

O Amor Que Resta no Direito: Experiências para Além da Modernidade Abissal¹

The Love Left in Law: Experiences Beyond The Abyssal Modernity

Arthur Barretto de Almeida Costa²

Resumo: Identificamos algumas das características problemáticas da modernidade, em especial legalismo e voluntarismo, e, partindo daí, trabalhamos a noção de amor como promotora da superação de alguns desses paradoxos. Primeiramente lançamos mão da análise do amor na teoria política medieval, usando de São Tomás de Aquino. Posteriormente, trabalhamos as propostas de união entre amor e direito, de Bankowski; e o amor como reconhecimento, de Honneth, baseando-nos nas noções de Mitologias Jurídicas, de Paolo Grossi, e Pensamento Abissal, de Boaventura de Souza Santos.

Palavras-Chave: Amor; Mitologias Jurídicas; Pensamento Abissal; Reconhecimento; Modernidade.

Abstract: *We look at some problematic characteristics of modernity, specially legalism and voluntarism, and, from that, we use the notion of love as a tool for promoting the overruling of some of these paradoxes. Firstly, we analyze the concept of love in the medieval political theory, according to Tomas de Aquino. Then, we work with some proposals for creating a dialog law and love: from Bankowski, the union between them; and from Honneth, love and recognition; always keeping in mind the concept of jurisprudence mythologies, from Paolo Grossi, and the idea of Abyssal Thinking, from Boaventura de Souza Santos.*

Key Words: *Love; Jurisprudence Mythologies; Abyssal Thinking; Recognition; Modernity.*

¹ Agradeço ao professor Ricardo Sontag e ao Grupo de Estudos em História da Cultura Jurídica da UFMG pelas proveitosas e inspiradoras discussões, bem como ao João Vítor de Freitas Moreira por me apresentar e estimular a leitura de Honneth e Bankowski.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em História da Cultura Jurídica (FDUFMG). E-mail: arthurbarretto@oi.com.br.

É manifesto que todo e qualquer agente pratica todas suas ações por amor
(São Tomás de Aquino, Suma Teológica, Iª IIª parte, q. 28, art. 6)

1 – Introdução

A obra que ilustra a capa da Revista do CAAP, *O três de maio de 1808*, do pintor espanhol Francisco José de Goya y Lucientes, é repleta de significados históricos, políticos e culturais, evocando prospectivamente alguns dos fantasmas que assombram o presente do direito. Ela retrata o momento em que as tropas francesas, sob o comando de Napoleão Bonaparte, fuzilam parte da população madrilenha, a qual no dia anterior se sublevara contra os invasores que obrigavam alguns dos integrantes da família real a saírem da cidade, agora sob o domínio francês. Esse fato se insere em um fluxo de mudanças que soprava forte por toda a Europa desde pelo menos 50 anos antes, com mudanças radicais no papel do poder político e do direito, derrubando algumas das mais altivas estruturas sociais do ocidente; tratava-se do parto doloroso e sanguinolento de um novo modelo de sociedade, uma nova compreensão da política, uma forma nova de se ver o indivíduo.

No quadro, os soldados franceses formam um bloco monolítico e impessoal, no qual sequer os misterioso – talvez inexistentes - rostos de seus componentes podem ser divisados. Do conjunto pintado com cores frias saem ameaçadoras baionetas, que se projetam contra a população horrorizada. Do outro lado, no qual incide a luz, está no primeiro plano um homem em postura de martírio, com as mãos portando as chagas de Cristo, como que aceitando o seu destino, reconhecendo que defendia uma ordem que já não mais se sustentava: estava na linha de frente de uma causa perdida, aguardando a morte certa não de seu corpo, mas de seu tempo. Os outros populares que se encontram do lado tampam seus rostos, incrédulos com os fatos que ali se passam, sobre uma pilha de corpos anonimamente justapostos numa massa informe, dos quais brota sangue: o silêncio grassa e a visão silencia quando a indizibilidade do incompreensível se manifesta. O horror da violência está gravado no rosto do segundo mártir, que olha suplicante e impotente para os soldados franceses, enquanto que ao lado dele se prostra humilde e resignado um monge tonsurado, solitário representante de uma igreja que também lentamente caía aos pés do poder estatal. Mergulhada na indiferença da noite escura, a cidade dorme ao fundo, inerte perante o turbilhão dos acontecimentos em meio ao qual vai nascendo da violência o poder do Estado Moderno.

Também é significativo o fato de que o poder está nas mãos justamente dos franceses, os revolucionários republicanos que, mediante os eventos que se desenrolavam a partir de

1789, levam ao seu termo final as mudanças que lenta, porém inexoravelmente, tomavam a Europa. Não poderia ser senão pela guerra impessoal que um novo poder, verdadeiro *leviatã*, viria a se impor perante o mundo.

Este trabalho pretende mostrar como a Modernidade, surgida do iluminismo e encarada como um período exclusivo de conquistas e de desenvolvimentos, na verdade encerra uma série de contradições e de aporias; mas não se trata, evidentemente, de romantizar o período anterior a esta (nossa) época. Aquele, em que se legitimavam desigualdades a partir do nascimento, e se dava uma liberdade de ação bastante reduzida a uma estonteante miríade de agentes sociais estritamente localizados, também encerrava seus próprios dilemas. Como afirma Paolo Grossi, quando discorrendo sobre o papel do historiador do direito, o que importa na fascinante operação de se debruçar sobre o passado é conduzir os fenômenos à sua verdadeira dimensão, nem *mitologizados* nem demonizados, mas concebidos em sua verdadeira conformação: aquela daqueles que os experienciaram em toda a sua complexidade fática, repleta das contradições próprias daquilo que é fundamentalmente humano, sem as reduções propagandísticas que com frequência se fazem para legitimar determinadas práticas e interesses políticos.

Para efetivar nosso intento, utilizaremos como fio condutor a noção de *amor*. A princípio parecendo ser uma ideia de caráter eminentemente privado, separada indelevelmente do campo do direito e da justiça, o amor foi, no passado, um importante elemento para a compreensão da sociedade e do mundo que a rodeava, informando os modos de criação e de aplicação do direito. Essa perspectiva se perdeu na cortante marcha do tempo, mas na contemporaneidade, parece estar sendo resgatada por alguns autores como possuindo um papel não-desprezível na constituição do direito enquanto tal, e não como mero princípio externo ou como forma de olhar para o jurídico sem transformá-lo de dentro. De fato, o amor pode ser ínsito ao direito, e não mera externalidade dele apartado, da mesma forma que o sentimento, e até mesmo a pessoalidade, se encontram distantes daqueles soldados franceses do quadro de Goya.

Afinal, como diz Zenon BANKOWSKI (2007, p. 73), “Se você entendesse as aspirações por trás da regra, veria que a letra da regra não tinha que ser seguida a qualquer custo. Regras existem para ajudar a entender, e podem ser reformuladas à luz do aprendizado que elas proporcionam”. O direito não precisa ser cumprido porque tem baionetas nas mãos e vendas nos rostos: ele “viveu e vive (...) fora dos trilhos constringentes do chamado direito oficial; consequência inevitável de não ser dimensão do poder e do Estado, mas sim da sociedade na sua globalidade” (GROSSI, 2007, p. 67).

2 – O Amor dos pré-modernos

Os sentimentos não se constituem como entidades meramente biológicas, mas da mesma forma que tudo aquilo que é humano, também se encontram inseridos no devir histórico e variam conforme as culturas. Assim, emoções que parecem pertencer naturalmente a determinadas esferas da vida, ou que aparentam guardar estreitas relações ou largas distâncias com outros sentires podem, de fato, se organizar de forma profundamente diferente em outras épocas e lugares. Esse é o caso do amor, o qual, no período do Antigo Regime e do Medievo, se colocava bem mais próximo da política e, por consequência, do direito, fazendo parte das preocupações do jurista, coisa que seria quase impensável nos dias de hoje.

As concepções conservadas nesses períodos pretéritos encontram boa parte de sua sistematização da poderosa síntese de Tomás de Aquino, a *Suma Teológica* (AQUINO, 1273), a qual, na esteira de HESPANHA (2010), será tomada como referência.

