sobre o que define a empatia e estão classificadas de acordo com uma das teorias da empatia que já foram apresentadas, mas restam ainda as apreciações sobre os aspectos genéticos e culturais, como possíveis elementos do processo empático, que serão abordados durante a tentativa de construção do conceito de *empatia judicial*.

Todo o exposto até aqui produz uma certeza: a empatia (não importando qual a conceituação eleita) é um fenômeno complexo e multidimensional. Forma em que, será permitido o oferecimento de uma proposta de conceituação de empatia que compatibilize⁶⁰ determinados entendimentos, a saber: a aceção de empatia como estrutura universal perceptiva, o entendimento cognitivista de Smith e Rogers, a estrutura neural (passando pelos aspectos evolutivo e genético) somada às produções hormonais de De Waal e Zak, e a conceituação de empatia, ainda não mencionada, de Flávio Gikovate. E, é exatamente com entendimento de Gikovate que se iniciará.

Empatia é “diferente da capacidade de se colocar no lugar do outro. É entrar na mente do outro com a cabeça vazia, para entender o funcionamento efetivo do psiquismo do outro, e não reproduzir o meu meio de funcionamento”.⁶¹ A visão é a de um médico psiquiatra e é altamente esclarecedora quanto aos diferentes processos que são postos sob o mesmo amparo teórico, e, até mesmo, conceitual.

Desfaz, em primeiro plano, a ideia [tradicional] da empatia puramente como emoção, da empatia como um “sentir com” (ou “pelo”, neste momento é indiferente), que remete àquela advinda da evolução biológica do processo de conexão emocional, de atuação imediata, sem que haja interferência de processos mentais conscientes, o contágio emocional. Não se está, com isso, apartando a participação das emoções do processo empático, somente realocando-as (como se verá mais adiante), pois elas fazem parte da constituição da identidade dos seres humanos.

Compreender o “funcionamento efetivo do psiquismo do outro”, entender suas emoções, perceber seus sentimentos, e “não reproduzir” a emoção, os sentimentos, que o observador expressaria na mesma situação, significa justamente a não perda do aspecto condicional de Rogers “como se”, é uma atividade que impescinde da atividade mental

⁶⁰ Ao se falar em “compatibilizar”, imediatamente insere o conceito resultante do presente trabalho na teoria compatibilista da empatia, e, de fato, está correto. Contudo, é conveniente lembrar que a referida teoria conjumina as teorias afetiva e cognitiva, e não inclui elementos físicos, como a produção hormonal, por exemplo.

⁶¹ GIKOVATE, F. **A empatia como meio para reconhecer as diferenças**. Disponível em: <<http://flaviogikovate.com.br/>> Acesso 12/07/2013, às 01:00h.

consciente, talvez a “imaginação”, aspecto cognitivo da “simpatia” de Smith. Admite-se, contudo, que os resultados das atividades cognitivas não sejam auferidos exclusivamente por meio de um processo consciente. Uma expressiva parcela deve ser realizada pelo consciente, mas não há, até o momento, estudos probantes sobre o quanto, precisamente.

Perceber, então, uma emoção, indiscutivelmente deflagra, através de um bloco de atividades mentais (recordação, imaginação, memórias emocionais inconscientes etc.) do perceptor, um espectro de emoções, emoções que podem variar quanto ao tipo e/ou intensidade. Essa variação de tipo e intensidade se manifesta sem que a vontade consciente do perceptor esteja envolvida e, não havendo ciência desse fato, a possibilidade de que a resposta adequada esperada, não seja tão adequada.

Sendo o objetivo do processo empático a obtenção de resposta adequada ao sentimento percebido, é necessário que o observador esteja consciente de que elementos obscuros à sua compreensão estão atuando sub-repticiamente durante a tomada de decisão sobre qual resposta seria a mais adequada àquele sentimento observado.

Como resolver o impasse?

Resolve-se o impasse utilizando a empatia. Empatia não mais entendida como pura emoção, mas como habilidade cognitiva, pertencente ao grupo de instrumentos empregados na atividade da mente responsável pela captação, filtragem e conversão das emoções observadas em respostas adequadas. É a compreensão racional, distanciada (mas não independente) do processo vicário, dessas emoções que irão conferir ao perceptor a característica vital da *imparcialidade* para a escolha da resposta mais adequada, do julgamento [justo e] adequado, processo que será exposto em detalhes oportunamente.

A consciência dessa “autossabotagem” pode evitar (e geralmente evita) que o perceptor ofereça respostas inadequadas, sem que ele mesmo o saiba. Voltar-se-á a este ponto no capítulo 3 deste trabalho.

Surge assim, a ideia da empatia/habilidade cognitiva como viabilizadora de ação, uma dialética entre a razão [consciente] e os enigmas do inconsciente; este é o compromisso com o contraditório. As emoções do observado serão percebidas pelo observador, que tendo estabelecido conscientemente o uso da empatia, servir-se-á do contraditório com o objetivo de compreender até que ponto suas próprias emoções podem estar contaminando a real compreensão da emoção do outro, estabelecendo a existência ou não de um nexos entre elas, para, por fim, ofertar uma resposta adequada.

Conclui-se, portanto, que tanto os elementos afetivos, quanto os elementos cognitivos, integram, mandatoriamente, o fenômeno da empatia. O cognitivo é instrumental, o afetivo é

nutriente; não são incompatíveis, emoção não exclui razão. Mas não é só isso que está envolvido. Mesmo que pareça óbvio estar implícito, não se deve deduzir a presença de elementos não mencionados. A teoria compatibilista da empatia não abraça a necessidade de que o mecanismo do circuito empático, de que os substratos fisiológicos estejam hígidos, muito menos que o Hipotálamo do observador esteja produzindo a quantidade ideal de Oxitocina, fatores capazes de provocar alterações gravíssimas no oferecimento da resposta adequada, logo do bom julgamento.

A justaposição consciente das emoções percebidas com as emoções do próprio perceptor é que vai extirpar o entendimento de que o processo que envolve emoção é inconciliável com o processo racional (como observado no senso comum), permitindo desta forma que se desfaça a pecha de parcial imputada àquele que decide, não baseado nas emoções, mas utilizando-as como participantes passivas (porém indispensáveis) do processo empático, e, conseqüentemente, do processo de tomada de decisão.

Este é o ponto de imbricamento entre a empatia e as decisões judiciais. Imbricamento causador de apaixonadas discussões promovidas por debatedores que negam a essencialidade da utilização da empatia, mas que momentaneamente se esquecem do que é legítimo às suas objeções, e permitem que suas próprias emoções estabeleçam posições enviesadas, parciais. Da mesma forma apaixonada (porém, mais coerente, ainda que não satisfatória), discutem os que defendem a essencialidade do uso da empatia no processo judicante, mas, também, de forma insatisfatória, por entenderem a empatia como emoção capaz de aproximar, através de um espelhamento emocional, o julgador do julgado.

O desafio está na tentativa de desconstruir no âmbito jurídico tanto o fóssil entendimento de que o julgamento justo e moral é o julgamento racional, absolutamente abstraído de qualquer participação emocional, como se ‘participar’ fosse sinônimo de ‘interferir’, quanto a posição que aspira encontrar sob as togas seres celestes, perfeitos, e não seres humanos, falíveis e imperfeitos. Falíveis e imperfeitos, mas que devem utilizar suas habilidades cognitivas em prol de um melhoramento da sua condição atual, e oxalá o uso dessa habilidade crie, como o fez em seus mais remotos ancestrais, uma cicatriz emocional que permitirá a evolução, por hora não findada, da espécie humana, desmitificando tanto a figura do juiz imparcial como aquele que decide somente com a razão, bem como a figura do juiz justo como aquele que se identifica com as agruras da parte mais fraca, e, em nome da Justiça, confere-lhe o direito.

Significativo que se traga novamente que *empatizar não é simpatizar* (ato capaz de contaminar a decisão). Fala-se de “empatia judicial” e não de “simpatia judicial”. O ponto

gravitacional da primeira é muito distante do da segunda. Não se propõe com a defesa da empatia judicial que o magistrado seja dadivoso de forma conscienciosa, empatia judicial não se traduz em “julgar com o coração”, ou na ação do magistrado que age mecanicamente, movido por empatia primitiva, no nível do contágio emocional. Admitir a empatia judicial como sendo uma identificação do juiz com a parte, ou com a causa, exprime o interesse inconsciente, mas pessoal e parcial, longe de todos esse desejo.

O processo de tomada de decisão na esfera jurídica tem na empatia judicial a faculdade de racionalmente aplicar um método eficaz contra a parcialidade do juiz, um decodificador emocional, sem que dele se exija a sublimação da sua condição humana, pelo contrário, é o oferecimento da possibilidade de que ele opte por não renegar essa condição e use cada vez mais suas capacidades mentais.

As posições retroaludidas possuem fortes defesas e são alvos de robustas objeções, de modo que seria impossível exauri-las na presente pesquisa. Pelo exposto, dar-se-á por dito o necessário para que se continue a pesquisa em tela com a exploração, no próximo capítulo, das conturbadas relações entre empatia judicial e a imparcialidade, tanto na acepção de qualidade do juiz, quanto na acepção de segurança jurídica.

3 EMPATIA JUDICIAL E IMPARCIALIDADE

Díke perdeu seu posto para *Thémis*⁶² quando os homens decidiram simbolizar a Justiça. Explicando: era costume rogar à deusa *Thémis* toda vez que se estivesse frente a um juiz e, assim, por representar o Direito divino, ela permaneceu até os dias de hoje como símbolo da Justiça. Nenhuma narrativa relacionada à deusa menciona que ela era cega. *Thémis*, originalmente, portava uma balança em uma mão e uma cornucópia na outra, que depois fora substituída por uma espada, e aparecia sempre de olhos abertos.

No fim do século XV, os ventos do capitalismo mercantil trouxeram ao mundo a figura do estado soberano, que alguns séculos depois assume a forma de estado liberal. Com ele a separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e a tentativa de que as decisões judiciais sofressem o menos possível a interferência dos subjetivismos dos julgadores, como de praxe nas decisões tomadas nas composições anteriores.

E foi sob essa influência que, na Alemanha, durante o século XIX, pintores e escultores deram início a representações de uma *Thémis* cega, ou com uma venda que lhe cobria os olhos, com o objetivo de impedir que ela visse quem estava sendo julgado. Não importando a classe social, o nível de sapiência e de conhecimento, se virtuoso ou não, o réu seria julgado por *Thémis* conforme as leis, pois este era o julgamento justo. Logo, o julgamento justo era o julgamento imparcial⁶³.

No ano de 1.400, antes da era cristã, nas planícies de Moabe, Moisés escreveu orientações para que a tribo de Levi permanecesse fiel ao seu deus. Três dessas orientações, duas do livro Deuteronômio e uma do livro Levítico, são aqui destacadas para que possa ser ressaltado o quão remoto é o entendimento sobre a indispensabilidade da imparcialidade para que os julgamentos sejam justos:

Deuteronômio⁶⁴ 16:18,19

Nomeiem juízes e oficiais para cada uma de suas tribos em todas as cidades que o Senhor, o seu Deus, dá a vocês, para que eles julguem o povo com justiça.

Não pervertam a justiça nem mostrem parcialidade. Não aceitem suborno, pois o suborno cega até os sábios e prejudica a causa dos justos.

(grifos da autora)

⁶² Do verbo *tithenái*, significa estabelecer a norma, personaliza a justiça, a lei e o direito divinos. Opõe-se a *Díke* (filha de *Thémis* com Zeus), que personaliza os costumes, a lei, os hábitos e a justiça humanos. Ver BRANDÃO, Junito de Sousa. **Mitologia Grega**. Petrópolis: Vozes, 1986, v. 1, p.201.

⁶³ JESUS, Damásio de. **Os Olhos Abertos de Themis, a Deusa da Justiça**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 2001. Disponível em: «www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm» Acesso 02/03/2014, às 23:00h.

⁶⁴ **Bíblia Sagrada**. Disponível em: «http://www.bibliaon.com/deuteronomio_16/» Acesso 25/01/2015, às 13:00h.

Levítico⁶⁵ 19:15

Não cometam injustiça num julgamento; não favoreçam os pobres nem procurem agradar os grandes, mas julguem o seu próximo com justiça.

(grifos da autora)

Nota-se pelo acima exposto que a construção do *juiz justo* como aquele que aplica o reto direito, sem deixar-se influenciar por fatores externos a lei, que possam interferir na sua decisão, data de um tempo distante. Trata-se da exigência da imparcialidade, princípio inerente a Justiça.

Assim, em quaisquer julgamentos, para que eles sejam justos e revestidos de moralidade, faz-se imprescindível que o julgador possua a qualidade da imparcialidade (além de, obviamente, domínio da Lei). A imparcialidade do juiz, a imparcialidade da Justiça apresenta-se como relevante também para que haja garantia social do Direito. Ou seja, cabe ao Estado garantir, através do sistema jurídico, que qualquer cidadão ao socorrer-se no Poder Judiciário, tenha a segurança de que a prestação jurisdicional, apresentada na sentença, estará de acordo com o ordenamento válido.

No âmbito jurídico, cresce a importância da imparcialidade, pois sua ausência macula não somente o processo, mas macula, principalmente, a dignidade das partes envolvidas no processo, pelo fato de elas acreditarem que a Justiça é imparcial, e que suas reivindicações serão analisadas, avaliadas e julgadas com isenção, sem que o juiz “prefira”, de alguma maneira, a outra parte⁶⁶. E mesmo que os efeitos da imparcialidade verificada sejam tecnicamente restritos ao processo no qual ela fora arguida, macula também a dignidade do corpo social, pondo em risco a segurança da ordem pública, pois é fundamental que haja a garantia da tutela dos direitos, conforme disposição constitucional.

Observa-se que o instituto da imparcialidade não é apenas “importante” por condicionar a justiça, ou a moralidade da decisão, ou a dignidade das partes ou do corpo social. Uma apreciação nesses termos seria pueril. A imparcialidade da Justiça, do Poder Judiciário, do magistrado, do júri, de todos os agentes envolvidos na prestação jurisdicional, constitui valor de ordem pública do estado democrático de direito.

⁶⁵ **Bíblia Sagrada.** Disponível em: <http://www.bibliaon.com/levitico_19/> Acesso 25/01/2015, às 13:00h.

⁶⁶ “Tem gente que passa dos limites para o lado mais fraco e tem gente que passa dos limites para o outro lado também. Em casos de banco, por exemplo. Tem jurisprudência e lei dizendo que o juiz deve proteger o consumidor, que o juiz deve analisar em cada caso se o contrato bancário contém abusos. Eu tenho colegas que resolveram que não julgam mais contra banco. Acham que tudo que o consumidor pede é exagero. ‘Ah, fez contrato com banco, não pagou, ferro!’ ” Ver BAPTISTA, 2013, p. 433.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar⁶⁷.

Independente das discussões sobre ser a imparcialidade norma ou princípio, a realidade viva é que a imparcialidade na atuação jurisdicional sustenta-se como regra de validade do processo judicial, é condição cuja ausência pode, conforme se verá adiante nos casos de impedimento, fazer com que todo processo seja nulo, sem importar em que fase ele se encontre, será como se jamais tivesse existido.

Mister informar agora sobre como o termo ‘imparcialidade’ será aqui trabalhado. Contudo não será objeto desta pesquisa a minuciosa reconstrução filosófica-histórico-jurídica sobre a imparcialidade, vez que a matéria isolada é tema de inúmeras teses. Objetiva-se, por ora, traçar um leve esboço sobre como a imparcialidade é tratada pelo ordenamento jurídico dos estados democráticos de direito, exemplificando com a legislação pátria, o que possibilitará o entendimento de como a imparcialidade se relacionará com a empatia judicial. Inicia-se com a exploração da significação do termo ‘imparcialidade’.

Apropriado que venha o léxico da língua portuguesa prestar os primeiros esclarecimentos: “Imparcial. Que julga desapassionadamente, reto, justo. 2. Que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem”⁶⁸.

Os dicionários especializados no vocabulário jurídico e a doutrina jurídica não informam mais do que já foi acima mencionado, ou seja, imparcialidade é uma qualidade que permite que uma pessoa ao julgar “não sacrifique sua opinião à sua própria conveniência, nem às de outros” e decida de forma “reta e justa”, sem a interferência das paixões⁶⁹.

A lei brasileira não esclarece textualmente o que seria a imparcialidade, apenas informa em alguns artigos o que *não é* imparcialidade, como por exemplo, os artigos 134 e 135, que integram a Seção II, do Código de Processo Civil (CPC) em vigor, que tratam dos incidentes processuais de impedimentos e suspeições, casos⁷⁰ em que os juízes são considerados

⁶⁷ CINTRA, A.C.A., GRINOVER, A.P., DINAMARCO, C.R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 19.

⁶⁸ **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Curitiba: Ed. Positivo, 2004. 3ª ed. p. 1075. Verbetes consultado: Imparcial.

⁶⁹ *Ibidem*, verbetes consultados: Imparcial e Imparcialidade.

⁷⁰ BRASIL, **Código de Processo Civil Brasileiro**.

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o

objetivamente parciais, ou poderiam estar vulneráveis a parcialidade, respectivamente⁷¹, restando o entendimento a contrário senso.

Refere-se a aludida lei, para abordar o tema da imparcialidade, ao Impedimento e à Suspeição porque a imparcialidade cinde-se em dois aspectos. Primeiro, a imparcialidade *objetiva* (verificada pela arguição do impedimento), que consiste na verificação da presença de sinais visíveis da parcialidade ligados a elementos factuais integrantes da demanda que será por ele analisada, a exemplo das situações previstas no artigo 134 do CPC. É uma *presunção absoluta* da parcialidade, insanável e resulta na nulidade de todo o processo, inclusive da sentença transitada em julgado. Segundo, a imparcialidade *subjéctiva* (verificada pela arguição da suspeição), que envolve elementos sociais, de comprovação mais difícil⁷², envolvendo a relação do juiz com as partes, orientada pelo disposto no artigo 135 do CPC. É *presunção relativa* da parcialidade do juiz.

Exímia explicação sobre os aspectos subjéctivos e objetivos da imparcialidade encontra-se no julgamento do *habeas corpus* HC 94641/08⁷³: a ausência de laços “juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não”, compõe a imparcialidade subjéctiva. Aspecto de difícil prova, como acima mencionado, porém, presente de maneira bem mais sólida na compreensão comum sobre o que é ser imparcial. A composição é simples. Imagine o seguinte caso: do magistrado que está julgando uma demanda em que o autor é seu próprio irmão, ou que o réu no processo lhe deve uma fortuna. Sem esforços, é razoável crer que poderá haver uma parcialidade nestas decisões.

segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz. Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (art. 304).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm

⁷¹ Sobre se o elenco dos casos é ou não fechado há discussões entre os doutrinadores do direito.

⁷² BAPTISTA, 2013, p. 103.

⁷³ Disponível em: «<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717055/habeas-corpus-hc-94641-ba>» Acesso 10/12/2014, às 14:00h.

Curiosa a disposição do parágrafo único, do artigo 135, do CPC, que trata das suspeições (arguição de imparcialidade subjetiva), sobre a possibilidade de o juiz se declarar suspeito, ou seja, parcial, de ofício (isto é, sem que nenhuma parte tenha levantado a objeção), alegando motivos de foro íntimo. Seria um reconhecimento da invencibilidade das suas próprias emoções? Fica a pergunta.

Importa ainda que seja observado que uma vez declarada a suspeição (imparcialidade subjetiva), o juiz não mais poderá atuar no processo; porém, se não arguida no prazo legal, o juiz será tido por aceito entre as partes e o processo será válido. Quanto ao impedimento (imparcialidade objetiva), resulta na absoluta inabilidade para a tomada de decisão, vez que é fruto de “profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isente da função jurisdicional” (HC 94641/08); se verificada, o processo será inválido. O que tecnicamente atribui à imparcialidade o caráter de condição de validade do processo.

Somados os dispositivos acima mencionados, as disposições presentes na Constituição Federal, no Código Penal, nas normas de Direito Administrativo, no sistema jurídico brasileiro (e em todos os sistemas jurídicos dos estados democráticos de direito), a pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário⁷⁴, mais os dispositivos que amparam o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa⁷⁵, vai-se ter a garantia (teórica) de que as perspectivas das partes serão apreciadas imparcialmente durante o processo judicial.

Há, porém, uma constante que aparece em inúmeros estudos sobre o assunto que se pensa interessante que seja esclarecida: o termo ‘neutralidade’, utilizado como sinônimo de imparcialidade. Elege-se neste trabalho a não utilização dos termos como sinônimos, tendo por base a distinção proposta por Norberto Bobbio, e observa-se que a distinção em tela não será utilizada em seu teor original, porém será alvo de uma releitura adaptativa (mais adiante se verá o porquê).

Bobbio: “Na neutralidade entra em conta um componente prático e participatório, dificilmente capaz de se estruturar. A imparcialidade, ao contrário, supõe uma atitude mental, que afasta as emoções do estudo. Ninguém é neutro e neutral.”⁷⁶

⁷⁴ **Declaração universal dos direitos do homem** (1948), **Pacto de San José da Costa Rica** (1969), dentre outros.

⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil/88**, Art.5º, LV.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. apud Disponível em:

«

“Ninguém é neutro”, nem um magistrado, que como qualquer outro indivíduo, sofre as influências do contexto no qual se encontra inserido e, consciente ou não, existe um condicionamento que não permite a neutralidade. São influências de toda ordem: familiares, políticas, emocionais, culturais etc., que auxiliam (pois acredita a autora que o referido processo seja contínuo, até a morte do indivíduo) na formação da estrutura do caráter e da personalidade do magistrado e que forjam a construção de um repertório próprio de valores selecionados.

Reiterando Bobbio: *a imparcialidade supõe uma atitude mental, que afasta as emoções do estudo.*

Data maxima venia, salienta-se, assim, o equívoco daqueles que entendem a imparcialidade do juiz como sinônimo de sua neutralidade. Essa imparcialidade /neutralidade é mitológica!

Feitas as observações pertinentes, pergunta-se: seria a imparcialidade, como exigida por lei, exequível por parte dos julgadores, ou apenas um ideal, que deve ser compreendido dentro de parâmetros determinados? Qual a relação entre a exigência da imparcialidade do juiz com a *empatia judicial*? A seguir, tentar-se-á responder.

A maioria expressiva das críticas tecidas à utilização da empatia no processo judicante brada que o pior dos malefícios por ela gerado é a aniquilação da imparcialidade do juiz, como se pode examinar, *v.g.*, em frases como: “Empatia, argumenta Hilliker, é inconsistente com imparcialidade, e a imparcialidade judicial é comandada pela Bíblia, o único livro de leis que conta.”⁷⁷

O exemplo acima apesar de extremado é verdadeiro e expressa (mesmo nos casos nos quais a Bíblia não representa sequer um código de leis, e que as leis são dadas pelo homem) o sentimento dos opositores da *empatia judicial*. Sob este ângulo, a imparcialidade está ferida de morte, pois somente a aplicação reta da lei é capaz de fazer a Justiça, afinal, a lei é a proclamação dos anseios da população.

Segundo essa visão, com efeito, a imparcialidade é a primeira “qualidade” de um juiz a ser varrida pela empatização nos julgamentos.

Constata-se, porém, que julgar não é invariavelmente proferir uma decisão aplicando a norma geral a um fato litigioso delineado (a fórmula funciona em algumas demandas, mas não em todas). O julgamento não pode ser visto como se o magistrado estivesse aplicando um

⁷⁷ *Empathy, Hilliker argues, is inconsistent with impartiality, and judicial impartiality is commanded by the Bible, the only law book that counts.* Disponível em: «<http://www.talkleft.com/main/600>» Acesso em 14/08/2014, às 17:00h.

algoritmo. Não seria esta a melhor expressão da imparcialidade. Mesmo frente às implacáveis críticas feitas à *empatia judicial*, que possam ter influenciado negativamente o entendimento popular sobre o juiz empático, o que se observa é que hodiernamente a figura do juiz indiferente a certos elementos que estão muito além de poderem constituir provas nos autos do processo (mas são de suma importância para o a tomada de decisão), do juiz que para manter-se equidistante das partes perde-as de vista, também não é o desejado.

