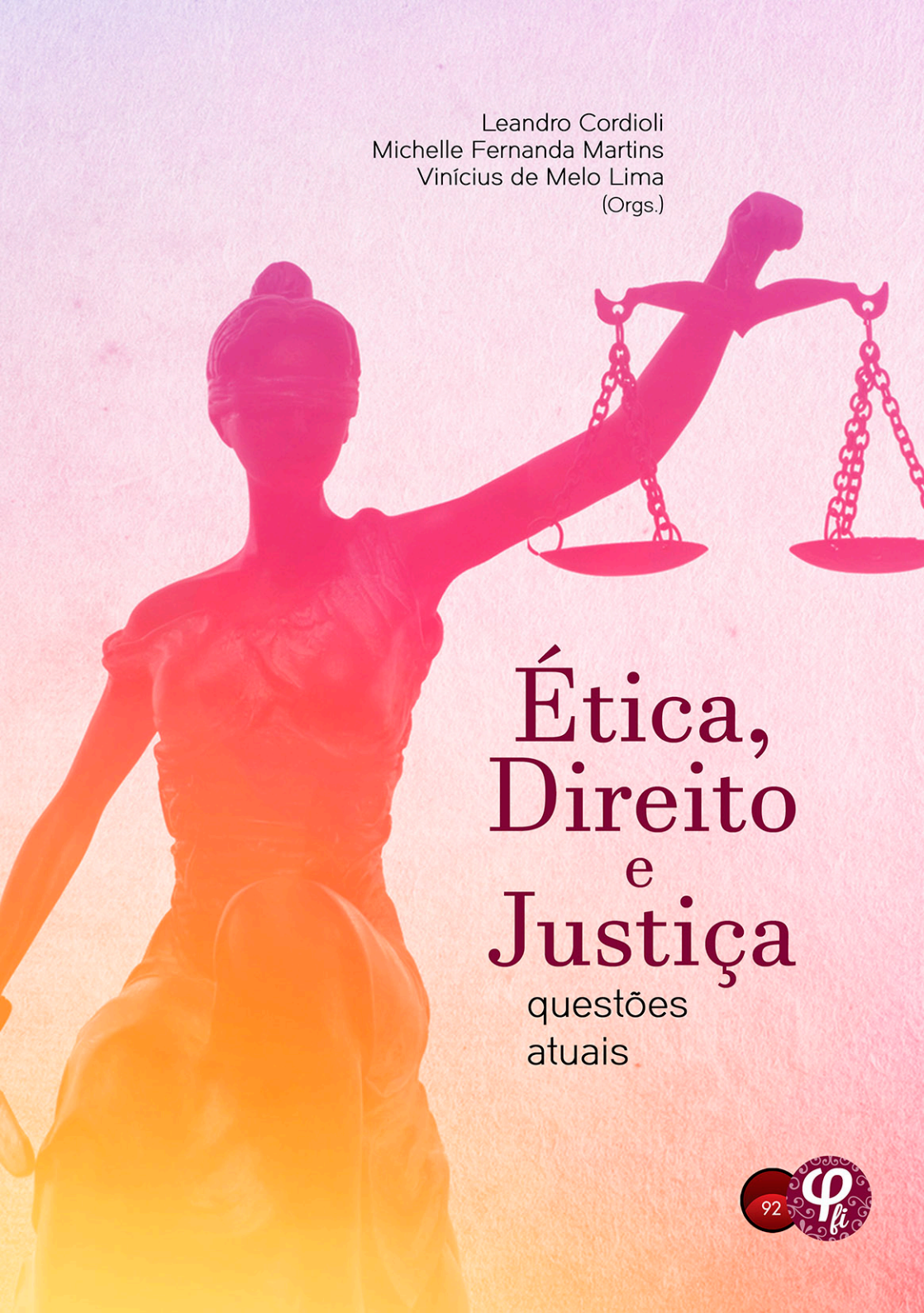


Leandro Cordioli
Michelle Fernanda Martins
Vinícius de Melo Lima
(Orgs.)



Ética,
Direito
e
Justiça
questões
atuais

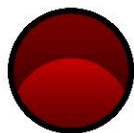
Ao encaminhar-me para o final destas breves linhas, quero cumprimentar a todos os autores que aqui contribuíram com seus estudos e reflexões, assentando conteúdos preciosos no edifício da ciência. Tenho plena convicção de que todos os trabalhos aqui reunidos encontrarão grande receptividade na comunidade acadêmica, dada a excelência das pesquisas e da competência acadêmica de seus autores. Por derradeiro, parablenizo especialmente os organizadores desta obra por esta maravilhosa iniciativa, que reúne professores e alunos em uma tarefa comum: a de pensar um mundo melhor e mais justo.

José Conrado Kurtz de Souza

Mestre e doutorando em Filosofia pela PUCRS
Desembargador do TJRS



Ética, Direito e justiça



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühring

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Leandro Cordioli

ULBRA, Brasil

Ética, Direito e justiça

Questões atuais

Organização:

Leandro Cordioli

Michelle Fernanda Martins

Vinícius de Melo Lima



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Ciências Jurídicas & Sociais – 92

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CORDIOLI, Leandro; MARTINS, Michelle Fernanda; LIMA, Vinícius de Melo (Orgs.)

Ética, Direito e justiça: questões atuais [recurso eletrônico] / Leandro Cordioli; Michelle Fernanda Martins; Vinícius de Melo Lima (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

378 p.

ISBN - 978-65-87340-94-4

DOI - 10.22350/9786587340944

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia do direito; 2. Ética; 3. Justiça; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Prefácio	11
José Conrado Kurtz de Souza	
Apresentação	14
Os organizadores	
1	17
Una aproximación a la teoría de ley natural en John Finnis	
Samuel José Salazar Urrea	
2	35
A moralidade como elemento garantidor da completude do ordenamento jurídico: uma análise da teoria do direito em Dworkin	
Bruna Gengnagel	
Michelle Fernanda Martins	
3	52
Viagem redonda: a corrupção e a lógica do <i>Free Rider</i>	
Marcelo Cacinotti Costa	
Vinicius de Melo Lima	
4	69
A justiça como um tema ético e personalista: revisitando o caráter como garantia complementar do Estado de Direito	
Leandro Cordioli	
5	84
O utilitarismo	
Alfredo Fernando Zart	
6	107
Conservadorismo, meio-ambiente e direito dos animais: uma possível aproximação	
Patrícia Xavier Bittencourt	

7.....	127
Ética animal: uma análise jusfilosófica sobre o status moral dos animais não-humanos	
Hiasmynn Quinhones	
8	147
Responsabilidade civil do Estado: o dano ambiental no caso Brumadinho	
Lucas Ehlers Raguse	
Michelle Fernanda Martins	
9.....	165
Um olhar jurídico aos propósitos do comitê de ética em pesquisa na universidade de Cruz Alta	
Aline Lima Deicke	
Vanessa Steigleder Neubauer	
10	189
A influência dos atos do governante na ética da comunidade: uma análise aristotélica	
Nathalia Gomes Silveira	
11.....	210
A teoria da <i>defeasibility</i> aplicada: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	
Évellyn da Silva de Abreu	
Luana Breyer	
12	231
Domínios da ética aristotélica e suas implicações no perfil do legislador	
Leivan Felipe da Silva Carvalho	
13	248
O discurso religioso como possibilidade de análise crítica das demandas sociais	
Bianca Ferreira da Cunha	
14	267
A influência da religião na criminalização do aborto: breve estudo comparado com o direito holandês	
Michelle Fernanda Martins	
Roberta Adler Persch	
15	288
Cadeia de custódia e justiça: subprincípios do Estado de Direito	
Kellen Passos Soares	

16	306
Feminicídio e a omissão do Estado	
Rosmeri Kunkel	
Vinícius de Melo Lima	
17	325
Ativismo judicial na efetividade do direito social à saúde	
Michelle Fernanda Martins	
Shayane Almeida Paim	
18	344
A negociação como alternativa para resolução de demandas judiciais e acordos extrajudiciais: colaboração vs. competição	
Marcelo Becker Doyle	
Michelle Fernanda Martins	
19	359
Os novos desafios do direito: uma visão filosófica sobre conflito, justiça e a mediação digital em tempos de pandemia	
Gabriel Rodrigues Vargas da Silva	
Michelle Fernanda Martins	

Prefácio

É com grande honra que prefacio esta notável obra redigida por mãos habilidosas e mentes inquietas, bálsamo e esperança para tempos de cansaço e esgotamento, como os que ora vivemos, em uma sociedade da aceleração, como pontua Rosa¹.

Vale brevemente referir que nossa compreensão de cansaço e esgotamento está intimamente relacionada à sociedade do trabalho do século XIX, e, desse modo, à própria ascensão da modernidade. O ritmo de 24 horas, frenético, incessante, implacável em sua dinâmica e mobilidade, em corrente de força contínua, de intranquilidade e velocidade, que se torna ainda mais visível nas megalópoles, desvela a configuração de uma sociedade que (re)nega o cansaço e o esgotamento².

Nossa sociedade, ao deparar-se com os limites do humano, vê neles um indesejável empecilho ao seu livre e apressado “desenvolvimento”: cansaço é uma condição indesejável do corpo pré-moderno, que precisa descansar regularmente para se recompor, e então novamente estar ao nível das máquinas, medida de todas as coisas³.

Tudo isso, todavia, não poderia ficar impune, como de fato não ficou, pois a cidade grande, sem pausa e sem repouso, em seu indócil frenesi, encontrou seu adversário em um enorme cansaço corporificado e acumulado no ser humano, em uma espécie de efeito colateral de *Entfremdung*⁴

¹ ROSA, Hartmut. BESCHLEUNIGUNG UND ENTFREMDUNG. Entwurf einer Kritischen Theorie spätmoderner Zeitlichkeit. 7. Auflage. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2019

² BÖHME, Hartmut. Müdigkeit, Erschöpfung und verwandte Emotionen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. In: FUCHS, Thomas; IWER, Lukas; MICALI, Stefano. DAS ÜBERFORDETE SUBJEKT. Zeitdiagnosen einer beschleunigten Gesellschaft. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2018, S. 27.

³ BÖHME, Hartmut. Müdigkeit, Erschöpfung und verwandte Emotionen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. In: FUCHS, Thomas; IWER, Lukas; MICALI, Stefano. DAS ÜBERFORDETE SUBJEKT. Zeitdiagnosen einer beschleunigten Gesellschaft. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2018, S. 27.

⁴ FUCHS, Thomas; IWER, Lukas; MICALI, Stefano. Einleitung. In: FUCHS, Thomas; IWER, Lukas; MICALI, Stefano. DAS ÜBERFORDETE SUBJEKT. Zeitdiagnosen einer beschleunigten Gesellschaft. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2018, S. 9

(estranhamento/alienação) que se instalou no coração da sociedade industrial, disseminando-se amplamente e avançando - como modo de ser do *Dasein*, aludindo-se aqui a Heidegger - até nossos dias.

Esse estranhamento, *Entfremdung*, essa *dessincronização temporal*, é causa geradora de diversas patologias, dentre elas a depressão, a qual, como destaca Fuchs, tornou-se um indicador possível da sobrecarga do sujeito, *Überlastung der Subjekt*, em uma sociedade em aceleração⁵, que se lança febril, gananciosa e irresponsavelmente sobre tudo e sobre todos, seja devastando o meio ambiente, seja oprimindo o ser humano em uma lógica capitalista de viés destruidor.

Mas é na atual Pandemia, causada pelo novo coronavírus, que decretou uma forçada pausa mundial, com mudanças radicais aplicáveis a todo o planeta, que tudo isso é trazido mais claramente à tona, e nos convida a refletir sobre nosso modo de viver e nossos modelos econômico-sociais. Nessa perspectiva, somos forçados a redescobrir/repensar a importância do verdadeiro papel do Estado e do Direito como instituições sem as quais não há futuro, se nelas não estiver presente a Ética.

E é neste momento, nesta atmosfera de *reflexão* profunda, que nos convoca a rever conceitos e convicções, que nos impõe mudanças de rumos, que a presente obra se oferece ao público do Direito e da Filosofia, tratando de temas atuais variados e desafiadores, mostrando, uma vez mais, que o papel da Academia é o de pensar, de refletir, de buscar entender nosso mundo e suas realidades, avaliá-los e criticá-los, de molde a que, sob olhos e ouvidos prospectivos, se possa melhor compreender o passado analisando-se o presente, e assim abrindo-se, pelo conhecimento, novos caminhos, menos tormentosos, mais igualitários e mais justos.

Ao encaminhar-me para o final destas breves linhas, quero cumprimentar a todos os autores que aqui contribuíram com seus estudos e reflexões, assentando conteúdos preciosos no edifício da ciência. Tenho plena convicção de que todos os trabalhos aqui reunidos encontrarão

⁵ FUCHS, Thomas; IWER, Lukas; MICALI, Stefano. DAS ÜBERFORDETE SUBJEKT. Zeitdiagnosen einer beschleunigten Gesellschaft. Berlin: Suhrkamp Verlag, 2018, S. 52.

grande receptividade na comunidade acadêmica, dada a excelência das pesquisas e da competência acadêmica de seus autores.

Por derradeiro, parabênizo especialmente os organizadores desta obra por esta maravilhosa iniciativa, que reúne professores e alunos em uma tarefa comum: a de pensar um mundo melhor e mais justo.

José Conrado Kurtz de Souza

Mestre e doutorando em Filosofia pela PUCRS. Desembargador do TJRS

Apresentação

A ideia inicial de concepção da presente obra coletiva foi a proposta comum aceita pelo grupo de autores de aproveitar a dramática situação de quarentena vivenciada mundialmente neste ano, em razão da pandemia do coronavírus. Em março de 2020, a América do Sul foi atingida pela infecção de covid-19. Uma doença que afeta a saúde, mas também o sistema de saúde, a economia, a sociedade e a educação. Todos fomos surpreendidos com a interrupção repentina das aulas e a reclusão em casa, a fim de retardar a proliferação deste vírus que pode ser letal. Alunos, professores e pesquisadores passaram a conviver academicamente através das plataformas digitais e das aulas a distância. O grupo de autores que aqui faz publicar este livro também foi tocado por esta realidade difícil. Contudo, logo chegou-se à conclusão que algo positivo poderia advir das dificuldades enfrentadas por todos. Daí, a ideia de se publicar esta obra como manifesto de superação e realização do espírito acadêmico nas circunstâncias atuais.

Assim, o livro é fruto dos estudos desenvolvidos no Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito, liderado pelo professor Dr. Leandro Cordioli, Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos Ulbra Torres, liderado pelo professor Dr. Vinícius de Melo Lima, disciplina Meios Consensuais de Resolução de Conflitos Ulbra Canoas, ministrada pela professora Ma. Michelle Fernanda Martins e professores de Direito convidados. Reunimos trabalhos que versam sobre temas contemporâneos das pesquisas dos autores nas áreas da Ética, do Direito e da Teoria da Justiça, por isso o título escolhido: "*Ética, Direito e justiça: questões atuais*". Estes são amostras muito significativas das preocupações dos juristas na atualidade.

A obra inaugura com algumas questões morais que alcançam o Direito com os estudos: UNA APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LEY

NATURAL EN JOHN FINNIS, de Samuel José Salazar Urrea; A MORALIDADE COMO ELEMENTO GARANTIDOR DA COMPLETUDE DO ORDENAMENTO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DA TEORIA DO DIREITO EM DWORKIN, de Bruna Gengnagel e Michelle Fernanda Martins; VIAGEM REDONDA: A CORRUPÇÃO E A LÓGICA DO FREE RIDER de Marcelo Cacinotti Costa; Vinicius de Melo Lima; A JUSTIÇA COMO UM TEMA ÉTICO E PERSONALISTA: REVISITANDO O CARÁTER COMO GARANTIA COMPLEMENTAR DO ESTADO DE DIREITO de Leandro Cordioli; O UTILITARISMO de Alfredo Fernando Zart.

Depois, como não poderia faltar, o tema urgente de nosso tempo é a Ética animal e ambientalista. Então, os ensaios CONSERVADORISMO, MEIO-AMBIENTE E DIREITO DOS ANIMAIS: UMA POSSÍVEL APROXIMAÇÃO de Patrícia Xavier Bittencourt; ÉTICA ANIMAL: UMA ANÁLISE JUSFILOSÓFICA SOBRE O STATUS MORAL DOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS de Hiasmynn Suellen Quinhones Silva abordam o assunto e RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: O DANO AMBIENTAL NO CASO BRUMADINHO de Lucas Ehlers Raguse e Michelle Fernanda Martins.

Seguem-se os estudos sobre Ética na pesquisa, na política e no Direito: UM OLHAR JURÍDICO AOS PROPÓSITOS DO COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA NA UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA de Aline Lima Deicke e Vanessa Steigleder Neubauer; A INFLUÊNCIA DOS ATOS DO GOVERNANTE NA ÉTICA DA COMUNIDADE: UMA ANÁLISE ARISTOTÉLICA de Nathalia Gomes Silveira; DEFEASIBILITY E EQUIDADE: NEIL MACCORMICK E ARISTÓTELES de Évellyn da Silva de Abreu e Luana Breyer; DOMÍNIOS DA ÉTICA ARISTOTÉLICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO PERFIL DO LEGISLADOR de Leivan Felipe da Silva Carvalho.

As questões religiosas, o crime de aborto, o feminicídio e as provas no processo criminal vêm despertando muitas atenções no ambiente acadêmico atual. Por isso, os seguintes estudos abordam estes temas: O DISCURSO RELIGIOSO COMO POSSIBILIDADE DE ANÁLISE CRÍTICA

DAS DEMANDAS SOCIAIS de Bianca Ferreira da Cunha; A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: BREVE ESTUDO COMPARADO COM O DIREITO HOLANDÊS de Michelle Fernanda Martins e Roberta Adler Persch; CADEIA DE CUSTÓDIA E JUSTIÇA: SUBPRINCÍPIOS DO ESTADO DE DIREITO de Kellen Passos Soares; FEMINICÍDIO E A OMISSÃO DO ESTADO de Rosmeri Kunkel e Vinícius de Melo Lima.

Há ainda os ensaios que se desenvolvem nas questões da justiça, do ativismo judicial e dos meios alternativos de resolução de conflitos. Estes são os escritos: ATIVISMO JUDICIAL NA EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE de Michelle Fernanda Martins e Shayane Almeida Paim; A NEGOCIAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS JUDICIAIS E ACORDOS EXTRAJUDICIAIS: COLABORAÇÃO vs. COMPETIÇÃO de Marcelo Becker Doyle e Michelle Fernanda Martins e OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO: UMA VISÃO FILOSÓFICA SOBRE CONFLITO E A MEDIAÇÃO DIGITAL EM TEMPOS DE PANDEMIA de Gabriel Rodrigues Vargas da Silva e Michelle Fernanda Martins.

Enfim, gostaríamos de agradecer especialmente a duas pessoas que foram muito especiais para a realização deste sonho. Primeiramente, somos gratos ao senhor Desembargador do TJRS José Conrado Kurtz de Souza que gentilmente aceitou prefaciá-la obra. Também somos gratos ao senhor editor Lucas Margoni da Editora Fi que mantém este belo projeto de difusão do conhecimento jurídico e filosófico. Assim, convidamos os leitores a compartilharem dos nossos estudos publicados nos 19 ensaios que se seguem. Temos certeza que os textos serão de proveito acadêmico para aqueles que, assim como nós, buscam persistir na pesquisa, apesar das dificuldades.

Rio Grande do Sul, outubro de 2020.

Os organizadores

Una aproximación a la teoría de ley natural en John Finnis

*Samuel José Salazar Urrea*¹

Introducción

Si como dice Harold Berman, las naciones de Occidente están amenazadas por un cinismo ante el Derecho, en el que las ciudades son más inseguras y los gobiernos están envueltos en más ilegalidades (Berman, 2001, p. 51), vale la pena reflexionar acerca de cómo se ha llegado a este punto. Se pueden aventurar muchas hipótesis. Una de ellas, la falta de crítica y reflexión frente al poder. Una teoría del Derecho Natural no se contenta con constatar el uso de la fuerza, sino que establece unos límites y exigencias frente al poder. De acuerdo con Robert P. George “*las teorías del derecho natural son una visión crítica y reflexiva de los aspectos fundamentales del bienestar y la realización personal de las personas humanas y de las comunidades que éstas integran*” (George, 2009, p. 34). En este artículo, se hace una aproximación a la teoría de la Ley Natural propuesta por John Finnis.

En la discusión académica contemporánea, algunas personas consideran que el concepto de Derecho Natural ha sido superado a partir del planteamiento de la Ley de Hume, la separación derecho-moral o la inexistencia de verdades objetivas. El mérito de la teoría de John Finnis es que presenta el Derecho Natural para un público “*poco acostumbrado a*

¹ Estudiante de Derecho en la Universidad de Antioquia (Colombia), cursando el 8° semestre. Miembro del Semillero de Investigación en Estudios Críticos del Derecho. E-mail: samuel.salazar@udea.edu.co

discutir este tipo de problemas” (Arancibia, 2017, p. 14) y que, en general, puede ser calificado como escéptico. En este artículo se expone de manera corta su teoría con fundamento en dos de sus obras que han sido traducidas al castellano: *Ley Natural y Derechos Naturales* (2000) y *Tomás de Aquino: teoría moral, política y jurídica* (2019).

Con el propósito de presentar el contenido de manera organizada, el texto está compuesto de cuatro partes. En primer lugar, se presentan algunas generalidades sobre el autor. En segundo lugar, se expone lo que significa razonabilidad práctica, los bienes humanos básicos y las exigencias de la razonabilidad práctica. En tercer lugar, se explica el concepto de Derecho en la obra de John Finnis. En cuarto lugar, se describe el alcance del Derecho Natural. Vale aclarar que el artículo no pretende ser exhaustivo, sino introductorio por la dificultad que implica estudiar a fondo un autor en términos de trabajo y densidad del texto.

1. ¿Quién es John Finnis?

John Mitchell Finnis es un filósofo del Derecho formado en la tradición analítica (Arancibia, 2017) bajo la influencia de Hart, Kelsen, Bentham, Austin, Stone y Hohfeld (Orrego, 2000). Realizó sus estudios universitarios en Australia y más tarde hizo un doctorado en la Universidad de Oxford, bajo la supervisión de H.L.A. Hart. Algunos de los temas que estudió fueron la Teoría Jurídica, el Derecho Constitucional y la Historia (Orrego, 2000). Hasta el tercer año de su carrera de Derecho, Finnis se preocupó por refutar su empirismo humeano y ruselliano, leyendo la obra de Lonergan. Fue un primer paso para superar su empirismo, pero la teoría de Lonergan no pudo satisfacerlo completamente, porque no respondía a la pregunta sobre los fundamentos últimos de la ética (Etcheverry, 2012). Estando en California (Massini, 2017), pudo leer la obra de Germain Grisez, un teólogo moral que a partir del Concilio Vaticano II hace una nueva interpretación de Tomás de Aquino. Con Grisez, Finnis entró en diálogo con Tomás de Aquino, Aristóteles y Platón, asumiendo “*en sus rasgos*

fundamentales la teoría ética que Grisez desarrolló a partir de su interpretación de Tomás de Aquino” (Orrego, 2000, p. 12).

Su obra más importante, *Ley Natural y Derechos Naturales*, fue escrita por encargo de Hart para la colección Clarendon Law Series². Hart sabía que Finnis estaba interesado en los fundamentos del derecho y la moral porque había leído su tesis, además quería un libro que, más que una historia sobre la Ley Natural, ofreciera a los estudiantes la defensa de un argumento (Etcheverry, 2012).

En la Actualidad, Finnis es profesor emérito de la Universidad de Oxford y catedrático de la Universidad de Notre Dame en Estados Unidos (Saldaña, 2017). Tiene 80 años, está casado con Carmen McNally, tienen seis hijos y once nietos (Massini, 2017).

2. La razonabilidad práctica, los bienes humanos básicos y las exigencias de la razonabilidad práctica.

La razonabilidad práctica, los bienes humanos básicos y las exigencias de la razonabilidad práctica son el grueso de la teoría de Ley Natural de John Finnis, porque representan la teoría ética que permite comprender y describir los actos humanos (Finnis, 2019, p. 53), no sólo con respecto al Derecho sino también con las demás teorías sociales, como la Política. De manera previa, antes de abordar estas categorías, resulta útil mencionar una objeción popular y reiterada en contra de la Ley Natural: la Ley de Hume.

La Ley de Hume es una regla lógica planteada por David Hume en *A Treatise of Human Nature*, según la cual no es coherente derivar un “deber ser” de un “ser” de la naturaleza humana (George, 2009). Así, cuando alguien está razonando en términos de “es” no puede concluir en un “debe”, porque incurriría en una falacia lógica: *“El modo en que existe la realidad (un hecho) no nos dice de por sí cómo debemos responder a la realidad*

² La Clarendon Law Series es una colección de libros, editados por la Universidad de Oxford, que hacen una introducción a diferentes ramas del derecho (Etcheverry, 2012, p. 861).

(*una norma moral*)” (Grisez y Shaw, 2009, p. 60). Finnis acepta esta regla. De hecho, precisa que esta falacia lógica puede remontarse hasta Grocio, Suárez y Vásquez que defendían la idea de que lo correcto o lo incorrecto dependen de la naturaleza de las cosas (Finnis, 2000, p. 77). Para Finnis, siguiendo a Tomás de Aquino, que algo sea moralmente recto o incorrecto³ no depende de lo que está de acuerdo con la naturaleza humana, sino de lo razonable (Finnis, 2000, p. 69). Lo razonable, a su vez, depende de tres factores: la razonabilidad práctica, los bienes humanos y las exigencias de la razonabilidad práctica.

“*La razonabilidad práctica es razonabilidad al decidir, al asumir compromisos, al elegir y ejecutar proyectos, y, en general, al actuar*” (Finnis, 2000, p. 46). Aristóteles y Tomás de Aquino habían postulado la diferenciación entre razón teórica o especulativa y razón práctica⁴. La razón teórica se ocuparía del mundo del ser, digamos de las ciencias naturales. Mientras que la razón práctica se ocupa del mundo del deber ser, donde el individuo toma elecciones libres y dirigidas hacia un fin.

De acuerdo con Grisez y Shaw (2009), una elección es libre si determina una opción entre varias posibles. De manera que antes de la elección existían alternativas, pero después de ella, sólo queda la que se ha elegido. ¿Cómo se determina la elección? Tomás de Aquino dirá que la razón (práctica) mueve a la voluntad y a su vez proporciona varias razones y formas para actuar (Finnis, 2019). El tener intenciones y el elegir son actos centrales de la voluntad, pero el elegir se da entre propuestas que nos interesan. Inicialmente, uno delibera acerca de las posibilidades prácticas; después, uno responde con interés tomando algunas propuestas interesantes, en una especie de asentimiento. Los actos de razón que permiten llegar al asentimiento se denominan *sententias* (Finnis, 2019, p. 83). Ahora bien, todavía no hay elección. La elección llega cuando se decide una propuesta como plan para la acción.

³ Inclusive, el sentido de que una elección sea natural no significa que sea una inclinación innata ni frecuente, sino más bien que es conforme a la razón. Tomás de Aquino habla de razón natural (Finnis, 2019).

⁴ Finnis admite las dificultades intrínsecas de esta diferenciación, porque la filosofía práctica se dirige a la acción solo remotamente a la manera teórica (Finnis, 2000, p. 54).

Los bienes humanos básicos son el caso paradigmático de razones para la acción, ya que son fines en sí mismos que valen la pena poseer en sí (Finnis, 2000, p. 93) y que representan aspectos de realización, florecimiento o realización de los seres humanos⁵ (Finnis, 2019, p. 116). Son el caso paradigmático de razones para la acción, porque si una persona se detiene a reflexionar acerca de los bienes humanos básicos, puede llegar a la conclusión de que vale la pena buscarlos o participar de ellos, en la medida de que son aspectos del propio bienestar. Los bienes humanos básicos, también llamados valores humanos básicos, tienen la característica de ser autoevidentes⁶, indeducibles⁷, indemostrables⁸ e inabarcables⁹ (Finnis, 2000). Como son aspectos del bienestar humano, es preferible actuar teniendo en vista estos valores que actuar sin considerarlos: Al momento de elegir un plan de acción, una persona inteligente actúa en búsqueda de estos bienes. Una elección que tiene en mente los bienes se apoya en el principio del razonamiento práctico que postula: “*el bien ha de hacerse y el mal ha de evitarse*” (Finnis, 2000, p. 95). En síntesis, responden a la pregunta “¿cuáles son los aspectos básicos de mi bienestar?” (Finnis, 2000, p. 117), y en tanto que, el bien ha de hacerse y el mal ha de evitarse, “*las acciones que son buenas como medios para alcanzar tales bienes humanos básicos han de hacerse; las acciones que son malas por perjudicar algún bien básico han de evitarse*” (Finnis, 2019, p. 110). Se trata de un deber inteligible, pero premoral. Será moral cuando se persiga con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica.

⁵ Para el estado de cosas en el que todo deseo de los bienes humanos básicos es completamente satisfactorio (perfecto) y no carece de nada deseable (completo), Aristóteles empleó la palabra *eudaimonia* y Tomás de Aquino la de *beatitudo imperfecta* (Finnis, 2019, p. 133). Grisez y Shaw (2009) utilizan el término *plenitudo humana integral* para referirse al ideal de amar en toda instancia posible a todo bien básico en toda persona (p. 95).

⁶ No son innatos, sin embargo, pueden ser captados por cualquiera que tenga uso de razón y experiencia (Finnis, 2000, p. 96).

⁷ “*Ningún valor puede ser deducido o de alguna otra manera inferido a partir de un hecho o de un conjunto de hechos*” (Finnis, 2000, p. 97).

⁸ Al igual que en el razonamiento teórico hay supuestos y principios, en el razonamiento práctico los bienes desempeñan esta función (Finnis, 2000, p. 95).

⁹ Son inabarcables porque su participación nunca está acabada y pueden desarrollarse en una cantidad inagotable de formas (Finnis, 2000, p. 96).

Antes de pasar a las exigencias de la razonabilidad práctica, es necesario enunciar cuáles son los bienes humanos básicos que identifica John Finnis¹⁰. En *Ley Natural y Derechos Naturales* identifica siete, a saber:

- i. La vida. Entendida como el impulso a la propia preservación y a cada uno de los aspectos de la vitalidad, incluyendo la salud (Finnis, 2000, p. 117).
- ii. El conocimiento. Relativo a la preocupación por averiguar la verdad de las proposiciones (Finnis, 2000).
- iii. Desempeño hábil en el juego y el trabajo.
- iv. Matrimonio. Como una asociación entre un hombre y una mujer que implica la amistad entre los cónyuges y la procreación y educación de los hijos, sin reducirse a una forma de amistad ni de transmisión de la vida (Finnis, 2011, p. 448).
- v. La sociabilidad o amistad. Hace referencia a varias formas de comunidad humana, donde la expresión más débil es un mínimo de paz y armonía entre los hombres, y la más fuerte la amistad plena, donde se obra por el bienestar del propio amigo (Finnis, 2000, p. 119).
- vi. La razonabilidad práctica. Expresa “*la capacidad de hacer que la propia inteligencia se aplique eficazmente*”: en un sentido interno, conduciendo las emociones y disposiciones a la armonía de una paz interior -integridad- y, en un sentido externo, haciendo que las acciones sean auténticas, en el sentido de que sean realizaciones genuinas de las propias valoraciones -autenticidad- (Finnis, 2000, p. 119-120). Para Tomás de Aquino, “*la disposición de guiar las propias elecciones y acciones por la razonabilidad práctica*” recibe el nombre de *prudencia* (Finnis, 2019, p. 215).
- vii. La armonía con alcances más amplios y las fuentes más últimas de toda la realidad. En la primera edición de *Ley Natural y Derechos Naturales*, se le denominó religión, entendida en un sentido amplio, como la preocupación por un ulterior estado de cosas que hace posible los demás estados de cosas. Siguiendo a Arancibia (2017), se puede decir que se refiere al concepto de religión natural como una forma de dar sentido a la búsqueda de plenitud, no a tradiciones religiosas como tales. Lo que se puede conjeturar acerca de “un estado de cosas causante no causado”, se relaciona con la religión en un sentido más restringido, pero se fundamenta en el concepto amplio de religión natural (Arancibia, 2017, p. 62).

¹⁰ En la primera edición de *Ley Natural y Derecho Naturales*, Finnis habla de siete bienes: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión. En Tomás de Aquino: teoría moral, política y jurídica, Finnis incluye el matrimonio como un bien humano básico, la experiencia estética pasa a formar parte del bien básico del conocimiento y junto al bien del juego ubica el trabajo (Orrego, 2000, p. 27). La lista que se presenta corresponde al Postscript de la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*.

La armonía se predica sobre lo que se pueda llegar a conjeturar acerca de ese estado de cosas.

Ahora, la lista acerca de los valores humanos básicos puede variar entre autores¹¹ e incluso el propio Finnis corrigió detalles de su lista, porque existe un campo para la modificación en los detalles. No obstante, estos siete bienes son considerados todos los propósitos básicos para la acción humana y cualquier otro propósito está constituido por algún aspecto de todos o algunos de ellos (Finnis, 2000, p. 122-123).

No hay una jerarquía entre los bienes, pero cada persona puede elegir tratar alguno de ellos como de mayor importancia en su vida, a través de un plan elegido (Finnis, 2000, p. 124). Así, se puede decir que para el médico el bien de la vida tiene mayor importancia en su plan, mientras que para el profesor el papel preponderante lo ocupa el bien del conocimiento.

Abordados los valores humanos básicos que, como se decía anteriormente, expresan fines que todavía no son morales, se llega a las exigencias de la razonabilidad práctica que permiten llegar al terreno de la moral. Las exigencias son como una exigencia de método en el razonamiento práctico que, al igual que los bienes, son fundamentales, inderivables e irreductibles (Finnis, 2000, p. 133). La realización de los bienes en conjunto con las exigencias hace posible la *eudaimonia* de Aristóteles o la *beatitudo imperfecta* de Tomás de Aquino y expresan el método para elaborar la ley natural (Finnis, 2000, p. 134). Según Finnis, hay nueve exigencias de la razonabilidad práctica¹²:

- i. Un plan de vida coherente. Uno debe elegir un plan de vida armónico, lo que exige “*reorientar las inclinaciones, reformar los hábitos, abandonar proyectos viejos y adoptar otros nuevos*” para que los propósitos e inclinaciones estén en armonía (Finnis, 2000, p. 135). Se asemeja a lo que Rawls llamó plan de vida racional.

¹¹ Por ejemplo: Gómez-Lobo identifica la vida, la familia, la amistad, el trabajo y el juego, la experiencia de la belleza, el conocimiento y la integridad; Chappell la vida, la verdad y el conocimiento de la verdad, la amistad, el valor estético, la armonía y la paz física y mental, el placer y la evitación del dolor, la razón, racionalidad y razonabilidad, el mundo natural, la gente, la equidad, la consecución de logros y la contemplación de Dios (Arancibia, 2017, p. 34).

¹² En el PostScript de la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights* y en Tomás de Aquino: teoría moral, política y jurídica, John Finnis identifica un principio que permite articular y unificar las nueve exigencias de la razonabilidad práctica: “*Uno debería amar al prójimo como a sí mismo*” (Finnis, 2019, p. 160).

- ii. Ninguna preferencia arbitraria entre los valores. Uno siente gustos y tiene capacidades para ciertas cosas, pero “no debe dejar de lado, o exagerar o descartar arbitrariamente, ninguno de los valores humanos básicos” (Finnis, 2000, p. 136). La preferencia es arbitraria si se basa en la desvalorización o sobrevaloración de los bienes.
- iii. Ninguna preferencia arbitraria entre las personas. En el centro de esta exigencia se encuentra la afirmación de que “Mi propio bienestar incluye una preocupación por el bienestar de otros” (Finnis, 2000, p. 137). Los bienes de otra persona también son básicos y fundamentales, por eso, no debo preferir arbitrariamente mi bienestar. Hay un campo razonable de autopreferencia que se puede formular a través de la Regla de Oro: Haz a los otros lo que querías que ellos hicieran por ti.
- iv. Desprendimiento con los proyectos. A las personas les ocurren accidentes o acontecimientos que hacen imposible la materialización de los proyectos. Esta exigencia formula que se debe adoptar una actitud de desprendimiento, de manera que el fracaso de un proyecto no signifique la pérdida del sentido de la vida (Finnis, 2000, p. 140).
- v. Compromiso con los proyectos. Esta exigencia se relaciona con la anterior, como si fueran dos caras de una misma moneda. El compromiso exige que los proyectos no se abandonen a la ligera, de lo contrario, nunca se lograría participar de los bienes humanos básicos (Finnis, 2000, p. 141).
- vi. Eficiencias dentro de lo razonable. Las acciones deben ser eficientes para alcanzar sus propósitos, y en la medida de lo posible, en todos los aspectos del bien humano (Finnis, 2000, p. 141). No es posible razonar en la lógica consecuencialista donde se aspira a maximizar el bien y minimizar el mal, porque los bienes humanos son incommensurables y diferentes (Finnis, 2000, p. 145), por tanto, “es un sin sentido de la misma manera que es un sin sentido tratar de sumar el tamaño de esta página, el número seis y la masa de este libro” (Finnis, 2000, p. 143). Más bien, se debe analizar a la luz de las otras exigencias de la razonabilidad.
- vii. Respeto por todo valor básico en todo acto. Uno no debe elegir dañar o impedir la realización de un bien básico, porque si uno pretende actuar inteligentemente debe realizar o participar de él (Finnis, 2000, p. 149). Dañar indirectamente un bien básico es razonable si y sólo si es un efecto colateral no buscado pero inevitable que acompaña toda elección humana. Otra manera de plantear esta exigencia es que “el fin no justifica los medios” (Finnis, 2000, p. 151). Hay, entonces, un margen de absolutos morales.
- viii. Respeto a las exigencias del bien común¹³. La gente vive en comunidad por lo que, para hacer posible esta realidad, es necesario que cada miembro esté dispuesto a

¹³ Una explicación adecuada de esta exigencia implica la descripción del significado de comunidad y formas de justicia (distributiva y conmutativa), pero es una pretensión que no se puede satisfacer con este artículo. La persona

ajustar su conducta a las necesidades del grupo, inclusive se requiere que las actividades estén coordinadas, bien sea por la interacción coordinada en sí misma o por un objetivo compartido (Finnis, 2000, p. 181). La octava exigencia de la razonabilidad práctica se refiere al deber de buscar realizar y respetar los bienes humanos también en común (Finnis, 2000, p. 191), ya que en la medida en que uno es miembro debe ayudar a servir al bien común (Finnis, 2000, p. 194).

- ix. Seguir la propia conciencia. *“Uno debe actuar de acuerdo con su propia conciencia”* (Finnis, 2000, p. 154), porque la razonabilidad práctica no sólo consiste en producir juicios correctos sino también es un aspecto de la realización humana (Finnis, 2000, p. 155).

Todo lo visto en este apartado, permite llegar a la “estructura profunda del discurso moral”, es decir, una forma de explicar la acción razonable o moral. Finnis explica que en la decisión razonable se formulan tres argumentos (Finnis, 2000, p. 155):

- a) Un plan de vida coherente, seguir la propia conciencia, el desprendimiento [las exigencias de la razonabilidad práctica]... son aspectos del verdadero bien básico de la libertad y la razón.
- b) Que [las exigencias de la razonabilidad práctica] pueden ser conseguidas solamente o de la mejor manera, haciendo el acto X.
- c) Por lo tanto, X es un acto que (no) debiera o tiene que ser realizado.

3. El Concepto de Derecho

El trabajo de un teórico del Derecho es predominantemente descriptivo, pero una condición previa para comenzar su descripción es determinar el significado de lo que va a entender por Derecho. Por eso:

(...) las diferencias en la descripción derivan de diferencias de opinión, entre los teóricos descriptivos, respecto de qué es importante y significativo en el campo de la experiencia y de datos con el que todos ellos por igual están plenamente familiarizados (Finnis, 2000, p. 43).

interesada en profundizar estos temas puede leer los capítulos VI y VII de Ley Natural y Derechos Naturales. Eso sí, vale la aclaración de Cristóbal Orrego en el sentido de que la diferenciación finiseana entre justicia distributiva y justicia conmutativa ya no es tan importante (Orrego, 2000, p. 27).

El teórico decide elegir un significado adoptando un punto de vista práctico, esto es, con miras a la decisión y a la acción. Por ejemplo, Hart le da prioridad a los intereses y valoraciones -al lenguaje- de las personas o Raz al punto de vista del hombre corriente (Finnis, 2000, p. 45-46). Finnis considera estas elecciones insuficientes porque tienden a mantener la existencia de un sistema jurídico, pero no permiten que un sistema prejurídico pase a ser jurídico, en tanto no participan de la preocupación por remediar sus defectos (Finnis, 2000, p. 47).