No pensamento tomista, o amor é encarado como um apetite, ou seja, como um desejo da alma que se orienta para um objeto que lhe é extrínseco, no caso, ao bem. Nesse sentido, toda ação, como expresso na epígrafe desse trabalho, fundamenta-se no amor na medida em que se dirige a um dado objeto que é considerado pelo amante como algo de bom; ainda que em uma perspectiva geral aquilo que é desejado cause mal àquele que o quer, será considerado por este como positivo, ao menos momentaneamente, na medida em que o agrada, a despeito do mal futuro não considerado. O doutor angélico ainda faz uma distinção entre amor de amizade e o de concupiscência: o primeiro seria aquele por meio do qual se deseja o bem de uma determinada pessoa por si mesma, sem finalidades a ela alheias, sendo por isso mais sublime, ao passo que a segunda espécie faz referência ao desejar algo para si próprio, sem necessariamente ter em conta as vontades dos outros.

Ao contrário do que se colocava na filosofia estoica, São Tomás não coloca as paixões em um polo negativo, em que elas se oporiam à razão; pelo contrário, elas seriam tendências da alma, que, por se inserir numa ordem, a qual é em última instância boa, se orientariam para uma finalidade igualmente positiva. E o homem teria por fim último a Deus, o qual é encarado como Sumo Bem, ponto fulcral de toda uma realidade ordenada e hierarquizada sobre o fundamento amor. E justamente pela caridade – a qual é devida como sendo o amor de Deus – que Jesus realiza o sacrifício supremo descrito nos relatos evangélicos, de sofrer como homem, humilhando-se e morrendo, para salvar aqueles que não o merecem: assim, a própria história humana, nessa perspectiva, é profundamente marcada por um evento em que a

consideração pelo outro supera o sentimento de autopreservação, de um amor que se dirige ao outro pelo mero fato de ser, e não por qualquer atitude de merecimento ou de grandeza: *graça*, no sentido mais profundo do termo: descentramento de si tão radical a ponto de induzir uma pulsão orientada para a autodestruição tendo como objetivo o bem daqueles que negam o próprio sentido e grandeza desse sacrifício.

Cumpra ainda acrescentar que na mentalidade pré-moderna, determinadas distinções, como aquelas entre pessoas e coisas, não se apresentam da mesma forma, e não se encontram tão marcadas como na sociedade contemporânea; a Criação, entendida como una, constitui uma harmonia total que se baseia nas atrações entre os diferentes entes, ou seja, no amor que uns sentem pelos outros. E não se trata apenas de pessoas, mas também de seres que hoje seriam considerados inanimados: é possível mencionar que os corpos amam o repouso, por exemplo¹.

Também é mencionado, no pensar do medievo, que o amor de uns pelos outros pode ser tão forte a ponto de gerar uma *conaturalidade*, ou seja, que em um certo sentido, determinadas pessoas se tornam uma só pelo fato de se amarem: o casal, a família, o conjunto dos súditos, etc. Daí de se falar que Cristo é a cabeça da qual o corpo é a Igreja, a qual se forma não por meio de uma mera instituição voluntarista, mas como unidade entre os fiéis, que, por se amarem enquanto irmãos, e por amarem a Deus e por ele serem amados, fazem-se unos nela. Essa metáfora corporativa terá vida longa na história do ocidente, sendo famosa a sua representação no frontispício do *Leviathan*, a obra maior de Thomas Hobbes. Dessa forma, nas palavras de HESPANHA (2010), o amor seria o próprio “cimento” que sustenta a realidade social; dessa maneira, ele constituiria a ordem sobre a qual o próprio modo de funcionamento das coisas operaria.

O conjunto dessas concepções não poderia deixar de afetar a política e, evidentemente, o próprio direito. De fato, a posição do rei na sociedade é encarada como metáfora da própria posição que o Cristo exerce na perspectiva do universo como um todo: o monarca é visto como a cabeça de um corpo que é composto pelos cidadãos, pelas *repúblicas* particulares. A sua principal função, ao contrário do que ocorre na sociedade moderna, não estava calcada no artifício da tripartição dos poderes, mas tinha principalmente a orientação da administração da justiça; ou seja, no contexto de uma concepção da coletividade enquanto uma determinada organização estamentária, o que importaria seria efetivar o “dar a cada um o que é seu”, na

¹ Essa atribuição de caracteres que hoje seriam considerados apenas humanos geram algumas situações curiosas, como o fato de se dizer que o leão teria um “império” sobre todos os outros animais, ou que a água o possuiria com relação às outras aves.

clássica definição romana do que seria a justiça. O soberano² tinha seu papel bem próximo ao de um pai bondoso, o qual deve orientar os seus filhos, perdoados ou castigando-os conforme fosse a conveniência.

No entanto, nem sempre esse sistema funcionava com plena satisfação, exigindo alguns ajustes. Um clássico problema apresentado era a possibilidade de um rei autoritário, o qual escaparia às suas funções, passando a trabalhar apenas em causa própria, oprimindo os seus súditos. Na visão sobretudo da assim chamada segunda escolástica, consubstanciada na perspectiva do teólogo e filósofo Luíz Suáres, o tiranicídio, ou seja, a eliminação física do governante transgressor, era colocada como uma alternativa disponível aos súditos, já que o compromisso do monarca com a população estaria quebrado, ou seja, a ordem do amor teria sucumbido, de modo que o débito com relação ao rei não mais se verificaria.

Em Portugal, essa reflexão teórica não chegou a atingir efetivação plena, mas foi modelo do comportamento político na era moderna. Com efeito, a partir de 1580, a coroa lusa encontrava-se unida à espanhola, mas a situação de Portugal era vista como de desprestígio e de subalternidade. A restauração portuguesa, em 1640, sob o comando de Dom João IV, sustentava-se nesses fundamentos, de quebra dos deveres de Madrid para com os súditos do extremo oeste da península; dessa maneira, a cultura política desenvolvida às margens do Tejo levava a sério esse compromisso: passa a ser possível falar nas revoltas coloniais como mecanismo rotineiro e quase que institucionalizado de expressão da insatisfação com relação aos representantes do soberano, os quais também tinham um dever de bondade e de amor paternal. Assim, a atitude de Pedro Miguel de Almeida Portugal, Conde de Assumar e último governante da Capitania de São Paulo e Minas de Ouro, de não respeitar os devidos trâmites processuais e executar sumariamente um homem branco na assim chamada “Revolta de Filipe dos Santos” foi vista com maus olhos na metrópole e lhe causou sérios entraves na carreira pela administração portuguesa.

Na esteira dessa concepção do papel das estruturas administrativas como efetivação da justiça de um pai bondoso, o próprio papel do direito era profundamente ressignificado com relação ao atual. O mundo do jurídico era tratado como uma ordem fundamentalmente racional, a qual emergia da própria realidade fundada no amor, e se baseava em textos – as

² Numa situação dessas, a própria ideia de soberania apresenta-se bastante alterada. Como Pietro COSTA (2010) ressalta, tal conceito não se refere, como no presente, a um poder apartado da sociedade e que se absolutiza na medida em que é capaz de atuar sobre a coletividade sem ser passível de resistência. Pelo contrário, no medievo, se está a falar de uma *superioridade* em relação a outros indivíduos, ou seja, trata-se de uma diferença entre membros de um mesmo contexto, integrantes da mesma ordem: um é soberano em relação a outro, mas pode não sê-lo quando se toma como referência um terceiro.

Sagradas Escrituras e o Digesto – cuja coerência e preeminência eram concebidas como inerentes, devendo ser explicitadas pelos juristas e teólogos por meio do *interpretatio*³.

Havia uma atenção maior à adequação das normas à realidade, e não uma valorização apriorística de juízos abstratos aplicáveis a qualquer custo. O direito, o qual partia da realidade, era formado então por uma série de ordens diferentes as quais se buscava harmonizar: o *ius commune*, os direitos locais, o próprios direitos municipais (aqueles dos diferentes reinos), dentre outros. Da multiplicidade da realidade nascia um direito igualmente diverso em seus particularismos, mas mantendo a referência à ordem una. E, da mesma forma, os julgamentos eram orientados em grande medida pela equidade – entendida como “a justiça no caso concreto” -, o que implicava a preponderância do casuísmo e conferia grande poder aos magistrados.