O rígido sentido atribuído à imparcialidade de garantir o sistema jurídico por meio de uma objetividade normativa já é considerado por alguns doutrinadores e juristas como sendo, este sim, um fator contribuinte para a parcialidade:

O reconhecimento do lado subjetivo de um caso a ser verificado, evitando que a aplicação fria e genérica da lei redunde numa injustiça. Portanto a imparcialidade é uma grande injustiça em potência, o que não deve o magistrado e aplicador do direito é abdicar do equilíbrio, ou se deixar levar por vínculos junto às partes (...).⁷⁸

A imparcialidade, na forma posta, ocupa nos dias atuais um espaço ingrato e “paradoxal de crença fundante do sistema, mas, ao mesmo tempo, de ideal utópico e inatingível”⁷⁹. O paradoxo retroaludido acaba por ser uma indeterminação que acarreta consequências positivas, sendo a principal delas a própria discussão sobre a matéria. As secundárias (e não menos importantes), as que gravitam na gigantesca órbita das novas propostas.

O “ideal utópico e inatingível” só o é em função de as interpretações, mesmo as mais modernas, ainda não terem acoplado ao sistema judicial um acesso compatibilista, capaz de evolucionar e reconstruir o conceito de imparcialidade, de sorte que ela permaneça como pilar da segurança jurídica, e apresentar um método instrumental atualizado que viabilize sua efetivação espelhada na aspirada justiça social.

E qual seria essa nova proposta?

A imparcialidade como resultado objetivo da empatia judicial.

As abordagens da empatia e, em consequência, da empatia judicial, praticadas ainda no núcleo do entendimento da empatia como *emoção*⁸⁰, são o “monstro aterrorizador” da segurança jurídica. Como exaustivamente tratado ao longo desta pesquisa, a grande ameaça à imparcialidade, entendida no *sentido* [até agora] *convencional* como: qualidade do magistrado para proferir decisões estritamente dentro da lei, objetivamente⁸¹ reside, de maneira sintética, no fato de que, sendo a empatia uma emoção, seu aproveitamento na construção do processo

⁷⁸ PINTO JÚNIOR, apud BATISTA, 2013, p. 251.

⁷⁹ BAPTISTA, 2013, p. 243.

⁸⁰ Ver capítulo 2 deste trabalho.

⁸¹ Não confundir com os aspectos objetivos e subjetivos da imparcialidade previstos no CPC.

decisório seria pernicioso, vez que criaria um enviesamento na decisão⁸². Ou ainda, o fato de o juiz sentir empatia/emoção pela parte deságua na produção de uma sentença corrompida, na qual o juiz está “se deixando levar” pelo coração/empatia/emoção e não pela razão/lei.

Logo, a empatia entendida como uma emoção, como uma “perturbação ou variação do espírito advinda de situações diversas, e que se manifesta como raiva, abalo moral, comoção, tristeza, alegria”⁸³, é tão prejudicial à Justiça por (ao menos em tese) trocar a *objetividade da lei* pela *subjetividade de uma emoção*.

O tom grave imprimido na afirmação que o “juiz empático é o que substituiu em seus julgados a objetividade da lei pela subjetividade das emoções”, é exatamente o tom que os detratores da *empatia judicial* utilizam.

Considerando que na atualidade o debate que colocou em pauta a *empatia judicial* foi realizado entre congressistas americanos, conservadores e liberais, impulsionados pelas declarações do presidente Obama ao indicar o nome de Sotomayor para a Suprema Corte, propõe-se um rápido, porém fundamental para este trabalho, apontamento sobre alguns dos diálogos realizados entre ela e os políticos que tinham por função aprová-la, ou não, para o cargo, na forma que segue.

Senador Jeff Sessions (Alabama)⁸⁴:

O presidente Obama disse que deseja um juiz que utilize a empatia, empatia para decidir casos relacionados a determinados grupos [menos favorecidos, como negros e hispânicos]. Esse pode ser um bom caminho, mas empatia é preconceito para com o outro, não é? Do outro lado existem os litigantes que também merecem que suas demandas sejam decididas dentro da Lei. E, empatia pode ser qualquer coisa, menos Lei. Assim, penso que a empatia como um padrão, preferencial à lei, a norma, é contrária ao juramento [público de compromisso com a função] judicial. O juiz quando assume o cargo declara: juro solenemente administrar a [J]ustiza, isento de interferências de pessoas, conferir, fiel e imparcialmente, de forma igual, o direito a pobres e ricos e realizar todos os deveres que me competem.

⁸² Um exemplo: “No que se refere à fixação do dano moral, é bom que se diga que sempre houve e sempre haverá um certo grau de subjetividade na fixação dos danos morais por parte do Juiz, tendo em vista que não se pode medir a susceptibilidade alheia, mas pode-se ter empatia com o sofrimento alheio.” Ver JFRJ. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) de 17 de Fevereiro de 2014 - Processo nº 0047294-59.2012.4.02.5101 (2012.51.01.047294-0). Disponível em: « <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/66306859/trf-2-jud-jfrj-17-02-2014-pg-123>» Acesso 07/03/2014, às 17h15min.

⁸³ **Novo Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004. 3ª ed. p. 733. Verbetes consultado: Emoção.

⁸⁴ Disponível em: « <http://cultureofempathy.com/references/senate-debate/2009-07-13%20-%20Jeff%20Sessions.htm>»

Continua Sessions:

O que é empatia? É o seu sentimento sobre a infância difícil que você teve, ou sobre alguma agrura que você enfrentou por ser católico ou protestante, ou em função da sua raça ou etnia, ou alguma dor que segue você pela vida e você trouxe para o tribunal? É isso que a empatia é? Bem, [empatia então] não tem significado objetivo. Os juramentos de agir com “imparcialidade” e de fazer a justiça igualmente para ricos e para os pobres serão violados se o processo de tomada de decisão for contaminado com esse tipo de coisa. Eu temo que o nosso sistema [jurídico], como resultado da opinião do presidente Obama, de que nos casos difíceis, o ingrediente principal para um [bom] juiz é a “profundidade e amplitude de sua empatia”, bem como “a ampla visão do que a América deve ser”. Assim como o povo americano, tenho observado isso há anos e temo que este “padrão empatia” seja mais um passo no caminho para um ativismo liberal, para resultados orientados e para um mundo relativista, no qual a lei perderá seu significado fixo, juízes não eleitos definirão a política, onde americanos serão vistos como membros de grupos distintos, em vez de simplesmente americanos, e que os limites constitucionais serão ignorados quando um político quiser comprar uma empresa privada.

Senador Jon Llewellyn Kyl (Arizona)⁸⁵:

Mas, minha pergunta para você é muito simples: você sempre foi capaz de ter uma base jurídica para suas decisões, sem ter tido que utilizar algum conceito extralegal, como a empatia ou algum outro conceito, outro que não tenha sido uma jurisprudência ou um precedente legal?

Resposta de Sotomayor: “Exatamente, senhor. Nós aplicamos o direito aos fatos. Nós não aplicamos sentimentos aos fatos.”.

O que está embutido nos discursos de Sessions, Kyl e Sotomayor?

A posição da maioria dos senadores, pertencentes à ala conservadora, expressada durante os mais de cinco dias de sabatina, está muito bem representada nas frações retroaludidas. Sessions, Kyl e a própria juíza Sotomayor, que inesperadamente, ofereceu a resposta apropriada aos ouvidos dos conservadores, deixaram expostas suas veias positivistas, alegadamente “livres de ideologias”⁸⁶: o Direito é a lei, e a lei é manifestada pela fixação da norma, através da escrita, “estabelecido por atos humanos”⁸⁷ (em decorrência de processo legislativo, e/ou, como entende a maioria dos doutrinadores americanos, decorrente das normas jurídicas criadas pela jurisprudência), com o escopo de estabelecer as consequências jurídicas que advirão de certas ações.

O que em verdade garantirá o bom julgamento, segundo os senadores acima mencionados, será a verificação de se a lei a ser aplicada fora elaborada e aplicada dentro da

⁸⁵ Disponível em: <<http://cultureofempathy.com/references/senate-debate/2009-07-14%20-%20Jon%20Kyl.htm>> Acesso 25/05/2012, às 00:14.

⁸⁶ KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, 2ª edição, p. 118-120.

⁸⁷ *ibidem*, p. 118-120.

formalidade, sem espaço para questionamentos sobre o conteúdo moral das leis; ela deve ser aplicada a qualquer caso que seja levado à apreciação do judiciário. Fazer justiça é aplicar a lei!

Sucedem que esta aplicação da lei, de aspecto mecanicista, “aplicar o direito aos fatos”, como “sabidamente” se posicionou Sotomayor, funciona nos casos em que um processo “mecânico” ou analítico (ao gosto positivista) de tomada de decisão consista na aplicação da regra “pura e simples”.

Mas e quando a demanda judicial versar sobre os chamados *casos difíceis* (*hard case*), aos quais o presidente Obama se referiu expressamente ao almejar um julgador empático para decidi-los, como trazido por Sessions?

Casos difíceis são casos carregados de tal excepcionalidade, que não se encontra na lei positivada norma [específica] passível de aplicação ao mesmo. Em regra, promovem controvérsias, geram polêmicas e agitação tanto nos meios jurídicos, quanto na sociedade e todos pendulam sobre quais as possíveis motivações e fundamentações, tenha o juiz decidido, pela concessão, ou não, do pedido.

São (ao menos) duas as probabilidades para que se solucionem tais casos: ou a decisão será prolatada, longe da justeza, em função de sua motivação e justificação ter sido a lei “real, dura e fria” (caindo na concepção positivista, sem se importar se os dispositivos legais são ou não “justos” e “moralmente” aplicáveis ao caso⁸⁸); ou será motivada e justificada a decisão, como determina o sistema jurídico brasileiro (vez que, diferentemente do sistema americano, não se tem por lei as jurisprudências), sob a luz dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁸⁹: Art. 4º—Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; Art. 5º—Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Existindo uma lacuna na lei, uma anomia, situação dos *casos difíceis*, diferente do que ocorre em outros ordenamentos, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no capítulo que trata dos direitos e garantias individuais e coletivos, prevê expressamente que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁹⁰, não

⁸⁸ Há grandes discussões sobre se a moral é parte da lei, ou não. Kelsen aborda o tema em sua Teoria Pura do Direito; também sobre a vaguidade de termos na lei, e sobre se a lei seria formulada somente por regras gerais, ou se os princípios também integram o quadro da Lei, como discutem Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Dworkin.

⁸⁹ Ver **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em:

«http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm» Acesso 06/11/2014, às 17:00h.

⁹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988** Título I, Capítulo I, inciso XXXV.

Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm» Existem ainda

permitindo, portanto, que tal anomia seja germe de uma não prestação jurisdicional, uma alegação reconfigurada do *non liquet*, segundo a qual o juiz estaria desobrigado ao julgamento de demandas sobre as quais pairassem a lacuna da lei.

Forma em que, não podendo o juiz se furtar de prestar a jurisdição e considerando que a lei jamais conseguirá prever todas as circunstâncias, todas as hipóteses que podem se verificar durante a vida de homem, os *casos difíceis* devem ser solucionados pelo juiz que, fazendo uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, opta racionalmente pela utilização da *empatia judicial* e decide, sim, de acordo com a moral social, sem que isso implique *parcialidade*.

Como disse Marco Aurélio de Mello:

O juiz não deve partir da lei para os dados do caso concreto. Há de ter presente o caso concreto e idealizar a solução que entenda mais justa, fazendo-o de acordo com a própria formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática, isso para consagrar a solução idealizada. Tudo ocorre a partir da sensibilidade do julgador.⁹¹ (...) O juiz necessita de contato com os seus semelhantes, de estar na vida gregária, em interdependência com as pessoas do povo, aguçando a própria sensibilidade, já que este é um fator importantíssimo na arte de julgar.⁹²

Decifrado este ponto, é conveniente que seja trazido com o escopo de auxiliar o desenvolvimento da noção da *imparcialidade como resultado de um processo objetivo da empatia judicial*, um elemento caríssimo para as construções dos conceitos de empatia e *empatia judicial* propostos no capítulo anterior, a saber: *habilidade cognitiva*.

Cognição refere-se a um conjunto de habilidades cerebrais/mentais necessárias para a obtenção de conhecimento sobre o mundo. Tais habilidades envolvem pensamento, raciocínio, abstração, linguagem, memória, atenção, criatividade, capacidade de resolução de problemas, entre outras funções.⁹³

A partir desse conceito de cognição, pode-se descrever quase que integralmente o percurso que, por meio da empatia, chega-se à imparcialidade. Observe: primeiro, é apresentada a necessidade de habilidades cerebrais, e antes que se discorra sobre elas é relevante que seja apontada a imprescindibilidade da presença de um aparato neural apto à realização de tais habilidades, que consiste na reunião de componentes cerebrais especiais

outros dispositivos legais que corroboram o preceito constitucional, como o Art. 136 do Código de Processo Civil, por exemplo.

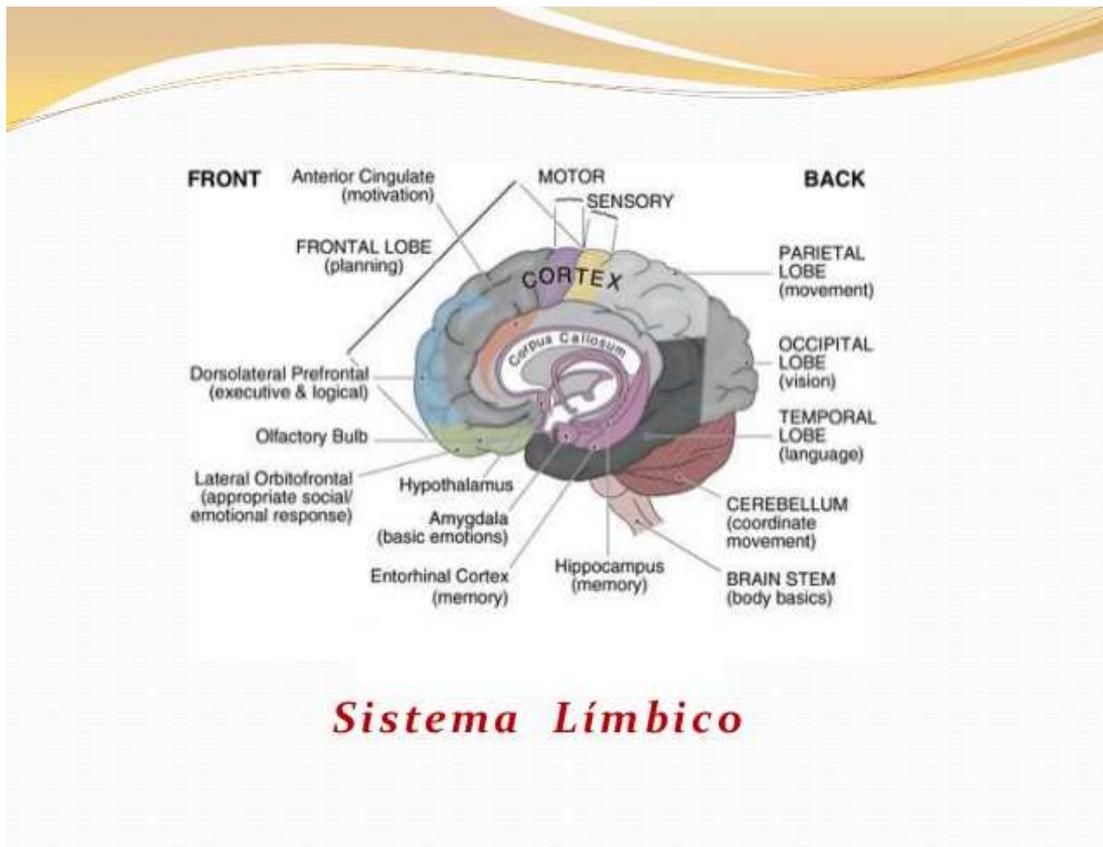
⁹¹ BAPTISTA, 2012, p. 508.

⁹² **Revista In Verbis**. Edição n°3, 1998, p. 9-10. Disponível em: [«http://www.imb.org.br/arquivos/InVerbis03/inv03.html»](http://www.imb.org.br/arquivos/InVerbis03/inv03.html)

⁹³ Disponível em: [«https://cienciadocerebro.wordpress.com/2012/09/05/o-que-e-desenvolvimento-cognitivo/»](https://cienciadocerebro.wordpress.com/2012/09/05/o-que-e-desenvolvimento-cognitivo/)

para desempenhar a função⁹⁴, sendo os principais a amígdala, o hipotálamo, o córtex subgenua, o bulbo olfativo⁹⁵ e córtex pré-frontal, e que eles estejam em funcionamento regular, ou seja, uma estrutura física hígida.

Figura 1. Sistema Límbico. Responsável pelos sistemas sensoriais, cognitivos e de memória.



Fonte: Disponível em : «<http://es.slideshare.net/manueluz6/sistema-lmbico-31315021>» Acesso 23/02/2015, às 23:47h.

⁹⁴ “O Sistema Límbico é um conjunto de estruturas do Circuito de Papez cuja **função é regular funções vegetativas (reflexos autonômicos, como o pupilar etc.), satisfazer as necessidades fisiológicas (motivação, como a fome, sede, sexo etc.) e manter a autoimagem, baseada no Sistema de Valores (emoções, como a vaidade, ciúme, remorso, posse etc.)**. Um circuito subsidiário parte do Hipocampo para os núcleos da Amígdala temporal (Alerta e Agressividade) e destas para o hipotálamo. A área septal, localização anterior ao tálamo e relacionada ao prazer olfativo e sexual. O núcleo accumbens, localizado próximo ao hipocampo é parte do sistema de recompensa. Outras áreas límbicas importantes localizadas no Tronco Encefálico são a substância cinzenta peri-aquedutal e o locus coeruleus (medo, terror), próximos dos centros respiratórios e a área tegmental ventral, via dopamina relacionada à sensação de prazer e recompensa. O **Lobo pré-frontal dominante (Previsão, Decisão)** e Lobo pré-frontal não-dominante (**Comportamento social**) não faz parte do Sistema Límbico, mas faz muitas conexões com este sistema, especialmente a região órbito-frontal. Resposta: **Expressão emocional.**” (grifos da autora) Disponível em: «<http://www.bioinfo.ufc.br/obj/obj.php?obj=4>» Acesso em 25/02/2015, às 19:12h.

⁹⁵ ZAK, 2012, p. 38.

Componentes físicos em ordem, dar-se-á início ao processo cognitivo. Porém, não basta somente que a estrutura física esteja hígida, o processo é muito mais complexo do que atualmente se consegue explicar.

Como estas regiões possuem receptores de Oxitocina, o hormônio da moralidade, ou molécula da moralidade⁹⁶, sua captação regular, maior ou menor, pode interferir diretamente no resultado do processo cognitivo. De que forma? A intensidade dos registros dos componentes externos, como as vivências armazenadas desde as primeiras horas da vida de um indivíduo (até a sua morte), está vinculada ao modo de funcionamento de sua estrutura interna. Tais registros formarão um banco de dados retido no inconsciente e este banco de dados também servirá como uma espécie de molde para o nível de intensidade de armazenamento de novos registros. E, por fim, este banco de dados será solicitado durante o processo de tomada de decisão.

Destacam-se, ainda, dois elementos, resultado das pesquisas de Jean Decety, que serão, com algumas alterações, integrados ao fluxo proposto: primeiro, *flexibilidade mental*, como a capacidade para saber que o outro está experimentando determinada emoção (uma modalidade *perspective taking*, retirado o verbo *sentir*), sem ser determinante a análise da situação na qual o processo está ocorrendo; segundo, a *função executiva*, capacidade para a “autorregulação emocional, necessária para produzir uma reação adequada”.⁹⁷

Pode-se, então, fechar o circuito: há uma habilidade cerebral cognitiva que capacita o juiz a receber (neste momento “esvaziado mentalmente”⁹⁸) as informações [processuais e emocionais] das partes, a percebê-las em suas perspectivas particulares (flexibilidade mental) e a organizá-las, por meio de um processo dialético⁹⁹ entre seu consciente e os registros pré-conscientes¹⁰⁰ (autorregulação emocional), conferindo-lhes um significado que será então o foco da sentença.

⁹⁶ ZAK, 2012.

⁹⁷ ZAK, 2012, p. 63.

⁹⁸ Conforme preconiza Gikovate, mencionado no capítulo 2 deste trabalho.

⁹⁹ *Dialética*: “Fundamentalmente, o processo de raciocínio que leva à obtenção da verdade e do conhecimento acerca de qualquer assunto”. Ver BLACKBURN, S. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p.99. Complementando: o referido “processo que leva à obtenção da verdade”, como nos ensina Cirne Lima, em **Dialética para principiantes: depois de Hegel** (Escritos, 2015, p.28-32), deve apresentar um resultado, uma síntese entre os opostos envolvidos. Se assim não for, se houver uma destruição total de ambas as partes, não existirá a dialética.

¹⁰⁰ Apesar de o psicanalista Flávio Gikovate referir-se ao *inconsciente* na sua abordagem de empatia, para o [re]conhecimento do outro, o Professor Doutor Marco Antônio Azevedo contribuiu tempestivamente com a seguinte observação: “Em Freud, o inconsciente é inacessível. Não há acesso consciente aos registros inconscientes (muito embora o inconsciente atue sobre a consciência). Há acesso aos registros *pré-conscientes* (aqueles que não se acham presentes na consciência mas que podem ser acessados, como a memória).”

A essa habilidade cerebral cognitiva dá-se o nome de *Empatia*¹⁰¹, é a “atitude mental que afasta as emoções” do processo judicante. E o juiz que racionalmente submete o processo de tomada de decisão judicial ao exercício desta habilidade (agora *empatia judicial*) profere uma sentença *imparcial*. Donde se conclui que *a imparcialidade é o resultado objetivo da empatia judicial*.

Grande parte dos magistrados nacionais manifesta-se descrente quanto à imparcialidade¹⁰² exigida pelo sistema jurídico brasileiro. Para resumir, este sentimento traz-se a fala de um deles:

É impossível não se jogar pra dentro de si na hora de decidir. E o mar onde você se joga é revolto. Porque, por exemplo: você às vezes já viveu situações que você tem que julgar, aí pode ter uma disposição prévia para decidir de determinada forma. Mas, também, se não puder julgar o que já viveu, não vai julgar quase nada. Por outro lado, julgar aquilo que você não conhece, nunca viveu e uma realidade que você desconhece, te tira a capacidade de ter alteridade. Então, olha quanta contradição. Por isso que eu te digo que isso de ser imparcial é muito difícil.¹⁰³

Acredita a autora, contudo, que a descrença se dá em função de um entendimento pouco preciso sobre a imparcialidade, uma compreensão equivocada, como já mencionado.

¹⁰¹ “Foi observado que essa habilidade pudesse não ser empatia, embora ela dependa da empatia. Que essa habilidade é propriamente a capacidade do indivíduo de raciocinar sobre fatos, casos e circunstâncias particulares (Aristóteles provavelmente a incluiria no rol das habilidades cognitivas práticas), e que da forma descrita, talvez se aplicasse a um indivíduo com déficit de empatia, como o sujeito com Asperger”. Muito oportuna a observação, pois com ela vem a oportunidade que se clarifique e se reitere um ponto de suma importância: a empatia [judicial], instrumento, habilidade cognitiva, não pode ser relacionada diretamente com o conceito de empatia empregado para que se verifiquem patologias ligadas aos transtornos globais do desenvolvimento, como a Síndrome de Asperger e o Autismo. A ligação proposta versa sobre deficiências nas capacidades de interação social e comunicação de seus portadores, que apresentam, segundo pesquisas recentes, baixo grau de empatia. Porém, essa empatia é a empatia entendida sob a perspectiva emocional, que promove, segundo a graduação das patologias citadas, maior ou menor grau de interatividade com seu próximo. Desta forma, entende a autora, *data venia*, que o procedimento empático narrado, além de não pertencer à mesma categoria da empatia verificada ausente, ou diminuída transtornos do espectro autista, não seria “realizável” por um desses portadores.

