

NUANCES DO FENOMENO EMPÁTICO E A EMPATIA JUDICIAL COMPATIBILISTA

NUANCES OF EMPATHIC PHENOMENON AND THE COMPATIBILIST JUDICIAL EMPATHY

Marcelle do Coelho do Rosario¹

Resumo

A Empatia Judicial integra hoje o conjunto dos temas mais debatidos na atualidade. O presidente americano Barack Obama foi contribuinte expoente para que a discussão galgasse o píncaro. Suas declarações manifestando o desejo de que o judiciário americano pudesse ser composto por *juízes empáticos*, causaram efervescência nos meios político, jurídico e social. A participação da empatia no processo de tomada de decisão judicial tem sido discutida qualquer que seja a vertente escolhida. Estudos científicos, e não científicos, concorrem com inúmeras conceituações de empatia, bem como, com entendimentos múltiplos sobre seu emprego no processo judicial - *empatia judicial* - ser, ou não, desejável e moral. Até a presente data, não há consenso sobre o tema. Mas sobre qual conceito de empatia recaem essas discussões? Empatia é ou não uma emoção? A hipótese aqui é a da empatia como *ferramenta essencial* ao processo de tomada de decisão judicial, empatia judicial, como desejável ao processo de tomada de decisão judicial, porém não pertencente ao grupo das emoções (embora as emoções sejam elementos do processo), mas como uma *habilidade cognitiva*, ou seja, *empatia judicial compatibilista*.

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

Abstract

The judicial empathy integrates the set of most-debated themes nowadays. The American President Barack Obama was an exponent contribute so that the discussion had a way into the top subjects. His declarations manifesting the desire that the American Judiciary could be composed by “empathic judges”, caused booming in the political means, legal and social. The participation of empathy in the judicial decision-making process has been discussed in any means chosen. Scientific studies, and non-scientific, compete with multiple conceptualizations of empathy, as well as, with the multiple understandings of its function in the judicial process -judicial empathy – to be, or not to be, desirable and moral. Until the present date, there is no consensus on the subject. But on which concept of empathy all discussions lay upon? Is empathy an emotion or not? The hypothesis here that empathy as an essential tool to the judicial decision-making, judicial empathy, as desirable to the judicial decision-making, yet not belonging to the group of emotions (although emotions are elements of the process), but as a cognitive skill, in other words, compatibilist judicial empathy.

Keywords: empathy concept; judicial empathy; compatibilist judicial empathy.

¹ Doutoranda em Filosofia do PPG em Filosofia da UNISINOS (Bolsista Integral CAPES - PROSUC), Mestre em Filosofia (UNISINOS), Especialista em Bioética (PUC/RJ), Professora, Advogada (OAB/RJ). E-mail: marcellepuc@yahoo.com.br

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

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

O termo *empatia* é cunhado somente no final do século XIX pelo psicólogo Edward Titchener, derivado de uma tradução do alemão *Einfühlung*. Porém, são os empregos do conceito de *sympathy* feitos por Hume e Smith, ainda no século XVIII, que ganharam expressão na Filosofia, na Psicologia, na Sociologia e no Direito. O entendimento do fenômeno como uma manifestação emocional, ou de sentimento (para aqueles que fazem a distinção²), de forma geral, posteriormente foi denominado *empatia*, conforme utilizamos nos dias atuais.

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

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

Mas, o que deve ser entendido quando se fala em *empatia judicial*?

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

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

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

James Rachel³ aponta para a impossibilidade de uma definição [única] sobre o que é moralidade, frente à existência de inúmeras “teorias divergentes”, e, sabiamente, se posiciona ao lado de

² FRAZETTO, Giovanni. **Alegria, culpa, raiva, amor**: o que a neurociência explica - e não explica - sobre as nossas emoções e como lidar com elas. Rio de Janeiro: Agir, 2013, p.133-134.

³ RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Editora Manole, 2006, p. 1.

Sócrates⁴ quanto ao que é filosofia da moral, para afirmar que a melhor percepção de uma definição jaz nas perguntas “como deveríamos viver e por quê”⁵. No mesmo diapasão o entendimento sobre a moralidade de David O’Brink: “A moralidade é uma questão de ordem prática. É para decidir o que vão fazer que, de forma característica, os agentes se lançam na deliberação moral”⁶.

Os questionamentos sobre o tema *empatia judicial* alargam-se quando a referência à parcialidade do juiz passa das alegações de ilegalidade para as alegações de imoralidade⁷. Alegações sobre a moralidade da sentença prolatada sob julgamento empático são intrínsecas à análise da presença, ou não, do instituto da imparcialidade do juiz, ou imparcialidade da Justiça.

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

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

Questionar a moralidade da sentença, neste aspecto, significa indagar o que aquela sociedade, na qual está sendo exercida a jurisdição, convencionou por “certo” e por “errado”. Mister chamar atenção para a possibilidade de conflitos entre essas convenções e para o fato de não existirem regras morais absolutas⁸, o que denota que qualquer deliberação afoita sobre a questão pode produzir um resultado insatisfatório.