Um dos contextos que explicitam mais dramaticamente o papel exercido pelo amor no direito é a *graça*. Trata-se do poder que o rei possuía para perdoar ou comutar penas: ele era entendido como expressão da misericórdia e amor reais, em que, a despeito das graves penas impostas pelos regulamentos emitidos pelos mais diversos ramos do mundo jurídico, e ainda que o réu tivesse se mostrado passível de imputação, o rei, afastando a aplicação do direito natural como que pelo mesmo efeito com que Deus afastava a lei da natureza para operar milagres (HESPANHA, 2006; SILVA, 2011), liberava o súdito, gerando um débito de gratidão e amor, o qual era eterno na medida em que a misericórdia real era imerecida⁴. Esse expediente era tão comum que se poderia dizer que, em muitos momentos, o próprio perdão funcionava como se fosse a regra (HESPANHA, 1993; HESPANHA, 2015); no entanto, ele era mantido como exceção, ao menos no plano teórico, para que o papel do rei como bondoso fosse exercido com plenitude⁵.

³ A ideia pré-moderna de *interpretatio* diverge da nossa concepção de interpretação. Aquela era vista como um procedimento de revelação da coerência interna de textos elaborados ao longo de vários séculos – tanto a Bíblia como a própria compilação de Justiniano. Criavam-se distinções entre categorias de modo a se explicar dicções à primeira vista díspares, bem como se incorporavam explicações do pensamento grego redescoberto aos problemas que emergiam dos textos fundamentais, conformando mais que uma mera reinterpretção do que se entendia como Direito Romano, mas efetivando uma verdadeira atividade criativa que tornava aquele complexo normativo mais adequado à realidade medieval e da Idade Moderna (SCHIOPPA, 2014).

⁴ Com o fim das concepções típicas do Antigo Regime, mas a manutenção do direito de graça, os juristas e teóricos políticos tiveram de encontrar novos mecanismos para a sua justificação. No caso do Império Brasileiro, por exemplo, já ao final do século XIX, BANDEIRA FILHO (1878) vai recorrer a explicações que, ainda que não estritamente compatíveis com o legalismo oitocentista, já se afastam claramente das concepções setecentistas e anteriores, como a estatuição de que a função da graça seria a de “corrigir erros judiciários”.

⁵ Esse estado de coisas conformava uma “economia das mercês”, ou seja, um sistema de prestações e contraprestações, fossem elas simbólicas, econômicas ou políticas, entre o rei e os seus súditos, num processo análogo ao que MAUSS (2003) compreendia como a economia do dom ou da dádiva. Assim, a sociedade se tornava um emaranhado de créditos simbólicos tendo por fulcro o rei, máximo distribuidor das mercês e coordenador dos estímulos a serem atribuídos na busca do bem comum.

Assim, a dimensão do amor na teoria política que imperou ao longo de quase mil anos no ocidente era central: tratava-se de uma ordem que se fundava no amor, sendo ambos visceralmente racionais e orientados para o Bem, assumindo-se com isso uma perspectiva teológica; além disso, a própria função do monarca e de seus funcionários era conjugada com o amor que uns sentiam pelos outros: de fato, ao menos idealmente, toda a sociedade estaria imersa no amor, que não seria apenas um sentimento que se teria para com o outro, mas, mais que isso, um princípio de ação e um modo de encarar o lugar de cada um na sociedade e na configuração da Criação, permeando todas as relações sociais e fundamentando-as.

3 – O Direito da Modernidade

A Idade Moderna assiste à lenta derrubada da ordem medieval e à paulatina emergência de uma nova forma de organizar a sociedade e, por extensão, o direito. Uma das mais claras expressões dessas alterações ocorre na compreensão do papel do príncipe: de mero expectador do processo nomogênico, o monarca passa a se mover pouco a pouco rumo ao centro da produção legislativa, passando a emitir cada vez mais comandos com pretensão de imposição coativa e auto-aplicabilidade. Esse caminho, evidentemente, não é linear, guardando diversos recuos, hesitações e falhas, mas que desembocarão, no final do século XVIII e no início do XIX, na afirmação do Estado como solitário detentor da faculdade de criação do direito; simultaneamente, este deixa de ser uma expressão da realidade social, e se torna objetificação da vontade do ente detentor da soberania política.

Mostra dessa virada fundamental é o surgimento das assim chamadas *normas de polícia*⁶, ou seja, de regulamentos emitidos pelo poder central os quais se imiscuíam em campos da vida os quais não compunham a mera administração da justiça, mas implicavam uma clara intenção de efetivar uma dada concepção de sociedade. Assim, surge a regulação da economia, a intromissão do Estado no campo da educação e da saúde, dentre outros⁷. Isso, mais que uma mera expansão do poder hegemônico, indica uma mudança na própria compreensão do papel da lei, a qual passa a ser entendida a partir da sua projetualidade: ou seja, ela não é mais composta por camadas superpostas de normatividades sucessivas, nascidas da realidade enquanto vivência histórica, mas passa a emanar de uma vontade

⁶ SUBTIL (2013) lista todas as instituições de polícia existentes em Portugal no final do século XVIII, além de fazer a análise de seu funcionamento.

⁷ Exemplo de regulação da saúde é a Casa Pia de Lisboa, a qual passa a recolher doentes físicos e mentais num impulso de correção de algumas das mazelas sociais (SUBTIL, 2011); já no âmbito da educação, as aulas régias passam a dominar, em detrimento do ensino ministrado pelas ordens religiosas. Inclusive, uma das mais poderosas dentre estas, a dos jesuítas, chega a ser expulsa de Portugal.

soberana a qual tem o poder de intervir na realidade social sem a constrição dos limites impostos pela tradição. O campo do jurídico, portanto, deixa de ser entendido como fazendo referência ao social como um todo e passa a se enquadrar sob o comando estrito e vigilante do político.

Corroborando e expressando essa prática, o critério de que a lei nova sempre suplanta a antiga se afirma como (quase) absoluto nesse mesmo período. Mais que uma mera alteração no modo de solucionar o conflito de normas, essa mudança mostra que o campo do jurídico se funda agora no voluntarismo: na medida em que o direito deriva da vontade do detentor da autoridade, o que valerá é justamente a lei emitida pelo último possuidor da hegemonia, já que não importa mais aquilo que foi estatuído por aqueles que deixaram de ocupar as posições de proeminência. A história e a tradição são suprimidas enquanto instâncias de controle, e o poder político passa a ser limitado apenas pelas eleições – nessa época, censitárias – e pela representação política.

Nesse sentido, ideias caras aos medievais, como o direito adquirido, o qual poderia ser anteposto ao comando real, ou a exigência de conformidade com a racionalidade decantada nos textos fundantes daquela experiência jurídica – a saber, as Escrituras Sagradas e o *corpus iuris civilis* – são deixadas de lado, já que a juridicidade passa a fincar raízes somente na emanção da vontade do possuidor da soberania política. Nesse sentido, há uma redução do direito à lei, simultânea à subsunção absoluta da política no Estado (GROSSI, 2007): conceitos antes relacionados, mas distintos, passam a ser equalizados num ideário do qual ainda hoje se tanta se desvencilhar.

Para que esse movimento se tornasse possível, era necessária a eliminação de todos os assim chamados “corpos intermediários”, como corporações de ofício, casas nobres, ordens religiosas, dentre outras, para que a concepção de vida social passasse a fazer referência apenas ao Estado e ao Indivíduo, enquanto ideias abstratas emanadas de uma razão solipsista. Assim, o que era múltiplo e diverso teria que ser reduzido ao uno, permitindo a sua simplificação e, portanto, a sua apreensão por uma lei geral e abstrata. Algumas medidas permitiram isso, como a extinção dos privilégios mercantis; o fim dos morgados⁸; a progressiva diminuição do tamanho dos mosteiros e ordens religiosas, dentre outras. Ademais, o *ius commune*, que por vários séculos fora tido como parâmetro de razoabilidade da lei, deixa de ser fonte legal, e a interpretação dos juristas mais autorizados (sobretudo Acúrsio e

⁸ Instituto jurídico que vinculava o patrimônio de uma determinada família em uma unidade que seria deixada ao filho mais velho, evitando, portanto, que os bens se dispersassem e o grupo perdesse poder. Alguns dos mais poderosos acabaram ficando famosos e inclusive se transformavam em títulos, como o Morgado de Mateus, que chegou a ser governador de São Paulo.

