

Estética Sociológica do Direito

Andreas Fischer-Lescano

Professor da Faculdade de Direito na Universidade de Bremen, Alemanha.

Versão Original: Soziologische Rechtsästhetik. In: Nach Feierabend, Zürcher Jahrbuch für Wissensgeschichte, 2015, pp. 31-59.

Tradução:

Carolina Alves Vestena

Doutora em Teoria e Filosofia no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ.

Estética Sociológica do Direito

Criação e aplicação do direito produzem textos com recurso a textos. Portanto, não é nada surpreendente que a ciência jurídica seja também concebida principalmente como ciência linguística do texto (*Textwissenschaft*). Direito, segundo a teoria do direito convencional como “teoria do conhecimento jurídico”,¹ seria acoplado a canais de comunicação visuais e auditivos, observaria visualmente seu ambiente, no melhor dos casos com ajuda do ouvido.² Nesse sentido, como Niklas Luhmann indicou há bastante tempo, é um erro de compreensão fundamental considerar que a reprodução de conhecimento existente com inovação seja vinculada à “transposição (auditiva ou visual) de quantidades de texto”.³ Conhecimento não é nem texto, nem imagem, tampouco barulho ou fumaça. Não é concreto, mas sim uma ação por vir expressa na comunicação. Conhecimento é uma “expectativa estilizada como experiência cognitiva”.⁴ O “conhecimento jurídico” não é, portanto, muito do que ele parece ser: não é objetivo, nem tampouco um discurso intersubjetivo sobre o conhecimento da realidade dada. Conhecimento jurídico sob as condições sociais da incerteza é muito mais volátil, fragmentado, policontextual – resultado de assincronismos e inacessibilidades entre comunicação e consciência, entre consciência e inconsciência, “entre cérebro e mundo exterior, que apenas toma forma pelo cérebro”.⁵

Não se pode estudar o conhecimento jurídico a partir de uma meta-regra de legitimação homogênea do conhecimento,⁶ ao contrário, deve-se

¹ Ver a crítica às teorias do conhecimento do direito sem reflexão, Alexander Somek: *Rechtliches Wissen*, Frankfurt/M. 2005, p. 7 – vinculadas com a constatação de que “uma teoria do direito adequada pode ser formulada apenas como teoria do conhecimento jurídico”.

² Thomas Vesting: “Zuhören ist Lesen mit dem Ohr”, in: Karl-Heinz Ladeur und Ino Augsberg (Ed.): *Talmudische Tradition und moderne Rechtstheorie. Kontexte und Perspektiven einer Begegnung*, Tübingen 2013, p. 181 ss.; ver também Jacques Derrida: “Die différance”, in: Peter Engelmann (Ed.), *Randgänge der Philosophie. Passagen*, Wien 1986, p. 29 ss.

³ Niklas Luhmann: *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1990, p. 159.

⁴ Idem, p. 143.

⁵ Idem., p. 164; ver também, Gunther Teubner: *Verfassungsfragmente*, Berlin 2012, p. 102f., que vê uma “energia social” surgir na diferença e acoplamento de processos comunicativos com consciência e corporalidade, a qual pode ser compreendida pela teoria social. Ver também, Dirk Baecker, *Neurosoziologie*, Berlin 2014, p. 171 ss. sobre a “relação triádica” entre organismo, ambiente e observação da relação.

⁶ Jean-Francois Lyotard, *A condição pós-moderna*, José Olympio, 2008.

acima de tudo proceder a partir da teoria da diferença. O conhecimento do direito surge apenas na diferença entre direito e não-direito. Por isso, uma teoria do conhecimento jurídico assume seu ponto de partida analítico em cada diferença epistemológica fundamental e não na diferença entre racionalidade jurídica *racional* e mundo exterior *arracional*.⁷ Na perspectiva da teoria da diferença, a questão central é saber se a racionalidade jurídica assume o não-jurídico adequadamente como referência, ou, em outras palavras, se o direito desenvolve uma imagem suficientemente complexa dessa relação na diferenciação entre direito e não-direito. A demanda aqui colocada consiste em desenvolver uma sensibilidade também para tais fenômenos, os quais não são expressão apenas de forças racionais, mas também arracionais. Tem por objetivo a construção de um *conhecimento estético do direito*,⁸ que não utiliza suas terminologias e sistematizações dogmáticas de forma autossuficiente e isolada de seus contextos sociais em esferas de abstração jurídica cada vez mais altas, mas sim que se relaciona de forma responsiva com as forças sociais e humanas. Direito somente é direito na diferença em relação ao seu ambiente não-jurídico, no qual se desenvolvem forças arracionais e racionais igualmente. *Apenas por meio da autorreflexão do direito sobre essa diferença entre direito e não direito – e esta é a tese que gostaria de desenvolver a seguir – é possível que surja um direito que “sabe sobre si mesmo”*.⁹

Para isso, requer-se uma “modéstia sobre o que não se conhece”, que acabe com as auto-incenações dos “conhedores do direito verdadeiro”.¹⁰ A autonomia do direito não é garantida por meio da acumulação de conhecimento dos especialistas, mas sim apenas quando o direito da sociedade mundial contrapõe-se às tendências de mercantilização, estatização,

⁷ Max Weber afirma que aquilo que o jurista com seu acervo conceitual não pode “construir”, não podendo “pensá-lo”, portanto, não pode existir juridicamente. Marx Weber, *Economia e Sociedade*, 3ed., Universidade de Brasília, 2004, p. 32.

⁸ Sobre as questões paralelas no campo da estética econômica, ver, Steven Taylor und Hans Hansen: “Finding Form: Looking at the Field of Organizational Aesthetics”, in: *Journal of Management Studies* 42 (2005), p. 1211 ss.; além de Brigitte Biehl-Missal: *Wirtschaftsästhetik*, Wiesbaden 2011 e os artigos em: Stephen Lindstead und Heather Höpfl (Ed.), *The Aesthetics of Organization*, London 2000.

⁹ Christoph Menke: *Recht und Gewalt*, Berlin 2011, p. 102.

¹⁰ Bernd Rüthers: “Das Ungerechte an der Gerechtigkeit”, in: *Juristenzeitung*, 2009, p. 969 ss., aqui, p. 975.

militarização e cientificização da forma jurídica com um “próprio jurídico”;¹¹ quando conserva a ideia de emancipação humana e social e, em união com as forças da sociedade civil, atua para sua efetividade.¹²

Pré-requisito para isso é que a racionalidade jurídica se confronte com seus outros; que ela enfrente as alturas e abismos da existência humana e social e, assim, recuse a tentação de “reduzir o problema que aqui se abre à distinção entre racional e irracional”.¹³ A racionalização do direito não consiste em relocalizar a “irracionalidade em instância primitiva do direito” por meio de um sistema jurídico puramente racional.¹⁴ Ao contrário, a racionalidade jurídica, como o sistema de comunicação socialmente diferenciado da economia, da política e da arte –, é (também) uma forma organizada da arracionalidade.¹⁵ No direito, Forças racionais e arracionais – e também sua parte negativa anti-racional/irracional – atuam conjuntamente. A criação de um tabu sobre a forma não racional impede que se forme uma imagem completa. Para tanto, é necessária a reflexão acerca dos momentos da comunicação social que são racionais e arracionais, semânticos e de força e, de sentido e sensibilidade:¹⁶ o conhecimento jurídico é conhecimento do direito, bem como de suas dimensões, consequências e condicionalidades racionais e arracionais – também sobre a falta de sabor, de sensibilidade e de tato frente às questões da emancipação social e humana.

¹¹ Quando Foucault afirma “que os processos de normalização colonizam cada vez mais os procedimentos da lei” e dessa forma “um tipo discurso arbitrário, espécie de poder e de saber, que sua sacralização científica tornaria neutros” seria necessário (Foucault, Em defesa da sociedade, Martins Fontes, 1999, p. 46), ele subestima o drama da colonização policêntrica com o qual o direito é confrontado frente a processos de normalização inconciliáveis.

¹² Também o motivo essencial para Hauke Brunkhorst em *Critical Theory of Legal Revolutions: Evolutionary Perspectives*, London 2014.

¹³ Luhmann: *Wissenschaft der Gesellschaft*, op. cit., p. 160.

¹⁴ Segundo Weber: *Economia e Sociedade*, op. cit., p. 143: “As qualidades formais do direito desenvolvem-se nesse processo a partir da combinação de um formalismo magicamente condicionado a uma irracionalidade determinada pela origem em revelações, no procedimento jurídico primitivo [...] rumo a uma racionalidade e sistemática jurídica crescentemente especializada e, portanto, lógica [...]”.

¹⁵ Ver também a crítica de Thomas Raiser sobre o conceito de racionalidade de Weber: “Nós devemos por consequência reconhecer a facticidade dos momentos irracionais e também considera-la como contribuição positiva sobre a vida individual e social” (“Max Weber und die Rationalität des Rechts”, *Juristenzeitung* 63, 2008, p. 853 ss., aqui p. 858).

¹⁶ Ver em Ernst Cassirer, o qual destaca a interconexão não dualista de sentido e sensorialidade. *Philosophie der symbolischen Formen*, vol.3: *Phänomenologie der Erkenntnis* (1929), Darmstadt 1982, p. 148 ss.); para uma reconstrução histórica, ver Klaus Holzkamp: *Sinnliche Erkenntnis. Historischer Ursprung und gesellschaftliche Funktion der Wahrnehmung*, Bodenheim 1989.

O *objetivo* de tal teoria do conhecimento jurídico é um direito que conhece os riscos da ocupação estrangeira e assim reflete tanto sobre a diferença entre direito e não-direito, quanto sobre o entrelaçamento entre racionalidade e arracionalidade. O *meio* dessa teoria do direito é a estética.¹⁷ É ela que tematiza as “conexões e contrastes, harmonias e correspondências, oposições e analogias”¹⁸ de uma forma que não separa o racional do irracional artificialmente. Uma abordagem desse tipo parece ser especialmente fértil para o desenvolvimento de uma teoria do conhecimento jurídico. Em seguida, eu gostaria, na primeira parte, de esboçar algumas das principais linhas do campo “direito e estética” (I). Em um segundo passo, irei associar essas linhas da teoria estética do direito com discussões sociológicas e filosóficas sobre estética (II), para, ao final, em um terceiro passo, indicar em que poderia consistir a mais-valia de uma tal associação para a ciência e práxis do direito (III).

1. Abordagens de uma estética do direito

A ideia de refletir esteticamente sobre o direito já não é há muito tempo nenhum “teste de coragem” acadêmico.¹⁹ Para uma história das ideias da estética do direito é suficiente retornar até Platão. Na *Politeia*, Platão conecta teoria do Estado à música em reflexões sobre organização da harmonia.²⁰ Tanto o Estado quanto a música deveriam proceder estético-

¹⁷ Ver também, Martti Koskeniemi: “Law’s (Negative) Aesthetic: Will it save us?”, in: *Philosophy and Social Criticism*, 2015, p. 1 ss., aqui p. 6.

¹⁸ Wolfgang Welsch: “Ästhetisierungsprozesse”, in: Idem: *Grenzgänge der Ästhetik*, Stuttgart 1996, p. 9 ss., aqui p. 28.

¹⁹ Christian Klein: “Ästhetik des Spiels als Ästhetik des Rechts”, in: Andreas von Arnould (Ed.): *Recht und Spielregeln*, Tübingen 2003, p. 273 ss., aqui p. 273; ver também Heather Hughes: “Aesthetics of Commercial Law. Domestic and International Implications”, in: *Louisiana Law Review* 67, 2007, p. 689 ss., e Katrin van Marle: “Liminal Landscape”, in: Idem, Stewart Motha (Ed.): *Genres of Critique. Law, Aesthetics and Liminality*, Steelenbosch 2013, p. 109 ss., aqui p. 112; e, por fim, ver a prognose de Dieter Simon: “A resistência dos juristas contra a equiparação da arte do direito e arte do discurso irá colapsar. Eles aceitarão suas técnicas de argumentação como retórica e honrarão novamente a forma, o estilo e a estética”, (*Recht als Rhetorik – Rhetorik als Recht, Recht im Kontext*. Working Paper 5/2012, p. 4); ver também as contribuições no número 1/2015 da Revista *Rechtsphilosophie*, e da mesma forma Anna Schimke: “Tagungsbericht Ästhetik und Recht”, in: *Juristenzeitung*, 2012, p. 567.