Quanto à inserção do procedimento empático judicial no “rol das habilidades cognitivas práticas” de Aristóteles, a autora não pode discordar, porém, entende que existem diferentes domínios, diferentes esferas de atuação dessas habilidades, e que algumas delas podem ser eleitas para que desempenhem, as funções necessárias a cada circunstância. A autora não deseja (nem seria prudente) se aventurar nos textos aristotélicos, uma vez que esta pesquisa não inclui o pensamento do estagirita, mas pensou ser interessante, a título ilustrativo, para demonstrar a não pacificidade de entendimentos em torno da conceituação do fenômeno empático, transcrever uma fração de texto, retirada da *Retórica das Paixões* (p. 53-55), de Aristóteles, sobre o qual, com alguma facilidade, poder-se-ia fazer uma interpretação do conceito de Compaixão, por ele descrito, como uma “generalização” da conduta empático-emocional, a saber: “(...) Seja, então, a compaixão um certo pesar por um mal que se mostra destrutivo e penoso, e atinge quem não o merece, mal que poderia esperar a própria pessoa ou um de seus parentes, e isso quando esse mal parece iminente, com efeito, é evidentemente necessário que aquele que vai sentir compaixão esteja em situação que creia poder sofrer algum mal, ou ele próprio ou um de seus parentes, e um mal, tal como foi dito na definição, semelhante, ou quase igual; (...) Os casos, portanto, em que as pessoas sentem compaixão são esses e outros semelhantes; se elas se compadecem dos conhecidos, se não parentes muito próximos; para com estes, dispõe-se assim como para consigo mesmas, se devessem sofrer provações.”

¹⁰² BAPTISTA, 2012, p.243-344.

¹⁰³ BAPTISTA, 2012, p. 287.

Ser imparcial não implica a extirpação dos sentimentos do juiz. É preciso reconhecer que estes componentes emocionais existem, consciente, pré-consciente e/ou inconscientemente, que eles não podem ser evitados, mas que podem, todavia, fazer parte de uma ferramenta essencial, a empatia judicial, não para que o juiz se coloque no lugar do outro e sinta *com* ele a sua dor (tal como ocorre nos processos simpáticos imaturos), mas para que ele racionalmente ponha-se a uma distância *equilibrada*, digo, não tão próxima da situação, filtrando e discernindo o que são as *suas* vivências e como elas poderiam o estar influenciando sua decisão, para que ele possa, expressando sua humanidade, perceber que o outro está em sofrimento e proceder de forma adequada, ou seja: proferir uma sentença justa, imparcial, dentro da legalidade e da moralidade.

Ser imparcial não implica a cegueira da Justiça; adversamente, o juiz deve estar com acurada visão, afinal *Thémis* não nasceu cega, foi cegada pelos homens. O processo judicante requer *per se*, para que haja imparcialidade no *decisum*, que o magistrado esteja ciente de todo e qualquer elemento que possa, de qualquer forma, influenciar na tomada de decisão, principalmente, quanto a identificação das partes como indivíduos, cada uma com suas particularidades e subjetivismos. Após perceber e compreender as atuações das partes, o juiz deve detectar suas próprias inclinações e proceder na filtragem, no balanceamento dessas informações para, por fim, decidir.

Premente que o Judiciário, que o magistrado, que o corpo de jurados, que as partes e a sociedade escutem o canto da sereia e a ele sobreviva. Não se deve, justamente, ceder à aplicação da norma [pura], porque esta conduta é a que poderá levar a injustiça. Melhor dizendo, determinar que o processo judicante seja apreciado sem que as particularidades das partes (e do caso) sejam vistas através de lentes convergentes, e que a decisão nele proferida advenha de uma “mera comparação” entre julgados semelhantes, significa permitir e aceitar que, de alguma forma, a demanda em questão foi banalizada pela generalização.

Podem-se fazer paralelos, sem dúvida, mas dentro de um caráter quase pedagógico, mesmos as novíssimas súmulas vinculantes, trazidas pela Emenda Constitucional n. 45¹⁰⁴,

¹⁰⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de

“mecanismo que obriga juízes de todos os tribunais a seguirem o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre determinado assunto com jurisprudência consolidada”¹⁰⁵, são passíveis de contestação, se o magistrado entender que não há paridade entre os casos. De certo esse entendimento não trata de um “achismo” do magistrado e carece de boa fundamentação.

O fato é que: sejam as especificidades do caso, sejam as subjetividades das partes (não só autora e ré, mas de promotores, defensores etc.), sejam as subjetividades do juiz, sejam as consequências da decisão, todas devem ser vistas com olhos bem abertos, sob pena de contaminar o feito (e, até mesmo todo o processo) com o vício da injustiça.

Situação agravada se o contexto da demanda envolver as odiosas questões culturais vinculadas ao sexismo, ao racismo, e, ainda, à escravidão. Um juiz racista pode permanecer cego em relação à parte autora do processo cujo objeto é a indenização moral por abuso sexual, por ela ser negra, por exemplo, e não aplicar as normas da mesma forma com que aplicaria se vítima fosse caucasiana, e sem ter necessariamente consciência disso, o que é mais alarmante.

Pelo exposto, dá-se como justificada a adesão à distinção entre “neutralidade” e “imparcialidade” de Bobbio (apresentada no início deste capítulo), através de uma releitura da distinção, na forma que segue: *a neutralidade judicial seria então a imparcialidade ortodoxa, tradicionalmente entendida, exigência rigorosa de não permitir a participação de emoções no processo de tomada de decisão judicial, aplicando-se somente o texto “frio e duro” da lei. E a imparcialidade, proposta como resultado de uma atitude mental, de uma atividade cognitiva, elegida com o específico propósito de produzi-la, objetivamente, a empatia judicial.*

“Estar consciente” e “querer” são ações obrigatórias para o juiz que deseja atingir a imparcialidade. “Estar consciente” de que ele integra núcleos sociais que, consciente ou inconscientemente, lhe impregnaram com diferentes emoções, e que estas emoções poderão intervir no seu *decisum*, caso sua atenção não esteja para esse problema direcionada, que se poderia correlacionar com a flexibilidade mental (quarta etapa do processo de Denecy, conforme visto); e “querer” optar pelo processo empático, utilizando a função executiva do

inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivII_03/Constituicao/Constituicao.htm#art103.

¹⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. **Súmula vinculante**. Disponível em:

«<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/sumula-vinculante>» Acesso 12/08/2014, às 18:00h.

cérebro (quinta etapa do processo de Denecy), visando minimizar a possibilidade de que tal problema ocorra.

Com o escopo de verificar que os chamados *casos difíceis* seriam mais bem solucionados através do emprego da *empatia judicial*, entendida conforme proposta no presente trabalho, sem que este aproxime tal decisão de um juiz parcial, do que através da técnica empregada pelo juiz-árbitro, que aplica a lei, sem que seja conferido relevância ao processo de percepção das emoções das partes em litígio, nem a avaliação das possíveis consequências de sua decisão, será exposto um recente caso.

Setembro de 2014, uma jovem britânica de apenas quinze anos faz a comunidade médica do *Sheffield Children Hospital*¹⁰⁶ perder a respiração por alguns segundos ao solicitar, com apoio da família, que sua perna esquerda, sadia, clinicamente hígida, fosse amputada.

Danielle Bradshaw é portadora de Displasia Congênita, enfermidade que ocasionou a atrofia e paralisia total de sua perna direita, amputada [também] por solicitação da jovem, à época com onze anos.

O motivo do [novo] pedido é que depois de realizada a primeira amputação, Danielle deixou a cadeira de rodas e começou a correr com uma prótese, confeccionada em fibra de carbono, denominada *Cheetah Flex-Foot*, mundialmente conhecida como Lâmina de Pistorius¹⁰⁷. O esporte deu novo sentido à vida da jovem, que já ganhou inclusive a Prata no *Athletic Championship England*, e agora voltou sua atenção para os Jogos Paraolímpicos do Rio de Janeiro, em 2016. Porém, seus dedos e tendões da perna direita estão sendo pressionados excessivamente, impedindo-a de atingir índices mais satisfatórios no esporte.

Desta forma, Danielle quer que a perna direita, sadia, seja amputada para que ela possa colocar outra prótese (Lâmina de Pistorius) e melhorar seu desempenho. Por fim, a jovem diz que se o *Sheffield Children* não realizar a cirurgia, ela a fará em outro lugar.

O que está em jogo nesse cenário extraordinário? Danielle teria autonomia e capacidade para decidir mutilar o próprio corpo? Sua reivindicação seria legítima, ou seja, existiria uma justificativa forte para a concessão da demanda? Sua reivindicação é legal, existe o amparo do sistema jurídico para que a demanda seja atendida, ou não? Seus responsáveis teriam

¹⁰⁶ Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/health/article-2760568/Cut-healthy-leg-I-run-faster-Sporty-teenager-one-limb-amputated-medical-reasons-wants-OTHER-one-removed.html#ixzz3E4XkG1Dm>> Acesso 22/09/2014, às 15:38.

¹⁰⁷ Assim chamadas em função da notoriedade que Oscar Leonard Carl Pistorius, também conhecido por “Blade Runner”, atleta paraolímpico, amputado dos membros inferiores, atingiu ao manifestar o desejo de competir com atletas não deficientes, utilizando próteses *Cheetah Flex-Foot*. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Oscar_Pistorius.

competência para tomar tal decisão? Sob a avaliação moral, a realização da cirurgia com os propósitos alegados seria a ação correta, ou não?

O caso de Danielle vem ilustrar, com cores fortes, alguns dos dilemas contemporâneos que estão sendo levados aos tribunais.

Imagine então quais as hipóteses de decisão se este caso fosse submetido à apreciação do judiciário brasileiro?

A primeira, seria a abordagem de um magistrado disposto a analisar o caso exclusivamente tendo em vista a aplicação da norma positivada, um juiz-árbitro (*umpire-judge*). Lembrando que no sistema vigente jurisprudência não é lei, e, mesmo que fosse, não haveria hoje precedente legal relativo ao caso em tela.

Danielle, apesar da concordância e apoio de seu pai não conseguiu que o hospital X realizasse a amputação solicitada, fato este que os levaram a ingressar com um processo judicial objetivando a forçosa cirurgia.

Não existe no sistema jurídico brasileiro lei que disponha sobre casos como o de Danielle. A alegação do abstracionismo da lei suporta as ausências, mas desejar o rigorismo da técnica da aplicação exclusiva das normas, como fundamentação de sentenças judiciais de *casos difíceis*, atualmente, pode implicar um julgamento ineficaz.

Diante da anomia para a análise do caso Danielle, a norma constitucional seria inicialmente investigada e, com isso, seu artigo 196 alicerçaria a fundamentação do *decisun*:

Saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença e de outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁰⁸

(grifos da autora)

Prosseguindo o juiz-árbitro no examinar das leis, chega ao artigo 5º, combinado com os artigos 3º, 4º e 13 do Código Civil Brasileiro¹⁰⁹, em vigor, e constata que *Danielle é*

¹⁰⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988, Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo II, Da Seguridade Social, Seção II, Da Saúde, Artigo 196. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_196_.shtm

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

¹⁰⁹ BRASIL. **Código Civil Brasileiro** - Da Personalidade e da Capacidade

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

Art. 13 Salvo por exigência médica, o indivíduo não pode dispor do próprio corpo, quando isto importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

*absolutamente incapaz*¹¹⁰, o que levaria o direito à tomada de decisão ao seu representante legal, que sofre interferência judicial somente nos casos em que se comprova que a decisão do representante atenta contra o bem-estar do representado. E, desta forma se dá: o pai de Danielle a apoia na decisão, concordando que a amputação da perna saudável seria excelente para a carreira da filha. Porém, a conclusão não é tão elementar, ainda que a afirmação retroaludida possa desta forma sugerir. A conduta cirúrgica para a amputação da perna hígida caracteriza, para o juiz-árbitro, crime tipificado no artigo 129 do Código Penal em vigor, a saber: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem. Lesão corporal de natureza grave. § 2º Se resulta: III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV – deformidade permanente; Pena - reclusão, de dois a oito anos.”¹¹¹

Logo, o pedido (de amputação), ainda que feito pelo pai/representante legal de Danielle, objetivando o bem-estar da menor, o que cumpriria a formalidade processual, seria recusado, fundamentado em dispositivos da lei e motivado pela existência de tais dispositivos. E mesmo se Danielle fosse emancipada, por quaisquer das vias permitidas em direito, a argumentação do juiz-árbitro permaneceria inalterada. Desta forma, nada mais seria pelo juiz-árbitro perquirido e sua decisão seria pela não autorização da amputação demandada.

Essa decisão pode ser vista como *imparcial* (imparcialidade ortodoxa, neutralidade judicial, como já referido por ocasião da distinção de Bobbio), coerente com a posição do juiz-árbitro. Somente a lei foi aplicada, sem interferências, “sem ter tido que utilizar algum conceito extralegal, como a empatia ou algum outro conceito (...)”, como na definição de Sessions sobre a sentença do juiz imparcial.

Pensa a autora existirem ainda quatro possibilidades de sentenças: as proferidas sob a perspectiva do juiz empático/emocional que vai decidir (1) pelo deferimento do pedido, decisão produzida por empatia *perspective-taking*, perspectiva “empático-emocional”¹¹², melhor, por *simpatia*; (2) pelo indeferimento do pedido, também sob o ponto de vista da empatia/emoção, contudo percebida de outro ângulo: quando as circunstâncias do caso esbarraram nas “cicatrices” do julgador, fazendo com que ele decida de acordo com as suas

¹¹⁰ Poderia os responsáveis de Danielle emancipá-la para tentar solucionar o dilema, mas moralmente, haveria alguma modificação? A amputação de um membro saudável de um ser humano passaria a ser uma ação correta pelo fato de ele ter sido emancipado e poder exercer seus direitos em nome próprio? O juiz que decidiu não autorizar a cirurgia decidiria diferente se ela tivesse dezoito anos, ou estivesse emancipada? A autonomia e a capacidade de uma pessoa, por si, são autorizadores de quaisquer ações por ele pretendidas, ou existem limitações morais? O paternalismo na forma impediante da automutilação é aplicável como parâmetro para uma limitação moral com igual justificativa?

¹¹¹ Disponível em: « http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm»

¹¹² Expressão utilizada pelo Professor Doutor Marco Antônio Azevedo.

próprias emoções¹¹³; (3) a que decide também pela autorização da amputação, porém originada da empatia judicial, sob a nova perspectiva ora apresentada, ou seja, sob a perspectiva do juiz que racionalmente opta pela utilização da empatia no processo de tomada de decisão; e (4) a que vai decidir pela não autorização da amputação, como resultado imparcial do mesmo processo que utiliza a empatia judicial, mas, desta vez, sob o efeito da análise das possíveis consequências que poderiam emergir de uma sentença autorizativa do feito, frente ao argumento de defesa dos interesses das pessoas portadoras de deficiências.

A diferença entre as alternativas acima está precisamente no enviesamento da decisão, as prolatadas sob o julgo da empatia/emoção impreterivelmente carregam o vício da parcialidade, que pode pendular ora para o lado do autor, ora para o lado do réu. Imediatamente, as sentenças prolatadas com o auxílio da empatia/habilidade cognitiva estão revestidas de imparcialidade.

A descrição de cada uma das possibilidades acima mencionadas seria trabalho prolongado, de maneira que se acredita, vez que se está sendo proposto um exercício, que o detalhamento de apenas uma delas será suficiente para que a hipótese da autora, de que o emprego da *empatia judicial*/habilidade cognitiva no processo de tomada de decisão resulta em sentença proferida de forma imparcial, seja referendada.

Suponhamos agora que opção tenha sido pela decisão que concede a autorização para a amputação da perna hígida de Danielle.

A ação de Danielle está sendo processada em uma vara cível cujo titular P viveu uma traumática experiência durante a adolescência, e que por vez ainda o assola: sua irmã mais velha cometeu suicídio aos dezessete anos de idade, depois de transcorridos oito meses da cirurgia de amputação dos seus membros inferiores, em decorrência de ulcerações e necroses causadas pela Diabetes.

Poderia o magistrado P socorrer-se no Art. 135 do Código Civil Brasileiro em vigor e levantar o instituto da suspeição, alegando “motivo de foro íntimo”, o que muitos

¹¹³ O comportamento (real) do juiz-relator de uma Ação Indenizatória, explica bem a hipótese da autora sobre a possibilidade de a decisão ser enviesada por empatia/emoção vinculada à situação explorada no processo, e não com as partes. Resumidamente: o processo versa sobre relações de consumo. O consumidor teve seu pedido julgado procedente em primeira instância, impetrou recurso visando majorar a indenização. Em segunda instância, os desembargadores queriam manter o *quantum* indenizatório estipulado em primeiro grau, mas o juiz-relator do processo **brigava incessantemente** pela majoração da indenização em dez vezes o valor concedido, que já era muito superior ao da compra realizada pelo autor do processo. Muito se estranhou a postura do relator, que após ser pressionado pelos colegas declarou: “Estou com um tio entevado. Devido a esse calor de quase 40°, comprei um ar condicionado para colocarmos em seu quarto, a fim de melhorar suas condições. Isso já faz mais de um mês e essa mesma loja o entregou até hoje (...) imagino que eles vão rir do valor da indenização a que os estamos condenando. Temos que condená-los em importância que eles sintam.”. Ver BAPTISTA, 2013, p. 293-294.

provavelmente o fariam, eximindo-se, desta forma, do julgamento de tal demanda. Mas P pensa que “se não puder julgar o que já viveu, não vai julgar quase nada (...)”¹¹⁴ e silencia. P estabelece, para que suas reflexões e sua decisão não sejam contaminadas pela parcialidade que sua experiência possa causar (ou ao menos mitigar ao máximo tal possibilidade), o emprego de uma *ferramenta*, considerada *essencial*, para o juiz que almeja o conhecimento, a percepção e a compreensão das emoções das partes e a ciência das consequências advindas de tal decisão, como elementos indispensáveis para manutenção da imparcialidade, a saber, a empatia/habilidade cognitiva - *empatia judicial*.

Assumamos aqui que os componentes físicos (aparato neural e produção hormonal equilibrada), substanciais ao processo empático de P, estão hígidos.

P, então, sequencia o processo seguindo a tendência dos tribunais contemporâneos, a de dar voz a todos. Até mesmo crianças em tenra idade e os portadores de desvios psicológicos são ouvidos pela maioria dos juízes, com a expectativa de que a manifestação de seus sentimentos e vontades possam trazer elementos decisivos ao processo¹¹⁵. Danielle é convocada para esclarecimentos e o juiz P registra todas as suas razões, sendo a principal delas a oportunidade de ser uma campeã olímpica: “Corte minha perna para que eu possa correr mais rápido.”¹¹⁶

O juiz P percebe-se estarecido com as declarações de Danielle, sem contar que sua figura já amputada trouxe, instantaneamente, à tona a visão de sua querida irmã, junto com as pesadas lembranças de suas angústias terríveis e intermináveis crises de depressão.

Em outra oportunidade foi ouvido o pai de Danielle, e o juiz P conclui que ele está de acordo com o que a filha exprime ser sua vontade e manifesta-se como obrigado a “lutar” pela felicidade da filha, pela amputação da perna, mesmo estando ela saudável, decisão que levaria Danielle à realização do seu sonho de vida, à sua realização pessoal.

Prossegue o juiz P na oitiva do técnico de Danielle, de parentes, amigos e profissionais da saúde, como juntas psiquiátricas e médicos-cirurgiões.

O “caso Danielle”, por sua peculiaridade, ganha notoriedade nas mídias e o juiz P passa a ser alvo de pressões externas (como se as internas não fossem suficientes). Opiniões favoráveis à amputação são em menor número, mas esbarram nas emoções do juiz P; opiniões desfavoráveis são em número expressivo. Igrejas, associações de pais, Ongs etc. manifestam-

¹¹⁴ BAPTISTA, 2013, p. 287.

¹¹⁵ O passado próximo nos mostra que até mesmo a manifestação do relativamente incapaz sofria certo grau de exclusão por parte de alguns magistrados.

¹¹⁶ Ver **Danielle Bradshaw wants to become a double amputee**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Gc0FSWpm-go>> Acesso 23/01/2015, às 21:00h.

se nas mídias apelando para que o juiz P não autorize a amputação, com argumentos fortes e para o juiz P, especificamente, convincentes ao extremo.

Qual o cenário da demanda?

Uma jovem com quinze anos (legalmente incapaz), representada por seu pai, roga em juízo que lhe seja concedido o direito de amputar uma perna saudável, ou seja, realizar uma cirurgia de amputação que não tem finalidade terapêutica. Um juiz que fantasmagoricamente “arrasta as correntes” da amputação e do suicídio da irmã, a opinião pública oprimindo-lhe a consciência, e que não arguiu no processo a suspeição. Não existem leis que resolvam tal impasse pela sua “simples” aplicação. Logo, está-se diante de um *caso difícil*, no qual estão presente vários fatores convergentes a uma sentença parcial.

Sucedo que o desfecho não é o esperado. O juiz P exerce, de forma racional, sua *habilidade [cognitiva] empática* para captar as informações/emoções de Danielle, percebendo tais emoções em sua perspectiva particular (flexibilização mental), autorregular-se emocionalmente (função executiva do cérebro, que o manterá distante o suficiente para decidir corretamente), e, por fim, ativa um processo [auto] dialético entre todo o captado na etapa anterior e o seu próprio banco de dados, com objetivo de que o resultado apresentado atribua, de forma isenta, um significado aos fatos, que será a motivação de sua prestação jurisdicional, a *sentença imparcial*.

A decisão do juiz P autoriza então que o membro inferior esquerdo seja amputado. A motivação da sentença, em poucas palavras, versou sobre o fato de Danielle, apesar da pouca idade, e apesar da possibilidade de ocorrer um arrependimento no futuro, ter demonstrado muita maturidade e segurança ao expor suas razões, principalmente por estar convicta de que a amputação anterior, dentro do quadro que se apresentava, foi a melhor escolha, sem arrependimentos. Tornou-se atleta premiada, recuperou sua autoestima e considera que com duas próteses vai ficar mais capacitada para o esporte do que suas “concorrentes” que possuem pernas naturais... “é até injusto com elas...vou ser muito mais veloz! Uma *ciborgue!*”.

Pelo exposto, não entendeu o juiz P que a cirurgia caracterizasse o crime tipificado no artigo 129, §2º, III e IV, do Código Penal. Não há o dolo da lesão, bem como não estaria inserta no Art. 13 do Código Civil, frente ao pareceres médicos que justificam a amputação, visando à integridade psicológica de Danielle.

Na fundamentação legal da sentença, há dois princípios constitucionais, que indiscutivelmente amparam a decisão:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - **a dignidade da pessoa humana**; Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹¹⁷

(grifos da autora)

A dignidade da pessoa de Danielle está em jogo, sua saúde mental está em jogo, muito mais do que sua saúde física. Ela já está amputada e, no lugar da depressão, da negação, da angústia e da morte, ela optou pela vida, uma vida de vitórias, de superações e felicidade. Já não há mais sofrimento, a segunda amputação nada poderá lhe furtar. Danielle é uma pessoa distinta de qualquer outra, o fato de alguém não ter suportado a perda dos membros não implica que ela também não suportará.

E foi o emprego da *empatia judicial* que permitiu que as emoções do juiz P não o deixassem cego e, por conseguinte, que a *decisão por ele proferida fosse justa e imparcial*.