Bártolo), repleta de distinções, sutilezas e meandros intrincados, difíceis de seguir pelos menos letrados, mas igualmente fáceis de manipular por aqueles treinados nas complexas sendas da educação universitária, são extirpados da positividade do ordenamento, e a sua invocação chega, inclusive, a ser proibida.

O grande empreendimento jurídico que trás à tona a unificação e promove a simplificação e sistematização ao máximo é justamente a codificação (CARONI, 2013). Com ela, as desigualdades deixam de ser expressas na lei para ficarem escondidas nas nebulosas obscuridades do real, enquanto que o âmbito das normas é reservado à imagética de um indivíduo abstrato e sem adjetivações, espelho do legislador racional que edificara a ordem neófito, contendo apenas a predicação dos direitos subjetivos que são antepostos ao “bom pai de família”. No entanto, a desigualdade, que antes aparecia crua e direta no direito – já que este era reflexo, e não programa – não deixa de existir: o sujeito de direito dos códigos tem características muito bem determinadas, sendo burguês – o que fica mais claro ainda com a existência do voto censitário e o caráter extremamente patrimonialista do código -, branco, europeu, etc.

Para que o código obtivesse sucesso, era fundamental que não houvesse possibilidade de existência fora de sua regulamentação. Assim, não é mais possível que se pense em escapar da lógica mercantil promovida pelo Estado: com a conferência de capacidade jurídica a todos, como afirma CARONI (2013), também vem a reboque a necessidade de se enquadrar na lógica capitalista de mercantilização da propriedade, da força de trabalho, e de quase todos os bens da vida. Esse processo se efetiva por meio da destruição dos direitos locais e da extinção do pluralismo jurídico: agora, toda a normatividade deveria se restringir à legalidade redutora.

Nesse novo campo, o papel do jurista é menoscabado, já que não se trata mais de produzir a harmonia entre conjuntos normativos distintos, preservando a racionalidade que deles é pressuposto: o que passa a importar é a imposição mecânica de uma série de enunciados fechados, ou seja, a aplicação do direito se converte em materialização de um ato de poder incontestável, e a normatividade das regras se torna inexpugnável no castelo do poder justamente por meio da fria lógica contida no duplo movimento da derivação da norma a partir do regramento superior e da subsunção do fato da vida no comando abstrato. SIMON (2008) trabalha com essa mudança por meio da contraposição entre validade formal e validade usual: no primeiro caso, a mera publicação da lei lhe dá força coercitiva, já que cumprida uma série de formalidades requisitadas para a entrada do ato no ordenamento jurídico; no segundo, pré-moderno, é a efetiva incorporação da regra à prática quotidiana que confere a ela a normatividade.

Nesse sentido é que surgirão algumas visões do juiz como mera “boca da lei”, ou seja, como o meio através do qual a vontade positivada do Estado será traduzida em mera particularização silogística no caso concreto; o papel do julgador, portanto, será concebido, pelo menos no início da modernidade⁹, como tudo, menos criativo.

O campo do jurídico, portanto, passa a ser autorreferencial e ter uma pretensão de logicidade não-empírica: ele nasce no Estado, se dirige à sociedade por meio de agentes estatais, se efetiva por meio do exercício do poder do Estado; a participação da população passa a se dar meramente no campo da política, por meio da representação, e os agentes eleitos é que se encarregarão de produzir efetivamente o direito, contra o qual não caberá contestação, alegação de desconhecimento ou de injustiça. O direito passa a ser refratário à moral, ou a um possível controle de racionalidade. E, além disso, a tradição, que constituía um dos processos conformadores do jurídico, controlando o poder político mais do que sendo controlada por ele – ao menos no campo da teoria jurídica – é subtraída, com a já referida estatuição de que apenas a lei mais recente é que vale. Desse modo, a historicidade, a qual implicitamente carregava uma indicação de racionalidade, deixa de possuir relevância jurídica.

Por fim, o direito deixa de lado a ordem do amor, já que a laicização promove uma reordenação do campo do político, o qual passa a ser uma mera estatuição de limites às liberdades dos indivíduos abstratamente concebidos enquanto sujeitos de trocas, na esteira da ascensão do liberalismo e da valorização da propriedade. Essa valorização do geral e do abstrato, associada à estatuição do novo, também abre margem à instituição de uma ideia de progresso impositiva, em que o direito não mais é uma ordem sensível ao particular e específico, mas busca, baseado na ciência concebida enquanto objetividade absoluta, colocar mudanças tidas por um saber absolutizado, seja a Biologia do fim do século XIX, seja a Economia do começo do XXI, como promotoras de um bem-estar abstrato e distanciado.

4- O Amor além da Modernidade Abissal?

⁹ Há que se fazer essa ressalva em virtude das modificações que essas concepções mais radicais vão sofrendo ao longo do tempo. Em alguns períodos mais recentes, o papel do juiz vem crescendo; vide as ideias de que a sentença seria “a lei do caso concreto” e que portanto, dentro de determinadas barreiras impostas pelo ordenamento superior, o magistrado teria poder discricionário para agir do modo como quisesse. Também pode ser citada uma ressignificação da ideia de “juiz boca da lei”, que passaria a indicar o fato de que a vontade relevante é apenas aquela do julgador e que, dessa forma, direito é aquilo que os tribunais dizem que é. Essa última visão encontra reflexos na atualidade na subserviência de boa parte da literatura jurídica para com as decisões dos tribunais superiores. Dessa forma, a despeito de torções sensíveis, o que não muda é a identificação do direito com alguma vontade, sua separação da sociedade a que ele é destinado (e não da qual ele nasce, como anteriormente) e a redução do jurista a um mero enunciador de palavras que não são dele e de uma lógica fortuita que não é jurídica ou mesmo da sociedade, e sim do poder dominante.

Como discutido acima, a modernidade se estrutura a partir de um desejo de simplificação e universalização que permite uma cognição e uma intervenção mais facilitadas sobre o real. Esse fato não se verifica apenas no campo das normas, mas também tem amplas consequências na forma de se enxergar o saber como um todo; esse fenômeno é descrito pelo português Boaventura de SOUZA SANTOS (2007) por meio do conceito de *pensamento abissal*.

Esse conceito parte da constatação de que a organização espacial do mundo no início da Idade Moderna¹⁰ é fundada na exclusão, o que se expressa na demarcação de determinadas linhas no interior das quais se determina o que deve ser considerado no ato de produção do conhecimento, e que invisibilizam o que lhes é exterior. O paradigma desse tipo de visão de mundo é justamente o colonialismo, o qual instaura espaços de indiferenciação de populações marginalizadas, sendo um dos mais claros exemplos o caso do Congo Belga, constituído não como uma colônia juridicamente constituída enquanto tal e subordinada ao reino europeu, e sim como uma propriedade particular do Rei Leopoldo (SOUZA SANTOS, 2007).

Esse modo de se enxergar os povos não implica apenas repercussões em sua condição jurídica, mas também gera consequências na própria forma de se encarar a diversidade de saberes (através da sua negação), promovendo uma concepção exclusivista e unitária de conhecimento. Assim, há uma divisão entre o saber válido, a saber, a Ciência, e o saber inválido, inverificável ou menos nobre, qual seja, a Teologia e a Filosofia. Essa cisão, no entanto, ao mesmo tempo em que classifica, exclui, por deixar de levar em conta uma ampla gama de conhecimentos tradicionais e indígenas, que nascem no seio de determinadas comunidades com a vocação de resolver com eficiência certos questionamentos práticos que se lhes colocam, e de organizar o mundo de uma forma diferente daquela apresentada no ocidente. Essas maneiras alternativas de acessar e operacionalizar a realidade não são compreendidas como possuindo uma natureza semelhante àquela dos saberes superiores, mas são encaradas como meras credices ou consequências da inocência daquelas que as adotam.

O saber normativo sofre desse mesmo mal de indiferença, tanto numa perspectiva interna quanto numa externa: pela primeira, torna-se refratário ao reconhecimento do pluralismo jurídico e das juridicidades alternativas àquela promovida pelo Estado; enquanto que, pela segunda, se torna subserviente da ciência e ignorante dos saberes tradicionais quando necessita de utilizar de respostas processuais aos problemas que lhe são apresentados.