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

É possível que “sobreviver” tenha sido o objetivo primário da evolução de uma *conexão emocional* entre seres da mesma espécie, e, certamente, seu início se deu muito antes da evolução do homem. Aves, roedores, mamíferos estão entre os animais não humanos que reconhecem sinais enviados por suas proles, acenando para necessidades básicas garantidoras de suas vidas, como alimentação, aquecimento, ou algum eventual perigo⁹.

Há quem proponha que o surgimento do fenômeno empático entre humanos está atrelado ao surgimento do próprio homem, fundamentado na ocorrência de atos como compartilhar alimentos e a prestação de auxílio mútuo entre os hominídeos da espécie *Homo Erectus*, rebatizado por aqueles

⁴ “Nós não estamos discutindo um problema sem importância, mas, ao contrário, como deveríamos viver”. Sócrates, apud RACHELS, James. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Manole, 2006, p. 1.

⁵ RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Manole, 2006, p. 1.

⁶ O’BRINK, D. Verbete: Realismo moral. In: CANTO-SPERBER, M. (Org.) **Dicionário de ética e filosofia moral**. São Leopoldo: Unisinos, 2007, vol. 2, p. 465.

⁷ Certamente, as diversas imbricações relativas ao lugar da Moral no Direito, renderiam um considerável pleito, mas sem sede neste artigo.

⁸ RACHELS, J. **Os elementos da filosofia moral**. São Paulo: Manole, 2006, p. 128.

⁹ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy**. 2007, p. 282. Disponível em: <<https://bit.ly/2WUp2t>>. Último acesso: 17/01/2019, às 14h02.

que abraçam tal hipótese de *Homo Erectus Empathicus*¹⁰. Posicionamento nada pacífico, vez que as mencionadas condutas podem ser lidas como condutas cooperativas, de cunho protetivo das relações parentais, visando à preservação genética.

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

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

Ocorre que no ano de 1740, com a publicação do Livro 3 do Tratado da Natureza Humana, de David Hume¹¹, no qual o principal tema é a Moral, um somatório de referências¹² à descrição de determinadas condutas, reunidas sob o termo ‘*simpatia*’ (*sympathy*), deu origem, (ao lado de algumas propostas de Adam Smith, que veremos na sequência) ao conceito de *empatia*, de forma geral descrito como uma manifestação emocional, ou de sentimento (para aqueles que fazem a distinção), conforme utilizado hodiernamente pela maior parte dos estudiosos da Filosofia, da Psicologia, da Sociologia, da Biologia e do Direito.

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

Quando vejo os *efeitos* da paixão na voz e no gesto de alguém, minha mente passa imediatamente desses efeitos a suas causas, e forma uma idéia tão viva da paixão, que essa idéia logo se converte na própria paixão. De maneira semelhante, quando percebo as *causas* de uma emoção, minha mente é transportada a seus efeitos, sendo movida por uma emoção semelhante.¹³

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

Hume está tratando do que chama de “relação dupla de impressões e ideias” (*a double relation of impressions and ideas*). Quando a impressão em questão é uma paixão, a explicação para a passagem da impressão percebida a uma impressão sentida (intermediada por uma ideia) consiste no que Hume chamou de *simpatia*. É a *simpatia* que promove essa transformação de uma percepção (a visão de alguém sofrendo) em um sentimento ou emoção (o mal-estar sentido ao perceber outro sofrendo). Em Hume, a *simpatia* é esse mecanismo mental ou a disposição mental a sentir um mal-estar interno análogo àquele percebido externamente. Na passagem, Hume está mostrando como a relação de causa e efeito favorece o processo. Percebo (vejo e ouço) relações externas (*matters of facts*) e formo uma ideia desses fatos; como eles envolvem uma paixão percebida, a paixão logo “converte-se” numa paixão análoga naquele

¹⁰ Center for Building a Culture of Empathy. Disponível em: <<https://bit.ly/30cwHyF>>. Último acesso 17/01/2019, às 14h17..

¹¹ HUME, D. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP, 2000, p. 07.

¹² Apesar de menções anteriores ao termo ‘*sympathy*’, realizadas nos livros 1 e 2 do Tratado, publicado em 1739. Ver p. 289, 355, 357, 397.