Al igual que Aristóteles, Hart o Raz, Finnis rechaza la búsqueda de un significado completamente unívoco, más bien prefiere la tipología casos centrales y casos periféricos para referirse a los conceptos. En el caso central *“existirían unos rasgos generales que distinguen un sistema como jurídico”* (Raz citado por Finnis, 2000, p. 44), pero en algunos sistemas, solo estarán algunos rasgos o lo estarán en menor grado, entonces son casos periféricos. Por ejemplo, en términos de régimen constitucional, la Rusia de Stalin sería un caso periférico, pero no dejaría de ser un ejemplo de régimen constitucional (Finnis, 2000, p. 45).

Para Finnis, el caso central del Derecho *“es aquel en donde la obligación jurídica es tratada, al menos presuntivamente, como obligación moral”* (Finnis, 2000, p. 48). A lo cual, hay que añadir que el caso central se refiere a una comunidad completa (Finnis, 2000, p. 178): *“una asociación omni-comprendiva”* en la que la coordinación de individuos y asociaciones hacen posible el bienestar amplio, que de otra manera no se podría conseguir (Finnis, 2000, p. 177). El individuo, la familia o las asociaciones de familia, no pueden protegerse ante la violencia ni están en condiciones de mantener un sistema equitativo, por lo que son comunidades incompletas que no pueden garantizar la justicia y la paz (Finnis, 2019, p. 317).

Los miembros de una comunidad completa pueden considerar diferentes maneras de actuar, pero mientras la comunidad no haga una elección, no hará nada. Piénsese en una hambruna: algunas personas pueden pensar que lo mejor es darle alimentos a los afectados, otros dirán que lo ideal es darles el dinero para que compren comida y, algunos más,

pensarán que les pueden dar un préstamo; sin embargo, hasta que asuman una de esas alternativas, la comunidad no hará nada. La comunidad se debe coordinar. Hay dos posibilidades para hacerlo: la unanimidad o la autoridad (Finnis, 2000, p. 262). Como la unanimidad parece improbable en la práctica, es necesaria la autoridad. La persona o grupo de personas que ejercen la autoridad tendrán la potestad de crear y aplicar el Derecho, sin embargo, no basta que exista la autoridad. Resulta necesario que las personas estén dispuestas a renunciar -en la mayoría de casos- a sus propias valoraciones o razones en favor de las alternativas que ofrece la autoridad. Una condición para que el Derecho funcione es que *“los individuos restrinjan drásticamente las ocasiones en que abandonan sus obligaciones jurídicas en favor de su ventaja individual o de sus concepciones del bien social”* (Finnis, 2000, p. 345).

En otras palabras, se trata de que las personas traten las razones que ofrece el Derecho como razones excluyentes o razones autoritativas para la acción:

Una persona trata algo como autoritativo si y solo si lo trata como algo que le da razón suficiente para creer o actuar en conformidad con eso a pesar de que él mismo no puede ver, por su parte, una buena razón para creer o actuar así (Finnis, 2000, p. 263).

Hay muchas justificaciones para tratar como autoridad a determinado grupo de personas, como el temor a la fuerza, la búsqueda de ganancia, el respeto, el carisma, etc. Finnis propone como una presunción el hecho de la eficacia, es decir, que prácticamente todos cumplan la orden (Finnis, 2000, p. 275 y 278). Sin embargo, hay unas exigencias para quienes pretenden gobernar: (i) tener la capacidad de resolver los problemas de coordinación en la comunidad (Finnis, 2000, p. 274); (ii) ser designado como autoridad conforme a *“las reglas constitucionales autoritativas para ese tiempo, lugar, ámbito, y función si, en virtud de la costumbre o de una determinación autoritativa, existen tales reglas”* (Finnis, 2000, p. 278); y (iii) está vinculado por sus propias reglas (Finnis, 2000, p. 281). Además,

la noción de consentimiento puede ser un criterio sensato, mas no necesario: “*un sujeto prácticamente razonable, con el bien común en vista, pensaría que él debe consentir en ellas [decisiones de la autoridad]*” (Finnis, 2000, p. 279).

Resumiendo lo dicho: el caso central del Derecho se refiere a una comunidad completa, es decir, que está en condiciones para garantizar el bienestar amplio que otras comunidades no pueden garantizar; donde por la necesidad de coordinación, se hace necesaria una autoridad; que dicha autoridad, crea y aplica normas; y que dichas normas, deberían proporcionar una razón excluyente para la acción si pretenden cumplir sus propósitos. También, se dijo que el caso central de Derecho es aquel donde las obligaciones jurídicas son tratadas presuntivamente como obligaciones morales. Es momento de desarrollar este punto.

La necesidad del Derecho radica en que hay bienes y exigencias de la razonabilidad práctica que sólo se pueden conseguir mediante instituciones de la ley humana (Finnis, 2000, p. 37). El propósito de una teoría del derecho es explicar cómo ciertas instituciones humanas son respuestas a exigencias a la razonabilidad práctica (Finnis, 2000, p. 294). El motivo para tratar la obligación jurídica como obligación moral presuntiva radica en “*hacer posible a los individuos ejercer control sobre sus propias relaciones en la comunidad*” (Finnis, 2000, p. 335). Dicho de otra manera, para lograr el bien común es necesario que la gente cumpla con las obligaciones. Entonces, uno no podría actuar en beneficio del bien común (de forma moral o razonable) si no está dispuesto a cumplir con la práctica que establece el cumplimiento de las obligaciones (Finnis, 2000, p. 334). La obligación jurídica como obligación moral presuntiva se concluye del siguiente razonamiento (Finnis, 2000, p. 343):

- (i) Necesitamos, por el bien común, ser observantes de la ley.
- (ii) Cuando X está dispuesto por la ley como obligatorio, la única manera de ser observantes de la ley es hacer X.
- (iii) Por lo tanto, es obligatorio [moralmente] hacer X cuando ha sido jurídicamente dispuesto que X es obligatorio.

Se trata de una obligación moral presuntiva, es decir, que proporciona una razón excluyente para la acción condicional y rebatible, como se verá en la cuarta sección.

Ahora, algunas características del sistema jurídico son la (i) pretensión de tener autoridad para regular todas las formas de comportamiento humano, (ii) la pretensión de ser la autoridad suprema de la respectiva comunidad y (iii) da a entender que adopta las reglas y disposiciones normativas que rigen la comunidad (Finnis, 2000, p. 178). El Derecho también introduce definición y claridad, en la medida que las reglas definen y regulan cuestiones como el alcance, la aplicabilidad y el funcionamiento de instituciones (Finnis, 2000, p. 296). El método jurídico primario consiste en mostrar que

hubo en algún momento pasado, m_i , un acto que de acuerdo con las reglas en vigor en m_i equivalía a un acto de creación de reglas válido y en consecuencia operativo, y que desde m_i la regla así creada no ha terminado en virtud de sus propios términos o de algún acto de derogación válido (Finnis, 2000, p. 297).

De donde se concluye que una regla válidamente creada permanece válida en sus propios términos o hasta que la derogue otra norma válida (Finnis, 2000, p. 297): el Derecho regula su propia creación.

Para John Finnis, “es necesario que el derecho sea coactivo (primariamente mediante sanciones punitivas, secundariamente mediante intervenciones y restricciones preventivas)” (Finnis, 2000, p. 294). El castigo es una manera de restablecer el equilibrio de ventajas entre el criminal y las personas que observan la ley (Finnis, 2000, p. 292), “porque cuando alguien, que realmente podría haber elegido otra cosa manifiesta en su obrar una preferencia en sus propios intereses (...), entonces obtiene, en y por medio de esa misma acción una cierta clase de ventaja” (Finnis, 2000, p. 291). El propósito de los sistemas modernos de derecho penal es garantizar una determinada forma de vida en común, a través de prohibiciones, para que determinadas conductas acontezcan con menor frecuencia. Dichas prohibiciones están reguladas por reglas y principios de justicia

procedimental -debido proceso- y justicia sustantiva -proporcionalidad, legalidad, etc- (Finnis, 2000, p. 290).

Todo lo dicho en este acápite permite llegar a la definición completa de Derecho:

(...) reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas, por una autoridad determinada y efectiva para una comunidad completa, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas (Finnis, 2000, p. 304).

4. El Alcance del Derecho Natural

En el segundo acápite, se expresó que las exigencias de la razonabilidad práctica expresaban el método para la ley natural conforme a la estructura profunda del discurso moral. En un sistema jurídico particular subyacen exigencias racionales universales (Finnis, 2000, p. 316), pero la intención del pensamiento iusnaturalista no es minimizar el alcance ni el carácter concluyente del derecho positivo (Finnis, 2000, p. 317). La intención de la tradición del Derecho Natural es mostrar que crear el derecho

es un acto que puede y debería ser guiado por reglas y principios morales; que esas normas morales son una cuestión de razonabilidad objetiva (...); y que esas mismas normas morales (a) justifican la misma institución del derecho positivo, (b) las principales instituciones, técnicas y modalidades dentro de esa institución, y (c) las principales instituciones reguladas y sostenidas por el derecho. (...) procura determinar cuáles son realmente las exigencias de la razonabilidad práctica, para ofrecer de este modo una base racional para las actividades de los legisladores, los jueces, y los ciudadanos (Finnis, 2000, p. 317).

Desde el punto de vista del Derecho Natural, la creación de leyes positivas responde a dos lógicas: en la primera, el derecho positivo es una derivación del derecho natural como conclusión de principios generales; en la segunda, el derecho positivo deriva del derecho natural como determinación (determinatio) de directivas generales (Finnis, 2000, p. 311). En la determinación, el legislador goza de una mayor libertad creativa (George, 2009, p. 87), pero debe respetar algunos principios como: la compensación de privación forzosa de propiedad, no hay responsabilidad sin culpa, doctrina de los actos propios, no cabe asistencia judicial para quien alega su propio ilícito, el abuso de derechos no está protegido, el fraude anula todo, los beneficios sin justificación a costa de otro deben restituirse, pacta sunt servanda, hay relativa libertad para cambiar mediante acuerdo las relaciones jurídicas, los sujetos débiles deben ser protegidos en su debilidad, no se han de resolver disputas sin dar oportunidad a las dos partes de ser oídas y no se debe permitir ser juez en su propia causa (Finnis, 2000, p. 315). Un ejemplo de la primera lógica es el delito de homicidio; un ejemplo de la segunda, son las leyes de tránsito.

Sin embargo, ¿qué ocurre cuando la Autoridad y, por extensión, el Derecho no se guían por las reglas y principios morales por los que deberían guiarse? John Finnis explica que

[el gobernante] tiene autoridad de dar orientaciones y de crear leyes que son moralmente obligatorias y que él tiene la obligación de hacer cumplir. Él posee esta autoridad en beneficio del bien común. Por lo tanto, si él usa su autoridad para adoptar disposiciones contrarias al bien común, o contrarias a cualquiera de los principios básicos de razonabilidad práctica, esas disposiciones carecen por completo de la autoridad que de otro modo tendrían en virtud de ser suyas. Dicho con más precisión, las disposiciones adoptadas en favor de la conveniencia partidista, o que exceden la autoridad jurídicamente delimitada, o que imponen cargas inequitativas sobre los súbditos, o que nunca deben hacerse, sencillamente no logran, por sí mismas, crear ninguna obligación moral en absoluto (Finnis, 2000, p. 387).

Aquí, se entiende el sentido de entender las obligaciones jurídicas como obligaciones morales *presuntivas*, es decir, la obligación moral no es

incondicional sino derrotable (de ahí que sea presuntiva). Por eso, la tradición del Derecho Natural dice que “*lex iniusta non est lex*” (ley injusta, no es ley) en un sentido analógico: la ley injusta no es ley moral, esto es, no obliga moralmente. Entre los positivistas hay una confusión, porque aseguran que los iusnaturalistas dicen “*que las leyes humanas que contradicen la ley divina no son vinculantes, es decir, no son leyes*” (Austin citado por Finnis, 2000, p. 382). Lo cierto es que, en un sentido restringido de validez jurídica, las normas pueden: (i) provenir de una fuente jurídicamente autorizada, (ii) ser impuestas por funcionarios y tribunales, y, (iii) ser denominadas leyes (Finnis, 2000, p. 388); y, en ese sentido, ser “jurídicamente obligatorias” mediante la coerción. No obstante, no gozan simultáneamente del carácter de obligar moralmente. Con una salvedad, que John Finnis denomina obligación colateral: si la desobediencia a las leyes injustas debilita la eficacia o el respeto de disposiciones deseables del sistema (Finnis, 2000, p. 388), “*puede haber una obligación de conformarse a algunas de tales leyes injustas con el fin de apoyar el respeto hacia el sistema jurídico como un todo*” (Finnis, 2000, p. 392).

Para concluir, sinteticemos lo dicho: John Finnis es un filósofo del Derecho formado en la tradición analítica que, a través de un contacto con Grisez, adoptó una teoría ética que se fundamenta en la razonabilidad práctica, los bienes humanos básicos y las exigencias de la razonabilidad práctica. Dicha teoría ética permite describir y comprender los actos humanos, reflejados no sólo en el Derecho sino también en otras ciencias sociales como la Política. Además, el Derecho en su sentido focal o central se refiere a una comunidad completa donde las obligaciones jurídicas son tratadas presuntivamente como obligaciones morales, porque, para alcanzar el bien común, es necesario coordinarse y, cuando el Derecho postula un comportamiento como obligatorio, la única manera de coordinarse es actuando conforme a ese comportamiento. No obstante, se trata de una obligación moral presuntiva que puede ser desvirtuada si se aleja ostensiblemente del bien común. La mejor manera para no alejarse del bien común sería respetando las reglas y principios morales que provienen de

la ley natural. Hay dos maneras de hacerlo: creando la norma jurídica como derivación o conclusión de la ley natural, o, a través de la determinación. Haciendo una conexión con la parte introductoria de este artículo, se puede concluir que la teoría del Derecho Natural de John Finnis puede justificar la necesidad del poder, pero a la vez, lo limita y condiciona a unas exigencias que deben respetarse si pretende hacerse cumplir desde el punto de vista moral. En otras palabras, el análisis de un iusnaturalista no se detiene al constatar la existencia de normas y su cumplimiento o sanción, sino que analiza el contenido y los propósitos de las normas a partir de la teoría ética que subyace a su teoría.

Antes de terminar, quiero extender mi más sincero agradecimiento al profesor Leandro Cordioli, no sólo por darme la oportunidad de escribir este artículo, sino también por el trabajo de difusión que realiza a través de las redes sociales. En mi proceso académico, no había tenido la oportunidad de profundizar acerca la Justicia, el Derecho Natural o las relaciones entre el Derecho y la Moral. La labor del profesor Cordioli nos acerca a temas que, en nuestras Universidades, no llaman tanto la atención. Para mí es un gran aliciente que, en el Brasil, existan personas preocupadas por la búsqueda de la verdad, la fundamentación de la ética y la preocupación por la justicia. Si en el transcurso de este escrito cometí algún error o imprecisión, espero que el lector comprenda que este camino lo he recorrido fundamentalmente solo, con el apoyo de algunos libros, vídeos y charlas (incluyendo al profesor Cordioli). Más que tener la última palabra, hago una invitación a conocer la obra de John Finnis que revitalizó el debate en torno al Derecho Natural, sobre todo en estos tiempos donde se ha relativizado el bien y, más preocupante, el mal.

Referências

ARANCIBIA, F. (2017). Religión en el espacio público. Un estudio desde la Filosofía de John Finnis. Santiago de Chile: Olejnik.

BERMAN, H. (2001). *La formación de la Tradición Jurídica de Occidente*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

ETCHEVERRY, J. (2012). Entrevista a John M. Finnis. *Revista DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, 859-867. Recuperado de: <https://doxa.ua.es/article/view/2012-n35-entrevista-con-john-finnis/pdf>

FINNIS, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales* (Traducción de Cristóbal Orrego Sánchez). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

FINNIS, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Nueva York: Oxford University Press.

FINNIS, J. (2017). *Estudios de Teoría del Derecho Natural* (Edición a cargo de Javier Saldaña Serrano y Carlos Ignacio Massini Correas). Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de: <http://www.libro-soa.unam.mx/xmlui/handle/123456789/1542>

FINNIS, J. (2019). *Tomás de Aquino: Teoría Moral, Política y Jurídica* (Traducción de Fabio Morales). Santiago de Chile: Instituto de Estudios de la Sociedad.

GEORGE, R. (2009). *Entre el derecho y la moral* (Traducción Pedro José Izquierdo Franco). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas; Maiestas Fundación; Grupo Editorial Ibañez.

GRISEZ, G. & SHAW, R. (2009). *La vida realizada en Cristo* (Traducción Charles J. Merrill). Madrid: Palabra.

A moralidade como elemento garantidor da completude do ordenamento jurídico: uma análise da teoria do direito em Dworkin

*Bruna Gengnagel*¹
*Michelle Fernanda Martins*²

1. Introdução

O positivismo jurídico é considerado a teoria do direito mais célebre e debatida. Nesta corrente, os positivistas dedicam sua pesquisa ao debate sobre as condições de validade das normas no sistema jurídico, silenciando quanto aos problemas relacionados à interpretação, uma vez que, buscavam separar os subjetivismos e moralismos da ciência jurídica. (DIMOULIS, 2017).

No decorrer do tempo, juristas passaram a criticar a teoria defendida pelos positivistas, apontando problemas importantes de serem debatidos. O presente artigo abordará as críticas, feitas por Ronald Dworkin, aos fundamentos do positivismo jurídico, possuindo como objetivo primordial relacionar a moral como meio de suprir a lacunosidade normativa, evitando legitimar a discricionariedade e, conseqüentemente, proporcionar a preservação do Estado de Direito.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Pós-graduanda em Direito e Processo Tributário pela FMP/RS. E-mail: bruna_gen@hotmail.com

² Mestre em Direito e Sociedade pela UNILASALLE. Especialista em Direito Público pelo IDC. Graduada em Direito pela ULBRA. Docente da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Canoas. E-mail: michifm@gmail.com

Primeiramente se realizará uma breve exposição acerca da teoria pura do direito em Hans Kelsen, dada sua importância e influência para o ordenamento jurídico pátrio. Seguindo, serão analisados alguns pontos da obra “O Modelo das Regras I”, na qual Dworkin aponta suas linhas de argumentação contra Hart, em especial a tese da obrigação e da discricionariedade.

Posteriormente, será abordada a obra “A justiça de toga”, na qual Dworkin apresenta um *hard case* imaginário, a fim de ilustrar como a moral e os princípios podem suprir a ausência normativa.

Por fim, é abordado o que Dworkin denominou de “teoria da resposta correta”, oportunidade na qual o jusfilósofo revisita sua discussão com os positivistas, reforçando seu entendimento contrário à tese positivista que autoriza o magistrado, por meio de um poder discricionário, a criar um direito novo ou decidir conforme sua própria consciência, quando se deparar com as lacunas legais.

Referendando a existência de uma resposta correta mesmo diante de casos difíceis, é citado no presente artigo a construção do jurista Lênio Streck, denominada de Resposta Adequada à Constituição, oportunidade na qual se responde em quais momentos o juiz pode deixar de aplicar a norma, buscando recursos dentro da própria estrutura normativa.

2. A Teoria Pura do Direito Kelseniana

Hans Kelsen, no início do século XX, começa a solidificar o Positivismo Jurídico, com sua teoria pura do direito. (GONZAGA, 2017). A Teoria Pura do Direito visava a abstração dos aspectos morais, sociológicos e religiosos, bem como da Justiça, em relação as normas jurídicas emanadas pelo Estado. (ROSA, 2016).

Desse modo, o normativismo Kelseniano preocupava-se exclusivamente com a lei e as normas positivas, a fim de purificar a ciência jurídica. No contexto histórico em que surgiu a teoria pura do direito, a proposta lançada por Hans Kelsen significava o rompimento com o paradigma jusnaturalista. (ROSA, 2016).

Kelsen se utilizou de outras bibliografias – “O Problema da Justiça”, “A Ilusão da Justiça” e “O que é a Justiça” - para embasar sua crítica a um direito não puro, ou seja, aquele que não considera apenas a norma e as proposições normativas como objeto científico do direito. Em tais obras, Kelsen critica de modo incisivo o conceito de justiça como sendo algo vago e parcial, não podendo ser objeto da ciência. (GONZAGA, 2017).

Para a teoria pura do direito, a forma que as normas são produzidas pouco importam, porque isso seria objeto da política jurídica. A tarefa científica diz respeito à descrição, sem discussões valorativas por parte dos juristas, bem como sem preocupações acerca de conceitos como a justiça, em decorrência da neutralidade pressuposta. (ROSA, 2016).

Kelsen distinguia o mundo do “ser”, o qual se referia as ciências naturais, do “dever-ser”, no qual estava situado o Direito. Partia-se da premissa de que não existe a possibilidade de descobrir as normas jurídicas a partir da natureza, o que levava a conclusão de que “o mundo da vida seria regido por leis da causalidade, enquanto o mundo do Direito traria as leis da imputação”. (KELSEN, Hans. ¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?... p.10-11.).

Nesse sentido, a norma jurídica habita o mundo do “dever-ser” e obedece à ideia de imputação, que decorre de um comando ou mandamento. Assim, a norma jurídica traz um juízo hipotético de determinada conduta, que ao ser verificada, gera a aplicação da correspondente sanção. (ROSA, 2016).

O sistema jurídico proposto por Kelsen é representado por uma pirâmide normativa, a qual é composta no vértice pela denominada norma fundamental, recurso que serve como pressuposto de validade das demais normas presentes no sistema hierárquico. Referida norma fundamental estaria materializada pela Constituição, sendo seu conteúdo meramente formal, sem vinculação valorativa, de maneira que o ordenamento seja justificado apenas por critérios lógicos. (ROSA, 2016).

Assim se vê que, para o positivismo jurídico, o direito e a moral são coisas distintas, sendo que, a validade da norma jurídica não depende do

fato de ser ou não justa. Portanto, o critério de validade da norma, para o positivismo, é um critério formal: a norma válida é aquela que emana do órgão estatal competente, obedecendo os procedimentos próprios e estabelecidos, e respeitando a compatibilidade de conteúdo com as normas jurídicas que lhe sejam superiores. (GONZAGA, 2017):

“O fato de uma política ser justa, sábia, eficiente ou prudente nunca é razão suficiente para pensar que ela é realmente a lei, e o fato de que ela é injusta, imprudente, ineficiente ou imprudente nunca é razão suficiente para duvidar dela. De acordo com o positivismo, o direito é uma questão do que foi posto (ordenado, decidido, praticado, tolerado, etc.). Como diríamos num vocabulário mais moderno, o positivismo é a visão de que a lei é uma construção social.” (GONZAGA, 2017, p. 16).

Por fim, importante referir que a tese da separação não significa que os positivistas não vejam qualquer relação entre o direito e a moral. O que ocorre é que, em suas concepções, a moral não deve ser um parâmetro de validade para as normas jurídicas, porque para os positivistas, a conexão entre direito e moral é histórica ou contingencial, e não conceitual. (GONZAGA, 2017).

Ao observar, se vê que, na maior parte das vezes, a norma jurídica coincide com a moral social e nosso ordenamento está repleto de exemplos disso. Assim, o homicídio é ilegal e imoral, não pagar alimentos ao filho também o é. O que o positivismo refere é que, para a norma jurídica existir, ela não precisa ser boa, justa, conveniente ou razoável. (GONZAGA, 2017).

O positivista não tem pretensões de dizer como o Direito deve ser aplicado, ou seja, referida corrente não se preocupava com a construção de uma Teoria da Decisão judicial, o que como se verá mais adiante, culminará na existência de uma forte discricionariedade.

3. O Modelo das Regras proposto por Dworkin

A obra intitulada de “O modelo de regras I”, escrita por Dworkin, traz vigorosas críticas aos fundamentos do positivismo jurídico em geral, tendo

por base o livro “Conceito de direito”, de Hart, oportunidade na qual aponta seus argumentos contra Hart. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Uma das linhas argumentativas ficou denominada de “tese do caráter descritivo da teoria do direito”, na qual, o positivismo metodológico estabelece que a tarefa da teoria do direito é descrever o direito independentemente de qualquer tipo de consideração valorativa ou moral. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Para Dworkin, o positivismo de Hart é caracterizado com base em duas postulações apresentadas na obra “Conceito de direito”. A primeira se refere a tese da obrigação, a qual descreve que existe uma obrigação de fazer algo quando existe uma regra jurídica que assim o determine. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

No que tange a esta tese, pode-se notar que ela está inserida em nosso ordenamento, por meio do comando constitucional inserido no inciso II, do art. 5º, da CRFB/88, o qual determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, configurando o princípio da legalidade. (BRASIL, 1988).

Partindo desse princípio, os juízes possuem a obrigação de aplicar a regra sempre que dela se possa extrair uma obrigação, e havendo indeterminação, os juízes deverão agir discricionariamente. Tal discricionariedade constitui a segunda postulação, denominada de tese da discricionariedade. Esta tese indica que nos casos difíceis – que a regra é vaga -, os juízes agem discricionariamente, não seguindo uma regra jurídica, mas sim criando uma nova regra e, assim, legislando indiretamente. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Nesse sentido, a ausência de um dispositivo que, em sua literalidade, corresponda a um caso concreto, resultará na falta de normatividade. Então, o julgador estaria legitimado a criar uma resposta para aquele caso, fundamentada em critérios extrajurídicos, tendo em vista não haver uma resposta juridicamente predeterminada. Para Hart, discricionariedade é

uma consequência da indeterminação normativa, sendo inevitável de ocorrer. (DIAS; SOARES, 2019).

Tendo em vista ser impossível normatizar um sistema de forma completa, Dworkin defenderá que a ausência de princípios em um sistema de regras é incompatível com a prática habitual dos tribunais e dos operadores do direito que recorrem a eles diariamente, além de que nos princípios estão a natureza argumentativa e interpretativa do direito, de modo que eles revelam de maneira particularmente evidente a natureza moral da argumentação jurídica. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Nenhum sistema de regras em sentido estrito que segue uma gramática lógica de tipo “tudo ou nada” é capaz de prever todas as situações fáticas capazes de gerar repercussões jurídicas, bem por isso que a norma nasce de forma abstrata. Ainda que houvesse um regramento jurídico acerca de toda e qualquer situação, os julgamentos proferidos pelos juízes envolvem algum tipo de ponderação e/ou balanceamento que somente é realizado por meio de justificação argumentativa. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Os princípios também funcionam como um tipo de regra, mas em um sentido mais amplo, porque dentre suas funcionalidades, está a de estabelecer uma medida avaliativa a determinado comportamento previsto em um determinado padrão (regra). (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Assim se vê que os princípios não são utilizados de forma secundária ou substituem um sistema de regras, mas sim, auxiliam os juízes ao proferirem suas decisões. A diferença é que, os princípios, em contraste com as regras “tudo ou nada”, afirmam razões (jurídico-morais) que justificam uma determinada decisão, atribuindo-lhes um peso diferenciado ante outras possíveis razões com os quais compete. Assim, a intencionalidade dos princípios é valorativa e exige uma atitude interpretativa. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Diante do caso concreto, os princípios, quando interpretados tal como realmente funcionam na prática jurídica, não serão meros guias para o

exercício de uma atividade judicial, mas serão base para referida justificação argumentativa e interpretativa, atribuindo à decisão razoabilidade e justiça. (FREIRE; GONZAGA; CAMPILONGO, 2017).

Nesse sentido, considerando a particularidade de cada decisão, as decisões judiciais não visam a afirmar o que o direito deveria ser idealmente, mas antes o que o direito corretamente interpretado diz a respeito das pretensões jurídicas das partes.

4. Como proceder com a lacuna normativa em um sistema de regras?

Ao estabelecer um embate entre a Teoria do Direito de Dworkin e a Teoria do Positivismo Jurídico, representado no sistema *civil law* por Kelsen e no sistema *Commum Law*, por Hart, a reflexão trazida por Dworkin, na obra intitulada “A justiça de toga” impõe, dentre outras, a seguinte indagação: de que forma o magistrado deve proceder diante das lacunas jurídicas, da ambiguidade e da antinomia das normas? (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Considerando a abstração das normas e a infinitude de casos concretos que chegam diariamente ao poder judiciário, tem-se que nem sempre a jurisprudência ou as leis oferecem critérios seguros para que se diga o que de fato é o direito. Assim, para Dworkin, a moral pode ser utilizada como critério pelo julgador, a fim de se chegar a “verdade-valor” da proposição jurídica e atingir a correta aplicação do direito. (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Desse modo, Dworkin busca desenvolver sua teoria geral do direito sustentando que a moral está diretamente envolvida na percepção do que é o direito. E isso não é encontrado somente no poder judiciário, uma vez que, critérios de moralidade política conduzem o comportamento do legislativo na confecção das normas que compõe o ordenamento jurídico. (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Nesse sentido, Dworkin traz a indagação de que, se na decisão judicial o juiz não poderia, em certos casos, ignorar a lei quando for injusta,

dispondo de seu poder para impedir a injustiça.³ Diante dessa indagação, Dworkin refere que saber se um juiz pode ignorar a lei injusta ou contrariá-la, a fim de proferir a decisão que entende ser mais justa, é uma questão concernente à moral. Nesse caso, a questão moral não se refere somente no sentido de saber se a moral influencia ou não em seus julgamentos, mas sim, se é moralmente permitido que o julgador proceda desse modo. (DWORKIN, apud CLEMENTE, 2010).

No decorrer da obra, Dworkin expõe um *hard case* imaginário, a fim de exemplificar as possíveis lacunas e a atuação do juiz diante dessa hipótese. O caso trata-se de uma mulher, Sra. Sarenson, que durante muitos anos consumia certo medicamento, o qual era fabricado por diversos laboratórios, sendo que, o medicamento apresenta uma série de contraindicações que os fabricantes desconheciam. Em razão disso, a mulher passa a sofrer de sérios problemas cardíacos. (DWORKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Ocorre que, como o medicamento era fabricado por diversos laboratórios, ela não tinha como provar qual laboratório produziu os comprimidos que lhe trouxeram problemas. A certeza existente era somente que ela havia ingerido comprimidos de alguns laboratórios, mas certo também que não tomou comprimidos fabricados por outros deles. (DWORKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Diante do prejuízo sentido pela Sra. Sarenson, seus advogados processam todos os laboratórios que fabricavam o produto, já que não é possível dizer com certeza qual laboratório fabricou os comprimidos ingeridos por ela, requerendo que todos fossem responsabilizados pelo dano, pois todos se beneficiaram de uma fatia do mercado na exploração comercial do produto, devendo a indenização ser proporcional à sua participação no mercado de vendas. Em matéria de defesa, os advogados do laboratório

³ Henry Thoreau, ao abordar sobre a desobediência civil, defende que há uma percepção prática do que é certo e errado, e isso muda as coisas e as relações. Disso, refere que: “Leis injustas existem: devemos nos contentar em obedecê-las? Ou nos empenhar em aperfeiçoá-las, obedecendo até obtermos êxito? Ou devemos transgredi-las imediatamente?” (THOREAU, 1997 apud BELLEI) Dworkin expõe a possibilidade da desobediência civil (DWORKIN, 2005, p.153, apud RIBEIRO, 2008) como instituto democrático.

respondem que a Sra. Sarenson deve comprovar a responsabilidade individual de cada um deles, pois o ônus de provar incumbe a quem alega. (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Independentemente da tese arguida, o fato é que todas elas se preocupam em dizer o que é o direito no caso específico. No exemplo citado por Dworkin, os advogados de defesa podem sustentar que a lei ou a jurisprudência não prevê a possibilidade de alguém ser obrigado a indenizar por danos que não causou – especialmente neste caso no qual não havia provas de quem tivesse efetivamente causado o dano – ou seja, inexistente regra prevendo isso. (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Por outro lado, os advogados da Sra. Sarenson poderiam arguir que o argumento de que toda e qualquer alegação deve vir fundamentada em provas é um princípio geral de direito, mas que o caso em debate oferece particularidades que o torna diferente de todos os outros casos nos quais tal princípio já foi aplicado. (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Da análise do *hard case* citado por Dworkin, nota-se que o único fato incontroverso é que existe um dano causado a alguém. Se o juiz acolher os argumentos da Sra. Sarenson, e conseqüentemente condenar todos os laboratórios a lhe indenizarem, poderia estar cometendo uma injustiça com aqueles que não produziram o medicamento que causou o dano. (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Por outro lado, se simplesmente se pautar nos fundamentos arguidos pela defesa, deixará a Sra. Sarenson – a qual sofreu grave dano de saúde – desamparada juridicamente, simplesmente por que o ordenamento jurídico não prevê solução para tal situação. (DOWRKIN, apud CLEMENTE, 2010).

Nesta situação prática, fica mais clara a aplicação de princípios conforme referido no tópico anterior, ou seja, utilizá-los como uma medida avaliativa a determinado comportamento, servindo de amparo para justificar uma determinada decisão, buscando razoabilidade e justiça para o julgado, ante a ausência de uma regra “tudo ou nada”.

Para esses casos que não são alcançados pelas normas positivadas ou que não há claramente uma única solução justa, a moral surgirá como elemento que garantirá a completude do ordenamento jurídico, estipulando um conjunto de princípios implícitos capazes de conduzir a decisão no caminho da única resposta correta. Assim, mesmo nos casos mais difíceis, quando parece faltar qualquer resposta jurídica, o juiz está submetido ao ordenamento jurídico e deve encontrar a decisão a partir dos princípios explícitos ou implícitos (CRISTÓVAM, 2011):

“A partir do momento em que os princípios são admitidos como padrões que integram o discurso jurídico e, além disso, não são formulados por uma consciência subjetiva de um juiz legislador, mas são reconhecidos enquanto constituintes de uma moralidade política intersubjetiva, as premissas positivadas perdem força. Para Dworkin, tais princípios devem ser tratados com a mesma obrigatoriedade das regras e considerados por juízes e juristas quando estes deliberam sobre obrigações jurídicas.” (DWORKIN *apud* JUNG, 2014, p. 04).

Em “O Império do Direito”, Dworkin traz a ideia de que a teoria do direito é, antes, uma interpretação acerca dessa prática social. Assim, pode-se dizer que, para a teoria do direito em Dworkin, a natureza da argumentação jurídica encontra-se na melhor interpretação moral das práticas sociais existentes. Dworkin, assim - fundamentado no modelo de interpretação construtiva - afirma que qualquer concepção, inclusive a positivista, acerca do que é o direito inclui, de modo irrefutável, um juízo do observador. (JUNG, 2014).

Conforme já referido, não há como se criar um sistema de regras que abarque todas as situações pelas quais a sociedade venha a passar. O juiz, por saber que tal sistema é simplista e insuficiente demais para uma sociedade plural, deve ultrapassar o legalismo.

Contudo, não pode este mesmo juiz inventar o Direito, mas sim, flexibilizá-lo ou adaptá-lo, o que para Dworkin era referido como uma atividade de descoberta, entendida como aplicar o melhor direito para o caso concreto. Neste viés, quando se fala em poder discricionário do juiz,

não se fala em invenção, tendo em vista que a decisão deste encontra-se envolta pelos princípios, entendidos estes como direitos individuais das partes envolvidas. (DWORKIN, apud RIBEIRO, 2008).

5. O problema das correntes positivistas: a discricionariedade como decorrência natural ante a ausência normativa

No direito brasileiro, conforme positivado na Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, art. 4º, nos casos em que a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (BRASIL, 2010).

A partir disso, nota-se que os costumes de uma sociedade – que, na omissão da norma, poderão servir para que se diga o que é o direito - estão diretamente ligados ao que se considera moralmente bom dentro daquela comunidade. No que tange a utilização dos princípios, visualiza-se a incidência valorativa do julgador de forma ainda mais sensível.

No que concerne as decisões judiciais, Dworkin, no capítulo três, intitulado Princípio, Política e Processo, inserido na sua obra “Uma questão de princípio” expõe a assertiva de que toda decisão, seja ela judicial ou não, será necessariamente política. Isso porque o juiz, assim como qualquer indivíduo, é formado por uma gama de pré-conceitos, de pré-compreensões e de visões de mundo. Portanto, não existe decisão neutra, mas sim, decisão imparcial. (DWORKIN, apud RIBEIRO, 2008).

Sendo assim, o juiz, ao proferir uma sentença conseqüentemente opta por uma das partes, realizando uma tarefa política. Desse modo, inevitavelmente ele deve se posicionar e fundamentar sua decisão, a qual além de pertencer a uma lógica binária do certo ou errado, do sim ou do não, é, conforme já referido, formada por toda uma bagagem de pré-conceitos, própria de toda pessoa. (DWORKIN, apud RIBEIRO, 2008).

Isso porque, diante de um caso concreto, o julgador pode se deparar com mais de um princípio possível de aplicação naquela situação, de modo que, procederá com a adoção daquele que entende entregar o “melhor

direito” para dissolver o litígio. Além disso, há situações em que pode haver o choque de princípios, não sendo possível excluir um ou outro, diante do caráter constitucional que possuem.

Nesse caso, uma das possibilidades é realizar um juízo de ponderação⁴, ou seja, deve-se balancear as consequências jurídicas dos princípios em colisão, para que seja verificada qual delas é mais importante na lide em discussão. Ao utilizar o critério da proporcionalidade entre princípios, o juiz, inevitavelmente, está utilizando suas convicções do que pensa ser mais justo no caso concreto.

Dessas situações, surge a crítica a uma possível discricionariedade⁵ e relativismo moral, ou seja, se há mais de uma resposta correta para determinado caso, o julgador poderia optar por uma delas recorrendo à sua consciência. (STRECK, 2018).

Com isso, o preenchimento de suas lacunas por parte do poder judiciário – que não é um poder constituído pela via democrática –, por meio de critérios subjetivos, gera anseios e o combate ao que se chama de discricionariedade.

Nesse sentido, Dworkin dirá que os juízes não devem exercer o que ele chama de “discricionariedade forte” e aplicarem critérios extrajurídicos, olhando para além do Direito. O jusfilósofo concorda que pode haver uma discricionariedade fraca, na medida em que são os juízes serão obrigados a usar o seu juízo no raciocínio de aplicação dos princípios jurídicos às conclusões jurídicas. (DIAS; SOARES, 2019).

⁴ Alexy, em sua obra *Teoria de los Derechos Fundamentales*, apresenta a Lei de Colisão para solucionar a colisão de princípios. A máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação. Contudo, diferentemente de Alexy, Dworkin não fala em hierarquia entre princípios, mas considera que existem dois dentre eles que representam o cerne do ordenamento jurídico e, por meio dos quais se desencadeiam todos os demais. São eles: a igualdade e a liberdade. ((DWORKIN, apud JÚDICE, 2007).

⁵ Dworkin estabelece, portanto, três sentidos para o emprego da expressão “poder discricionário”, quais sejam: a) algumas vezes empregamos ‘poder discricionário’ em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem uso da capacidade de julgar; b) Às vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. c) Às vezes usamos ‘poder discricionário’ (...) para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. O sentido empregado pela teoria positivista é o terceiro (c). (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 53.)

Assim se vê que, enquanto os positivistas reconhecem que é impossível – em se tratando do Direito – conceber, um sistema completo, e por isso aceitam que quando a convenção termina, o juiz decida com base em seu juízo discricionário (STRECK, 2018), Dworkin dirá que, mesmo nos casos difíceis, quando não há claramente uma resposta prevista pelo ordenamento, “é dever do juiz descobrir no sistema jurídico quais os direitos das partes, sem inventar retroativamente direitos novos. O juiz não pode atuar como legislador” (DWORKIN, 1981, p. 05).

Nesse sentido, há um ensaio denominado “Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?”, publicado em sua obra “Uma questão de princípio”, no qual Dworkin revisita sua discussão com os positivistas, acerca da possibilidade de uma resposta correta (*one right answer*) para os chamados casos difíceis. (PEDRON, 2006).

Na construção da sua tese acerca da única resposta correta, Dworkin tem como objetivo negar a tese positivista que autoriza o magistrado, por meio de um poder discricionário, a criar um direito novo ou decidir conforme sua própria consciência. (PEDRON, 2006).

No Brasil, Lênio Streck procurou concretizar a tese de Dworkin, de que não é necessário dispor da discricionariade forte mesmo diante de casos difíceis e de lacuna normativa. Assim, àquilo que o jusfilósofo norteamericano chama de *one right answer*, Lênio Streck, no contexto brasileiro, atribuiu o nome de RAC (“Resposta Adequada à Constituição”). (DWORKIN, apud DIAS; SOARES, 2019).

Foi a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida pelo jurista Lenio Streck, que a ideia de uma resposta correta no Direito foi desenvolvida. Desse modo, inspirado na teoria de Dworkin, surge a tese intitulada de “direito fundamental a respostas constitucionalmente adequadas” (respostas corretas). (DIAS; SOARES, 2019).