¹⁰ Colocada pelo autor como tendo se iniciado no século XVI, e não como a modernidade jurídica que trabalhamos mais acima e que começa no século XIX

Algumas fissuras têm se apresentado quanto ao reconhecimento da diversidade de ordens jurídicas, mas a maioria em nações ou não-ocidentais, ou periféricas. Podem ser citados os casos dos povos indígenas chilenos (CALDERA, 2009), ou então o Estado Plurinacional boliviano, e os tribunais de direito islâmico da Nigéria. Assim, a tendência geral ao pensamento abissal não se apresenta superada. O mesmo pode se dizer quanto à incorporação de racionalidades não científicas: muito embora haja, por exemplo, o caso da incorporação na justiça de transição colombiana de práticas tradicionais e místicas de reparação (GONZÁLES, 2011), o que persiste é a situação oposta de sobrevalorização e de quase sacralização da ciência, como o mencionado por LOPES JÚNIOR (2014) sobre a quase inquestionabilidade da perícia no processo penal, com base no fato de ela ser emanada pelos detentores da autoridade científica¹¹.

O direito, enquanto conhecimento, já que calcado na compreensão e apreensão da realidade, encontra-se, portanto, preso à lógica da exclusão¹². A seguir, buscaremos analisar, por meio da obra de dois autores (Zenon Bankowski e Axel Honneth) como a dimensão política do amor, já que estruturada no reconhecimento e na incorporação do outro em sua diversidade, fundado na irredutibilidade da alteridade e, portanto, propenso a ultrapassar o pendore moderno pela simplificação racionalista, pode exercer um papel transformador no universo das leis.

4.1 – Zenon Bankowski e o Amor inerente ao Direito.

A grande questão que se coloca o jurista polonês Zenon Bankowski em sua obra *vivendo plenamente a lei* (no original, *living lawfully*) é: o que significa, dos pontos de vista simbólico e moral, viver uma vida a partir do direito e dos caminhos que ele indica?

¹¹ Uma das situações em que essa sobrevalorização se evidencia com maior clareza é justamente na da biopirataria e no direito patentário. Muitas vezes, o que ocorre é que um dado produto é utilizado de forma milenar por uma dada tribo, e pesquisadores ocidentais, ao verificar a prática nativa, se dão ao trabalho de simplesmente se fazer valer daquele conhecimento, traduzindo-o para termos científicos através de técnicas adequadas, e auferindo lucros através do patenteamento daquelas tecnologias. O Direito tem dificuldades para lidar com essas situações, vez que é incapaz de transpor a relativa incomunicabilidade de suas categorias basilares, como a de pessoa, propriedade, direitos subjetivos, dentre outras, para uma cultura diversa e estruturada em bases comunitárias. Essas questões são muito bem descritas por FERES e MOREIRA (2014).

¹² Ressalte-se aqui que o rompimento com o pensamento abissal não implica defender ou abraçar a irracionalidade, mas justamente procurar o que SOUZA SANTOS (2007) chama de *ecologia de saberes*, ou seja, uma forma de diálogo entre as diversas formas de se procurar entender a realidade, sem pressupor a superioridade de nenhuma delas; talvez um pouco como outrora vários direitos se imbricavam para abranger a multivocidade da vida. Assim, o que se critica não é a existência da ciência, nem se nega a sua ampla gama de aplicabilidades, mas sim seu cego culto – ele mesmo irracionalista – que invisibiliza a existência de outras formas de conhecimento com aplicabilidade tão elevada quanto, com dimensão identitária e que partem de outras maneiras de ver o mundo, capazes de promover um diálogo que só pode ser enriquecedor.

Na perspectiva daquele autor, uma das grandes características da sociedade moderna é justamente a valorização do legalismo, o qual seria uma atitude deturpada e deletéria perante a normatividade, colocando em risco a própria viabilidade da convivência. Ele se funda em um desejo de segurança e objetividade, o qual busca um direito claro e inarredável, deixando simples a escolha entre o que se deve e o que não se deve fazer: “legalismo é confundir os mínimos deveres do direito com a legalidade e com a totalidade do direito. É dizer que todas as regras podem ser vistas meramente sob o prisma de uma moralidade do dever sem que se observem as razões nelas contidas” (BANKOWSKI, 2007, p. 74).

Essa é a atitude de Alicia Forrick, protagonista do seriado *The Good Wife* (SCOTT; MACDOUGALL; ZUCKER, 2009). Sua justificativa para adentrar na carreira jurídica é justamente o fato de que ela lhe forneceria respostas diretas e simples para os dilemas morais, permitindo agir com mais segurança e evitando uma série de problemas. Essa certeza, no entanto, vai sendo abalada com o delongar da série: o envolvimento de seu marido com a política acaba por colocar uma série de situações nebulosas em que a legalidade não parece fornecer as respostas corretas, ou pior: as respostas juridicamente adequadas aparentam ser moralmente errôneas. Ademais, o fato de seu escritório defender traficantes, e, no futuro, a própria candidatura da protagonista a um alto cargo promovem várias torções nas seguras linhas que demarcavam certo e errado. Aliás, não é fortuito que justamente da política e especialmente da campanha que saiam algumas das mais interessantes ambiguidades da série, já que, sendo âmbito de disputa e de estratégia, o ato de jogar com os limites do legal e as estratégias por trás do exercício de poder colocam em conflito constante moralidade, direito e sentimento interno de justiça. Essas tensões, típicas da vida, mas que Alicia tenta esconder por meio do direito, aqui colocado em sua vertente moderna, de limite ao exercício da liberdade, vão aflorando pouco a pouco, mostrando à personagem que respostas seguras e certeiras não passam de uma confortável ilusão, o que vai, pouco a pouco, moldando o caráter de Alicia.

De acordo com o escritor polonês, essa tentativa de buscar desenfreadamente a segurança é falha justamente na medida em que tenta expurgar toda forma de tensão, uma vez que o mundo, já que diverso e plural, está imerso em conflitos, de modo que a tentativa de obliterá-los não será mais que uma miragem cosmética destinada ao fracasso. Para mostrar isso, ele parte para uma leitura da peça *Antígona* que foge à perspectiva tradicional: o cerne da obra não seria mais uma conflagração entre uma visão de direito atrelada à justiça e uma concepção de juridicidade que abarca apenas a vontade do soberano, e sim uma disjunção entre dois tipos de legalismo. O primeiro, representado por Creonte, é aquele que localiza o jurídico apenas no campo do voluntarismo, ignorando até mesmo o sofrimento de uma família

– a sua própria, inclusive – para impor um determinado modo de regulação. Antígona, por sua vez, estaria vinculada a uma estrita legalidade dos deuses, deixando de lado a situação concreta do irmão que traía a cidade, e de fato deveria ser de alguma forma punido. Ambos deixam de lado o diálogo e a possibilidade de soluções de compromisso para se aferrarem às respostas simplistas derivadas dos sistemas normativos de que se consideravam os únicos intérpretes autorizados; essa falta de comunicação resultará em tragédia, com a morte de Antígona e de seu noivo, filho de Creonte.

Para Bankowski, essa parábola representa a impossibilidade de se pensar o direito de maneira estanque – vale dizer, divorciado de sua historicidade e longe do seio da sociedade que o gesta, lembrando aqui Paolo Grossi -, mas que se deve, em lugar disso, aceitar a natural complexidade da vida, a qual é indissociável do momento inefável da aplicação, em que o geral se torna particular. Mas essa particularização não é, e não pode ser tratada como se fosse meramente mecânica, mas tem uma dimensão criativa importantíssima, já que as regras não são autoaplicáveis, mas só dizem o que quer que seja caso alguém diga junto com – por vezes no lugar de – elas, a partir de uma realidade fática bastante concreta.