²⁰ Platão: “A República, livro III”, p. 398B-399C, e p. 410B-412E.

harmoniosamente. Também em Friedrich Schiller, encontra-se uma combinação de estética e teoria do Estado, que assume como ponto de partida a ideia grega de Paideia²¹ e enfatiza sua dimensão estética em relação à essência do Estado.²² Gustav Radbruch, já nos anos 1920, exigia que ciência do direito (*Jurisprudenz*) não se deixasse impedir de refeletir sobre a conexão entre direito e arte presente nesses trabalhos precedentes apesar da “especificidade dos campos da cultura” formados desde aquela época. Radbruch pleiteava por uma “estética do direito” que refletisse neste “cada mistura peculiar de frieza e incandescência”, cada presença simultânea da “pobreza de um estilo lapidar” e do “sentimento combativo do direito”.²³ O autor assume, nesse caso, uma perspectiva dupla, que virá também a ser característica de trabalhos posteriores no campo da estética jurídica,²⁴ como, por exemplo, o tratado de Heinrich Triepels, “*Do Estilo do Direito*”,²⁵ no qual, por um lado, são analisadas as formas de expressão artística do direito e, por outro, este é tratado como matéria da arte.²⁶

Nessa tradição, a estética do direito é concebida em primeira linha como estética literária do direito.²⁷ Jakob Grimm já indicava em seu texto, “*Da Poesia no Direito*”, que “direito e poesia levantavam juntos da mesma cama”.²⁸ Da mesma forma que a literatura, o direito queria, como descreve Hans Fehr em sua trilogia dos anos 1930, “*Arte e Direito*”,²⁹ tocar os destinatários do direito

²¹ Sobre a Paideia, ver a obra clássica de Werner Jaeger: *Paideia*, Vol. 1-3, Berlin 1934.

²² Friedrich Schiller, A Educação Estética do Homem numa série de cartas, Iluminuras, 2002 (“Ueber die ästhetische Erziehung des Menschen”), p. 27 ss.; ver também Hermann Blaese: “Schillers Staats- und Rechtsdenken”, in: Franz Beyerle, Karl Bader (Ed.): *Kunst und Recht. Festgabe für Hans Fehr*, Karlsruhe 1948, p. 48 ss.; da nova literatura sobre o tema, ver: Klaus Lüderssen: “*Dass nicht der Nutzen des Staats Euch als Gerechtigkeit erscheine. Schiller und das Recht*”, Frankfurt/M. 2007.

²³ Gustav Radbruch: *Rechtsphilosophie*, Reimpressão da 3ed. (1932), Heidelberg 1999, p. 104 ss. (106).

²⁴ Guter Überblick bei Thilo Tetzlaff: “Der Sound des Rechts. Rechtsästhetik und Rechtsakustik”, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 99, 2004, p. 85 ss..

²⁵ Heinrich Triepel: *Vom Stil des Rechts: Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts* (1947), Berlin 2007.

²⁶ Conferir sobre a perspectiva do movimento “Direito e Literatura”: Robert Weisberg: “The Law-Literature Enterprise”, in: *Yale Journal of Law & the Humanities* 1, 1988, p. 1 ss.; Klaus Lüderssen: *Produktive Spiegelungen*: Vol. 1: *Recht und Kriminalistik in der Literatur*, Frankfurt/M. 1998; Idem: *Produktive Spiegelungen*: Vol. 2: *Recht in Literatur, Theater und Film*, Berlin 2007.

²⁷ Ver Andreas von Arnould e Wolfgang Durner: “Heinrich Triepel und die Ästhetik des Rechts”, in: Triepel, *Vom Stil des Rechts*, op. cit., p. III ss., aqui, p. XI.

²⁸ Jakob Grimm, “Von der Poesie im Recht”, in: *Zeitschrift für die geschichtliche Rechtswissenschaft* 2 (1) 1816, p. 25 ss.

²⁹ Hans Fehr, *Das Recht im Bilde*, Zürich 1923; *Das Recht in der Dichtung*, Bern 1931; *Die Dichtung im Recht*, Bern 1939.

não apenas racional mas também emocionalmente, “alcançá-los em sua mais profunda alma”.³⁰ Estudos sobre direito e poesia que transcendem uma poética mítica do direito³¹ têm seu início nesse período.³²

Os autores clássicos da estética do direito³³ – como o movimento direito e literatura³⁴ – criticam o direito em termos estéticos.³⁵ O direito, a metodologia jurídica e as práticas de decisão jurídicas utilizam as formas da retórica, da arte, da arquitetura, do teatro.³⁶ Uma estética do direito, como aqui colocada, busca um direito que utiliza a estética como metáfora central principalmente para a metodologia e teoria da decisão.³⁷ Essas abordagens recusam acima de tudo as imputações de racionalidade das atuais teorias da decisão:³⁸ decisões normativas são *legi artis* justificadas racionalmente com referência à norma jurídica. Isso não significa, no entanto, que a decisão normativa tenha sido tomada racionalmente de fato.³⁹ Pelo contrário: a formação, a justificação e também as consequências das decisões jurídicas

³⁰ Fehr, *Die Dichtung im Recht*, op. cit., p. 293 ss..

³¹ Ver também, Fehr, *Die Dichtung im Recht*, op. cit., p. 240; sobre direito poético, ver também Klaus Schuhmacher: “Paradies – Wüste und zurück? Zur Mythopoetik des Rechts”, in: Michael Kilian (Ed.): *Dichter, Denker und der Staat*, Tübingen 1993, p. 263 ss., bem como as contribuições em in Heinrich Scholler, Silvia Tellenbach (Ed.): *Rechtssprichwort und Erzählgut*, Berlin 2002; sobre conhecimento jurídico contido na linguagem falada ver também Thomas Vesting: *Die Medien des Rechts: Sprache*, Weilerswist 2011, p. 101.

³² Josef Kohler: *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, 2ed., Berlin 1919; também Rainer Maria Kiesow: “Josef Kohlers Poesie”, in: Kohler, et. al. (Ed.): *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*. Frankfurt/M. 2005, p. 297 ss.; Sebastian Donat e outros.: “Zu Geschichte, Formen und Inhalten poetischer Gerechtigkeit”, in: Idem (Ed.): *Poetische Gerechtigkeit*, Düsseldorf 2012, p. 9 ss.; Susanne Kaul: *Poetik der Gerechtigkeit*, München 2008.

³³ Na literatura alemã, devem ser citados principalmente: Erik Wolf, *Das Wesen des Rechts in deutscher Dichtung*, Frankfurt/M. 1946; Eugen Wohlhaupter, *Dichterjuristen* Vol. 1-3, Tübingen 1953-1957; Erich Fechner: *Recht und Politik in Adalbert Stifters Witiko*, Tübingen 1952; Peter Schneider: “... ein einzig Volk von Brüdern”. *Recht und Staat in der Literatur*, Frankfurt/M. 1987; por final e sob o levantamento do campo do Direito e Literatura, Peter Häberle: “Begegnungen von Staatsrechtslehre und Literatur”, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 115, 1990, p. 83 ss., aqui p. 83.

³⁴ Ver, por exemplo, as contribuições em Michael Freeman e Andrew Lewis (Ed.): *Law and Literature*, Oxford 1999; Ian Ward: *Law and Literature: Possibilities and Perspectives*, Cambridge 2008.

³⁵ Para o Direito Internacional: Peter Goodrich: “On the Relational Aesthetics of International Law”, in: *Journal of the History of International Law* 10, 2008, p. 321 ss.; Ed Morgan: *The Aesthetics of International Law*, Toronto 2007, p. 116 ss..

³⁶ Ver, por exemplo, Kieran Dolin: *A Critical Introduction to Law and Literature*, Cambridge 2007.

³⁷ Conferir, James B. White: “What can a Lawyer learn from Literature?” in: *Harvard Law Review* 102, 1989, p. 2014 ss..

³⁸ Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1998, p. 832.

³⁹ Ver a crítica de Rüdiger Lautmann: *Justiz. Die stille Gewalt*, Frankfurt/M. 1972.

possuem não apenas dimensões racionais como também arracionais.⁴⁰ A compreensão tradicional do direito, frequentemente criticada em trabalhos de estética jurídica, resume o processo jurídico ao seu momento objetivante e racional e dedica-se, assim, apenas a um aspecto do direito.⁴¹

Essas perspectivas assumem reflexões da teoria da linguagem do direito.⁴² Elas indicam as dificuldades da vinculação do direito por meio da linguagem e examinam as diferentes tipos de narrativas do direito.⁴³ Isso afeta, por um lado, a operatividade interna do direito, por outro, da mesma forma, a limitação da própria linguagem. A tradução de conflitos sociais em linguagem jurídica, ou a constatação dessa tradição de pensamento da estética jurídica, aliena exatamente esses conflitos.⁴⁴

Dentre os textos do campo do “direito e literatura” há muitas outras correntes que tratam de aspectos estético-jurídicos – acima de tudo como crítica às encenações do direito e ao ocultamento das técnicas de poder e dominação a ele vinculadas. Assim, trabalhos do campo “música e direito” retomam não apenas a teoria da harmonia de Platão,⁴⁵ como comparam

⁴⁰ Nesse sentido, também Alessandra Asteriti: “Ugly, Dirty and Bad: Working Class Aesthetics Reconsidered”, in: *Law & Literature* 26, 2014, p. 191 ss., aqui p. 201: “There is an overlap here between the aesthetics of suffering and the aesthetics of legal judgement”.

⁴¹ Arnauld et al.: “Heinrich Triepel und die Ästhetik des Rechts”, in: *Vom Stil des Rechts*, op. cit., p. XXXVIII.

⁴² A partir da multiplicidade do campo da literatura, Kent Lerch: *Lesarten des Rechts. Sprache und Medien der Jurisprudenz*, Berlin 2008; Thomas Seibert: “Der aktuelle Stil der juristischen *différance*”, in: Heinrich Plett (Ed.): *Die Aktualität der Rhetorik*, München 1996, p. 120 ss.; “Goethe in der Tradition juristischer Rhetorik”, in: Klaus Lüderssen (Ed.): *Die wahre Liberalität ist Anerkennung. Goethe und die Jurisprudenz*, Baden-Baden 1999, p. 319 ss..

⁴³ Ver também os artigos em: Peter Brooks und Paul Gerwitz (Ed.): *Law’s Stories. Narrative and Rhetoric in Law*, New Haven, CT 1996; Gerald Wetlaufer: “Rhetoric and Its Denial in Legal Discourse”, in: *Virginia L. Rev.* 76, 1990, p. 1545 ss.; Katharina Gräfin von Schlieffen: “Rhetorik und rechtsmethodologische Aufklärung”, in: *Rechtstheorie* 32, 2001, p. 175 ss.; Theodor Viehweg: *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München 1954; Thomas Seibert: *Zeichen. Prozesse. Grenzgänge zur Semiotik des Rechts*, Berlin 1996; ver além disso os artigos já em Friedrich Müller (Ed.): *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlin 1989.

⁴⁴ James Boyd White: *Justice as Translation*, Chicago, IL 1990.

