

O AMOR NOS CAMINHOS DO DIREITO: “AMOR” E “IUSTITIA” NO DISCURSO JURÍDICO MODERNO

DOUGLAS DA VEIGA NASCIMENTO¹

HESPANHA, António Manuel. “A senda amorosa do direito: *Amor e Iustitia* no discurso jurídico moderno”. Tradução de Douglas da Veiga Nascimento. *In*: PETIT, Carlos (org). **Paixões do jurista**: Amor, melancolia, imaginação. Curitiba: Juruá, 2011, p. 25-80.

António Manuel Hespanha, na obra organizada por Carlos Petit, “Pasiones del jurista: amor, memoria, melancolia, imaginación”, publicado originalmente pelo “Centro de Estudios Constitucionales”, na Espanha em 1997, e publicado no Brasil por Ricardo Marcelo Fonseca, professor de História do Direito na Universidade Federal do Paraná, apresenta uma dimensão do direito, muitas vezes ignorada, que invoca constantemente o “amor” e a “iustitia”. Atualmente, tanto a justiça, quanto o amor, são apresentados no discurso jurídico como fatores importantes para a paz social, na medida em que “a justiça pacifica pela disciplina, enquanto que o amor pacifica pelo consenso”.

O autor pretende com isso falar dos sentimentos dos juristas e levantar uma história jurídica dos sentimentos para apontar as diferentes maneiras como o amor e a justiça exteriorizam-se no conjunto de ações e reações externas. Propõe “uma reconstrução histórica do campo semântico ao qual a palavra ‘amor’ se vincula”, através do estudo de atos externos, em descrições, cerimônias, comportamentos e textos. E ao lado disso, busca identificar “o conjunto de situações sociais do qual o amor é suscetível de irromper ou do qual ele é suscetível de ser invocado”, como condutas e práticas relacionadas com o amor.

¹ Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor da Faculdade de Direito de Extrema (FAEX).

Segundo o autor, no discurso jurídico, “o amor aparece com frequência associado à justiça, quer como estado de espírito que promovia o sentimento do justo (*amor iustitiae*) quer como uma virtude anexa, por mais distinta que tenha sido, à justiça”. Atualmente, no entanto, segundo o modelo dominante, “os juristas, enquanto técnicos por excelência do social, assim como os poderes públicos, não podem, do ponto de vista institucional, albergar amor dentro de si; não podem tão pouco perturbá-lo, nem podem falar dele. Em uma palavra, não podem produzir o amor”. Qualquer ação nesse sentido poderia ser reputada como falaciosa, vazia, retórica ou até ridícula, como no caso da afirmação de que os governantes amam os governados ou os governados amam os seus governantes.

No âmbito da política, o único amor admissível de ser exteriorizado é um amor genérico, racionalizável, na forma de filantropia ou como renúncia ao interesse particular. No entanto, essa separação e estranheza nem sempre foi assim. De fato, é possível testemunhar na história, a recorrência do amor na prática política medieval e moderna, como, por exemplo, o “amor do rei, o qual se manifesta na graça, isto é, nessa atitude típica do amante, de completa disponibilidade de si para o outro (*gratia*), paralelamente, na noção também de serviço, isto é, de uma disponibilidade que se traduzia na conversão do rei em um oficial da República disposto a sacrificar-se no altar do Estado”. Segundo o autor, o rei privava-se e se transformava numa pessoa pública (*servitium regni*) com fundamento no seu amor. Além disso, destaca a caracterização amorosa no político através do amor dos vassalos dedicado ao rei. No âmbito do direito, o “regime do Don” e a gratidão “inserir-se assim dentro de uma economia de intercâmbios que terminava por converter-se em um importante foco de normatividade social”.

No direito penal do Antigo Regime, a pena de morte, assim como as penas corporais, na verdade, eram muito pouco aplicadas. Isso pode parecer contraditório, mas, apesar do rigor das previsões estabelecidas nos textos e nas leis, estas penas eram muito pouco aplicadas, pois continuamente era conferido o perdão por parte do rei. O Castigo corporal, não era, portanto, uma prática efetiva da justiça real no Antigo Regime. A intervenção do rei era,

sobretudo, simbólica, ligada a atos que reafirmavam o papel do monarca como distribuidor da justiça.