O autor polonês identifica com o amor a possibilidade de que esse momento de efetividade das normas não seja um mero ato de poder, de atualização de uma vontade exercida no passado por um Estado que se funda na violência, mas um ato baseado na fundamental identificação de um ser humano com outro, em que ambos se reconhecem em suas respectivas vulnerabilidades e buscam, respeitando o irredutível mistério da diferença, transformar a letra fria da lei em um ato que possua significado não apenas estatal, mas também social e, sobretudo, moral. Isso ocorre pois se compreende que as normas não terminam em sua mera literalidade, mas guardam um significado, que está relacionado à sua criação, mas, mais que isso, possuem uma aspiração que as transcende. A captação dessa dimensão da normatividade não pode, todavia, prescindir da lógica própria e autônoma do direito, sob pena de sucumbir justamente à discricionariedade e à falta de segurança. Dessa forma, a transcendência da norma exige uma vivência vinculada ao direito (*living lawfully*), no seio da qual se possa atingir uma aplicação da normatividade que a considere em suas aspirações abstratas sem deixar em conta as particularidades do caso concreto.

Nesse ponto é que se atinge o cerne do pensamento de Bankowski: não há de se escolher entre amor e direito, mas sim incorporar o primeiro ao segundo, aplicando sobre ele o pensamento jurídico, simultaneamente à promoção de uma transformação radical no próprio direito. Trata-se de uma operação arriscada, e que não é livre de dificuldades, mas a questão em que o jurista polonês insiste é justamente que a simplificação que o legalismo promove,

criando um mundo normativo próprio, mas desprovido de vivacidade, é prenhe de riscos de injustiça. É nesse sentido que amor e direito não devem ser reduzidos um ao outro, mas ser colocados em permanente tensão, já que é justamente a partir desta - da qual a modernidade tem tanto horror, por sinal - que a força criativa pode ser extraída.

O pensamento abissal cinde amor e direito na busca de uma utópica racionalidade que, ao tentar se depurar de questões “extrajurídicas”, acaba perdendo seu poder explicativo e se descolando da realidade: o importante aqui, portanto, na visão de Bankowski, é instilar amor no legalismo para que este se transforme em legalidade. Nem mera introdução da compaixão nas normas, pois isto as destruiria, na medida em que elas, ao perderem seu caráter universalizável, deixariam para trás sua própria razão de ser, nem a simples normatização do amor, já que este perderia a espontaneidade que o define.

Essa instituição do amor faz com que a regra não seja recebida mecanicamente, tratada a partir de uma mera visão técnica, o que implicaria em vê-la como fruto de uma vontade e, mais que isso, como heteronomia.

Quando bem-compreendido, tanto o direito como a moral possuem tensões estruturais entre autonomia e heteronomia. A questão que se deve indagar é “como podem essas tensões ser articuladas”. Nesse sentido, direito e moral não são conceitualmente distintos, e o modo como organizamos normativamente nossas vidas não é uma mistura de ambos. A ideia de viver retamente pode abarcar diversos sistemas institucionais, os quais serão uma mistura de autonomia e heteronomia, de direito e amor, de certeza e incerteza e de normativismo e antinormatividade. Quando lidamos com o direito, portanto, devemos compreender a relação entre autonomia e heteronomia como algo que lhe é interno. O problema não é resolvido inserindo-se a autonomia em outra moldura normativa e conceitual, mesmo que esta seja considerada complementar. (BANKOWSKI, 2007, p. 150)

Assim, fica claro que não é possível ver a divisão entre direito e moral como aquela entre heteronomia e autonomia. Isso é perceptível inclusive pela própria história do direito, como foi discutido acima, já que, antes da modernidade, a normatividade se fundava sobre a própria realidade, o modo como a vida em si corria: no próprio agir dos indivíduos. Isso implica uma apropriação dos regramentos pelos próprios sujeitos morais, que não se submetem acriticamente às imposições de um agente externo, mas sobre elas agem de modo criador. Não é uma criação demiúrgica, livre de quaisquer amarras, já que isso implicaria o esfacelamento das constrições jurídicas enquanto tais: já que “a única coisa que diferencia as regras jurídicas das demais é a sua especial institucionalização” (BANKOWSKI, 2007, p. 49), essa localização institucional deve ser cultivada para que o direito possa funcionar em sua plena efetividade; isso significa que é fundamental considerar um comprometimento com a história institucional de cumprimento ou de superação da regra, de modo que ela só seja

“derrotável”, nos termos do autor polonês, a partir de critérios universalizáveis e considerando o peso do direito como um fator relevante, fundando-se a sua superação em um ato de amor informado e comprometido com a própria lógica de um jurídico transmutado.

4.2 – Axel Honneth e Jessé Souza: Direito, Amor e Reconhecimento

A internalização do amor por parte do direito, proposta por Bankowski, não é a única maneira de tornar ambos os conceitos estruturalmente relacionados: Axel Honneth, filósofo alemão, insere as duas categorias dentro de um mesmo *continuum*, mantendo-os distintos, em consonância com o projeto da modernidade, mas mostrando as vinculações a eles inerentes.

Em sua obra *luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais* (HONNETH, 2003), o autor parte da concepção hegeliana que identifica o conflito como base das relações sociais, e busca identificar a gênese dessas mesmas disputas, as quais, novamente a partir de Hegel¹³, eclodiriam a partir de experiências de violação do *reconhecimento*. Este é entendido como o modo de relação entre os indivíduos em que cada um percebe o outro, assim como seu modo de vida, como digno de respeito e dotado de um determinado conjunto de características básicas que o habilitam a ser tratado como igual. Essa visão tem duas consequências: simultaneamente todos os sujeitos morais são dotados do mesmo valor, na medida em que se equivalem; e as diferenças fundamentais que eles apresentam entre si não implicam sua descaracterização enquanto seres dignos.

A realidade social, no entanto, na medida em que se constitui como espaço de disputa, não reconhece como moralmente corretas determinadas opções de vida, de modo que alguns sujeitos morais, componentes de grupos sociais específicos, são tratados como inferiores e têm sua subjetividade concebida enquanto deletéria. Já que a experiência do reconhecimento é parte da psique dos indivíduos não como mero desejo, mas enquanto expectativa fundamentalmente entranhada no agir e no esperar das pessoas, o *desrespeito* gera a *vergonha*, sentimento de autoinferiorização calcado na negação da colocação do próprio sujeito como equiparável aos outros. Na perspectiva de Honneth, a essa negação estilhaçadora da subjetividade promove uma quebra da reciprocidade das relações sociais, já que o

¹³ Honneth compreende a filosofia de Hegel como viciada por uma série de pressupostos metafísicos, próprios do período em que foi construída, de modo que não poderia ser transposta para a contemporaneidade como base válida de uma filosofia social séria sem passar por uma série de adaptações. Ele busca então fazer um “controle empírico” das hipóteses daquele filósofo, ou seja, verifica em que medida suas perspectivas são ou não confirmadas pelos estudos da psicologia, da história e das ciências sociais; para trabalhar com a ideia de reconhecimento, atrelada naturalmente a uma série de processos psíquicos, Honneth faz uso do pensamento do psicólogo social George Mead.

reconhecimento só pode ocorrer especularmente, em via dupla, o que implica a emergência, por parte do dominado, de um sentimento reflexo de denegação do outro, o que vai desembocar em uma luta pelo reconhecimento; ou seja, em uma busca pela recuperação dos fragmentos, ou mesmo construção integral, da estima social. Nessa luta, aqueles que passaram pela vivência do desrespeito não só se autoafirmam, como aparecem enquanto sujeitos morais perante os agentes das atitudes negativas: há uma desinvisibilização dos excluídos, já que a própria ação autodignificante coloca a afirmação do outro enquanto um sujeito ativo e capaz, superador da perspectiva desvalorizadora.

O reconhecimento se daria, conforme o filósofo alemão, em três âmbitos: o amor, o direito e a solidariedade, os quais constituem as três faces diversas de um processo sucessivo de valorização intersubjetiva cada vez mais ampla. O *amor* seria a primeira forma de incorporação do indivíduo enquanto igual, já que por meio dele são firmados os laços mais íntimos de cuidado e afeição, sobretudo no círculo familiar, e que colocam o sujeito como merecedor dos cuidados de que necessita; o âmbito do *direito* implica uma ampliação da primeira forma de reconhecimento, já que coloca cada pessoa como sujeito de pretensões legitimamente exigíveis, de modo que é possível a qualquer um se enxergar – e ser visto tanto pelos outros como pelos canais oficiais de poder – como titular de uma série de prerrogativas, ou seja, de padrões coletivamente partilhados de tratamento que lhe é possível cobrar, já que possuidor de uma dignidade inerente. Por fim, a *solidariedade* comporta a estima dada pela sociedade como um todo aos sujeitos pelas suas particularidades: implica justamente o momento desindividualização formadora da identidade pessoal, que torna cada um não uma mera réplica de um arquétipo de agente social, mas alguém dotado de características únicas e passível de valorização; portanto, não em função de um fundamento generalista que confira valor à humanidade enquanto abstração, mas aos projetos, sonhos e dramas individuais de cada um. Aqui desenvolveremos um pouco mais as duas primeiras formas de reconhecimento, já que mais interessantes para os propósitos desse trabalho.