⁴⁵ Cornelia Vismann: *Das Schöne am Recht*, Berlin 2012, p. 7 ss.; Marie Theres Fögen: *Das Lied vom Gesetz*, München 2006; Jerome Frank: “Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation”, in: *Columbia Law Review* 47, 1947, p. 1259 ss.; Sanford Levinson und Jack Balkin: “Law, Music, and Other Performing Arts”, in: *University of Pennsylvania Law Review* 139, 1991, p. 1597 ss.; Ulrich Haltern: “Musik (und Recht) heute: eine rhapsodische Collage”, in: Volker Epping (Ed.): *Brücken bauen und begehen. FS für Knut Ipsen zum 65. Geburtstag*, München 2000, p. 651 ss.; Peter Gabel, Duncan Kennedy: “Roll over Beethoven”, in: *Stanford Law Review* 36, 1984, p. 1 ss.; Sara Ramshaw: *Justice as Improvisation: The Law of the Extempore*, Oxford 2013; Desmond Manderson: *Songs without Music. Aesthetic dimensions of Law and Justice*, Berkeley, CA 2000; James Parker: “The Musicology of Justice”, in: M. J. Grant,

formas de interpretação jurídicas e musicais.⁴⁶ Para além destes, outros estudos destacam as relações entre direito e dança.⁴⁷ Análises cunhadas no âmbito do *situacionismo* dedicam-se ao direito como espetáculo⁴⁸ e à relação de direito e teatro.⁴⁹ Contribuições do campo do “direito e imagem”⁵⁰ revelam as estratégias visuais do discurso jurídico⁵¹ e da prática forense.⁵² Outras investigações destacam a conexão entre direito e arte visual,⁵³ direito e arquitetura,⁵⁴ direito e filme,⁵⁵ direito e novas mídias,⁵⁶ bem como direito e o jogo.⁵⁷

Férdia J. Stone-Davis (Ed.): *The Soundtrack of Conflict*, Hildesheim 2013, p. 211 ss.; “The Soundscape of Justice”, in: *Griffith Law Review* 20, 2011, p. 962 ss.; ver ademais as contribuições para o simpósio: “The Modes of Law: Music and Legal Theory – An Interdisciplinary Workshop”, in: *Cardozo Law Review* 20, 1999, p. 1325 ss.; Bernhard Weck: “Euch werde Lohn in bessern Welten! – Ludwig van Beethoven und die Entwicklung moderner Menschenrechts- und Verfassungsutopien”, in: Hermann Weber (Ed.): *Literatur, Recht und Musik*, Berlin 2007, p. 48 ss.

⁴⁶ Ver, Günter Hirsch: “Der Richter wird’s schon richten”, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2006, p. 161, e Christoph Möllers: “Mehr oder weniger virtuos – Der Mann am Klavier: Was spielt BGH-Präsident Hirsch?”, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 26.10.2006, p. 37; também, Bernd Rütters: “Deckel zu! Richter sind keine Pianisten”, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 27.12.2006, p. 31.

⁴⁷ Susanne Baer: “Getanzte Konstitutionalisierung. Human Writes und in Menschenrechten inbegriffene Ausschlüsse”, in: *Kritische Justiz*, 2010, p. 470 ss.

⁴⁸ Gary Watt: “Law Suits: Clothing as the Image of Law”, in: Leif Dahlberg (Ed.): *Visualizing Law and Authority. Essays on Legal Aesthetics*, Berlin 2012, p. 23 ss.; Angus McDonald: “The New Beauty of a Sum of Possibilities”, in: *Law and Critique* 8, 1997, p. 141 ss.; Christo Stanley: *Urban Excess and the Law*, London 1996; Peter Winn, “Legal Ritual”, in: Roberta Kevelson (Ed.), *Law and Aesthetics*, New York 1992, p. 401 ss. [NT: O movimento situacionista, ou Internacional Situacionista, surgiu nos anos 1960 na Europa, com inspiração político e artística. Visava formas de intervenção cultural na cena de esquerda da época como, por exemplo, a estratégia da guerrilha de comunicação.]

⁴⁹ Cornelia Vismann: “Vor ihren Richtern nackt”, in: Friedrich Kittler und Cornelia Vismann: *Vom Griechenland*, Berlin 2001, p. 39 ss.

⁵⁰ Ver os artigos em, Leif Dahlberg (Ed.): *Visualizing Law and Authority. Essays on legal aesthetics*, Berlin 2012; Costas Douzinas, Lynda Nead (Ed.): *Law and the Image. The authority of Art and the Aesthetics of Law*, London, Chicago, IL 1999; Linda Merrill: *A Pot of Paint: Aesthetics on Trial in Whistler v. Ruskin*, Washington 1993; Les Moran: “Transcript and Truth: Writing the Trials of Oscar Wilde”, in: Joseph Bristow (Ed.): *Oscar Wilde and Modern Culture: The Making of a Legend*, Athens, OH 2008, p. 234 ss.; Günter Frankenberg: “Der normative Blick. Recht, Ethik und Ästhetik der Bilderverbote”, in: Günter Frankenberg, Peter Niesen (Ed.): *Bilderverbot*, Münster 2004, p. 1 ss.

⁵¹ Horst Bredekamp: *Thomas Hobbes visuelle Strategien. Der Leviathan: Das Urbild des modernen Staates und seine Gegenbilder*, Berlin 1999, p. 56 ss.; klassisch Zenon Bankowski, Geoff Maugham: *Images of Law*, London 1976.

⁵² Thomas Keenan, Eyal Weizman: *Mengele’s Skull. The Advent of a Forensic Aesthetics*, Berlin 2012.

⁵³ George Karavokyris: “The Art of Law”, in: *Law & Critique* 25, 2014, p. 67 ss.; Igor Stramignoni: “Seizing Truths: Art, Politics, Law”, in: Oren Ben-Dor (Ed.): *Law and Art. Justice, Ethics and Aesthetics*, New York 2011, p. 73 ss.

⁵⁴ Piyel Haldar: “Acoustic Justice”, in: Lionel Bentley, Leo Flynn (Ed.): *Law and the Senses. Sensational Justice*, London 1996, p. 123 ss.; “The Function of Ornament in Quintillian, Alberti and Court Architecture”, in: *Law and the Image*, op. cit., p. 117 ss.; Linda Mulchay: *Legal Architecture: Justice, Due Process and the Place of Law*, London 2011; ver também as contribuições em Jonathan Simon, Nicholas Temple & Renée Tobe (Ed.): *Architecture and Justice: Judicial Meanings in the Public Realm*, Farnham 2013.

O traço dominante dessas investigações consiste na influência de forças irracionais sobre o direito⁵⁸ e na possibilidade que as paixões⁵⁹ e o subconsciente⁶⁰ sejam dotadas de validade no direito.⁶¹ Em trabalhos sobre sentimento jurídico e emocionalidade do direito sustentou-se exatamente nesse sentido.⁶² A metodologia jurídica⁶³ discute de diversas formas a suspeita de que uma força inconsciente também atua no direito, de que pode determinar o “julgamento ao contrário da entendimento”⁶⁴: o decisionismo *ex nihilo* de Carl Schmitt, a pré-compreensão de Josef Esser,⁶⁵ pesquisas sociológicas conduzidas por juristas, que acima de tudo têm por objetivo descobrir e esclarecer metodologicamente a porcentagem do não-racional na decisão jurídica e na criação do direito.⁶⁶ Pesquisas atuais sobre direito multisensorial⁶⁷ e sobre as dimensões tácteis da estética jurídica⁶⁸ assumem

⁵⁵ Steve Greenfield, Guy Osborn & Peter Robson: *Film and the Law. The Cinema of Justice*, Oxford 2010; Austin Sarat et al.: *Law on the Screen*, Stanford, CA 2005; Desmond Manderson: *Kangaroo Courts and the Rule of Law*, London 2012.

⁵⁶ Richard Sherwin: *Visualizing Law in the Age of Digital Neo-Baroque*, London 2011.

⁵⁷ Andreas von Arnould: “Recht – Spiel – Magie”, in: Idem (Ed.): *Recht und Spielregeln*, Tübingen 2003, p. 101 ss. (102f.). Conferir o mesmo para outras evidências.

⁵⁸ Jack M. Balkin: “Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice”, in: *Michigan Law Review* 92, 1994, p. 1131 ss.

⁵⁹ A partir da perspectiva dos Critical Legal Studies: Roberto Unger: *Passion*, New York 1984.

⁶⁰ Ver os artigos em Peter Goodrich (Ed.): *Law and the Unconscious. A Legendre Reader*, London 1999.

⁶¹ Direito, segundo descrito por Richard Sherwin, seria composto de “powerful impersonal forces, strange forms of reason, and unfamiliar ritual practices” (*When Law goes Pop. The Vanishing Line between Law and Popular Culture*, Chicago, IL 2000, p. 191).

⁶² Em vez de todos, ver, Eugen Ehrlich: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1931), Berlin 1989, p. 150.

⁶³ Allen Mendenhall: “Dissent as Site of Aesthetic Adaptation in the Work of Oliver Wendell Holmes Jr.”, in: *British Journal of American Legal Studies* 1, 2012, p. 517 ss.; sobre direito enquanto um “conceito anti-racional, quase místico”, ver Daniel J. Boorstin: *The Mysterious Science of the Law. Essays on Blackstone’s Commentaries*, Gloucester 1973, p. 99.

⁶⁴ Christoph Menke: *Kraft. Ein Grundbegriff ästhetischer Anthropologie*, Frankfurt/M. 2008, p. 19.

⁶⁵ Ver Josef Esser: *Vorverständnis und Methodenwahl*, 2ed., Kronberg 1972.

⁶⁶ Ver também Carol Sanger: “Legislating with Affect: Emotions and Legislative Law Making”, in: James Flaming (Ed.): *Passions and Emotions*, New York 2013, p. 38ss.; Malte Gruber: “Normen der Empathie. Zur Einfühlung”, in: Idem, Stefan Häußler (Ed.): *Normen der Empathie*, Berlin 2012, p. 9 ss.; Andrés Sajó: *Constitutional Sentiments*, New Haven, CT 2011; sobre a ocorrência da “Declaração de Rights and Sentiments” de 1848 mencionada nesse contexto, ver Lisa Tetrault: *The Myth of Seneca Falls. Memory of the Women’s Suffrage Movement*, Chapel Hill, NC 2014.

⁶⁷ Colette Brunschwig: “Multisensory Law and Legal Informatics – A Comparison of How These Legal Disciplines Relate to Visual Law”, in: Anton Geist et al. (Ed.): *Strukturierung der Juristischen Semantik – Structuring Legal Semantics, Festschrift für Erich Schweighofer*, Bern 2011, p. 573 ss.; para uma leitura crítica, Klaus Röhl: “Zur Rede vom multisensorischen Recht”, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 33, 2013, p. 51 ss.; afirma que “as características jurídicas relevantes [podem] possuir caráter sensorial visível”, Max Weber já destacava: “A adesão a essas características externas - por exemplo, que determinada palavra foi dita, uma assinatura foi aposta, um ato

esse ponto de partida: segundo elas, a criação do direito e a decisão jurídica possuem um momento não-racional além de toda racionalidade.

A identificação de tais processos estéticos fundamentais conecta ela mesma conceitos tão diferentes como a “estética transcendental”⁶⁹ de Kant, a filosofia estética de Nietzsche (“o instinto de verdade”, o “sentimento de verdade”)⁷⁰ e a teoria da decisão de Niklas Luhmann.⁷¹ O apelo de Luhmann à “capacidade de julgamento na questão do sabor do direito” reafirma⁷² que o ato de decidir normativo não é normalmente nem um mero processo cognitivo de descoberta do direito correto,⁷³ nem um reinar a posteriori da força institucional encoberto por razões:⁷⁴ “sem distinções, ou seja, com intuição, surgem apenas anjos e fanáticos”.⁷⁵

No ato de decidir normativo reúnem-se forças motrizes racionais e não-racionais.⁷⁶ Kant já previa a combinação entre forças racionais e arracionais quando concebeu⁷⁷ o juízo do gosto estético como “a combinação duas forças

simbólico com significado definitivamente estabelecido foi realizado - constitui a forma mais rigorosa do formalismo jurídico.” (Economia e Sociedade, op. cit, p. 13).

⁶⁸ Alison Young: “Arrested by the Image”, in: *New York Law School Law Review*, 2012, p. 77 ss.

⁶⁹ Immanuel Kant, *Crítica da Razão Pura*, Vozes, 2002, A 21 B 36; uma leitura “estética” clássica de Kant pode ser encontrada em Gilles Deleuze: *Kants kritische Philosophie*, Berlin 1990.