A ideia de um direito fundamental à obtenção de uma resposta constitucionalmente adequada – ou seja, a resposta correta para fins jurídicos –, pressupõe respostas que respeitem a autonomia do Direito, sua coerência e integridade, na medida em que a resposta deve ser confirmada na

Constituição, respeitando-se o princípio democrático. (DIAS; SOARES, 2019).

Nesse sentido, para se dar início a uma resposta correta (resposta constitucionalmente adequada), Streck afirma que o julgador poderá deixar de aplicar a regra em apenas seis hipóteses:

- “a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; as especificidades podem ser encontradas nos respectivos desdobramentos da presente obra;
- b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias;
- c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto. O que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à constituição;
- d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência;
- e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto;
- f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio (entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos).” (DIAS; SOARES, 2019).

Referidas hipóteses estão fundamentadas na ideia de preservação da autonomia do Direito, no controle hermenêutico da interpretação constitucional, no respeito à integridade e à coerência do Direito, no dever fundamental de justificar as decisões, e, por fim, no direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. (DIAS; SOARES, 2019).

Assim, a tese de resposta constitucionalmente adequada significa um constrangimento à discricionariedade judicial. Trata-se de um mecanismo de prestígio à democracia, na medida em que, apenas com a autonomia do Estado de Direito as instituições se mantêm fortificadas. (DIAS; SOARES, 2019).

Portanto, a forte discricionariedade não tem razões de subsistir, porque os indivíduos possuem direitos anteriores e independentes da atuação judicial. Cabe ao julgador buscá-los dentro do ordenamento jurídico - no

conjunto de normas, princípios e diretrizes políticas - a partir de um processo de construção argumentativa na decisão judicial. (CRISTÓVAM, 2011).

6. Considerações finais

O Direito, sendo uma ciência de cunho social, é repleto de dinamismo e construções sociais. Se assim não o fosse, poderia se estatuir um código normativo único para todas as sociedades, e assim elas se adaptariam. A identidade de cada sociedade, seus valores, bem como seus ideais de moralidade, influenciam o comportamento do ordenamento jurídico, tanto é verdade que, os costumes são admitidos como fonte do direito.

Nesse sentido, a moralidade, que também pode significar - em uma análise um tanto rasa - um conjunto de valores ou comportamento aceitos/esperados por determinada sociedade, compõe o direito desde a formação legislativa até o proferimento das decisões judiciais. A moralidade reflete aquilo que é socialmente considerado bom e aceitável, de maneira que o direito acaba por acompanhar tais parâmetros.

A importância de se pensar em como o Direito deve ser aplicado, e não somente na positivação da norma dentro do texto jurídico, buscando amparo na teoria da decisão judicial, descrita pela hermenêutica do direito - a qual contempla uma série de critérios e perguntas que devem ser feitas antes da tomada de uma decisão judicial - é cada vez mais necessária em nossa realidade jurídica.

Isso porque as decisões judiciais vêm ganhando cada vez mais força, a exemplo da valorização dos precedentes trazidas pela reforma do Código de Processo Civil em 2015, ocasionando direcionamento para a cultura do *stare decisis*, a qual reflete que aquilo que foi decidido deve ser respeitado.

Se as decisões judiciais vêm ganhando cada vez mais força, nada mais emergente que fortalecer os ideais de moralidade política - dado que no Brasil, a Corte Suprema é um órgão político - e interpretação da norma, de modo a combater qualquer indício de discricionariedade infundada.

A discricionariedade como decorrência natural da abstratividade normativa é uma afronta ao Estado de Direito e não deve ser aceita. O Direito, aos olhos de Dworkin, é um fenômeno social que possui uma estrutura própria, composta por normas e princípios, devendo ser respeitada em sua plenitude. Diante de casos difíceis, deve se extrair a resposta para o jurisdicionado, se não por meio da norma positiva, por meio dos critérios de moralidade e principiológicos encontrados dentro da própria estrutura jurídica.

7. Referências

CLEMENTE, Aleksandro. A Justiça De Toga: Um Ensaio Interpretativo Da Obra De Ronald Dworkin Sobre A Influência Da Moral No Direito. Revista Acadêmica Eletrônica Sumaré , [S. L.], 2010. Disponível Em: [Http://Revistaqualis.Sumare.Edu.Br/Index.Php/Revista/Article/View/83](http://Revistaqualis.Sumare.Edu.Br/Index.Php/Revista/Article/View/83). Acesso Em: 26 Set. 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. [O problema da discricionariedade judicial. Existe uma única resposta correta para os casos difíceis?](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 16, n. 3082, 9 dez. 2011](#). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20582>. Acesso em: 28 set. 2020.

DIAS, Giovanna; SOARES, Guilherme Augusto De Vargas. Ensaio acerca das respostas corretas no Direito: o que significa isso?. *ConJur*, [s. l.], 19 out. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-19/ensaio-acerca-respostas-certas-direito-significa-isso>, acesso em 28 set.2020

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia Jurídica da PUCSP: Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, [s. l.], ed. 1, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico-significado-e-correntes>. Acesso em: 2 out. 2020.

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo I (recurso eletrônico) : teoria geral e filosofia do direito / coords. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro Gonzaga, André Luiz Freire - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017

JÚDICE, Mônica Pimenta. Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras. *ConJur*, p. 1-5, 2 mar. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teorias_principios_regras. Acesso em: 23 out. 2020.

JUNG, Luã Nogueira. Levando Dworkin A Sério: Uma Revisão (Crítica) Da Teoria Do Direito De Ronald Dworkin. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RIBEIRO, Ana Paula Brandão. Resenha da Obra: Uma Questão de Princípio (Ronald Dworkin). Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 18 Out. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/resenhas/filosofiadodireito/1345-resenha-da-obra-uma-questao-de-principio-ronald-dworkin. Acesso em: 01 Out. 2020

ROSA, Alexandre Morais da. Pensar a atualidade da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. ConJur, [s. l.], 29 out. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-out-29/diario-classe-pensar-atualidade-teoria-pura-direito-hans-kelsen>. Acesso em: 28 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. O Que É Positivismo, Afinal? E Qual Positivismo?. Novos Estudos Jurídicos, [s. l.], v. 23, n. 3, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13745#:~:text=O%20ponto%20%C3%A9%20que%20positivismo,a%20bouche%20de%20la%20loi.&text=Logo%2C%20mudou%20%20positivismo%20tamb%C3%A9m,sua%20formula%C3%A7%C3%A3o%20original%3A%20o%20legalismo>. Acesso em: 28 set. 2020.

THOREAU, Henry David. A desobediência civil. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997. p.5 - 56, apud Sérgio Bellei (UFSC). Disponível em: <https://www.ufrgs.br/cdrom/thoreau/thoreau.pdf>. Acesso em: 02 Out. 2020.

Viagem redonda: a corrupção e a lógica do *Free Rider*

*Marcelo Cacinotti Costa*¹

*Vinicius de Melo Lima*²

1. Introdução

O presente ensaio se desenvolve a partir da série dos acontecimentos sociais em torno da COVID-19³, principalmente na primeira metade do ano de 2020, momento marcado por isolamento social como reflexo preventivo determinado pelos Estados de praticamente todo o mundo, tudo isso como desdobramento dos números assustadores de óbitos decorrentes da propagação do vírus.

A temática central desta abordagem pretende analisar possíveis desvios de conduta moral que caracterizam o agir humano, notadamente

¹ Doutor em Direito Público pela UNISINOS; Mestre em Direito pela URI, campus de Santo Ângelo/RS; Advogado e Professor do Curso de Direito e do PPG em práticas socioculturais e desenvolvimento social da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. E-mail: mcccacinotti@hotmail.com.

² Doutor em Direito Público pela UNISINOS; Mestre em Direito pela UNIVERSIDADE DE LISBOA; Promotor de Justiça/RS e Professor na ULBRA, Campus Torres-RS. E-mail: vmelolima@hotmail.com.

³ A pandemia de COVID-19 é uma doença respiratória aguda causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2). A doença foi identificada pela primeira vez em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, em 1 de dezembro de 2019, mas o primeiro caso foi reportado em 31 de dezembro do mesmo ano. Acredita-se que o vírus tenha uma origem zoonótica, porque os primeiros casos confirmados tinham principalmente ligações ao Mercado Atacadista de Frutos do Mar de Huanan, que também vendia animais vivos. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou o surto uma pandemia. Até 31 de março de 2020, pelo menos 826 222 casos da doença foram confirmados em mais de 200 países e territórios, com grandes surtos nos Estados Unidos (mais de 160 000 casos), na Itália (mais de 101 000 casos), China continental (mais de 81 000 casos), Espanha (mais de 85 000 casos) e Alemanha (mais de 65 000 casos). Pelo menos 40 708 pessoas morreram (mais de 11 000 na Itália, mais de 7 500 na Espanha e mais de 3 300 na China) e 174 115 foram curadas. https://pt.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_COVID-19 - Acesso em 31-03-2020.

quando se atravessa momentos sociais marcados por dificuldades extremas (guerras, pandemias, catástrofes naturais...). Sobre o tema, Michael J. Sandel, em sua obra “Justiça: o que é fazer a coisa certa”, aborda a conhecida discussão moral que envolve universalistas *versus* utilitaristas, instaurando-se um verdadeiro dilema sobre igualdade, moral e justiça⁴.

No contexto social brasileiro também não é diferente, pois, na medida em que o Brasil adota as recomendações da OMS – Organização Mundial da Saúde sobre o isolamento social; milhões de trabalhadores autônomos estão sem remuneração e, conseqüentemente, sem condições mínimas de sobrevivência. Paralelamente a isto, noticia-se nas últimas semanas a série de fraudes envolvendo o denominado Auxílio Emergencial⁵, em que inúmeras pessoas que não se enquadram dentro dos critérios econômico-social estabelecidos pelo Governo acabaram se locupletando indevidamente.

Assim, em face do atual cenário social marcado por série de incógnitas, muitas delas no campo da ciência e da economia, porque não se tem como dimensionar as conseqüências sanitárias para um País emergente como o Brasil (com sistema de saúde precário e deficitário, somado ao grande contingente populacional de mais de duzentos milhões de pessoas), aliado à letalidade e à contagiosidade que o referido vírus vem apresentando. Ao mesmo tempo e não menos importante, vem a opinião de alguns especialistas econômicos, inclusive por parte do governo, de que o País “não pode parar”, e que os efeitos da paralisação trarão danos de profundo impacto na macro e na micro economia, isso sem contar com a instauração imediata da pobreza e da fome que atinge parcela considerável de trabalhadores informais, composta por mais de 60% da população ativa do Brasil.

⁴ O que se vê no Brasil são algumas pessoas desqualificando a dimensão do problema sanitário, lançando mão de um argumento utilitarista, para ao fim ao cabo justificar o relaxamento do isolamento social, como se fosse possível prever um resultado objetivo para tudo isso. De outro lado, caso o Covid-19 não se prolifere como muitos acreditam, o resultado da desaceleração da economia trará conseqüências extremamente prejudiciais para toda a sociedade.

⁵ O auxílio emergencial de R\$ 600, também chamado de coronavoucher, foi criado em abril de 2020 para ajudar trabalhadores sem carteira assinada, autônomos, MEIs e desempregados durante a crise gerada pela pandemia do coronavírus.

Diante do quadro acima exposto, necessário adentrar no aspecto social que leva algumas pessoas a se aproveitar do momento de crise social para levar vantagem pessoal, demonstrando absoluto desprezo com o Outro⁶. Daí a relevante abordagem de Sandel sobre o conceito de justiça e a verdadeira virtude de um povo, notadamente diante da necessidade de se enfrentar problemas de abrangência social importante.

2. A justiça em Michael Sandel: “fazendo a coisa certa”

O conceito de justiça para muitos é algo utópico e de natureza subjetiva, pois “fazer a coisa certa” envolve elementos de natureza cultural e dependerá em grande medida dos costumes de um determinado povo ou lugar. É por isso que se discute muito aspectos culturais na aplicação do Direito, principalmente quando se tem cartas políticas (ocidentais) com pretensão de correção, aplicáveis a outras culturas, sobre o que são ou deveriam ser direitos humanos⁷.

Já tendo sido advertido o leitor sobre a dificuldade de definição do conceito de justiça, passa-se a analisar um pouco a ideia de justiça em Michael Sandel. O referido autor aborda no primeiro capítulo de sua obra uma série de casos em que o aspecto moral é tematizado. O primeiro envolve uma tempestade (furacão Charley) que varreu a Florida nos EUA causando inúmeras mortes e um prejuízo de mais de 11 bilhões de dólares. Diante do quadro catastrófico daquele lugar, sem água e sem luz, os

⁶ Do mesmo modo, instaura-se um debate entre aqueles que se filiam à visão *utilitarista*, que se caracteriza por realizar a comparação entre as opções disponíveis para escolher aquela que produzir melhores resultados à coletividade; e aqueles que se filiam à visão *universalista*, na qual o agir por princípio independe das consequências e não se coaduna com “escolhas”, pois não é possível romper com o imperativo que valoriza como intangível determinado bem, i.e. a “vida”, nos exatos termos dos já conhecidos imperativos categóricos de Kant, cuja vida tem um valor em si, não sendo possível escolher matar uma pessoa para salvar outras.

⁷ Temática desenvolvida por Marcelo Neves, na sua obra *Transconstitucionalismo*, quando enfrenta aquilo que denominou de ‘Transconstitucionalismo entre ordens jurídicas estatais e ordens locais extraestatais’: “Um dos casos mais delicados apresentou-se recentemente na relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem normativa dos índios Suruahá, habitantes do município de de Tapauá, localizado no estado do Amazonas, que permaneceram isolados voluntariamente até os fins da década de 1970. Conforme o direito consuetudinário dos Suruahá, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral. Em outra comunidade, a dos indígenas Yawanawá, localizada no estado do Acre, na fronteira entre Brasil e Perú, há uma ordem normativa consuetudinária que determina que se tire a vida de um dos gêmeos recém-nascidos”. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.222.

comerciantes começaram a praticar preços muito acima do que normalmente se aceitava, como por exemplo vender sacos de gelo por dez dólares, enquanto que o preço normal era de apenas dois dólares, ou cobrar vinte três mil dólares para remover duas árvores de um telhado.

Os jornais americanos noticiaram os abusos, o procurador geral do Estado também concordou que aquelas práticas eram abusivas, medidas judiciais foram utilizadas, com base em uma lei estadual contra preços abusivos, tanto que uma filial da *Days Inn* foi condenada a pagar setenta mil dólares em multa por cobranças excessivas. Entretanto, de outro lado, alguns economistas e analistas de mercado argumentavam que na sociedade de mercado os preços são fixados de acordo com a oferta e a procura, sendo inexistente a ideia de ‘preço justo’. A questão em torno do aumento dos preços em função do furacão Charley acende uma acalorada discussão de natureza moral. É errado que alguém se aproveite de um desastre natural para cobrar valores muito acima do que o mercado está acostumado a suportar? A lei ou o estado deve reparar isto, mesmo que isto signifique interferir na liberdade negocial?

Sandel traz à discussão três elementos de suma importância sob os quais o dilema moral deve ser pensado: bem-estar, liberdade e virtude⁸. Tais elementos irão nortear de que maneira os indivíduos devem tratar uns aos outros; como a lei deve ser e de que forma a sociedade deve se organizar, situações que ao fim e ao cabo desembocam na questão da justiça.

A defesa de que a economia não pode parar, assim como dos mercados sem restrição (no caso do abuso de preços), baseia-se principalmente em duas posições: bem estar e liberdade. A primeira está calcada no aspecto que uma economia forte, com geração de empregos, pagamento de impostos e geração de renda promove o bem-estar da sociedade como um todo como uma consequência lógica da circulação de riqueza e o aumento

⁸Vide: SANDEL, Michael J. justiça: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p.14.

da poder aquisitivo do trabalhador, incluindo-se aí, também, o estado de bem-estar social decorrente do superávit do erário.

Em segundo lugar a própria liberdade individual das pessoas em poder escolher os rumos que irão tomar (autogoverno), não se submetendo, por exemplo, à restrição de preços ou ao enclausuramento social, deixando que as pessoas possam escolher por si mesmas o que é melhor para cada um (sair ou se fechar; vender ou comprar).

O problema é que grande parte daqueles que defendem o enclausuramento social e a restrição do mercado sustentam um argumento mais visceral do que o bem-estar ou a própria liberdade, ou seja, a virtude. No caso do aumento exagerado dos preços em situação de calamidade social decorrente de um furacão, a ganância e a ausência de senso de coletividade que torna as pessoas indiferentes ao sofrimento alheio pode ser considerado como um defeito moral (argumento de virtude). No caso do Covid-19, sustentar a liberdade da economia pode soar como indiferença à coletividade, principalmente àqueles considerados como “grupo de risco” (crianças, doentes e idosos), também podendo ser caracterizado como um defeito moral.

No ponto, Sandel esclarece dizendo:

A discussão sobre a virtude, em contrapartida, apoia-se na premissa de que a ganância é uma falha moral que o Estado deveria desencorajar. Mas quem deve julgar o que é virtude e o que é vício? Os cidadãos das diversas sociedades não discordam quanto a essas coisas? E não é perigoso impor julgamentos sobre a virtude por meio da lei? Em face desses temores, muitas pessoas sustentam que o governo deveria ser neutro no que diz respeito a virtude e vício, não lhe cabe tentar cultivar as boas atitudes ou desencorajar as más. Assim, quando examinamos nossas reações ao abuso de preços, vemos-nos forçados em duas direções: sentimos-nos ultrajados quando as pessoas conseguem coisas que não merecem; a ganância predadora da miséria humana, no nosso entender, deveria ser punida, e não premiada. Apesar disso, ficamos preocupados quando os julgamentos sobre virtude são levados para o caminho da lei. Esse dilema aponta para uma das grandes questões da filosofia política: Uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos? Ou a lei deveria

ser neutra quanto às concepções concernentes à virtude, deixando os cidadãos livres para escolher, por conta própria, a melhor forma de viver?⁹

A virtude como aspecto de desenvolvimento pessoal de cada integrante da sociedade, com espírito de coletividade mais desenvolvido ou menos desenvolvido, no sentido de que os cidadãos com maior capacidade, em uma situação de calamidade social, possam estender o braço àqueles que de fato mais precisam, independentemente da atuação do Estado.

Virtude, também, no sentido de que seja possível pensar na economia sem se distanciar ou descuidar com àqueles que são mais vulneráveis a uma possível contaminação. Virtude, ainda, em buscar o bem comum, *pensar na coletividade com integridade*¹⁰, ou seja, locupletar-se com o dinheiro público (lançar mão do Auxílio Emergencial sem necessidade de fato) significa retirar recursos de quem efetivamente precisa.

3. Uma sociedade justa procura promover a virtude de seus cidadãos - corrupção e a lógica do *free rider*

A confiança implica a convicção de que algumas pessoas ou instituições terão um caminho de expectativas. Uma pessoa de confiança decide agir a despeito da incerteza sobre o futuro e dúvida sobre a confiabilidade das promessas dos outros. A necessidade de confiança deriva da liberdade humana, sendo que a honestidade é um importante valor substantivo com uma conexão com a confiança, implicando em um comportamento responsável voltado ao cumprimento de regras. A corrupção é um comportamento desonesto que viola o lugar da confiança no serviço público. E envolve o uso da posição pública para ganhos privados¹¹.

⁹ Vide: SANDEL, Michael J. justiça: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p.17.

¹⁰A igualdade, o devido processo legal, o republicanismo, o Estado Social, o dever fundamental da concretização dos direitos sociais, entre outros, são "*obrigações principiológicas de raiz*, que vinculam a *applicatio*. Vide: LIMA, Vinicius de Melo. COSTA, Marcelo Cacinotti. Direitos Sociais e Narrativas Processuais: o policentrismo decisório na democracia brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.31.

¹¹ROSE-ACKERMAN, Susan. "Trust, honesty and corruption. Reflection on the state-building process". *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers>. Acesso em: 8 ago. 2015.

Com efeito, o problema da desigualdade no Direito é fruto de um ambiente de distorções em determinado contexto sociojurídico no qual coabita o sistema de justiça, afetando o princípio do Estado Democrático de Direito. Na seara criminal, cumpre guiar os “mecanismos da reação institucional para o confronto da criminalidade econômica, dos grandes desvios criminais dos órgãos e do corpo do Estado, da grande criminalidade organizada”¹².

Impõe-se uma compreensão da proteção dos bens jurídicos, mormente em relação aos interesses coletivos e difusos da sociedade, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade. Deve afastar-se tanto do funcionalismo quanto da radicalização da perspectiva liberal e individualista, mediante o axioma onto-antropológico na esfera penal, haja vista que o ser humano tem de ser visto como ser-com e ser-para os outros¹³.

Nesse sentido, há uma evidente quebra da confiança no serviço público diante das práticas corruptivas, as quais atentam contra um bem coletivo, qual seja, a probidade na Administração Pública (em sentido amplo). A corrupção mostra-se entrelaçada em determinadas esferas do setor público e o capital privado, frustrando as expectativas legítimas dos cidadãos em torno do direito fundamental à boa administração pública, eficiente e responsiva. Algumas áreas têm ficado para trás, especialmente aquelas que, como saúde, educação e infraestrutura, em que as provisões do Estado permanecem importantes. Estes são setores nos quais a corrupção, os “pagamentos informais” e o descontentamento parecem elevados.

¹²Cf. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 202. Sobre o problema da desigualdade na Administração da Justiça Penal e o crime de colarinho branco, remete-se à leitura de SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco* (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra, Studia Iuridica 56, 2001. A título de ilustração, vale referir a falta de coerência e de integridade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno da aplicação do princípio da insignificância em matéria penal, sobretudo se comparada com o tratamento conferido pela Corte na esfera dos crimes contra a ordem tributária, diante do reconhecimento da constitucionalidade da extinção da punibilidade do agente em razão do parcelamento do débito. A criminalização/descriminalização de condutas deve atentar à integridade do Direito e da decisão constitucional.

¹³DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 184-5.

Mostra-se preciso localizar e analisar a lacuna na criação de um Estado visto como politicamente legítimo pelos cidadãos¹⁴.

Em sua obra “Capitalismo de Laços”, Lazzarini aponta a danosidade social agregada à vinculação entre empresas, partidos políticos e agentes públicos, diante de práticas contrárias aos bens coletivos, a exemplo da corrupção, fraudes licitatórias, “caixa dois”, entre outras. Os “laços” de que o referido autor discorre não são apenas os laços de família, mas sim os vínculos sociais forjados em razão de pretensões comuns, consistentes na acumulação de capital com o contributo do sistema. Dito de outro modo, nas palavras de Habermas, o poder e o dinheiro atuam como elementos centrais na sociedade contemporânea, levando a uma racionalidade estratégica ou instrumental, dissociada da racionalidade comunicativa.

Mas o que vem a ser um bem coletivo?

Na seara da economia, os aspectos essenciais de um bem coletivo são: 1º) o fato de prestar satisfações conjuntas (indivisibilidade das satisfações); 2º) os bens coletivos são, por natureza, não exclusivos, logo, inapropriáveis; e 3º) são bens não emulativos, ou seja, os indivíduos não entram em concorrência para obter a satisfação por eles¹⁵.

Sobreleva notar que a concepção de bem coletivo está diretamente ligada ao seu objeto de proteção (indivisível). A concretização dos direitos sociais opera precipuamente por intermédio da provisão de bens coletivos, motivo pelo qual é fundamental a observância das políticas públicas de direitos sociais. Por outro lado, tal característica não impede a

¹⁴Em pesquisa realizada por Rose-Ackerman sobre a honestidade, a confiança e a corrupção, respectivamente, estudando o processo de transição na Europa Central e Oriental, afirma a autora que a pesquisa mais frutífera se concentrará em determinados setores e tipos específicos de interações entre as pessoas e entre pessoas e instituições, tanto públicas como privadas. Confiança generalizada nos outros e nas instituições podem e, de fato, têm raízes culturais e históricas profundas, mas, mesmo assim, mudanças nas atitudes e nos comportamentos ainda são importantes. Essas mudanças podem depender de estimativas da confiabilidade de outras pessoas e sobre as estruturas institucionais em que operam. É preciso entender quando existem conflitos e enfrentar o fato de que fortes laços interpessoais baseados no parentesco e na amizade nem sempre são socialmente desejáveis. Nas sociedades modernas, as pessoas precisam ser capazes de separar seus papéis como amigo e relação de seus papéis como burocrata, político, juiz, funcionário ou administrador de empresas. ROSE-ACKERMAN, Susan. “Trust, honesty and corruption. reflection on the state-building process”. *John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers*. Yale Law School Legal Scholarship Repository, 2001, p. 31. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers>. Acesso em: 8 ago. 2015.

¹⁵FRANCO, António Luciano de Sousa. Manual de finanças públicas e direito financeiro. 4. ed. Lisboa, 1974. (v. 1), p. 127-9.

justiciabilidade dos direitos sociais, uma vez que a titularidade é simultaneamente individual e coletiva.

Em relação ao Direito Penal, Sgubbi trouxe a temática do interesse difuso como objeto de tutela, salientando que, com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), houve o incremento de novas demandas por parte da coletividade¹⁶.

Acentuando relevo ao objeto de tutela do bem jurídico coletivo, Hefendehl aponta as seguintes características: 1) uso não exclusivo; 2) não distributivo; e 3) indivisível. Para a manutenção da posição social importante do Direito Penal, este deve preservar claras as estruturas que vem utilizando, sem recorrer a bens jurídicos aparentes ou ao adiantamento da barreira de proteção a estados anteriores à ação típica¹⁷.

Em tal cenário, surge o *free rider*, figura proveniente da teoria econômica e da filosofia moral, aplicável aos bens coletivos, tratando-se do viajante sem o bilhete (“efeito carona”), que age sob o império de uma razão instrumental calculadora (*homo economicus*)¹⁸. O seu comportamento despreza as expectativas comunitárias em torno da preservação de bens coletivos.

A título de ilustração, o agente que, tendo ciência de que os demais colaboram para a preservação da qualidade do ambiente, aufere lucro de maneira injusta ao depositar resíduos sólidos em um curso d’água situado nas proximidades de seu empreendimento. Tome-se, ainda, o exemplo do agente que omite o pagamento de impostos, sabendo que os demais contribuirão com o Poder Público, violando o seu dever de responsabilidade como cidadão, tendo vantagem em decorrência de seu comportamento ilegal.

¹⁶SGUBBI, Filippo. “*L’Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte con particolare riguardo alla protezione del consumatore)*”. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976, p. 547-94.

¹⁷HEFENDEHL, Roland. Deve ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Disponível em: <<http://www.criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 12 out. 2013.

¹⁸Ver BORGES, Anselmo. “O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra, n. 10, 2000, p. 7.

O *free rider* é concebido como uma figura parasitária, que auferem injustamente o cumprimento das normas pelos demais membros da coletividade, não colaborando com os custos necessários para a preservação do bem coletivo, inserindo-se na lógica das ações coletivas¹⁹. Rawls²⁰ e Feinberg²¹ salientam a necessidade de respeito ao próximo, de maneira que a vida no tecido social carece de solidariedade entre os indivíduos, a fim de evitar a ocorrência de danos²².

Mas qual a ligação da figura do *free rider* com as práticas corruptivas?

A esse respeito, Zachia Alan, debatendo o tema da corrupção e a tutela penal dos bens coletivos, perquire sobre o custo do bem jurídico tutelado e de que modo o fenômeno do *free rider* se manifesta. Propõe, então, uma leitura no sentido de indagar “que tipo de esforço a existência da tal proibidade administrativa cobra dos integrantes do grupo de cidadãos ‘administrados’ no contexto dos Estados Democráticos de Direito?” ou, em outros termos, “qual o preço cobrado a que os valores ligados à proibidade administrativa subsistam?”. Vale trazer à colação o seguinte recorte temático:

Fala-se, por primeiro, do custo referente à regra da pluralidade dos Estados Democráticos de Direito e de seu compromisso de determinados valores éticos, tais como a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e assim em diante. Veja-se, contudo, que a necessidade do oferecimento de atenção impessoal a todos os cidadãos, especialmente em um contexto social como o brasileiro, a combinar população socialmente necessitada e ao mesmo tempo de dimensões continentais, faz com que, em alguma medida, o valor da eficiência termine comprometido.

[...] Indo-se ainda um tanto adiante, mas no mesmo sentido, pode-se falar também no custo da eficiência. Por certo que todos os cidadãos pretendem conviver com estrutura estatal que aja de modo eficiente, salvante quando se

¹⁹Ver THE FREE RIDER PROBLEM. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>. Acesso em: 6 abr. 2015; e BUCHANAN, James M. The demand and supply of public goods. Rand McNally Economics Series, 1968, p. 77-99.

²⁰RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001, p. 215 e ss.

²¹FEINBERG, Joel. Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law), v. IV, 1988, p. 13 e ss. e 202 e ss.

²²RAWLS, op. cit., p. 215.

acham na posição de alvos de tal atuação, como, por exemplo, nas hipóteses em que praticado um crime ou mesmo infração de natureza administrativa. Nos casos em que a eficiência do Estado vai posta contra os interesses pessoais dos cidadãos, o valor passa a lhe ser penoso e, portanto, a diminuição do valor a lhe interessar pessoalmente.

A bem de toda a verdade, a ideia que se sustenta nesta altura não é novidade e em nada destoa do conceito econômico de externalidade. Fala-se da percepção história de Pigou acerca do que se pode chamar aligeiramente de efeitos externos à transação econômica, sejam positivos ou negativos.

[...] No caso particular da externalidade relacionada à corrupção, a relação principal se dá entre o grupo e a pessoa jurídica de direito público chamada deste ponto em diante simplesmente de administração. O terceiro a sofrer o efeito externo não é o grupo, portanto, mas cidadão individualizado, colocado na mesma massa de tratamento destinada a todos os demais, pautado por critérios de imparcialidade e mesmo de eficiência possível²³.

Em suma, a prática da corrupção atinge a probidade na Administração Pública²⁴ e, quando associada à lavagem de dinheiro, compromete ainda a ordem socioeconômica, cumprindo ressaltar que, nos crimes econômicos, à diferença da criminalidade comum, a “metaindividualidade” é o traço nuclear do bem jurídico tutelado²⁵. Impõe-se, pois, uma atuação do Ministério Público na perspectiva da concretização da

²³ALAN, José Alexandre Zachia. A corrupção e a tutela penal dos bens coletivos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 146-9. Em esforço de síntese, sustenta que “a manutenção dos valores (interesses) que integram o bem jurídico chamado probidade administrativa gera custo de produção e este deve ser suportado por cidadãos particulares, seguindo-se a dinâmica das externalidades. Aqueles que se recusam a suportar tais custos são equiparados aos *‘free riders’*, uma vez que pretendem se beneficiar dos valores antes mencionados – imparcialidade, eficiência e assim em diante – sem ter de pagar o preço referente à manutenção do bem coletivo daí advindo”. *Ibid.*, p. 150.

²⁴Sobre o tema do quando e do como proibir, Ferrajoli destaca que são estreitas as concepções de bem jurídico que os identificam na condição de “direitos” ou “interesses individuais”, tornando-as inidôneas para “justificar a proibição de condutas como a corrupção, a malversação ou a fraude fiscal, lesivas de bens públicos ou coletivos”, sublinhando que a justificação das proibições deve incluir bens que não são direitos, “como o interesse coletivo, e certamente fundamental, a uma administração pública não corrupta”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 432-3.

²⁵LIMA, Vinícius de Melo. Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014, p. 52. Em relação ao crime de lavagem de dinheiro, destacam-se as seguintes correntes de entendimento quanto ao bem jurídico tutelado: 1. A ordem socioeconômica; 2. A objetividade jurídica seria a mesma do crime precedente; 3. A Administração da Justiça, tese que tem prevalecido no ordenamento jurídico português; 4. O reforço da eficácia preventiva da pena em relação ao autor do crime precedente, ao evitar a consolidação dos benefícios econômicos auferidos ilícitamente. A posição adotada na obra é no sentido de que, em que pese a existência de uma pluralidade ofensiva na conduta de lavagem de capitais, o “foco central na incriminação do branqueamento volta-se na proteção da ordem econômica”. *Ibid.*, p. 77-8.

igualdade no Direito Penal, punindo as ofensas ou lesões que afetem a probidade e a confiança no serviço público, além de contribuir para o aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção e de repressão à corrupção no Brasil.

4. A viagem redonda

No pulsar da história, o fenômeno da corrupção, em suas diversas modalidades, vem disseminando seus efeitos nas relações traçadas no mundo da vida.

Em “Raízes do Brasil”, Buarque de Holanda aponta que a imbricação entre o público e o privado, além da ausência de uma separação entre a família e o Estado, forjaram as bases para a construção de um “caldo de cultura” de corrupção.

Raimundo Faoro, em "Os Donos do Poder", aponta que as mudanças na política são aparentes, a fim de que o estamento e o patrimonialismo sigam a deter o poder. Daí a expressão "Viagem Redonda", com a qual intitula o último capítulo de sua obra.

A burocracia legalista traz consigo uma verdadeira crise do(s) direito(s) e sinaliza a dificuldade enfrentada no sistema jurídico de produzir “irritação” (Luhmann), isto é, dar uma resposta aos desmandos dos poderes, públicos ou privados, nos rumos do agir coletivo.

Pertinente e atual é a lição do Padre Antônio Vieira, em *Sermão do bom ladrão*, ao recordar Sêneca: *"Basta, senhor, que eu, porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma armada, sois imperador?"*.

Podem ser considerados livres e iguais os indivíduos cujos direitos são (so)negados pela omissão administrativa lesiva de direitos fundamentais? Os “(in)visíveis” aos olhos de muitos, vivendo na “cidade ilegal/informal” (não lugar), sem moradia digna, água, esgoto ou mesmo debaixo das pontes, gozam de liberdade real? Como ficam os idosos em

situação de vulnerabilidade, sem assistência e cuidados de saúde durante a pandemia?

Na era da dignidade humana e das transformações sociais promovidas pelo Estado Democrático de Direito, impõe-se maior transparência nos atos administrativos e a sensível diminuição da margem de discricionariedade do administrador.

Se o gestor tem discricionariedade para construir uma escola ou promover uma festa, ampliar o número de leitos para internação ou pintar as cores dos prédios públicos de acordo com sua preferência pessoal e partidária, abrir concurso público para a admissão de policiais, professores e médicos ou ampliar as despesas com penduricalhos ou adornos suntuosos, algo está errado!

5. A corrupção na perspectiva do patrimonialismo e do estamento

A cultura do estamento e da patrimonialidade do Estado, como apontou Faoro, leva às patologias corruptivas, afastando dos cidadãos a possibilidade de reais alternativas de escolha, de tal modo que a democracia substancial pende de concretização na experiência brasileira.

O patrimonialismo, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático, não no sentido moderno de aparelhamento racional, mas de apropriação do cargo. Já o estamento, por sua vez, corresponde a um quadro administrativo e estado-maior de domínio, o governo de uma minoria, no qual poucos dirigem, controlam e infundem seus padrões de conduta a muitos²⁶.

Em tom crítico, acentua Holanda que, no Brasil, em caráter excepcional, teve-se um sistema administrativo e um corpo de funcionários dedicados a “interesses objetivos e fundados nesses interesses”, sendo possível verificar, “ao longo de nossa história, o predomínio constante das

²⁶ FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008, pp. 102; 107.

vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”²⁷.

Se o artigo 3º da Constituição da República é um vetor interpretativo para a concretização de direitos sociais, afigura-se incompatível o Estado Brasileiro figurar como umas das principais economias mundiais e, paradoxalmente, contar com graves problemas de miserabilidade e desigualdade social. A lógica da “exceção” leva à criação de “necessidades” voltadas, por exemplo, à construção e à reforma de estádios de futebol, enquanto a questão dos presídios, por exemplo, fica a dever no quadro das políticas públicas.

Percebe-se, pois, que a aplicação da norma (proteção às crianças e aos adolescentes, aos idosos, às pessoas com deficiência, entre outras situações), não raras vezes, é suspensa por razões diversas, donde abre caminho para a instituição de um “Estado de Exceção” (Agamben). No momento em que o Direito deixa de ser concretizado ou efetivado, corre-se o risco de a exceção (suspensão) sobrepujar a regra, numa estrada perigosa para a tutela jurídica dos direitos humanos e fundamentais²⁸.

A “vida nua”, isto é, a “vida matável e insacrificável do *homo sacer*”, é o lado afiado com o qual o Direito e o poder soberano devem lidar, sendo “decisivo o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, bíos e zoé, direito e fato entram em uma zona de irredutível indistinção”²⁹.

²⁷HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

²⁸ O estado de exceção é a “abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força de lei realiza (isto é, aplica desapplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade e a conseqüente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem „logos” pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real”. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 63

²⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 16.

Conclusão

A ruptura do paradigma liberal-individualista, sobretudo no controle da corrupção, é fundamental para uma interpretação dos institutos de Direito Administrativo à luz da Constituição.

Com efeito, o bem coletivo tutelado, qual seja, a probidade na Administração Pública, além do direito fundamental à governança responsável, vinculam o intérprete no processo de produção de sentido normativo.

A ausência de um efetivo controle da corrupção implica em prejuízo na implementação de políticas públicas de direitos sociais, o que demanda a construção de uma cultura de transparência e *accountability*, com o incremento dos canais de acesso à informação e mecanismos de prestações de contas por parte dos gestores públicos. Isso porquanto a legitimidade de um governo radica na demonstração de igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma seu domínio e aos quais reivindique fidelidade, de modo que a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política³⁰.

A corrupção não reside nos partidos, mas sim, nas pessoas, razão pela qual o debate entre direita e esquerda, subjacente à luta de classes, não se afigura adequado para a concretização constitucional. Isso porque a lógica que preside as patologias corruptivas é econômica, onde o parasita moral (*free rider*) auferir proveito injusto decorrente do esforço alheio.

Uma compreensão integrativa da Lei Anticorrupção, da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei de Acesso à Informação é condição de possibilidade para a crítica hermenêutica ao paradigma discricionarista no processo de tomada de decisão, embasado nos juízos de conveniência e de oportunidade como pautas de gestão pública dos direitos fundamentais. Isso porque a discricionariedade, não raras vezes, aproxima-se do arbítrio estatal, possibilitando o incremento de ilícitos administrativos revestidos sob a aparência de legalidade, em prejuízo das expectativas comunitárias

³⁰ DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. IX.

decorrentes da confiança na Administração Pública e nas suas relações com os administrados.

Por conseguinte, o direito fundamental à governança responsável tem uma dupla dimensão: a) objetiva, vinculando a Administração Pública à observância dos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões; b) subjetiva, no sentido de conferir ao cidadão uma posição jurídica a ser exercida no plexo de direitos e obrigações decorrentes da relação jurídico-administrativa, tanto na via administrativa quanto na esfera judicial.

Referências

ALAN, José Alexandre Zachia. A corrupção e a tutela penal dos bens coletivos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BORGES, Anselmo. “O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica”. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra, n. 10, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra, 2001.

DWORKIN, Ronald. A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. IX.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FEINBERG, Joel. Harmless wrongdoing (the moral limites of the criminal law), v. IV, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zommer Sica et al. 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FRANCO, António Luciano de Sousa. Manual de finanças públicas e direito financeiro. 4. ed. Lisboa, 1974.

HEFENDEHL, Roland. Deve ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Disponível em: <http://www.criminet.ugr.es/recpc>.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LIMA, Vinicius de Melo. Lavagem de dinheiro & ações neutras: critérios de imputação penal legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Vinicius de Melo. COSTA, Marcelo Cacinotti. Direitos Sociais e Narrativas Processuais: o policentrismo decisório na democracia brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

SANDEL, Michael J. justiça: o que é fazer a coisa certa. Tradução Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução de Carlos Pinto Correia. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 2001.

ROSE-ACKERMAN, Susan. "Trust, honesty and corruption. Reflection on the state-building process". *Yale Law School Legal Scholarship Repository*. Fonte: http://digitalcommons.law.yale.edu/lepp_papers.

SGUBBI, Filippo. "*L'Interesse diffuso come oggetto della tutela penale (considerazioni svolte com particolare riguardo alla protezione del consumatore)*". *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1976.

THE FREE RIDER PROBLEM. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://www.plato.stanford.edu/entries/free-rider/>>.