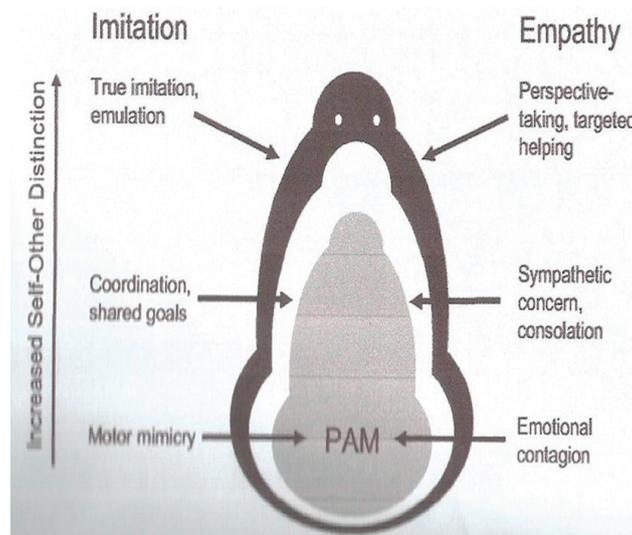
¹³ HUME, David. 1740: 3.3.1-7. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP, 2000, p. 615.

Thaumazein, Ano VIII, v. 11, n. 22, Santa Maria, p. 85-103, 2018.

que percebe. Ou melhor. O indivíduo infere que aquilo que percebe (IMPRESSÕES) tem como causa uma paixão; forma então uma IDEIA dessa causa. Essa ideia “logo converte-se na própria paixão”. Ou seja, a ideia de que o indivíduo observado sente, por exemplo, dor, converte-se em DOR naquele que o contempla. O mesmo no caso de uma emoção compreendida como efeito¹⁴.

Hume defende que temos sentimentos semelhantes por termos uma mesma constituição natural, e que esses sentimentos são reverberados “prontamente”, gerando ações correlatas. Hume, entretanto, não foi suficientemente detalhista em sua abordagem. Sob o termo ‘*sympathy*’, diferentes habilidades foram reunidas. Além disso, o mecanismo que Hume descreveu parece ser igualmente compartilhado por outros animais. Pesquisas biológicas mais recentes mostraram como a simpatia descrita por Hume também ocorre em alguns símios¹⁵ Independentemente disso, há uma clara proximidade entre o que Hume chamou genericamente por *simpatia* e os primeiros níveis de empatia indicados na escala de Frans de Waal¹⁶.

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



Fonte: WAAL, Franz de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy**. 2007, p. 288.

Disponível em: <<https://bit.ly/30eMBZg>>. Acesso 03/05/2013, às 23:00h.

¹⁴ AZEVEDO, M.A. Orientação de Dissertação, em 06/02/2015.

¹⁵ No dia-a-dia é comum várias fêmeas Bonobo se unirem para atacar o macho que agrediu uma delas. Ver VARELA, D. Macacos. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 69.

¹⁶ De Wall propõe três estágios de desenvolvimento da empatia. A ideia central a de que esses níveis estejam um contendo o outro, do mais elementar para o mais elaborado. Por isso o modelo da Boneca Russa (Matryoshka):

1) Contágio Emocional: denominador comum de todos os processos empáticos em que uma parte é afetada pela outra, é o estado emocional ou a excitação; 2) Preocupação simpática: é o próximo passo na evolução da empatia. Ocorre quando o contágio emocional é combinado com a avaliação da situação e com as tentativas de compreender as causas das emoções do outro. Chamada também de “empatia cognitiva”, pois a reação empática inclui tais avaliações contextuais; 3) Empatia Perspective-Taking: os psicólogos costumam falar de empatia apenas quando envolve a tomada de perspectiva. Eles enfatizam a compreensão do outro e aprovação do ponto de vista do outro. Deste ponto de vista, então, é cognitivo, dependente de imaginação e do estado mental atribuído ao observador, o que pode explicar o ceticismo sobre a empatia não-humana (Hauser 2000, Povinelli, 1998). Ver WAAL, F. B. M. de. *Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy*. 2007, p. 282-286. Disponível em: <<https://bit.ly/2WMUp2t>>. Último acesso 17/01/2019, às 15h23.

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

(*) Mecanismo Percepção-Ação¹⁷.

Corroborando esse entendimento, traz-se nova citação: “(...) para além da relação de causa e efeito, que nos convence da realidade da paixão com que simpatizamos, precisamos das relações de semelhança e contiguidade para sentir a simpatia em sua plenitude”¹⁸. O que pode ser válido para a *simpatia*, mas não o é para a *empatia*.

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

Não há na natureza humana qualidade mais notável, tanto em si mesma como por suas consequências, que nossa propensão a simpatizar com os outros e a receber por comunicação suas inclinações e sentimentos, por mais diferentes ou até contrário aos nossos. Isto é evidente (...) também em homens de grande discernimento e inteligência, que têm muita dificuldade em seguir sua própria razão ou inclinação, quando esta se opõe à de seus amigos ou companheiros do dia-a-dia.¹⁹

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

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

Adam Smith, embora contemporâneo de Hume, manifesta-se sobre a *simpatia* destacando sua semelhança com facetas da piedade e da compaixão, imprimindo-lhe, porém, um novo enfoque, argumentando que a solidariedade não se manifesta somente em relação ao sofrimento, mas em relação

¹⁷ Perception Action Mechanism.