⁷⁰ Friedrich Nietzsche, *Sobre a Verdade e a Mentira no sentido extra-moral*, Hedra, 2007, p. 16.

⁷¹ Niklas Luhmann: “Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung”, in: Idem, *Soziologische Aufklärung*, 3ed., Wiesbaden 2008, p. 229 ss., aqui p. 234; Luhmann: *Wissenschaft der Gesellschaft*, op. cit..

⁷² Niklas Luhmann, *Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1993, p. 577, ver nota 50.

⁷³ Ver as contribuições em Friedrich Müller, Rainer Wimmer (Ed.): *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, Berlin 2001; também, Friedrich Müller, Ralph Christensen, Michael Sokolowski: *Rechtstext und Textarbeit*, Berlin 1997; Sabine Müller-Mall: *Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung*, Weilerswist 2012.

⁷⁴ Assim, porém, Joseph Hutcheson: “The Judgment Intuitive: The Function of the ›Hunch‹ in Judicial Decision”, in: *Cornell Law Quarterly* 14, 1929, p. 274 ss.; Julia Hänni: *Vom Gefühl am Grund der Rechtsfindung*, Berlin 2011, p. 168; Albert Ehrenzweig: *Psychoanalytic Jurisprudence. On Ethics, Aesthetics, and ›Law‹*, Leiden 1971, p. 153.

⁷⁵ Niklas Luhmann: “Weltkunst”, in: Jürgen Gerhards (Ed.): *Soziologie der Kunst*, Opladen, 1997, p. 55 ss., aqui, p. 70; ver também, Idem, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1988, p. 122, nota 56: “A intuição foi sempre uma habilidade dos seres superiores – primeiro dos anjos, hoje das elites”. Sobre conhecimento implícito, ver também, Gerd Gigerenzer: *Bauchentscheidungen. Die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition*, München 2007.

⁷⁶ Nesse sentido, também Jacques Derrida: “Força e Significação”, em, Idem, *A Escritura e a Diferença*, Perspectiva, 2009, p. 11 ss.

⁷⁷ Ver também, Ino Augsberg: “Das moralische Gefühl in mir. Zu Kants Konzeption menschlicher Freiheit und Würde als Auto-Heteronomie”, in: *Juristenzeitung* 68, 2013, p. 533 ss.; também, Rudolf Makkreel: “Relating Kant’s Theory of reflective judgment to the law”, in: *Washington University Jurisprudence Review* 2013, 6, p. 147 ss.; Douglas Edlin: “Kant and the Common Law: Intersubjectivity in Aesthetic and Legal Judgment”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 23, 2010, p. 429 ss.

da ideia, a imaginação [...] e o entendimento”.⁷⁸ É esta unidade não-hierárquica da diferença entre capacidade e a faculdade de julgar que caracteriza a distinção estética e, dessa forma, também a jurídica.⁷⁹ Por um lado, a reflexão racional deixa-se levar pelo sentir estético-sensitivo, por outro, o julgamento refletido racionalmente torna-se objeto da expressão estética efêmera.⁸⁰

2. Estética sociológica do direito

Até hoje, a mais-valia jurídica das abordagens convencionais do “direito e estética” é, no entanto, muito limitada.⁸¹ Normalmente, tais trabalhos conseguem desmascarar as imputações de racionalidade do direito em seus mitos e revelar as implicações da teoria do poder encobertas por meio dessas encenações. Uma grande parte desses trabalhos se limita, contudo, a uma crítica externa do direito e não retira dela nenhuma consequência para sua prática. As referências à prática jurídica existente anteriormente mencionadas terminam não raramente em uma contribuição sobre metodologia ou doutrina legislativa em geral, na qual exige-se a observação de critérios estéticos – como coerência e estilo de linguagem – para o processo de criação do direito.⁸² Para ampliar a perspectiva desses trabalhos, é necessário buscar por caminhos que inscrevam a reflexão estética no direito. A partir do interior do

⁷⁸ No entanto, ao final, subordinou a lógica da imaginação à da capacidade. Immanuel Kant, “Crítica da Faculdade do Juízo”, *Forense Universitária*, 2012, § 35 B, p. 133..

⁷⁹ George Karavokyris: “The Art of Law”, in: *Law & Critique* 25, 2014, p. 67 ss.; Todd Kesselman “The Critique of Judgment. An interest in the Impossible”, in: *Washington University Jurisprudence Review* 6, 2013, p. 59 ss.

⁸⁰ Christoph Menke: *Die Kraft der Kunst*, Berlin 2013, p. 70.

⁸¹ Ver a crítica a todos os tipos de aberração, também em Benjamin Kram: “Rumpelstilzchen”, in: *Rechtsgeschichte* 2008, p. 237 ss., aqui p. 237: “... até que a combinação entre ‘direito e Rumpelstilzchen’ tenha penetrado”. Ver também Dieter Simon: “Knäule”, in: *Rechtsgeschichte* 2006, p. 213 ss., aqui p. 216f.; também a crítica de Richard Posner: *Law and Literature. A misunderstood Relation*, Cambridge 1988, p. 79. [NT: “Rumpelstilzchen” ou “Rumpelstiltskin” é personagem de um dos contos dos irmãos Grimm, traduzido para o português como “O Anão Saltador”].

⁸² À época, já em Karl N. Llewellyn: “On the Good, the True, the Beautiful in Law”, in: *University of Chicago Law Review* 9, 1942, p. 224 ss.; a partir da literatura alemã: Peter Lerche: “Stil, Methode, Ansicht. Polemische Bemerkungen zum Methodenproblem”, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 1961, p. 690 ss.; Paul Kirchhof: “Sprachstil und System als Geltungsbedingung des Gesetzes”, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, p. 2760 ss.

direito, uma tal reflexão deveria tematizar as relações de seu campo de autonomia frente ao seu outro, o não direito.⁸³ A crítica dessa racionalidade instrumental ou funcional deve ser realizada por meio dessa racionalidade, através da sua própria autorreflexão.

2.1. Estética sociológica

A forma de observação estética dedica-se à reflexão do estético. As abordagens precedentes conduzidas de forma ontológica desenvolvem a estética a partir do objeto estético – ou seja, da arte, da natureza ou do sublime. A elas subjaz, desde Baumgarten, uma teoria das faculdades sensíveis do sujeito que dedica-se a estes objetos esteticamente.⁸⁴ Novas abordagens, por outro lado, escolhem o caminho inverso. Segundo estas, a estética, enquanto teoria do estético, produz o objeto apenas como “estético”.⁸⁵ Para elas, a estética marca um processo de busca no centro do qual não está a estética dos elementos, mas sim a das relações.

As teorias sociológicas do estético tampouco adotam uma perspectiva ontológica. Sua intenção não é superar a importância do estético nas estruturas sociais.⁸⁶ Seu objetivo é muito mais revelar o caráter duplo dos processos de racionalização sociais e descrever a relação dos domínios de racionalidade diferenciados em relação à sociedade e aos homens. Essa motivação manifesta-se principalmente na sociologia da música de Theodor W. Adorno, quando o autor refere-se a tese da racionalização de Max Weber, mas a corrige ao insistir que a racionalidade pode se formar “apenas por meio da reflexão sobre a totalidade social, que se expressa em todas as divisões especiais do espírito, como em todas as áreas separadas uma das outras pela

⁸³ Ver também Menke, *Recht und Gewalt*, op. cit., p. 40, que localiza a violência do direito nessa diferença.

⁸⁴ Alexander Gottlieb Baumgarten: *Ästhetik (1750)*, traduzido e organizado por Dagmar Mirbach, Vol. 2, Hamburg 2007.

⁸⁵ Menke: *Kraft*, op. cit., p. 8; Norbert Schneider: *Geschichte der Ästhetik von der Aufklärung bis zur Postmoderne*, 5ed., Stuttgart 2010, p. 251 ss.

⁸⁶ Ver a crítica de Rainer Maria Kiesow: “Ach ist das Recht schön! Ach...”, in: *myops* 21, 2014, p. 60 ss.

divisão do trabalho”.⁸⁷ Adorno compreende por estética o esquema de reflexão sobre a relação de cada domínio de racionalidade social frente à totalidade social e também o próprio pensar sobre o não racional a ela vinculado.⁸⁸ Por meio da música, sua morfologia material persegue o arracional no mundo racionalizado. Adorno utiliza as relações musicais para explicitar, a partir de seus exemplos, como uma sociedade pode ser organizada de forma emancipatória.⁸⁹

Nessa forma de observação, a estética e as esferas sociais – como o direito – não representam domínios exclusivos que poderiam ser associados de qualquer forma um ao outro em uma combinação de “direito e estética”. A análise das dimensões estéticas do direito conduz cada vez mais à questão sobre como o direito autônomo se relaciona com a sociedade e com os homens; sobre como se molda⁹⁰ a relação entre matéria e forma do direito.⁹¹ A estética sócio-jurídica enriquece as abordagens sobre essa relação por meio da introdução da sensibilidade.⁹² Desde Georg Simmel, a estética de marca sociológica considera que, em toda a gênese racionalista da forma, “a vida é

⁸⁷ Theodor W. Adorno: *Einleitung in die Musiksoziologie*, in: *Adorno Gesammelte Schriften*, Vol. 14, Frankfurt/M. 1973, p. 169 ss., aqui p. 409. Nesse ponto, acrescenta Jürgen Habermas ao criticar Horkheimer e Adorno, que sua análise da “moderidade estética” a partir de Nietzsche os teria conduzido a um “ceticismo inescrupuloso da razão” (“Die Verschlingung von Mythos und Aufklärung: Horkheimer und Adorno”, in: Idem, *Der philosophische Diskurs der Moderne*, Frankfurt/M. 1985, p. 130 ss.). Isso faz julgar incorretamente o caráter dialético na sociologia estética de Adorno, que não joga a-razionalidade e racionalidade uma contra outra, ao contrário, as combina. No mesmo sentido, compreende-se a crítica que a crítica a Adorno se aplicaria a Georg Lukács (*Die Zerstörung der Vernunft*, Berlin 1954; “Erpreßte Versöhnung”, in: Idem, *Noten zur Literatur*, AGS 11, Frankfurt/M. 1974, p. 251 ss., aqui, p. 252; ver ademais Terry Eagleton: *The Ideology of the Aesthetic*, Oxford 1990, p. 341 ss.).

⁸⁸ Theodor W. Adorno: “Ideen zur Musiksoziologie”, in: Tibor Kneif (Ed.): *Texte zur Musiksoziologie*, Köln 1975, p. 67 ss., aqui p. 70: “A racionalização da música [...] designa, portanto, apenas um entre seus aspectos sociais, como a própria racionalidade, esclarecimento (*Aufklärung*), restitui um momento sempre na sociedade “natural” e irracional”.

⁸⁹ Tia DeNora: *After Adorno. Rethinking Music Sociology*, Cambridge 2003, p. 13; ver também Susanne Kogler: “Adornos Musikphilosophie in Frankreich”, in: *Musik und Ästhetik* 64, 2012, p. 88 ss., aqui p. 95.

⁹⁰ Assim, para Jean Marie Guyau, o caráter estético das impressões sensoriais depende “menos de sua origem, ou melhor, de seu material [...], mas sim da *forma*” (Jean Marie Guyau: *Die Kunst als soziologisches Phänomen* (1889), Berlin 1987, p. 36; conferir, Kurt Blaukopf: *Musik im Wandel der Gesellschaft*, München 1984, p. 296 ss.).

⁹¹ Sobre essa relação ver, Christoph Menke: *Stoff und Form. Die doppelte Selbstreflexion des Rechts*, Manuskript 2015, no prelo.