O entendimento apontado neste capítulo encontra-se longe de ser pacífico e, para que se discuta o tema com mais vigor, o capítulo a seguir exporá uma apreciação diametralmente oposta, defendida por Jesse Prinz.

¹¹⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm» Acesso 07/07/2104, às 17:00h.

4 AS OBJEÇÕES DE JESSE PRINZ AO VALOR DA EMPATIA NA DECISÃO JUDICIAL

Pergunta-se, mais uma vez: o que está em jogo? Qual o propósito de todas as colocações feitas até então? Averiguar se a decisão judicial, proferida por um juiz ou por um tribunal do júri sob manifestações empáticas, é uma decisão revestida de moralidade.

Nesta seção, serão trazidas, com o objetivo de auxiliar a pesquisa em tela, as argumentações de Jesse Prinz, apresentadas principalmente em dois textos¹¹⁸, a saber: *Against Empathy* (Prinz, 2011) e *Is empathy necessary for morality?* (Prinz, 2012), que negavam a possibilidade de a empatia exercer papel essencial na construção das decisões morais e, conseqüentemente, nas decisões judiciais.

O debate sobre a moralidade de decisões judiciais proferidas sob manifestações empáticas adquiriu corpo recentemente, como citado anteriormente, com as declarações do Presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, por ocasião da indicação do nome de Sonia Sotomayor para a Suprema Corte Americana:

Obama “estava à procura de alguém com um saldo de habilidades: muito, muito inteligente, pensador independente, altamente considerado por sua integridade e compromissado com a lei”, disse outro funcionário do governo. “Ele encontrou todas essas características nela, atendendo inclusive ao seu objetivo de selecionar alguém com o **fator empatia**, com a experiência prática do mundo real e a compreensão de como a lei afeta pessoas de verdade”.

(grifos da autora)

Recapitulando: a menção da palavra ‘empatia’ expressando um dos atributos da juíza Sotomayor, enxergado como presente e necessário pelo presidente Obama, foi suficiente para que um turbilhão de manifestações contrárias viesse à tona, acoplada a contundentes discussões. Republicanos em massa, representados pelo senador McConnell, lastimaram a opinião de Obama e afirmaram que tal posicionamento significa a “crença de que a imparcialidade não apenas é impossível, mas que nem sequer vale a pena”, e que “no tribunal da juíza Sotomayor, os grupos que não estavam à altura de suas preferências costumam ser privados de sua empatia”¹¹⁹, conduta tida como perniciososa ao ideal de justiça americano.

Prinz faz parte dessa turba, pois refuta com veemência, nos textos retro aludidos, que a empatia possa ser cardeal ao se tratar de tomadas de decisões morais. Prinz afirma que

¹¹⁸ Os textos são extremamente similares e, certamente, vão gerar algumas repetições de ideias no presente trabalho.

¹¹⁹ **Jornal do Comércio**. Disponível em <<http://jcrs.uol.com.br/site/noticia.php?codn=4947>> Acesso 2/06/2014, às 11:17h.

empatia não é uma emoção moral desejável e, logo nas primeiras linhas de *Against Empathy*, questiona: “seria bom ter júris e juízes empáticos?” (Prinz 2011, 214).

Assim começam os problemas para Prinz. Ele entende a empatia como supervalorizada dentro dos processos de tomada de decisão moral, como se, sem a empatia, não fosse possível a verificação da moralidade no ato, como se a empatia fosse melhor condutora para a moralidade judicial e, apesar de autointitular-se um sentimentalista moral, ou seja, como defensor da imperatividade das emoções para o julgamento e motivação moral, Prinz não confia na empatia para a execução dessas tarefas.

Visando desconstruir alguns argumentos favoráveis à posição objetada, Prinz indaga sobre a necessidade da empatia como *condição prévia* no *julgamento moral*, isto é, para o *desenvolvimento moral*, ou para a *condução da motivação moral* e, além disso, *se seria benéfico cultivarmos uma moralidade baseada em empatia* (ponto de crucial importância para esta pesquisa, sobre o qual se tráfegará lentamente adiante).

As respostas de Prinz, aliás, muito bem alicerçadas, porém ainda longe de serem definitivas, são quase imediatas: “a empatia não é um componente, uma causa necessária, um guia epistêmico confiável, um fundamento para justificação ou a força motivadora por trás de nossos julgamentos morais” (Prinz 2012, 214). Suas afirmações são carregadas de um tom peremptório, mas, paradoxalmente, embora sua teoria moral esteja alicerçada em “equações humeanas” (que, como sabemos, dão um lugar especial às emoções na mecânica da mente), Prinz não admite a empatia como integrante do repertório do raciocínio judicial.

O que se passa aqui? Em um primeiro momento, é flagrante que os argumentos oferecidos por Prinz contra a empatia são, *prima facie*, questionáveis. Prinz defende que os juízes devem decidir impelidos por emoções “mais adequadas”. Mas seriam tais emoções, ditas “mais adequadas”, emoções não orientadas pela empatia? A eleição dessas emoções (em caráter substitutivo a empatia, entendida por Prinz como uma emoção), mesmo que baseada em respeitadas pesquisas, como as de Beyerlein e Ward (2007), que apresentam resultados que indicam, por exemplo, a raiva como um componente mais eficaz para o processo de tomada de decisão, poderia fracassar. Nada garante, e Prinz admite, que essa emoção [raiva], ou outra qualquer, gere um resultado mais efetivo, o que eleva a teoria de que especificamente a empatia não é a melhor das escolhas, a um patamar de subjetividade, evidenciando as especulações.

Importante que seja advertido que Prinz deixa transparecer certa indecisão, ou ao menos certa desconfiança sobre as avaliações expostas em seus próprios textos. Talvez Prinz esteja optando por uma mera estratégia argumentativa, a fim de dificultar as possíveis críticas

quando ele afiança categoricamente ser a empatia um ‘mal’¹²⁰, embora, em várias outras passagens, Prinz abrande suas colocações com frases como: “Talvez, sem empatia, nós nunca adquiriríamos um senso moral” (Prinz 2011, 221). Arrematando seu raciocínio, a opinião de Prinz é de que a empatia não tem como dar as ditas boas razões para justificar sua “inabalável presença” em cada um dos julgamentos morais que se possa levantar, o que dá às teses de Prinz um suposto maior corpo, mas não prova que a empatia não serve como elemento no cálculo dos julgamentos morais, incluindo os judiciais.

Prinz faz referências textuais a pesquisas que apontam para determinados resultados e deles tenta extrair fundamentação para suas objeções a uma empatia que ele quer “exclusiva”, aplicada inexoravelmente a todas as construções de ordem moral, com *animus sanandi*, uma solução para todas as injustiças, sem a possibilidade de falhas, o que está inequivocamente expressado nas frases: “Penso que a empatia não é tudo isso que parece ser. (...) De fato, a empatia pode até ser um risco”¹²¹ e (...) a empatia é nociva para a moralidade “¹²². Mas, pode-se perceber, sem grandes esforços, a possibilidade de um equívoco em suas interpretações e, por que não dizer, no próprio desenho das pesquisas, vez que por ele mesmo observa as limitações nos resultados de Baston e Shaw (1991), trazidas por Cialdini et. al. (1997, 226).

Como exemplo do exposto acima temos o caso da pesquisa de Eisenberg et al. (1988), exibida em *Against Empathy*, em que mostra a empatia “interferindo” em ações pró-social. “Se eu fico infeliz por sua infelicidade, eu posso simplesmente me retirar e me tornar recluso. Eu também posso tornar-me defensivo e acusatório.” Ora, outra pesquisa pode ressaltar um grau de anormalidade na conduta desses indivíduos que se tornam reclusos por sentirem a infelicidade do outro. Não há necessariamente uma mazela na participação da empatia, no referido caso. Ainda, como dito antes (e provavelmente, muito ainda se dirá) empatia não implica sentir o que o outro está sentindo, não se trata de um processo neurótico de transferência, mas de um processo em que você está apto a entender a emoção alheia.

Mas uma pergunta inicial para a compreensão de suas próprias posições é: O que Prinz, afinal, entende por empatia?

Foi visto no capítulo 2 o quão difícil é se entender o que se considera como *empatia*, e, em consequência, atribuir a esse entendimento uma conceituação. Um problema é que o termo

¹²⁰ Como por exemplo, já no resumo de *Against Empathy* (2011, 214): “I review various ways in which empathy might be regarded as a precondition and argue against each of them: empathy is not a component, a necessary cause, a reliable epistemic guide, a foundation for justification, or the motivating force behind our moral judgments”.

¹²¹ “I Think empathy is not all it is cracked up to be ” (Prinz 2011, 214).

¹²² “[T]hat empathy is, by large, bad for morality” (Prinz 2011, 216).

'empatia', como vimos, pode ser usado para expressar conceitos muito diferentes (como vimos, sem deixar de mencionar a complexidade do fenômeno empático como fator preponderante para a não harmonização do conceito. O próprio Prinz menciona a possibilidade de uma outra conceituação diferente da por ele elencada não alicerçar suas teses. Prinz parte, para alcançar suas imprescindíveis provas de um conceito de empatia, dos empregos feitos por Hume do termo 'sympathy': “Quando eu vejo os efeitos da paixão na voz e nos gestos de alguém, minha mente passa imediatamente desses efeitos a suas causas, e forma uma ideia tão viva da paixão, que esta ideia logo se converte na própria paixão” (Hume 2009, 615), donde conclui que a empatia é uma “emoção vicária”, ou seja, “é uma questão de sentir uma emoção que nós pensamos que outro está sentindo”¹²³ (Prinz 2011), qualquer emoção, como preconizado por Hume, que explica que *sympathy* tem esse contorno porque a estrutura mental humana tem uma mesma forma em todos os homens, forma esta que permite que os sentires, as emoções se manifestem analogamente.

Apesar de ter escolhido conceituar o fenômeno da empatia como uma “emoção vicária” (que pretende ele estar próximo ao entendimento de Hume¹²⁴) “uma questão de sentir uma emoção que nós achamos que a outra pessoa está sentindo”¹²⁵, Prinz menciona a distinção de Darwall entre *simpatia* e *empatia*, na forma que segue: *empatia* alude a sentir o sentimento do outro, colocar-se no lugar do outro, e *simpatia* “é uma resposta emocional em terceira pessoa” (Darwall, 1998), que não implica *sentir* o sentimento do outro¹²⁶.

¹²³ Prinz diz que essas foram as conceituações escolhidas por ele, mas fala-nos de outras possibilidades e admite que outras construções poderiam amenizar suas críticas (Prinz 2011).

¹²⁴ Soa meio confuso. Prinz afirma em *Against Empathy* (2011, 02) que “[a] ideia central de Hume é que a empatia não é uma emoção específica, mas, de outra forma, refere-se à experiência do estado emocional de outra pessoa – seja qual for a emoção”. Depois menciona no resto do texto que outras emoções são preferíveis à empatia!

¹²⁵ “More precisely, I will say that empathy is a matter of filling in the emotion that we take another person to have”. (Prinz 2011, p.215).

¹²⁶ Em *Is Empathy necessary for morality?* (2012, 1-2), Prinz problematiza a proposta de Darwall apontando para sua conceituação de empatia como a “empatia em sua forma mais simples”, o contágio emocional e sua aventada inclusão da expressão “deve estar sentindo”, que Prinz critica e diz repudiar pela implicação do caráter imaginativo (que lhe vibra num tom demasiadamente intelectual), que estaria envolvido no processo “deve”. Parece-nos, entretanto, que o próprio Prinz não se dá conta dessa exata forma de utilização quando ele interpreta Hume (de antolhos) e entende a empatia demandando um “tipo de mimetismo emocional”, o que causa muita espécie, pois jamais pelos meios observacionais comuns (como os propostos), sem que lance mão de aparatos tecnológicos, poderá se chegar, com precisão, à emoção que outra pessoa está sentindo, que se diferenciaria do contágio emocional por não ser sempre um processo automático, e, mesmo esse processo automático vai demandar aproximações fenomenológicas, aproximações de experiências vividas. Como poderia se dar esse processo sem que o elemento imaginativo estivesse presente? Imaginação, argumenta Prinz, “parece excessivamente intelectual” (Prinz 2012, 01). Mas imaginação requer apenas que o aparato neural esteja em funcionamento, não se trata de um processo sempre consciente; eu não penso: agora eu vou imaginar o sofrimento daquele leproso abandonado na rua!

As interpretações de Prinz¹²⁷ sobre o texto de Hume nos trazem ainda a tese (de Hume) que, de alguma forma, a empatia seria uma pré-condição para que haja a aprovação ou desaprovação moral. Mas como se manifestaria essa possibilidade da empatia como "pré-condição" para o julgamento moral positivo, a aprovação da ação constituída como moral frente às inconstâncias do texto de Hume?

Primeiro, pode-se entender a afirmação de que respostas empáticas são elementos constitutivos da aprovação moral, ou seja, o prazer de se sentir a felicidade do outro seria, por simpatia, o elemento de aprovação moral para com a pessoa que realizou o ato. Logo, a aprovação é "o prazer empático redirecionado para fora". Aceitado isto, desaprovação é um "desprazer redirecionado", no lugar da resposta empática ser dada à felicidade, é dada ao sofrimento alheio.

Dentro dessa perspectiva, Prinz tenta uma aproximação entre a tese de Hume e a tese contemporânea de Michael Slote, que propõe a empatia como constitutiva da aprovação moral. Slote, entretanto, não compreende a empatia como resposta às emoções do beneficiário da conduta (como entende Hume - agora chamada "empatia com o paciente"), mas como a própria aprovação moral, constituída pela resposta empática aos *motivos* que levaram tal pessoa a praticar a ação benéfica. A modalidade de Slote é chamada por Prinz, em contrapartida à "empatia com o paciente" de Hume, de "empatia com o agente". Prinz, no entanto, considera-a falha, tanto quanto a primeira¹²⁸, pois, segundo ele, nem as emoções do agente, nem as do paciente estão envolvidas nos julgamentos morais (nem de aprovação, nem de desaprovação¹²⁹), apesar de concordar com Hume e Slote sobre a emoção como constituinte do julgamento moral, discorda que essa emoção seja a mesma do agente, ou a mesma do paciente¹³⁰, o que segundo ele é de fácil observação.

¹²⁷ Prinz diz não ter certeza quanto aos empregos de Hume do termo 'sympathy', uma vez que aparecem também termos como 'origem', 'causa', 'fundamento', mas de forma irregular, gerando ambiguidades de sentidos.

¹²⁸ É preciso ressaltar que a tese de Hume, ou a tese da "empatia com o paciente", não é necessariamente excludente da tese de Slote, a tese da "empatia com o agente". Quando falamos em elemento constitutivo da aprovação moral, Hume sobrevive ao lado de Slote. A empatia para ser elemento constituinte não precisa ser com o agente, ou com o paciente, de forma exclusiva.

¹²⁹ "Sentimento são disposições para as emoções" – "desaprovação é sentimento" (Prinz 2012) – e aprovação, não?

¹³⁰ "I think the constitution thesis is quite hopeless in both Slote's agent version and Hume's patient version. It is easiest to see the problem by attending to the actual phenomenology of moral judgments. Hume and Slote are right that moral judgments are constituted by emotions, but they are wrong to think that those emotions resemble the emotions of an agent or patient in an action under consideration" (Prinz 2011, 217).

Veja nos casos seguintes apresentados por Prinz.

Aprovação moral - é dada ajuda a um necessitado, que fica grato¹³¹. A ação é moralmente aprovada com admiração. Assim, estariam envolvidos os sentimentos de gratidão, admiração, mas nem este, nem aquele são constituintes do julgamento moral positivo da ação, pois são sentimentos distintos. Enfim, quer dizer Prinz: não há empatia constitutiva com o agente, nem com o paciente. Vejamos um exemplo hipotético: Suponhamos que o filantropo americano Bill Gates tenha doado um quarto de sua fortuna aos africanos de Zimbabwe. Prinz sustenta que aprovamos a conduta de Gates sem a interferência da empatia, pois não está em jogo a empatia com o sentimento de gratidão dos auxiliados ("empatia com o paciente", conforme Hume). Afinal, não temos como saber qual o sentimento real que tinha Gates ao realizar esse feito (pressupõe-se não ser o de admiração por si mesmo). Ainda assim, admiramos seu feito. É esse sentimento de admiração que constitui a aprovação de sua conduta. Mas isso nos distancia da tese constitutiva com o agente (Slote), pois ao aprovarmos seu ato, não estamos empatizando com o sentimento de Gates.

Desaprovação moral - nesse caso, a desaprovação da conduta ligada necessariamente à empatia com as emoções do paciente (o que sofre a conduta condenada) é negada de forma explícita e clarificada no exemplo de Prinz. Vejamos: a pessoa que é furtada de seus pertences sente-se vulnerável e desesperada. A conduta é reprovada não por empatia com os sentimentos experimentados pela vítima. A conduta é reprovada motivada pelo sentimento de raiva que o julgador moral tem em relação ao criminoso e sua conduta. A vítima, segundo Prinz, sente desespero e vulnerabilidade, mas o julgador moral sente raiva, e mesmo que a vítima sinta raiva, ainda assim, a raiva do julgador é um sentimento dele e não fruto de empatia, como revela o caso, por exemplo, em que as vítimas não sabem que foram furtadas e, mesmo assim, é presente o sentimento de raiva no julgador moral que condena a conduta¹³².

Também quando abordada a empatia com o agente para a desaprovação da conduta, Prinz levanta os casos em que a conduta pode ser desaprovada, mesmo que haja uma empatia

¹³¹ Por que o beneficiário além de grato, não pode ficar feliz e minha aprovação moral da ação ser integrada por esta resposta empática (admitindo o conceito utilizado por Prinz), também estou feliz em saber que o necessitado está feliz com a ajuda ("empatia com o paciente")? Quanto aos 'motivos' do agente moral, que jamais serão certificados, quaisquer que possam ser não evitam o possível sentimento de felicidade pelo fato de ter ajudado, e, neste caso, poderia haver "empatia com o agente".

¹³² A explicação de Franz de Waal (2008, 282-286) sobre os denominados "níveis de empatia", como visto anteriormente, (Nível 1-Contágio emocional; nível 2 - Preocupação simpática, e nível 3 - Empatia *perspective-taking*) pode trazer luz ao tema: a empatia no caso posto por Prinz é uma reação emocional deflagrada pela nossa imaginação em relação a posição da vítima e não seus "sentimentos", empatia nível 3: *perspective-taking*, ou melhor, empatia com o ponto de vista da segunda pessoa. A posição da vítima, como o próprio nome indica, é a de quem teve seus direitos violados. Ao reagirmos ao "sentimento" da vítima, estaríamos no nível 2 de empatia, "preocupação simpática".

com os sentimentos do agente. Vejamos: o caso do pedófilo em recuperação que condena a conduta do outro pedófilo. Há empatia, no caso mencionado, com o agente e também a reprovação da conduta, demonstrando que a reprovação moral independe da empatia com o agente¹³³.

Atestando as discrepâncias entre as emoções de agentes e pacientes em relação às incluídas na constituição da desaprovação moral, Prinz chama Paul Rozin (1999) para corroborar sua tese, que apresenta dados sobre as ditas emoções morais, também chamadas emoções de culpa¹³⁴ (raiva, desprezo e nojo), estas sim, segundo a tese apresentada, componentes constitutivos da desaprovação moral e independentes de ‘empatias’ (com agentes e pacientes), e conclui: a empatia não é condição para o julgamento moral, nem de aprovação, nem de desaprovação. E por que não?

Admitindo que não exista empatia com o agente como componente da desaprovação moral, admitindo que não seja razoável que inexista um sentimento, ou melhor, que haja uma indiferença emocional relativa à ação a ser julgada¹³⁵, o que está envolvido no processo é, como já dito, a raiva, o desprezo e o nojo. Argumenta Prinz que cada uma dessas emoções será introjetada de acordo com a situação que se apresentar, ou seja, com a experiência de cada um, da seguinte forma: se ocorre um abuso, uma transgressão do direito, a emoção de culpa manifestada será a raiva; se ocorre um crime contra a comunidade, se o lesado é o social, a emoção de culpa será o desprezo, e, por último, havendo a prática de uma ação que profane, que corrompa o corpo humano, a emoção de culpa será o nojo¹³⁶. Esse resultado, somado a uma “rica literatura empírica ligando emoções aos julgamentos morais” (Prinz 2011, 219) desata a empatia da desaprovação moral.

¹³³ A apresentação de teses em que os sujeitos (agentes ou pacientes) das condutas morais não fazem parte do que poderíamos chamar de um ‘quadro de normalidade’ é perigosa e até tendenciosa, já que em estados mentais alterados pode-se achar um número muito variável de condutas que poderiam dar embasamento a qualquer tese. Exemplificando, quero provar a hipótese de que não é reprovável moralmente manter relações sexuais com animais. Então trago uma pesquisa que fornece dados que atestam que trinta e cinco por cento da população pratica sexo com animais. Fato é que, essa prática é um *transtorno de preferência sexual*, segundo a CID-10/OMS («http://www.cppc.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=347&Itemid=114»), e sendo um transtorno mental, pelo menos teoricamente, não seriam dados válidos para provar minha hipótese de que sexo com animais não é moralmente reprovável.

¹³⁴ Rozin, P., L. Lowery, S. Imada, and J. Haidt. 1999. The CAD triad hypothesis: A mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology* 76: 574–86.

¹³⁵ Prinz salienta que “é implausível” que haja um “sentimento de desconexão” compondo a desaprovação (Prinz, 2011, 219), mas não explica o porquê. Nem explica o que ele quer dizer com esta expressão “sentimento de desconexão” com a conduta, que em um primeiro momento parece fora da normalidade, algo meio esquizoide. Como uma pessoa vai permanecer indiferente, ter um sentimento de desconexão frente a uma conduta maléfica?!

¹³⁶ Insisto em que o fato de as chamadas emoções de culpa participarem do cálculo dos julgamentos morais, tanto de aprovação, quanto de desaprovação, não deve ser fator excludente da participação empática do processo.

Prinz afirma desse modo que a empatia não é condição prévia para o julgamento moral, pois existem casos em que a empatia não é indispensável à cognição moral, passando a enumerá-los: considerações deontológicas anulando princípios utilitários (matar um para salvar cinco); juízos morais emitidos sob o “véu” rawlsiano (distribuir aos carentes); a concomitância dos papéis julgador/vítima (transgressão moral); crimes sem vítimas evidentes (sonegação de impostos), e transgressões sem vítimas (necrofilia, incesto consensual entre irmãos) ¹³⁷.

Visando uma melhor compreensão das propostas acima, cada uma delas será apresentada isoladamente. No primeiro caso, pode ser julgado maléfico matar uma pessoa inocente que não está sendo morta por uma condenação positivada, por exemplo, mesmo que a justificativa apresentada para sua morte seja que esta beneficiará cinco pessoas, pois seus órgãos sadios possibilitarão que cinco vidas sejam salvas, dentre elas a de um cientista que está a um passo de confirmar integralmente a descoberta do Bóson de Higgs. Cinco pessoas doentes, que morrerão em breve, afirma Prinz - “sem dúvida” (*sic*) - faz com que sintamos mais empatia, porém, a nossa “resposta empática não controla o nosso julgamento moral”. Não é pelo fato se haver uma resposta empática maior, uma sensibilização maior, em relação aos cinco “condenados” à morte, que passaremos, em função disso, tendo essa sensibilização por justificativa, a aprovar a morte do inocente.

O segundo caso apresentado para demonstrar que julgamentos morais não dependem de respostas empáticas é o dos julgamentos morais pronunciados a partir do “véu da ignorância de Rawls”. Você, por ser carente de recursos, decide que se deve distribuir melhor a renda entre os necessitados. Parece claro que você chega a essa conclusão sem a ajuda de nenhum tipo de resposta empática, mas a partir de uma preocupação apenas consigo mesmo. Interessante observar que não parece que a decisão tomada sob o véu rawlsiano possa levar em consideração o estado atual do julgador. Em outras palavras, a ideia é que uma tal decisão seja tomada exatamente sem se saber qual a posição que os julgadores ocupariam na sociedade que seria regida por tais regras, e, salvo melhor entendimento, não é isso que sugere o texto de Prinz.