¹⁸ HUME, David. 1739: 2.1.11-8. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: UNESP, 2000, p. 354.

¹⁹ Ibidem, p. 351.

a “qualquer paixão”.²⁰ Todavia, ele mesmo se encarrega de uma importante observação, [retratação]: não é exatamente “qualquer paixão”! Trata-se apenas de incluir a alegria, ou um bom sentimento, junto às emoções de sofrimento, no quadro das emoções “transfundidas instantaneamente” pela simpatia. A retratação é frente ao fato de emoções como a raiva, por exemplo, não gerarem *simpatia*.

A imaginação, como faculdade que possibilita a simpatia é o elemento diferenciador da *simpatia* de Smith²¹. É por meio da imaginação que um indivíduo poderá se colocar no lugar do outro; é como se, “de certa forma, nos tornássemos a mesma pessoa, (...) e, embora em menor grau, até sentindo algo”.²²

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

No século seguinte, Charles Darwin correlaciona simpatia e intuição e Robert Vischer utiliza o termo *Einfühlung*, que tinha o significado original de “compreender” e o emprega no sentido de “sentir-se em” para tentar elucidar como as emoções se manifestam nos indivíduos quando da apreciação estética da natureza e de obras de arte²³. Theodor Lipps transfere o termo para a Psicologia, atribuindo a *Einfühlung* o significado (já de empatia) de um fenômeno mental de ressonância (*resonance phenomena*) emocional, capaz de induzir “processos” internos que dão origem a emoções semelhantes as que o indivíduo produz quando ele mesmo sofre a mesma experiência, ou melhor, [a empatia] como “base primária” para que uns possam reconhecer os outros como seres que também pensam²⁴ e sentem.

Importante notar a semelhança nuclear entre a proposta de Lipps e propostas de Hume e Smith, acima citadas, nas quais o caráter vicário da empatia é capital para a elucidação do fenômeno e para a construção do conceito. O caráter vicário da empatia, porém, preenche apenas uma parcela da teoria de Lipps, que na íntegra, é composta por espécies diferentes de empatia, como a *empatia universal perceptiva*²⁵, estrutura delicada, vez que o termo ‘empatia’ refere-se a “qualquer atividade mental por parte do observador, que é acionada através da percepção de um estímulo externo, e que deve ser entendida como sendo constitutiva para a compreensão de qualquer objeto”²⁶, distanciando-a do caráter vicário, até então componente indispensável.

A abertura que a construção da *empatia universal perceptiva* confere à empatia [tradicional] expõe, para o que está sendo proposto neste trabalho, um atraente mecanismo, a saber: o processo de compreensão do sentimento do outro deve ser realizado sob o “compromisso com o contraditório”, denotando que não se trata de “abrir o coração” e “colocar-se no lugar do outro”, mas de uma compreensão *racional* daquelas emoções, aferida com base nas emoções de quem busca cautelosamente tal compreensão, ciente de que, apesar das mesmas denominações, não são simétricas às emoções do outro.

²⁰ SMITH, A. **Teoria dos sentimentos morais**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 08.

²¹ Ibidem, p. 07.

²² Ibidem, p. 06.

²³ Seguindo os rastros do pai, Friedrich Theodor Vischer, que deu emprego semelhante ao termo.

²⁴ **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, verbete *Empathy*. Disponível em: <<https://stanford.io/2q2deQL>>. Último acesso 17/01/2019, às 21:00h.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

Centenas de páginas ainda poderiam ser escritas sobre as considerações de Lipps, mas acredita-se que, para o que propõe no presente artigo, elas foram satisfatoriamente percorridas.

Continuando o movimento em torno das tentativas de entender as nuances do fenômeno empatia, Edward Titchener (contam que inspirado em Lipps) também trabalha o tema e, em 1909, traduz *Einfühlung* como *Empatia*²⁷, cunhando o termo na acepção hoje conhecida.

Passadas algumas décadas, o emprego do termo ‘empatia’ foi aderindo a novas formulações em diversas áreas da ciência. Mas o mundo contemporâneo parece não aceder com a separação estanque dos conhecimentos, de forma que hoje se encontram juntas, disponibilizando seus saberes e tentando compatibilizar seus entendimentos diversos, a Biologia, a Ecologia, a Psicologia, a Política, a Filosofia, a Literatura, o Direito, a Religião, a Medicina, a Economia e, por mais espantoso que possa parecer, a Tecnologia da Informação²⁸, com a finalidade de contribuir para o desenvolvimento de um conceito unificado de empatia, compreender e revelar seus pontos ainda obscuros, para, por fim, empregá-la com eficiência e eficácia, em prol do desenvolvimento do indivíduo e, conseqüentemente, das sociedades.

Mas sobre qual empatia fala-se no presente texto?