⁹² Já Parsons, que concebia a sociologia antes de tudo como a ciência do não-racional (em contraposição à racionalidade da ação), mas destacou, em seus trabalhos posteriores, o entrelaçamento dos momentos constituintes racional e não-racional de formas iguais. Conferir em, Talcott Parsons, Gerald Platt: *The American University*, New York 1973, p. 93 e a concepção instrutiva de Rudolf Stichweh: “Rationalität bei Parsons”, in: *Zeitschrift für Soziologie* 9, 1980, p. 54 ss., aqui p. 60, 73.

ainda absolutamente compulsiva, emocional e irracional”.⁹³ Sem dissolver a simetria do racional e do arracional em uma das duas direções, a estética sociológica deve poder estudar como processos e estruturas afetivos são parte dos sistemas sociais, e, por sua vez, como estes sistemas reagem aos processos afetivos.⁹⁴

Uma análise estética do direito pode contribuir dessa forma com a discussão internacional sobre emocionalidade⁹⁵ ou sobre o sabor do direito.⁹⁶ A reflexão estética do direito oferece o potencial de refinar⁹⁷ a sensibilidade jurídica para afetos, sentimentos e forças inconscientes que atuam no sistemas sociais.⁹⁸

⁹³ Georg Simmel, “Soziologische Ästhetik” (1896), in: Idem, *Soziologische Ästhetik*, Bodenheim 1998, p. 77ss., aqui p. 81.

⁹⁴ Andreas Reckwitz: “Praktiken und ihre Affekte”, in: *Mittelweg* 36, 2015, p. 27 ss.; Helmut Staubmann: *Die Kommunikation von Gefühlen. Ein Beitrag zur Soziologie der Ästhetik*, Berlin 1995.

⁹⁵ Ver Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos: “Atmospheres of Law: Senses, affects, lawscapes”, in: *Emotion, Space and Society* 7, 2013, p. 35 ss.; Terry A. Maroney: “Law and Emotion”, in: *Law Hum Behav* 30, 2006, p. 119 ss.

⁹⁶ Ver, Julia Chrystostalis et. al. (Ed.): “Introduction: Law and Taste”, in: *Non Liqueur: The Westminster Online Working Papers Series, Law and the Senses Series: The Taste Issue* 2013, p. 3 ss.; ver também as contribuições em Lionel Bently, Leo Flynn (Ed.): *Law and the Senses: Sensational Jurisprudence*, London 1996; Bernard J. Hibbits: “Coming To Our Senses: Communication And Legal Expression In Performance Cultures”, *Emory Law Journal* 41, 1992, p. 873 ss.; Emily Grabham: “Shaking Mr Jones: Law and Touch”, in: *International Journal of Law in Context* 5, 2009, p. 343 ss.; Davina Cooper: “Reading the State as a Multi-Identity Formation: The Touch and Feel of Equality Governance”, in: *Feminist Legal Studies* 19, 2011, p. 3 ss.

⁹⁷ Helmut Staubmann: *Ästhetik – Aisthetik – Emotionen. Soziologische Essays*, Konstanz 2008, p. 21; sobre força ver, Menke: *Kraft*, op. cit., p. 46 ss.; sobre sociologia do afeto, ver Ben Highmore: “Bitter after Taste: Affect, Food, and Social Aesthetics”, in: Melissa Gregg et. al. (Ed.): *The Affect Theory Reader*, London 2010, p. 118 ss.; Brian Massumi: *Parables for the Virtual: Movement, Affect, Sensation*, London 2002; “Fear (The Spectrum Said)”, in: *positions* 13 (1), 2005, p. 31 ss.; Sven Opitz: “Zur Soziologie der Affekte: Resonanzen epidemischer Angst”, in: Joachim Fischer et. al. (Ed.): *Kultursoziologie im 21. Jahrhundert*, Wiesbaden 2014, p. 267 ss.

⁹⁸ Da perspectiva da Teoria dos Sistemas, ver Veith Selk, Karsten Malowitz: “Angst in Bielefeld. Über ein ausgeschlossenes Gefühl in der Systemtheorie”, in: *Mittelweg* 36, 2015, p. 92 ss.; Luc Ciompi: “Ein blinder Fleck bei Niklas Luhmann? Soziale Wirkungen von Emotionen aus Sicht der fraktalen Affektlogik”, in: *Soziale Systeme* 10, 2004, p. 21 ss.; ver também, Fritz Simon: “Zur Systemtheorie der Emotionen”, in: *Soziale Systeme* 10, 2004, p. 111 ss.; Michael Urban: “Systemtheoretische Annäherungen an das Konzept der Emotionen”, in: Schnabel et. al. (Ed.): *Emotionen, Sozialstruktur und Moderne*, Wiesbaden 2012, p. 93 ss.

2.2. A constituição estética do direito

Teorias de justificação metafísicas, éticas e lógicas para o direito em sentido amplo foram elaboradas. No entanto, não há até agora nenhuma empreendimento teórico comparável que analise sistematicamente a constituição estética do direito.⁹⁹

Em todo o caso, a ciência jurídica em sua dogmática abre-se de forma hesitante à estética jurídica. Por muito tempo, essa considerou as análises estéticas como não-jurídicas e reafirmou “que a estética caracteriza um aspecto essencial de conteúdo da literatura, enquanto a normatividade identifica a dimensão decisória de conteúdo dos textos jurídicos”.¹⁰⁰ De fato, uma equiparação imediata da comunicação estética e jurídica é inadequada, pois uma estética sociológica do direito não pode reivindicar padrões para desenvolver o direito fora do direito e ao mesmo tempo compreendê-lo. A estética sociológica do direito pode, no entanto, em um movimento reflexivo a partir do interior da forma jurídica, abrir um novo olhar sobre o outro da racionalidade do direito, sobre seus lados reprimidos e frequentemente não tematizados.¹⁰¹ Com seus instrumentos, a forma de atuar das forças racionais e não-rationais – ou seja, as dimensões estéticas da constituição da realidade – pode ser refletida no direito.¹⁰² Estudos sobre a questão certamente já foram desenvolvidos, principalmente em trabalhos que exploram as conexões entre a ética e a estética.¹⁰³ Como resultado trata-se de um acoplamento estrutural da

⁹⁹ Ver já as análises de Richard F. Wolfson: “Aesthetics in and about the Law”, in: *Kentucky Law Journal* 33, 1944-45, p. 33 ss.

¹⁰⁰ Susanne Bleich: “Die literarische und die juristische Hermeneutik”, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 42, 1989, p. 3197 ss. (3199); também, Heinz Wagner: “Interpretation in Literatur- und Rechtswissenschaft”, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 165, 1965, p. 520 ss., aqui p. 551: “Estética não é um conceito jurídico, categorias estéticas não constroem nenhum padrão para uma eventual avaliação da lei”.

¹⁰¹ Helge Dedek: “Die Schönheit der Vernunft. (Ir-)Rationalität von Rechtswissenschaft in Mittelalter und Moderne”, in: *Rechtswissenschaft* 2010, p. 58 ss., aqui p. 82: “A maneira atual de pensar o moderno como triunfo da razão, levou, por um lado, a alienar-se do pré-moderno, a reduzir suas conquistas intelectuais; por outro, também levou a subestimar os lados irracional e sim míticos dessa tradição da razão tradicionalmente em seu próprio significado”.

¹⁰² Wolfgang Welsch: “Ästhetische Grundzüge im gegenwärtigen Denken”, in: Idem, *Grenzgänge der Ästhetik*, op. cit., p. 62 ss., aqui p. 98.

¹⁰³ Ver, por exemplo, Wolfgang Welsch: “Ästhetik/hik. Ethische Implikationen und Konsequenzen der Ästhetik”, in: Idem, *Grenzgänge der Ästhetik*, op. cit., p. 106 ss.; Carrol Clarkson: *Drawing the Line. Toward an Aesthetics of transitional Justice*, New York 2014, p. 88 ss.; Costas Douzinas,

estética sociológica enquanto ciência com o sistema jurídico – ou seja, de um esclarecimento estético do direito que tem o potencial de refinar os padrões de percepção e os programas de decisão do direito.¹⁰⁴

Nesses casos, estudos estéticos do direito são carregados normalmente de certo negativismo.¹⁰⁵ Com o objetivo de revelar e desconstruir os fundamentos místicos da autoridade,¹⁰⁶ desmistificam o malabarismo jurídico com a dogmática e conceitos como: “*desencantamento do mundo jurídico*, crepúsculo dos deuses e ídolos e desmitologização, do espírito do homem e, com isso, também do direito”.¹⁰⁷ Eles contrapõem-se às “fórmulas vazias gigantescas, radiantes”, decifram os fundamentos do direito que são “falsos, porém sedutores”¹⁰⁸ e se concentram, sobretudo, sobre a eventual falta de sabor do direito.¹⁰⁹ Dessa forma, por exemplo, Heinrich Triepel leu esteticamente a fórmula de Radbruch¹¹⁰ contra o traço moralista e, com referência às leis raciais de Nuremberg, conferiu efetividade externa a um direito horroroso, preenchido com nojo e repugnância.¹¹¹ De forma semelhante, Martti Koskenniemi pleiteou compreender a diferenciação entre arte e *kitsch* para o direito de forma a desvelar suas formas *kitsch* e incorretas. Essas operariam, por exemplo, quando o direito “empenha a verdade tola e o sentimento nostálgico por uma humanidade abstrata de modo a encobrir a morte”.¹¹² Niklas Luhmann também observou a estética do direito quando,

Ronnie Warrington (Ed.): *Justice Miscarried: Ethics, Aesthetics and the Law*, Edinburgh 1996; Herbert Grabes: “Ethics, Aesthetics, and Alterity”, in: Gerhard Hoffmann, Alfred Hornung (Ed.): *Ethics and Aesthetics. The Moral Turn of Postmodernism*, Heidelberg 1996, p. 13 ss.; Melanie Williams: “Euthanasia and the Ethics of Trees. Law and Ethics through Aesthetics”, in: *The Australian Feminist Law Journal* 10, 1998, p. 109 ss.; Lon Fuller: *The Morality of Law*, 2. überarb. Aufl., New Haven, CT 1969, p. 14f.

¹⁰⁴ Ver, Luhmann: *Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 543f., e sua sugestão de um acoplamento estrutural de sociologia e direito.

¹⁰⁵ A partir da multiplicidade da literatura, ver, Adam Geary: *Law and Aesthetics*, Oxford 2011; Robin West: “Jurisprudence as Narrative: An Aesthetic Analysis of Modern Legal Theory”, in: *New York University Law Review* 60, 1985, p. 145 ss.; Isabell Hensel: “Klangpotentiale. Eine Annäherung an das Rauschen im Recht”, in: Christian Joerges, Peer Zumbansen (Ed.): *Politische Rechtstheorie Revisited: Rudolf Wiethölter als Lehrer, Anstifter, Freund*, Bremen 2013, p. 73 ss.

¹⁰⁶ Jacques Derrida, *A Força da Lei*, Martins Fontes, 2010.

¹⁰⁷ Rudolf Wiethölter: *Rechtswissenschaft*, Frankfurt/M. 1968, p. 26, destaque no original.

¹⁰⁸ Idem, p. 17.

¹⁰⁹ Ludger Schwarte: *Vom Urteilen. Gesetzlosigkeit, Geschmack, Gerechtigkeit*, Berlin 2012.

¹¹⁰ Gustav Radbruch: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, in: *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 105 ss.

¹¹¹ Triepel: *Vom Stil des Rechts*, op. cit., p. 150 ss.

¹¹² Martti Koskenniemi: “International Law in Europe: Between Tradition and Renewal”, in: *European Journal of International Law* 16, 2005, p. 113 ss. (122).

frente às gritantes violações do direito, o considera “sem sabor”; tendo em vista as “atrocidades (globais) encontradas em textos ou questionadas na ordem jurídica local vigente se tais coisas seriam permitidas”.¹¹³

Uma estética sociológica do direito assim concebida não se reduz a comprovar quais formas de expressão estética o direito escolhe, quão teatral ele é, ou como a interpretação jurídica caminha paralelamente à interpretação musical. Seu potencial está muito mais na crítica do direito e da sociedade, o que possibilita uma relação que é compreendida por Adorno como relação de subjetividade crítica e coerção do sistema; por Habermas, como entrelaçamento do mundo da vida e sistema; e, por Menke, como diferença do homem e do sujeito social.¹¹⁴ Trata-se de medir os campos de possibilidade de uma organização das relações sociais justas entre os homens – sem recorrer à forma sub-complexa das abordagens de direito natural ou racional que teriam desenvolvido os *apriori* normativos da ordem social a partir de uma suposta essência humana. No lugar disso, é necessário um passo adiante de complexidade: apenas quando se reconhece a inevitabilidade da diferença entre homem e sociedade torna-se possível uma relação aproximadamente adequada. A demanda por uma certa humanidade do direito não se dirige no sentido da eliminação das contradições e desarmonias presentes, mas sim em liberá-las no direito.