Os casos seguintes, que causam menos espanto aos estudiosos da área, são os casos em que a própria pessoa que sofre a transgressão faz o julgamento da conduta. Por exemplo, se é

¹³⁷ 1) Você até pode empatizar com os cinco, mas matar um inocente sempre vai, mesmo que de forma inconsciente, colocar – você – nesta condição, ou seja, de ser morto para salvar outros, que ainda “por cima” podem nem ser inocentes, ou não todos; 2) você sabe que ser carente é ruim e você não está deliberando só por você; 3) aqui o argumento é forte! 4) Prinz fala em “sem preocupação em primeiro lugar com as vítimas” – restam dúvidas; 5) transgressões sem vítimas – existe isto? Ver Prinz, 2012, p. 04.

apenas você quem sofre *bullying*, não há empatia de você para com você; mesmo assim, você desaprova a conduta. Mas aqui também cabe observar que a desaprovação vinculada à não existência da empatia é inadequada quando se tem a pessoa que sofre a ação reprovável na mesma pessoa do julgador. Trata-se, de fato, de um caso excepcional. Não se pode falar em "desnecessidade de empatia" para a desaprovação, pois o julgamento moral estaria, *a priori*, contaminado pela emoção (qualquer que seja a emoção envolvida no processo); os casos em que não existem vítimas evidentes, que exemplificado pelo furto a uma loja de departamentos e os casos das transgressões sem vítimas, exemplificado pelo ato de necrofilia. Ambos os exemplos são questionáveis: o primeiro, porque a vítima evidente é o dono da loja, que sofreu uma perda no seu patrimônio, não permanecendo a possibilidade dos casos nos quais não existem vítimas evidentes; o segundo, porque a 'vítima' da necrofilia é a família do morto, salvo melhor entendimento, não se trata de "transgressão sem vítima".

Conveniente, do ponto de vista do Direito, seria trazer para essa discussão a distinção entre *mala in se* e *mala prohibita*. *Mala prohibita* são as condutas que são más em função de haver uma proibição, ou seja, essa proibição é que torna a conduta passível de desaprovação (legal), mas que ela em si não carrega propriamente um mau, são crimes que apenas existem porque há uma lei determinando tal conduta como criminosa, caso essa determinação legal não existisse, a mesma conduta, em si, não representaria um delito, como, por exemplo, estacionar nas vagas destinadas aos deficientes físicos. *Mala in se* diz-se das condutas que são um mal em si mesmas, são consideradas por um determinado grupo social como contendo o mal de forma inseparável da sua existência. Condutas classificadas *mala in se* seriam casos especiais de *mala prohibita* (aqueles cuja desaprovação moral não estaria vinculada à transgressão de uma norma; a desaprovação moral é derivada de um processo de tomada de decisão moral, de caráter empático). Logo, os casos de transgressões sem vítimas, ou os casos de transgressões sem vítimas evidentes, seriam exemplos de *mala prohibita*, e os casos opostos, os que possuem vítimas e vítimas manifestas, casos de *mala in se*, veja que condutas geradoras de vítimas legítimas são condenadas pela sociedade, mesmo que não haja uma proibição positivada (ou pacificada em jurisprudência), independentemente de existir ou não uma lei que as tipifique juridicamente. Nota-se, inclusive, que se for o caso de haver um permissivo legal para tal conduta, lei será rejeitada.

Ressalta-se que a distinção apresentada entre *mala in se* e *mala prohibita* não significa que uma conduta tenha que ser classificada em um ou outro segmento. Determinar que uma conduta é má porque é proibida por lei em determinada sociedade não é fator excludente de

que essa mesma conduta contenha o mal em si e seja desaprovada moralmente pela mesma sociedade, como se verifica na maioria dos delitos.

No mesmo diapasão tem-se a negativa da empatia como precondição do desenvolvimento do senso moral ou precondição epistêmica; como precondição normativa¹³⁸, e, por fim, como precondição motivacional.

O motivo apresentado, de forma geral, para que as respostas às indagações sejam basicamente as iguais (todas negando que a empatia possa ocupar um lugar expoente nas tomadas de decisões morais), também é basicamente o mesmo, a saber: outras emoções (raiva, aversão, nojo etc.) são mais eficazes no processo integral de tomada de decisão moral do que a empatia.

Veamos agora, de forma sucinta, cada uma das negativas.

Tratando-se da *precondição do desenvolvimento do senso moral* ou *precondição epistêmica*, foi avaliada como não confiável a empatia para que se decida se uma conduta é ou não condenável, não sendo a mesma “um bom guia para avaliação moral”, vez que sua utilização pode gerar uma parcialidade na tomada de decisão, e, com isso, a injustiça causada pelos tratamentos preferenciais. Como *precondição normativa*¹³⁹, levando-se em conta o argumento exposto acima, é notada, no entanto, a possibilidade de a empatia poder ter função justificadora em alguns casos, como procura demonstrar o modelo do texto, em que por meio de “um ato de empatia imaginário”, por meio de um experimento vicário, possa se justificar o porquê de uma ação ser boa ou má. Contudo, não se aplicaria essa possibilidade de justificativa pela empatia a todos os casos, como, por exemplo, quando se trata de direitos equitativos, “um conceito geral de dignidade humana, pode ser mais importante do que qualquer experiência vicária das emoções humanas”. Apelar para a empatia como fator decisório na avaliação de se determinadas condutas são ou não condenáveis não tem nenhum significado importante para o processo normativo, pois não é a “nossa experiência vicária” que trará essa determinação, mas, sim, o fato de ela, em si, causar, ou não, danos. (Prinz, 2011, 225) E, por fim, como *precondição motivacional*, a empatia também não se manifesta produtiva. Estudos (Beyerlein e Ward, 2007 e Inbar et. al., 2009) afirmam que emoções como culpa, recompensa, aversão e ultraje são melhores motivadores morais do que a empatia. Um dos exemplos se dá quando membros de grupos majoritários apoiam causas de minorias, a

¹³⁸ A precondição *epistêmica* e a *normativa* só aparecem em Prinz, 2011; *precondição do desenvolvimento do senso moral* em Prinz, 2012.

¹³⁹ A precondição *epistêmica* e a *normativa* só aparecem em Prinz, 2011.

emoção que pode existir é a culpa; menos provável é que haja empatia do grupo majoritário com os “indivíduos alheios ao grupo e a coletividade” (Prinz, 2012, 226).

A tendência de muitos em adotar a empatia como uma espécie de “qualidade moral” preocupa Prinz, que salienta os perigos envolvidos nesse entendimento. A empatia “pode ser facilmente manipulada”, como revelou um estudo apresentado por Tsoudis, em 2002, que indica penalidades menos severas conferidas a réus que aparentam arrependimento e penalidades mais severas quando as vítimas são “visivelmente mais emotivas”. O problema é que, admitindo que essas emoções possam alterar o “grau e o sentido da empatia” e o caso concreto pode conter um réu menos arrependido, bem como uma vítima menos emotiva do que demonstrações de cunho artístico possam sugerir, a sentença pode ser substancialmente transformada¹⁴⁰. Prinz afirma que mesmo que juridicamente houvesse relevância, as considerações emocionais do réu¹⁴¹ ou da própria vítima, ou o expressar dessas emoções, não poderiam servir como um bom condutor para uma decisão justa.

Palavras como ‘parcialidade’, ‘enviesamento’ e ‘tendencioso’ são palavras que sem esforço poderiam engrossar as preocupações contra a empatia – principalmente no que tange às decisões judiciais. Pesquisas apontam para a existência de um grau maior de empatia destinado aos nossos mais próximos¹⁴². E “mais próximos” aplica-se aqui não somente a ligações parentais ou de amizade, mas também a identificações religiosas, étnicas e até de gênero. O reconhecimento de Hume da impossibilidade de desassociar empatia da aprovação moral, expressa na tese da imparcialidade do julgador, é trazida por Prinz, para que ao final se conclua: “a empatia é uma coisa ruim”. Empatia como geradora de tratamentos desiguais é extensão da inquietação acima referida. O exemplo ilustrativo mais forte é o caso da empatia com o necessitado de um transplante de órgãos, que permite que ele não respeite a fila e passe na frente de outros necessitados.

“O viés empático pode promover o nepotismo, a negligência e a miopia moral” e as emoções morais¹⁴³ podem exortar ações tão indesejáveis quanto as promovidas pela empatia. Porém, a empatia por ser uma “emoção didática, regulando as respostas entre dois indivíduos”, que tem por objetivo de manter o equilíbrio do relacionamento, a torna uma emoção mais perigosa, o cumprimento de seu escopo de “alinhar as emoções das pessoas” lhe

¹⁴⁰ Mas há um componente teatral, inegável, na atuação dos advogados, promotores, juízes, réus e vítimas!

¹⁴¹ Pode haver no caso em que se analisa o dolo e a culpa.

¹⁴² O que para Frans B. M. de Waal faz parte do desenvolvimento empático, constituindo essa proximidade, esse direcionamento aos parentes e membros do grupo um nível mais primário no escalonamento evolutivo da empatia. Ver *Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy*, 2007.

¹⁴³ Emoções morais de Prinz: Raiva, Aversão, Desprezo, Vergonha e Culpa.

confere um caráter “intrinsecamente tendencioso” e parcial nas decisões, o que não acontece quando o que está em jogo é a raiva ou a culpa, por exemplo. Frases como “A empatia não é uma ferramenta adequada para a moralidade” e “a empatia tem limitações que a torna inadequada para alguns fins morais” expressam claramente a visão de Prinz. Ele admite os problemas causados por emoções como a raiva, a culpa, a aversão, o desprezo e a vergonha, mas ainda assim acredita que é mais vantajoso investir nas correções de tais erros, vez que não trazem em seu bojo, essencialmente, como nos erros decorrentes da empatia, a decisão tendenciosa, preconceituosa e seletiva. Admite que a empatia [até pode] ter valor em alguns casos, como reconhecer que um crime gerou uma vítima (como foi dito anteriormente, como justificativa epistemológica, mesmo que fraca), mas avoca outro ponto como de maior consideração na apreciação da construção do processo de tomada de decisão: a preocupação.

Preocupação (concern), este é o sentimento sobre o qual pretende Prinz estruturar sua tese. Dita “prima da empatia”, a diferença reside na conceituação, a saber: empatia é emoção compartilhada com o outro e a preocupação é um “sentimento negativo causado pelo reconhecimento que alguém está em necessidade”¹⁴⁴. Sentir preocupação não significaria sentir o que o outro sente. Poderia até haver preocupação com alguém que não estivesse sob inquietação de nenhuma espécie. Veja o caso da nossa preocupação com um adicto que está prestes a ingerir drogas. Ele está “eufórico” e a empatia nos levaria também à euforia, mas a preocupação nos leva a nos importarmos com o bem estar dessa pessoa¹⁴⁵.

A preocupação é, desta forma, [o] um sentimento mais adequado exatamente por não estar envolvido com “similaridade e proximidade” e não caracterizar “uma forma de mimetismo emocional”, o qual depende do meio ambiente, ou de algum grupo. São os indivíduos os alvos da preocupação. A preocupação, com efeito, seria uma *cura para a crueldade*.

Prinz ergue a possibilidade de sua tese estar escondida atrás de uma conceituação humeana (revisitada e reconfigurada por Prinz) de empatia, aonde poderia se ler: outra definição talvez não sustente seus argumentos! Levanta ainda a possibilidade de sob o título *preocupação* estar tudo o que envolve a empatia (pelo menos no que o senso comum entende), melhor dizendo, que a preocupação seria apenas um outro sentimento, do qual ele

¹⁴⁴ Sim, mas o reconhecimento de que o outro está em necessidade não é gerado por que em algum momento vivemos o sofrer? E isto não se daria pela definição de empatia apresentada?

¹⁴⁵ Exemplo meio infeliz de Prinz: para que você não se preocupe com um drogado que vai usar droga e responder empaticamente a sua alegria (que é uma emoção artificial e ele pode sequer ter consciência – alterações neuroquímicas) é preciso ou que você também esteja sob os efeitos da droga, ou não saiba que ele é doente, ou ainda, não esteja sob efeito de drogas, saiba que ele é doente mas “isso não é problema seu” e você não está preocupado”.

estaria se servindo para expressar, em um só monte, todo o benefício da empatia, como ver a necessidade do outro, como nos inquietarmos com crueldades e negarmos indiferenças, sem ter que arrastar as correntes dos malefícios empáticos, e responde: “eu não quero ficar debatendo definições”. Contudo reitera que *preocupação não é emoção vicária*, não é “simplesmente ficar vendo a angústia do outro” e observa que a preocupação representa uma “carroça puxada pelo ‘cavalo moral’”, mas mesmo assim não é necessária para a desaprovação moral, preocupação não é condição prévia para desaprovação moral, e encerra afirmando que a empatia, como apresentada por Hume (e ainda defendida) pode ser ruim para a moralidade.

Foi, conforme o exposto acima, declarado até agora que a empatia não é “provavelmente” necessária para a moralidade, que a empatia não é um expoente dentro do processo moral, embora tenha, em alguns casos, sua participação como “figurante”¹⁴⁶. Ainda assim, permanece a seguinte questão: uma moralidade que tenha por fundamento a empatia é desejável? Ou, para não perder a intenção normativa do original: devemos cultivar sistemas morais com base na empatia?

A resposta a essa pergunta conterà também a [possível] resposta de Prinz ao problema levantado pela manifestação do presidente Obama quanto à importância da empatia no desempenho das funções judicantes de Sotomayor.

Asseverados exaustivamente todos os perigos, todos os riscos que a empatia pode gerar se mantida como necessária¹⁴⁷ à moralidade (lembrando os casos de julgamentos, decisões enviesadas, preconceituosas e injustas), atribuir-lhe o *status* regulatório dos julgamentos morais, do ponto de vista de Prinz, seria um equívoco, um erro que afastaria probabilidades de resultados bem mais satisfatórios. Mas, como acima mencionado, se é viável o entendimento de que a empatia pode desempenhar um papel (em grau limitado) na constituição da capacidade moral “Presumivelmente, a empatia pode induzir um julgamento moral, ser um fator para o desenvolvimento moral e facilitar a motivação moral.” (Prinz 2012, 11), fazer esta construção de uma moralidade sem a presença da empatia, não seria um contrassenso? Parece para Prinz que não. A empatia é o que permite a consolidação da ação como ação moral, sua aplicação não estaria - para todo o sempre - a ela vinculada em função

¹⁴⁶ Prinz faz algumas afirmações contundentes sobre os malefícios de se dar à empatia um lugar de destaque nos julgamentos morais, mas, ao longo dos textos pesquisados vai amenizando, como na frase “não estou dizendo que não seja importante, só que não tem essa importância toda que querem atribuir”!

¹⁴⁷ Aqui eu gostaria de fazer uma colocação – que talvez já devesse ter entrado no texto logo no começo: Prinz fala sistematicamente em “empatia necessária para”, “empatia necessária para”, pois bem, por que ela não pode ser necessária sem que seja suficiente? Ele coloca como se necessário fosse suficiente, embora ao longo do texto ele faça referências a “empatia pode até estar presente”, “empatia pode ser boa em alguns casos” etc.

disto, e por fim, acrescenta-se o fato de outras emoções como o medo e a tristeza poderem ser associadas a ações morais, sem que a empatia esteja envolvida no processo.

As passagens apresentadas até aqui revelam, mais uma vez, a empatia em um cenário (nada animador) construído com os resultados da sua ineficácia como condição prévia e resultados que atestam a sua fraca participação como motivadora dos julgamentos morais¹⁴⁸. E continuam a estreitar o perímetro com os resultados apresentados à pergunta inicial: uma moralidade que tenha por fundamento a empatia é desejável? Ou, para não perder a intenção normativa do original: devemos cultivar sistemas morais com base na empatia?

A resposta parece óbvia se já foi entendido que a empatia é plenamente dispensável para os julgamentos morais, melhor dizendo, os acordos anuídos por cada indivíduo visando a sobrevivência do grupo, com cláusulas de ordem absolutamente prática, não estão “amarrados” à empatia (Prinz 2012, 10-13). Se os processos de julgamento moral não dependem da empatia, por consequência, os julgamentos jurídicos também não guardariam essa relação. Explicando: a moralidade tem por intento, como já foi exposto no capítulo correspondente, a boa conduta, aquela seguida pelos indivíduos que aderiram ao código moral correspondente. Ora, se a empatia exhibe limitações quanto a esse processo, exibirá, pelos mesmos motivos, limitações no processamento das decisões jurídicas. Assim, todo processo de decisão judicial deve atender a boa (‘boa’ somente se exequível) teoria normativa do direito¹⁴⁹. Mas, se essas regras são provenientes de um código moral, se este código cedeu lugar às emoções, as decisões judiciais provenientes do processo devem, consequentemente, estar por essas emoções orientadas.

Deverá a empatia ser substituída por outras emoções, como a raiva, por exemplo, que é mais eficaz quando se trata de atingir a restauração (tanto quanto possível for) do *status quo* da vítima, desejo imperativo do Estado-Jurisdição e tradução do ideal de Justiça, ou a aversão, emoção que leva as pessoas a combaterem crimes sem vítimas aparentes.

Mantendo a coerência com a tese de Prinz, juízes e jurados não devem deixar que a empatia seja o móvel de suas decisões, mormente em função de sua capacidade manipulação, como anteriormente apresentado no caso em que o corpo de jurado se mostra suscetível as expressões de dor, sofrimento, arrependimento, ou não, tanto das vítimas, quanto dos réus. A excelência na arte de interpretar das partes autora e ré poderia gerar um grau de empatia nos julgadores tão grande que os cegariam frente às evidências que integram os autos do processo.

¹⁴⁸ Estamos falando de emoções. Que emoção seria um motivador seguro para os julgamentos morais?

¹⁴⁹ Teoria Normativa: de acordo com o que deve ser; Teoria Descritiva: de acordo com o que é.

Trabalhar com a hipótese descrita acima é louvável, mas não se pode esquecer que está se falando de ‘interpretação’, de atuação. Todo e qualquer sentimento, ou emoção (raiva, aversão, nojo, arrependimento, culpa, remorso etc.) expressada por esta via (atuação, interpretação), possui a capacidade de contaminar a decisão judicial, sendo-lhe igualmente imputado o rótulo de “manipulador”. O que muito se pode discutir a respeito, pois ninguém negará o aspecto teatral presente nas sessões dos tribunais judicantes. Advogados de defesa, promotores de justiça, testemunhas, autores e réus, todos contam com suas “habilidades em convencer”, desde que permaneçam dentro dos limites da lei (que adquire amplitude se perseguido por um bom operador do direito!).

Vamos agora ver um pouco mais sobre a parcialidade gerada pela empatia e algumas de suas consequências no âmbito jurídico. “A empatia é parcial”, sentimos uma maior empatia por aqueles que acreditamos mais semelhantes (Prinz 2011). Esta frase revela não somente a parcialidade, uma proteção desmedida, que a empatia pode gerar em uma decisão judicial, mas demonstra a possibilidade de discriminação em relação à parte não “beneficiada”. Seria dizer que o julgador que está infectado pelo excesso empático produzirá uma sentença infectada e que esta não pode ser justa, o preconceito contra a parte em oposição à que recebe a carga empática suscita uma decisão judicial parcial.

O inconveniente da proposta de Prinz (que está presente em Hume, em DeWaal e em Hoffman), quando ele afirma que a resposta empática maior se dá em relação aos mais próximos, parentes, amigos ou grupo, é que ele não vincula este fato à evolução empática, na qual existem estágios evolutivos, existem graus de empatia (como visto no capítulo 2). Por mais que o indivíduo humano normal apresente um nível evolutivo empático superior e consiga alargar seu espectro empático, estará presente a cicatriz neural deste primeiro estágio, uma marca no inconsciente que entrará no cálculo da decisão moral/judicial.

Os componentes do tribunal do júri, o juiz singular, o colegiado de juízes, por mecanismos inconscientes podem contaminar suas decisões, respondendo empaticamente a determinados indivíduos (Prinz 2011). Mas, como falar em ser a empatia tão perniciosa aos processos de tomada de decisão moral/judicial, e propor substituições de emoções a processos inconscientes? Se os processos são inconscientes não há como ‘utilizar’ a raiva como melhor motivador, por exemplo. O que não exclui que seu desempenho como motivadora possa se acontecer da mesma maneira, ou seja, de forma inconsciente.

Desejável, sim, que em determinados casos, de observância flagrante, o próprio sistema jurídico trate do tema, como já discutido neste trabalho, o problema da parcialidade, da suspeição e do impedimento. Porém atribuir tal envolvimento a qualquer veredicto que

uma parte, se sentido prejudicada, levante em nome deste “favorecimento empático” não deve proceder. O réu é rico, a vítima é pobre. O réu foi absolvido: favorecimento empático! A vítima é branca, o réu é negro. O réu foi condenado: favorecimento empático!

As construções vistas nos parágrafos anteriores remetem ao entendimento de que a empatia pode levar à injustiça, com a prolação de sentenças, digamos, manipuladas pelo inconsciente dos julgadores e justificadas pela lei¹⁵⁰. Uma injustiça cometida em ocasiões nas quais os graus máximos de empatia lutaram do lado oposto, contra a imparcialidade do julgador, contra a imparcialidade da lei e da justiça.

Qual o lugar da decisão dita empática nesse pleito?

Falar em decisões judiciais proferidas sob manifestações empáticas como ‘promotoras de injustiça’ é afiançar o caráter tortuoso da empatia. Mister observar que é função precípua do Estado-jurisdição a prolação de decisões justas não somente para as partes envolvidas diretamente no processo (autor/réu), mas para aquele corpo social que lhe outorgou poderes para tal. Contudo, mesmo que não haja oposição a esta postura, que o estado democrático de direito não possa sobreviver de forma diferente, o equívoco pode ser percebido ao se alegar que tal ‘injustiça social’ nasça de uma sentença em uma demanda individual, prolatada sob manifestação empática. Argumentar que as decisões que favorecem as causas individuais estão sempre contaminadas pela empatia, por se entender a empatia atuando [exclusivamente] sempre que houver proximidade com a parte processual, e que deste fato surgem impedimentos para a realização da ‘justiça social’ é, no mínimo, defender a configuração de uma [extremada] teoria utilitarista, que embora constitua um dos pilares da justiça social, não pode ser transfigurada no fator impediante e impermeável da satisfação dos direitos dos cidadãos *per si*. Não há um elo direto e inexorável entre o julgamento que confere um direito individual, mesmo que o Estado, *v.g.*, seja integrante do polo passivo do processo, e o prejuízo efetivo da justiça social. A decisão prolatada confirmando o direito constitucional de um cidadão traduz o máximo de resguardo à justiça social, não se pode afirmar, por espelho, que esta decisão é ‘injusta’ em função de o estado dispender para seu cumprimento haveres que poderiam beneficiar um conjunto muito maior de indivíduos.

Por todo acima exposto, conclui Prinz sobre as relações empatia/decisão moral, e estenderemos tais conclusões às tomadas de decisão judicial, observando que as conclusões são atreladas umas as outras, apresentando uma circularidade entre causas e efeitos, como se verá a seguir: a empatia não é a melhor das emoções quando se trata de avaliar o caráter

¹⁵⁰ Deveria a lei justificar uma injustiça?

motivador da decisão moral e judicial, pode ser intencionalmente direcionada, resultando em uma decisão favorável à parte mais, ou menos, favorecida, independente de ser uma decisão justa ou não, acontece por estar mais vulnerável aos efeitos de se expressar com maior força se estiver em consideração um parente, amigo ou membro do grupo ao qual pertence (ou se identifica, de forma consciente, ou não) o julgador, cria vieses e é permeável a preconceitos, o que permite posturas seletivas.