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

A constatação de Wolfgang Kohler de que a *empatia é um processo mais cognitivo do que emocional*, e suas revisões desenvolvidas por expoentes como Jean Piaget e George Herbert Mead, fizeram com que as diversas hipóteses sobre empatia fossem acomodadas em três grandes teorias²⁹, conforme se verá abaixo.

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

Fala-se da primeira espécie de empatia, da empatia passível de ser detectada tanto em animais humanos, quanto em algumas espécies de animais não humanos³⁰, como os da família *hominidae*, por exemplo.

²⁷ Feito que alguns atribuem a Rudolf Lotze. Ver Center for Building a Culture of Empathy. Disponível em: <<https://bit.ly/30cwHyF>>. Acesso 17/01/2019, às 23:20.

²⁸ **Mapa de Empatia:** plataforma que permite a organização de dados qualitativos do cliente, revelando seu aspecto emocional. IDEIA DE MARKETING Disponível em: <<https://bit.ly/1kjk7pb>>. Último acesso 17/01/2019, às 14h27.

²⁹ Para o esclarecimento das mesmas, foi eleita a tese de doutoramento de Ellen Wildemann Broom, que apresenta excelente distinção entre elas. **An examination of factors relate to the cognitive and affective empathy levels of adjudicated youth.** University of North Texas, 2000. Disponível em: <<https://bit.ly/2Jk0wlu>>. Último acesso: 17/01/2019, às 14:32h.

³⁰ Observa-se que várias pesquisas apresentaram resultados positivos para a presença dessa modalidade de empatia em aves e ratos. Ver Bekoff, Marc. Empathic Rats Free Known Trapped Rats From Being Restrained Prosocial behavior in rats is

Apesar de a expressão “colocar-se no lugar do outro” sugerir que tal ato seja consciente, a empatia afetiva pode representar uma resposta inconsciente, principalmente se aceita a hipótese da *continuidade evolutiva da comunicação emocional*³¹ entre humanos e símios. Seria a forma mais primitiva de empatia, na qual as respostas “adequadas” aos sentimentos alheios seriam instintivas, mecânicas, e que, segundo a classificação de De Waal, correspondem ao primeiro nível de empatia, o *contágio emocional*³².

Acredita-se ser a teoria afetiva a que mais atrai atenção dos críticos no que tange ao emprego da empatia nas ações atinentes aos poderes da República, pois exprime o conceito popularmente sedimentado de uma empatia entendida como “uma reação emocional condicionada” a julgamentos afetivos, ou ainda, “resposta emocional ao que é percebido como o estado emocional do outro”³³, na qual são as emoções que regem [todos] os atos, e para os opositores radicais, de forma até irracional.

Vale, ainda, trazer o curioso (e pouco explorado) conceito de *pseudo-empatia*, de Seymour M. Berger, citado por Broom³⁴: quando um indivíduo reage emocionalmente a estímulos que não estão conectados com o estado emocional de quem os provocou. O exemplo é o da pessoa que sente medo ao ouvir um grito. O medo é uma “reação condicionada” e não necessariamente o mesmo estado emocional do outro que gritou.

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

No primeiro Hoffman aparece a síntese contemporânea da empatia pertencente à teoria afetiva: “aprende-se a ter empatia quando o confronto com dilemas morais traz a oportunidade de se ver as consequências do sofrimento do outro depois de um ato impróprio (...) a verdadeira empatia consiste em perceber as condições do outro, em vez de as suas próprias”³⁵.

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

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

influenced by social experience and familiarity. Psychology Today. Disponível em: <<https://bit.ly/2WIG5aW>>. Último acesso: 17/01/2019, às 14h38.

³¹ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy.** 2007, p. 282.

³² Ibidem.

³³ BROOM, E. W., 2000, p. 10.

³⁴ BROOM, E. W., 2000, p. 11. BERGER, S. M. **Conditioning through vicarious instigation.** In: Psychological Review, v. 69, 1962, 450-466. Disponível em: <<https://bit.ly/2Je2YzW>>.

³⁵ BROOM, E. W., 2000, p. 11. HOFFMAN, M. **Varieties of empathy based guilt.** In: J. Bybee (Eds.), Guilt and children. San Diego: Academic Press, 1998, p. 91-112.

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

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

O ponto zero do desenvolvimento da corrente cognitivista, como já mencionado, foi os estudos de Kohler que definiram a empatia como “a *compreensão* da emoção do outro” e menos de uma década depois surgem os acréscimos de Mead redesenhando a empatia cognitiva como uma habilidade para assumir emocionalmente o lugar do outro, com a finalidade de compreender a resposta social adequada³⁶ para uma determinada conduta.