A teoria estética de Adorno principalmente, a qual adota a ideia de fato social de Durkheim, oferece o *insight* central de introduzir um “correlato corretivo” nas formações sociais diferenciadas¹¹⁵ de modo a romper o paradigma de racionalidade e comprometer as esferas sociais com a humanidade.¹¹⁶ Adorno expressou essas reflexões no conceito de mimese.¹¹⁷

¹¹³ Luhmann: “Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung”, *Soziologische Aufklärung*, op. cit., p. 229 ss., aqui p. 234.

¹¹⁴ Ver, Hauke Brunkhorst: “Ästhetik als Gesellschaftskritik”, in: *Widerspruch* 41, 2003, p. 12 ss., aqui p. 16; Lucia Sziborsky: *Rettung des Hoffnungslosen. Untersuchungen zur Ästhetik und Musikphilosophie Theodor W. Adornos*, Würzburg 1994, p. 94 ss.; Christoph Menke: *Die Gegenwart der Tragödie*, Frankfurt/M. 2005, p. 203 ss.

¹¹⁵ Josef Früchtl: *Mimesis. Konstellation eines Zentralbegriffs bei Adorno*, Würzburg 1986, p. 35.

¹¹⁶ Ver também as aulas magnas de Adorno em Kranichstein (Alemanha) publicadas em: Theodor W. Adorno: *Kranichsteiner Vorlesungen*, Berlin 2014 – dentre elas, principalmente a de 1961: “Vers une musique informelle” (Idem, p. 381 ss.).

¹¹⁷ Aqui detalhado, ver, Martin Jay: “Mimesis und Mimetologie”, in: Gertrud Koch (Ed.): *Auge und Affekt*, Frankfurt/M. 1995, p. 175 ss., aqui p. 176; ver também a interpretação todavia não dialeticamente concebida e, portanto, a tensão entre conceito de mimese dionisíaco e apolíneo

Dessa forma, em um trabalho sobre Alban Berg, ele pleiteia que deveríamos “devolver um direito humano ao impulso alienado e herege”.¹¹⁸ Uma tal mimese é anti-essencialista. Ela não irá eliminar as incomensurabilidades, mas exigirá uma forma de relação que reflete sua vinculação com o homem como “conjunto das relações sociais”¹¹⁹ sem dissolver as não-identidades nas identidades.

3. A Prática do Direito

Uma responsividade mimética do ambiente do direito também não irá conduzir à dissolução da diferença entre direito e não-direito. A diferenciação do direito é irreversível. Sendo assim, a mimese do direito não tem por objetivo uma igualação harmônica, mas sim criar reflexões sofisticadas do direito no direito, sobre um direito que é consciente de si mesmo: o direito acolhe e afirma forças racionais e arracionais. É também ele próprio por elas afetado.¹²⁰

Uma tal ciência do direito é uma ciência da força. No entanto, isso também não deve ser mal entendido de forma essencialista. Não se trata de desenvolver uma ontologia da força jurídica para derivar um conteúdo específico do direito da existência de forças sociais e humanas.¹²¹ Mais que

de René Girard: *Das Heilige und die Gewalt*, Frankfurt/M. 1992; sobre a tensão entre dionisíaco e apolíneo, ver também Horst Hansen: *Die kopernikanische Wende in die Ästhetik. Ernst Bloch und der Geist seiner Zeit*, Würzburg 1998, p. 206.

¹¹⁸ Theodor W. Adorno: “Berg. Der Meister des kleinsten Übergangs”, in: *Adorno Gesammelte Schriften*, Vol. 13, Frankfurt/M. 1971, p. 321 ss. (332). E sobre a composição de Arnold Schönbergs, “Um Sobrevivente de Varsóvia”, na qual, a ameaça anti-semita é sentida por meio da forma musical, escreve Adorno: “A momento subversivo de fato é a evolução da expressão musical. Paixões não são mais simuladas, mas sim, registram-se, por meio da música, impulsos corporais não disfarçados do inconsciente, do choque, do trauma. Eles atacam os tabus da forma, pois essa [a forma] subjuga tais impulsos sob sua censura, os racionaliza [...]. O sofrimento real as abandonou [as manchas de sangue] sobre obras de arte para simbolizar que sua autonomia não será reconhecida por muito mais tempo”. (Theodor W. Adorno: “Philosophie der neuen Musik”, in: *Adorno Gesammelte Schriften*, Vol. 12, Frankfurt/M. 1975, p. 44).

¹¹⁹ Karl Marx: “Thesen über Feuerbach, 6. Tese”, in: *MEW* 3, Berlin 1958, p. 5.

¹²⁰ Andreas Fischer-Lescano: *Rechtskraft*, Berlin 2013.

¹²¹ Ver, no entanto, Lorenz von Stein: *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, Stuttgart 1876, p. VII: “a ciência do direito não é uma ciência jurídica, mas sim uma ciência das forças, as quais geram as mesmas; é [...] a consequência dessas forças, as quais estão vivas no sujeito, a personalidade, e no objeto, a natureza das

isso, por um lado, deve-se compreender como afetos e forças enquanto potências invalidam a banalidade do direito e, por outro, o desafio consiste em desenvolver uma sensibilidade sobre como o direito atua sobre esses afetos e forças.¹²²

Adorno também se confronta com esse ponto quando atribui a força para alcançar uma vida em comum humanamente digna “a todas as forças motrizes – como o sofrimento do outro – que surgem irruptivamente e se rebelam contra o horrendo”¹²³ e quando ele afirma que o estabelecimento de uma ordem social humanamente digna “só seria possível quando os instintos não fossem mais reprimidos, mas satisfeitos e liberados”.¹²⁴ Dito de outra forma, a reflexão sobre a dialética das forças racionais e arracionais possibilita tematizar a violência jurídica de um direito “sem sentimento” por meio de sua confrontação com uma força jurídica contrária a essa violência que liberta as forças humanas e sociais.

Essa estética sociológica se caracteriza pela possibilidade de que a reflexão estética dos processos sociais esclareça, por um lado, os processos dialéticos do sistema arracional de racionalidade direito. Por outro, ela também possibilita pensar o direito em uma nova forma transsubjetiva.¹²⁵ O ponto de referência da estética não é o sujeito moral, político ou jurídico, mas sim o humano. O “ser-humano” (*Menschsein*) não se esgota no “ser-sujeito” (*Subjektsein*). Liberdade humana não é o mesmo que a liberdade do sujeito liberal. Uma estética do direito assim munida procura uma resposta à questão central sobre como o direito enquanto “fenômeno primordial da uma

coisas. Sendo assim, eu não devo estudar o direito a partir do que ele é ou a do que é válido; isso eu posso deixar para a memória e aprender parágrafos para esquecê-los, no entanto, eu aprendo o direito para conhecer o que ele produz ele mesmo”.

¹²² Este é também o centro da sociologia do afeto desenvolvida por Deleuze e Guatari, ver Gilles Deleuze, Félix Guatari: *Tausend Plateaus*, Berlin 1992, p. 298f.; ver, Robert Seyfert: *Das Leben der Institutionen. Zu einer Allgemeinen Theorie der Institutionalisierung*, Weilerswist 2011.

¹²³ Ver, Mirko Wischke: “Eine negativ gewendete Ethik des richtigen Lebens?”, in: Schweppenhäuser et. al. (Ed.): *Impuls und Negativität*, Hamburg 1995, p. 29 ss., aqui p. 34f.

¹²⁴ Theodor W. Adorno, Educação e emancipação, Paz e Terra, 2008, p. 134; ver também: Günter Figal: “Absolut modern. Zu Adornos Verständnis von Freiheit und Kunst”, in: Richard Klein et. al. (Ed.): *Mit den Ohren denken. Adornos Philosophie der Musik*, Frankfurt/M. 1998, p. 21 ss.

¹²⁵ “Transsubjetivo” possui assim não apenas um significado institucional (ver os artigos em, Thomas Vesting et. al. (Ed.): *Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung*, Tübingen 2014), como um humano. Nesse sentido, já em Ludwig Raiser: “Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht”, in: *Juristenzeitung* 16, 1961, p. 465 ss., aqui p. 472: “A possibilidade de criar as próprias forças e a oportunidade de objetivar o lucro econômico não devem ser compreendidos como direitos subjetivos frente a concorrentes e clientes”.

racionalidade irracional” pode ser responsabilizado com o ideal da liberdade humana.¹²⁶

O esclarecimento estético¹²⁷ do direito dedica-se às estruturas sociais.¹²⁸ Nos domínios da ciência, religião, arte formaram-se certos dispositivos de criatividade respectivos,¹²⁹ que regulam o surgimento de forças e afetos humanos e sociais e dão lugar à “estética da existência”.¹³⁰ O direito reproduz esses dispositivos e é ele próprio afetado por eles: justiça é “desejada”,¹³¹ tribunais são constrangidos a perseguir a “o desejo da causa”¹³² (como se verifica no § 88 do próprio Código de Processo Administrativo alemão – *Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO]* – com o termo *Klagebegehren*, literalmente desejo de demandar).

O direito se entrelaça com o não-racional nas respectivas coevoluções do direito e das esferas sociais. Sendo assim, não seria possível sustentar este entrelaçamento como oportunidade para normatizar um tom emocional idealizado sobre todos os sistemas.¹³³ Ao invés disso, uma representação adequada das conexões com o não racional será obtida apenas quando os pontos de contato jurídicos com a arracionalidade são investigados nas

¹²⁶ Theodor W. Adorno, *Dialética Negativa*, Zahar, 2009, p. 197.

¹²⁷ Jürgen Peper: *Ästhetisierung als Zweite Aufklärung: Eine literaturästhetisch abgeleitete Kulturtheorie*, 2ed., Berlin 2012, p. 281 ss. [NT: Neste trecho o autor refere-se ao termo “Aufklärung”, traduzido como “esclarecimento” em referência aos trabalhos de Adorno e Horkheimer.]

¹²⁸ Ela representa nesse sentido uma “estética de baixo”, ver: Richard Klein: “Überschreitungen, immanente und transzendente Kritik”, in: Adolf Nowak et. al. (Ed.): *Musikalische Analyse und Kritische Theorie*, Tutzing 2007, p. 276 ss., aqui p. 277.

¹²⁹ Andreas Reckwitz: *Die Erfindung der Kreativität. Zum Prozess gesellschaftlicher Ästhetisierung*, Berlin 2012.

¹³⁰ Ver, Michel Foucault, que contrapõe a essa estética da existência uma ética da existência (*Ästhetik der Existenz*, Frankfurt/M. 2007, S. 280ss.); ver também, Rahel Jaeggi: *Kritik von Lebensformen*, Berlin 2014, p. 57; também, Bruno Latour: *An Inquiry into Modes of Existence*, Cambridge 2013, p. 1 ss.

¹³¹ Paul Stenner fala de “rights filled out with affective content, or as affect shaped into the patterns of rights” (“Is Autopoietic Systems Theory Alexithymic? Luhmann and the Socio-Psychology of Emotions”, in: *Soziale Systeme* 10, 2004, p. 159 ss., aqui p. 175); ver também, Hans Joas: *Die Sakralität der Person*, Berlin 2011, p. 163: “Sentimento de evidência subjetiva da intensidade afetiva”.