A, digamos, "fresta" deixada na dura avaliação de Prinz seria uma possível análise combinatória entre a empatia e as emoções de culpa, uma espécie de "consolação" que não permite que sua teoria seja "totalmente" refutada. Mas essa discussão ficará para um próximo estudo.

Voltando, para encerrar este ponto da pesquisa (sem a presunção de ter abordado exaustivamente o assunto) ao caso Obama/Sotomayor, com apreciações ampliadas para quaisquer julgadores (juiz singular, júris ou colegiados): a resposta empática no processo decisório, incluindo compreensão, compaixão e identificações sentimentais em geral, não é benéfica, não é uma característica desejável aos julgadores, segundo o entendimento de Prinz.

Aqueles que se identificam com a hipótese oferecida poderiam buscar argumentos jurídicos para dar-lhe mais autoridade, como, v.g., a vertente da lei que tem por fim o equilíbrio social. Equilíbrio este que requer, e esta solicitação integra a maior parte dos ordenamentos jurídicos atuais, uma compreensão, um atinar para o funcionamento da sociedade, e, principalmente, dos litigantes, frente à obrigatoriedade de se dar a abstração da norma uma concretude, que ocorre na aplicação da norma a demanda. Esse equilíbrio seria irremediavelmente contaminado pela empatia, pelos motivos já aludidos, e pelo entendimento de alguns doutrinadores do Direito de que a decisão judicial [sob resposta empática], prolatada, em um primeiro momento, visando restaurar (ou perpetuar) o *status quo ante bellum*¹⁵¹, atinge os litigantes, imediatamente, mas atinge mediatamente a sociedade, em setores determinados, sobre os quais não há a resposta empática do julgador, vez que estão distantes demais, ou no mínimo, atinge sociedade no seu ideal de justiça. Imagine o caso em que pessoas serão privadas de fazer uso de um fármaco em função de seu preço ter sido imensamente majorado porque a indústria que o produz perdeu uma (questionável) ação trabalhista milionária, que foi julgada procedente por um juiz que teve o pai explorado por uma fábrica de sapatos por toda a vida!

¹⁵¹ O estado em que as coisas estavam antes da guerra.

Não se pode negar, mesmo não concordando com a hipótese de Prinz, que um dos efeitos de existir regras jurídicas é exatamente o de aplacar sentimentalismos, processos transferenciais de identificação (nos moldes psicanalíticos) e respostas empáticas prejudiciais. Mas fazer essa afirmação não significa afirmar de maneira inequívoca que a habilidade empática não deva ser considerada para a tomada da decisão. O julgador empático, o julgador com habilidade empática, não deve ser considerado, sem maiores averiguações, um mau julgador, assim como por ter adotado o positivismo jurídico não faz do julgador um julgador, necessariamente, mais justo, sob uma argumentação muito similar: as normas não conseguem (nem são elaboradas para) abarcar o número infinito de variações factuais¹⁵². Pensar a utilização do formalismo¹⁵³ jurídico como paliativo para que a empatia não se confunda com a injustiça (em todas as suas vertentes) é engessar o ordenamento jurídico em um modelo, este sim, com grandes possibilidades de não atingir seu ideal.

A flexibilização e a refutação de alguns argumentos apresentados por Prinz, objetando o emprego da empatia judicial, serão expostos na defesa de Thomas Colby no capítulo que segue.

¹⁵² Ficam ainda as perguntas, feitas pelo Professor Doutor Marco Azevedo: mas por que isso exigiria julgadores empáticos? Será que mecanismos empáticos são os únicos mecanismos psicológicos capazes de permitir a um julgador discernir casos especiais? Teria isso a ver com o que Aristóteles entendia por "prudência"? Por que deliberações prudentes exigiriam empatia (ou alguma forma de empatia)?

¹⁵³ Parece-nos que há um "formalismo recomendável", desejado seria que os juízes adotassem um ponto-de-vista imparcial e o respeitassem a lei como forma de respeito à sociedade, ao "contrato-social", no exercício do Estado-jurisdição, no cumprimento dos preceitos democráticos presentes na Constituição da República/1988.

5 A DEFESA: VIRTUDES E DEFEITOS DA TEORIA DE THOMAS B. COLBY¹⁵⁴

Posição antagônica à exposta no capítulo anterior, no qual foram exibidas severas críticas à participação da empatia na composição do processo de tomada de decisão judicial, a tese de que a empatia judicial não é perversa, não fere a moralidade e não ataca o sistema jurídico do estado democrático de direito, é defendida por Thomas Colby em *In defense of judicial empathy*¹⁵⁵, que sustenta não somente a presença de benefícios na utilização da empatia no processo de decisão judicial, mas, e principalmente, sua necessidade para que haja eficácia do sistema judiciário. A seguir, veremos os principais argumentos pró-empatia judicial, bem como os pontos críticos da referida tese.

Parece que os argumentos oferecidos para que o tema empatia judicial fosse discutido publicamente, discussão suscitada pelas declarações do presidente Obama a respeito da matéria, foram apresentados de forma elementar, “*maddeningly simplistic and vapid*¹⁵⁶”, tornando impróprio o dissentimento causado. Situar um julgamento como moral, legal e justo pelo fato de seus julgadores procederem de forma dura (“*balls and strikes*”) na aplicação da lei - a todos os casos apreciados pelo judiciário, especialmente aos chamados *hard cases* -, e como imoral, ilegal e injusto aqueles em que seus julgadores estão mais atentos ao emprego do processo empático para o proferimento da sentença, soa como simplista e enganador¹⁵⁷.

Está se falando na radical cisão proposta pelo grupo combatente da empatia judicial, composto, em sua maioria, por integrantes da ala conservadora do senado e do judiciário americanos, em resistência aos favoráveis da ala liberal, que decidem sob a “qualidade da empatia, da compreensão e identificação com as esperanças e lutas do povo”, como ressaltou o presidente Obama, em 2009.

Apresentados desta forma, sem que esteja pontuado com exatidão o que está sendo proposto, sobre o real significado da declaração do presidente e sem o detalhado contorno do tema, as duas propostas se mostram como infieis representações da realidade, ambas equivocadas. Porém, entre as reproduções desleais, aquela que retrata o juiz¹⁵⁸ como um austero aplicador dos ditames legais (o modelo do juiz-árbitro, o *umpire-judge*), sem que suas preferências, simpatias, empatias, ou quaisquer outros sentimentos interfiram nas suas decisões, obteve os louros. Consequentemente, a derrota do processo empático judicial

¹⁵⁴ Professor de Direito da Faculdade de Direito da Universidade George Washington, Washington, DC - EUA

¹⁵⁵ Minnesota Law Review, disponível em:

« http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/11/Colby_MLR.pdf »

¹⁵⁶ “exageradamente simplista e insípida”. COLBY, 2012, p. 1947

¹⁵⁷ COLBY, 2012, *simplistic and misleading*, p. 1945.

¹⁵⁸ Posição válida para qualquer órgão judicante, singular ou colegiado, composto por magistrados ou leigos.

apresentado na figura (também caricaturada) do juiz liberal, que decide como se ignorasse a lei quando permite que suas simpatias interfiram no *modus operandi judicante*, visto como um “juiz-ativista”, que promove através de suas sentenças ações políticas.

Acusar as decisões prolatadas por juízes que abraçam a empatia judicial, os juízes liberais, de serem, em realidade, julgamentos de demandas sociais é uma constante na corte e na política conservadora. Afirmam que juízes liberais pretendem que suas sentenças sejam instrumentos capazes de promover a justiça social, como se fora uma ato político, uma espécie de ação afirmativa do Judiciário¹⁵⁹.

A pergunta que deve ser feita neste momento é: ao aceitar que o estado democrático de direito deve promover a Justiça e que o Poder Judiciário é o que carrega como precípua esta função, lendo-se “justiça” (entendida nos moldes aristotélicos de uma justiça promotora do bem comum - não somente bens materiais, mais bens como Liberdade e Paz) como valor maior, estrutural para a finalidade do Direito¹⁶⁰, então por que tão odiosa a possibilidade de o resultado de uma sentença judicial ser um somatório das justiças distributiva e/ou comutativa, confluindo para uma justiça social?

A ideia que se desejou transmitir o fora com êxito: bons juízes (leia-se, juízes conservadores) decidem, e devem decidir, [todos] os casos, mecanicamente (“*balls and strikes*”), apenas seguindo a lei, segundo regras claras estabelecidas pela jurisprudência e pelos legisladores do senado. Forma em que é requisito fundamental para que um juiz exerça a função judicante, sem que seja atingida a moralidade e a legalidade do processo, é que seja aplicada a letra fria e dura da lei.

Colby demonstra espanto frente a tal posição radicalista e menciona a fala¹⁶¹ indignada de Louis Michael Seidman¹⁶², que, durante a sabatina da juíza Sônia Sotomayor para a Suprema Corte Americana, ofereceu entendimento desfavorável ao de que o julgamento de casos difíceis não envolve mais do que a aplicação da lei aos fatos, como sugerido por Sotomayor¹⁶³.

O motivo da indignação dos que pretendem a empatia judicial como valiosa no processo de tomada de decisão judicial perante a afirmação de que as constituições, jurisprudências e quaisquer outros regramentos existentes dentro de um determinado sistema jurídico são suficientes para resolução de todas as demandas, é o deslembrar de um

¹⁵⁹ COLBY, 2012, p. 1953.

¹⁶⁰ NADER, 2005, p. 109-113.

¹⁶¹ Ver nota 15 do COLBY, 2012: observações de Mitchell N. Berman.

¹⁶² Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown (EUA).

¹⁶³ COLBY, 2012, p. 1950.

pressuposto tido como óbvio: de que os ordenamentos jurídicos (ao menos os que são parte de um estado democrático de direito, embora não acredite que mesmo pertencendo a um estado que adote outro funcionamento algum conjunto de normas possa abarcar todas as situações possíveis) trazem lacunas¹⁶⁴, e que a ausência da norma não pode ser um fator impediante para que a demanda não seja apreciada pelo judiciário, em qualquer instância, em qualquer matéria.

Certamente será chamado o número de sucessos obtidos em algumas demandas jurídicas sem que a empatia estivesse [conscientemente¹⁶⁵] presente na decisão, mas este resultado não significa que haverá igual sucesso em casos difíceis, aqueles nos quais ainda não existem prescrições ou decisões precedentes e que o estado-jurisdição tem por obrigação oferecer uma solução. Logo, muito embora não se descarte que existam situações nas quais a lei possa ser aplicada na secura de seu texto, tal disposição não vale para todos os casos.

A abertura, a lacuna, a indeterminação, a textura aberta [da lei] é exatamente o que exige a evocação de suposições empíricas, princípios gerais, analogias, costumes e julgamentos morais para que tais casos apreciados gerem decisões [justas] e o sistema jurídico seja aperfeiçoado.

Há de se reconhecer que este juiz conservador, que vulgarmente é tido como o “bom juiz”, que atende unicamente às fontes formais do direito (que não oferecem respostas claras para que todos os litígios sejam solucionados), pode não estar desempenhando suas funções da melhor forma, não satisfazendo o real sentido da Justiça.

Rich Lowry concede uma das declarações mais contundentes (e dramáticas) contra a empatia judicial:

A imparcialidade foi suplantada pela empatia. A antiquada virtude da objetividade, contida na nada romântica tarefa de analisar a lei nos empoeirados livros de direito e aplica-la ao fato, está cedendo espaço à noção de um julgamento inerentemente politizado, que julga com base em sentimentos. Escorrega a venda da Justiça e suas decisões são agora influenciadas por experiências de vida e predileções pessoais¹⁶⁶.

Todo este, segundo Colby, “teatralizado” debate gerado pelas declarações do presidente Obama não prestaram esclarecimentos precisos quanto ao que estava sendo discutido, tanto entre os intelectuais, quanto entre os políticos e a população. Melhor dizendo: o que o

¹⁶⁴ Dentro do sistema jurídico brasileiro expresso no Decreto-Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei nº 12.376/ 2010.), Art. 4º - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁶⁵ Aspecto abordado no capítulo 2.

¹⁶⁶ Ver nota 29, COLBY, 2012.

presidente Obama estava entendendo por empatia judicial? Ou ainda, o que se deve entender por empatia judicial?

A defesa da participação da empatia na constituição do processo decisório judicial requer, de forma antecedente, a conceituação de ‘empatia’, clarificando o significado do termo. Porém, de certo temos que se trata de tarefa hercúlea, e mesmo sem que diversos ramos do conhecimento como a Filosofia, a Sociologia, a Psicologia etc. não poupem esforços para a fixação do termo, ainda não chegamos lá.

Ciente de tal dificuldade, para dar sequência ao seu texto, Colby decide por adotar a definição apontada no Dicionário Merriam-Webster 408, edição de 2003, a saber:

Empatia: ação de compreender, de estar ciente, ter sensibilidade para vicariamente experimentar os sentimentos, pensamentos e experiências de outro, quer do passado, quer do presente, sem ter os sentimentos, pensamentos e experiências comunicados totalmente, de forma explícita, objetivamente; também: a capacidade para isso.

Empatia não significa, pelo menos para Colby, uma tendência para um agir direcionado, enviesado na direção de preferências pessoais. A empatia, acompanhando a definição escolhida por Colby, opera na esfera do sentir ‘com’ o outro, e é isenta de valores. Ter empatia com o outro não é ter compaixão ou quer ajudá-lo; é “entender sob a perspectiva do outro e ser capaz de sentir o que ele está sentindo”.

Caso diferente ocorre com a expressão “simpatia”, que indica um sentimento que faz com que um indivíduo sinta “pelo” outro. Você sente “pelo” outro “preocupação e tristeza”, provocadas por sentimentos experienciados pelo observador.

Logo, empatia e simpatia não devem ser confundidas. Todavia, como visto anteriormente no capítulo 2, este trabalho acolhe de forma parcial a posição de Colby sobre a escolha do conceito de empatia e pugna a construção de uma nova definição de empatia judicial.

Ponto de extrema relevância em relação ao entendimento e a construção da definição do termo empatia é estabelecido por Michael Franz Basch, em *Empathic Understanding: a review of the concept and Some theoretical considerations*¹⁶⁷: se uma pessoa tem ou não a capacidade empática, esse é um problema cuja compreensão envolve estudos multidisciplinares como a Biologia, a Psicologia, a Neurociência e a Neurofilosofia, que apresentam como resultados a existência em alguns animais não humanos e nos humanos de

¹⁶⁷ *Entendo a empatia: uma revisão do conceito e algumas considerações teóricas* – ver nota 57, COLBY, 2012.

“circuitos-conectados” que permitem a empatia; agora, de que forma os *insights* oriundos desta capacidade podem/devem ser empregados¹⁶⁸, é outro problema.

Embora o assunto tenha sido trazido pelo texto de Colby¹⁶⁹, acredita-se não ter sido lido da melhor maneira, alterando o curso de sua utilização na teoria ora apresentada. Mas este aspecto será tema de estudos futuros.

Então, qual o principal argumento na fundamentação de Colby em defesa da empatia como “ferramenta essencial” no processo de tomada de decisão judicial?

O argumento nos é apresentado dividido em quatro aspectos, na forma que segue: 1. O sentido da empatia judicial: detectar todos os lados da questão demandada e compreender os efeitos desta detecção; 2. A importância capital de se compreender as perspectivas de todas as partes envolvidas no julgamento; 3. Diferenças de capacidade de empatia, e 4. Pontos cegos da empatia.

Começemos pelo primeiro: qual o sentido da empatia judicial?

Levando-se em consideração de que o que aflorou toda esta discussão foram algumas declarações do presidente Obama, delas, apenas com sorte, pode-se extrair, uma visão básica do que ele pretendeu expressar. Como acima mencionado (excetuando o caso em que o presidente responde ao questionamento de uma criança sobre o significado de empatia, orientando-a para o dicionário, o que poderia nos fazer crer que ele, assim como Colby, adotou a definição do léxico), Obama nunca foi claro ao falar em empatia como requisito para a judicatura; alguns afirmam inclusive que ele tenha claudicado sobre o tema frente a certas indagações.

O direcionamento dado por muitos de seus detratores é de que, para Obama, a empatia deveria funcionar como fator seletivo (em prol das minorias), decisivo nos casos em que a lei não é clara¹⁷⁰ e, pior, alguns liberais também entendem a empatia judicial como uma justiça borbulhando sentimentos em benefício das fracas minorias, argumentando que a empatia judicial servirá de instrumento amplificador dos direitos daqueles para os quais a sociedade se faz de surda.

São argumentos radicais e apelativos que servem apenas para distorcer ainda mais o pretendido caráter da empatia judicial como “ferramenta essencial” no processo judicante. Mas de uma fala do presidente Obama¹⁷¹ retira-se o que pode ser mais relevante para o nosso entendimento: quando se fala em Justiça, não se está falando isoladamente sobre uma teoria

¹⁶⁸ Ver o problema da utilização consciente, inconsciente, ou pré-consciente no capítulo 2.

¹⁶⁹ Ver nota 57, COLBY, 2012.

¹⁷⁰ Ver nota 71, COLBY, 2012.

¹⁷¹ Ver nota 73, COLBY, 2012.

de normas abstratas; quando se fala em Justiça, fala-se também de como estas normas abstratas, ou mesmo a jurisprudência, podem afetar as vidas dos cidadãos; que para que se tenham decisões justas a empatia é uma qualidade necessária, como a compreensão e a identificação com as esperanças do povo.

Mister a lembrança de que empatia não se confunde com simpatia, com compaixão. Não se trata de sentir (sic) as emoções apenas dos desfavorecidos, mas de todos. “É a capacidade de entender a perspectiva do outro”, a capacidade de se imaginar no lugar do outro¹⁷² repetindo o que já foi mencionado no capítulo 2. É o que Frans de Waal nomeou de *perspective taking*¹⁷³, referindo-se exatamente a esta capacidade de um indivíduo colocar-se no lugar do outro.

Prontamente, um magistrado que faz uso de sua capacidade empática não selecionará este ou aquele segmento, ou determinado grupo social; ele fará uso desta ferramenta essencial com todos os envolvidos na demanda que a ele fora submetida. Tanto a perspectiva do autor da ação, quanto à perspectiva do réu, seja ele quem for, inclusive o Estado, todos devem ser submetidos ao processo empático antes da decisão. Aplicar teorias, compreender a extensão dos efeitos das jurisprudências e refletir sobre perspectivas com as quais ele sequer simpatiza, isto é imparcialidade¹⁷⁴. Desta forma, juízes que ignoram a lei e decidem de acordo com suas preferências pessoais estariam agindo movidos por simpatia e não por genuína empatia.

Não se deve afirmar, entretanto, que não existam sentimentos envolvidos de alguma forma. Certamente, espera-se a ação racional, mas isto não denota a ausência de emoções no processo. E nem seria possível, porque juízes (ou jurados) são pessoas, e pessoas têm emoções, *todas* as emoções. Raiva, medo, afeto, culpa, nojo etc. São emoções que estão ligadas, de forma inexorável, a qualquer processo de escolha, e decidir é escolher. Quando se atribui valores só se faz em função de parâmetros dados pelas emoções. Comumente, as emoções de prazer levam a escolhas mais aproximativas e emoções de desprazer levam a escolhas que tendem a afastar-nos de sua origem. Se acontecer de forma diferente, se uma pessoa apresentar ausência de emoções, está-se falando de uma pessoa portadora de um déficit emocional (que pode ir de transtorno mental leve até uma psicopatía¹⁷⁵), logo de uma patologia¹⁷⁶.

¹⁷² COLBY, 2012, p.1964.

¹⁷³ Ver o capítulo 2 deste trabalho.

¹⁷⁴ Ver o capítulo 3 deste trabalho.

¹⁷⁵ ZAK, 2012, p. 127-129.

¹⁷⁶ Não está sendo afirmado que não existam juízes com déficit de sentimentos, com transtornos mentais em algum grau, a história nos mostra a verdade dos fatos, mesmo porque para ingressar na magistratura, por concurso ou por indicação do presidente da república, não constam testes psicológicos que apresentem resultados

Segundo uma conhecida teoria psicológica, o processo de tomada de decisão tem início no inconsciente, pois lá estão armazenados todos os modelos, tanto os impostos pela genética, quanto os experimentados pelo juiz desde a sua mais tenra infância, como vivências familiares, escolares etc., e que lhe servirão de contorno para suas decisões. Montado este arcabouço interno, mesmo que o mais positivista dos juízes deseje (e esteja convencido de o estar fazendo!) aplicar “a letra fria da lei”, mesmo nestes casos, haverá a participação das emoções na escolha (talvez até de maneira mais contundente, vez que tal decisão – de aplicar “letra fria da lei” - pode ser resultado de uma castração, de um cerceamento emocional).

Igualmente relevante que seja trazido o extremo oposto: trata-se de um grupo incomum de indivíduos dotados de uma forma de empatia intensa, que sofrem igualmente em demasia com o mal-estar alheio. Simon Baron-Cohen classifica-os como indivíduos que se encontram sempre em um estado de hiper-excitação empática, são pessoas que possuem uma capacidade de absorver emoções, e de *empatizar* tão grandes que ele chama de “super-empathy”¹⁷⁷. Barbara Oakley caracteriza-os como indivíduos com uma forma patológica de altruísmo¹⁷⁸. Talvez se esteja frente à formas patológicas como a Síndrome de Urbach-Wiethe, alteração genética na Amígdala que faz com que seus portadores sejam hipergregários¹⁷⁹, ou eventualmente movidas por mecanismos hormonais ligados à oxitocina como por exemplo, as que produzem o hormônio em níveis elevadíssimos. Parece claro, porém, que quando Colby defende a empatia judicial ele não está defendendo que juízes devam funcionar sob essa forma patológica de empatia “excessiva”. A empatia judicial, como capacidade ou habilidade, claramente exige equilíbrio e moderação, e não excesso.

Acredita-se ser esta uma das razões para que se tema a aceitação da empatia como necessária ao processo de tomada de decisão e seus efeitos no âmbito jurídico, de que formas “ingênuas” de exercício da empatia acabem estimulando juízes a tomar decisões equivocadas. É possível também que todo o “teatro” gerado pela discussão política tenha levado a uma

sobre a capacidade de sentir do candidato, nem sobre qual é o seu grau (capacidade) de *empatizar*. Mas, que seja de conhecimento público, são casos em minoria.

¹⁷⁷ BARON-COHEN, S. *The Science of Evil: on empathy and the origins of cruelty*. Philadelphia: Basic Books, 2012. Disponível em:

«[https://books.google.com.br/books?id=eiRaPj__iVgC&pg=PA202&lpg=PA202&dq=super+empathizes+baron-cohen&source=bl&ots=fOHh4j47Xq&sig=LlcObA8GeMLIEZXHeU9wFG72HzQ&hl=pt-](https://books.google.com.br/books?id=eiRaPj__iVgC&pg=PA202&lpg=PA202&dq=super+empathizes+baron-cohen&source=bl&ots=fOHh4j47Xq&sig=LlcObA8GeMLIEZXHeU9wFG72HzQ&hl=pt-BR&sa=X&ei=xo_GVPK0NI-)

BR&sa=X&ei=xo_GVPK0NI-

_sQThyYKAAg&ved=0CGwQ6AEwCQ#v=onepage&q=super%20empathizes%20baron-cohen&f=false»

¹⁷⁸ OAKLEY, B. *Pathological Altruism*. Nova York: Editora da Universidade de Oxford, 2011. Disponível em:

«[https://books.google.com.br/books?id=6uxoAgAAQBAJ&pg=PA353&lpg=PA353&dq=super+empathizes+cohen&source=bl&ots=ynOP1epV7F&sig=eiRmA58gL-0SMQ7Tlu3jIzYNkoE&hl=pt-](https://books.google.com.br/books?id=6uxoAgAAQBAJ&pg=PA353&lpg=PA353&dq=super+empathizes+cohen&source=bl&ots=ynOP1epV7F&sig=eiRmA58gL-0SMQ7Tlu3jIzYNkoE&hl=pt-BR&sa=X&ei=ho3GVPuvEePjsATL64LICw&ved=0CFoQ6AEwBw#v=onepage&q=super%20empathizes%20cohen&f=false)

BR&sa=X&ei=ho3GVPuvEePjsATL64LICw&ved=0CFoQ6AEwBw#v=onepage&q=super%20empathizes%20cohen&f=false»

¹⁷⁹ ZAK, 2012, p. 120.

parcela considerável de pessoas, leigas ou não, a um temor, a uma insegurança sobre se uma demanda será julgada com base na razão, ou apenas ingenuamente com base unicamente na emoção.

