**<http://epc2.sciencesconf.org/>**

**PRAGMATISMO JURÍDICO APROXIMANDO *THÊMIS* E *EROS*:**

O SENTIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 54/DF

Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna

**Abstract**:

O pensamento ocidental e, particularmente, o pensamento jurídico, ao longo de sua história, privilegiou a razão em detrimento dos sentimentos. Isso se explica porque a razão sempre esteve calcada na invariabilidade, eternidade e origem divina, enquanto os sentimentos foram retratados como manifestações de caráter inconstante e enganoso. Esse narcisismo da razão inerente ao mundo jurídico, excessivamente apegado à lógica formal e ao racionalismo, jamais permitiu a emergência de conteúdos que agregassem princípios, valores e conceitos oriundos de campos menos ortodoxos, como aquele no qual se situam os sentimentos humanos. Com efeito, a maioria das perspectivas contemporâneas de abordagem normativa do direito e da postura dos seus operadores não dá a devida atenção à influência dos sentimentos na constituição dos ordenamentos normativos, nem, tampouco, leva em conta a influência de experiências sensoriais nos processos de tomada de decisão jurídica. Os operadores do direito e os jus-filósofos ao elaborarem seus conceitos de interpretação e aplicação das leis, de argumentação e racionalidade jurídica, acabam se afastando do mundo empírico e dos elementos que caracterizam a dimensão sensorial do humano. No entanto, o presente artigo realizou um levantamento detalhado dos argumentos empregados nos votos dos dez ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, apresentados durante o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54/DF, processo que reconheceu a inconstitucionalidade na interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria hipótese de aborto, conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. O objetivo do trabalho foi analisar, sob uma perspectiva pragmática e contextualista, o acórdão deste caso emblemático, na tentativa de identificar o relevante papel dos sentimentos como fundamento utilizado pelos ministros do STF ao decidir *hard cases*. Quanto à metodologia utilizada, a ADPF 54/DF foi escolhida porque apresenta três características interessantes: (1) abordou questão polêmica, havendo fortes controvérsias sociais e políticas sobre o aborto e tendo a decisão motivado uma grande produção literária; (2) o STF, máxima instância recursal no Brasil e a quem cabe a interpretação da Constituição, julgou de maneira contrária à transcrição literal do Código Penal, (3) tratou de decisão não-unânime, com significativas divergências na argumentação, fundamentos contrastantes, expressiva carga emocional, dubiedade e confusão ao considerar os termos técnico-científicos, ético-morais, filosóficos, religiosos e legais, o que levou a Corte a ouvir especialistas em diversas áreas. Assim, constatou-se que o Supremo Tribunal Federal harmonizou a esfera dos sentimentos com àquela da dogmática jurídica, através da aplicação do método pragmático, utilizando como base argumentativa a experiência das gestantes de fetos anencéfalos, as polêmicas provenientes da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510/DF, a interdisciplinaridade com outros saberes (a medicina, a psicologia, a religião), a prudência e a equidade, desvinculando-se, por outro lado, da aplicação literal da lei. Desse modo, ao trazer a contribuição da filosofia pragmática para a esfera do direito, tem-se o entrelaçamento do ser e do o dever ser, do *lógos* e do *pathos* jurídicos, da norma e da vida. Embora na mitologia grega não haja referências ao relacionamento das divindades *Thêmis* e *Eros*, no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro do século XXI, *Thêmis*, representando a dogmática jurídica, e *Eros*, símbolo da afetividade, encontram-se indissociavelmente unidos. Nesse viés, o artigo procurou trilhar um caminho diverso ao considerar que uma abordagem do fenômeno jurídico não implica necessariamente o desprezo pelo humano, pois, apesar de se reconhecer a inescapável dogmaticidade do direito contemporâneo, é de fundamental importância trazer para o ambiente jurídico não só o texto, mas o contexto, o interlocutor, sua forma de vida e seus sentimentos, a partir de um horizonte pragmático. Por último, como suporte teórico da pesquisa utilizou-se o pragmatismo jurídico de Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938), juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, cuja obra, *The Nature of the Judicial Process* (1921), é o resultado das transcrições de quatro conferências proferidas na Universidade de Yale. Neste livro, o filósofo liga a teoria à prática dos tribunais, deixando claro que o magistrado é um criador de direito, logo, capaz de dirigi-lo no sentido da maior utilidade social. Ademais, ele não expõe o direito sob a ótica puramente positivista, mas como um fenômeno social, intimamente associado às demais dimensões da vida humana, não podendo o juiz, portanto, ficar apartado das contribuições das outras ciências sociais. Ao discorrer acerca do modo como o juiz decidia, Cardozo apresenta a figura do magistrado como um agente criativo, e considera o direito na sua pluralidade e como acontecimento coletivo, não como um saber isolado: “*He* [the judge] *must balance all his ingredients, his philosophy, his logic, his analogies, his history, his customs his sense of right, and all the rest, and adding a little here and taking out a little there, must determine, as wisely as he can, which weight shall tip the scales*.“. O direito, produto da *práxis*, tem todo o seu processo de produção informado por sentimentos, valores, crenças, preconceitos, ideias e interesses. Com isso, propõe-se que, não obstante o inquestionável, e sempre enaltecido, papel da razão nas questões jurídicas, não devemos dissociar essas duas instâncias, nem menosprezar o peso decisivo que nossa vida afetiva assume no *lócus* onde reina a justiça.