¹³² Sobre o contexto do desejo fático e jurídico, ver já em Georg Simmel: “Der Streit”, in Idem, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Leipzig 1908, p. 247 ss. (280f.): “o sentido duplo do “direito subjetivo”: como simples desejo e como desejo fundado juridicamente – indica que o querer soma ao direito sua força própria e ainda a força de um direito”. Sobre a sociologia do desejo, ver também, Gabriel Tarde: *Die Gesetze der Nachahmung*, Frankfurt/M. 2009, p. 83; Jean-Philippe Antoine: “Tardes Ästhetik”, in: Christian Borch et. al. (Ed.): *Soziologie der Nachahmung und des Begehrens*, Frankfurt/M. 2009, p. 164 ss.

¹³³ Assim como a relação a dois e sua conexão repleta de amor, que, segundo Axel Honneth (*O Direito da Liberdade*, Martins Fontes, 2015) oferece o tom fundamental do reconhecimento social.

respectivas relações sociais de coevolução. A estética jurídica leva, portanto, a questionar se o instrumentário jurídico pode ser equipado com mais refinamento, mais tato e mais sensibilidade para as condicionalidades afetivas das estruturas sociais. A questão da adequação do direito pode ser colocada em muitas oportunidades:

1. *Economia/Direito*: Sobre a relação entre o direito e a esfera econômica, o paradigma da escolha racional foi substituído há muito tempo por teorias que tratam do não-racional como parte da racionalidade econômica.¹³⁴ Busca por lucro,¹³⁵ ganância e as condicionalidades psicológicas da ação não são observadas apenas pelo campo do comportamento econômico.¹³⁶ O direito possui pouca sensibilidade para essas arracionalidades.¹³⁷ O exemplo da regulação do mercado financeiro manifesta exatamente esse emaranhamento do arracional e racional – um emaranhamento ao qual o Tribunal Constitucional Alemão também se referiu em sua decisão sobre as *Outright Monetary Transactions* (OMT) quando analisou o argumento do Banco Central Europeu de que, com as OMT, consequências irracionais no mercado monetário deveriam ser combatidas. O Tribunal Constitucional não reconheceu essa justificativa como válida, pois “a diferença entre racional/irracional nesse contexto não teria sentido e, em todo caso, não seria operacionalizável”.¹³⁸ O direito poderá atingir as dinâmicas

¹³⁴ Jocelyn Pixley: “Emotions and Economics”, in: Jack Barbalet (Ed.): *Emotions and Sociology*, Oxford 2002, p. 69 ss.

¹³⁵ Talcott Parsons: “The Motivation of Economic Activities”, in: Idem, *Essays in Sociological Theory*, New York 1954, p. 50 ss.; Dirk Baecker: “Volkszählung”, in: Idem, (Ed.): *Kapitalismus als Religion*, Berlin 2003, p. 265 ss., aqui p. 278.

¹³⁶ Matthew Rabin: “Psychology and Economics”, in: *J.Econ.Lit.* 36, 1998, p. 11 ss.; James Heyman et. al.: “Auction Fever”, in: *Journal of Interactive Marketing* 18, 2004, p. 4 ss.; Dan Ariely, *Predictably Irrational. The Hidden Forces that Shape our Decisions*, New York 2008; para outras ávidas instituições sociais, ver Lewis A. Coser: *Gierige Institutionen. Soziologische Studien über totales Engagement*, Berlin 2015, p. 11 ss.

¹³⁷ Ver, no entanto, já em Werner Gephart: “Von der ›Unternehmensethik‹ zur ›Unternehmensästhetik‹. Einige Konsequenzen der kunstsoziologischen Fragestellung” Max Webers, in: *Zeitschrift für Betriebswirtschaft*. Ergänzungsheft 1, 1992, p. 51 ss.

¹³⁸ Tribunal Constitucional Federal Alemão, decisão do segundo senado, n. 2728/13 de 14/01/2014 (BVerfG, 2 BvR), Nota, 98; ver também o julgamento do TEDH (EuGH), 16/06/2015, C-62/14.

epidemiológicas nos mercados financeiros¹³⁹ somente se desenvolver uma compreensão exata da colaboração entre forças arracionais e racionais.

2. *Religião/Direito*: o direito também é confrontado com o arracional no âmbito da religião.¹⁴⁰ O direito defronta-se frequentemente com questões de conotação religiosa. Isso pode ser visto, por exemplo, na forma como o direito penal lida com os chamados “crimes de honra” [ou “crime contra honra”, no direito penal brasileiro]. Na discussão sobre a questão se, no “crime de honra”, a morte se caracteriza por “motivo torpe” como previsto no §211, do artigo 2º do Código Penal alemão, uma contextualização religiosa é frequentemente adotada para diferenciar os “casos de crime contra a honra” de assassinatos após a separação motivados por medo da perda – nos quais o qualificador do crime é rejeitado.¹⁴¹ A forma como o direito lida com o arracional, que (supostamente) possui sua origem em contextos religiosos, deve ser discutida criticamente.¹⁴²

3. *Política/Direito*: o arracional está presente na política. Esta não é uma tese nova, mas sim constrói a visão fundamental da teologia política e sua elevação soberana do instinto político como sismógrafo para o político – a diferença amigo-inimigo.¹⁴³ As atuais estetizações do político ressaltam as

¹³⁹ Urs Staeheli: “Political Epidemiology and the Financial Crisis”, in: Poul Kjaer et. al. (Ed.): *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford 2011, p. 113 ss.

¹⁴⁰ Sobre a parcela mística do religioso, ver também, Jürgen Habermas: “Versprachlichung des Sakralen”, in: Idem, *Nachmetaphysisches Denken*, Vol. 2, Berlin 2012, p. 7 ss.; ver já em Emile Durkheim (*Die elementaren Formen des religiösen Lebens* (1912), Frankfurt/M. 2007), que sublinha a contribuição dos vínculos emocionais para estabilidade social.

¹⁴¹ Tribunal Federal, (BGH), 29/10/2008 – 2 Direito Penal (StR) 349/08. [NT: no Direito Penal brasileiro, o caso dos crimes motivados por ciúme ou chamados passionais, quando realizados contra a mulher, eram normalmente enquadrados na categoria de homicídio (art. 121 do Código Penal brasileiro). Após a aprovação da lei n. 13.104, de 9/03/2015, esses crimes passaram a ser enquadrados dentre o rol dos crimes hediondos.]

¹⁴² Corroborado por Lena Foljanty e Ulrike Lembke: “Die Konstruktion des Anderen in der ‘Ehrenmord’ -Rechtsprechung”, in: *Kritische Justiz*, 2014, p. 298 ss. (298).

¹⁴³ Ver o clássico, Carl Schmitt: *Der Begriff des Politischen* (1932), 5ed., Berlin 1963, p. 67; e uma leitura atual Ulrich Haltern: “Recht als Tabu? Was Juristen nicht wissen wollen sollten”, in: Otto Depenheuer (Ed.): *Recht und Tabu*, Opladen 2003, p. 141 ss. (141): o Estado como “projeto de amor erótico”; ver também a partir da filosofia do direito de Giorgio Agamben: Peg Birmingham: “Law’s Violent Judgement”, in: *The New Centennial Review* 14, 2014, p. 99 ss.

referências da política com o arracional¹⁴⁴ e as vinculam com a emoção.¹⁴⁵ Uma das questões centrais da estética do direito nesse caso é como as forças humanas poderiam ser organizadas para que os propósitos da democracia sejam efetivos em sociedade.¹⁴⁶ Ao final, trata-se de liberar forças auto-curativas contra os medos coletivos,¹⁴⁷ estas que estimulam o “dissenso, protesto, oposição e coragem civil contra a atmosfera paralisante de [...] hierarquias e pressões conformistas”.¹⁴⁸ Um exemplo prático é o caso do *Whistleblowing* que demonstra o quão difícil é para o direito lidar com homens enquanto “animais da verdade”.¹⁴⁹ Nesse caso, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) trabalha exatamente com categorias do arracional que devem ser revisadas criticamente. O TEDH, por exemplo, retirou a proteção jurídica do *Whistleblowing* se guiado por vingança e ânsia por prestígio, mas visa, no entanto, proteger o instinto por verdade e justiça do *Whistleblowing* que surge sem definir precisamente suas ainda tão distintas formas de emanção de forças arracionais.¹⁵⁰

4. *Mídia/Direito*: os processos de opinião pública são normalmente carregados de afeto. Luhmann, nesse sentido, descreve processos de escandalização e efervescências coletivas no campo dos direitos humanos sob

¹⁴⁴ Jacques Ranciere: *The Politics of Aesthetics*, London 2004; ver ademais a crítica à auto-encenação da política nos artigos em Oliver Lepsius, Reinhart Meyer-Kalkus (Ed.): *Inszenierung als Beruf: Der Fall Gutenberg*, Berlin 2011.

¹⁴⁵ Martha Nussbaum: *Politische Emotionen. Warum Liebe für Gerechtigkeit wichtig ist*, Berlin 2014.

¹⁴⁶ Nesse sentido, a teoria da democracia de Kant já insistia que o processo deve ser criado para civilizar eles mesmos um “povo de demônios”. Trata-se de possibilitar aos seres humanos “a orientação das suas forças, a fim de que umas detenham as outras nos seus efeitos destruidores ou os eliminem”. (Kant, A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico, Lusofia, 2008, p. 29); ver ademais, Albert O. Hirschmann: *Leidenschaften und Interessen*, Frankfurt/M. 1980, p. 39 ss., para o qual instituições políticas deveriam ser equipadas de maneira tal a possibilitar a neutralização recíproca das paixões, o que pressupõe que os interesses enquanto paixões moderadas sejam contrapostos às paixões excessivas e destrutivas enquanto “montros” (*Bezähmer*).

¹⁴⁷ Sobre o medo na política, ver, Franz L. Neumann: “Angst in der Politik”, in: Idem, *Wirtschaft, Staat, Demokratie*, Frankfurt/M. 1978, p. 424 ss.

¹⁴⁸ Gunther Teubner: “Whistleblowing gegen den Herdentrieb?”, in: Dirk Becker et. al. (Ed.): *Ökonomie der Werte*, Marburg 2013, p. 39 ss., aqui p. 39.

¹⁴⁹ Frieder Vogelmann: “Kraft, Widerständigkeit, Historizität”, in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 62, 2014, p. 1062 ss., aqui p. 1069.

¹⁵⁰ Julgamento do TEDH, (EGMR, Heinisch ./ BRD, julgamento de 21/07/2011, Az. 28274/08, Rdn. 64 ss).

o conceito de Dukheim de cólera pública.¹⁵¹ O exemplo da liberdade de imprensa torna manifestas as dificuldades de lidar juridicamente com a arracionalidade midiática. Nesse sentido, o TEDH normalmente decide que a liberdade de imprensa deve sobrepor-se à proteção da personalidade e da “boa reputação” quando um interesse público for parte do conteúdo da cobertura de imprensa.¹⁵² Quando se trata da satisfação de uma curiosidade pública meramente, suprime-se a proteção da liberdade de imprensa¹⁵³ – decisão que o TEDH teve dificuldade de sustentar. Isso se torna explícito, por exemplo, no caso em que príncipe e seu filho ilegítimo foram tratados como questão de interesse público, pois o caso poderia trazer conclusões sobre elementos do caráter do príncipe possivelmente importantes no exercício de seu cargo público.¹⁵⁴ A formação de uma sensibilidade para processos arracionais da esfera pública poderia contribuir aqui no desenvolvimento de soluções adequadas e capazes de oferecer estabilidade dogmática para tais casos.

5. *Família/Direito*: na esfera da família, é explícito que sacrifício pessoal, amor – principalmente, mas não apenas (*odi et amo*), no caso de fracasso – e mesmo paixões contrárias, como o ódio,¹⁵⁵ representam um componente formativo.¹⁵⁶ Não raramente, também nesses casos, o direito possui pouca sensibilidade para o arracional, o que se observa precisamente no exemplo das garantias de família. Para julga-las, o quadro legal reforça normalmente

¹⁵¹ Luhmann: “Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung”, *Soziologische Aufklärung*, op. cit., p. 229 ss.; ver também, Judith Butler: *Frames of War: When is Life Grievable?* Brooklyn, NY 2009, p. 38 ss.