Precisamente neste ponto é que pode residir o primeiro dos grandes equívocos: não há como julgar somente com a razão, bem como não há como julgar somente com a emoção. Não se pode fazer uma separação estanque! Observa-se que em ambas as situações as sentenças podem vir revestidas de imoralidade e injustiça, funcionando a racionalidade como inquisidora do porquê da possível decisão.

Assim, no mesmo ponto deve ser inserida a empatia, como *habilidade cognitiva*¹⁸⁰. Habilidade cognitiva que, exercendo a função filtradora das densidades das emoções, auxiliará na melhor escolha sobre como e quais leis devem ser aplicadas ao caso, e, em não havendo tais leis, qual a melhor escolha para uma sentença justa e moral.

Passamos com isso à exposição do segundo aspecto que compõe o argumento de defesa de Colby: a necessidade universal de compreender as perspectivas de todas as partes envolvidas no julgamento.

A pergunta é: por que um juiz (como declarou o presidente Obama), para ser um bom juiz, deve ser capaz de se identificar com as esperanças e lutas do povo? A resposta vem em tom quase irônico: se a empatia judicial realmente fosse totalmente dispensável ao processo judicante, um computador seria o mais justo, o mais moral dos juízes.

Com baixíssima margem de erro, a maioria dos que repudiam a empatia judicial recusaria que a decisão sobre se sua filha sua vai ou não ter o suporte artificial, que a mantém viva, desligado fosse tomada “objetivamente” por uma máquina. Donde se conclui que julgar não pode ser um exercício mecânico: “Mas a lei não é mecânica. Julgar requer julgamento. E o julgamento requer empatia. Para entender o porquê, devemos explorar a natureza da doutrina legal que os juízes são chamados a aplicar.”¹⁸¹

A natureza da doutrina legal que os juízes americanos são chamados a aplicar é zelar pelas consequências reais que uma decisão judicial pode gerar nos litigantes e na sociedade¹⁸². Muitas vezes a demanda exige uma compreensão concreta sobre como cada um dos envolvidos no litígio será afetado se a decisão for A, ou se a decisão for B. Desta forma, a empatia judicial deve auxiliar nesta análise, na análise das consequências da decisão, e

¹⁸⁰ Ver capítulo 2 deste trabalho.

¹⁸¹ COLBY, 2012, p. 1966.

¹⁸² COLBY, 2012, p. 1966.

dependendo do resultado da avaliação a sentença será dada; esta é a verdadeira causa judicial em jogo.

Posição diversa, por não ressaltar a importância da análise do impacto da decisão judicial sobre os litigantes, tem Susan A. Bandes¹⁸³. Afirma ela que “proposições gerais não decidem casos concretos. A decisão vai depender de um julgamento ou intuição mais sutil do que qualquer grande premissa articulada”¹⁸⁴ (até aqui compatível com o pensamento de Colby); que a empatia é uma ferramenta para a compreensão de reivindicações conflitantes, como acima mencionado, utilizada como filtro, como instrumento de análise e ponderação, e auxilia na compreensão das perspectivas dos litigantes, e não apresenta como resultado qual “a questão jurídica que deverá prevalecer”; ou melhor, a quem pertence o direito.

O fundamento do sistema jurídico americano (*common law*) baseado no uso da analogia¹⁸⁵ implica, de forma cogente, que as questões devem ser resolvidas pela lei. Legislar¹⁸⁶, no contexto da decisão em casos particulares, por analogia, “empatizando” com as consequências que uma ou outra decisão poderá gerar nos litigantes, assim alega-se produzir uma legislação superior àquela produzida pelo meio de técnicas que ignoram a importância do impacto da decisão sobre os litigantes.

Inclusive, uma das políticas consagradas nos tribunais, especialmente nos federais, é a de que casos genuínos devem ser resolvidos pelo tribunal dentro de um contexto concreto e com a análise das consequências da decisão judicial, principalmente nas matérias constitucionais, nas quais as consequências das decisões são de atuação direta em toda a população¹⁸⁷ e não por “achismos” desprovidos de argumentos.

Colby passa, então, a expor vários casos de demandas judiciais em matéria constitucional que referendam sua tese. Dentre os muitos apresentados, apenas um foi selecionado (por ter sido julgado suficiente) para “dar materialidade” à importância da empatia judicial.

O primeiro traz o processo *Planned Parenthood versus Casey*¹⁸⁸ que arguiu a inconstitucionalidade de cinco leis (todas estipulando regulações sobre a prática do aborto)

¹⁸³ Professora da Faculdade de Direito da Universidade DePaul, Chicago–EUA.

¹⁸⁴ BANDES, S. A. *The passion of law*. New York Press, 1999, p. 347. Disponível em: «http://books.google.com.br/books/about/The_Passions_of_Law.html?id=INnVwSvSJfoC&redir_esc=y» Acesso 23/07/2014, às 15:00h.

¹⁸⁵ Analogia no sistema judiciário brasileiro compõe ao lado dos Costumes e Princípios Gerais de Direito o chamado Direito Subsidiário, fonte secundária do Direito.

¹⁸⁶ Juízes ao prolatarem sentença legislam, de acordo com o sistema jurídico americano.

¹⁸⁷ COLBY, 2012, p. 1966.

¹⁸⁸ Disponível em: «<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=505&invol=833>» Acesso 23/07/2014, às 17:00h.

que estariam para entrar em vigor no Estado da Pensilvânia. Dentre elas a de n. 3.209 ordenando que, salvo algumas exceções, uma mulher casada que desejasse fazer um aborto deveria assinar uma declaração indicando que seu marido fora notificado de sua intenção.

A decisão foi pela inconstitucionalidade da lei n. 3.209, uma vez entendido que um regulamento não poderia impor um “ônus indevido” à mulher que optasse pelo aborto.

E como este fato ampara a tese da essencialidade da empatia judicial?

A decisão pelo aborto, na maioria das vezes¹⁸⁹, vem acompanhada de uma série de dificuldades de ordens diversas, como social, emocional, financeira, psicológica, psiquiátrica etc. A análise da perspectiva de uma mulher que decide abortar, a busca por uma compreensão maior das circunstâncias que envolvem tal ato, a conjuntura concreta, real da vida destas mulheres e as consequências, o impacto decorrente da declaração ou não da inconstitucionalidade não poderiam ser apartados do processo de tomada de decisão judicial¹⁹⁰.

A sentença que delibera por valores essenciais para uma sociedade, constitucionais, não deve ser revestida de puro tecnicismo; a visão exclusiva da norma pode encetar conflitos insolúveis, sendo forçosa a observação da relevante oscilação do existir humano. O que se almeja é que haja segurança na edificação do Direito.

É o chamado “balanceamento empático”¹⁹¹ que levará à sensatez da decisão, que levará a uma decisão justa e moral. Para tanto é fundamental que haja empatia para com as mulheres, empatia com as dores de seus conflitos.

Uma vez instruído sobre o proeminente fato de que grande parte das mulheres, alvo da regulamentação apreciada, intimida-se frente a toda sorte de retaliações por parte de seus maridos, como violências físicas e psicológicas, o tribunal decide pela inconstitucionalidade e afirma: “não devemos cegar-nos para o fato de que um número significativo de mulheres que temem por a sua segurança e pela segurança de seus filhos esteja susceptível a ser impedido de solicitar o aborto, como se a comunidade tivesse banido o aborto em todos os casos”¹⁹².

Forma em que, parece restar clara a importância, melhor, a necessidade, da utilização da empatia judicial. Observa-se, porém, que a empatia judicial não está adstrita, como anteriormente mencionado, somente à avaliação das consequências de uma decisão para um determinado seguimento. No caso em tela, os interesses do Estado certamente também foram

¹⁸⁹ Excetuando-se as seguidoras de Mary Anne Warren que no texto **On the moral and legal status of abortion** (1996) confere ao aborto a mesma importância de se cortar os cabelos.

¹⁹⁰ SANTOS, Mário F. dos. **Filosofia concreta dos valores**. São Paulo: Logos, 1960.

¹⁹¹ COLBY, 2012, p. 1969.

¹⁹² COLBY, 2012, p. 1971.

sopesados. A empatia judicial é composta da empatia tanto pelo autor, quanto pelo réu da ação, isto é fundamental que seja entendido.

Colby apesar de bem fundamentar sua tese exhibe ainda um entendimento delicado e perigoso (embora calcado em opiniões balizadas como as dos neuropsicólogos Tania Singer e Frederique de Vignemont¹⁹³) no que tange à precisão da predição comportamental. Que a empatia judicial é um poderoso instrumento, se aceita, mas derivar desta premissa que a empatia é capaz de prever comportamentos, e, pior, prever com precisão¹⁹⁴, é uma afirmação no mínimo discutível.

A hipótese é: a pessoa que consegue colocar-se no lugar do outro (*perspective taking*) e determinar como ele se sentiria naquela circunstância é capaz de determinar, precisamente (*accurately*), qual a ação que o outro tomará. Ou seja, se você tem a habilidade de se colocar no lugar do outro e de imaginar como ele se sentiria em uma situação particular, você pode prever, com certeza, como ele tende a agir.

Óbvio que uma respeitada pesquisa neuropsicológica não deve ser reduzida a apenas uma interpretação de uma frase recortada, mas fato é que “ajudar a prever um comportamento”, situação decorrente do conhecimento que a empatia proporciona (ou pode proporcionar), é muito diferente de conferir a esta previsão o carácter de precisão. Mesmo que você empatize de forma satisfatória, você nunca se livrará durante o processo das suas próprias vivências, o que poderá lhe aproximar de uma possibilidade, jamais de uma certeza inequívoca (apesar da presença da palavra ‘tende’ motivar críticas a esta interpretação), como Colby, parece, estar querendo entender.

Todo o disposto até aqui sobre a importância da empatia judicial na esfera constitucional convém seguramente a todo sistema jurídico. Contudo, a tomada de decisão dentro do fundamento do sistema jurídico americano (*Common Law*), principalmente a que versa sobre a Lei Civil, é aceita (ainda que não pacificamente¹⁹⁵) como uma nova legislação, criada para aquela demanda específica, por uma determinada sentença judicial.

E o que isto quer dizer em relação à empatia judicial?

Significa dizer que dentro do sistema da *Common Law*, em que as decisões dos tribunais são baseadas em usos e costumes da população e são fontes primárias do Direito, logo, *leis*, as decisões são proferidas com base nos sentimentos dos julgadores sobre a

¹⁹³ Ver **The empathic brain: how, when and why?**

Disponível em: < https://hal.archives-ouvertes.fr/ijn_00169584/document > Acesso 05/01/2015, às 23:00h.

¹⁹⁴ Ver nota 149, COLBY, 2012.

¹⁹⁵ BLACKSTONE, William. **Commentaries on the law of England**. 1765/1769. Disponível em: <<http://lonang.com/library/reference/blackstone-commentaries-law-england/>> Acesso 27/11/2014, às 13:30h.

demanda, ou ainda, as decisões sobre o que será melhor para os litigantes estão alicerçadas em como tais juízes assimilam os usos e os costumes da população.

Colby enfatiza exaustivamente que o juiz que não possui talento para *empatizar*, ou que não acredita que a empatia judicial seja necessária não exercerá bem sua função judicante, já que ele não será capaz de compreender as consequências que sua decisão causará. Isso porque a empatia é necessária para que se internalizem sentimentos e para que suas consequências avaliadas com mais clareza.

Corroborando a tese da empatia judicial como ferramenta essencial à Justiça e à moralidade, o direito americano prevê tanto na esfera privada, quanto na pública, a existência dos “testes de razoabilidade”, que têm por objetivo averiguar se uma ação, ou processo, é válido. Juízes são constantemente chamados a participarem destes testes se colocando no lugar das partes, para verificar se, sob suas perspectivas, seus agires eram previsíveis e objetivamente razoáveis. Razoável entendido como a conduta justa e legítima, como aceitável, sensata e regular naquela conjuntura.

De muito interessante nestes testes são os aspectos objetivos e subjetivos que são perquiridos até a razoabilidade, ou não, da ação. Visando satisfazer o aspecto objetivo do teste, são formuladas perguntas para que os juízes definam, *v.g.*, qual conduta uma pessoa razoável teria em uma situação X. Também, que conduta o próprio juiz teria se estivesse na mesma situação X (*perspective taking*). Para a satisfação do aspecto subjetivo, pede-se ao juiz que se aposse das características mentais do agente e avalie a ação. Dependendo da natureza de cada julgamento, as avaliações de razoabilidade podem ser mais objetivas, mais subjetivas e/ou mistas, englobando as duas espécies.

Boa ilustração trazida por Colby é o delito de assédio sexual. A legislação americana sobre assédio sexual dispõe que se estabeleça se o autor foi constrangido pela ação do réu e “se o empregador criou um ambiente que era objetivamente e subjetivamente ofensivo, que uma pessoa razoável consideraria hostil ou abusivo, e que a vítima de fato o percebeu desta forma”¹⁹⁶ donde se conclui que sem a empatia judicial tais percepções fatalmente estariam prejudicadas.

Colby reconhece que a constatação da importância da empatia judicial para a maioria das demandas não a torna indispensável para [todas], mas que indiscutivelmente existem casos que sem sua aplicação um julgamento justo seria inviável.

¹⁹⁶ COLBY, 2012, p. 1982.

A discussão sobre o tema é grande, como foi visto no início deste capítulo, e a caravana dos críticos também, cuja ótica só detecta os pontos fracos da doutrina jurídica americana, como as permissões de aplicações de caráter subjetivo nas decisões e a demasiada crença nos processos de “balanceamento empático”, quando do ponto de vista da oposição os juízes deveriam confiar somente em regras simples e claras.

Rogam tais críticos por uma lei que determine que as decisões judiciais criem simples regras gerais e não regras [particulares] de padrão flexível, ou seja, uma lei que limite a produção de leis (*a law of rules*). Quem sabe desta forma seria menos necessária a empatia judicial na aplicação de tais regras¹⁹⁷. Interessante aqui é notar que existe um reconhecimento da empatia, mesmo sob o argumento de esta necessidade existir somente em função de uma “falha” no sistema jurídico.

Mesmo que se aceite que um dia impere a “lei das normas”, que o sistema jurídico americano vigore “orientado por regras e não por padrões”, tal sistema não estaria livre da necessidade do processo empático, vez que as regras também seriam produzidas por juízes, embasadas em “pressupostos decorrentes de fatos potencialmente impugnáveis”, já presentes na própria construção da doutrina do direito. Da mesma forma, não estarão negados peremptoriamente a empatia nos julgamentos, nem o equilíbrio imperativo para que se criem definições¹⁹⁸.

Como ilustração da possibilidade do quadro acima é trazido o exemplo do princípio de liberdade de expressão, que, apesar de garantido na Primeira Emenda, certas palavras não podem ser usadas sob o amparo desta lei. Por entender que o direito garantido pela Primeira Emenda não é absoluto, ele não pode ser evocado em quaisquer circunstâncias. Discursos que “não expressam ideias”, ou são de “pequeno valor social”, não geram benefícios para a sociedade. As regras que limitam a categoria das palavras excluídas resultam de um balanço entre os interesses privados e os interesses públicos, o que só pode acontecer pela utilização da capacidade empática pelos juízes que fizeram o regramento.

Chega-se então ao segmento de número três do argumento de Colby: algumas pessoas têm mais habilidade para *empatizar* do que outras.

A despeito de todos os indivíduos [normais] possuírem a capacidade para *empatizar*, serem portadores de uma estrutura neural propícia à conexão dos circuitos envolvidos no processo e produzirem o “hormônio do amor”, a Oxitocina¹⁹⁹, alguns são mais hábeis do que

¹⁹⁷ Ver nota 188, COLBY, 2012.

¹⁹⁸ COLBY, 2012, p. 1984.

¹⁹⁹ Principais hormônios envolvidos no processo empático: Oxitocina, Dopamina e Serotonina.

outros.²⁰⁰ A autoridade de Simon Baron-Cohen²⁰¹ é evocada para afiançar o afirmado. Baron-Cohen desenvolveu um teste²⁰², cujo resultado define o quociente empático de um indivíduo e até da população.

Sem dúvida, o tema *Empatia per se stante* é instigante por envolver a possibilidade de resultados que poderiam contribuir para o melhoramento da raça humana. Pesquisas recentes conseguem mapear as áreas do cérebro em atividade durante o processo empático, este fator somado a uma dosagem hormonal, por exemplo, poderia identificar as causas de uma diminuição no processo, uma falha no sistema empático.

A hipótese é de que o conhecimento destes resultados conduzirá a métodos corretivos que poderão ser aplicados em pessoas com desvios gerados pela inabilidade empática (desvios morais, por exemplo), que tendo seus níveis de habilidade empática restaurados proporcionarão uma sociedade melhor²⁰³.

A soma de múltiplos fatores é que determina o grau de habilidade empática, como aludido anteriormente. Fatores biológicos, fatores sociais, fatores psicológicos, mas apontam os estudos para a probabilidade de que lapide a habilidade empática, ou ainda, que pelo meio de treinamento (específico e orientado) os indivíduos seriam capazes de melhorar, aumentando o nível empático.

Desta forma, sabedor do resultado das pesquisas sobre empatia, Colby deduz que: se a habilidade empática pode variar de um indivíduo para o outro, se esta habilidade pode ser aperfeiçoada, se o indivíduo estiver disposto a exercitá-la, e sendo a empatia é uma “ferramenta essencial” para um julgamento justo e moral, as declarações do presidente Obama almejando juízes não só que possuem esta habilidade, mas antes manifestem interesse por ela, são extremamente sensatas.

Dando sequencia à discussão sobre os níveis de empatia e suas consequências, aparece o quarto e último aspecto componente do argumento em prol da empatia judicial, que trata do chamado “ponto cego da empatia”²⁰⁴.

A despeito de estar incluso no argumento de defesa, a exploração dos pontos cegos (áreas nas quais não estão presentes os mecanismos para que determinadas informações sejam

²⁰⁰ Anosa constatação já levantada por Adam Smith no século XVIII revela o que anteriormente fora ressaltado sobre o tema: *simpatizar com perfeição é impossível!* Ver capítulo 2 deste trabalho sobre o emprego do termo *sympathy* por Smith e Hume.

²⁰¹ Ver nota 214, COLBY, 2012.

²⁰² Por sinal, muito interessante. Teste disponível em: <<http://personality-testing.info/tests/EQSQ.php>> Acesso 17/05/2014, às 17:28h.

²⁰³ ZAK, 2012, p. 211.

²⁰⁴ COLBY, 2012, p. 1991.

recebidas) remete a elementos que expõem alguns dos riscos decorrentes da *empatização* judicial, mas com o firme propósito de reiterar o caráter instrumental da empatia judicial.

O ponto cego da empatia marca um enviesamento, uma contaminação na *empatização* (que provavelmente faz a felicidade da ala conservadora do judiciário e do legislativo americano). Trata da constatação de que os níveis de empatia podem variar em um mesmo indivíduo, de acordo com as circunstâncias e o objeto da *empatização*. Os indivíduos não *empatizam* no mesmo grau com todos os outros. Por esta razão foi alegado acima que se tratava de uma contaminação.

O processo empático visto por este ângulo sai completamente da versão de que a empatia é uma habilidade, um instrumento, um meio, como lida a defesa, e retrocede ao entendimento comum da empatia posta na categoria dos sentimentos, ao lado do amor, da culpa, da raiva, do nojo etc.

Não se está negando que, de fato, exista em cada pessoa mais ou menos afeição (entendida nas acepções de inclinação, pendor e de conexão, ligação) de acordo, repetindo, com o objeto, com o foco. A observação é quanto à definição de empatia escolhida por Colby. Em qual definição se verificaria a presença do ponto cego?

Textualmente é colocada a escolha pela definição lexical do termo. Porém, constam do mesmo verbete (empatia) duas acepções de usos diferentes²⁰⁵, uma que se refere a “*ação* de compreender, de estar ciente, ter sensibilidade para vicariamente experimentar os sentimentos, pensamentos e experiências de outro, quer do passado, quer do presente, sem ter os sentimentos, pensamentos e experiências comunicados totalmente, de forma explícita, objetivamente”; outra que se refere à *capacidade para* realizar a ação de compreender, para sofrer as experiências vicariamente etc.

A afirmativa de que, dependendo do objeto, do alvo da empatia do indivíduo, como mostra o exemplo de Colby de que existe maior “empatia” para com aqueles que tiveram, ou têm, as mesmas experiências e menos “empatia” para com aqueles que tiveram, ou têm, experiências diferentes, é alusiva à primeira acepção, ou seja, da empatia como sentimento, vez que o processo de identificação é emocional e não envolve quaisquer elementos racionais.

Dizer que (por mais que seja verdadeiro) juízes são “naturalmente inclinados” a sentir mais empatia (...) por aqueles cujas vivências se assemelham às suas próprias, de pronto denuncia a definição, pois se está falando de *emoção*; o verbo é *sentir*.

²⁰⁵ Ver página 04 *supra*.

Ainda que uma acepção não seja excludente da outra, menos então um fator impediendo, ocorre que juízes são seres humanos, são pessoas, possuem mazelas, medos, alegrias e frustrações. Assim, nada mais normal que juízes, como qualquer pessoa, atuem dentro deste quadro de aproximação emocional, talvez o nível mais primitivo no quadro evolutivo da empatia (segundo Frans de Waal): o contágio emocional, ou talvez o segundo nível: a preocupação simpática²⁰⁶, níveis que se encaixam perfeitamente no conceito de *simpatia*²⁰⁷.

A empatia/sentimento, a qual juízes (e todas as pessoas) estão naturalmente inclinados, em verdade é assinalada como uma ameaça de dano ao processo judicial como um todo e, principalmente, uma ameaça à integridade da imparcialidade do julgado, exatamente por se tratar de simpatia, ou pelo menos mais próxima dela.

Rejeitável, porém, uma das soluções propostas por Colby, para que seja mitigada a distorção exposta acima, a saber: aceitando-se a possibilidade de o processo empático acontecer de forma contundente quando o objeto é mais próximo ao agente, uma atitude a ser tomada, objetivando a aquisição de equilíbrio nos julgados, seria dar oportunidade para que mais membros, emergentes dos grupos comumente *des-empatizados*, integrassem os tribunais²⁰⁸. Não se pode imaginar que para um tribunal justo deva ser composto por um negro, por um hispânico, por um nativo americano, e, para manter a coerência, cada grupo deveria ser composto por membros de gêneros diferentes (todos os gêneros que a atualidade comporta), sem falar nos grupos adolescentes!

Possivelmente Colby estivesse querendo salientar o perigo que existe no julgamento do juiz que, sem perceber, age com simpatia (inclinação natural) em relação a uma das partes do processo, ao expor a existência do ponto cego acima referido, isso apesar dele afirmar várias vezes que empatia não é simpatia. Nota-se ainda que seja tentada uma distinção quando alçada a “desvantagem” que a empatia pode trazer.

Tal desvantagem estaria no fato de que, quanto maior o grau empático do juiz, maior sua tendência para um maior grau de simpatia. A base para tal asserção seria a normalidade da consequência. Explicando, quanto maior o grau empático, maior a capacidade de “realmente” entender e “realmente” sentir a dor do outro; conseqüentemente, “o mais provável seria sentir pena de quem sofre”²⁰⁹, o que significaria que este juiz pudesse fazer uma interpretação da lei

²⁰⁶ Quadro oferecido por Frans de Waal. Ver **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy**, 2007.