A doutrina do Antigo Regime, em relação ao regime de perdão, apontava de um lado a clemência e de outro, a equidade. “A clemência constituía uma qualidade essencial do rei e era semelhante a um dos tópicos mais comuns da legitimação do poder real: a representação do príncipe como o pai e pastor dos súditos, o qual deveria procurar fazer-se amar mais do que temer”. A clemência não era capaz de legitimar impunidade dos crimes, mas estabelecia “como regra áurea que o rei antes deveria ignorar e perdoar do que castigar, ainda que fosse em detrimento de uma rigorosa aplicação do direito”.

Desse modo, concluiu o autor que “durante muitos séculos o amor ocupou um espaço central do imaginário político e jurídico da sociedade europeia, até ao ponto de se chegar a conceber, no âmbito da primeira tradição cristã, o projeto de uma comunidade baseada exclusivamente nos vínculos amorosos”. Não demorou, no entanto, para que a coerção e a punição tomassem o lugar da graça e da clemência, mas a linguagem do amor continuou impregnada nos textos jurídicos e políticos através do uso de metáforas institucionais, como pai e pastor. A teoria do direito acabou incorporando diversas dimensões da semântica do amor, “quando se reconhecia que ao fazer justiça o juiz não podia abster-se do contexto sentimental que inevitavelmente gravitava sobre o caso concreto: pois ele mesmo se envolvia, uma vez que, no momento da decisão, teria que colocar sobre a balança os afetos e os desamores que contextualizavam a decisão, incluídos os seus próprios”.

O autor, para proceder com a reconstrução da semântica do amor, propõe partir da cultura através do *corpus* literário constituído pelos grandes teólogos e moralistas da Idade Média, especialmente por São Tomás de Aquino: “Na visão de mundo tomista, a Criação constituía um grande todo no qual cada elemento tinha seu lugar e nele se manteria graças a uma precisa inclinação (*appetitus*) interna: o amor”. Afirma que todo o cosmos medieval estava imerso no amor pelo mero fato de ser, em que até mesmo as coisas

inanimadas participavam deste amor, pois se atraíam e repeliam segundo inclinações inscritas na ordem da Criação.

Na Idade Média, o amor sustenta a ordem e constitui a unidade. Hespanha aponta que “este segundo aspecto interessa já diretamente aos juristas, ao menos por fazer referência ao problema da redução de uma pluralidade de sujeitos a uma unidade”. O amor na forma da *communicatio*, isto é, comunhão, era capaz de adquirir um significado jurídico, como por exemplo, quando marido e mulher ou pai e filho, ao se amarem intensamente, podiam vir a ser considerados como uma mesma pessoa em certos aspectos do direito. Esta mesma ideia de comunhão está pressuposta também na base do direito de representação (*representatio*). Assim, verifica-se que o amor é capaz de instaurar diversas unidades com relevância jurídica.

O amor é representado como uma afeição geral e universal, do mesmo modo que um princípio de unidade que une todos os seres e os insere em uma ordem. Além do amor universal, Tomás de Aquino também se refere ao amor concreto entre duas pessoas que chamou de amizade, que segundo autor, constitui “o vínculo que estrutura internamente os núcleos mais concretos de sociabilidade: a família, a cidade, o grupo profissional, as comunidades locais”. O amor é expresso como uma “inclinação geral e virtuosa dos homens para viver em sociedade (*affectio societatis*); a amizade, por sua vez, especifica esta união entre os homens para estabelecer um conjunto de vínculos concretos que são diferentes uns dos outros e que, acima de tudo, estão submetidos a uma hierarquia”.

Hespanha destaca que desde o renascimento, no debate acerca da dignidade dos saberes, o direito é colocado em oposição à literatura, especialmente à poesia. A raiz deste antagonismo estaria, de um lado, na ambição criativa da literatura e, de outro, “a vocação dos juristas para o exercício continuado da memória, essa obstinada predisposição para a recapitulação incessante de coisas já sabidas”. O autor identifica que há nos textos clássicos, acerca das qualidades dos juristas e das características de seu saber, uma “insistência no caráter rememorativo e reconstutivo da *ars iuris*: no coração da jurisprudência agregaria uma atividade de reconhecimento

a partir do qual se desprenderiam as técnicas jurídicas de reconstrução. ‘*luris prudentia est humanarum atque divinarum rerum notitia*’, sabemos por Ulpiano (D. 1.1.10,2), que, por adição, o termo *notitia* alude tecnicamente à recapitulação de um saber já estabelecido”.