**Juridical Pragmatism Bringing *Themis* and *Eros* Closer**

The Sentiment of the Supreme Federal Court in ADFP 54/DF

**Abstract:**

Throughout its history, western thought and, especially, juridical thought have privileged reason over sentiments. This can be explained by the fact that reason has been based on invariability, eternity and divine origin, whereas sentiments have been pictured as manifestations of inconstant and deceptive nature. This narcissism of the reason inherent to the juridical world, excessively attached to formal logic and rationalism, has never allowed the emergence of contents that would join principles, values and concepts coming from less orthodox fields, like that in which the sentiments are found. Therefore, most contemporary views of approaching legal norms and the attitude of its users do not give sufficient attention to the influence of sentiments in the constitution of normative prescriptions, nor even take into consideration the influence of sensorial experiences in the process of making a juridical decision. When elaborating concepts for the interpretation and application of laws, argumentation and juridical reasoning, law professionals and legal philosophers end up neglecting the empirical world and the elements which are characteristic of the human sensorial dimension. However, the present article examined in detail the arguments used in the votes of the ten ministers of the Brazilian Supreme Federal Court (STF), during the judgement of the Claim of Non-compliance with the Fundamental Principle (ADPF) 54/DF, procedure which recognized the unconstitutionality of the interpretation whereby the interruption of pregnancy of an anencephalic fetus would be a motive for abortion, a behavior typified in articles 124, 126 and 128, paragraphs I and II of the Penal Code. The objective of this study was to analyze the decision of this emblematic case from a pragmatic and contextualist point of view, trying to identify the relevant role of sentiments as a basis used by the ministers of the STF when deciding *hard cases*. In what concerns the methodology used, the ADPF 54/DF was chosen because it gives three interesting characteristics: (1) touched on a polemical question, causing strong social and political controversy and having a decision which motivated a large literary production; (2) The STF, the highest court of appeal in Brazil and which is responsible for the interpretation of the Constitution, decided against the literal transcription of the Penal Code; (3) involved a non-unanimous decision, with significant divergences of argumentation, contrasting foundations, significant emotional burden, uncertainty and confusion when considering technical-scientific, ethical-moral, philosophical, religious and legal terms, all of which led the Court to consult specialists in diverse areas. In that way, it is seen how the Supreme Federal Court brought the sphere of sentiments into harmony with that of juridical dogmatics by applying a pragmatic method, using the experience of women carrying anencephalic fetuses as an argumentative basis, as well as the polemics coming from the Direct Action of Unconstitutionality (DAI) 3510/DF, interdisciplinarity with other areas of knowledge (medicine, psychology, religion), prudence and equity, while, on the other hand, freeing itself from the literal application of the law. In this way, by bringing the contribution of pragmatic philosophy into the sphere of law, there is the mixture of how things are and how they should be, of the juridical *logos* and *pathos*, of norms and life. Although there are no references to any relationship between *Themis* and *Eros* in Greek mythology, they are inseparably linked in the area of the Supreme Federal Court of the XXI century, where *Themis* represents juridical dogmatics and *Eros*, symbol of affection. In this bias, the article attempted to set out a different way by considering that the use of juridical phenomenon does not necessarily imply any contempt of humanity since, despite having to admit the inescapable dogmaticism of contemporary law, it is of fundamental importance to not only consider the text in the juridical surrounding but also the context, the interlocutor, its way of life and sentiments, starting on a pragmatic basis. Finally, as theoretical support for this study, the juridical pragmatism of Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) was used. He was a judge of the U.S. Supreme Court and his work, *The Nature of the Judicial Process* (1921) is the result of four conferences given at Yale University. In this book, the philosopher links theory to practice in the sense of a greater social utility. Further, he does not present law from a purely positivist point of view, but considers it also as a social phenomenon, intimately associated to the other dimensions of human life, since a judge cannot ignore the contributions of other social sciences. While considering how a judge comes to a decision, Cardozo presents the figure of a magistrate as a creative agent and considers law in its plurality and a collective event and not as isolated knowledge: “He [the judge] must balance all his ingredients, his philosophy, his logic, his analogies, his history, his customs, his sense of right, and all the rest, and adding a little here and taking out a little there, must determine, as wisely as he can, which weight shall tip the scales.”. Law, a product of praxis, has its process of production informed by sentiments, values, beliefs, preconceptions, ideas and interests. Therefore, it is proposed that, despite the unquestionable and always sublime role of reason in juridical questions, we should not dissociate these two instances, nor belittle the decisive weight that our affective life takes on in *locus* where justice reigns.