A justiça como um tema ético e personalista: revisitando o caráter como garantia complementar do Estado de Direito

*Leandro Cordioli*¹

Introdução

O presente ensaio vai tratar das teorias da justiça buscando apontar a importância de não se estudá-las apenas como atributos políticos razoáveis de instituições. Há muito estou convencido do papel de uma ética das virtudes nos moldes aristotélico-tomistas para dar cabo de problemas atuais. Creio que haja consenso mundial de que passamos por uma crise de valores morais nos âmbitos sociais. O mesmo ocorre no território brasileiro. A proposta é buscar um apanhado dos principais avanços teóricos que alcancei ao me debruçar sobre o assunto por mais de uma década de estudos. Ao mesmo tempo, constato que abordei o tema sobre diversos enfoques em ensaios esparsos não apresentando uma unidade nos meus estudos. Assim, o objetivo deste texto não é aprofundar a pesquisa, mas buscar unificar os resultados alcançados até agora: o conceito de justiça visto como uma virtude ética e garantia complementar da que é oferecida pelo Estado de Direito ao bem comum.

¹ Professor Dr. Leandro Cordioli. Pós-doutorando e Doutor em Filosofia (PPGFil, PUCRS). Mestre em Direito (PPGDir, UFRGS). Professor líder do [GPFDir](#) | Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito. Advogado. E-mail: leandrocordioli@me.com

Revisitar os diversos aspectos de minhas pesquisas, ainda que de modo menos profundo parece-me crescer algo ao conceito de justiça. Primeiramente, estudei a virtude ética da equidade que ela própria é uma modalidade de justiça. Constatei que era uma resposta mais completa aos problemas enfrentados pelos juspositivistas sob o rótulo de *defeasibility* dos direitos. Depois, passei a desenvolver as relações de derivação do conteúdo jurídico da moral através da teoria da lei natural de John Finnis. Constatei a sua incompletude teórica no que diz respeito às virtudes. Então, passei a me aprofundar no estudo da teoria das virtudes e da virtude ética da justiça no sentido de aplicá-las à atividade jurisdicional. Enfim, propus a experimentação da necessidade de virtudes dos governantes e dos cidadãos para a garantia do bem comum em uma comunidade política. Todos esses diversos aspectos de uma ética da justiça são unificados em uma divisa que concebi em 2013 com os seguintes dizeres: *a justiça dita das instituições é uma condição necessária para se garantir o bem comum, mas não é suficiente*. É imperativo complementá-la como uma garantia pessoal e ética da justiça. Assim, unificar os diversos prismas de minhas pesquisas na justiça diante dessa divisa justifica o presente ensaio como algo novo e que crescerá aos estudos desenvolvidos até o momento.

Por isso, resolvi dividir o presente ensaio em três partes. Primeiro, vou demonstrar a origem de minha preocupação com o problema da justiça enquanto um atributo de caráter das pessoas e não apenas como uma qualidade institucional. Depois, vou avançar no sentido de apontar a ligação da justiça, do Estado de Direito e do Direito como questões não apenas institucionais e políticas, mas também pessoais e éticas. Por último, vou fazer algumas considerações a respeito de teorias da justiça Personalistas Éticas e Institucionalistas Políticas.

1 Ética, Direito e hermenêutica

Desde 2008, quando estudei a *defeasibility* ou derrotabilidade dos direitos subjetivos e a Retórica jurídica em Neil MacCormick (2008, p. 315),

isto é, a condição de sujeição da atribuição de direitos subjetivos a algumas condições que caso venham a deixar de existir acarretam na perda (ou derrota) dos mesmos, comecei a suspeitar que a Ética jogava um papel relevante no Direito. A minha hipótese, na época, sustentava que a virtude ética da equidade (*epieikeia, aequitas*) aristotélico-tomista dava conta dos mesmos problemas que os juspositivistas buscavam enfrentar com a tese da *defeasibility*, porém de modo mais completo. Aquilo que era visto tão somente como uma questão de mudança das circunstâncias de elaboração legislativa e que apelava muitas vezes para o que chamavam de princípio de fundo do Direito (Não se beneficiar da própria torpeza.) em realidade estava empregando argumentos morais para interpretar as normas jurídicas. Em outras palavras, a Retórica ou a hermenêutica jurídicas era também fruto de raciocínios morais. Ademais, considerava que as respostas de Aristóteles e Tomás de Aquino eram mais completas, porque enfrentavam problemas Éticos e morais com as ferramentas proporcionadas pelas teorias da virtude e da justiça. (CORDIOLI, 2008; republicado revisado em 2015).

No desenvolver de meu Mestrado junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFGRS, sob a supervisão do professor Dr. Luis Fernando Barzotto, desenvolvi os meus estudos na teoria da lei natural de John Finnis. Essa teoria jusnaturalista propõe que o Direito deriva da lei moral (natural) de duas formas: i) por *conclusão*, que é quando se deriva diretamente o conteúdo da lei humana a partir de princípios morais, como quando se reconhece que a vida é um bem, deve ser protegida e se proíbe o homicídio (Código Penal Brasileiro, Art. 121.); ii) por *determinação*, ou seja, quando o legislador tem liberdade de escolher uma coisa ou outra que são indiferentes para a moral, desde que não transgrida a lei natural. É o caso, por exemplo, de se escolher a pena do homicídio de 6 a 20 anos de reclusão ou de 15 a 30 anos. Qualquer uma das duas hipóteses é razoável e poderia ser escolhida. Por outro lado, caso o legislador resolvesse optar por premiar o homicida com algum benefício estaria legislando irrazoável e contrariamente à lei natural. (FINNIS, 2007b, p. 277-281) Foi então que

uma segunda modalidade de conexão entre a Ética e o Direito começou a ficar mais clara para mim, a qual seja a relação material ente ambos. Nesse caso, o próprio conteúdo do Direito positivado (a lei humana) possui um vínculo de derivação da moralidade, que vem a ser a questão de celeuma entre jusnaturalistas e juspositivistas. Uns pensavam que o Direito guardava esta relação com a moral, outros não. Horizontes deste debate, digase de passagem, aos quais a obra de Finnis, elaborada sob a encomenda de H. L. A. Hart, foi dirigida.

Apesar de encontrar algum eco aos meus anseios teóricos, sempre me causou estranheza a ausência de uma teoria da virtude mais desenvolvida na obra de Finnis. Isso se deve ao fato de que o autor entende que "As virtudes, como tudo mais na vontade de alguém, são uma resposta a razões. [...] Assim, os princípios, e finalmente os primeiros princípios da razão prática (i.e., da lei natural), são mais fundamentais à ética do que o são as virtudes." (FINNIS, 2007, p. 51) Bem, nesse ponto comecei a ter alguns problemas com o jusnaturalismo finnisiano. A minha divergência inicial foi que propor uma profunda teoria da razoabilidade prática sem desenvolver um aparato teórico em termos de virtudes éticas, isto é, da parte irracional da alma humana (temperança: prazer, fortaleza: medo, justiça: ganância, etc.), é não aproveitar todo o potencial daquilo que Tomás de Aquino chamava em sua definição da justiça de "*constância e perpetuidade*".

Como dizia Tomás em relação à virtude ética da justiça (2005, II-II, q. 58, a. 1, r.), "[...] a justiça é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito." No caso, "*constância e perpetuidade*" são o modo firme e inamovível da vontade quando instituído o hábito bom de querer e desejar o próprio. Quem possui esta virtude implantada no caráter não possui o vício da injustiça que é um desejo *constante e perpétuo* por aquilo que pertence ao outro. Uma teoria das virtudes éticas complementar à teoria da razoabilidade prática pode não trazer grandes novidades à primeira vista em termos de *razões para a ação* para além das propostas por Finnis. Contudo, ela enfrenta questões que dizem respeito à formação

da vontade e, por conseguinte, das escolhas razoáveis e dos eventuais desvios irracionais dessas escolhas que os seres humanos podem sofrer. Por isso, concluí a minha dissertação de Mestrado no sentido de que a teoria da lei natural em questão, apesar de não ser idêntica, se aproximava de um intelectualismo ético do tipo de Sócrates. Como se sabe a partir das críticas aristotélicas, Sócrates sustentava que aquele que sabe o que é coragem (i.e., tem a ciência da coragem), age corajosamente. Porém, o ser humano muitas vezes sabe o que é o certo, mas não consegue escolhê-lo. É o caso, por exemplo, daquele que deve fazer uma dieta ou exercícios físicos para melhorar a sua condição de saúde, mas não consegue adotar estes novos hábitos saudáveis. Assim, criou-se um campo a ser desenvolvido na teoria finnisiana da lei natural que dizia respeito não tanto à relação da lei humana com a lei natural (moral), mas de condições éticas de escolhas apropriadas seja na elaboração das leis ou seja em sua interpretação. (CORDIOLI, 2011, Conclusão)

2. Justiça, o Direito e Estado de Direito

Como professor da disciplina de filosofia do Direito no Curso de Direito da ULBRA Canoas, apresentava para os alunos as teorias da justiça mais populares desde 2009-2020. Repassamos, evidentemente, muitos autores. Porém, os conceitos aristotélicos de justiça expostos em sua *Ética a Nicômaco*: “[...] a disposição em razão da qual os homens praticam o que é justo, agem justamente e querem o justo; e da mesma maneira a respeito da injustiça: a disposição em virtude da qual agem injustamente e querem o injusto” (ARISTÓTELES, 1999a, V 1 1129a 4-10) e em sua *Retórica* como: “[a] justiça é a virtude pela qual cada um tem o que lhe é próprio, e segundo a lei, e a injustiça quando tem o alheio, não segundo a lei”. (ARISTÓTELES, 1999b, I 9 1366b 10-2) sempre se destacavam diante dos demais conceitos, porque me impeliam ao estudo da *Ética* das virtudes aristotélica. Essa proposta, como se sabe, não se resume às virtudes dia-noéticas ou racionais em matéria prática (*phrónesis*). Há toda uma teoria

das virtudes da parte não racional da alma humana que complementa as questões de escolhas diante dos nossos impulsos anímicos.

Em 2011, tive a oportunidade de explorar os ensinamentos obtidos nos diálogos com as obras de Aristóteles, Tomás de Aquino, colegas pesquisadores da justiça e alunos. Depois de refletir dura e detidamente sobre o tema, considerei que a justiça é fundamentalmente uma virtude ética dita do caráter de pessoas, o que designo de Personalismo Ético. Porém, secundariamente, ou melhor, enquanto um sentido derivado e *secundum quid* da justiça tomada em seu conceito *simpliciter*, ela pode ser considerada uma virtude política de instituições, ou seja, o que designei de Institucionalismo Político. Vale ressaltar que existem diversas teorias que versam sobre outras modalidades de Personalismo Ético, como por exemplo, Max Scheler. A minha proposta de rótulos, contudo, não guarda nenhuma relação com tais autores. Estou limitado pelas distinções teóricas que podemos encontrar entre duas modalidades de se pensar o conceito de justiça. Há filósofos que sustentam que a justiça é uma virtude ética dita do caráter de pessoas, como Aristóteles e Tomás de Aquino, cujos conceitos já foram apresentados. Porém, contemporaneamente proliferaram pensadores liberais que consideram que a justiça é um tema político dito de instituições, como John Rawls e Amartya Sen. Apenas com a finalidade de contrastar uns e outros, vale trazer o conceito de justiça de John Rawls:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria da justiça deve ser rejeitada e revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas. (RAWLS, 2002, p. 3-4)

Assim, um conceito Ético e outro político sobre um tema de fundamental relevância como o da justiça obrigaram-me a ter um posicionamento. As consequências seriam de incluir ou excluir todo o aparato teórico oferecido pela teoria das virtudes aristotélico-tomista, tais como: i) a importância da habitualidade das ações e da moderação de vida para a instituição das virtudes no caráter do juiz; ii) a constituição

apropriada do caráter para que o juiz possa reconhecer o apropriado e o justo nas circunstâncias concretas dos casos difíceis, diante da possibilidade de seu julgamento poder ser desviado por seus maus hábitos; iii) a importância das quatro virtudes cardeais (prudência, coragem, temperança e justiça) e da conexão das virtudes para se julgar uma lide judicial justamente; iv) a capacidade ética da continência e o desvio da incontinência (*akrasía*) que leva alguém a saber o que é correto, mas não conseguir escolher o correto; v) a habitualidade de se julgar conforme a lei que instrui os juízes de seu verdadeiro teor pela habitualidade de julgar segundo a sua letra; vi) a virtude ética da equidade que capacita o juiz a reconhecer as exceções legais diante das circunstâncias imprevisíveis para o legislador e da natureza de generalização de toda lei; e outros tantos pontos que apenas uma teoria das virtudes éticas poderia aportar no caso de um julgamento judicial. Todas essas questões não eram cobertas pela teoria rawlseana ou qualquer outra que buscasse limitar a teoria da justiça ao plano político e institucional.

Então, foi em *A justiça dita como um atributo de caráter* (2013) que consolidei todos estes pontos, porém acrescentei mais alguns em minha teoria da justiça. Primeiro, concordava com Finnis (2007b, p. 17) no sentido de propor que "Existem bens humanos que só podem ser garantidos por meio de instituições do direito humano e requisitos de razoabilidade prática a que apenas essas instituições podem satisfazer." A principal instituição que Finnis se refere é o Direito sob as exigências do Estado de Direito que, em sua formulação mais básica, remontam a Aristóteles (1998, III 10 1281a 33-38, 11 1282b 4, 15 1286a 16-20, por exemplo): "[...] é melhor o governo das leis ao governo dos homens." Nessa divisa, o Estagirita sintetiza o principal desiderato de um ordenamento jurídico em níveis Ético, político e jurídico em sentido estrito, o que depois foi desdobrado em oito exigências por Lon Fuller (1969). A ideia é que as leis são elaboradas pelos seres humanos que estão distante das circunstâncias que serão aplicadas. Em razão disso, os interesses particulares não pesarão tanto para a sua elaboração. Por isso, apelar à lei, quando se for governar ou

julgar, é apelar à razão. Por outro lado, se deixamos os homens governarem ou julgarem segundo os seus apetites circunstanciais, corremos o risco de sermos sujeitados aos seus vícios e interesses mesquinhos. O exemplo de Creonte na tragédia Antígona de Sófocles é clássico e ilustra a ira do tirano ao ser afrontado publicamente pela jovem que havia realizado o rito funerário proibido ao seu amado irmão. Creonte, narra a tragédia, ofendeu-se e condenou Antígona não à pena de morte por apedrejamento prevista em lei, mas ao emparedamento com vida. Pena essa criada arbitrariamente no momento do julgamento. (SÓFOCLES, 2006) Assim, dizer que o Estado de Direito e que as instituições sejam justas -isto é, que tenhamos leis e que elas governem -é uma condição necessária para a garantia dos bens humanos básicos, do bem comum e contra a injustiça praticada pelos governantes ou pelos outros cidadãos. Porém, o Estado de Direito tem as suas limitações como o próprio Finnis reconhece:

Em qualquer época na qual o ideal de Direito, legalidade e Estado de Direito goza de popularidade ideológica (i.e., o prestígio que não está enraizado em um entendimento firmemente razoável de princípios práticos), aqueles que conspiram contra o bem comum irão geralmente tentar chegar ao poder e se manter lá por meios fiéis e formas constitucionais e legais que não são menos “escrupulosos” só por serem taticamente motivados, insinceros e transitórios. Por tanto, o Estado de Direito não garante todos os aspectos do bem comum, e às vezes não garante sequer a substância do bem comum. (FINNIS, 2007, p. 268)

Concordo com Finnis no sentido de que as instituições políticas e jurídicas são a única forma de se alcançar o bem comum. Do mesmo modo, considero que a garantia de que isso ocorra é uma garantia limitada, na medida em que quem faz, modifica e aplica as leis são os próprios seres humanos. Se eles não estão de fato comprometidos com a justiça e o bem comum, a constituição, as leis e o Estado de Direito são incapazes de garantir a sua substância. O regime nazista, por exemplo, que se implantou na Alemanha de 1933 a 1945 aproveitou-se das instituições democráticas da época para alcançar o poder. Depois de consolidado, abandonou o

Estado de Direito modificando radicalmente o sistema jurídico e tornou-se um regime genocida. As boas instituições sozinhas não foram capazes de resguardar a justiça para cumprir a sua função de guardiãs do bem comum. (CORDIOLI, 2011, p. 131-135) Por isso, diferentemente de Finnis, passei a sustentar a oportunidade de propor uma teoria da justiça em termos éticos com o aparato das virtudes nos termos já propostos por Aristóteles e Tomás de Aquino, a fim de complementar a garantia oferecida pelas instituições.

Assim, apesar de boas instituições e do Estado de Direito serem uma condição necessária para se garantir a justiça em uma comunidade política, não são capazes de salvaguardar plenamente as próprias instituições. Há um espaço complementar para uma teoria da justiça que aposte no caráter das pessoas como resposta aos problemas políticos e jurídicos de concepção e aplicação do Direito. Um conceito de justiça, portanto, Personalista e Ético nos termos acima referidos. Não é o caso das virtudes das pessoas ou do governo dos homens serem preferíveis ao governo das leis. Essa última é uma condição necessária e sem a qual uma sociedade política dificilmente prosperaria sem percalços. Entretanto, o ponto exato da questão é a constatação de que a garantia institucional de justiça é necessária para gozarmos dos bens humanos básicos e do bem comum, mas infelizmente não é suficiente. Foi o que apontei no ensaio referido (2013, p. 118-119):

Dessa forma, além de outros prejuízos, e apesar de ganhos em relação ao desenvolvimento do estudo e das disposições sociais em termos de teoria do justo nas instituições, aquilo que era apenas uma condição necessária para a retidão de uma sociedade passou a ser tomada como condição suficiente. [...] Ocorre que estas condições, apesar de necessárias, não são suficientes como demonstra a teoria aristotélico-tomista.

Assim, temos que nos preocupar complementarmente, enquanto teóricos, cidadãos e governantes, com as qualidades de caráter que podem influenciar os nossos julgamentos sobre o que é justo. Uma teoria Ética e Personalista da justiça mostra que isso passa pelas questões éticas acima referidas e muitas outras. Além de, é claro, demonstrar a insuficiência das

constituições e das leis para garantia de si próprias diante do caráter das pessoas mal-intencionadas. Para descrever tudo isso de modo sintético, formulei a seguinte divisa: *instituições justas são condições necessárias para a justiça, mas não são condições suficientes*. (CORDIOLI, 2013, p. 117-8; 2015, p. 27; 2016, p. 199; 2017, p. 104)

Desde então, venho desenvolvendo a teoria da justiça com a aplicação dela nos âmbitos das questões políticas, da relação entre o conteúdo do Direito e da moral e a interpretação das normas jurídica instituídas. Esses problemas podem ser formulados nas seguintes questões: i) PROBLEMAS POLÍTICOS: O bem comum envolve questões Éticas? As leis devem formar eticamente os cidadãos ou se limitar a garantir a paz e a justiça (a manutenção das vontades mutuamente empenhadas e a restituição do que foi tirado ilícitamente)? Uma comunidade política depende da virtude de seus cidadãos e governantes (legisladores, administradores públicos e juízes)?; ii) PROBLEMAS JURÍDICOS: A moral é fonte do Direito? Os juízes e os advogados devem se preocupar com o caráter, a fim de contribuir ou decidir justamente uma lide judicial? Por que? Como? iii) PROBLEMAS HERMENÊUTICOS: A virtude da equidade pode auxiliar na argumentação e na interpretação jurídicas? A moralidade é um fator que deve ser levado em consideração na hermenêutica jurídica? Esses são os temas que figuraram em minhas pesquisas por dizerem respeito aos aspectos políticos, jurídicos e retóricos que são perpassados pela teoria da justiça.

3 Personalismo Ético e Institucionalismo Político

Até agora apresentei as teorias Personalistas Éticas e Institucionais Políticas da justiça como algo completamente distinto e até mesmo oposto. Enquanto, Sócrates, Platão, Aristóteles e Tomás de Aquino sustentaram que a justiça era uma virtude ética das pessoas, John Rawls e Amartya Sen, por exemplo, propuseram que seria uma virtude política de instituições. Os primeiros pensavam que a justiça seria uma virtude do caráter das pessoas (um conceito ético). Já os segundos, aduziram que a justiça é uma

virtude política das instituições, que se preocupa primariamente com o tema do justo distributivo de bens e encargos em uma comunidade. Os Personalistas Éticos conceberam a justiça como um aspecto da própria felicidade (eudaimonia) e não apenas como um modo de garantir bens exteriores. Já Rawls e Sen, por exemplo, sustentaram que o acesso aos bens sociais e a máxima liberdade compatível com uma igual liberdade para os demais cidadãos é o que torna justa uma instituição. Os primeiros consideram que as teses éticas jogam um papel como garantia subsidiária à fornecida pelo Estado de Direito para que haja justiça em sociedade. Como os segundo são pensadores liberais, isso não seria possível. Os Personalistas Éticos partem da Ética, do bem humano e da felicidade humana para chegar na felicidade da comunidade política. Já os Institucionalistas Políticos partem dos aspectos políticos e qualidades institucionais para viabilizarem que as pessoas persigam por si próprias o que consideram que seja a felicidade. Haveria outras distinções passíveis de serem feitas, mas essas são as mais interessantes para os meus intentos mais limitados. (CORDIOLI, 2016, p. 220-224)

Apesar dessas diferenças da abordagem do tema justiça, vale destacar que os expoentes dos dois modelos de estudo da justiça consideram que tratá-la tão somente como um aspecto institucional não garante uma comunidade política bem disposta. Já mencionei Finnis e os limites do Estado de Direito. Porém, é interessante notar que o professor de Oxford se aparta de Aristóteles e Tomás de Aquino nessa questão. O ponto de ruptura é o fato de Finnis considerar que o bem comum político tem um papel meramente instrumental, a fim de possibilitar que o indivíduo busque a própria felicidade com o apoio da família e, se for o caso, da Igreja. Já Tomás de Aquino (2005, II-II, q. 92, a. 1, sol. 3), por exemplo, sustentava que: “[...] é impossível que o bem comum da cidade se obtenha bem, a não ser que os cidadãos sejam virtuosos, ao menos aqueles aos quais compete governar.” Com isso, a formação do caráter dos cidadãos e dos governantes começa a ter um interesse político e cívico. Em outras palavras, o desenvolvimento de virtudes Éticas passa a ter um valor político para a comunidade. O

próprio Direito, conjuntamente com a educação cívica têm, portanto, um interesse de inculcar a virtude nas pessoas. Só assim conseguiríamos, segundo Tomás, uma melhor garantia de justiça. (CORDIOLI, 2019)

Um ponto surpreendente é que John Rawls, apesar de partir da construção de critérios políticos para julgar a justiça das instituições, chega a conclusões muito próximas. Evidentemente, por ser um pensador liberal, mantém a questão da felicidade humana como tema individual. Porém, constata que as instituições justas não são suficientes para frear e garantir a hegemonia dos fanáticos que podem tentar se impor à comunidade política, movidos por desvios de ganância de glória ou poder. Motivos esses que eu poderia propor, diante do acima exposto, de vícios morais. A solução de Rawls para os riscos inerentes do abandono da vida pública às garantias de justiça possibilitadas apenas pelas instituições é recorrer a participação ativa dos cidadãos na vida política e o desenvolvimento de virtudes cívicas, entre elas o *sensu de justiça*. Diz Rawls:

A ideia é que, sem ampla participação na política democrática por uma cidadania vigorosa e informada, e com certeza quando há uma reclusão generalizada à vida privada, até mesmo as instituições políticas mais bem estruturadas cairão nas mãos daqueles que procuram dominar e impor a sua vontade por meio do aparato estatal, seja pela ânsia de poder e de glória, seja por razões de classe e interesse econômico, para não falar do fervor religioso expansionista e do fanatismo nacionalista. A proteção das liberdades democráticas requer a participação ativa de cidadãos que possuem as virtudes políticas necessárias à preservação do regime constitucional. (RAWLS, 2011, p. 242)

Como disse, Rawls não tem o intuito de fazer uma teoria Ética do bem humano e da felicidade. O seu objetivo é apenas resguardar de maneira verdadeiramente eficiente as sociedades democráticas dos riscos de verem as suas instituições e posições de poder serem tomadas por pessoas mal-intencionadas que irão desvirtuá-las. Para tanto, ele cria uma verdadeira teoria moral com fins cívicos. O ponto para a tese aqui desenvolvida é:

seria isso o suficiente? Tenho sustentado no presente ensaio com base no aparato Ético proporcionado pela teoria das virtudes que não.

Considerações finais

O meu objetivo neste estudo era consolidar alguns aspectos que tenho desenvolvido desde a propositura do ensaio *A justiça dita como um atributo de caráter* (2013), ou seja, que a virtude da justiça dita de instituições é uma garantia necessária de proteção do bem comum creio que seja algo compartilhado por Personalistas Éticos e Institucionalistas Políticos. Da mesma forma, posso sustentar nos autores estudados que instituições justas não são garantia suficiente de justiça em uma sociedade política para os cidadãos. As divergências das teorias da justiça surgem entre os clássicos e os contemporâneos mais adiante.

Em realidade, a questão polêmica diz respeito à necessidade de virtudes morais cívicas e participação efetiva na vida política e, no caso mais radical proposto por Aristóteles e Tomás de Aquino, à exigência de virtudes Éticas. Digo, questão polêmica me referindo às adesões restritas de Finnis e Rawls, pois ambos reconhecem os problemas apontados. O primeiro limita-se a afirmar que uma adesão firme aos bens humanos básicos e ao Estado de Direito seria suficiente para sanar a deficiência das instituições. O segundo avança no sentido de uma teoria moral cívica e a efetiva participação política dos cidadãos para que o risco seja reduzido. De minha parte, creio que uma melhor resposta a estes desafios somente pode ser apresentada por uma teoria Ética da justiça nos moldes clássicos propostos por Aristóteles e Tomás de Aquino. Creio que, apesar dos horizontes mais limitados do presente ensaio, apresentei razões para se pesar seriamente essa proposta.

Referências

AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica VI*. Tradução bilingue de Aldo Vannucchi [et al.]. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução bilíngue de Maria Araujo e Julián Marias. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 7ª edição, 1999a.

-----. *Política*. Tradução bilíngue de Antonio Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Lisboa: Vega, 1998.

-----. *Retórica*. Tradução bilíngue de Antonio Tovar. Madrid: CEPC, 1999b.

CORDIOLI, Leandro. *A analogicidade da expressão “lei natural” em John Finnis: existência, descoberta e aplicação de primeiros princípios pré-morais e princípios intermediários da moral*. Dissertação de Mestrado defendida no PPGDIR: UFRGS, 2011.

-----. *A justiça dita como um atributo de caráter*. In JOBIM, Marco Félix. *Inquietações jurídicas contemporâneas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 117-138, 2013.

-----. *A virtude da justiça: personalismo ético aplicado à atividade jurisdicional em Aristóteles*. In CORDIOLI, Leandro; LESSA, Jaderson Borges; MACIEL, Everton; ORBEN, Douglas João. *A invenção da modernidade: as relações entre ética, política, Direito e moral*. Porto Alegre: Editora Fi, p. 103-151, 2017. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/218leandro>>. Acesso em 1/11/2018.

-----. *A razoabilidade prática e o valor da justiça em John Finnis: reaproximação a um modelo da justiça personalista e ético*. In WEBER, Thadeu; MIZUTA, Alessandra; PROENÇA, Fabrício Quixadá Steindorfer. *Princípios fundamentais de justiça*. Curitiba: Juruá, p. 23-50, 2015.

-----. *Nas fronteiras das instituições: exigências personalistas e éticas para uma teoria da justiça no âmbito político*. Tese de doutorado defendida no PPG Filosofia: PUCRS, 2019.

-----. *O conceito de justiça em John Finnis: uma herança da tradição aristotélico-tomista?*. In BARBOSA, Evandro; FERRAZ, Carlos. *Temas de filosofia do Direito*. Pelotas: Editora UFPel, p. 133-151, 2014.

-----. *O que é justiça? Personalismo Ético e Institucionalismo Político*. In CORDIOLI, Leandro; KÖLLING, Gabrielle. QUARTIERO, Alexandre da Silva. *Lições Fundamentais de Direito III*. Porto Alegre: Paixão Editores, p. 197-227, 2016.

----- . *Redescobindo a equidade na gramática dos direitos: horizontes para uma teoria da justiça personalista e ética na retórica do Direito*. In NEIVA, André; ORBEN, Douglas. XV Semana Acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Filosofia do Direito da PUCRS Volume 2. Porto Alegre: Editora Fi, p. 185-209, 2015. Disponível em: <<http://www.editorafi.org/75semana>>. Acesso em 1/11/2018. Antes de revisões, publicado em Anais VII Colóquio Sul-Americano de Realismo Jurídico e IV Congresso Sul-Americano de Filosofia do Direito, Mesa Teoria da Argumentação e Hermenêutica Jurídica, 2008.

FINNIS, John. *Direito natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico*. Tradução de Leandro Cordioli. Revisão de Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007a.

----- . *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Lopes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007b.

FULLER, Lon. *The morality of law*. Londres: Yale University Press, 1969.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Revisão de Cláudio Michelon Jr.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

----- . *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução de Donald Schüler. Porto Alegre: L&PM Editores, 2006.

O utilitarismo

*Alfredo Fernando Zart*¹

Introdução

A partir de uma explicação sucinta do princípio da utilidade, constata-se que as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, e erradas na medida em que tendem a produzir o reverso da felicidade. A felicidade é constituída do prazer, e da ausência de dor. Por infelicidade entende-se que esteja presente a dor e a privação do prazer. A tradição utilitarista, no entanto, ainda que esteja centrada na promoção da felicidade para o maior número de pessoas possível, é mais ampla e abrange a filosofia política, a sociologia e a economia.

A intenção deste artigo é mostrar ao leitor porque o utilitarismo provocou tanta controvérsia, fato que impulsionou o interesse pela teoria desenvolvida por Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Para isso será demonstrado o conceito de natureza humana do qual partiu Bentham para desenvolver um método que pretendia capturar em uma única escala e agregar o valor dos prazeres e do sofrimento, em sua intensidade, duração, pureza, entre outras variáveis. Para proporcionar uma ideia introdutória dos elementos principais do utilitarismo, a maximização e o bem-estar, serão expostas as teorias do utilitarismo de atos, de regras e institucional. E, por fim, este estudo indicou em que direção a teoria está sendo

¹ Advogado. Bacharel em Direito pela ULBRA. Mestre em Filosofia do Direito pela UFRGS.

desenvolvida e quais são as perspectivas em relação aos conceitos que o utilitarismo clássico apresentou.

1 O surgimento do utilitarismo

A primeira concepção do utilitarismo foi apresentada por Jeremy Bentham (1748-1832), advogado inglês que se tornou conhecido por seus escritos sobre a reforma constitucional e codificação de leis. A obra que difundiu os princípios utilitaristas “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”, publicada em 1789, surgiu em um momento de necessidade de reformas da legislação e de programas sociais. O utilitarismo nasceu na Grã-Bretanha em uma sociedade de democracia limitada, pobreza generalizada e considerável corrupção e ineficiência.

Nesse período surgiu o argumento de Bentham para uma nova concepção de moralidade, fundada em um princípio cuja simplicidade parece óbvia demais para mencionar: o agente moral deve opor-se ao sofrimento e promover a felicidade (BENTHAM, 1974, p. 05). Posteriormente a teoria foi desenvolvida por John Stuart Mill (1806-1873) com alterações significativas, que serão detalhadas adiante. O utilitarismo recebeu críticas importantes, e segue sendo estudado até hoje.

Embora não tenha obtido na arena política o êxito esperado pelos autores, o mesmo não se pode dizer em relação à difusão dos ideais que eles propuseram e defenderam. A tradição utilitarista exerce influência dentro da filosofia, nas disciplinas da política e da economia. Como resultado dessa influência, pressupostos e argumentos utilitaristas surgem na vida econômica e política moderna, especialmente nas políticas públicas.

Dadas as limitações de espaço e a intenção do trabalho, este artigo busca realçar aspectos éticos da teoria utilitarista, ainda que seus desdobramentos demandem uma análise de temas de justiça e filosofia política.

2 Características do utilitarismo

A concepção de natureza humana da qual partiu Jeremy Bentham considera que o indivíduo está sujeito aos sentimentos de prazer e dor como uma propensão natural:

Em virtude da própria constituição natural da estrutura humana, na maioria das ocasiões da vida os homens geralmente abraçam este princípio sem pensar explicitamente nele: se não para orientar a sua própria conduta, pelo menos para julgar as suas próprias ações, bem como as dos outros (BENTHAM, 1974, p. 11).

Conforme Bentham, o sujeito tem suas percepções, e as ideias de bem e mal são originadas de sensações, sem quaisquer valores relacionados aos objetos em si, senão o modo como os objetos incidem sobre cada sujeito particular. Esta teoria é denominada empirismo, tem origem na filosofia aristotélica e defende que o conhecimento sobre o mundo provém da experiência sensorial. O empirismo foi defendido por John Locke (1632-1704) e David Hume (1711-1776) entre outros pensadores, e adotado pelos filósofos utilitaristas.

Hume exerceu clara influência em Bentham, na concepção do princípio da utilidade como critério de sistematização da deliberação moral. Hume afirma que “a utilidade é apenas uma tendência a um certo fim ao qual não somos indiferentes” (HUME, 1995, p. 164), pois caso isso ocorresse, os indivíduos também seriam indiferentes em relação aos meios que os levam a esse fim. Por isso é preciso que haja um sentimento para que se estabeleçam quais preferências são úteis e quais não são. Esse sentimento, segundo Hume, não é outro senão um interesse pela felicidade dos seres humanos:

A hipótese de que partimos é clara. Ela mantém que a moralidade é determinada pelo sentimento. Ela define a virtude como qualquer ação ou qualidade espiritual que comunica ao espectador um sentimento agradável de aprovação; e o vício como o seu contrário (HUME, 1995, p. 179)

Tendo afirmado que as ações são determinadas por impulsos cuja origem repousa na vontade e no sentimento, Hume ressaltou o papel reservado à razão na deliberação moral, conforme trecho de sua proposição:

Quando um homem, em qualquer ocasião, delibera sobre a sua própria conduta [...] ele deve levar em consideração as distintas relações, juntamente com todas as circunstâncias e situações particulares das pessoas envolvidas, a fim de determinar qual é o mais elevado dever ou obrigação (HUME, 1995, p. 179)

Bentham desenvolveu sua teoria com base nos fundamentos de Hume acerca da aprovação e motivação moral. Ele admite, portanto, a submissão humana ao prazer e à dor, e faz dela a base da vida moral e política. O autor considerava que, ao determinar as leis a serem cumpridas, o governo deve maximizar a felicidade da comunidade em geral. Nas suas palavras, o princípio da utilidade:

A natureza colocou a humanidade sob a governança de dois mestres soberanos: a dor e o prazer. Pertence apenas a eles a indicação do que devemos ou podemos fazer. Por um lado, o padrão de certo e errado, por outro, o encadeamento de causas e efeitos, estão atados ao seu trono. Eles nos governam em tudo o que fazemos, o que dizemos, o que pensamos: qualquer esforço que possamos fazer para eliminar nossa submissão servirá apenas para demonstrá-la e confirmá-la. Em palavras um homem pode fingir renunciar ao seu império: mas na realidade sempre se manterá sujeito a ele. O princípio da utilidade reconhece essa submissão e a assume para a fundação desse sistema, cujo objeto é erguer o edifício da felicidade pelas mãos da razão e da lei. Sistemas que tentam questioná-lo lidam com sons em vez de sentidos, com caprichos em vez de razão, com escuridão em vez de luz (BENTHAM, 1974, p. 03).

Para o que se pretende demonstrar neste artigo é importante apontar que a formulação do princípio da utilidade de Bentham denota duas noções fundamentais: a ideia de que a correção das ações depende das suas consequências; a ideia de que o resultado da ação para o bem-estar geral, a sua utilidade, é o que conta no cálculo das consequências. O princípio da utilidade indica que uma ação é moralmente correta ou está justificada se,

dentre as possibilidades, ela apresentar o maior saldo de consequências desejáveis sobre aquelas indesejáveis (PICOLI, 2010, p.04).

Bentham via a comunidade como se fosse um corpo fictício, formado pela soma dos indivíduos que abrange. A partir dessa concepção o autor propôs um sistema que somava os benefícios de cada medida a ser adotada e subtraía os custos, para ao final verificar se havia produzido mais felicidade do que outra medida alternativa:

É inútil falar do interesse da comunidade, se não se compreender qual é o interesse do indivíduo. Diz-se que uma coisa promove o interesse de um indivíduo, quando tende a aumentar a soma total de seus prazeres, ou então, o que vale afirmar o mesmo, quando tende a diminuir a soma total das suas dores". (BENTHAM, 1974, p. 10).

Um dos pressupostos de sua teoria era não existir qualquer diferenciação entre os cidadãos. Havia um interesse voltado para as leis, que no século XVIII eram em sua maioria criação de juízes ao invés do parlamento. Bentham criticava o conteúdo e o modo como o direito era elaborado, que em sua opinião era deliberadamente produzido para promover os interesses de uma pequena elite.

O espírito acrítico foi um atrativo do utilitarismo, pois ao definir a formatação das leis, considerava as preferências das pessoas sem julgar seu valor moral. Bentham acreditava que considerar certos prazeres intrinsecamente melhores do que outros seria uma postura arrogante.

O conceito de utilidade havia sido criado por Bentham para capturar em uma única escala a natureza discrepante dos valores para os indivíduos. Para agregar valores, no entanto, era necessário pesá-los em uma única medida, como se tivessem a mesma natureza, conforme se verificará da exposição do método desenvolvido pelo autor.

3 O método de Bentham

Bentham desenvolveu seu método a partir da consideração das causas capazes de provocar prazer ou dor, que seriam de quatro fontes distintas: a) física; b) política; c) moral; d) religiosa. Os prazeres e dores, apesar de suas fontes diferentes, são sentidos fisicamente. Em razão disso o autor nomeou os tipos de sofrimento que uma pessoa pode experimentar: a) calamidade: sofrimento que atinge uma pessoa no decurso natural dos acontecimentos; b) punição: sofrimento imposto pela lei; c) recusa de ajuda amigável: sofrimento imposto por uma sanção moral; d) sofrimento por interposição de uma sanção religiosa (BENTHAM, 1974, p. 19).

No intuito de tornar esses sentimentos mais operacionais para o legislador, Bentham desenvolveu uma fórmula para medir o prazer e a dor de cada indivíduo, pois a quantidade iria fornecer as respostas sobre a tendência boa ou má dos atos e possibilitar uma comparação metodológica. No seu entender, a análise das consequências das ações constituía o guia para as decisões dos governantes no que diz respeito às recompensas (no caso de ações que gerem mais prazer do que dor) e às punições (no caso de predominância de dor).

Para tornar mais operacional sua teoria e facilitar o trabalho do legislador, Bentham elaborou um recurso metodológico: dor e prazer serão medidos por um valor, que será maior ou menor segundo quatro circunstâncias ou propriedades: 1) intensidade; 2) duração; 3) certeza ou incerteza; 4) proximidade ou longinquidade. O método ainda considerava a tendência de cada ato em relação a duas outras variáveis: 5) fecundidade: probabilidade que o prazer e a dor têm de serem seguidos por sensações da mesma espécie; 6) pureza: probabilidade que o prazer e a dor têm de não serem seguidos por sensações contrárias. Para uma melhor compreensão dos efeitos produzidos por um ato, era necessário analisar ainda os elementos que se agregam às ações: a) o ato em si; b) as circunstâncias que acompanham o ato; c) a intenção; d) a consciência; e) os motivos que

produzem uma intenção de realizar um ato; f) a disposição (BENTHAM, 1974, p. 21).

Após todos esses procedimentos o método requeria também a análise das circunstâncias que circundam o ato, que podem ser circunstâncias que: a) produzem consequências; b) que contribuem para produzir as consequências; c) que se relacionam com as consequências colateralmente.

Bentham acreditava que os motivos impulsionam os indivíduos, ou os demovem de agir. As características de impulsionar e demover são o que parecia mais constante na estrutura da inteligência de uma pessoa. E a partir do grau de constância e uniformidade que se poderia observar nas ações humanas, ele concluiu pela existência provável de uma série de atos de natureza semelhante nas futuras ações dos indivíduos.

O método de Bentham foi produzido com o propósito de auxiliar o trabalho dos juízes ao aplicarem regras jurídicas a casos particulares, ao invés de prescrever punições específicas a cada ofensa possível. Bentham negava que os juízes, ou qualquer cidadão, devam aplicar o princípio utilitarista em todas as ocasiões particulares:

Não é de se esperar que este processo deva ser estritamente perseguido previamente a cada julgamento moral, ou em cada operação legislativa ou judicial. Deve, no entanto, ser sempre mantido em vista (BENTHAM, 1974, p. 125).

A motivação das ações humanas é a característica essencial que Bentham ressaltou nos procedimentos decisórios adotados pelos indivíduos. Serão analisadas duas correntes do utilitarismo cuja diferença reside no alcance da motivação do indivíduo ao agir. O agente poderá avaliar suas ações com base na correção de cada ato realizado, o que se denominou utilitarismo de atos; ou poderá avaliar a correção das ações com base em regras, procedimento que elimina a necessidade de avaliar cada ato, o que se denominou utilitarismo de regras.