¹⁵² TEDH, julgamento de 7/2/2012, 39954/08 (Springer AG/Deutschland), Rdn. 83.

¹⁵³ Jurisprudência consolidada, TEDH, julgamento de 7/2/2012, 40660/08 e 60641/08 (de Hannover/Deutschland Nr. 2).

¹⁵⁴ TEDH, julgamento de 12/6/2014, 40454/07 (Couderc et Hachette Filipacchi Associés/Frankreich): “insight into his personality”.

¹⁵⁵ Canalizar essas e os conflitos de pensão alimentícia, guarda e visitação da  resultantes   um dos desafios centrais do direito de família. “Na prática, porém,” escreve, por exemplo, Kurt Schellhammer, “o desejo piedoso da lei fracassa muito frequentemente frente ao ódio implacável dos pais” (ver, *Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen*, 4ed. Heidelberg 2006, Rdn. 1170); em geral, sobre o afeto do ódio, ver Jens-Christian Rabe: “Agieren, reagieren, abreagieren. Hass als popul re Kunst”, in: *Mittelweg* 36, 2015, p. 211 ss.; sobre a fun o do procedimento jurídico, para transferir “desmoraliza o das partes” e assim atenuar o conflito, ver já em Niklas Luhmann: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt/M. 1983, p. 4.

¹⁵⁶ G.W.F. Hegel: *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Naturrecht und Staatswissenschaft* (1820), Frankfurt/M. 1972, § 158: “A família   determinada por sua unidade de sentir, pelo amor”.

assimetrias de conhecimento e poder.¹⁵⁷ Como trata-se também de proteger o sistema familiar e o seu padrão de lealdade baseado em ligações emocionais da corrupção econômica, no caso de tais garantias, o direito não leva isso em conta adequadamente.¹⁵⁸

6. *Arte/Direito*: Também na relação arte/direito, o direito não é adequadamente configurado às dimensões arracionais da esfera artística. Os processos movidos contra a banda “Pussy-Riot” demonstram de forma exemplar a forma arbitrária como o direito lida com formas de expressão musicais. Enquanto o tribunal de primeira instância em Moscou certificou às membros da banda que se tratava de “ódio religioso contra um grupo social”,¹⁵⁹ o tribunal recursal relativizou essa acusação.¹⁶⁰ A uma reclamação individual perante o TEDH contra a decisão do tribunal russo ainda aguarda julgamento.¹⁶¹ Nesse caso, será fundamental estender a esfera de proteção da liberdade artística prevista no artigo 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos a uma crítica estética feita por meio da música punk, exatamente porque essa música confere um “timbre emocional” aos protestos sociais.¹⁶²

¹⁵⁷ BVerfGE (Tribunal Constitucional Federal Alemão) 89, p. 214 ss.

¹⁵⁸ Ver a crítica de Gunther Teubner: “Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken”, in: *Kritische Vierteljahrszeitschrift*, 2000, p. 388 ss., aqui p. 39 5ss.

¹⁵⁹ Ver a reconstrução do julgamento por Caroline von Gall: “Vorerst gescheitert: “Pussy Riot” und der Rechtsstaat in Russland”, in: *Bundeszentrale für politische Bildung* v. 6.11.2012; sobre emoção da violência relevante para o direito penal, ver principalmente, Randall Collins: “Entering and leaving the tunnel of violence”, in: *Current Sociology* 6, 2012, p. 132 ss. (139).

¹⁶⁰ Ver, Darya Kozhanova: “Something is Wrong with Pussy Riot’s Sentence According to the Supreme Court”, in: *The Interpreter* de 12/12/2013.

¹⁶¹ Alec Luhn: “Pussy Riot members take Kremlin to European court of human rights”, in: *The Guardian* v. 28.07.2014.

¹⁶² Ver o apelo de Desmond Manderson (“Making a Point and Making a Noise: A Punk Prayer”, in: *Law, Culture and the Humanities*, 2013, p. 1 ss., aqui p. 12f.), que, no entanto, não tematiza a combinação entre diferentes meios artísticos – sobre essa combinação, ver o instrutivo trabalho de Albrecht Wellmer: *Versuch über Musik und Sprache*, München 2009, p. 26.

Conclusão

Em todos os campos aqui tratados é explícito o emaranhamento entre racionalidade e arracionalidade. Caso se queira moldar de forma sensível¹⁶³ a cultura de sentimento e percepção relacionada ao direito, é necessário, em primeiro lugar, traçar como o direito se relaciona com o arracional. Então, a partir disso, trata-se, do ponto de vista normativo, de reforçar os sentidos jurídicos pertinentes¹⁶⁴ tendo em vista também o arracional.¹⁶⁵ Esse movimento contém dois passos. Em um *primeiro passo (descritivo)*, cabe compreender como o arracional se inscreve nas esferas de racionalidade social, aqui no caso, no direito,¹⁶⁶ para movê-lo para perto dos homens e da sociedade. Quando a “liberdade humana” for designada como questão central da “estética”,¹⁶⁷ o potencial de uma estética sociológica para o direito será indicado, ou seja, será possível medir os pré-requisitos jurídicos da formação dessa liberdade.¹⁶⁸ Essa questão não será respondida por meio da reconstrução de uma suposta natureza do homem. Mais do que isso, trata-se da reflexão jurídica sobre a tensão que perpassa a vida humana na diferença entre homem e sujeito social.¹⁶⁹ Nesse sentido, uma estética do direito pode se conectar às teorias estéticas que refletem sobre a questão estética a partir

¹⁶³ Peter Fuchs: “Wer hat wozu und wieso überhaupt Gefühle?”, in: *Soziale Systeme* 10, 2004, p. 89 ss., aqui p. 103: “Sistemas sociais conhecem expressões sempre mais refinadas para sentimentos em sua evolução, eles podem desenvolver ‘culturas de sensações’”.

¹⁶⁴ Klaus Günther: *Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt/M. 1988.

¹⁶⁵ Nesse sentido, ver também, Hilge Landweer: “Der Sinn für Angemessenheit als Quelle von Normativität in Ethik und Ästhetik”, in: Kerstin Andermann und Undine Eberlein (Ed.): *Gefühle als Atmosphären. Neue Phänomenologie und philosophische Emotionstheorie*. Deutsche Zeitschrift für Philosophie – Sonderband 29, Berlin 2011, p. 57 ss.; ver também, Edmond Cahn: *The Sense of Injustice*, New York 1949, p. 15: “One does not become outraged and furious merely because some decision has violated a dialectic pattern. The true reason must go considerably deeper, below the threshold of feeling”. Ver também a filosofia moral escocesa, que se concentra no sujeito moral: Adam Smith: *Theorie der moralischen Empfindungen* (1759), Hamburg 2004; também, Ulli Rühl: *Moralischer Sinn und Sympathie*, Paderborn 2005.

¹⁶⁶ Ver a perspectiva de Peter Fuchs: “Die Materialität der Sinnsysteme”, in: Pascal Goeke et. al. (Ed.): *Konstruktion und Kontrolle. Zur Raumordnung sozialer Systeme*, Wiesbaden 2015, p. 205 ss., aqui p. 212f.

¹⁶⁷ Menke: *Kraft*, op. cit., p. 129.

¹⁶⁸ Ver também, Kolja Möller: “Rechtskritik und Systemtheorie”, in: Albert Scherr (Ed.): *Systemtheorie und Differenzierungstheorie als Kritik. Perspektiven im Anschluss an Niklas Luhmann*, Weinheim, Basel 2015, p. 186 ss.; da perspectiva pós-colonial: Ratne Kapur: “In the Aftermath of Critique”, in: *Law & Critique* 25, 2014, p. 25 ss.

¹⁶⁹ Juliane Rebentisch: *Die Kunst der Freiheit*, Berlin 2012, p. 20f.

da “ideia da autonomia estética”.¹⁷⁰ O desafio para a teoria do direito consiste em buscar possibilidades de realização precisamente dessa liberdade humana que não é idêntica à liberdade do sujeito.¹⁷¹

Em seguida, em um *segundo passo (normativo)*, cabe utilizar a reflexão sobre a constituição estética do direito para moldar a própria práxis jurídica de forma mais complexa, ou seja, mais adequada aos homens e à sociedade.¹⁷² A estética do direito possibilita principalmente um novo acesso à questão da justificação do direito: enquanto que abordagens da teoria do discurso localizam a saída da normatividade na intersubjetividade racional; que expressões estético-jurídicas normalmente externalizam a normatividade do direito na moral; que interpretações jurídico-positivistas encontram seu auge de reflexão na “norma fundamental”; que teorias do direito políticas externalizam seu fundamento de validade politicamente e que análises econômicas do direito elevam a utilidade econômica à medida máxima do direito,¹⁷³ a estética do direito aqui proposta escolhe um outro caminho. A relação fundamental normativa do direito não é ligada a um ponto fixo do ambiente do direito. O direito não possui nenhum fundamento fixo. Nem a natureza do homem, nem o consenso dos sujeitos, nem mesmo as exigências funcionais de um dos subsistemas sociais, como a economia, a política ou a ciência, constroem a saída da normatividade. O caráter específico da normatividade consiste acima de tudo na relação do direito autônomo enquanto esfera social diferenciada frente à sociedade remanescente e o homem. A reflexão estética do direito possibilita não apenas tematizar, do interior do direito, a relação do campo de autonomia jurídica em relação ao seu outro, o não-direito, como também desenvolver proteções jurídicas para os âmbitos de liberdade social e humana.

¹⁷⁰ Theodor W. Adorno, “Ästhetische Theorie”, in: *Adorno Gesammelte Schriften*, Vol. 7, Frankfurt/M. 1970, p. 17.

¹⁷¹ Ver, Michael Cahn: “Subversive Mimesis. Theodor W. Adorno and the modern Impasse of Critique”, in: Mihai Spariosu (Ed.): *Mimesis in Contemporary Theory*, Philadelphia, PA 1984, p. 27 ss.

¹⁷² A responsabilidade sensitiva do direito aumenta na medida da complexidade interna do direito – diferente das próprias emoções, as quais, segundo, Jan Philipp Reemtsma a partir de Jean-Paul Sartre (“Skizze einer Theorie der Emotionen”, in: Idem, *Gesammelte Werke. Philosophische Schriften*, Vol. 1, Hamburg 1994, p. 255 ss.) produzem “redução de complexidade” (Jan Philipp Reemtsma: “Warum Affekte?”, in: *Mittelweg* 36, 2015, p. 15 ss. (24)).

¹⁷³ Ver o inventário de Luhmann: *Recht der Gesellschaft*, op. cit., p. 73 ss.

Em todos esses aspectos, a análise interdisciplinar que visa explicitar o potencial da observação estético-jurídica para o direito precisa satisfazer a normatividade própria do direito: parâmetros estéticos “de fora” do direito não podem ser simultaneamente desenvolvidos para o direito.¹⁷⁴ Uma força do direito não violenta pode surgir apenas de forma auto-reflexiva¹⁷⁵ quando o direito abre sua sensibilidade para as forças humanas e sociais.¹⁷⁶ Somente quando o direito satisfaz as forças racionais e arracionais ao mesmo tempo, é possível um direito “para além do direito-violência”.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Gunther Teubner: “Rechtswissenschaft und -praxis im Kontext der Sozialtheorie”, in: Stefan Grundmann, Jan Thiessen (Ed.): *Recht und Sozialtheorie: Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis*, Tübingen 2015, p. 141ss.

¹⁷⁵ Como Derrida também observa, ver em “*A Força da Lei: o fundamento místico da autoridade*”, Martins Fontes, 2010.

¹⁷⁶ Karl Marx, Sobre a Questão Judaica, Boitempo, 2012, p. 30.

¹⁷⁷ Cornelia Vismann: “Das Gesetz ›DER Dekonstruktion‹”, in: *Rechtshistorisches Journal* 11, 1992, p. 250 ss. (p. 259f. e 261); nesse sentido também, Manderson: “Making a Point and Making a Noise”, *Law, Culture and the Humanities*, op. cit., p. 12f.