Anote-se que a teoria cognitiva da empatia será um importante componente estrutural no desenvolvimento da conceituação neste artigo, que também adotará o caráter instrumental da cognição, principalmente quanto ao aproveitamento de uma parcela do entendimento de Carl Rogers sobre a essencialidade da percepção do outro dentro do seu próprio quadro de referências emocionais, como se observador pudesse sentir os mesmos sentimentos, “mas jamais sem perder de vista o aspecto condicional ‘como se’”³⁷.

A terceira, e mais recente, é a *teoria compatibilista da empatia*³⁸, que busca o equilíbrio entre as duas correntes anteriores, ou seja, ampara a tese de que o processo empático concentra aspectos da teoria cognitiva e da teoria afetiva da empatia.

Capitaneada por Hoffman³⁹ (o segundo Hoffman⁴⁰), que reconhece, na esteira dos níveis de desenvolvimento moral de Lawrence Kohlberg⁴¹, a forçosa integração da vertente afetiva (até então a posição por ele defendida) à vertente cognitiva. A teoria em discussão é alargada com a concepção de uma escala quantificadora de empatia, que indica uma sequência de atos como sendo os primeiros através dos quais o ser humano, na mais tenra idade, vai dar início ao processo de *construção* da empatia. Escala que, por sua vez, servirá de base para o desenvolvimento das pesquisas de De Waal, que também constrói uma escala de níveis de empatia⁴².

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

³⁶ Idem.

³⁷ BROOM, E. W., 2000, p. 09. ROGERS, C. R. **A theory of therapy, personality, and interpersonal relationships as developed in the client-centered framework**. In: S. Koch (ed.), 1989 e **Psychology: a study of science**. New York: McGraw-Hill.

³⁸ No original: “Integrative perspective of empathy”. Ver BROOM, E. W., 2000, p. 11.

³⁹ BROOM, E. W., 2000, p. 11-12.

⁴⁰ HOFFMAN, M. **Empathy, role-taking, guilt, and development of altruistic motives**. In: T. Lickona (Ed.), *Moral development and behavior: Theory research, and social problems* (p. 169-217). New York: Holt, Rinehart, and Winston, 1975.

⁴¹ BROOM, E. W., 2000, p. 11-12. KOHLBERG, L. **Essays in moral development: philosophy of moral development**. San Francisco: Harper and Row, 1981.

⁴² WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy**. 2007, p. 282-286.

empatia. Partindo desse estágio inicial, os usos da cognição e da afetividade serão fundamentais para o total desenvolvimento do processo, possibilitando, ao final, que o indivíduo manifeste altruísmo, simpatia ou culpa⁴³ ao ser confrontado com situações que exijam uma resposta afetiva.

Importante salientar o quão seria atraente, se possível fosse, que se procedesse na direção de um paralelo comparativo minucioso entre os níveis de desenvolvimento moral, delineados por Kohlberg: pré-convencional, convencional e pós-convencional, que obedecem a uma escala evolutiva da moral, e os níveis de empatia trazidos por De Waal⁴⁴: contágio emocional, preocupação simpática e empatia *perspective-taking*, que obedecem a uma escala evolutiva semelhante, e os seis graus de empatia de Simon Baron-Cohen⁴⁵, que apresenta um escalonamento iniciado no grau zero, representando a ausência total de empatia no indivíduo, subdividido em zero negativo (psicopatas) e zero positivo (autistas), até o grau seis, representando o excesso de empatia (o que poderia levar até a uma perda de identidade e ao mimetismo inconsciente), grau que também pode ser indesejável, dependendo do caso. Porém, tal empreitada não poderá ser desenvolvida neste momento, permanecendo a ideia para futuro.

Na década de 1990, Giacomo Rizzolatti⁴⁶ apresenta como resultado de suas pesquisas a existência dos *neurônios-espelho*, neurônios aptos para desencadear reações por atos experienciados pelo próprio indivíduo, bem como, desencadear reações [similares] ao se observar outrem experienciando o mesmo ato, e António Damásio traz a hipótese do *marcador-somático*⁴⁷, que seria uma espécie de cicatriz emocional, marcada em bases neurais, que possibilita que o indivíduo, ao se deparar com uma ação, imediatamente a ligue a um resultado de perigo, um resultado negativo, ou ainda, “*um caso especial de uso de sentimentos gerados a partir de emoções secundárias. Essas emoções e sentimentos foram ligados pela aprendizagem, a resultados futuros e determinados cenários*”.⁴⁸

Tais descobertas somadas propiciaram que uma série de condutas (humanas e não humanas) obtivesse um fundamento científico, detectando a presença de elementos não emocionais, substratos fisiológicos⁴⁹, circuitos neurais associados⁵⁰, aparato neural, principalmente as atinentes as condutas empáticas, que foram, assim, revestidas com mais densidade, como no caso da teoria afetiva da empatia ao ganhar respaldo “concreto” fornecido por exames neurológicos de imagem.

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

⁴³ BROOM, E. W., 2000, p. 11-12.

⁴⁴ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism: the evolution of empathy.** 2007, p. 282-286.