²⁰⁷ Ver capítulo 2 *supra*.

²⁰⁸ COLBY, 2012, p. 2003.

²⁰⁹ COLBY, 2012, p. 2012.

bem particular, sob uma perspectiva pessoal de dor, objetivando favorecer a parte com a qual ele *empatizou*, até mesmo *contra legem*.

Colby faz então uma afirmação quase contra a sua própria tese, a saber: “Mesmo que teoricamente empatia e simpatia sejam fenômenos conceitualmente distintos, talvez, na realidade elas andem de mãos dadas.”²¹⁰

A afirmação acima soa dissonante. A afirmação da existência da empatia geminada com a simpatia extirpa o caráter instrumental da primeira. Não se está mais fazendo referências a uma empatia como habilidade cognitiva para executar o processo de balanceamento, ou seja, para executar a avaliação das perspectivas. E como se não bastasse ainda é inserida a possibilidade de “sentir pena” da parte, o que denota falta de distanciamento emocional²¹¹ do caso e das perspectivas das partes, fundamental para uma avaliação imparcial do julgado.

Posteriormente é-nos trazida, gerando certo alarido, a alegação de que pesquisas neurológicas sugerem que a área do cérebro que controla a empatia difere e independe da área do cérebro que controla a simpatia e, por esta razão, a afirmação de que “ela andam de mãos dadas” é impotente. Colby segue apontando para pesquisas que concluíram pela existência de pessoas com grau alto de simpatia, mas não de empatia, vez que “exibem considerável preocupação com o sofrimento dos outros, sem experimentar emoções congruentes.”²¹²; isso vale também para o inverso, haveria pessoas bastante empáticas, mas não (ou pouco) simpáticas.

Tende-se a entender que este é, na verdade, um bom exemplo de empatia como habilidade cognitiva: o juiz deve, como resultado da compreensão da perspectiva da parte mais vulnerável, exibir considerável preocupação, sem que ele tenha tido vivências semelhantes - certamente o assunto requer muito mais do que ora oferecido.

À guisa de conclusão, o que se quer dizer é que o ponto cego ao qual Colby se refere não é relativo à empatia entendida como instrumento, habilidade ou capacidade, e, sim a empatia entendida como emoção, como sentimento. E os exemplos apresentados por ele falam por si. Observe apenas um: juízes que têm filhas são significativamente mais propensos a votar a favor das mulheres em casos envolvendo discriminação sexual, discriminação da gravidez, e os direitos reprodutivos do que os juízes que filhos homens.

Certamente existe uma razão para que tantos exemplos (quase passionais) tenham sido apresentados. O objetivo é provar que a justa decisão só pode ser prolatada pelo juiz que

²¹⁰ COLBY, 2012, p. 1944.

²¹¹ Ver as colocações de Flávio Gikovate no capítulo 2 deste trabalho.

²¹² Ver notas 319 e 320, COLBY, 2012.

consciente desta inclinação [natural] para ter empatia (emoção) com os que mais a ele se assemelham em vivências e internalizações, tenha capacidade para superá-la.

A empatia judicial é, então, a empatia como habilidade cognitiva, uma capacidade, instrumento pelo qual se consegue a perspectiva limpa dos interesses tanto daqueles que se aproximam em experiências da vivência dos juízes, mas, e principalmente, daqueles com experiências muito diferentes. A empatia é um instrumento que possibilita a superação do ego e imprime à decisão judicial a tão cara imparcialidade; e não é em relação a ela que existe o ponto cego.

Sobre a idealizada imparcialidade, em complemento ao exposto no capítulo 3 *supra*, há de se notar que o juiz que não alcança, que não compreende que a empatia judicial é o instrumento que transformará o ideal da imparcialidade em realidade, permanecendo atado à caricatura do juiz-árbitro (*umpire-judge*), está iludido. Pior, não quer sequer pensar na possibilidade de estar iludido. O fato de ele argumentar que está aplicando a lei e com isso fazendo o seu dever já se encontra implícito em uma perspectiva particular, que de certo ele tem direito em adotá-la, mas o que está perdido nesta escolha é a imparcialidade.

O juiz-árbitro não está livre, menos ainda consciente da intervenção da empatia/sentimento, da empatia natural. Com isso, será atribuído, inconscientemente, um desbalanceamento na análise das perspectivas das partes do processo judicial, levando, definitivamente, a uma decisão parcial (o que não significa que todas as decisões proferidas pelo juiz-árbitro sejam evitadas pela imparcialidade).

Conhecedor de que seu cérebro pode lhe trair, que existem emoções que gritam em seu inconsciente e não são ouvidas e que, por estes motivos, decisões judiciais parciais, infectadas por pré-conceitos, podem ser proferidas em nome da lei, deve o juiz optar pelo emprego da empatia judicial.

Aspira-se fortemente por juízes com capacidade intelectual elevada, com domínio dos cânones do Direito e o perfeito controle da técnica jurídica²¹³, mas mesmo o juiz detentor destas qualidades não está totalmente isento das ações do inconsciente. Não são aquelas qualidades irremediavelmente protetivas contra as sabotagens da mente.

Donde se ultima que, não obstante a presença das competências técnicas inerentes ao cargo do magistrado, o processo judicial é carecedor da utilização desta ferramenta essencial que é a empatia para que resulte na mais justa e imparcial decisão. Lembrando, mais uma vez, que a atenção e aplicação das leis (que no sistema jurídico americano inclui a jurisprudência),

²¹³ COLBY, 2012, p. 2012.

sem que o emprego da empatia seja postulado, pode ser eficaz. Contudo, esta fórmula não funcionará se aplicada aos casos difíceis, melhor dizendo, aos casos sem precedentes dentro do judiciário.

São bons os argumentos que defendem (embora algumas vezes de forma não muito clara) a empatia judicial como ferramenta essencial ao julgamento justo, imparcial e revestido de moralidade, o que nos leva à certeza da premência da continuidade dos estudos sobre a matéria.

Muitos insistem com opiniões lacradas que a empatia judicial não tem atuação benéfica no processo de tomada de decisão judicial e a fala mais contundente: “A Justiça é cega, a empatia, não.”²¹⁴ resume o quanto empatia judicial é mal vista pelos seus críticos que chegam ao ponto de alertar para uma mudança de paradigma no que tange ao ideal de julgamento justo.

O presidente Obama, ao desejar a empatia como uma “qualidade”, talvez tenha acirrado os ânimos daqueles que temem as mudanças que não foram propostas por eles, talvez um conservadorismo anacrônico e mofado.

Temor, como todo temor, fruto do desconhecimento, ou quem sabe das confusões vindas com a novidade do tema, confusões geradas pela não fixação do termo ‘empatia’ e, em consequência, pela construção ainda insipiente do termo ‘empatia judicial’. Confusões que levam muitos a acreditar que a empatia judicial faria com que os juízes empáticos estariam abandonando suas togas e utilizando suas penas para “decisões de campanha”, nas quais seria feita a justiça social, fundamentada em elementos estranhos à lei.

A ideia de que a empatia judicial entraria em cena para suprir a falta de argumentos jurídicos que embasassem a decisão é um erro, erro por desconhecimento. De forma contrária, a ferramenta empática é instrumento de balanceamento, de equilíbrio.

Frente ao exposto, o presidente Obama, ao desejar um juiz empático, ou ao estar preocupado em o ser, quis expressar o desejo de um juiz que, no melhor uso da razão, saiba utilizar o instrumento empatia para decidir, após avaliar as perspectivas das partes, frente a insuficiência da lei na resolução dos casos difíceis, possam decidir legalmente, com justiça e imparcialidade.

O clamor pelo uso da reta razão na aplicação das leis (vindo dos opositores de Obama e da empatia judicial) sem que outros elementos possam integrar o processo de tomada de decisão judicial sugere que somente desta forma a razão seria poderia ser empregada. Porém,

²¹⁴ COLBY, 2012, p. 2014.

mais sensato seria fazer um exercício no sentido de que a razão, como ensina a Filosofia, é a que proporciona o questionamento e qual a melhor forma de questionar.

Assim, para aqueles que amam a razão e acreditam que usar a razão é aplicar a lei, sem que averiguações outras sejam necessárias, fica a sugestão: não definam o que é justo, ou moral, sem se perguntarem sobre a validade de suas próprias crenças, façam um bom uso da razão!

6 CONCLUSÃO

Em virtude da observação dos aspectos históricos analisados, chega a autora ao final desta pesquisa convicta da premência de que sejam reformulados os conceitos de empatia judicial e de imparcialidade da justiça, com o auxílio da Filosofia Moral, da Neurofilosofia e da Filosofia do Direito, objetivando que a função judicante do estado democrático de direito permaneça apta a acompanhar as demandas contemporâneas.

O discurso do presidente americano Barack Obama trouxe à baila a discussão sobre quais as qualidades almeçadas em um magistrado e se dentre elas estaria contida a empatia. Mas, em verdade, todo o processo de tomada de decisão judicial, envolvendo a gama de agentes e as circunstâncias dos fatos em litígio, foram envolvidos nos debates, quando exposta a possibilidade de ameaça, pela presença da empatia, ao instituto jurídico da imparcialidade.

A não existência de um entendimento uniforme sobre a definição do fenômeno empático gerou (e gera) inúmeras controvérsias a respeito de seu emprego e suas consequências. Seus defensores vistos como favoráveis aos juízes-ativistas, pensando em uma empatia restauradora das desigualdades sociais, e seus detratores, favoráveis aos juízes-árbitros, negando-lhe validade por entenderem que sua utilização retira a objetividade da justiça, espelhando atitude parcial, são ambos, nos termos colocados, inaceitáveis.

Proceder rumo à nova análise do tema empatia [judicial], perseguindo a reestruturação da definição, imprimindo-lhe contornos definidos de instrumento viabilizador para que as perspectivas das partes, e, porque não, do corpo social, sejam clarificadas, e, de forma imparcial, seja alcançada a Justiça, é o caminho.

É imperioso que seja desfeita a miscelânea conceitual que orbita o fenômeno empatia, retirando-lhe da categoria das emoções “puras” e apartando-o do conceito de *simpatia*, porém, mantendo a soma mandatária entre os elementos físicos (estrutura neural), os cognitivos e os emocionais inerentes ao processo.

Assim, foi esta a intenção da presente pesquisa: reconfigurar o fenômeno empático aplicado ao sistema judicial vigente nos estados democráticos de direito, conferindo-lhe caráter instrumental, viabilizador das ações do magistrado de captar, receber, armazenar as perspectivas das partes envolvidas no processo judicial, triar os fatos reais dos acreditares emocionais, confrontar tais resultados com seu próprio banco de dados emocional, visando, após compreender o que, de fato, as partes possam estar sentindo, e analisadas as consequências das decisões cabíveis, prolatar sentença justa e imparcial.

O procedimento acima explanado leva a cogente apreciação da imparcialidade como resultado objetivo do emprego da empatia judicial. Forma em que, conclui a autora que o instituto da imparcialidade cravado no sistema jurídico brasileiro, visto por grande parte dos magistrados, advogados, promotores e defensores públicos, como “mito”, como um “símbolo amedrontador”, limitador de egos, passa a ser real se entendido sob o aspecto ora proposto.

O antigo modelo que proclama bom juiz aquele que aplica a letra “fria e dura” da lei, não obstante o fato de que o sistema jurídico brasileiro seja regido pelo princípio da legalidade, encontra-se agonizando, pois mesmo que eficaz para a resolução da maioria dos casos, não funciona da mesma forma para todos os casos, principalmente para aqueles ainda não contemplados pelo ordenamento jurídico.

Por certo, o julgamento enviesado, tendencioso deve ser combatido, mas acreditar que a arma mais potente é a supressão da empatia judicial (tal como entendida neste trabalho) do processo de tomada de decisão, é posição vertiginosamente equivocada.

Colby defende vigorosamente a tese de que a empatia é um elemento [indispensável] para que o processo de tomada de decisão judicial seja eficaz e eficiente.

Aponta que a contenda gerada pelas declarações do presidente Obama sobre a empatia (na qualidade de emoção) judicial, se deram em função de ter havido, entre políticos, juristas e a sociedade, um atropelo do conceito de *empatia* pelo conceito de *simpatia*, e adota uma postura de depuração e alinhamento.

Ao falar-se em *simpatia* se expressa a afetação, a interferência dos sentimentos do outro como determinante da resposta – que não é a adequada. Fala-se em “sentir por”. E essa é uma das grandes apreensões dos críticos da empatia, que o emprego da empatia judicial possa alimentar o sentimento de comiseração dos juízes, aumentar o sentimento de pena em relação a uma das partes, e, desta forma, que a lei seja preterida em favor da “justiça social”, ato susceptível de transformar o juiz que “diz o direito” no [indesejado] “juiz-ativista”.

Jesse Prinz não chega aos estertores dessa avaliação, mas bastante dela se aproxima ao afirmar que outros sentimentos são mais bem sucedidos no processo de tomada de decisão do que a empatia.

Assim, a opção de Colby, frente a não existência de uma uniformização conceitual dos termos, pela definição de empatia, de caráter mais amplo, presente no dicionário, contém termos que congregam atividades cognitivas e emoções, servindo de base para a construção de uma conceituação própria do fenômeno empático, na qual é feita referência expressa sobre as atividades cognitivas e sobre a ação vicária do observador, na obtenção de uma resposta adequada à situação observada. E finaliza, empatia é “sentir com”.

A aplicação do novo conceito de empatia ao processo de decisão judicial, conforme a proposta da autora, nomeado empatia judicial, tem por função extirpar do processo empático judicial o pernicioso rótulo da parcialidade do magistrado e, do mesmo modo, limpar o tom pejorativo da classificação “juiz-ativista”. Afirmar que o juiz empático é o julga baseado nas suas emoções é, em vista dos argumentos apresentados neste trabalho, um enorme equívoco derivado do conflito conceitual. Afirmar que “empatizar” com uma das partes (e/ou com a causa) é ação condicionada ao indivíduo humano, é outra ilusão, derivada da mesma fonte.

Não se está, porém, frente a uma alternativa, ou se emprega a empatia, ou se emprega a lei. O magistrado não estaria obrigado posicionar-se como um juiz-ativista (lido como emocional), ou como um juiz-árbitro (lido como racional, que aplica a lei “fria”), pois não se crê que a lei positivada possa resolver todos os casos.

O processo empático [judicial], redizendo, exige, tal qual na formulação de Gikovate, que o magistrado, de forma racional, abstenha-se por alguns momentos de suas emoções (gravadas consciente ou inconscientemente) e conceda espaço para que as experiências das partes (reconhecidas em suas individualidades) sejam recebidas, filtradas racionalmente no filtro das suas emoções, armazenadas, e abstraindo de [pré]conceitos e [pré]julgamentos, *conheça* os móveis das partes e proceda na avaliação sobre qual é a melhor decisão a ser tomada, sem a interferência de suas próprias vivências, conferindo à sentença por ele prolatada, imparcialidade.

A empatia judicial proposta pela autora é o processo mental conscientemente selecionado para atuar no processo de tomada de decisão judicial que postula que o magistrado esvazie sua mente para que as emoções das partes possam ser percebidas e confrontadas com suas próprias cicatrizes emocionais. O resultado é a compreensão dos sentimentos das partes pelo magistrado sem que ele esteja “sentindo com elas”, já que a compreensão dos sentimentos das partes pelo do magistrado não deve implicar em uma contração de sentimentos, um amálgama emocional. O procedimento empático deve primar antes de tudo pela utilização da razão para efetuar a dialética das emoções.

Ambiciona-se que por meio desse processo que o juiz possa transpor, caso haja, suas limitações e aproximar-se dos sentimentos das partes, das partes, e não dos sentimentos que ele imagina, partindo de suas emoções pessoais, que as partes estejam sentindo. Compreender essa diferença é fundamental. Tomado por base o caso contrário, deve-se, em algum momento, concordar que a empatia/emoção é, de fato, pernicioso, vez que o juiz estaria “comprando” a causa!

A ideia é a de que não seria legítimo, mesmo que legal, não seria moral que o juiz se deixasse influenciar pelas emoções da parte, ou pelas emoções geradas, ou resgatadas, pelas circunstâncias do pedido.

Por fim, não mais se deve confundir a *aplicação mecânica da lei* (*balls and striks*), sem a participação de outros elementos, com segurança jurídica, ou com a garantia de que a sentença produzida é a melhor sentença, ou ainda, que a aplicação mecânica da lei é o que deve ser feito, independente da demanda, acreditando-se juiz-árbitro é o juiz que a sociedade deseja. Foram vistos aspectos sob os quais a premissa “a aplicação mecânica da lei sempre produz a melhor sentença” torna-se falsa. Jamais chegará o dia em que o juiz-árbitro encontrará nas leis tantas disposições, quantas as possibilidades factuais, disposições legais que abracem as especificações de cada uma das demandas que um dia poderão chegar às cortes e tribunais. E acredita a autora, que nem seria essa a proposta dos sistemas jurídicos contemporâneos.

A ideia central da argumentação em favor do emprego da empatia judicial é a de que ela representa um instrumento “balanceador”, ou melhor, que é capaz de adicionar equilíbrio ao processo de tomada de decisão, propiciando que os motivos de ambas as partes do processo sejam *ponderadamente* analisados. Terminado o procedimento empático, o magistrado está apto a decidir com justeza. Melhor, o emprego da empatia no processo de tomada de decisão judicial implicaria em um ajuste dos argumentos das partes, logo, indispensável. Sabe-se, obviamente, que não estará o juiz jamais em posição neutra, como se viu, o que implicaria na abdicação de sua própria existência (pois isso não seria sequer possível).

Em vista dos argumentos apresentados, encerra-se a presente com algumas das questões iniciais: quais as características deve possuir um magistrado? Caráter ilibado, domínio da lei, inteligência? Que ele julgue “com o coração”, que ele julgue somente com a razão?

Como indicam os fatos até o momento atual, a maioria dos ordenamentos jurídicos (ocidentais) prima pela escolha dos juízes que possuam a capacidade de solucionar as demandas a eles submetidas de acordo com as leis. Mas, isso não significa necessariamente de que a utilização da empatia judicial seja irrelevante no processo de tomada de decisão.

A afirmação de que a utilização da empatia judicial, como fez Prinz, acarreta consequências desastrosas, como a parcialidade, deve sofrer ponderações frente às novas propostas oferecidas nesta pesquisa. Não há como negar, contudo, que ao se entender a empatia [judicial] como identificação emocional, como transferência de sentimentos, ou

qualquer outra possibilidade em que haja uma aproximação dos acréditares do magistrado com os de uma parte, o perigo de uma decisão contaminada é iminente.

De outra forma, compreender a empatia como habilidade cognitiva, de caráter instrumental no processo de tomada de decisão é não apartá-la da lei, da justiça, da moralidade.

Não possuir a habilidade cognitiva realizadora do processo empático (caso que levaria ao diagnóstico de uma patologia), ou, se menos contundente, não desejar o juiz conscientemente sua utilização, não irá transforma-lo em melhor juiz, ou mais moral, ou mais justo, pois as sentenças proferidas sob essas perspectivas podem, se as demandas versarem, por exemplo, sobre os afamados *casos difíceis*, personificar a injustiça e a imoralidade. Administrar a Justiça, sem que se faça diferença entre as partes, entre os casos, entre circunstâncias e consequências, agir mecanicamente, “*balls and strikes*” pode ser o grande perigo!

A harmonização entre as semelhanças e as diferenças dos humanos é tarefa hercúlea, talvez inatingível, mas para que as sentenças judiciais sejam justas e morais, vai-se depender do empenho dos juízes, dos políticos, do sistema jurídico, em suma, da sociedade, em não medir esforços para o desenvolvimento contínuo, para a diária [re]construção do ser, e na ampliação consciente de suas capacidades cognitivas, para que o aprimoramento do racional permita a expansão da compreensão dos sentimentos.

É provável que uma vida seja muito pouco!

REFEÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Retórica das paixões**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

AZEVEDO, Marco Antônio Oliveira de. **Bioética Fundamental**. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2002.

_____, **Há obrigações fora do Direito?** Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/280/279, em 05/05/2014, às 19h04.

BAPTISTA, Bárbara G.L. **Paradoxos e ambiguidades da imparcialidade judicial**: entre “quereres” e “poderes”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013.

CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2007. v. 1-2.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente, COSTA Jr., Paulo José da. **Direito penal na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COLBY, Thomas B. **In defense of judicial empathy**. Minnesota Law Review 96, 6, 2012, p.1944-2015.

CROWE, Catherine. **Videri quam esse**: the role of empathy in judicial discourse. Disponível em: JUDICIAL EMPATY.zip\CROWE, Catherine (Videre Quam Esse. The role of empathy in judicial discourse). Law & Psychology Review 2010, 34, 2010, p. 121-133.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo: Schwarcz S.A., 2012.

_____, **O mistério da consciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DE FARIA, Bento. **Código Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942. v.II.

_____, 1943. v. III.

FELIPE, Sônia T. (Org.). **Justiça como equidade**: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). Santa Catarina: Insular, 1998.

FERRAYOLI, Luigi. **Direito e razão**: uma teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRAZETTO, Giovanni. **Alegria, culpa, raiva, amor**: o que a neurociência explica - e não explica – sobre nossas emoções e como lidar com elas. Rio de Janeiro: Agir, 2013.

GERT, Bernard. **Morality**: its nature and justification. New York: Oxford University, 1998.

GREENE, Joshua. **Moral tribes**. New York: The Penguin, 2013.

- HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Débora Danowski. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.
- HUME, David. **Resumo de um tratado da natureza humana**. Edição bilíngue. Tradução de Rachel Gutiérrez e José Sotero Caio. Porto Alegre: Paraula, 1995.
- HURD, Heidi M. **O combate moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JANKÉLÉVITCH, Vladimir. **O paradoxo da moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- JESUS, Damásio, E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 2.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista de Macedo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- LIMA, Carlos Cirne. **Dialética para principiantes: depois de Hegel**. Porto Alegre: Escritos, 2015. 6 ed.
- McMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- MARIOTTI, Humberto. **As paixões do ego: complexidade, política e solidariedade**. São Paulo: Editora Pala Athena, 2000.
- MATTHEWS, Eric. **Mente: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.
- OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PRINZ, Jesse. **Against Empathy**. *The Southern Journal of Philosophy*, v. suplementar, 2011.
- _____, **Is Empathy necessary for morality?** In: GOLDIE, P., COPLAN, A. *Empathy: philosophical and psychological perspectives*. New York: Oxford University, 2012.
- RACHELS, James. **Os elementos da filosofia moral**. Tradução de Roberto Cavallari Filho. 4. ed. São Paulo: Manole, 2006.
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1965.
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1-2.
- ROZIN, P., LOWERY, L., IMADA, S. e HAIDT, J. 1999. **The CAD triad hypothesis: A mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity)**. *Journal of Personality and Social Psychology* 76: 574–86.

SILVA, José Geraldo da. **Teoria do crime**. Campinas: Millenium, 2002.

THOT, Ladislao. **Historia de las antiguas instituciones de derecho penal** (arqueologia criminal). Buenos Aires: Talleres Graficos Argentinos L.J. Rosso, 1927.

TUBENCHLAK, James. **Teoria do crime**: o estudo do crime através de suas divisões. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VARGAS, José Cirilo de. **Introdução aos estudos dos crimes em espécie**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

VECCHIO, Giorgio del. **Lições de filosofia do direito**. Tradução de António José Brandão. 5. Ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

WAAL, Franz B. M. de. **Putting the altruism back into altruism**: the evolution of empathy. Disponível em
hm:<http://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.psych.59.103006.093625>

WALTON, Stuart. **Uma história das emoções**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

WILLIAMS, Bernard. **Moral**: uma introdução à ética. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAK, Paul J. **A molécula da moralidade**. São Paulo: Campus, 2012.