O amor se fundamenta na constatação fundamental da fragilidade de cada ser humano: a auto-compreensão na qualidade de ser necessitado de apoio e de ajuda por parte de seus semelhantes confere a cada um a possibilidade de identificar na alteridade um elemento fundamental na construção da própria identidade, já que permite perceber a indispensabilidade da ajuda alheia, ao mesmo tempo em que coloca um compromisso fundamental para com o outro. Essas relações amorosas, na descrição que HONNETH (2003) faz a partir da psicologia social de George Herbert Mead, surgem ao longo do desenvolvimento infantil por volta da metade do primeiro ano de vida. Nessa época, o bebê

começa a perceber a mãe não mais como parte dele mesmo, como que numa extensão de seu corpo capaz de satisfazer sua vontade onipotente, e sim como um ser ontologicamente distinto. Com isso, nasce a percepção de sua própria fragilidade e da necessidade do cuidado; caso seja conferido á criança um tratamento adequado, ou seja, com a manutenção de relações amorosas sólidas, ela poderá desenvolver a consciência da legitimidade de suas carências e perceber que suas necessidades serão atendidas; concomitantemente, vai se desenvolvendo também a possibilidade de que ele próprio, no futuro, possa valorizar a alteridade e cuidar de outros que estejam em necessidade¹⁴.

Já a perspectiva conferida pelo direito é diversa. Ele coloca os seres humanos em um patamar de igualdade, por meio do qual se pode identificar que cada um deles pode exigir perante os outros um comportamento determinado com relação a si, de modo que não se firmam determinadas prerrogativas a ele inerentes: “Enquanto este [o amor] cria em todo ser humano o fundamento psíquico para confiar nos próprios impulsos carenciais, aqueles [os direitos] fazem surgir nele a consciência de poder respeitar a si próprio, porque ele merece o respeito de todos os outros” (HONNETH, 2003, pp. 194-195). Ego, portanto, é alçado ao mesmo patamar de Alter, na medida em que não é mais alvo de uma exclusão que o negue enquanto humano, mas passa a ter *legitimidade* em seu agir: sujeito de direitos, e não mais mero objeto da coerção – nos termos de Bankowski, há um afastamento da heteronomia.

As relações jurídicas, portanto, nessa mesma perspectiva, colocam determinadas expectativas de comportamento para cada uma das pessoas, de modo que se possa prever quais serão as atitudes a se esperar do outro, e aquelas que se pode justificadamente adotar. Elas estão calcadas em uma abstração generalizante de um outro juridicamente tomado, já que, com a modernidade, as diferenças estamentais são abolidas, e a diversidade material é ignorada pelo direito: trata-se, na terminologia de George Mead adotada por HONNETH (2003), de um “outro generalizado”. Mas

¹⁴ A concepção de amor de Zenon Bankowski se aproxima mais daquela de solidariedade de Axel Honneth, já que se refere não apenas aos impulsos básicos de afeição calcados na necessidade de sobrevivência, mas referenciam também as interações sociais com meros conhecidos ou também com estranhos. A perspectiva do autor polonês é interessante pois permite ressaltar que a carência e a necessidade de apoio permeiam todas as relações intersubjetivas, e não apenas a família. Além disso, a estima, em Honneth, é uma relação de mão única, em que um sujeito apresenta um determinado olhar para com o outro; Bankowski apreende melhor a reciprocidade das interações intersubjetivas, em que as necessidades individuais de um são atendidas pelo outro e vice-versa, com a formação de um vínculo, que pode ser meramente interesseiro, caso em que se afasta do amor por ele preconizado, ou então efetivamente calcado na afeição. A sua noção de universalização da ideia de próximo, ou seja, daquele com quem se deve assumir um compromisso moral radical, capta bem essa ideia de uma solidariedade que não é uma mera maneira de olhar o outro, mas sim um determinado modo de agir com relação a ele, projetando-se para além de si em uma identificação compreensiva e que desemboca em uma doação supridora das carências.

A mera interiorização da perspectiva do “outro generalizado” não pode bastar na formação da identidade moral; pelo contrário, o sujeito sentirá em si, reiteradamente, o afluxo de exigências incompatíveis com as normas intersubjetivamente reconhecidas em seu meio social (HONNETH, 2003, p. 141).

Dessa forma, há a necessidade da incorporação pela própria esfera da moralidade das diferenças individuais, movimento esse encampado pela dimensão da solidariedade/estima.

Jessé SOUZA (2009) trabalha a maneira como as relações de reconhecimento são obliteradas em um contexto de uma sociedade estruturalmente desigual como a brasileira, engendrando formas de violência física e simbólica destruidoras da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima daqueles inseridos entre as classes desfavorecidas, impedindo seu acesso efetivo aos conhecimentos necessários para o sucesso valorizado pela coletividade como merecedor de recompensa. A sistematicidade da negação do reconhecimento, a qual é inerente à sociedade capitalista e é o que lhe permite se reproduzir, faz com que Souza nomeie ironicamente de *ralé* aqueles a quem, por uma série de motivos, são negados os recursos emocionais, financeiros e intelectuais que possibilitam o alcance do sucesso financeiro.

No campo do amor, seus estudos empíricos mostram justamente como a fragilidade dos laços pessoais desenvolvidos na *ralé* gera uma dependência emocional que expõe os indivíduos a riscos, à violência e, por fim, ao insucesso sentimental. Os filhos dessa *ralé* não têm contato com seus pais, seja por causa do alcoolismo de alguns deles, seja pela necessidade de tomar jornadas extenuantes de trabalho, o que impede uma convivência familiar saudável e que as necessidades de carência sejam satisfeitas em sua plenitude. Essa situação de fato tem diversas consequências nefastas. Uma delas é a pouca dedicação dos jovens à escola, o que lhes impede de adquirir o assim chamado *pensamento prospectivo*. Este consiste na capacidade de guiar as ações presentes tendo com base determinados objetivos de futuro por vezes distantes; essa habilidade é fundamental para o sucesso social, em especial no capitalismo, em que a geração de riqueza necessita de formação educacional e de planejamento. A outra consequência da violência do abandono familiar involuntário descrita por SOUZA (2003) é a dependência que as mulheres da *ralé* têm com relação aos seus parceiros românticos: a pouca acolhida familiar favorece uma maior dedicação aos namorados, na busca pelo amor não realizado, o que, associado com a auto-desvalorização decorrente das outras violências simbólicas, torna essas mulheres mais sujeitas a aceitar agressões físicas e outras formas de abuso, com o fito de não serem novamente abandonadas; além disso, em caso de rompimento do relacionamento, a rede familiar de apoio e de consolo é muito mais parca, diferentemente do que ocorre aos indivíduos de classes superiores.

Com essas breves reflexões, vai se tornando perceptível que, sob a ótica de uma teoria do reconhecimento, o papel do direito na comunidade moral não pode se esgotar na mera regulação distanciada de relações equânimes entre aqueles formalmente iguais: pelo contrário, a constatação de necessidades de fato, bem como a inserção do direito em um universo moral que o transcende, engendra a conclusão de que as razões a ele extrínsecas, como a desigualdade e a violência, mas também o amor, lhe dizem respeito. Não se torna possível, portanto, pensar em uma esfera jurídica isolada em sua pureza ativa e cínica, apartada da sociedade por uma vontade estatal cega a uma série de realidades: importa devolver-lhe ao seu caráter de dimensão ressonante da sociedade. À *mitologia* da pureza se contrapõe o fato de que o direito é componente do reconhecimento, de que não é uma mera técnica, mas mecanismo de promoção e elevação moral em uma sociedade eivada por preconceitos *abissais* que invisibilizam e *desrespeitam*.