⁴⁵ BARON-COHEN, S. **Zero Degrees of Empathy: a new theory of human cruelty.** Ed. Allen Lane, 2011.

⁴⁶ Cientista sênior da equipe de pesquisa que descobriu os neurônios-espelho. Disponível em: <<https://bit.ly/30cwHyF>>. Último acesso: 17/01/2019, às 14h46.

⁴⁷ DAMÁSIO. A. **O erro de Descartes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 157-184.

⁴⁸ Ibidem, p. 163.

⁴⁹ DAMÁSIO. A. **O erro de Descartes.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 286.

⁵⁰ BARON-COHEN, S. **Zero degrees of empathy: a new theory of human cruelty.** Ed. Allen Lane, 2011.

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

A consideração a ser feita é que a presença de um aparato neural (um dos componentes físicos do processo empático, ao lado das produções hormonais) que auxilia a atividade empática, subjaz a todas as teorias da empatia. Autenticando a consideração feita estão às teses de De Waal sobre o *mecanismo de percepção da ação*, que permite que o observador acesse o estado emocional do objeto da observação, por meio da ativação “automática e inconsciente” desse aparato cerebral, que gera sensações semelhantes as do objeto⁵¹; a de Baron-Cohen, que levanta a existência de um *circuito de empatia no cérebro*, composto de muitos elementos⁵², e a de Zak, que liga a empatia diretamente à produção e a ação do hormônio Oxitocina⁵³, que adere à explicação da neurociência, mas ainda a enxerga insuficiente e alude, de forma complementar, a hipótese de Jean Denecy.

Denecy propõe o processo empático como a soma de quatro elementos básicos, a saber: o afeto compartilhado, a consciência do outro, a flexibilidade mental e a autorregulação emocional⁵⁴. Em verdade, a tese de Denecy reproduz os elementos já referidos nas várias versões anteriormente apontadas, conferindo-lhes nova sistematização.

Desta forma, acima foram celeremente expostas as principais vertentes sobre empatia. Ressalta-se, por fim, que as relações de associação ou de dissociação entre as teorias cognitiva, afetiva e compatibilista são hodiernamente objetos de importantíssimas pesquisas que procuram respostas para problemas conexos a comportamentos sociais, a esquizofrenia, ao mapeamento cerebral, ao desenvolvimento do ego, a delinquência, a anatomia cerebral, e muitos outros.

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

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

Tarefa hercúlea a de optar por uma dentre propostas tão atraentes, recordando: “empatia pode ser caracterizada como uma emoção vicária, que uma pessoa experiencia ao refletir sobre a emoção

⁵¹ WAAL, F. B. M. de. **Putting the altruism back into altruism**: the evolution of empathy. 2007, p. 286.

⁵² BARON-COHEN, S. **Zero degrees of empathy**: a new theory of human cruelty. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Aq_nCTGSfWE>. Último acesso em: 31/05/2019, às 13h58.

⁵³ ZAK, 2012, p. 23-69.

⁵⁴ ZAK, 2012, p. 63.

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

de uma outra pessoa”⁵⁶; “empatia é a verdadeira base da moralidade”⁵⁷; empatia é uma combinação de respostas neurais obtidas através da observação do outro; empatia é intuir ou projetar-se numa outra situação e imaginar como outro está pensando e sentindo; empatia é imaginar como seria pensar e sentir como o observado; empatia é testemunhar o sofrimento de outra pessoa e sentir suas dores; empatia é preocupar-se com o sofrimento de quem sofre (preocupação empática-sentir “com” e não “como”), que inclui simpatia, compaixão, ternura e emoções análogas⁵⁸; e, por fim, empatia é o resultado de uma produção equilibrada do hormônio Oxitocina⁵⁹.

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

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

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

Desfaz, em primeiro plano, a ideia [tradicional] da empatia puramente como emoção, da empatia como um “sentir com” (ou “pelo”, neste momento é indiferente), que remete àquela advinda da evolução biológica do processo de conexão emocional, de atuação imediata, sem que haja interferência de processos mentais conscientes, o contágio emocional.

Não se está, com isso, apartando a participação das emoções do processo empático, somente realocando-as (como se verá mais adiante), pois elas fazem parte da constituição da identidade dos seres humanos.

Compreender o “funcionamento efetivo do psiquismo do outro”, entender suas emoções, perceber seus sentimentos, e “não reproduzir” a emoção, os sentimentos, que o observador expressaria na mesma

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

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

⁵⁸ BATSON, D. **These things called Empathy**: eight related but distinct phenomena. Disponível em: <<https://bit.ly/2JCOO12>>. Último acesso: 17/01/2019, às 14h53.

⁵⁹ ZAK, 2012, p. 159-166.