4 O utilitarismo de atos

O utilitarismo de atos propõe a avaliação da correção de cada ato separadamente. A avaliação consiste em identificar se uma ação particular promove o fim último, a maximização da felicidade, ou não. Defende que a maximização da felicidade é uma condição necessária e suficiente para estabelecer, em um caso particular, se uma ação é ou não correta.

Como resultado desse procedimento decisório, uma ação que viola um direito em um caso particular, mas atinge o fim último, é considerada correta. Os direitos não apresentam qualquer embasamento para que se estabeleça a correção de uma ação. Para um utilitarista de atos as ações devem ser julgadas diretamente pelo princípio de maximização, e as regras de conduta desempenham um papel tão somente consultivo, sem pretensão de justificação (SANTOS, 2013, p. 31).

O utilitarismo em sua versão original, proposta por Bentham, pode ser classificado como de atos, em que pese tenha uma preocupação com a questão institucional.

4.1 Objeções de injustiça

A justificação do utilitarismo de atos pressupõe que os indivíduos aceitem o desprezo de seus interesses em favor de um bem maior para a sociedade, situação que expõe o agente a um grau de exigência incompatível com a sua natureza humana, concebida com base na preocupação e respeito que cada indivíduo tem com a dignidade humana.

Os direitos no utilitarismo de atos, assim como todas as regras, servem apenas como preceitos práticos que podem ser abandonados caso resulte em um saldo maior de felicidade. Desse modo, os direitos terminam destituídos de força moral, visto que não possuem o *status* diferenciado que os caracteriza, e assim não cumprem seu papel fundamental para a estabilidade social e política.

A consideração apenas das preferências em conjunto pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. A lógica do utilitarismo de atos pode justificar a violação de normas fundamentais da decência e respeito no trato humano. Uma das mais sérias deficiências do utilitarismo de atos é a incompatibilidade com o ideal de justiça.

Para determinar se uma ação é correta, portanto, há mais coisas a serem consideradas do que somente o que acontece como resultado da ação. O fato de as pessoas terem direitos indica que as decisões não podem ser tomadas sem considerá-los somente porque se antecipam bons resultados. Essa constatação fica clara se considerados, por exemplo, o direito à liberdade de expressão, ou mesmo o direito de viver. Tais direitos poderiam, sob o ponto de vista do utilitarista de atos, serem ignorados se um número suficiente de pessoas se beneficiarem. Para o professor da universidade do Alabama, James Rachels (1941-2003):

Assim, o utilitarismo tem sido acusado de apoiar a “tirania da maioria”: se a maioria das pessoas tivessem prazer no abuso dos direitos de alguém, então se deveria abusar dele, porque o prazer da maioria suplanta o sofrimento de uma pessoa. (RACHELS, 2013, p. 124)

A noção de direito individual põe limites em como um indivíduo pode ser tratado, independentemente do bem que poderia ser conseguido. Um exemplo que ilustra essa situação trata da autoridade policial que opta por imputar falsa acusação de um grave crime a um inocente, o que resulta na sua prisão e julgamento, para evitar convulsão social. O raciocínio por trás dessa medida é que, se adotada a referida ação (acusar falsamente um indivíduo), sob uma determinada circunstância (evitar convulsão social), a consequência seria melhor do que se a ação não fosse adotada.

No entanto, sustentar falso testemunho provavelmente não teria boas consequências, porque a falsa acusação poderia ser descoberta e então a situação seria pior do que antes. E mesmo que a mentira não fosse descoberta, o verdadeiro culpado permaneceria à solta e poderia cometer mais crimes, ao que se seguiriam mais convulsões sociais. Além disso, se

o culpado fosse preso mais tarde, o que sempre é possível, a autoridade policial que havia feito a falsa acusação poderia estar com problemas graves, e a confiança na justiça criminal poderia ser corroída.

4.2 Perda de espontaneidade, desconsideração da amizade

Para alcançar o objetivo de maximizar o bem-estar em cada ocasião, o utilitarista de atos se tornará um constante calculador. Como resultado, o cálculo muito preciso e o foco direto em um determinado resultado eliminam a espontaneidade, qualidade imprescindível para muitas atividades, como a produção artística. Ademais, a adoção de um novo julgamento moral a cada momento, como se não houvesse aprendido com as experiências passadas, pressupõe um procedimento decisório superficial, e ignora a capacidade humana de aplicar o conhecimento.

O cálculo preciso em cada ato expõe ainda o agente a riscos decorrentes de tarefas perigosas, em ocasiões nas quais o tempo é essencial e demanda a adoção de ações imediatas. A amizade também não poderá ser experimentada, nem mesmo oferecida aos outros pelo agente que só depende seu tempo com outros porque isso maximiza a felicidade geral. Esse agente abandonaria imediatamente seu amigo se pudesse produzir mais felicidade de outra forma. De maneira oposta, ao adotar o princípio de não prejudicar ou trair seus amigos, o indivíduo poderá construir amizades genuínas, o que aumentará sua própria felicidade e a de seus amigos.

4.3 Objeções de exigência

Uma das principais características da tradição utilitarista é a teoria denominada consequencialismo, cuja premissa é que a única resposta racional para o valor consiste em promovê-lo. Conforme o professor de filosofia da universidade de Auckland, Tim Mulgan:

Nas discussões em curso este princípio consequencialista é muitas vezes considerado a característica definidora de toda a tradição utilitarista, na medida

em que o utilitarismo é apresentado como uma forma de consequencialismo. O utilitarismo é consequencialismo (a moralidade promove o valor) mais ética do bem-estar (valor é bem-estar humano agregado). (MULGAN, 2012, p.106)

O consequencialismo é considerado muito exigente porque sempre reivindica o melhor resultado possível para qualquer conduta que esteja em análise. O problema da maximização é a constatação de que não é suficiente produzir boas consequências, assim como em uma situação hipotética na qual salvar algumas vidas não seria suficiente, e sim seria necessário salvar tantas vidas quantas fosse possível.

Ainda que seja razoável admirar alguém que satisfaça tal nível de exigência, não se pode considerar que essa pessoa fez somente o seu dever, e sim que é uma pessoa cuja generosidade foi além do dever. Mas o utilitarismo de atos parece incapaz de reconhecer que os indivíduos têm objetivos e projetos pessoais que tornam suas vidas significativas, visto que promover o bem-estar geral forçaria o indivíduo a abandonar tais esforços.

A exigência de maximização requer ainda que o agente pense e aja de forma imparcial, o que lhe impõe um esforço demasiado e desrespeita seus próprios interesses. A exigência de igual consideração estabelecida de forma abstrata parece plausível, mas impõe ao agente o rompimento das relações pessoais. Na prática, as pessoas não estão dispostas a tratar todos igualmente porque essa atitude exigiria renúncia à intimidade, afeição e amizade. Nesse ponto o utilitarismo de atos perdeu o contato com a realidade, pois seria absurda a possibilidade de alguém considerar seu cônjuge ou filhos não mais do que considerar completos estranhos. A ideia não somente contraria as emoções normais, como relações amorosas nem mesmo poderiam existir à parte das obrigações e responsabilidades especiais (RACHELS, 2013, p. 127).

5 O utilitarismo de regras

A teoria conhecida como utilitarismo de regras defende que uma ação é correta se ela está em conformidade com uma regra, ou com um ou mais conjuntos de regras. Ao invés de procedimentos decisórios individuais, o agente avalia códigos de regras morais. O código ideal é o conjunto de regras cuja observância por parte de todos causaria melhores consequências do que aquelas decorrentes da observância de qualquer outro conjunto de regras.

Ao invés de avaliar os atos de forma direta, o procedimento ocorre mediante uma avaliação indireta dos atos. O utilitarismo de regras tem um apelo intuitivo considerável, ao evitar que o agente moral viole as regras morais de senso comum em busca de resultados. O bem-estar geral será melhor atendido se os indivíduos seguirem as regras de senso comum do que se eles se sentirem livres para violá-las.

Neste procedimento decisório as regras possuem uma força moral que não permite a sua quebra com a finalidade de obter qualquer ganho de utilidade. A quebra da regra apenas é permitida quando não entra em conflito com o princípio da utilidade. Eventuais conflitos entre regras são solucionados através da aplicação do princípio da utilidade, que desempenha nesse caso papel de critério decisório (SANTOS, 2013, p. 36).

John Stuart Mill é tido por muitos de seus comentadores como utilitarista de regras. Ainda que haja discussão e a sua classificação não possa ser considerada definida, há diversas passagens que demonstram esse posicionamento, conforme segue: “Toda ação visa a algum fim, e as regras de ação, como parece natural supor, devem tomar todo o seu caráter e aspecto do fim a que são subservientes” (MILL, 2000, p. 178).

As regras morais aceitas são aquelas estabelecidas pela prática social, por isso há necessidade de revisão das regras, dadas as transformações na sociedade e em consideração aos possíveis erros de aplicação ou julgamento. Para Mill, portanto, as regras não são absolutas. Afirmar que certas regras são boas como guias de conduta não é o mesmo que afirmar que as

regras são o padrão de moralidade a seguir em todos os casos, conforme suas palavras:

A felicidade humana, e até mesmo a felicidade individual, é geralmente alcançada com maior sucesso agindo a partir de regras gerais do que medindo as consequências de cada ação; e isso é ainda mais certo no caso da felicidade geral, já que qualquer outro plano não só deixaria todos inseguros pelo que esperar, mas envolveria conflitos eternos. Assim, as regras gerais devem ser estabelecidas para a conduta das pessoas para com as outras ou, em outras palavras, os direitos e as obrigações devem ser, como se diz, reconhecidos; e as pessoas não devem, por um lado, ser obrigadas a sacrificar até mesmo o seu menor bem para o bem de outro, nenhuma regra geral estabelece a outra pessoa o direito de requerer sacrifício; por outro lado, quando um direito for reconhecido, elas devem, na maioria dos casos, permitir que esse direito seja, inclusive sacrificado, no caso particular de um grande benefício para um benefício menor para um outro. Esses direitos e obrigações são recíprocos. (MILL, 2000, p.227)

As regras de justiça, em razão de sua natureza especial, visto que asseguram as necessidades mais básicas dos seres humanos, são endossadas pelo princípio da utilidade, conforme as palavras de Mill:

Quando falamos do direito de uma pessoa sobre alguma coisa, queremos dizer que tal pessoa tem uma pretensão válida a que a sociedade a proteja na posse dessa coisa, seja pela força da lei, seja pela força da educação e opinião. [...] Ter um direito é então, segundo penso, ter alguma coisa cuja posse a sociedade deve defender. E se algum contraditor insiste em perguntar por que deve a sociedade fazê-lo, não posso dar-lhe nenhum outro motivo senão a utilidade geral. (MILL, 2000, p.260)

Uma das objeções mais comuns ao utilitarismo de regras é a adoração à regra. O problema inicia com o compromisso de maximizar a felicidade, mediante uma escolha de regras com base em consequências, e posteriormente ocorre a recusa do agente em afastar-se das regras quando isso promete melhores consequências. Os utilitaristas respondem à crítica no sentido de que as regras devem ser utilizadas apenas como estratégias para procedimentos decisórios, visto que o comprometimento com a

maximização não é o padrão absoluto a ser seguido, conforme já demonstrado em Mill.

O utilitarismo de regras é um procedimento decisório que evita, ou pelo menos suaviza, as objeções de injustiça e exigência. Desse modo, são mais prováveis os benefícios de um estilo de vida no qual o agente se comprometa com objetivos de longo prazo e adote conjuntos de regras, visto ser o procedimento que tende a resolver questões de coordenação moral com mais facilidade.

Os argumentos analisados evidenciam que o utilitarismo de regras é o procedimento decisório mais adequado à natureza falível dos seres humanos. Talvez o utilitarismo de atos fosse o código ideal para os calculadores utilitaristas perfeitos. Porque o indivíduo tende a pensar que sabe o que é melhor para as outras pessoas, são necessárias regras que estabeleçam o respeito pela autonomia dos outros. E considerando que o ser humano naturalmente favorece os seus próprios interesses e aqueles dos seus entes mais próximos e queridos, necessita que lhe digam para ser mais imparcial.

6 O utilitarismo institucional

Neste artigo foram analisados principalmente os utilitaristas clássicos Jeremy Bentham e John Stuart Mill. Apesar de suas posturas distintas quanto a certos fundamentos do pensamento utilitarista, em ambas teorias está presente a preocupação institucional. Em consonância com a máxima utilitarista, esses autores reconheceram que as melhores instituições políticas, legislativas e sociais são aquelas que produzem o maior bem-estar total.

Conforme a definição do professor da universidade do Chile, Fernando Atria, as instituições são formas sociais que “fazem provável algo que sem elas é improvável” (ATRIA, 2017, p. 183). São sistemas de comportamento que promovem o bem comum. As instituições suprem a falta do espírito de reciprocidade, nas palavras de Atria:

O direito contratual supõe que cada pessoa é um fim em si mesma. Mas supõe também que sem instituições jurídicas cada indivíduo tentará manipular o outro para servir a seus próprios interesses. Se as partes pudessem entender-se como o direito as entende, isto é, se pudessem reconhecer-se reciprocamente como o direito as reconhece, para cada uma seria imediatamente evidente que a outra não é um meio para ser manipulado em benefício próprio, e o direito contratual não seria necessário. Se vivéssemos sob condições que fizessem perfeitamente transparente a reciprocidade de realização, então o direito não seria necessário, porque não seria necessário impor coativamente o que nos resulta natural fazer. (ATRIA, 2017, p. 183)

A finalidade das instituições é tornar provável o que sem elas seria muito mais difícil de se concretizar, o que para os utilitaristas é o fundamento principal da felicidade: o bem-estar de uma comunidade a partir de sistemas normativos e valores.

Bentham considerava a utilidade como parâmetro para a ação governamental, com o fim de alcançar um ponto ótimo relativo ao somatório das utilidades individuais. Para o autor a arte da política consiste em atuar sobre os interesses individuais, mediante mecanismos de sanções e recompensas que os façam convergir para o bem público.

Passagens na obra de Mill indicam seu interesse nas melhorias dos arranjos institucionais, capazes e responsáveis por incentivar os indivíduos a terem acesso a uma vida mais feliz, conforme segue:

Num mundo em que há tantas coisas interessantes, tantas coisas agradáveis, e tanto para se corrigir e melhorar, cada um que possuir essa quantidade moderada de requisitos morais e intelectuais será capaz de levar uma existência invejável, por assim dizer; e, a menos que tal pessoa seja negada por meio de más leis ou pela sujeição à vontade de outros, a liberdade para usar as fontes da felicidade a seu alcance, não deixará de encontrar essa existência invejável se conseguir escapar aos males absolutos da vida – grandes fontes de sofrimento físico e mental, tais como a indigência, a doença e a perda rude, indigna ou prematura dos objetos do afeto. A principal ênfase do problema reside, portanto, na luta contra essas calamidades [...] frustrações relacionadas a circunstâncias mundanas se devem sobretudo quer à grave imprudência de

desejos desregrados, quer a instituições sociais más ou imperfeitas. (Mill, 2000, p. 198-199)

Ainda que o utilitarismo enfrente considerável rejeição de pensadores atuais, há aceitação de determinadas características da teoria, na perspectiva da sua aplicação institucional. O professor de filosofia e teoria social da universidade nacional da Austrália, Robert E. Goodin, reconheceu que muitos dos problemas atribuídos ao utilitarismo aplicado na esfera privada, quando aplicados à esfera pública se apresentam como soluções:

A força do utilitarismo, o problema para o qual é uma solução verdadeiramente convincente, é como um guia para a conduta pública e não para a conduta privada. Aí, praticamente todos os seus vícios – todas as coisas que nos fazem hesitar em recomendá-lo como um código pessoal de moralidade – afiguram-se, ao contrário, virtudes consideráveis (GOODIN, 1995, p. 08).

O planejamento institucional nas economias contemporâneas enfrenta o desafio de proporcionar a todos chances genuínas e iguais de revelar as suas preferências. Estes são alguns dos itens comumente encontrados nas listas oferecidas por utilitaristas contemporâneos: necessidades básicas (instrumentais para desfrutar qualquer outro item), realização, conhecimento, autonomia, liberdade, amizade, religião, respeito. Os componentes da lista poderiam ser somados, ou manterem interações mais complexas, visto que o prazer e a preferência podem afetar o valor de outros itens, seja para aumentar esse valor, ou por ser uma pré-condição para isso. Um exemplo dessa interação seria o conhecimento, que embora seja sempre valioso, pode ter ainda mais valor se for desejado e experimentado. Do ponto de vista de John Stuart Mill, a autonomia é considerada uma aumentadora ou pré-condição do valor de determinados itens, visto que a possibilidade de ter escolhido um item o torna mais valioso para o indivíduo.

A teoria da lista, contudo, enfrenta dificuldades para responder se é possível estabelecer uma lista única para todos, porque nesse caso há o risco de uma lista paternalista ou culturalmente insensível. E caso

houvesse listas diferentes para pessoas diferentes, há o risco de a iniciativa, ao invés de unir, causar divisão.

O grande desafio dos utilitaristas é aplicar o teste utilitarista a códigos de regras inteiros, ou instituições sociais que abrangem toda a sociedade. Os governos enfrentam dificuldade de obter informações sobre o bem-estar de um grande número de pessoas, e mesmo se soubessem exatamente o que ocorreria com a promulgação de um código de regras, a mensuração do bem-estar agregado é complexa.

7 Aplicação do utilitarismo

Os utilitaristas reconhecem a impossibilidade de mensuração do bem-estar, mas argumentam que há informações correlacionadas com componentes do bem-estar que estão disponíveis, como os níveis médios de saúde, renda, alfabetização, direitos civis e liberdades políticas. Se uma determinada política aumenta esses níveis, então esta é uma evidência de que melhorará o bem-estar humano, mesmo que não se possa calcular o bem-estar agregado. A economia do bem-estar, que utiliza técnicas microeconômicas para determinar a eficiência alocaional e distribuição de renda, pode ser vista como a busca de substitutos aos cálculos utilitaristas, com elementos que estão intimamente ligados ao bem-estar humano.

Há ainda a possibilidade de se adotar uma abordagem mais modesta, em vista da dificuldade de se encontrar um código ideal de regras. Mesmo sem poder determinar o código ideal de regras em cada detalhe, ainda é possível saber que esse código incluirá a regra *x* e não a regra *y*. A proibição da tortura, por exemplo, se incluída em um código certamente produzirá melhores consequências do que um código que careça desta proibição. Também é possível incluir em um código certas liberdades básicas, mesmo que não se tenha certeza quanto aonde essas liberdades levarão.

Além da possibilidade da maximização do bem-estar agregado, é possível adotar uma definição mais ampla, com a promoção do bem-estar sem

exigir maximização ou agregação. Esta perspectiva combinaria muito bem com políticas públicas, em que os utilitaristas deveriam conferir a cada pessoa um peso igual. Isso certamente está em conformidade com o ditado que Mill atribui a Bentham como expressão da essência da tradição utilitarista: “Cada um conta como um, e nenhum como mais de um” (MILL, 1963, p. 148).

8 O princípio da maior felicidade

Um aprofundamento nos estudos de Bentham, e principalmente de Mill, indicará que o princípio da utilidade possui um papel menos central do que lhe é atribuído. Trata-se apenas de um critério para a normatividade moral, e não o único critério, muito menos deve ser visto isoladamente. A partir do conceito de natureza humana mais amplo de Mill, a individualidade, liberdade e igualdade têm papel significativo na busca da justiça social, como bem observa Esperanza Guisán:

Como se os críticos contemporâneos nunca tivessem lido Bentham, e supostamente ignorassem totalmente Mill, começaram a computar no utilitarismo a falta daquilo, precisamente, que consistiu a razão de ser do pensamento utilitarista clássico, a saber: a defesa do indivíduo particular, os interesses individuais, a liberdade, a igualdade ou alcançar uma sociedade mais justa (GUIZÁN, 1998, p. 113)

Segundo Mill, havia uma justificativa em atribuir maior valor aos prazeres decorrentes das capacidades mais complexas dos seres humanos, como os prazeres do intelecto, dos sentimentos e da imaginação, de forma mais significativa que a demanda por prazeres da mera sensação. A diferença entre a qualidade dos prazeres é associada a ideais morais como o respeito à dignidade humana e ao desenvolvimento individual, que no longo prazo conduzirão à máxima felicidade humana:

Se os que estão familiarizados com esses dois prazeres e têm competência para julgá-los colocam um deles tão acima do outro que chegam a preferi-lo, muito

embora saibam que dele se segue um grande volume de descontentamento, e se não aceitam renunciar a ele por mais que sua natureza seja suscetível de experimentar uma grande quantidade do outro prazer, temos razão em atribuir ao deleite escolhido uma superioridade qualitativa, pois a quantidade foi de tal modo subestimada que, em comparação, tornou-se de pequena importância. (MILL, 2000, p. 187)

No entanto, ao considerar que os desejos de fato não são mais a única base para julgar o que seria o bem-estar geral, Mill abandonou a máxima de Bentham que a felicidade de cada indivíduo deve receber igual consideração independentemente de qualquer outro critério. O padrão adotado por Mill, portanto, foge da premissa do utilitarismo clássico, conforme o filósofo e professor da universidade de Harvard, Michael Sandel: “Mill salva o utilitarismo da acusação de que ele reduz tudo a um cálculo primitivo de prazer e dor, mas o consegue apenas invocando um ideal moral da dignidade e da personalidade humana independente da própria utilidade”. (SANDEL, 2011, p. 71)

Mill coloca a virtude em uma posição diferenciada, da qual ele não abre mão, porque entende que “no longo prazo a virtude é essencial para a manutenção da felicidade” (MILL, 2000, p. 238). Ademais, o autor não prevê que a felicidade, como fim último da moralidade, deva ser colocada como objetivo indiscutível, sem o estabelecimento de um caminho reflexivo:

A proposição de que a felicidade é o fim e objetivo da moralidade não quer dizer que não se deva estabelecer um caminho para esse objetivo, ou que as pessoas indo para lá não devem ser aconselhadas a se levar por uma direção em detrimento de outra (MILL, 1963, p. 224)

Nesse sentido, não há motivos para que o princípio da maior felicidade seja um critério inflexível, o que impediria deliberações através do âmbito das virtudes ou outras regras morais.

Considerações finais

Conforme se constata em Mill, seus fundamentos utilitaristas defendem ideais morais que ampliam o conceito de utilidade clássico, a tal ponto que Michael Sandel considera sua teoria independente da utilidade. A partir de utilitaristas atuais também se constata a tendência de ampliação do conceito de utilidade em relação aos critérios de maximização e bem-estar inicialmente propostos por Bentham.

O fato de a doutrina utilitarista ter sido desenvolvida com a pretensão de abordar de forma sistemática diversos aspectos da vida prática, a torna um importante objeto de investigação no campo da ética e da filosofia política. Desde a defesa do conhecimento empírico e sua influência nas posições normativas, como a teoria do valor e a concepção de natureza humana que busca conciliar o comportamento individual e o político.

Ao final, cabe a menção ao alerta de Mill para a desigualdade social, objeto de seus esforços de reforma utilitarista. O autor questiona o fato de o senso comum tolerar situações de desigualdade sob a noção de conveniência:

Todas as desigualdades sociais que têm deixado de ser consideradas inconvenientes assumem o caráter não de mera inconveniência, mas de injustiça, e se mostram tão tirânicas, que as pessoas são capazes de se perguntar como elas alguma vez puderam ter sido toleradas; esquecidas que elas mesmas, talvez, toleram outras desigualdades sob uma noção de conveniência igualmente incorreta; a punição que faria com que elas aprovassem parecerá tão monstruosa quanto aquilo que elas, finalmente, aprenderam a condenar (MILL, 1963, p. 258)

O filósofo inglês e professor emérito da universidade de Melbourne, J.J.C.Smart (1920-2012), está correto em nos advertir que não se pode confiar no “senso comum”. Essa é uma importante contribuição do utilitarismo. As dificuldades do senso comum moral se tornam claras a partir da análise de fatos ocorridos, conforme esse breve exemplo: muitas pessoas brancas pensaram outrora que havia uma diferença importante

entre brancos e negros, de tal forma que os interesses dos brancos eram mais importantes, de maneira que com base no “senso comum” de seus dias eles puderam insistir em que uma teoria moral adequada deveria acomodar esse “fato”.

Ademais, é digno de consideração quantos outros preconceitos irracionais ainda fazem parte do senso comum moral. No final de seu estudo clássico sobre as relações raciais, o prêmio Nobel Gunnar Myrdal (1898-1987) ressalta:

Deve haver ainda outros erros incontáveis do mesmo tipo que nenhum homem vivo pode ainda detectar, devido à névoa na qual o nosso tipo de cultura ocidental nos envolve. Influências culturais têm construído as pressuposições da mente, do corpo e do universo no qual nós começamos; põem as questões que nós perguntamos; influenciam os fatos que nós procuramos; determinam a interpretação que nós damos desses fatos; e dirigem a nossa reação a essas interpretações e conclusões. (MYRDAL, 1995, p. 238)

Segundo James Rachels, as gerações futuras poderão olhar para trás com repugnância para o modo como pessoas no século XXI aproveitavam as suas vidas confortáveis, enquanto crianças do terceiro mundo morriam de doenças facilmente evitáveis mediante uma pequena ajuda financeira. Em caso afirmativo, elas poderiam notar que os filósofos utilitaristas estavam à frente de seu tempo em condenar tais coisas. Rachels foi especialista em ética e defensor dos direitos dos animais. Segue seu argumento em favor dos interesses dos animais não humanos:

Mas criticar experimentos animais é muito fácil para a maioria de nós. Nós podemos nos sentir sobranceiros ou superiores porque não fazemos tais pesquisas. Porém, todos nós estamos envolvidos com a crueldade quando comemos carne. Os fatos sobre a produção de carne são mais perturbadores do que quaisquer fatos sobre a experimentação animal. (RACHELS, 2013, p. 118)

Com essas considerações é encerrada esta breve exposição, que buscou demonstrar as controvérsias que impulsionaram o interesse pela

doutrina utilitarista, em especial as posições de Bentham e Mill, pensadores voltados para problemas práticos, cuja base filosófica influenciou debates em diversas áreas do conhecimento.

Referências

ATRIA, Fernando. Neoliberalismo com rosto humano. Santiago de Chile: Catalonia, 2017.

BENTHAM, Jeremy. Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. Utilidade e liberdade na obra de John Stuart Mill. In: Reflexão, Campinas, n. 74.

GOODIN, Robert. E. Utilitarianism as a Public Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

GUIZÁN, Esperanza. Esperando por Mill. In PELUSO, Luis Alberto (org). Ética e Utilitarismo. Campinas: Alínea, 1998.

HUME, David. Uma Investigação sobre os Princípios da Moral. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.

MILL, John Stuart. A liberdade; Utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Collected Works of John Stuart Mill. Edited by John M. Robson. Toronto: University of Toronto Press; London: Routledge & Kegan Paul, 1963-1991.

MULGAN, Tim. Utilitarismo. São Paulo: Vozes, 2012.

MYRDAL, Gunnar. An American Dilemma. New York: Harper & Brothers, 1995.

PICOLI, Rogério Antônio. Utilitarismo, Bentham e a história da tradição. Existência e Arte – Revista Eletrônica do Grupo PET – Ciências Humanas, Estética e Artes da Universidade Federal de São João Del-Rei – Ano V – Número V – 2010.

RACHELS, James. Elementos de Filosofia Moral. São Paulo: AMGH Editora, 2013.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. São Paulo: Civilização brasileira, 2011.

SANTOS, Bruno Aislá Gonçalves dos. *Utilitarismo e Justiça Distributiva: Uma Defesa da Tese de J. S. Mill*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2013.

Conservadorismo, meio-ambiente e direito dos animais: uma possível aproximação

*Patrícia Xavier Bittencourt*¹

Introdução

O Direito dos Animais é um ramo do Direito que vem despertando cada vez mais interesse no meio acadêmico. Tradicionalmente vinha sendo tratado como tema do Direito Ambiental, e hoje clama por autonomia científica, com âmbito de estudo mais restrito. A partir do pioneirismo de Richard Ryder nos anos 70, um dos membros do Grupo de Oxford, estabeleceu-se o debate sobre o uso de animais em pesquisas científicas. É de sua autoria o termo especismo, que denuncia o modo discriminatório dispensado pelos seres humanos aos seres sencientes (não-humanos). Com a publicação de *Libertação Animal*, em 1975, de autoria do filósofo australiano Peter Singer, a questão repercutiu a nível mundial, reforçando-se a ideia de que era necessário repensar a forma com que nos relacionamos com os animais, com contribuição importante nas vozes de Tom Regan, Gary L. Francione, entre outros.

A ideia de libertação animal culminou na defesa de que animais devem ter direitos, tais como vida, liberdade e dignidade. Essas reivindicações geraram resistência, e até certa hostilidade, em relação à causa animal. Séculos de antropocentrismo, marcados por uma forte religiosidade de tradição judaico-cristã, em defesa da superioridade do

¹ Mestra e Doutoranda em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas.

homem como ser dotado de razão e feito a imagem e semelhança de Deus, geraram os mais diversos questionamentos em relação às teorias defendidas pelos filósofos animalistas². Os ditos conservadores visam a manutenção do *status quo*, com a utilização de animais como cobaias para realização de testes de segurança em medicação e outras substâncias a serem disponibilizadas para uso humano, o consumo de carne, ovos, leite e outros derivados de origem animal, a utilização de couro e peles para vestimenta, etc.

Nesta seara, e em virtude da tendência à polarização entre os defensores dos animais, que pregam pela redução da utilização dos animais até sua completa eliminação, e os defensores do *status quo*, que veem nos animais fonte de bem-estar, conforto, segurança e lazer, ou seja, como coisa à disposição da humanidade, um meio termo parece ser, se não uma solução definitiva, ao menos mais adequada ao nosso momento atual, em que não é possível se abrir mão completamente da exploração dos animais, mas seu uso pode ser ponderado por critérios morais e legais, como o bem-estar animal prega.

O presente texto tem o intuito de desmistificar os termos “conservador” e “conservadorismo” como sinônimos de inimigos do meio-ambiente, e mais especificamente, dos animais. Para isso, vamos nos apoiar nas ideias de Roger Scruton, filósofo e escritor inglês, e que é apontado como o intelectual inglês mais bem-sucedido desde Edmund Burke³. Para tanto, será feito um breve apanhado das ideias defendidas em seus livros, tais como *Filosofia Verde: Como Pensar Seriamente o Planeta* (2012) e *Como ser um conservador* (2015), com o objetivo de demonstrar que ao se utilizar a adequada concepção de conservadorismo, é possível conciliá-la com a defesa do meio-ambiente, contemplando inclusive os interesses dos animais, ou, ao menos, como se verá a seguir, os que os seres humanos atribuem a eles. Isso porque os valores transmitidos pela tradição e pela

² Conforme SILVA (2011), os filósofos que tratam da libertação animal defendem teses diferentes sobre qual o grau de libertação que deve ser concedido aos animais.

³ Sobre a importância de Burke (1729-1797) para a gênese do pensamento conservador clássico, vide SOUZA (2016).

cultura não podem ser simplesmente ignorados, ou modificados, da noite para o dia, e a criação de normas e direitos reflete os parâmetros morais e sociais vigentes, os quais não estão errados, mas podem ser aperfeiçoados.

Ao final, pretendemos demonstrar que a posição conservadora tende a moderar os radicalismos, defendendo que se é possível implementar tutela jurídica adequada e bem-estar aos animais, sem prejuízo ao ser humano e as próximas gerações, tal deve ser feito.

1. Conservadorismo scrutoniano e o meio-ambiente

Sir Roger Scruton, filósofo e escritor inglês, é considerado um dos maiores expoentes do conservadorismo inglês. Em sua obra *Como ser um conservador* (2015) descreve já no prefácio, com extrema simplicidade o que o conservadorismo significa para ele:

O conservadorismo que defenderei nos mostra que herdamos coletivamente coisas admiráveis que devemos nos empenhar para preservar. Na situação em que nos encontramos, nós, herdeiros tanto da civilização ocidental quanto dos países de língua inglesa que dela fazem parte, estamos bem conscientes do que são tais coisas admiráveis. A oportunidade de viver nossas vidas como desejamos; a segurança da lei imparcial mediante a qual nossas queixas são solucionadas e os danos, reparados; a proteção do nosso meio ambiente como um recurso natural compartilhado e que não pode ser apoderado ou destruído de acordo com o capricho de interesses poderosos; uma cultura aberta e questionadora que moldou nossas escolas e universidades; os procedimentos democráticos que nos permitem eleger nossos representantes e aprovar as próprias leis – estas e muitas outras coisas nos são familiares e tidas como certas.

O pensamento conservador é, portanto, aquele que pretende fornecer os princípios e os valores que formam e orientam as bases de uma política conservadora, o que não implica em estagnação, pelo contrário: é caracterizado pela ação sistemática e pela razoabilidade, ponderando sobre o que precisa mudar, sem adotar a política de terra arrasada. Para o filósofo, coisas boas são facilmente destruídas, mas não facilmente criadas, e isso se

aplica especialmente aos bens coletivos, tais como paz, liberdade, lei, civilidade, espírito público, a segurança da propriedade e da vida familiar. Em assim sendo, as mudanças drásticas e radicais não são recomendadas, pois destroem rápida e facilmente o que foi construído de forma lenta, árdua e maçante.

Scruton faleceu recentemente, deixando uma grande lacuna no pensamento conservador. Foi escritor versátil e profícuo, com suas obras traduzidas para vários idiomas. Como um homem de seu tempo, também dedicou obras à questão ambiental e também, de forma específica, sobre o Direito dos Animais, e os possíveis dilemas que o tema apresenta, na esfera moral. Seu primeiro livro nesta linha foi *On Hunting*, de 1998. O autor britânico foi defensor da caça, em especial à raposa, e na referida obra traz inclusive sua experiência pessoal com o esporte, defendendo sua manutenção não só como preservação da cultura local, mas também como elemento importante da interação humana e com a natureza. O segundo é *Animal Rights and Wrongs*, com primeira edição de 1996. Nesta obra, Scruton analisa o status moral dos animais, e com base nas suas conclusões, quais seriam as nossas obrigações para com eles. A terceira obra é *Green Philosophy: How to Think Seriously About the Planet* (2011)⁴, a qual foi revisada e republicada como *How to Think Seriously About the Planet: The Case for an Environmental Conservatism* (2012).

Todas as obras têm um fio condutor, a saber, a ótica conservadora nas questões ambientais. Segundo Scruton (2017, p.10), criou-se um estigma de que a posição conservadora é inimiga de práticas de proteção ambiental. Segundo ele, os ambientalistas se acostumaram a vê-la baseada na livre iniciativa, e esta, por sua vez, a um assalto aos recursos naturais do planeta, tudo visando o lucro imediato. Para o filósofo, houve uma disseminação pelos vieses políticos de esquerda de que o conservadorismo prega uma defesa dos interesses individuais sobre os coletivos, associando o livre mercado com a ganância do homem. Scruton refuta esse argumento, defendendo que o conservadorismo deve ser interpretado como a

⁴ Apenas esta obra se encontra traduzida para o português, por Maurício G. Righi.

manutenção da ecologia social, ou seja, a liberdade individual estaria inserida nela.

Conservadorismo e conservação, portanto, seriam dois aspectos de uma mesma política de longo prazo, gerenciando os recursos visando sua renovação contínua. O termo ecologia social possui uma acepção ampla, entendendo o meio ambiente como um capital material, do qual somos fiduciários, responsáveis por assegurar que as gerações futuras também possam usufruir de um meio ambiente equilibrado.

Para o conservador, portanto, a política se destina à manutenção e ao reparo dos sistemas homeostáticos⁵, que se autocorrigem perante mudanças desestabilizadoras. Na senda do liberalismo, para ele os mercados são sistemas sociais homeostáticos, eis que enfrentam e superam choques externos, ajustando-se conforme necessidades e motivações de seus membros.

O fato de o conservadorismo admitir variações de foco pode ter contribuído para a interpretação de que a linha não se alia às políticas preservacionistas ambientais. Isso porque nos Estados Unidos, os conservadores enfatizam as liberdades econômicas, associado a um robusto individualismo⁶ e nas virtudes do livre empreendedorismo. Já na Europa, são considerados a tradição, o costume e a sociedade civil, no intuito de manter uma ordem social durável. Para Scruton (2017, p.13), isso se deve ao fato de haver nos Estados Unidos uma abundância de espaço e recursos naturais, os quais não estão disponíveis na Europa, em que os limites geográficos são apertados, e que se faz necessária a manutenção dos habitats humanos e naturais, que já se encontram explorados ao limite.

Em assim sendo, na eventualidade de realmente nos depararmos com uma situação de calamidade derivada de mudanças climáticas,

⁵ O termo homeostase foi cunhado por Walter Cannon, em artigo publicado na *Physiological Reviews*, em 1929. Também é de sua autoria a reação luta ou fuga, derivada de intensos estados emocionais, os quais estimulam a secreção de adrenalina pela glândula adrenal, que, agindo nos tecidos periféricos, prepara o organismo para uma ação vigorosa em estados de emergência. Vide Brito et alii, 2017.

⁶ F.A. Hayek (1948, p. 1/32) faz importante distinção entre os termos individualismo e egoísmo. Ele explica que o egoísmo pode ser visto de maneira negativa para a sociedade, mas o individualismo não implica em prejuízo, constituindo-se em estratégia necessária de autopreservação.

Scruton (2012, p. 43/44) defende que devemos ser resilientes, e nos adaptarmos de forma a encontrar a melhor solução para os problemas relacionados ao aquecimento global, por exemplo. Se o efeito estufa, segundo ele, deriva da ação humana, cabe a humanidade aprender a viver de outra forma, reduzindo a emissão de gases, e se isso não for possível, tentar neutralizá-las, resfriando o planeta com o uso de geoengenharia. Em qualquer uma das hipóteses, está claro que o ser humano faz parte da solução, assim como imprescindível o comprometimento dos Estados para que os objetivos sejam atingidos.

Da linha de argumentação Scrutoniana, vemos que toda a análise da questão do aquecimento global tem como foco especificar alternativas aos seres humanos, a fim de enfrentarem as adversidades dele decorrentes. No entanto, peca em não apresentar soluções para a flora e a fauna, que também são afetadas pelas mudanças climáticas. Ele salienta que o desaparecimento de espécies e a perda de biodiversidade são consequências potencialmente calamitosas para o planeta e para os passageiros humanos, mas não frisa de forma veemente nossas obrigações para com os demais seres vivos. A ideia moral fundamental dos conservadores seria que os responsáveis pelo estrago devem se comprometer a repará-lo. No entanto, quando se trata de biodiversidade, alguns danos são irreversíveis. Espécies extintas em virtude da ação ou da omissão do homem são um exemplo. Mesmo sendo o reparo considerado pelos conservadores um dever, o compromisso parece ser atenuado por possíveis choques de interesse com a raça humana.

Para Scruton (2017, p. 46), a ciência não põe termo às divergências relacionadas às mudanças climáticas, e isso se deve ao fato de que as pessoas percebem e avaliam os riscos de maneiras diferentes. Em que pese sua posição cética, também não aponta qual seria o balizador confiável a ser utilizado. Nesta seara, Ferreira et alii (2017) salientam que o clima global é resultado de uma complexa interação entre a energia irradiada pelo Sol e outras variáveis físicas distribuídas heterogeneamente no espaço e qualquer alteração no referido sistema resulta em um ajuste natural e

dinâmico, o qual é denominado mudança climática. Quanto às divergências sobre o tema, esclarecem em relação às três principais correntes:

A primeira, e mais aceita atualmente, é composta por cientistas que associam as variações no padrão de temperatura média global, verificado durante a segunda metade do século XX, à exploração intensa da natureza e dos seus recursos. Deste modo, a anomalia seria o resultado da emissão de gases do efeito estufa como óxido nitroso (N₂O), dióxido de carbono (CO₂) e metano (CH₄), produzidos a partir da queima de combustíveis fósseis, desmatamento, entre outros. Um segundo grupo de pesquisadores defende a ideia de que o clima muda em função de fatores exclusivamente naturais, como ocorrera no passado geológico da Terra. Por outro lado, vão na direção contrária do que é apontado pela maior parte da comunidade científica. Afirmam que o planeta caminha para uma nova glaciação e que qualquer possível variação positiva da temperatura é resultado de fatores naturais. Deste modo, refutam totalmente o paradigma do aquecimento global antropogênico. Os pesquisadores inseridos nesta linha de pensamento descartam totalmente a ideia de que o CO₂ seja capaz de controlar o clima global. Quanto à terceira linha de pensamento, esta comporta um grupo de pesquisadores que defende a ideia de que as causadas seriam decorrentes da combinação de fatores antropogênicos e naturais. Entretanto, as forças naturais seriam dominantes sobre as humanas, enquanto as antropogênicas funcionariam como um agravante a nível local e regional. Pontuam ainda que os diagnósticos sobre as condições de clima são, em muitas circunstâncias, precipitados, os quais frequentemente desconsideram uma série de fatores importantes quanto à análise.