Atualmente, o estudo do direito, segundo Hespanha, segue pejorativamente associado com a memorização, pela sensatez, domínio de si e impassibilidade que são considerados qualidades formativas do espírito do jurista. Tais características seriam responsáveis pela formação de um espírito, pouco criativo e “orgulhosamente anti-imaginativo”.

Para o autor, o jurista e o juiz são obrigados a “se limitar, por uma questão de princípio, à tarefa de reconstrução da ordem que previamente conheceu”. Eles estão impossibilitados de criar uma nova ordem. Assim, exige-se deles a eliminação de qualquer manifestação afetiva, se tornando imunes ao afeto e se apresentando, desse modo, como “velho, austero, grave, digno, veste-se de preto e move pouco seu corpo”.

O autor coloca a seguinte questão: “Não há a possibilidade de que, dentro dos limites fechados por esta atividade reconstitutiva do juiz, se tirasse proveito da função heurística do amor, uma vez que desta inclinação fazia-se o bem e, portanto, fazia-se a verdade?”. Segunda aponta, o próprio São Tomás coloca, ao lado da via intelectual de acesso ao conhecimento, outras vias complementares, e entre elas, justamente, encontra-se a do conhecimento afetivo. Mas adverte que este conhecimento, dominado pela afetividade, não pode ser aplicado em relação à justiça. Esta interdição tem naturalmente proximidade com o amor e pode ser explicada da seguinte maneira: “se o jurista apreendesse afetivamente as relações humanas que deve executar, então estaria na prática instituindo uma nova ordem”. Assim procedendo, o jurista e o juiz estariam fazendo sua própria justiça (*lacere iustitiam suam*), e substituindo a ordem, instaurada pela própria natureza das relações objetivas (*communicatio*), por outra baseada numa relação particular do juiz com a causa ou com alguma das partes no processo.

Conclui o autor, que “a única forma, então, de evitar esta perversa recomposição da ordem mediante o compromisso afetivo do jurista justamente

exigiria que este compromisso fosse universalizável. Isto é, que a afeição que orientara o conhecimento resultaria ao final em uma afeição pelo Todo, pelo Bem; que se tratasse de uma comunicação amorosa com a Ordem do mundo em seu conjunto. Em uma palavra, que terminaria por disputar o amor de Deus ou seu reflexo no amor do próximo: a caridade. E isto explica o fato de que, entre as virtudes do jurista, a religião, a bondade e a caridade ocupam lugares tão fundamentais”.

Segundo Hespanha, ao juiz é imposto o dever de amor geral que é incapaz de lesionar a justiça comutativa, mas diante de um caso concreto não poderia expressar qualquer afetividade particular para não macular a justiça. A correlação entre justiça e amor geral, recebeu então a denominação de *amor iustitiae*: “As paixões ou amores particulares, ao contrário, terminam configurando-se como formas de subversão do amor geral. São manifestações mórbidas que agredem a justiça. Ainda mais, todavia: constituem repetições perturbadoras do ato criador da graça. Em razão disso, o amor particular – como o ódio particular – deve ser proibido, gerando-se aqui uma interessante discussão sobre o alcance concreto, casuístico, na práxis deste debate: pode, por exemplo, receber o juiz presentes dos amigos? E dos parentes? Podem ser os amigos testemunhas? Pois somente diz respeito àqueles casos nos quais se dá uma situação de equivalência de soluções do ponto de vista da justiça – isto é, somente quando a justiça está já de fato cumprida – este amor particular pode resultar irrelevante: somente neste âmbito, que é mais de graça do que de justiça, pode talvez o juiz tomar em consideração o afeto perante o particular e elucubrar sobre a máxima *in dubio pro amico*”.

O autor conclui que “estes princípios e estas discussões sobre o amor e os juristas traçam um caminho que vai, nos finais do XVIII e durante o XIX, até o terreno do direito e da política do Estado. O amor particular restará definitivamente proscrito nos novos espaços. Mas o problema repousa nesta última condenação que arrasta consigo o próprio amor geral, isto é, que arrasta, por sua vez, também, toda esta velha e complexa consciência sentimental do jurista que não sabemos muito bem se está, nestes últimos tempos, renascendo”.