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

⁶¹ GIKOVATE, F. **A empatia como meio para reconhecer as diferenças**. Disponível em: <<http://flaviogikovate.com.br/>>. Último acesso: 17 /01/2019, às 14h55.

situação, significa justamente a não perda do aspecto condicional de Rogers “como se”, é uma atividade que imprescinde da atividade mental consciente, talvez a “imaginação”, aspecto cognitivo da “simpatia” de Smith. Admite-se, contudo, que os resultados das atividades cognitivas não sejam auferidos exclusivamente por meio de um processo consciente. Uma expressiva parcela deve ser realizada pelo consciente, mas não há, até o momento, estudos probantes sobre o quanto, precisamente.

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

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

Como resolver o impasse?

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

A consciência dessa “autossabotagem” pode evitar (e geralmente evita) que o perceptor ofereça respostas inadequadas, sem que ele mesmo o saiba.

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

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

A justaposição consciente das emoções percebidas com as emoções do próprio perceptor é que vai extirpar o entendimento de que o processo que envolve emoção é inconciliável com o processo racional (como observado no senso comum), permitindo desta forma que se desfaça a pecha de parcial

imputada àquele que decide, não baseado nas emoções, mas utilizando-as como participantes passivas (porém indispensáveis) do processo empático, e, conseqüentemente, do processo de tomada de decisão.

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

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

Significativo que se traga novamente que *empatizar não é simpatizar* (ato capaz de contaminar a decisão). Fala-se de “empatia judicial” e não de “simpatia judicial”. O ponto gravitacional da primeira é muito distante do da segunda. Não se propõe com a defesa da empatia judicial que o magistrado seja dadivoso de forma conscienciosa, empatia judicial não se traduz em “julgar com o coração”, ou na ação do magistrado que age mecanicamente, movido por empatia primitiva, no nível do contágio emocional. Admitir a empatia judicial como sendo uma identificação do juiz com a parte, ou com a causa, exprime o interesse inconsciente, mas pessoal e parcial, longe de todos esse desejo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

As posições retroaludidas possuem fortes defesas, v.g., Thomas Colby em *In defense of judicial empathy* (COLBY, 2012), que sustenta não somente a presença de benefícios na utilização da empatia

no processo de decisão judicial, mas, e principalmente, sua necessidade para que haja eficácia do sistema judiciário.) e são alvos de robustas objeções, v.g. as de Jesse Prinz, apresentadas principalmente em dois textos, a saber: *Against Empathy* (PRINZ, 2011) e *Is empathy necessary for morality?* (PRINZ, 2012), que negavam a possibilidade de a empatia exercer papel essencial na construção das decisões morais e, conseqüentemente, nas decisões judiciais, de modo que seria impossível exauri-las no presente artigo. Pelo exposto, dar-se-á por dito o que se acredita necessário para que continuem os debates sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ANNUAL REVIEW OF PSYCHOLOGY. DE WALL, Frans. Putting the Altruism Back into Altruism: The Evolution of Empathy. Vol. 59:279-300 (Volume publication date January 2008). Endereço eletrônico: <<https://bit.ly/2WmUp2t>>. Último acesso em: 31/05/2019, às 14h17.

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

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

_____. **Há obrigações fora do Direito?** Disponível em: <<https://bit.ly/2Q58aqG>>, em 05/05/2014, às 19h04.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

_____. 1943. v. III.

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

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

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

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

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

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução de Débora Danowski. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

_____. **Resumo de um tratado da natureza humana**. Edição bilingue. Tradução de Rachel Gutiérrez e José Sotero Caio. Porto Alegre: Paraula, 1995.

HURD, Heidi M. **O combate moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JANKÉLEVITCH, Vladimir. **O paradoxo da moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

JESUS, Damásio, E. de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista de Macedo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

McMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar**: problemas às margens da vida. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MARIOTTI, Humberto. **As paixões do ego**: complexidade, política e solidariedade. São Paulo: Editora Pala Athena, 2000.

MATTHEWS, Eric. **Mente**: conceitos-chave em filosofia. Porto Alegre: Artmed, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PRINZ, Jesse. **Against Empathy**. *The Southern Journal of Philosophy*, v. suplementar, 2011.

_____. **Is Empathy necessary for morality?** In: GOLDIE, P., COPLAN, A. *Empathy: philosophical and psychological perspectives*. New York: Oxford University, 2012.

RACHELS, James. **Os elementos da filosofia moral**. Tradução de Roberto Cavallari Filho. 4. ed. São Paulo: Manole, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1965.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1-2.

ROZIN, P., LOWERY, L., IMADA, S. e HAIDT, J. 1999. **The CAD triad hypothesis**: A mapping between three moral emotions (contempt, anger, disgust) and three moral codes (community, autonomy, divinity). *Journal of Personality and Social Psychology* 76: 574-86.

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

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

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

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

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

WAAL, Franz B. M. de. **Putting the altruism back into altruism**: the evolution of empathy. Disponível em: <<https://bit.ly/30eMBZg>>.

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

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

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