Mesmo se admitindo que não há um consenso científico, o que se alinha ao pensamento de Scruton, faz-se imprescindível assumir um individualismo responsável, que possa avaliar e afastar consequências nefastas da ação do homem, a fim de preservar o patrimônio natural para as gerações futuras. O pensador defende que a área de ação, para ser efetiva, é sempre a local. No entanto, em relação ao aquecimento global, essa abordagem ganha uma exceção. Para ele, o aquecimento global não é um problema de pequena escala, que pode ser enfrentado por indivíduos e se encaixa nos parâmetros do raciocínio prático, mas sim uma questão transnacional, que envolve a humanidade como um todo (2017, p.44/45).

Neste viés, é possível reconhecer uma mudança no âmbito da defesa do meio-ambiente, e na reivindicação de melhores condições a vida animal também. No lugar de um ativismo radical, proposto por organizações não-governamentais, as quais tinham intuito de não só defender o ponto de vista, mas também de atrair o interesse ou a atenção da comunidade global, hoje as ações são cada vez mais individuais e localizadas. Essa mudança de paradigma se alia a uma visão de mercado e de livre iniciativa, já que, diante do surgimento de uma demanda por produtos e serviços ecologicamente corretos, se adapta naturalmente ao que o ser humano deseja, suprindo-o com alternativas *eco-friendly*, ou seja, amigáveis a natureza. Nessa esteira, vão os mais diversos produtos e serviços, tais como produtos de limpeza que não agridem nem poluem as águas, salvaguardando a fauna e a flora, automóveis elétricos com zero emissão de poluentes no ar, uso de meios de controle biológicos para o combate de pragas em lavouras, oferecendo alimentos orgânicos ao mercado de consumo alimentício, entre outros exemplos de que a livre iniciativa e o livre mercado podem colaborar com a proteção ao meio-ambiente.

Em que pese algumas dessas medidas de mercado serem eficientes a médio e longo prazo, sua implementação é imprescindível para a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, e para tanto, é necessário o auxílio dos governos, pois em alguns casos o mercado pode ser insuficiente, já que a mudança nos costumes e nas crenças pode levar gerações para acontecer, e a perda de patrimônio natural, como já mencionado anteriormente, pode acontecer antes que os efeitos benéficos tenham se efetivado.

Um exemplo disso no Brasil é a Instrução Normativa do IBAMA n.º 207, de 19 de novembro de 2008, que dispõe sobre o controle das importações dos Hidroclorofluorcarbonos – HCFC's e misturas contendo HCFC's. O Ministério do Meio Ambiente implementou um indicador ambiental nacional, relacionado o Consumo Nacional de Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio – CFC. Os clorofluorcarbonos (CFC's) são substâncias artificiais que foram por muito tempo utilizadas nas indústrias de refrigeração e ar condicionado, espumas, aerossóis e extintores de incêndio.

Atualmente os únicos produtos fabricados com CFC's. são os Inaladores de Dose Medida (MDI), utilizados no tratamento de asma. Na década de 70, descobriu-se que estas substâncias eram responsáveis pela destruição da camada do gás ozônio (O₃) que circunda nosso planeta em altitudes que variam entre 15 a 50 km, e que é responsável pela absorção de boa parte da radiação ultravioleta que o Sol envia ao planeta. Um aumento no uso dos CFC's causaria a sua diminuição significativa, contribuindo para o aumento da incidência dos raios ultravioleta prejudiciais à saúde, podendo causar câncer de pele, prejudicar o clima, a biodiversidade e a produção agrícola. Os gases CFC's também são responsáveis pelo efeito estufa, ou seja, contribuem para o aquecimento global. Para atenuar os problemas ambientais gerados pela produção e uso dos CFC's, o Brasil aderiu à Convenção de Viena e ao Protocolo de Montreal, por meio do Decreto 99.280, de 06/06/1990. Neste caso, é importante ressaltar que a necessidade de preservar a camada de ozônio era premente, e foi conveniente ao mercado fazer com que todos os proprietários de geladeiras velhas tivessem que substituí-las por novas, com a utilização de gás Freon (CCl₂F₂), por exemplo.

A medida supra se deu por uma observação científica de um evento que já estava em curso, no entanto, também existe a necessidade, em muitos casos, de serem adotadas medidas preventivas. Em *Filosofia Verde*, Scruton (2012, p. 64/82) faz uma crítica ao Princípio da Precaução, o qual é adotado como guia regulatório, legislativo e científico pela União Europeia. Esse princípio repisa o antigo ditado: “melhor prevenir, do que remediar”. Sua crítica reside no fato de que não é fornecida uma definição e forma de atuação clara, nem a ponderação sobre as possíveis implicações. Poderia se tratar de simplesmente a não assunção de quaisquer riscos, ou um sopesamento de custos e benefícios, quando o risco estiver presente. Para ele, a aplicação do princípio se dá de forma equivocada, ao ser institucionalizada, pois ao invés de criar uma estrutura dentro da qual os seres humanos possam assumir riscos e responsabilidades, inibe a livre iniciativa. A lei se torna, portanto, um obstáculo às ações de risco, drenando a

responsabilidade da sociedade e transferindo-a para o Estado, através de uma atividade regulatória baseada em estudos científicos não conclusivos, danos em potencial e com níveis de proteção desproporcionais ao eventual malefício. Scruton (2017, p.66) questiona a suposta máxima a ser seguida: "Se você pensa que pode haver risco, então há risco; e se há risco, proíba-o". Ao tecer críticas à efetiva aplicabilidade do princípio da precaução, cita o caso ocorrido na Grã-Bretanha, decorrente de uma diretiva do Parlamento Europeu, que determinara que todos os abatedouros deveriam operar com a presença de um veterinário qualificado. Esse custo inviabilizou a manutenção dos pequenos abatedouros, que acabaram fechando. A necessidade de transporte dos animais vivos por longas distâncias faz com que o contágio seja potencializado, citando caso ocorrido na Grã-Bretanha, em que sete milhões de animais tiveram de ser sacrificados para tentar controlar uma doença (Pé e Boca).

Para o filósofo, a lei considerou apenas um risco, segundo ele razoavelmente insignificante, em uma atividade (gestão pecuária) que compreende muitos outros. Nesta feita, Scruton (2012, p. 67) afirma que ao ter sido criada esta lei, poderiam ter sido sopesados outros fatores de custo benefício, tais como o impacto na comunidade pecuarista decorrente do fechamento dos abatedouros locais, das grandes distâncias que os animais teriam que percorrer, os benefícios da produção de comida e instalação de mercados de distribuição de carne em nível regional, entre outros. Já no Brasil, a presença de um médico veterinário responsável⁷

⁷ Artigo 5º da Lei n.º 5517/1968 - Artigo 5º É da competência privativa do médico veterinário o exercício das seguintes atividades e funções a cargo da União, dos Estados, dos Municípios, dos Territórios Federais, entidades autárquicas, paraestatais e de economia mista e particulares: (...)

- c) a assistência técnica e sanitária aos animais sob qualquer forma;
- d) o planejamento e a execução da defesa sanitária animal;
- e) a direção técnica sanitária dos estabelecimentos industriais e, sempre que possível, dos comerciais ou de finalidades recreativas, desportivas ou de proteção onde estejam, permanentemente, em exposição, em serviço ou para qualquer outro fim animais ou produtos de sua origem;
- f) a inspeção e a fiscalização sob o ponto-de-vista sanitário, higiênico e tecnológico dos matadouros, frigoríficos, fábricas de conservas de carne e de pescado, fábricas de banha e gorduras em que se empregam produtos de origem animal, usinas e fábricas de laticínios, entrepostos de carne, leite peixe, ovos, mel, cêra e demais derivados da indústria pecuária e, de um modo geral, quando possível, de todos os produtos de origem animal nos locais de produção, manipulação, armazenagem e comercialização;

pela produção de produtos de origem animal é obrigatória, no entanto, essa exigência é vista com bons olhos pela sociedade, já que existe maior garantia de sanidade e da qualidade da mercadoria que irá para o consumidor final. Aliado a isso, a fiscalização pode ser esporádica e aleatória, e o responsável técnico não desejará correr o risco de ser responsabilizado por não ter recomendado e implementado os protocolos necessários⁸.

Outro exemplo trazido por Scruton (2012, p.69/70), ao criticar os "burocratas", a saber, os políticos, presos a agendas em que apenas um número limitado de ameaças pré-identificadas são registradas, é a diferença existente entre o guarda de caça e o ativista dos direitos dos animais, *verbis*:

O primeiro deve proteger todo um meio ambiente e as criaturas que nele vivem. Ele precisa controlar as raposas e os texugos caso queira proteger os ninhos dos pássaros; precisa cuidar da folhagem para garantir os faisões e as perdizes; assegurar a produção das frutas vermelhas no inverno e do milho e da couve no verão; adotar medidas contra as aves de carniça, caçadores com cães, e assim por diante. Caso elimine as raposas, correrá o risco de ver o meio ambiente arrasado por roedores e toupeiras, animais que formam a base alimentar das raposas; e se ele alienar completamente os seus vizinhos, que caçam com cachorros, perderá o apoio de que precisa sempre que os ativistas dos direitos dos animais aparecerem e transformarem a sua vida num inferno. O ativista dos direitos dos animais não precisa ponderar riscos e muito menos avaliar os custos de longo prazo de suas intervenções. Ele está lá para proibir a matança, e o fato de o resultado ser um hábitat em desordem, do qual sumiram as aves de caça e no qual abundam as de carniça, não lhe diz respeito. Certamente são pessoas assim, de agendas intransigentes e "intensidade passional", que estão sempre prontas para fazer a mais forte pressão na criação de processos regulatórios, seja indiretamente, nos lobbies perante os governos, seja diretamente, por meio da máquina burocrática. O guarda de caça, sempre

g) a peritagem sobre animais, identificação, defeitos, vícios, doenças, acidentes, e exames técnicos em questões judiciais; (...)

⁸ O Código de Ética do Médico Veterinário e o Código de Ética do Zootecnista regem a conduta dos profissionais. O CRMV no qual o profissional possui inscrição primária ou secundária, tem a competência de realizar a investigação e o julgamento das faltas éticas e aplicar as seguintes penalidades: advertência, em aviso reservado; censura confidencial, em aviso reservado; censura pública, em publicação oficial; suspensão do exercício profissional por até três meses; e cassação do exercício profissional, devendo ser referendada pelo CFMV. (mais informações na Resolução CFMV nº 1138 e Resolução nº 413/82).

atento a todos os riscos envolvidos em seu meio ambiente, pesando os prós e os contras de cada intervenção, dificilmente receberá auxílio de um regime burocratizado. O ativista, no entanto, não tem meios para pensar em nada melhor. Sua forma preferida de regulamentação terá um caráter absoluto: um “não” incondicional perante o “sim e não” de seus oponentes. O ativista joga uma partida de soma zero; caso vença, seu adversário perde, e não há espaço para concessão.

A primeira observação a ser tecida aqui é que Roger Scruton é defensor da caça, em especial, da caça à raposa. Na obra *On Hunting* (1998), o autor faz uma extensa defesa em termos esportivos, culturais, trazendo razões baseadas na tradição e na filosofia. Scruton (1998, p. 19) retoma toda a sua trajetória de vida, desde a infância, e narra um momento de sua trajetória universitária, em que afirma que "os estudantes radicais da França me curaram do socialismo". Fala também das dificuldades ao se iniciar no esporte, da parceria entre colegas caçadores, cães e cavalos, da beleza da raposa ao ser caçada, o papel das mulheres caçadoras, tudo isso permeado não só por suas vivências e impressões pessoais, mas com evidente emotividade, a ponto de afirmar que "graças à caça, minha vida começou de novo" (SCRUTON, 1998, p. 119). Em assim sendo, seria incoerente a sua narrativa deixar de defender que os ativistas dos direitos dos animais estão cometendo um sacrilégio ao defender o fim do esporte, e que tal pretensão chega a ser antiecológica. Fica evidenciado no texto, no entanto, que a mesma intensidade passional da qual os acusa também lhe acomete.

Outra inconsistência observada no trecho versando sobre o Princípio da Precaução é justamente sobre a ponderação dos riscos. Veja-se que o filósofo acusa os burocratas de não se aterem ao fato de que riscos existem em toda e qualquer atividade, e no trecho supra destacado, cobra dos ativistas justamente a posição de não terem ponderado os riscos e de não avaliar os custos de suas ações. Ou seja, aos burocratas, o princípio da precaução deve ser relativizado, mas aos ativistas dos direitos dos animais, não, eis que suas ações são intransigentes. Ao desqualificar o ativista, como

agente da defesa dos direitos dos animais, e elogiar o guarda de caça, na verdade não traz argumentos contundentes sobre o esporte em si.

Aqui a diferença está no ponto de vista a ser assumido, já que os ativas tendem a tentar tomar o ponto de vista do animal, no caso, a raposa, que não deseja ser caçada, já que ocupa a posição de predadora na cadeia alimentar, e assim, seu comportamento natural é o de se alimentar de animais a sua disposição, as presas, entre elas os citados faisões e perdizes. Já o guarda-caça (*gamekeeper*) é o responsável por administrar uma área rural a fim de garantir que haja caça suficiente para atirar e perseguir, ou peixes para pescar, e que administra áreas de bosques, canais ou fazendas para o benefício de aves de caça, veados, peixes e outros animais selvagens em geral. Sua intenção, portanto, não é o bem-estar do animal, mas tão somente sua existência para fins de utilização do proprietário das terras em suas caçadas.

Para Scruton, então, problemas ambientais implicam em gerenciamento de riscos, e não na sua eliminação, ou proibição. Isso implica em avaliar o que pode ou não ser modificado, a probabilidade das consequências benéficas e adversas, e quem irá ser o responsável por seu gerenciamento, uma vez que o meio ambiente diz respeito a todos, e deve ser gerenciado em nome de todos. Legisladores e burocratas, segundo ele, não estão preocupados em fornecer escolhas racionais, mas sim em demonstrar que os problemas foram resolvidos, oferecendo soluções de cima para baixo, confiscando-os daqueles a quem pertencem. Defende que ao invés da evitação do risco, através da prevenção, o desenvolvimento de resiliência poderia ser mais eficiente, a não ser que a ameaça esteja claramente definida e a catástrofe possa ser evitada, como no caso da poluição do ar, em que não há margem de adaptação tanto para os seres humanos como os não-humanos.

As ideias de Scruton até aqui, portanto, podem ser resumidas da seguinte forma: ele critica o exagero e o pânico criado pelos ambientalistas sobre a pungente ameaça global ao meio-ambiente, e cuja solução terá de ser, segundo eles, também radical, alterando-se estilo de vida, tradições e

costumes das pessoas. Também aponta a falta de eficiência do Estado em gerir os riscos provenientes da exploração do meio-ambiente, afirmando que a solução proposta, de eliminar os riscos e adotar a precaução como princípio norteador, é falha, e que poderíamos adotar atitudes mais resilientes perante os desafios que se apresentam.

Passamos agora a fazer um apanhado geral no pensamento de Scruton, em relação aos Direitos dos Animais.

2. As cinco liberdades e a perspectiva humana sobre os interesses dos animais

Scruton (1998, p. 86/88), em *Animal Rights and Wrongs*, oferece um rol de princípios, os quais resumem seu pensamento em relação aos animais não-humanos. Para eles, os argumentos de Peter Singer e dos que o seguiram são baseados majoritariamente em casuística, com pouco fundamento ético-filosófico, e nenhuma metafísica séria, e por isso a simplicidade exortadora de suas conclusões. Ele acredita que os fundamentos supra deveriam nos guiar em nossas relações com animais, e que refletir não só a função social do julgamento moral, mas também a realidade mental dos próprios animais.

Primeiramente, Scruton distingue os seres morais dos não-morais. O primeiro existe dentro de uma rede de direitos e obrigações recíprocos criados através de diálogo. O segundo existe fora dessa teia, e é sem sentido, até cruel, tentar ligá-los a ela. Animais, por não serem seres morais, não têm direitos. Mas isso não significa que nós, os seres humanos, não temos obrigações para com eles. Os deveres para com os animais surgem quando passam a estar sob o domínio das pessoas, ou seja, sempre que um animal é deliberadamente feito dependente de seres humanos para sua própria sobrevivência e bem-estar.

É importante salientar que mesmo quando nenhum dever de cuidado foi assumido, nosso relacionamento com os animais também é regido por considerações morais, as quais derivam de outras três raízes do

sentimento moral: virtude, simpatia e piedade. A ética da virtude condena as formas de lidar com animais que resultam de um motivo vicioso. Por exemplo, deliciar-se com o sofrimento dos animais é moralmente abominável. A simpatia, por sua vez, pode correr onde a ética da virtude é silenciosa. Pois a simpatia se estende a todas as criaturas com intencionalidade - todas criaturas com uma visão do mundo e cujas dores e prazeres podem ser entendido como entendemos as nossas. A verdadeira simpatia leva em consideração as criaturas envolvidas, mesmo que não conceda um peso igual aos seus interesses. A piedade, por sua vez, decorre de um reconhecimento profundo da nossa fragilidade e dependência, É racional pois os seres humanos têm razões para senti-la, eis que é forçoso reconhecer que os seres humanos não teriam atingido seus objetivos se não fosse pela grandiosidade da natureza, que nos faz reconhecer com humildade a nossa interdependência. Os animais fazem parte dessa relação, e assim devemos poupá-los de dor e sofrimento, pois do contrário, estamos contrariando nossa própria moralidade.

Para o autor, nossas obrigações morais em relação aos animais domésticos e em cativeiro são distintas de nossas obrigações para com os animais selvagens, na natureza. Para o primeiro, temos o dever de fornecer uma vida boa, uma morte fácil e o treinamento exigido para sua participação no mundo humano. Para o segundo, temos o dever de proteger os seus habitats, para garantir, da melhor forma possível, o equilíbrio natureza, e para não causar nenhuma dor ou medo que não seja uma parte necessária das nossas relações legítimas com eles.

Scruton reconhece que definir quais transações são legítimas é uma questão complicada. Mas os princípios acima vão alguma maneira de auxiliar nisso. Levar um animal em cativeiro para nenhuma outra razão além de exibi-lo em um zoológico tem cunho moralmente duvidoso. Para atormentar um animal puramente pelo prazer de fazê-lo é imoral. Segundo ele, a caça de animais selvagens pode, em certas circunstâncias, ser permissível e até positiva.

Os casos difíceis surgem quando assumimos um dever de cuidado para com animais que não são membros da comunidade moral. Os dois casos mais urgentes são os de animais de fazenda, especialmente animais criados para alimentação, e animais de laboratório, especialmente aqueles submetidos a experimentos dolorosos.

No primeiro caso, parece ao filósofo que as exigências da moralidade são respondidas quando os animais recebem liberdade suficiente, nutrição e distração para capacitá-los a cumprir suas vidas, independentemente de quando são mortos, desde que sejam mortos humanamente. No segundo caso, as exigências da moralidade são encontradas com dificuldade, e somente se supusermos que os experimentos em questão trazem inconfundível contribuição para o bem-estar de outras criaturas.

Scruton não reivindica que essas diretrizes sejam a última palavra no assunto. Pelo contrário, parece-lhe apenas uma primeira palavra. Se corretamente entendidas, no entanto, devem nos encorajar a distinguir a conduta virtuosa da viciosa em relação a outras espécies, e a de constatar que pessoas virtuosas podem se engajar em atividades como criar porcos para abate, comer carne, pescar com linha, usar peles ou atirar corvos e coelhos, os quais os ativistas denunciaram como condutas depravadas.

Em que pese os avanços obtidos, como a Declaração de Cambridge, e a sedimentação das Cinco Liberdades⁹, é importante frisar que até o momento não é possível determinar com precisão o interesse de cada espécie, ou até de cada animal como indivíduo. Assim, ao se falar na defesa dos interesses dos animais, essa é uma presunção humana, com base no comportamento e no estado de saúde geral no mesmo. Scruton reforça que pessoas boas podem fazer uso da exploração animal, sem que isso implique em crueldade animal ou negligência.

A intenção dos defensores dos direitos dos animais é válida e importante, mas ao que parece, a intenção de Scruton parece ser a de nos debruçarmos sobre as consequências morais e jurídicas dela decorrentes,

⁹ As cinco liberdades constituem-se por obrigações negativas, ou seja, todo proprietário, possuidor, tutor ou cuidador deve assegurar que o animal esteja livre de fome e sede, desconforto, dor e doença, medo e estresse, e possa expressar seu comportamento natural.

verificamos que ter direitos não significa obter a efetiva tutela ou proteção estatal. São muitas as leis que se multiplicam sem que sejam observados os seus ditames, isso em relação ao próprio homem, e aos que são considerados, sob a ótica da nossa moralidade e da nossa lei, mais frágeis, como as crianças, os idosos e os doentes.

Considerações finais

Scruton traz nas obras analisadas uma simpatia pela causa ambiental, estendendo-a a causa animal. Tece algumas ponderações e críticas, que devem ser interpretadas dentro de um determinado contexto, a saber, o da União Europeia, e mais especificamente, da Inglaterra. A posição assumida por ele é coerente com suas experiências e modo de vida, e que refletem seu modo de ver o mundo. Como conservador em nível filosófico, como ele mesmo aponta, afastando-se do conservador liberal em termos econômicos, ele prega a preservação da cultura e da tradição. Mas em nenhum momento discorda do fato de que nós, seres humanos, devemos assumir a responsabilidade e defender a manutenção dos ecossistemas, fauna e flora, da maneira mais eficiente possível.

Para o pensador, a solução passa pela necessária intervenção das pequenas comunidades, e a indispensável intervenção dos governos, em nível mundial, quando se tratar de questão fora do alcance do cidadão comum. Tece críticas sobre como tal intervenção vem sendo realizada, como foco mais centralizado na Europa, eis que em excesso pode afetar a liberdade do indivíduo, onerando o Estado com responsabilidades que não lhe pertenceriam.

Em que pese as omissões apontadas neste estudo, Scruton pede sempre por moderação e ponderação. Mesmo ativistas da causa ambiental e animal têm dificuldades em responder de maneira satisfatória as questões mais difíceis, e é inegável que grande parte dos avanços na medicina humana e veterinária passam pelo uso de animais, seja domésticos, seja

selvagens¹⁰. Assim, o alegado radicalismo arraigado dos que patrocinam o meio ambiente e a libertação animal pode inclusive ser contraprodutivo, com prejuízos ao bem-estar de várias espécies vegetais e animais.

É imperativo reconhecer que o homem faz parte do problema, mas também faz parte da solução. Assumir e reparar os danos ambientais causados pela intervenção humana é medida que se impõe, de forma assertiva. Nas obras estudadas, Scruton não contraria tal ideia. Sua defesa vem ao encontro de colocar o ser humano sempre em destaque, com a preservação da humanidade e das coisas que lhe são caras, conquistas que se deram ao longo da história com dificuldade e luta.

Scruton sustenta ainda que o homem, como ser racional, deve observar as condutas virtuosas, o uso de simpatia e de piedade com animais de outras espécies, e atendendo de forma geral aos ditames do bem-estar animal, tais como manter o animal alimentado, com água, fornecer atendimento veterinário, se necessário, manter um ambiente em que possa expressar seu comportamento e evitar contato com fontes de stress e medo de forma desnecessária.

E finalmente, ao afirmar que animais não tem direito, por não compartilharmos o mesmo status moral, isso não significa que seus interesses não devam ser levados em consideração, e que a tutela adequada poderá e deverá ser aplicada, já que a conservação do meio-ambiente, incluindo fauna e flora, é uma diretriz conservadora.

Referências

BRASIL. Instrução Normativa IBAMA n.º 207, de 19/11/2008. Disponível em: <https://www.normasbrasil.com.br/norma/instrucao-normativa-207-2008_76890.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20controle%20das,Mon-treal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em 31 jul. 2020.

¹⁰ É possível citar a título de exemplo pesquisas não só em seu habitat, mas também em áreas de preservação animal, zoológicos, centros de tratamento, entre outros.

BRASIL. Lei n.º 5517, de 23/10/1968. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15517.htm> Acesso em 15 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Indicadores Ambientais Nacionais. Folha Metodológica. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/estruturas/173/_arquivos/indicador_cfc.pdf>. Acesso em 31 jul. 2020.

Brito, Ivana. Haddad, Hamilton. A formulação do conceito de homeostase por Walter Cannon. *Filosofia e História da Biologia*, v. 12, n. 1, p. 99-113, 2017.

BURKE, Edmund. Reflexões sobre a revolução na França. Tradução José Miguel Nanni Soares. São Paulo: Edipro, 2019. E-Pub. 5,3 Mb.

COHEN, Carl. REGAN, Tom. *The Animal Rights Debate*. New York: Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2001. 332 p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA VETERINÁRIA. Resolução n.º 1138, de 16 de dezembro de 2016. Disponível em:< <http://www2.cfmv.gov.br/manual/arquivos/resolucao/1138.pdf>>. Acesso em 15 set. 2020.

_____. Resolução n.º 413, de 10 de dezembro de 1982. Disponível em:< http://www.crmvrs.gov.br/PDFs/codigo_etica_zoot.pdf>. Acesso em 15 set. 2020.

FELIPE, Sonia T. *Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas*. Florianópolis: Editora UFSC, 2014. 317 p.

FERREIRA, Pedro dos Santos. GALVÍNCIO, Josiclêda Domiciano. GOMES, Viviane Pedroso. SOUZA, Weronica Meira de. As perspectivas e divergências acerca do aquecimento global antropogênico. *Caderno de Geografia*. V.27, n. 51. P. 728-747.

FRANCES CRICK MEMORIAL CONFERENCE. Declaration of Cambridge on Consciousness. Disponível em: <http://fcmconference.org/img/CambridgeDeclarationOnConsciousness.pdf>>, acesso em 15 de agosto de 2020.

GREAT BRITAIN. Farm Animal Welfare Council. *Farm Animal Welfare in Great Britain: Past, Present and Future*. Disponível em:https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/319292/Farm_Animal_Welfare_in_Great_Britain_-_Past_Present_and_Future.pdf, acesso em 15 de setembro de 2020.

HAYEK, Friederich A. Individualism and Economic Order. Chicago: The University of Chicago Press, 1958. 272 p.

KUHSE, H, e SINGER, P. Bioethics an anthology. Oxford: Blackwell Publishing, 2006. 736 p.

REGAN, Tom. SINGER, Peter. Animal Rights and Human Obligations. 2nd. New Jersey: Prentice Hall, 1989. 280 p.

SCRUTON, Roger. Animal Rights and Wrongs. London: Demos, 1998. 112 p.

_____. Filosofia Verde: Como Pensar Seriamente o Planeta. Coleção Abertura Cultural. São Paulo: É Realizações, 2017. 292 p.

_____. On Hunting. Londres: Random House UK, 1998. 161 p.

_____. The Meaning of Conservatism. Middlesex: Penguin Books, 1980. 205 p.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Introdução ao Direito dos Animais. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Ano 16, Volume 62, abr-jun 2011.

SINGER, Peter. Ética Prática. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2012. 399 p.

_____. Libertação Animal. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013. 461 p.

SOUZA, Jamerson Murillo Anunciação de. Edmund Burke e a gênese do conservadorismo. Serviço Social e Sociedade. São Paulo, n. 126, p. 360-377, maio/ago. 2016.

Ética animal: uma análise jusfilosófica sobre o status moral dos animais não-humanos

*Hiasmyrn Quinhones*¹

1 Introdução

“O destino dos animais é muito mais importante para mim do que o medo de parecer ridículo.” (ZOLA, apud NACONECY, 2014, p. 216).

O presente trabalho busca desmitificar a ideia de que a vida de animais não-humanos pode ser classificada como inferior apenas pelo fato de não possuírem racionalidade. Pretende-se constatar também a visão antropocêntrica do âmbito jurídico e da sociedade como um todo, além de suas falhas éticas no que tange aos requisitos para se obter consideração moral. Nesse sentido, propõe-se que nas discussões desse tema a preocupação não deve ser de como são ou quais aptidões os animais não-humanos possuem, mas em como essas diferenças não são justificativas para explorá-los ou ignorar sua liberdade e seus interesses (como o de perseguir o bem-estar e evitar a dor).

Através do método de abordagem dialético, inicialmente, serão elencados os diversos papéis representados pelos animais presentes na sociedade. Para isso, apresentam-se dados, matérias jornalísticas e estudos que demonstram a rotina destes no que tange ao sistema exploratório, do

¹ Bacharel em Direito, pós-graduanda em Processo Civil e Resolução de Conflitos e integrante do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito.

momento de captura ao abate, comprovando-se todo o sofrimento envolto nesse processo. Ademais, será relatado também como o cenário político e jurídico brasileiro recepcionam a pauta sobre os diversos usos de animais.

Em seguida, serão expostas as correntes filosóficas que se destacam no cerne da ética animal. Abordar-se-á duas visões teóricas divergentes (utilitarismo e abolicionismo) e serão demonstradas suas diferenças e semelhanças no que se refere aos meios a serem percorridos para a proteção dos animais. Nesse sentido, será contextualizada também a importância da raiz biocêntrica, presente em ambas as teorias, e seus objetivos na desconstrução de visões antropocêntricas, a fim de garantir que a vida de animais não-humanos possa ser resguardada e protegida.

Na última seção, explicar-se-á a atual visão jurídica brasileira dos animais em comparação a outros países, que já mostraram uma evolução quanto a essa temática, admitindo que animais não são coisas. Será problematizada também a questão do especismo como fator para a estagnação jurídica em não reavaliar o status moral dos animais, assemelhando-se a outros tipos de preconceitos que também limitam o pleno direito de minorias sociais. Por fim, apresentar-se-á os motivos pelos quais animais não devem ser considerados como meros objetos, haja vista que são seres dotados de sentiência, logo, merecem acolhimento, amparo e reconhecimento jurídico.

2 A exploração de animais na sociedade

Muito se discute sobre quais atitudes tomadas por seres humanos com relação aos animais podem ser consideradas éticas, porém, pouco se é pouca vista uma reflexão firme sobre o que os humanos comem, vestem, as formas que se entretêm, como utilizam os animais para trabalho ou fins medicinais. Entretanto, essas atitudes também deveriam passar pela régua moral, afinal, ao se analisar profundamente cada uma delas, nota-se que muitas são moralmente injustificadas e passam despercebidas.

Conforme Grün (2007), embora a ideia do homem como centro do universo seja mais antiga, o mundo desenvolveu-se sob o modelo antropocêntrico, principalmente, a partir das concepções de René Descartes (1596-1650). Assim, a natureza teria como principal função a de satisfazer as necessidades e os desejos humanos. Nesse viés, o direito permanece com essa lógica de pensamento e até os dias atuais percebe-se que em muitos países (incluindo o Brasil) ainda se classificam os animais como coisas, meros objetos e propriedade do ser humano.

2.1 Alimentação

O número de animais confinados, mutilados e abatidos no Brasil é gigantesco, tendo em vista o grande consumo de carne no país. De acordo com a última pesquisa trimestral feita pelo IBGE², só no período de 01/10/2019 a 31/12/2019, registrou-se o número de cerca de 5.805.393 abates de frangos, isso sem contar os 46.331 abatimento de suínos e 32.436 de bovinos, carnes mais populares nos pratos dos brasileiros. Embora saibamos que a carne se constituiu como fonte de proteínas para os seres humanos, e ela não será facilmente substituída como alimento básico, o que se coloca em discussão neste trabalho, são as condições legais, morais e éticas envolvidas nos processos de abate, de venda e do próprio consumo quando desenfreado e alienado das devidas legislações que os controlam, partindo do ponto de vista de que toda vida possui valor.

Todo animal, independentemente da espécie, antes de ter condições de ser industrializado e ir para o comércio, passa por várias etapas e, no geral, quase todas envolvem sofrimento. Muitos deles são transportados de forma inadequada, sem água e sem comida, outros, já no confinamento, precisam engordar e viver em locais estreitos, ficando espremidos. Alguns

² A pesquisa investiga informações sobre a quantidade de animais abatidos e o peso total das carcaças, por espécie pesquisada, tendo como unidade de coleta o estabelecimento que efetua o abate sob fiscalização sanitária federal, estadual ou municipal. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/agricultura-e-pecuaria/9203-pesquisas-trimestrais-do-abate-de-animais.html?=&t=downloads>> Acesso em: 13/05/2020.

são aglomerados em grande quantidade em locais pequenos, por fim, o que se pode concluir é que nessas situações, o animal sofre grande estresse.

No que diz respeito ao confinamento, pode-se afirmar que é onde os animais perdem seu direito de viver através de seus instintos naturais, o que lhes geram grande agonia e deixam resquícios físicos e mentais negativos para sempre, conforme explica Naconecy:

Os porcos, o gado e as aves são mantidos em recintos fechados durante toda sua vida. As porcas reprodutoras e os bezerros em baias e as galinhas poedeiras em gaiolas carecem de qualquer oportunidade de se exercitarem, o que os leva ao estresse crônico e à degeneração física. O uso de cercados e gaiolas individuais para bezerros, porcos e galinhas impossibilita o contato social do animal com os outros da sua espécie. Os filhotes não crescem acompanhados pelos adultos. O confinamento, de um modo geral, impede os animais de seguirem seus instintos, o que os faz sofrer de forma intensa e prolongadamente. (NACONECY, 2014, p. 205).

O fim de todo processo agonizante que vai do transporte ao confinamento é o abate, porém, insta ressaltar que muitos animais morrem antes mesmo dessa etapa. É incontável o número de animais que vão ao óbito por sede, fome, frio, mutilações, hemorragias, brigas e lesões durante o transporte ou, até mesmo, no ambiente em que são criados para o abate³.

Para os humanos a morte nunca é algo positivo, isso não é diferente para animais indefesos, ainda mais para os que encontram em uma situação caótica e dolorosa antes de serem abatidos. Esse momento é extremamente horrorizante para o animal, que, como possuidor de senciência, tem a capacidade de entender o que está acontecendo em sua volta, tornando tudo ainda mais doloroso, segundo Naconecy:

Os animais não entregam suas vidas voluntariamente. Tampouco morrem dormindo ou anestesiados. Para os animais, assim como para os humanos, a expectativa de morrer violentamente e num ambiente não familiar provoca angústia. Alguns deles vão para o abate em pânico, agitando-se freneticamente,

³ Alerta: O site contém imagens fortes. Fotos que mostram a terrível morte dos animais exportados vivos. Disponível em: <<https://mercyforanimals.org.br/fotos-morte-animais-exportados>> Acesso em: 15/05/2020.

pois já antecipam aterrorizados o que lhes acontecerá, em vista de todo o cenário que os cerca. Os animais, ouvindo, vendo e cheirando a morte que os aguarda, tentam inutilmente fugir da área de matança. (NACONECY, 2014, p. 207).

O autor continua a exposição ressaltando que muitas vezes o animal acaba por sentir toda a dor física do processo de abate, principalmente no que tange aos matadouros clandestinos (2014, p. 207), afinal, são inúmeros os métodos utilizados para ferir e abater animais de forma cruel em locais não legalizados. Em 2013, as estimativas eram de que 30% das carnes produzidas no Brasil eram feitas sem fiscalização⁴, o que é péssimo não apenas para os animais envolvidos no processo, mas também para todos que consomem o produto final, colocando em risco a saúde pública.

Ademais, para um carnívoro, não há problema algum em se alimentar com carne bovina, por exemplo. Entretanto, muitos se chocam ao descobrirem que, em determinados locais, como em Yulin na China, existem até festivais anuais⁵ para comemorar o solstício de verão que promovem o consumo dos mais variados pratos feitos com carne de cachorro e que conta com a presença de milhares de pessoas.

Essa comoção e empatia seletiva que os humanos carnívoros possuem com apenas determinados espécies de animais é extremamente contraditória, e, de acordo com o professor, advogado e filósofo abolicionista Gary Francione, pode ser definida como uma “esquizofrenia moral”:

A esquizofrenia moral representa uma relação moral notoriamente inconsistente entre os seres humanos e seus companheiros animais e os não-humanos que eles consomem todos os dias. Por um lado, muitos seres humanos amam seus “animais de estimação”, considerando-os verdadeiros membros de suas famílias a ponto de sofrer intensamente com a sua doença e morte. Por outro lado, essas mesmas pessoas consomem produtos oriundos de animais que

⁴ Estimativa feita pelo Fantástico que investigou abatedouros e produção de carne. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/03/fantastico-mostra-falta-de-higiene-em-abatedouros-e-abate-cruel-dos-gados.html>> Acesso em: 15/05/2020.

⁵ Alerta: Matéria jornalística contém cenas fortes. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/06/festival-incentiva-chineses-comer-carne-de-cachorro-imagens-fortes.html>> Acesso em: 15/05/2020.

foram mortos em meio a um enorme sofrimento. (DA TRINDADE, 2014, p. 64/65).

Nesse sentido, ressalta-se que, tanto um cachorro quanto um boi, sofrem da mesma forma ao serem feridos, afinal, ambos possuem senciência. Não existe justificativa ética que legitime dar importância para a vida de um ser e ignorar a dor de outro, simplesmente pelo fato da domesticidade ou a falta dela. O que deve ser colocado em pauta é a capacidade de sofrer e não de ligação emocional para com o ser humano.

2.2 Entretenimento

O uso de animais como forma de entretenimento é, além de comum, uma tradição em inúmeros países, cada um com seus gostos e peculiaridades. O debate acerca dessa temática vem crescendo a nível mundial e os questionamentos a respeito dos limites éticos na utilização de animais como lazer também, levando em consideração a quantidade de casos de violência e maus-tratos de animais que vieram à tona durante o século XXI, desconstruindo a visão de muitas pessoas.

De um modo geral, uma das atrações mais conhecida mundialmente e apreciada (que utilizam animais como forma de entretenimento) é o circo. No Brasil, um caso que ganhou notoriedade foi o do Le Cirque, em agosto do ano de 2008, onde a “Operação Arca de Noé”, da Delegacia do Meio Ambiente em parceria com o Ibama, conseguiu resgatar os animais do circo apesar da tentativa de fuga⁶.

Em abril de 2015, os proprietários do circo foram absolvidos e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou a devolução dos animais, com o argumento de que desejavam reuni-los em um santuário⁷.

⁶ Mais 17 animais do Le Cirque são apreendidos. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2008/08/20/interna_cidadesdf.26349/mais-17-animais-do-le-cirque-sao-apreendidos.shtml> Acesso em: 21/05/2020.

⁷ TJ determina devolução de animais a circo acusado de maus-tratos no DF. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2015/04/tj-determina-devolucao-de-animais-circo-acusado-de-maus-tratos-no-df.html>> Acesso em: 21/05/2020.

Entretanto, uma decisão liminar da Vara do Meio Ambiente, Desenvolvimento Urbano e Fundiário do Distrito Federal, em abril de 2019, logrou êxito em proteger esses animais e impediu que esses fossem devolvidos ao circo, conforme decisão⁸ do Juiz Carlos Frederico Maroja de Medeiros.

Contudo, o Brasil, assim como muitos outros países, é considerado um território misto por autorizar o uso de animais em circos somente em alguns estados. O Rio Grande do Sul, por exemplo, através da Lei nº 12.994 de 24 de junho de 2008 proibiu qualquer espécie de animal em exposições de circos, já no Tocantins, a prática é legalizada. Vale ressaltar que em dezembro de 2019, a Polícia Militar Ambiental precisou apurar a denúncia de uma espectadora do Circo Las Vegas que se deparou com pôneis amarrados na chuva na capital, Palmas⁹. Apesar da confirmação da autoridade policial de que todos os animais se encontravam bem de saúde, o vídeo prova o péssimo tratamento a que esses eram submetidos.

O sofrimento de animais sencientes não pode servir pelos humanos como forma de diversão, pelo contrário, devem ser repudiados e denunciados. As práticas aqui expostas são apenas algumas dentre os inúmeros métodos de utilização animal para entretenimento. Faz-se necessária uma reavaliação moral sobre os motivos fúteis que levam os animais a passarem por tanto sofrimento, a desconstrução da sociedade a respeito desse tipo de lazer e a força de leis federais que assegurem a proteção animal de uma forma concreta, ampla e sem distinções.