5- Considerações Finais

No presente trabalho, buscamos indicar como alguns dos dogmas mais profundos da modernidade, a despeito de terem representado avanços em seu período de surgimento, também provocaram graves retrocessos, como a instituição de uma visão de mundo unitarista e fechada à diferença, calcada em uma racionalidade absolutizante, a qual, mesmo colocando fim ao absolutismo político, trouxe à tona o absolutismo jurídico (GROSSI, 2010). Nesse sentido, surgem formas de contestação dessa nova ordem, a qual vem se afirmando há pouco mais de 200 anos, mas que, evidentemente, já dá mostras de suas insuficiências.

Uma dessas fissuras da modernidade é justamente a ideia de amor, a qual, no impulso racionalizante de fins do setecentos e início dos oitocentos, com a correspondente laicização, foi sendo progressivamente extirpada do modo de se compreender a política, a ponto de se considerar impróprio e até ridículo falar em conjunto dessas duas noções. No passado vista como fundamental para se compreender a realidade, no presente ela passa por um resgate, por meio do qual o direito a recupera enquanto instância fundamental de ordenação. Isso trás de volta o reconhecimento de que o mundo do jurídico não é um sistema lógico que paira sobre o mundo da vida, indiferente aos dramas humanos, mas emerge da realidade enquanto materialização de anseios, disputas, consensos e dissensos – e não de um ato de vontade asséptico e mascarado como desinteressado.

O interessante aqui é recuperar a noção de que o direito é uma esfera da vida profundamente entranhada no modo de ser humano, conformando práticas e concepções

culturais, e não apenas mediando trocas materiais, tênues canais de comunicação entre indivíduos concebidos como ilhas autônomas e autocentradas: um arquipélago sem identidade, que não se configura como totalidade, mas apenas como soma.

Assim, percebe-se que o direito, a despeito de universalidade autônoma, não é mera técnica, mas mecanismo de comunicação e de estabelecimento de uma identidade comum, ao mesmo tempo ciosa da diversidade e fundada na solidariedade. E o olhar amoroso, ou seja, aquela tendência ao bem que se objetifica no outro, ensejando uma projeção para além de si, pulsão fundamental e inarredável pela alteridade colocada no centro de si – emulando aqui o paradigma tomista – é a referência no interior da qual um direito que pretenda avançar sobre os paradoxos da modernidade deverá se movimentar.

Essa visão inevitavelmente implica uma abertura ao outro (GARCIA-RUBIO, 2007), ou seja, a constituição de uma normatividade transindividualista, que compreenda pessoas e povos não como meros substratos sobre os quais se possa fazer recair uma atividade estatal dirigente tributária das *polizeinormen* setecentistas, mas como sujeitos culturais cuja alteridade, irredutível ao um, terá de ser levada a sério, tomando-se por fundamental o diálogo para a construção de pontos de contato: seja entre partes (conciliação), da magistratura com as partes (superando alguns ideais nobiliárquicos), seja entre os saberes¹⁵.

É incontornável, portanto, uma retomada do pluralismo jurídico, ainda que após ressignificações – a história só se repete na cabeça de antiquários e nas mãos de cineastas, e a tentativa de encará-la como *magistra vitae* é inócua, quando não deletéria. O reconhecimento mais radical da diversidade no âmbito do jurídico é justamente a elisão do monopólio estatal da produção normativa, já que se rompe com uma visão do direito como faculdade exclusivista de um conjunto de técnicos detentores de um saber hermético que, na maioria das vezes, só indiretamente diz respeito à população à qual ele de fato se destina, já que trata de questões fundamentais à sua existência: o que é uma pessoa, o que ela pode fazer, o que pode ter, e, em suma, quem pode ser.

O direito que leva em conta a ordem do amor, portanto, busca ser uma vivência não que retorne para aquém da modernidade, mas que, criticando-a, vá além dela, promovendo uma recompreensão do jurídico como fator ínsito à sociedade dela derivada, e como fator de

¹⁵ Nesse sentido que esse trabalho buscou ir além das formas tradicionais de escrita: a análise de uma pintura ao começo, ou a lembrança de uma série televisiva popular no meio não foram uma mera alternativa cosmética, nem a utilização de livros de teologia foi fortuita. Ambos buscam um diálogo equânime com perspectivas diferentes de verdade, seja a arte, seja a religião, ou mesmo os saberes tradicionais, mencionados durante no texto; essas passagens, portanto, abarcam uma visão metodológica e uma forma de encarar o saber, fortemente enraizada na *ecologia dos saberes* de Boaventura de SOUZA SANTOS (2007). Também buscam efetivar, ainda que de forma bem mais modesta, a ideia de “raciocínio parabólico” de BANKOWSKI (2007).

promoção de uma solidariedade radical, calcada em uma plena compreensão da igualdade de todos e da necessidade e do compromisso de uns para com os outros.

Referências Bibliográficas

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. 1273. Disponível em: <http://permanencia.org.br/drupal/node/8>. Acesso em: 18/05/2015.

BANDEIRA FILHO, Antônio Herculano de Souza. *Do recurso de graça*. Rio de Janeiro: Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1878.

BANKOWSKI, Zenon. *Vivendo plenamente a lei*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CALDERA, Cristóbal Carmona. Derecho e violência: reescrituras em torno al pluralismo jurídico. *Revista de Derecho*, Valdivia, v. 22, nº. 2, pp. 9-26, jun./dez. 2009.

CARONI, Pio. *Lecciones de historia de la codificación*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

COSTA, Pietro. A soberania na cultura político-jurídica medieval: imagens e teorias. In: COSTA, Pietro. *Soberania, representação e democracia*. Ensaios de história do direito. Curitiba: Juruá, 2010.

FERES, Marcos Vinícius Chein; MOREIRA, João Vítor de Freitas. Direito como identidade e as biopatentes: o caso da Phyllomedusa Sp. In: BARROS, Carla Eugênia Caldas; ASSAFIM, João Marcelo de Lima; PIMENTEL, Luis Otávio (Orgs.). *Propriedade Intelectual*. Conpedi: João Pessoa, 2014

GARCIA-RUBIO, Alfonso. *Elementos de antropologia teológica*. Petrópolis: Vozes, 2007.

GROSSI, Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

_____. *A History of European Law*. Translated by Laurence Hooper. Blackwell, 2010.

GONZÁLES, Laly Catalina Peralta. Finding truth in Colombia: Epistemological tensions. *Opinión Jurídica*, v. 10, nº 20, pp. 147-158, jul./dez., 2011.

HESPANHA, Antônio Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. In: Paiva, Eduardo França. *Brasil-Portugal: Sociedades, culturas e formas de governar no mundo português (séculos XVI-XVIII)*. São Paulo: Annablume, 2006.

_____. O amor nos caminhos do direito: *amor e iustitia* no discurso jurídico moderno. In: _____. *A política perdida: Ordem e governo antes da Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____. Da “iustitia” à disciplina: textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: _____. *Justiça e litigiosidade: História e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

_____. *Como os juristas viam o mundo (1550-1750):* direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes. Coimbra: edição do autor, 2015.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais.* São Paulo: Editora 34, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal.* 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAUSS, Marcel. *Sociologia e antropologia.* São Paulo: Cosac Naify, 2003.

SCOTT, Ridley; MCDUGALL, Charles; ZUCKER, David. *The good wife.* Chicago: CBS, 2009-.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: Da Idade Média à Idade Contemporânea.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

SILVA, Nuno Espinosa Gomes da. *História do direito português: Fontes de Direito.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

SIMON, Thomas. Da validade “usual” para a validade formal: a mudança dos pressupostos de validade da lei até o século XIX. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade.* Curitiba: Juruá, 2008.

SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: Quem é e como vive.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 79, nov., 2007.

SUBTIL, José Manuel Louzada Lopes. *Actores, territórios e redes de poder, entre o Antigo Regime e o Liberalismo.* Curitiba: Juruá, 2011.

_____. O direito de polícia nas vésperas do estado liberal em Portugal. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). *As formas do direito: Ordem, Razão, Decisão (Experiências jurídicas antes e depois da modernidade).* Curitiba: Juruá, 2013.