⁸Reconheço a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida, na consideração de que a ordem constitucional resguarda a fauna da crueldade humana, realçando a preservação das funções ecológicas dos seres da natureza. É fato notório que os animais apreendidos no circo "Le Cirque" encontravam-se em situação de evidentes maus-tratos, com a saúde abalada e vivendo em condições insalubres, o que é manifesta violação ao art. 225 da Constituição Federal. Ainda que sob a antiquada concepção antropocêntrica, os animais não-humanos não podem ser reputados como meros objetos, dado que a proteção constitucional instituída no art. 225, § 1º, VII denota claramente que foram reconhecidos como seres sencientes e indispensáveis à composição e integridade do equilíbrio ecológico. Logo, a sorte de animais silvestres, mormente quando ameaçados de extinção, como é o caso de alguns dos espécimes tratados nesta demanda, não submete-se apenas à lógica do objeto de mercado, mas à da especial tutela jurídica ambiental." (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ação Civil Pública. Processo 0704386-45.2019.8.07.0018. Relator: Carlos Frederico Maroja de Medeiros. Publicação: 29/04/2019).

⁹ Vídeo mostra pôneis amarrados debaixo de chuva em pátio de circo na capital do Tocantins.

<<https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/12/05/video-mostra-poneis-amarrados-debaixo-de-chuva-em-patio-de-circo-na-capital.ghtml>> Acesso em: 21/05/2020.

2.3 Experimentação científica e médica

No Brasil, a vivissecção (estudos e experimentações que utilizam animais vivos) é proibida por força do artigo 32, §1, da Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998¹⁰, com a ressalva de que o impedimento só é válido caso haja outros recursos alternativos. No entanto, de acordo com o que foi listado pela professora e advogada Edna Cardozo Dias (2000), por falta de meios alternativos ou opção dos próprios cientistas em não aprimorarem novas técnicas sem o uso animal, as práticas que envolvem a vivissecção causam extremo sofrimento, tanto físico quanto mental aos animais expostos a essa situação:

Draize Eye Irritancy Test – Shampoos, pesticidas, herbicidas, produtos de limpeza e da indústria química são testados em olhos de coelhos conscientes. Este teste existe desde 1944. As substâncias são testadas nos olhos de coelhos albinos presos em aparelho de contenção, que não recebem sedativos para aliviar a dor, sendo que o teste dura vários dias, durante os quais a córnea e a íris são examinadas para se verificar ulceração, hemorragia, irritação, inchaço, e cegueira. O Draize Test é também condenado cientificamente, pois os olhos dos coelhos são estruturalmente diferentes dos olhos humanos.

LD 50, dose letal em 50% – Introduzido em 1927, consiste em administrar nos animais uma dose de certos produtos tais como pesticidas, cosméticos, drogas, produtos de limpeza, para verificar a toxicidade. Ocorre a morte em 50% das aplicações. A forma comum é a ingestão forçada por via bucal, usando-se um tubo, que vai até o intestino. Outras formas incluem injeções, inalação forçada de vapores e aplicação de substâncias na pele. Os sinais de envenenamento incluem lágrimas, diarreia, sangramento dos olhos e boca, convulsões. Não se dá medicamento para aliviar o sofrimento dos animais. Os resultados variam de uma espécie para outra e de indivíduo para indivíduo.

Testes de toxicidade alcoólica e tabaco – Mesmo já conhecendo os efeitos nocivos do álcool e do tabaco no organismo, animais são forçados a inalar fumaça e se embriagar para, depois serem dissecados.

¹⁰ Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <

Experimentos na área da psicologia – Muitos dos mais cruéis experimentos se realizam na área da psicologia, no estudo comportamental. Tais experimentos incluem privação da proteção materna e privação social na inflicção de dor, para observação do medo; no uso de estímulos aversivos, como choques elétricos, para aprendizagem; e na indução dos animais a estados psicológicos estressantes. Os animais são, ainda, submetidos a operações para retirada de parte do cérebro, para observação das alterações comportamentais. Choques elétricos, dor, privação de alimento e água são usados para a aprendizagem. A indução ao estresse é utilizada para testar drogas já conhecidas, como antidepressivos, soníferos, sedativos, estimulantes e tranquilizantes. (DIAS, 2000, p. 67/68).

No Brasil, a Lei 11.794 de outubro de 2008¹¹, conhecida popularmente como Lei Arouca, dispõe a respeito do uso científico de animais e de quais procedimentos devem ser seguidos, de forma que se garanta o mínimo de sofrimento possível. Para que se proteja os animais de processos dolorosos repetitivos, em que o resultado já fora obtido através de pesquisas anteriores, o artigo 14, §3 da lei supracitada ainda prevê que quando for possível, “as práticas de ensino deverão ser fotografadas, filmadas ou gravadas, de forma a permitir sua reprodução para ilustração de práticas futuras, evitando-se a repetição desnecessária de procedimentos didáticos com animais”.

O debate sobre os limites éticos para o uso de animais no âmbito científico é amplo e diverge em muitos pontos. Há pessoas que defendem a utilização animal em qualquer tipo de pesquisa; outros acreditam que apenas a experimentação médica é moralmente justificável. Esse último ponto de vista considera que os animais não deveriam sofrer por motivos considerados fúteis, como por exemplo, a área de cosméticos e afins.

É inegável o número de benefícios para os seres humanos obtidos através de pesquisas científicas com animais: vacinas, medicamentos, cura para doenças, dentre outras. Um exemplo recente disso é a pesquisa envolvendo a vacina para a Covid-19, doença que acomete mais de 3,7

¹¹ Lei 11.794 de outubro de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11794.htm > Acesso em: 21/05/2020.

milhões de pessoas, até o momento, em pleno período de pandemia. Cientistas confirmam que a vacina está dando efeitos positivos em animais¹², após a testagem em ratos e macacos contaminados com o vírus do Sars-Cov-2, o que garante uma seguridade em ampliar a pesquisa iniciando a experiência com humanos ainda este ano.

Cada caso que envolve animais na pesquisa científica necessita ser avaliado minuciosamente, monitorado e fiscalizado pelos órgãos competentes. A discussão sobre o tema faz-se necessário para que haja um olhar cuidadoso a respeito de animais que participam das mais diversas pesquisas, analisar quais delas realmente são importantes e indispensáveis para os seres humanos e buscar, através do bom senso e da empatia, a formação de uma opinião sobre o assunto

3 Ética animal e suas correntes filosóficas

A corrente antropocêntrica possui a premissa de que o homem é um ser superior, que deve ser considerado o centro do universo e que todos os outros seres vivos existentes na terra são inferiores, logo, podem ser usados a bel-prazer sem necessitar de uma justificativa ética para tal ato. Com base nisso, desde os primórdios, percebe-se que muitos teóricos foram influenciados por essas convicções humanistas.

No que se refere aos animais não-humanos, cuja a ética e a política deriva-se do antropocentrismo, Aristóteles ensina que por estes não possuírem racionalidade e o dom da palavra, não conseguem distinguir se um ato é justo ou injusto, portanto, não necessitam ser considerados na comunidade moral:

A razão pela qual o homem, mais do que uma abelha ou um animal gregário é um ser vivo político em sentido pleno é óbvia. A natureza, conforme dizemos, não faz nada ao desbarato, e só o homem, dentre todos os seres vivos possui a

¹² Vacina contra coronavírus funciona em animais. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2020/05/07/interna_ciencia_saude,852165/vacina-contracoronavirus-funciona-em-animais-testes-em-pessoas-em-br.shtml> Acesso em: 22/05/2020.

palavra. Assim, enquanto a voz indica o prazer ou sofrimento e nesse sentido é também um atributo de outros animais (cuja natureza também atinge sensações de dor e de prazer e é capaz de as indicar) o discurso, por outro lado, serve para tornar claro o útil e o prejudicial e, por conseguinte, o justo e o injusto. É que, perante os outros seres vivos, o homem tem as suas peculiaridades: só eles entendem o bem e o mal, o justo e o injusto; é a comunidade destes sentimentos que produz a família e a cidade. (ARISTÓTELES, 1995, p. 55).

Para Fernanda Medeiros (2013), a crise moral se instaura quando a visão aristotélica influencia boa parte do mundo ocidental com suas teorias antropocêntricas:

Aristóteles nega a razão dos animais não humanos, ideias que estendem até cotidianamente e contribuem para o entendimento de doutrinas morais e de determinadas posturas éticas. Se apenas os homens são seres racionais, então é isso o que distingue o animal humano do animal não humano. Essa concepção não quer dizer que apenas homens são diferentes dos animais não humanos, mas que essas diferenças têm um significado moral (MEDEIROS, 2013, p. 175).

A autora (2013, p. 175) ainda critica a concepção aristotélica de que existe uma cadeia hierárquica da natureza que coloca o homem no topo da pirâmide por causa de sua racionalidade, e todos aqueles que são considerados irracionais — incluindo nessa esfera as mulheres, os escravos e os animais — são inferiores e podem servir aos homens racionais de uma forma eticamente justificável.

Com o objetivo de desconstruir esse ideal humanista que está enraizado em nossa sociedade, o estudo do biocentrismo nasce como uma teoria revolucionária que coloca a vida como centro do universo, mudando a visão de que o ser humano é superior a tudo. Sem requisitos ou discriminações (como por exemplo, se o ser possui ou não racionalidade), esse princípio ético entende que todas as espécies com vida presentes na natureza tem o mesmo valor, merecem respeito e dignidade.

Isto posto, é indiscutível que as vertentes em defesa da vida e da natureza como um todo são de relevante importância. Porque,

independentemente das pequenas divergências existentes entre elas, todas formam um sustento didático e doutrinário, para que defensores da ética animal possam, de uma forma séria, debater e estudar esses temas e confrontar os conceitos antropocêntricos presentes na sociedade. Com base nesses princípios a favor do respeito à natureza e todas as formas de vida existentes nela, filósofos e ativistas buscaram criar teses de defesa e justificativas morais para a preservação e proteção animal. Assim, surgem as correntes utilitaristas e abolicionistas.

3.1 Utilitarismo

A teoria mais popular dentro do movimento em prol dos animais é a utilitária. Tornou-se notória através de Jeremy Bentham e John Stuart Mill e tem como maior objetivo refletir e entender os fundamentos da ética e da moral a partir das consequências das ações. A descrição mais comum do utilitarismo diz respeito ao bem-estar dos seres sencientes e, em alguns casos, mesmo os não-humanos.

Os seres sencientes podem ser definidos como aqueles que possuem o interesse de perseguir o bem-estar e evitar a dor, viver livremente em seu próprio habitat e ali se desenvolver naturalmente. Bentham, o fundador da escola reformista utilitária de filosofia moral, diferentemente da proposta racionalista kantiana, defende que um ser deve ser considerado moralmente apenas por possuir a consciência e que a questão a ser debatida não é se os animais podem raciocinar ou falar, mas sim se podem sofrer (BENTHAM, 1978, p. 335).

A partir dessas exposições, pode-se citar o filósofo australiano Peter Singer, que aparece como pioneiro no tema, sendo, inclusive, considerado o “pai dos direitos dos animais” ao complementar as teorias utilitárias do filósofo Jeremy Bentham e estendê-las aos animais não-humanos. Tendo como base o utilitarismo de Bentham, Singer inicia as discussões sobre a causa animal com uma reflexão a respeito das formas de opressões vistas em nossa sociedade. A partir disso, torna famoso o termo “especismo”

para repudiar o ponto de vista de que uma espécie, no caso a humana, tem o direito de explorar as demais espécies por considerá-las inferiores:

O especismo – a palavra não é bonita, mas não consigo pensar num termo melhor – é um preconceito ou atitude de favorecimento dos interesses dos membros de uma espécie em detrimento dos interesses dos membros de outras espécies. [...] Os racistas violam o princípio da igualdade, atribuindo maior peso aos interesses dos membros da sua própria raça quando existe um conflito entre os seus interesses e os interesses daqueles pertencentes a outra raça. Os sexistas violam o princípio da igualdade ao favorecerem os interesses do seu próprio sexo. Da mesma forma, os especistas permitem que os interesses da sua própria espécie dominem os interesses maiores dos membros das outras espécies. O padrão é, em cada caso, idêntico. (SINGER, 2004, p. 11).

Assim sendo, Singer propõe o fim do especismo e, para exterminar a ideia de que se deve ter como base a inteligência e racionalidade do ser para obtenção de direitos, um dos maiores argumentos teóricos criados por ele é o princípio da igual consideração de interesses:

Se um ser sofre, não pode haver qualquer justificativa moral para deixarmos de levar em conta esse sofrimento. Não importa a natureza do ser, o princípio da igualdade requer que seu sofrimento seja considerado em pé de igualdade com sofrimentos semelhantes – na medida em que as comparações aproximadas possam ser feitas – de qualquer outro ser. Caso um ser não seja capaz de sofrer, de sentir prazer ou felicidade, nada há a ser levado em conta. Portanto, o limite da sciência (usando o termo como uma abreviação conveniente, talvez não estritamente precisa, para capacidade de sofrer e/ou experimentar prazer) é a única fronteira defensável de consideração dos interesses alheios. (SINGER, 2004, p. 11).

Esse ideal explica que os seres sencientes são iguais, porém, possuem interesses e necessidades diferentes e, portanto, o tratamento precisa ser diferenciado, mantendo a igualdade como resultado final. Como os animais possuem a capacidade de sofrer, isso já se torna uma condição suficiente para que estes sejam legitimamente possuidores de proteção e de direitos.

3.2 Abolicionismo

Em contraponto do utilitarismo, existe a teoria abolicionista, considerada por muitas pessoas como a vertente mais “radical” dos direitos animais. Como objetivos, o movimento propõe o fim de todo e qualquer tipo de exploração animal, além de uma forte fomentação da publicidade, com a finalidade de instigar a sociedade a adotar uma dieta vegana.

Um dos pioneiros da vertente abolicionista foi o filósofo e ativista estadunidense Tom Regan, que, já na década de 80, fazia uma forte oposição aos argumentos utilitários. Para o autor, em sua obra *Jaulas Vazias* não existe justificativa ética para qualquer tipo de ato exploratório, independente do quão benéfico é ou não para o homem, a vida de um ser senciente não pode ser violada de forma alguma. Regan (2006, p. 12) é claro quando afirma que não se podem criar animais para comê-los posteriormente, treiná-los para que nos divirtam ou qualquer outro tipo de entretenimento, utilizar sua pele e pelos para vestuário ou usá-los em experiências científicas.

Ao contrário da vertente utilitarista, a abolicionista é crítica no que tange ao “reformismo” que alguns autores (incluindo Peter Singer) propõem. Essa diferença foi evidenciada na obra de Regan:

Quando se trata de como os humanos exploram os animais, o reconhecimento de seus direitos requer abolição, não reforma. Ser bondoso com os animais não é suficiente. Evitar a crueldade não é suficiente. Independentemente de os explorarmos para nossa alimentação, abrigo, diversão ou aprendizado, a verdade dos direitos animais requer jaulas vazias, e não jaulas mais espaçosas. (REGAN, 2006, p. 12).

Pode-se dizer que Regan se aproxima de Singer apenas na questão da senciência ser um fator chave para a consideração moral. No geral, o autor acredita que a libertação animal pregada pelo utilitarismo não geram efeitos, apenas a abolição é a saída. Uma dieta vegetariana, o famoso “abate humanitário”, a caça “sem tortura”, entre outros pontos defendidos por bem-estaristas, são irrelevantes.

Regan se opõe fortemente ao reformismo e argumenta que se uma injustiça é absoluta, a sociedade deve se opor a ela de forma plena, não em escalas. Destaca as formas de opressão na sociedade (assim como Singer) e apresenta fatos históricos, como a escravidão, que não foi “reformada” e sim abolida, afinal, essa foi a única forma eticamente correta de agir diante da tragédia que os escravos enfrentavam na época, uma libertação em “escalas” não seria benéfico ou justo.

4 Por que animais não podem ser considerados coisas?

O direito tem a necessidade de se moldar e se readequar de acordo com o avanço da sociedade, seja em qualquer área da vida cotidiana. Afinal, necessita-se que haja uma solução para todos os tipos de injustiças que venham a surgir. Dito isso, é inegável que no mundo moderno não há justificativa para que não se amplie o debate no que se refere ao status moral dos animais.

No Brasil, o Código Civil Brasileiro de 2002¹³ coloca os animais no mesmo patamar de “coisas”, tratando-os como meros objetos de propriedade do homem. Porém, a Constituição Federal de 1988¹⁴, dispõe que incumbe ao poder público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Nota-se que ao proibir que se submetam os animais à crueldade, a Carta Magna admite que os animais não-humanos são seres sencientes, capazes de sentir dor e que merecem ser protegidos e resguardados por força da lei constitucional. Vários países já evoluíram nesse sentido, alterando o status moral de animais dentro do âmbito jurídico, tendo como objetivo a mudança na visão da sociedade a respeito destes e ampliação de sua proteção legal:

¹³ Como por exemplo, o artigo 936 do Código Civil Brasileiro, que trata sobre a responsabilidade do dono ou detentor de animal.

¹⁴ Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>

Em 1988, foi incluído o parágrafo 285a ao Código Civil austríaco (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch – ABGB), passando tal diploma a prever expressamente: “Os animais não são coisas; eles são protegidos por leis especiais”. Dois anos depois, em 1990, o BGB também foi modificado; o parágrafo 90a, incluído naquele ano, passou a conter previsão idêntica. Ressalvou-se, porém, que “[a] eles se aplicam as normas vigentes para coisas, no que couber, salvo disposição em contrário”. Apesar de tal limitação, em 2002, a Alemanha tornou-se o primeiro país-membro da União Europeia a garantir dignidade aos animais em sua Lei Fundamental de 1949, a chamada Constituição de Bonn. Em 2003, foi a vez da Suíça “descoisificar” os animais; o artigo 641, inciso II, do seu Código Civil, passou a considerar que os animais não são coisas. Em 19 de maio de 2011, a Holanda editou lei com o objetivo de implementar obrigações relativas à saúde e bem-estar dos animais. Referida norma, por meio de seu art. 11.2, fez incluir o artigo 2a no livro 3 do Código Civil holandês, com a seguinte redação:

Artigo 2a

1. Animais não são coisas.
2. As disposições relativas às coisas são aplicáveis aos animais, com a devida observância das limitações, obrigações e princípios legais decorrentes de normas estatutários e não escritas, bem como da ordem pública e dos bons costumes. (SOUZA; SPECK, 2018, não paginado).

No Brasil, existem algumas tentativas para mudar esse cenário antiquado no que se refere ao conceito jurídico dado aos animais. Pode-se citar o Projeto de Lei 27/2018¹⁵, do deputado Ricardo Izar que, de acordo com seu artigo 2º, III, propõe o “reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento”. Além do acréscimo do artigo 79-B na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), a fim de determinar que os animais não sejam mais considerados como meros bens móveis no Código Civil Brasileiro.

A partir desses exemplos, constata-se uma orientação de que inúmeros países (incluindo o Brasil) estão se modernizando, buscando

¹⁵ Projeto de Lei da Câmara nº 27, de 2018. Disponível em:

< <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167>> Acesso em: 25/05/2020.

aperfeiçoar suas leis e, principalmente, refutar o sistema antropocêntrico que coloca os animais no mesmo patamar que objetos. Uma mesa não sente dor, um fogão não possui instinto de vida, uma geladeira não possui sentimentos, logo, não se pode equiparar um ser senciente a coisas.

Desde a infância, é ensinado culturalmente – através da sociedade e das leis – que os animais nascem para servir aos seres humanos: é indiscutível que as ideias antropocêntricas estão enraizadas no cotidiano, fazendo parte do dia a dia sem gerar uma reflexão, fazendo-nos naturalizar tais situações, conforme explica Laerte Fernando Levai, Promotor de Justiça e notório defensor da ética animal:

A pedagogia da crueldade, ao que parece, está inserida – consciente ou inconscientemente – na cartilha social dos povos. Dos primeiros atos de sadismo contra insetos, passando pela matança ou pelo aprisionamento de passarinhos e chegando aos maus tratos contra animais domésticos, os meninos crescem em um mundo onde a violência faz parte do cenário urbano ou rural: zoológicos que expõem animais em prisões insalubres, circos que subvertem a natureza dos bichos silvestres, cavalos chicoteados para movimentar carroças, dentre outras práticas eticamente censuráveis, como as rinha de galo, os rodeios, as vaquejadas e a caça, incluindo-se os pesque-pagues e a gastronomia cruel. Nas atividades relacionadas àquilo que o jargão econômico denomina agronegócio, o destino dos animais não é menos triste. Galinhas, porcos, vacas, patos, carneiros, bois e bezerros, assim como outros tantos animais submetidos ao processo de criação intensiva, nascem em série, vivem oprimidos e morrem prematuramente. Cumprindo sua miserável existência em pequenos cubículos insalubres ou confinados em espaços onde se lhes amontoam entre si, submetidos a ação de hormônios e a procedimentos induzidos para acelerar a produção de carne, queijo ou ovos, não raras vezes esses animais encontram apenas na morte a libertação para tamanho padecimento. (LEVAI, 2001, p. 9/10)

Apenas o reconhecimento jurídico de que animais não são coisas não é o bastante. Entende-se que a desconstrução de todo e qualquer tipo de preconceito (racismo, machismo e, inclusive, o especismo) é a chave para um resultado mais positivo no que tange a pautas sérias como essas dentro do mundo jurídico. Entende-se que é essencial que existam meios de

educar e de conscientizar a sociedade sobre essas e outras questões, principalmente por se tratar de respeito às vidas.

De acordo com Singer (2002, p.114), devemos ter em mente que cada vida possui seu determinado valor. Não se pode considerar como coisa ou objeto um ser que possui a capacidade de sofrer e o interesse em se manter vivo. Uma atitude ainda pior é hierarquizar vidas, ditar qual vale e qual é irrelevante. A capacidade de ser racional e de ter o dom da fala não pode ser o fundamento argumentativo para decidir quem merece viver ou morrer.

5 Considerações finais

O presente artigo procurou elucidar as inúmeras formas de exploração de animais. Para essa elucidação baseou-se nas correntes filosóficas que desafiam a sociedade a quebrar seus próprios paradigmas e a repensar sua maneira de viver, além de propor a alteração do status moral dos animais dentro do âmbito jurídico.

O direito tem um papel não apenas de seguridade, mas uma função social, com a responsabilidade de guiar moralmente a comunidade, sempre repudiando injustiças. Conforme já fora ressaltado, ele necessita que se molde de acordo com seu tempo e, no momento, encontra-se estagnado em concepções antropocentristas.

Apesar das leves mudanças e de avanços, a legislação brasileira ainda precisa alavancar o status moral dos animais, alterando o pensamento de que estes são coisas, objetos de uso do homem e sem dignidade alguma. Animais não-humanos, conforme demonstrado, são seres sencientes, dotados da capacidade de sofrer, sentir prazer, possuir o interesse em permanecer vivo e viver plenamente em seu habitat. Não existe argumento com respaldo ético que justifique não levar isso em consideração. Se um animal sente dor, isso já se torna um motivo suficiente para não feri-lo e compreender que este deve ser visto como um ser individual e não um servo a serviço da espécie humana. Para isso, é imprescindível que se

reconheça a personalidade *sui generis* dos animais, a fim de resguardar seus direitos fundamentais como alimentação, liberdade e ampliação de proteção legal, além de admitir que o homem não é proprietário destes e sim responsável, da mesma forma com a qual se lida juridicamente com pessoas incapazes.

O mundo é repleto de revoltas contra as injustiças, lutas constantes em defesa de minorias sociais que marcaram a história e que, por meio de muita insistência, já possuem um marco de conquistas relevantes. Com o movimento em defesa de animais não é diferente, ainda mais no que diz respeito ao mundo jurídico. O direito deve estar apto para receber todas as demandas existentes, ou adaptar-se às novas demandas, criar meios legais plausíveis para defesa e proteção de animais não-humanos, sempre se guiando por princípios éticos e constituindo-se em lugar de escuta para quem se dispõe a falar por quem não possui voz e não tem capacidade de se defender.

Referências

ARISTÓTELES. Política. Editora Vega, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DA TRINDADE, Gabriel Garmendia. Animais como pessoas: A abordagem abolicionista de Gary L. Francione. Paco Editorial, 2014.

DIAS, Edna Cardozo. A tutela jurídica dos animais. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2000.

GRÜN, Mauro. Ética e Educação Ambiental: a conexão necessária. Campinas: Papirus, 2007.

LEVAL, Laerte Fernando. Os animais sob a visão da ética. Disponível em: <
http://www.mngo.mp.br/portalweb/hp/9/docs/os_animais_sob_a_visao_da_etica.pdf>. Acesso em: 26/05/2020.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Direitos dos Animais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

NACONECY, Carlos. Ética & Animais: um guia de argumentação filosófica. EdIPUCRS, 2014.

REGAN, Tom. Jaulas vazias: encarando o desafio dos direitos animais. Porto Alegre: Lugano Editora, 2006.

SINGER, Peter. Libertação animal. Porto Alegre: Lugano Editora, 2004.

_____. Ética prática. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____; MASON, Jim. A ética da alimentação: Como nossos hábitos alimentares influenciam o meio ambiente e nosso bem-estar. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2006.

SOUZA, Fernando Speck de; SPECK, Rafael. A tutela jurídica dos animais no direito civil contemporâneo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/tutela-juridica-animais-direito-civil-contemporaneo-parte>> Acesso em: 25/05/2020.

Responsabilidade civil do Estado: o dano ambiental no caso Brumadinho ¹

Lucas Ehlers Raguse ²

Michelle Fernanda Martins ³

1 Introdução

Em sede de responsabilidade civil do Estado, enquanto centralizador do poder administrativo, muitas foram as discussões acerca desse tema, que evoluiu da teoria da irresponsabilidade até o acolhimento da teoria do risco administrativo, o qual tem como base a responsabilidade sem culpa.

A responsabilidade civil objetiva, advinda da teoria do risco administrativo, funda-se na ideia de que o Poder Público, no exercício de sua função gerencial, envolve uma atividade de risco passível de gerar dano aos administrados, dano este que deve ser reparado por toda a coletividade, como forma de promover a igualdade.

A ordem jurídica constitucional brasileira consagrou no seu artigo 37, §6º, a responsabilidade civil objetiva do Estado, englobando tanto seus entes federativos como as empresas de direito privado concessionárias de serviços públicos.

¹Este trabalho foi originalmente apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso na Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, campus São Jerônimo, no ano de 2019.

²Advogado graduado em direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, campus São Jerônimo. Pós-graduando em Direito Empresarial e Processual Civil e em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Ritter dos Reis. Pós-graduando em Direito Civil e do Consumidor pela FADERGS e aluno do curso de MBA em Planejamento Tributário pela Universidade Anhembi Morumbi. Sócio do escritório Raguse& Ramos Advogados.

³Mestre em Direito e Sociedade pela UNILASALLE. Especialista em Direito Público pelo IDC. Graduada em Direito pela ULBRA. Docente da Universidade Luterana do Brasil - ULBRA/Canoas. E-mail: michifm@gmail.com

Nessa perspectiva, objetiva a presente pesquisa científica a análise da responsabilidade civil de do Estado por dano ambiental causado por empresa privada, exploradora de atividade econômica de caráter federal.

Ao longo deste artigo pretende-se demonstrar, por meio do critério do tipo de atividade desenvolvida, qual tipo de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva, pode ser aplicada ao Poder Público, bem como em que situação ocasionaria a onerosidade do mesmo, frente à inércia da empresa danificadora.

Esta pesquisa trará todo o histórico do acidente envolvendo a barragem da Vale, em Brumadinho, recentemente. Passar-se-á pelos conceitos que envolvem as atividades por ela desenvolvidas, bem como informações essenciais para melhor elucidar as questões aqui abordadas.

Da análise da responsabilidade civil do Estado, desde o século XIX, será possível perceber sob o prisma da teoria aplicada ao caso concreto, em que extensão ocorrerá (se ocorrer) a responsabilização do ente Público.

Por fim, aborda-se a responsabilidade objetiva do Estado, sob o viés da teoria do risco administrativo, apontando julgados anteriores das Cortes Superiores para situações análogas, de modo que se possa estabelecer a ligação do poder público com danos causados por suas concessionárias. Ainda, falar-se-á sobre a ação omissiva do Estado e a possibilidade de responsabilização pelo desastre da Vale, bem como a análise da possível aplicação do dano moral punitivo à presente situação.

2 Histórico do caso Brumadinho/MG

No dia vinte e cinco de janeiro de 2019, especificamente às 12 horas e 28 minutos, a barragem número 01 da Mina do Feijão, que pertence à Vale, no município mineiro de Brumadinho, rompeu-se liberando doze milhões de metros cúbicos de sílica. Os rejeitos de minério de ferro desceram rapidamente, atingindo a área do centro administrativo da empresa e parte da comunidade da Vila Ferteco (VALE, ASSESSORIA DE IMPRENSA, 2019).

A barragem foi construída em 1976, pela Ferteco Mineração (adquirida pela Vale em 27 de abril de 2001), pelo método de alteamento a montante. A altura da barragem era de 86 metros, o comprimento da crista de 720 metros. Os rejeitos dispostos ocupavam uma área de 249,5 mil metros quadrados e o volume disposto era de 12 milhões de metros cúbicos (VALE, ASSESSORIA DE IMPRENSA, 2019)⁴⁵.

Apesar de possuir todos os mecanismos e documentos necessários para funcionamento, o rompimento da barragem despejou milhões de metros cúbicos de lama em uma das áreas de maior importância ambiental do estado de Minas Gerais, com danos para a segurança hídrica e a biodiversidade (VALE, ASSESSORIA DE IMPRENSA, 2019).

Alguns meses após o acidente a justiça mineira determinou vários bloqueios de valores da mineradora Vale, os quais já somam pelo menos R\$ 11 bilhões. Dentre as ações que o Ministério Público visa a viabilizar, a reparação de danos causados ao meio ambiente é uma delas (VALE, ASSESSORIA DE IMPRENSA, 2019).

3 Análise da Responsabilidade Civil do Estado

A palavra responsabilidade traz em seu significado a obrigação de responder por ações próprias ou dos outros, sendo, portanto, a obrigação de responder por certos atos ou fatos (GONÇALVES, 2008, p. 278).

De ordem pecuniária, a responsabilidade do Estado é sempre civil, uma vez que desvirtuada a lei com sua conduta ou omissão, a penalidade

⁴⁴A barragem 01 possuía Declarações de Condição de Estabilidade emitidas pela empresa TUV SUD do Brasil, empresa internacional especializada em Geotecnia. As Declarações de Condição de Estabilidade foram emitidas em junho e setembro de 2018, referentes aos processos de Revisão Periódica de Segurança de Barragens e Inspeção Regular de Segurança de Barragens, respectivamente, conforme determina a portaria DNP 70.389/2017. A barragem possuía Fator de Segurança de acordo com as boas práticas mundiais e acima da referência da Norma Brasileira. Ambas as declarações de estabilidade mencionadas atestam a segurança física e hidráulica da barragem (VALE, ASSESSORIA DE IMPRENSA, 2019).

⁴⁵A barragem possuía PAEBM (Plano de Ações Emergenciais de Barragem de Mineração), conforme determina a portaria DNP 70.389/2017. O mesmo foi protocolado nas Defesas Cíveis Federal, Estadual e Municipal, entre os meses de junho e setembro de 2018. O PAEBM foi construído com base em um estudo de ruptura hipotética, que definiu a mancha de inundação. Além disso, a barragem possuía sistema de vídeo monitoramento, sistema de alerta através de sirenes e cadastramento da população à jusante (VALE, ASSESSORIA DE IMPRENSA, 2019).

deve ser aplicada nas três esferas do Poder Estatal: a administrativa, a jurisprudencial e a legislativa (TARTUCE, 2011, p. 497).

Cabe ressaltar que o dano a que o Estado responde é causado por meio dos seus agentes. O Estado sozinho não causa danos a ninguém, sendo necessária a ação, ou omissão, de seus agentes. Dessa forma, são pessoas que estão a serviço do ente estatal, independentemente do pagamento de contraprestação por este (GASPARINI, 2012, p. 170).

Ademais, convém diferenciar os tipos de responsabilização estatal que se subdivide em contratual e extracontratual.

No que tange à contratual, a que trata das relações negociais, de direito privado, regida por princípios dos contratos administrativos e fundada nos casos de inadimplemento de uma obrigação em que virão a responder por ele todos os bens do devedor. A responsabilidade civil é um conceito vindouro do direito privado, elencado no direito civil e se manifesta com a ocorrência do descumprimento da obrigação, pelo não atendimento a uma regra contratual ou legal (PIETRO, 2008, p. 714)⁶.

De outro plano, a responsabilidade extracontratual surge de qualquer atividade exercida pelo Estado, independente da existência ou não de um contrato. Trata-se de uma modalidade de responsabilização que pode decorrer de atos ou comportamentos, lícitos ou ilícitos, que causem a pessoas danos ou ônus maiores do que os suportados cotidianamente pelos demais administrados (PIETRO, 2008, p. 715).

Uma conduta humana mostra-se como ação ou omissão, o que poderá gerar prejuízos a outrem. Sendo positiva tal conduta, esta representa o agir, o fazer de um indivíduo, o dolo, enquanto sendo negativa, tradicionalmente chamada de omissão, pressupõe de um ato voluntário, quando um ou mais agentes simplesmente deixaram de fazer, seja por negligência, seja por imprudência, seja por imperícia, determinada função, momento

⁶Vale lembrar que as normas jurídicas são autônomas entre si, tendo como consequência que as responsabilidades também serão, pelo menos inicialmente, independentes, ou seja, a responsabilidade civil não necessariamente gera a responsabilidade penal ou administrativa. Entretanto, a depender do caso concreto, os tipos de responsabilidade podem vir a cumular-se, como no caso do crime de peculato, figura elencada no art. 312 do Código Penal, cuja conduta dispõe que um servidor se apropria indevidamente de bem público sob sua custódia, o que vem a ensejar a responsabilização administrativa, penal e civil (CARVALHO FILHO, 2012, p. 208).

que figura a culpa (TARTUCE, 2011, p. 577). Contudo, tal omissão só constitui uma obrigação de reparar quando a ação era imprescindível para impedir o dano.

Nessa seara, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano são indispensáveis para que seja configurada a responsabilidade civil (GONÇALVES, 2008, p. 280). Em outras palavras, faz-se fundamental a prova dessa relação de causalidade para o dever de indenizar. O que se extrai desse contexto é que, para existir, a responsabilidade civil depende da existência do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano, sendo indispensável a prova dessa relação de causalidade.

Pode-se assentar que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos (PIETRO, 2008, p. 715).

Resta cristalino que a responsabilidade civil advém de um dano ou prejuízo suportado pelo terceiro lesado. Sem dano, não existe responsabilidade. Não necessariamente este dano terá fundo patrimonial, afinal, segundo Mazza, apresenta duas formas de dano, quais sejam: dano material ou patrimonial, aquele que surge a partir de um fato gerador causador de efetiva lesão ao indivíduo e o dano moral, que adentra a seara íntima do terceiro, causando-lhe malefícios de ordem física e psíquica, com profundo sentimento de dor (MAZZA, 2011, p. 423).

4 Responsabilidade objetiva do Estado: a Teoria do Risco Administrativo

Este capítulo inicia sua discussão pelo norte da responsabilidade objetiva do Estado fundamentada pela teoria do risco administrativo.

Logo, responde, o Estado, pela simples existência de nexo causal entre a atividade administrativa e o dano sofrido, eis a razão de ser objetiva. Nesse sentido, o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma

equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou em razão de atividades desempenhadas no interesse de todos, tendo por fundamento o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (MELLO, 2016, p. 645).

Como fundamento para a responsabilidade objetiva, surgiu a teoria do risco administrativo, a qual informa que deve ser atribuída ao Estado a responsabilidade pelo risco criado por sua atividade administrativa. Destarte, se essa atividade é exercida em favor de todos, o ônus deve ser assim suportado.

Nesta linha, imperioso ressaltar que é possível que o Estado afaste sua responsabilidade em casos de exclusão do nexo causal, como os casos de fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito e força maior.

O risco administrativo torna o Estado responsável pelos riscos de sua atividade administrativa, mas não pela atividade de terceiros, da própria vítima ou de fenômenos naturais, alheios à sua vontade. Pode-se albergar a ideia de que, se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não podendo o Poder Público ser responsabilizado (MAZZA, 2011, p. 425).

De toda sorte, deve ser comprovado o nexo causal entre o dano e a conduta do agente público, sendo esta questão que passará a ser cristalizada nos tópicos subsequentes.

4.1 Responsabilidade do Estado por dano causado por concessionária

Independentemente de contrato, a responsabilidade civil do Estado é consequência da atividade estatal, traduzindo-se na obrigação de indenizar danos causados a terceiros. Após longa evolução doutrinária e jurisprudencial, a responsabilidade do Estado está prevista constitucionalmente (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no parágrafo 6º do artigo 37 (BRASIL, 1988), a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de

direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos diante dos danos que seus agentes causarem a terceiros.

Ao longo dos anos, mudanças na administração pública introduziram a figura da concessionária ou permissionária de serviço público, pessoas jurídicas encarregadas de exercer atividades de competência do Estado. Além disso, a responsabilidade estatal se estende às entidades da administração indireta, como as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as autarquias (MELLO, 2018, p. 718).

No Brasil, a delegação de serviços está regulamentada pela Lei número 8.987/95, na qual fica expresso que essas empresas prestam o serviço por sua conta e risco e, em caso de danos, assumem a responsabilidade objetiva de repará-los. Com base na lei, entende-se é que o Estado responde por eventuais danos causados pelas concessionárias de forma subsidiária.

São muitos os processos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça que discutem esses temas, tanto nos colegiados de direito público, quanto nos de direito privado. A obrigação de reparar danos, decorrente da responsabilidade civil, surge nas mais diversas situações, como atropelamentos em rodovias cedidas, acidentes na rede de transmissão elétrica e até mesmo a falta de peixes em um rio, em razão da construção de uma usina hidrelétrica.

A definição da competência interna para o julgamento das demandas relacionadas à delegação de serviços já foi tema de discussões no STJ. Em 2002, ao analisar a responsabilidade das sociedades de economia mista nesses casos, a Corte Especial definiu entendimento que é seguido pelo tribunal até hoje (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REGIMENTO INTERNO. Art. 9º, §2º).

Prevaleceu, entre os ministros, a tese de que tais questões devem ser decididas pela Segunda Seção, especializada em direito privado. O argumento que prevaleceu foi o de que a concessão dos serviços pelo Estado para uma empresa significa que esta assuma integral responsabilidade pelas ações.

O Recurso Especial nº 287.599-TO⁷, trouxe uma emenda bem fundamentada, permitindo melhor entendimento acerca da temática objeto do presente estudo científico.

Ao justificar o julgamento pela Corte Especial, os ministros citaram⁸ que, até aquela data (2002), o STJ havia proferido decisões sobre o assunto tanto nas turmas de direito público, quanto nas de direito privado, sendo necessário estabelecer a competência interna a ser seguida.

Entretanto, em determinadas situações, mesmo a concessão integral dos serviços não é suficiente para afastar a responsabilidade solidária do Estado para responder pelos possíveis danos. Em caso de danos ambientais decorrentes da poluição de rios, por exemplo, a Segunda Turma do STJ decidiu que, quando o ente público firma convênio, não pode excluir sua responsabilidade por eventuais danos causados, uma vez é o fiador da regularidade da prestação dos serviços concedidos. Assim, se houve falha, houve omissão na fiscalização por parte do poder público (MELLO, 2018, p. 719).

Por outro lado, a responsabilização do Estado também pode ser subsidiária, mas também surgir quando é comprovado que a concessionária não tem como arcar com a reparação devida (CARVALHO FILHO, 2012, p. 574). Nesses casos, o poder público assume a obrigação principal de indenizar ou reparar o dano.

Superada essa etapa, imperioso referir que empresas que firmam contratos para a execução de serviços, como fornecimento de água ou energia, ou construção e conservação de rodovias, são responsabilizadas pelos possíveis danos na mesma proporção do Poder Público executando os mesmos serviços (CARVALHO FILHO, 2012, p. 575).

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 287.599-TO (2000/0118594-2 de 09/06/2003). Recorrente: Centrais Elétricas de Goiás S/A CELG. Recorrido: Herman Rodrigues da Silva e cônjuge. Relator: Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região) – Quarta Turma.

⁸ Ministra Nancy Andrighi: “O município é responsável, solidariamente, com o concessionário de serviço público municipal, com quem firmou convênio para realização do serviço de coleta de esgoto urbano, pela poluição causada no Ribeirão Carrito, ou Ribeirão Taboãozinho”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 287.599-TO (2000/0118594-2 de 09/06/2003).

Face todo o explanado, o caminho para o qual norteia a jurisprudência da Corte Superior é de que o Poder Público, independentemente de culpa, terá atribuída a responsabilidade civil por situações danosas que envolvam suas concessionárias.

No mais, o Estado há de responder, civilmente, pela omissão frente seus administrados, quando da não fiscalização das ações e operações que envolveram a empresa Vale, até as consequências que ultrapassam a barreira de direitos coletivos, atingindo o patamar de ferir direitos difusos, especialmente relacionado ao meio ambiente.

Veja-se, partindo-se do princípio de que o homem, como ser racional, existe como um “fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade” (KANT, 1785), não se pode perder de vista a possibilidade de responsabilização por eventual dano, mormente de forma que não deva considerar-se um meio para satisfação de sua vontade à custa de outrem, como aborda o tópico a seguir.

4.2 A ação omissiva do Estado e a possibilidade de responsabilização pelo desastre da Vale

A responsabilidade civil do Estado é objetiva e decorrente de ação ou omissão danosa causada a terceiros, cujo ato ilícito ou lícito é imputador a prepostos do Estado que, nessa qualidade, desempenham qualquer atividade de natureza pública.

Para que se configure a obrigação de indenizar do Estado, é imperioso que se afigurem presentes os seguintes pressupostos: efetivo prejuízo, conduta comissiva ou omissiva do agente público, nexos causal e ausência de excludente da responsabilidade civil (MELLO, 2018, p. 764).

Dessa forma, imperioso verificar a existência do primeiro pressuposto para dar ensejo à obrigação de indenizar do Estado, qual seja, ter como efeito um prejuízo, isto é, se houve um dano certo. Assim, diz-se que o dano não admite uma lesão hipotética, devendo ser real e efetivo, sendo

necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão sobre pessoa ou patrimônio desta (DINIZ, 2007, p. 318).

O dano indenizável deve ser evidente e subsistir no momento em que é postulado, pois a mera conjectura da ocorrência de um prejuízo não é passível de ser indenizado (DINIZ, 2007, p. 321).

De toda sorte, a obrigação de indenizar nasce para o Estado, a partir de uma conduta danosa de seus agentes, agindo estes na qualidade de preposto ou em razão do exercício da função pública.

Ao analisar as regras contidas no §6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, percebe-se que o dano seja causado por agente das aludidas pessoas jurídicas, o que abrange todas as categorias, de agentes políticos, administrativos ou particulares em colaboração com a administração, sem interessar o título sob o qual prestam o serviço, ao passo que, ao causar o dano, não basta ter qualidade de agente público, pois, ainda que o seja, não acarretará a responsabilidade estatal se, ao causar o dano, não estiver agindo no exercício de suas funções.

Assim, para que o Estado seja responsabilizado civilmente por conduta lesiva atribuída a seus agentes públicos, necessário se faz que a vítima demonstre de forma inequívoca o nexo causal, isto é, a relação de causa e efeito entre a conduta do agente público e o prejuízo sofrido.

Os estudos até aqui realizados apontam para o fato de que a responsabilidade estatal, quando da existência de danos ocasionados a terceiros pela prestação de serviços de concessionárias, é subsidiária. Em outros termos, o Estado irá responder, desde que a pessoa jurídica de direito privado não consiga arcar com as devidas indenizações ou reparar de outro modo a situação danosa.

É de singular importância salientar que todo ser humano deve ser respeitado em sua existência, por sua essência (KANT, 1785). Ao ser violada essa dignidade, por dano que atinge direitos coletivos e difusos, se está diante de instrumento de satisfação da vontade do Estado, momento que ocorre a coisificação do ser humano (KANT, 1785).

Não há o que se discutir acerca da responsabilidade solidária, visto que a solidariedade só pode existir em razão de lei ou contrato, inexistindo lei que define a solidariedade ao Estado com a pessoa jurídica prestadora de serviço público. Com isso explicado, entende-se que o Estado só deverá responder de forma subsidiária, quando a responsável primária não tiver mais recursos para solver o dano.

Percebe-se que a responsabilização subsidiária do Estado surge quando a pessoa privada concessionária se torna incapaz financeiramente de recompor o dano. E, também como demonstrado no tópico anterior, esse mesmo entendimento é utilizado nos tribunais superiores por todo o país.

Por derradeiro, a pergunta que se forma é se o Poder Público poderá ser responsabilizado, efetivamente, pelos danos causados pela Vale. A resposta é, pois, significativamente positiva.

O artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81 contempla a pessoa jurídica de direito público como poluidor potencial. Logo, a responsabilidade pode recair sobre a União, Estado e Município, pois o poder de polícia ambiental deve ser exercido, obrigatoriamente, por todos os entes da federação, e a omissão no dever de fiscalização gera responsabilidade objetiva do Poder Público (GASPARINI, 2012, p. 501).

Tal ideia é reforçada pelo artigo 70, parágrafo 3º, da Lei nº 9.605/98, pelo qual a autoridade ambiental que tiver conhecimento de infração ambiental deve promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo próprio, sob pena de corresponsabilidade.

A atividade de mineração no Brasil depende de concessão do ente público, nesse caso, a União. Quaisquer recursos minerais, inclusive do subsolo, de valor econômico, pertencem à União, conforme é possível visualizar no artigo 20, inciso IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Logo, não se pode dizer que os locais de exploração de recursos minerais sejam propriedade das empresas que as administram, como a Vale. Ao contrário, são bens públicos. Dessa forma, depreende-se que a Vale explora economicamente um bem de domínio federal.

De outra banda, foi visto, na explanação do primeiro capítulo, que a atividade de mineração desenvolvida pela Vale possui alto potencial poluente, sendo, por esta razão, passível de controle do Poder Público, em matéria de competência ambiental. Este controle é exercido preventivamente, através do licenciamento ambiental, e repressivamente, por meio de fiscalização permanente e eventuais multas, pela autoridade ambiental competente.

Contudo, no modelo atual, em tese, trata-se de potencial dano a rio federal, de domínio da União, a Lei Complementar 140/2001 não expressa literalmente esta atribuição para a União/IBAMA. Mesmo sendo atividade decorrente da indústria de mineração, sujeita à autorização federal para exploração de subsolo, trata-se de matéria cujo impacto ambiental sujeita-se ao licenciamento pelos Estados, de modo a visar ao pleno atendimento ao aduzido pelo artigo 225 da Constituição Federal.

Nesta seara, percebe-se a existência de vários órgãos/entidades, com diversas siglas, para garantir o cumprimento da lei e a preservação da vida do cidadão.

O que se extrai de toda a explanação pode-se dividir em planos:

Em primeiro plano, pelas pesquisas abordadas, compreende-se que existe falta de articulação das entidades e órgãos envolvidos, ou mesmo integração e eficiência das esferas de governo. Os Estados, em não raras oportunidades, arriscam-se a ser omissos na aplicação do licenciamento, e, em diversos casos, a forma do licenciamento envolve benefícios a servidores para agilizarem o processo administrativo. No entanto, são necessárias mais pesquisas para se aferir com certeza tal dado.

Em segundo plano, as competências dos Estados necessitam ser revistas, para que o IBAMA exerça a sua fiscalização concomitantemente ao órgão estadual. No caso de Brumadinho, uma interpretação sistematizada da Lei Complementar nº 140/2011, nos permite entender que se trata de matéria de repercussão em mais de um Estado e em recursos naturais estratégicos para o Brasil, sendo impositiva ação federal no licenciamento e na fiscalização.

Em terceiro, a privatização, ou plena liberdade de mercado, como o caso da concessão de exploração de mineração para a Vale precisa estar acompanhada de uma classe empresarial responsável socialmente e de uma regulação forte pelo Estado, com presença de toda comunidade. O licenciamento ambiental tem que se valer da efetiva publicidade, decisões coletivas e de mecanismos de tecnologia de informação.

Assim, ante todo o anteriormente explanado, bem como pelos estudos científicos realizados, aponta para uma resposta mais positiva do que negativa. Em se tratando da possibilidade de responsabilização do Estado, de forma subsidiária à empresa Vale, para o caso desta não conseguir arcar com a responsabilização civil que lhe for imposta, tanto na esfera patrimonial a fim de propiciar condições para que as vítimas atingidas possam restabelecer-se, quanto em caráter moral, como medida punitiva e pedagógica à prevenção de novas situações paradigmas.

É, pois, este o último tópico que será abordado no presente trabalho de pesquisa científica, para melhor ilidir à possibilidade de compensação pecuniária dos danos causados.

4.3. O dever de indenizar como medida punitiva e compensatória

A responsabilidade civil tem como objetivo garantir a reparação ou compensação dos danos decorrentes de uma ofensa a direito alheio, proporcionando à vítima o retorno à situação que se encontrava antes da ocorrência do dano, conforme estabelecem os artigos 927 e 944 ambos do Código Civil. Kant defende, inclusive, a possibilidade de universalizar condutas correlatas para observar se a ação será certa ou errada a partir de seu extremo, de modo que, a partir das consequências da ação, mais fácil a visualização de indenizar-se (KANT, 1788).

Ocorre que, em vislumbre de situações cotidianas, a indenização de cunho apenas reparatório não tem atendido de forma completa. Muitas vezes, o simples ressarcimento do indivíduo lesado, preconizado na teoria tradicional da responsabilidade civil, se mostra insuficiente para

responder aos problemas de uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, cabendo ao Poder Judiciário, estabelecer novos limites, além de prevenir e solucionar os conflitos apresentados pela sociedade contemporânea (GAGLIANO, 2014, p. 631).

É nesse contexto de tensão entre os elementos clássicos da responsabilidade civil e os novos desafios apresentados pela contemporaneidade que surge a função punitiva da responsabilidade civil, relevante ferramenta para a manutenção, credibilidade e eficácia do sistema jurídico nacional.

A partir da função punitiva da responsabilidade civil, é possível reverter o critério de mensuração das indenizações arbitradas no âmbito da responsabilidade civil, a fim de que ao ofensor saiba não apenas a obrigação de reparar ou compensar a vítima, mas a de pagar uma quantia extra, a título de punição.

A função punitiva tem o objetivo de reforçar as sanções sob o escopo da responsabilidade civil, a fim de funcionar de maneira hábil a mitigar a possibilidade de se efetivar a hipótese na qual o agente perceba que as consequências da sua conduta serão inferiores ao proveito auferido pela conduta ilícita, inibindo, por exemplo, delitos em massa envolvendo as relações de consumo e os danos de âmbito ambiental, bem como afastar-se do entendimento de que o homem como um fim em si mesmo estaria isento ao uso arbitrário da lei para efetivar sua vontade (KANT, 1785).

A importância da função punitiva da responsabilidade civil pode ser notada, ainda, na medida em que, ao contrário da reparação, a pena civil não foca no dano percebido pela pessoa da vítima e nem possui o objetivo de recompor o seu patrimônio. Seu fundamento é pedagógico, ou seja, cuida-se de desestimular o ofensor à prática de condutas socialmente intoleráveis e, reflexamente, estaria a inibir atuações semelhantes por parte de todos os potenciais ofensores que se encontram em idêntica situação.

Quanto à admissibilidade da pena civil pelo ordenamento jurídico nacional, é possível perceber que os tribunais demonstram timidez na aplicação da função punitiva, mormente pelo fato de o sistema jurídico da

responsabilidade civil no Brasil não permitir a adoção da função punitiva ao lado da compensatória, em razão da separação entre o direito civil e o direito penal.

De toda sorte, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo, com ressalvas, a aplicação da pena civil, o que serve de importante sinalização para os demais órgãos jurisdicionais pátrios. Apesar de ainda se afigurarem escassos os precedentes que enfrentam a temática, já é possível vislumbrar os critérios adotados pela Corte Superior para a aplicação do *referido instituto*.

A título exemplificativo, cita-se o [Recurso Especial 839.923/MG](#), no qual atou como relator o ministro Raul Araujo, da Quarta Turma. No caso, entendeu o ministro que, ante a absoluta reprovabilidade da conduta dolosa dos Recorridos, o valor da indenização deveria atender também ao seu caráter punitivo-pedagógico.

Portanto, as pesquisas apontam que a função punitiva é paralela à função compensatória e, em algumas situações, como aparentemente apresenta-se na temática abordada, a aplicação efetiva daquela resulta no alcance desta (GONGALVES, 2014, p. 341).

Assim, apesar de não ser prática usual no ordenamento jurídico, com vistas a garantir o não enriquecimento ilícito de pessoas em detrimento de outras, aponta-se para a função punitiva ter o condão de impedir que a indenização seja meramente simbólica, ou seja, num patamar tão insignificante que não represente agravo ao agente causador do dano. Admitindo-se essa linha, o dano extrapatrimonial teria por objetivo o alcance de não apenas duas, mas de três finalidades: compensar, punir e dissuadir.

Dessa forma, como já mencionado anteriormente, o dano ambiental, em tese, permitiria a aplicação da responsabilidade civil em caráter punitivo, a fim de evitar a reincidência em casos análogos, bem como de compensar as vítimas pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos.

5 Considerações Finais

O preceito de ordem pública que impõe a obrigação de indenizar àquele que, injustamente, causar prejuízo ao patrimônio ou interesse juridicamente tutelado pela ordem jurídica, fazendo distinção clássica entre danos patrimoniais e morais, ao passo que patrimonial é o que pode indenizar-se (KANT, 1788), e, neste caso, moralmente indenizados seriam os danos coletivos, tido como patrimônio de todos, destinando-se aos sujeitos de direitos, visto que todo sujeito de direito o é também de obrigação.

O Estado, enquanto detentor e gerenciador do poder administrativo, insere-se na ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações, logo, passível de ser responsabilizado civilmente por conduta comissiva ou omissiva danosa, praticada por empresas concessionárias, contra patrimônio material ou imaterial de terceiros.

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 atribui ao Estado brasileiro a responsabilidade civil objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, estendendo tal responsabilidade, além dos entes federativos, às empresas de direito privado concessionárias de serviços públicos.

Não há dúvidas que às empresas concessionárias de prestação ou exploração de serviços públicos ser-lhe-ão atribuídas a responsabilidade civil objetiva, não sendo necessária a demonstração da culpa ou dolo.

Dessa forma, somente exige-se os elementos ensejadores da obrigação de indenizar, enquanto que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica não foram englobadas no Texto Constitucional referido para fins de responsabilidade objetiva. Portanto, ante seu regime jurídico privado e dada a atividade econômica que exerce em concorrência com a iniciativa privada, está sujeita às normas de direito civil, não havendo necessidade de se perquirir acerca da culpa ou dolo da conduta causadora do dano. Assim, as pesquisas apontam tratar-se de responsabilidade objetiva.

Por outro lado, quando se fala em responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente, não se está falando somente em aspectos econômicos do tema, mas sim, por ser, também, o meio ambiente um patrimônio de todos e pertencer à coletividade em geral o direito ao meio ambiente sadio, indispensável à sobrevivência humana.

A responsabilidade pela reparação do dano ambiental é objetiva e baseada na teoria do risco objetivo. Quem exerce atividades capazes de causar lesões ao meio ambiente se sujeita à reparação do dano causado, independentemente de ter agido com culpa ou não.

A responsabilidade dos cidadãos ante a coletividade, a fim de preservar e reparar o dano ambiental está constitucionalmente insculpida ao lado da responsabilidade administrativa.

A administração pública é obrigada a tutelar o meio ambiente quanto a qualquer atividade que possa acarretar prejuízos às pessoas, à propriedade ou aos recursos naturais.

De toda sorte, o direito ao meio ambiente sadio não pode se limitar à mera positivação de normas de sua proteção, mas sim atentar para uma verdadeira reordenação do conteúdo jurídico de institutos e práticas burocráticas. E o Estado, por sua vez, deve desempenhar satisfatoriamente o seu papel a fim de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Por fim, com base nas pesquisas até aqui realizadas, bem como por todo o anteriormente explanado no presente trabalho, os estudos apontam para o fato de que o Estado será responsabilizado pelos danos ambientais causados pela Vale, em Brumadinho, caso a própria empresa não consiga adimplir com suas obrigações, com vistas à aplicação do instituto da responsabilidade civil de caráter punitivo, compensatório e pedagógico.

6 Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Responsabilidade civil das Pessoas de Direito Privado prestadoras de serviços públicos**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, janeiro, fevereiro, março, 2008. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 02 jun. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 21ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 17ª Edição. 2012. Editora Saraiva.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquemático. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. Critique of practical reason. (Edited by Mary Gregor). Cambridge: Cambridge University Press, 1785.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo, São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33ª Ed. Malheiros Editores. 2018

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Direito Administrativo, 20ª Edição, São Paulo: Atlas, 2007.

ROSSI, Lícínia. Manual de Direito Administrativo. 9ª Ed. Editora Saraiva. 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Um olhar jurídico aos propósitos do comitê de ética em pesquisa na universidade de Cruz Alta

*Aline Lima Deicke*¹
*Vanessa Steigleder Neubauer*²

1 Considerações iniciais

O Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) é um órgão de extrema relevância, pois é responsável por analisar as pesquisas realizadas com seres humanos. Sua finalidade é resguardar os direitos dos participantes de estudos científicos no que se refere aos aspectos éticos.

De acordo com a Resolução do Conselho Nacional de Saúde (CNS) nº. 196/96, “toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um comitê de ética em pesquisa”. Dessa forma, foi criado, no Brasil, o sistema CEP/CONEP³, a fim de avaliar as questões éticas presentes nas pesquisas desenvolvidas com seres humanos.

O presente artigo descreve como se dá a regulamentação jurídica do CEP da Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ) e os propósitos referentes à eficácia do referido órgão dentro da instituição, partindo do seu surgimento, no ano de 2006. O comitê é corresponsável pelos projetos

* Artigo desenvolvido como Trabalho de Conclusão no Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta - Unicruz, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

¹ Acadêmica do 9º semestre do Curso Direito da Universidade de Cruz Alta - Unicruz, Cruz Alta, RS, Brasil. E-mail: aline_deicke@yahoo.com.br.

² Orientadora do artigo, professora da Universidade de Cruz Alta - Unicruz, Cruz Alta, RS, Brasil. Doutora em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. E-mail: vneubauer@unicruz.edu.br.

³ Comitê de Ética em Pesquisa/Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

institucionais, bem como por aqueles que, mediante a sua aprovação, são emitidos à apreciação da CONEP e também àqueles emitidos pela CONEP.

Os objetivos deste estudo são: verificar se os aspectos jurídicos que fundamentam os propósitos do CEP da UNICRUZ têm ou não a sua efetividade reconhecida na instituição; descrever os aspectos legais que regulamentam os CEPs no Brasil, especialmente os adotados pela UNICRUZ; sistematizar, com ênfase jusfilosófica, as orientações conceituais sobre o direito e a ética; apresentar como se dá o funcionamento estrutural do CEP da UNICRUZ.

Esta investigação está justificada pela edição da Resolução CNS n.º. 196/96 e, conseqüentemente, pela criação do sistema CEP/CONEP, bem como pelas demais resoluções normativas que regulamentam a utilização de seres humanos como participantes de pesquisas. Além disso, o estudo está relacionado a um vínculo profissional da pesquisadora, o qual lhe proporciona uma vivência diária com duas importantes questões: o desconhecimento por parte dos pesquisadores sobre as responsabilidades do CEP em relação às pesquisas realizadas no âmbito da instituição e a falta de reconhecimento sobre a importância da análise feita por esse órgão.

Durante o exercício das funções de secretária do CEP da UNICRUZ, a pesquisadora verificou a falta de observância às exigências relacionadas às pesquisas com seres humanos. Dessa forma, é necessário o esclarecimento de tais questões, pois toda pesquisa que envolva pessoas deve ser avaliada eticamente, com exceção dos casos elencados na Resolução CNS n.º. 510/16, em seu art. 1º, parágrafo único, incisos I a VIII⁴.

⁴ Art. 1.º Esta Resolução dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução.

Parágrafo único. Não serão registradas nem avaliadas pelo sistema CEP/CONEP:

- I - pesquisa de opinião pública com participantes não identificados;
- II - pesquisa que utilize informações de acesso público, nos termos da Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011;
- III - pesquisa que utilize informações de domínio público;
- IV - pesquisa censitária;
- V - pesquisa com bancos de dados, cujas informações são agregadas, sem possibilidade de identificação individual; e

O esclarecimento dos propósitos jurídicos que regulamentam a pesquisa na UNICRUZ, especialmente as realizadas com seres humanos, é um dos alicerces deste estudo. Com isso, beneficia-se o curso de Direito, através da informação sobre os aspectos legais que regulam as pesquisas no Brasil e da orientação aos acadêmicos, a fim de que associem suas pesquisas à responsabilidade social e jurídica da qual o CEP é responsável.

Tradicionalmente, são submetidos à avaliação do comitê de ética apenas os projetos com seres humanos que façam parte da área da saúde. Isso implica uma relação cultural problemática, pois, mesmo as pesquisas em ciências humanas e sociais que envolvam dados obtidos diretamente com os participantes ou informações que permitam a identificação dos sujeitos devem ser submetidas aos CEPs, observando-se as normativas da Resolução CNS n.º. 510/16.

O presente artigo é fruto de uma pesquisa qualitativa bibliográfica realizada a partir do método de abordagem hipotético-dedutivo. O procedimento utilizado é o histórico - devido à realização do estudo através da apresentação das resoluções normativas do sistema CEP/CONEP, desde sua criação até o momento da investigação -, aplicado junto à técnica de levantamento documental.

Tal proposta de estudo está associada ao Grupo de Pesquisa em Práticas Jurídicas (GPJUR), em especial à linha de pesquisa *República, Estado e Sociedade Contemporânea*.

Para melhor esclarecer os propósitos deste trabalho, o texto se divide em três momentos: o primeiro trata sobre a regulamentação dos CEPs no Brasil; o segundo dedica-se a pensar sobre o direito e a ética, com uma sistematização a respeito das orientações conceituais; por fim, mas não menos importante, o terceiro trata sobre a pesquisa no Ensino Superior, através dos seus princípios jurídicos.

VI - pesquisa realizada exclusivamente com textos científicos para revisão da literatura científica;

VII - pesquisa que objetiva o aprofundamento teórico de situações que emergem espontânea e contingencialmente na prática profissional, desde que não revelem dados que possam identificar o sujeito; e

VIII - atividade realizada com o intuito exclusivamente de educação, ensino ou treinamento sem finalidade de pesquisa científica, de alunos de graduação, de curso técnico, ou de profissionais em especialização.

2 A regulamentação dos comitês de ética em pesquisa no Brasil

O Sistema CEP/CONEP⁵ é responsável por avaliar as questões éticas dos projetos de pesquisa que possuem seres humanos como participantes. Este sistema foi criado e regulamentado pela Resolução nº. 196 de 1996, publicada pelo Conselho Nacional de Saúde, e possui na sua composição indivíduos de diferentes áreas de atuação trabalhando juntamente com os representantes dos usuários a fim de manter o seu caráter multidisciplinar. Em seu preâmbulo encontramos:

A presente Resolução fundamenta-se nos principais documentos internacionais que emanaram declarações e diretrizes sobre pesquisas que envolvem seres humanos: o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a Declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983 e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as Propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991). Cumpre as disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Legislação brasileira correlata: Código de Direitos do Consumidor, Código Civil e Código Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Orgânica da Saúde 8.080, de 19/09/90 (dispõe sobre as condições de atenção à saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes), Lei 8.142, de 28/12/90 (participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde), Decreto 99.438, de 07/08/90 (organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde), Decreto 98.830, de 15/01/90 (coleta por estrangeiros de dados e materiais científicos no Brasil), Lei 8.489, de 18/11/92, e Decreto 879, de 22/07/93 (dispõem sobre retirada de tecidos, órgãos e outras partes do corpo humano com fins humanitários e científicos), Lei 8.501, de 30/11/92 (utilização de cadáver), Lei 8.974, de 05/01/95 (uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados), Lei 9.279, de 14/05/96 (regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial), e outras.

⁵ Sistema de avaliação ética das pesquisas que envolvem seres humanos composto pelos CEPs – Comitês de Ética em Pesquisa e pela CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

Esta Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades os quatro referenciais básicos da bioética: autonomia, não maleficência, beneficência e justiça, entre outros, e visa assegurar os direitos e deveres que dizem respeito à comunidade científica, aos sujeitos da pesquisa e ao Estado.

O caráter contextual das considerações aqui desenvolvidas implica em revisões periódicas desta Resolução, conforme necessidades nas áreas tecnocientífica e ética.

Ressalta-se, ainda, que cada área temática de investigação e cada modalidade de pesquisa, além de respeitar os princípios emanados deste texto, deve cumprir com as exigências setoriais e regulamentações específicas. (CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE, 1996, p. 1).

Destaca-se que a atuação deste sistema tem forte ligação com o que encontra-se exposto na Constituição Federal de 1988, em especial nos incisos do seu artigo 5º onde estão descritos os direitos e deveres individuais e coletivos pertencentes ao título que se refere aos direitos e garantias fundamentais.

As Resoluções Normativas e as Normas Operacionais editadas pelo Conselho Nacional de Saúde estabelecem a proteção e a segurança dos direitos dos participantes de pesquisa. Tais normativas⁶ são seguidas pelos Comitês de Ética em Pesquisa (CEPs) e devem ser de conhecimento de todos os membros participantes, a fim de realizarem uma avaliação adequada dos estudos, assegurando que estejam de acordo com a legislação vigente.

Todo projeto de pesquisa que envolva seres humanos como participante de pesquisa deve ser realizado respeitando as resoluções normativas do Conselho Nacional de Saúde, bem como as suas resoluções complementares. Nesse sentido, cabe salientar o disposto na Resolução CNS nº. 196/96: “toda pesquisa envolvendo seres humanos deverá ser submetida à apreciação de um comitê de ética em pesquisa”.

⁶ Resoluções Normativas e Normas Operacionais editadas pelo Conselho Nacional de Saúde, tais como Resolução CNS nº 466/2012, Resolução CNS nº 506/2016, Resolução CNS nº 510/2016, Norma Operacional 01/2012, Norma Operacional 01/2013, entre outras. Cabe enfatizar que a Resolução CNS nº 510/2016 é a que regulamenta as pesquisas em Ciências Humanas e Sociais.

No ano de 2012 a Resolução CNS nº. 196/96 acabou por ser revogada, pois neste ano, foi publicada a Resolução nº. 466/12 com o objetivo de preencher as lacunas que por ventura existissem na Resolução referida anteriormente. Considerando que na própria Resolução nº. 196/96 havia a imposição de revisão desta conforme a necessidade, além das demais considerações citadas, a Resolução nº. 466/12 traz como disposições preliminares:

A presente Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, referenciais da bioética, tais como, autonomia, não maleficência, beneficência, justiça e equidade, dentre outros, e visa a assegurar os direitos e deveres que dizem respeito aos participantes da pesquisa, à comunidade científica e ao Estado.

Projetos de pesquisa envolvendo seres humanos deverão atender a esta Resolução.

Com o passar do tempo, foi verificada a necessidade de uma normativa que tratasse sobre as especificidades das pesquisas realizadas na área de ciências humanas e sociais, sendo então publicada, em 2016, a Resolução CNS nº. 510/2016. Além de considerar as especificidades da prática de pesquisas nestas áreas, a referida Resolução também considerou a exigência do respeito e da garantia aos direitos dos participantes. Em seu artigo 1º encontramos:

Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências

Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução.

Mais recentemente, no ano de 2018, com a publicação da Resolução CNS nº. 580/2018, foram abordadas as necessidades específicas referentes às pesquisas de interesse estratégico para o Sistema Único de Saúde (SUS). Dentre as várias considerações citadas para a publicação desta resolução,

uma delas é a necessidade de articular o Sistema CEP/CONEP nas esferas do SUS para a análise, aprovação e acompanhamento das pesquisas aprovadas. Em seu capítulo II onde são tratados os aspectos éticos das pesquisas com seres humanos nas instituições do SUS está exposto:

Art. 2º As pesquisas realizadas em instituições integrantes do SUS devem atender aos preceitos éticos e de responsabilidade do serviço público e de interesse social, não devendo ser confundidas com as atividades de atenção à saúde.

Art. 3º A utilização para fins de pesquisa de acervo e/ou material biológico humano resultante das atividades de atenção à saúde só poderá ser realizada com a devida apreciação e aprovação ética do Sistema CEP/CONEP.

Cabe ressaltar que além das que foram destacadas, o Sistema CEP/CONEP é regido por várias outras Resoluções e normativas que tratam de diversos assuntos, como exemplo, o processo de acreditação dos Comitês de Ética, o armazenamento de material biológico humano, os projetos multicêntricos, as doenças ultrarraras e a composição da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

A CONEP é uma Comissão do Conselho Nacional de Saúde que atua juntamente com os Comitês de Ética em Pesquisa e, cabe a esta comissão a avaliação das pesquisas como as realizadas com população indígena, que envolvam genética humana, e outras consideradas de áreas temáticas especiais. Em relação à CONEP, Lousana (2008, p. 13) nos diz:

A CONEP é uma Comissão do Conselho Nacional de Saúde (CNS), criada pela Resolução 196/96 e com constituição designada pela Resolução 246/97, para implementar as normas e diretrizes que regulamentam as pesquisas envolvendo seres humanos, aprovadas pelo Conselho tem função consultiva, deliberativa, normativa e educativa, atuando em conjunto com uma rede de Comitês organizados de Ética em Pesquisa, nas instituições onde as pesquisas são realizadas.

Já os CEPs são responsáveis pela garantia dos direitos dos participantes das pesquisas através da avaliação, aprovação e acompanhamento dos estudos realizados no âmbito das instituições a que pertencem e que não

se enquadram nas áreas específicas de responsabilidade da CONEP. Referindo-se aos Comitês de Ética em Pesquisa, conforme Lousana (2008, p. 13):

O CEP é um órgão independente, constituído por profissionais de diferentes áreas, cuja responsabilidade é avaliar e acompanhar os aspectos éticos de todas as pesquisas com seres humanos, assegurando a proteção de direitos, a segurança e o bem-estar dos sujeitos envolvidos em estudos clínicos. É a primeira instância a avaliar o protocolo de pesquisa. Possui a obrigação de emitir um parecer, independente e consistente, após um período de 30 dias, [...].

Desta forma, percebe-se que o Sistema CEP/CONEP possui uma regulamentação consolidada e, também, que conforme as pesquisas sofrem modificações, bem como as áreas a serem pesquisadas, o referido sistema busca preencher as lacunas existentes a fim de sanar quaisquer dúvidas para a execução dos estudos e para a avaliação destes por parte dos membros pertencentes tanto aos CEPs quanto à CONEP. As Resoluções Normativas juntamente com as Normas Operacionais e demais Resoluções Complementares caracterizam os instrumentos da Regulamentação dos Comitês de Ética em Pesquisa do Brasil realizada através da CONEP pelo Conselho Nacional de Saúde.

3 O direito e a ética: uma sistematização a respeito das orientações conceituais

O direito é caracterizado como o sistema de normas e condutas que regulam as relações sociais. A ética está intimamente ligada aos valores de um indivíduo ou sociedade, bem como à sua moral. Dessa forma, é importante destacar uma visão sobre consciência ética de acordo com Sung (2009, p. 21-22):

Em resumo, nós somos seres morais e as comunidades humanas sempre criaram sistemas de valores e normas morais para possibilitar a convivência social, porque somos seres não determinados pela natureza ou pelo destino/Deus. E no processo de conquista da liberdade e do nosso ser descobrimos

a diferença entre o ser e o dever-ser e a vontade de construir um futuro diferente e melhor do que o presente. Para esta construção não basta boas intenções, mas também um controle sobre os efeitos não intencionais das nossas ações e o conhecimento de que o questionamento moral pressupõe um conflito entre interesse imediato e a longo prazo e entre interesse particular e o da coletividade.

É nesse sentido que se pode justificar a necessidade das normativas com a finalidade de regulamentar as pesquisas envolvendo seres humanos e também orientar os responsáveis pelas avaliações para que essas sejam realizadas corretamente em relação às questões éticas dos estudos, garantindo assim a integridade dos participantes e assegurando os seus direitos.

A ética pode ser vista teoricamente como uma maneira de examinar de forma crítica determinado sistema, bem como os princípios que o regem. Conforme explica Sung (2009, p. 13): “de modo geral é comum usar o conceito de ética e moral como sinônimos ou, quando muito, a ética é definida como o conjunto das práticas morais de uma determinada sociedade, ou então os princípios que norteiam estas práticas”.

O direito, responsável por ordenar as condutas dos indivíduos, é, de certa forma, do conhecimento de todos. A maioria dos indivíduos possui, por exemplo, determinada noção sobre o que é ou não é justo. A palavra direito vem do latim e apresenta duas formas linguísticas, conforme explica Allyson Luan (2017, p. 1-2):

A palavra "direito", no latim, apresenta duas formas linguísticas: - Jus-juris, da raiz sânscrita ju, traduzido a ideia de vínculo causal estabelecido entre as pessoas, apresentando, como decorrência lógica, a relação jurídica de direitos e obrigações que permeia o raciocínio jurídico.- Directum, forma do latim vulgar, lexicônica da línguas neolatinas, derivado de de + rectum, que significa linha reta ou aquilo que é geometricamente perfeito, projetando nas ações humanas um ideal a ser seguido, a ser realizado no plano concreto. Trata-se de uma metáfora na qual o direito deve ser uma linha reta, ou seja, conforme a norma. O direito é o que está conforme a lei. O parâmetro, portanto, seria a retidão moral e jurídica. A mesma metáfora foi aproveitada no espanhol derecho, no italiano diritto, no francês droit, no alemão recht e no inglês, right.

Podendo ser utilizada em diversos contextos, a palavra direito pode, de maneira complexa, levar a diferentes concepções. Nesse contexto, Adeodato (2012, p. 139) diz:

Pode-se definir o conceito como um esquema de natureza ideal no qual fixam características básicas de determinado objeto. A definição, por seu turno, consiste na aplicação dos elementos do conceito, configurando, a rigor, uma tautologia, uma vez que se propõe a estabelecer o significado de algo intrinsecamente dotado de significado.

O conceito de direito deve ser buscado dentre os aspectos imutáveis, que permanecem mantendo suas características apesar de mudanças históricas. Por outro lado, para o conceito de ética é preciso considerar a sua função histórica. Adeodato (2012, p. 151) destaca que “A Ética constitui, além da doutrina do bem e do correto, da ‘melhor’ conduta, a teoria do conhecimento e realização desse desiderato.”

Obter conhecimento sobre ética é fundamental para se viver em sociedade e para alicerçar a construção do ser humano. A determinação dos costumes de cada grupo social advém das discussões e reflexões éticas, o que acarreta na introdução da responsabilidade na vida cotidiana de cada um. Sobre a palavra “ética”, Porfírio (2020) assim se manifesta:

A palavra ética é de origem grega derivada de *ethos*, que diz respeito ao costume, aos hábitos dos homens. Teria sido traduzida em latim por *mos* ou *mores* (no plural), sendo essa a origem da palavra moral. Uma das possíveis definições de ética seria a de que é uma parte da filosofia (e também pertinente às ciências sociais) que lida com a compreensão das noções e dos princípios que sustentam as bases da moralidade social e da vida individual. Em outras palavras, trata-se de uma reflexão sobre o valor das ações sociais consideradas tanto no âmbito coletivo como no âmbito individual.

Desta forma é possível entender que o conhecimento ético pode ser caracterizado como uma condição humana, pois, é o que nos permite pensar e nos preocuparmos com as consequências de nossas atitudes e escolhas. Sung (2009, p. 16) ressalta que “devemos ser responsáveis pelas

consequências das nossas ações e atitudes. Pois delas dependem a convivência humana e a realização do ‘ser humano’ de cada um.”

Não se pode, porém, relacionar a ética somente às intenções individuais de cada pessoa, é necessário questionar e compreender como se dá a interferência dessas questões nas ações dos indivíduos através da estruturação dos sistemas sociais em que vivem e se relacionam.

Cabe ressaltar que, muito do direito positivo acabou por ser estabelecido por meio de discussões éticas, devido ao fato de que grupos que divergem enfrentam-se por meio de suas escolhas éticas, e a escolha do grupo vencedor é a que acaba por ser imposta.

Singer (2002, p. 20) diz que “a ética exige que extrapolemos o ‘eu’ e o ‘você’ e cheguemos à lei universal, ao juízo universalizável, ao ponto de vista do espectador imparcial, ao observador ideal, ou qualquer outro nome que lhe dermos”. Ou seja, deve-se pensar além do que é certo ou da melhor conduta a ser executada levando em consideração o pessoal, é necessário o conhecimento e a realização destes quesitos de maneira que possibilite que sejam alcançados universalmente.

Para Trigueiros Neto (2012, p. 1), a ética “traduz a ideia de um ‘comportamento ideal’.” O comportamento ideal pode ser entendido como aquele comportamento esperado, entre outras palavras, o comportamento que se imagina ou pensa ser adequado para determinada situação. Para a ética, tal comportamento deve estar presente na consciência humana.

Considerando-se a ética intimamente relacionada com as tomadas de decisões, cabe destacar a necessidade de seguir princípios que não venham a colidir com os demais que se encontram nivelados, pois, as decisões são estritamente pessoais. Em Kipper (2006, p. 29) é possível visualizar:

Hoje a Ética é um desafio e, ao mesmo tempo, um anseio que serve para mobilizar sentimentos e vontades. O muito falar, escrever, citar uma palavra ou um conceito revela um desejo, uma lacuna, uma necessidade. Por exemplo, felicidade tão falada e procurada. O mesmo acontece com a Ética, objeto de tantas reflexões no mundo atual.

Analisando as orientações conceituais sobre o direito e a ética, pode-se chegar a seguinte sistematização: o direito é a ciência constituída de princípios e regras segundo a qual se seguem as leis morais e éticas.

Para chegarmos ao conceito de ética, é necessário estender-se muito além do necessário para poder conceituar o direito, por outro lado, este último será muito mais preciso do que o conceito de ética.

4 A pesquisa no ensino superior através dos seus princípios jurídicos

A realização de pesquisas no Brasil passou por um importante processo de evolução. Inicialmente eram executados apenas estudos envolvendo a área da saúde. Com o passar do tempo as áreas de atuação foram expandidas, envolvendo, dessa forma, pesquisadores de outras especialidades e profissões.

É importante destacar que as pesquisas eram realizadas especialmente em universidades e institutos de pesquisa. “Contudo, até a década de 1970 não existiam registros de diretrizes ou normas para a realização de pesquisa em seres humanos no Brasil” (KIPPER, 2006, p. 17-18).

Em 1970 foram criadas as Comissões de Éticas Médicas, que possuíam como finalidade a inspeção das práticas médicas. Tais comissões foram as responsáveis, no Brasil, pelas primeiras atuações de Comissões de Ética na área de pesquisas por volta do ano de 1980. Porém, não ocasionou grande impacto em relação à realização de pesquisas, por se tratarem de comissões formadas somente por médicos, os quais não possuíam como objetivo a avaliação de pesquisas.

A preocupação da comunidade com possíveis abusos decorrentes de realização de pesquisas e com a segurança dos participantes aumentou e, de acordo com Kipper (2006, p. 21):

Em 1987 foi publicado o livro *Experimentação com Seres Humanos*, dos Profs. William Saad Hossne e Sonia Vieira. Esta publicação teve grande repercussão junto ao meio universitário brasileiro, especialmente na área médica, provocando debates sobre os abusos da pesquisa.

O Conselho Nacional de Saúde, responsável pelo controle social na saúde, publicou a Resolução CNS nº. 01/88, com a finalidade de implantar normativas para as pesquisas em saúde, na qual constavam normas que obrigavam instituições a criarem Comitês Internos de Ética e a aderirem ao uso do Consentimento Informado, dentre outras indicações.

Contudo, a fim de preencher lacunas existentes em relação à realização das pesquisas com seres humanos, o Conselho Nacional de Saúde aprovou a constituição da Resolução CNS nº. 196/96. A referida resolução foi composta por diretrizes e normas dirigidas às pesquisas nas quais seres humanos sejam participantes.

A discussão para a elaboração desse documento envolveu mais de 30.000 pessoas através da distribuição do documento preliminar às instituições que possuíam ligação com pesquisas, bem como a realização de audiências públicas. As principais mudanças trazidas por este documento são explicadas por Kipper (2006, p. 25):

A mais importante alteração desta nova Resolução foi a de ampliar a abrangência para todas as pesquisas que envolvam seres humanos e não apenas as da área da saúde, como antes era previsto. Esta proposta incluiu novas áreas, especialmente nas Ciências Humanas Aplicadas, onde a discussão destes aspectos éticos ainda não havia sido sequer iniciada. Pelas novas Diretrizes o documento resultante do processo de consentimento informado passou a ter a denominação legal de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. As comissões institucionais locais passaram a serem chamados de Comitês de Ética em pesquisa (CEP). A rotina administrativa para a criação destes novos Comitês foi extremamente simplificada, comparativamente à prevista na Resolução 01/88. Foi criada uma nova instância nacional, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP), responsável pela avaliação de projetos de áreas temáticas especiais e pela atualização e detalhamento de diretrizes nacionais. Foram consideradas áreas temáticas especiais àquelas pesquisas em áreas de fronteira do conhecimento, tais como as de genética e reprodução, ou com populações ou grupos vulneráveis, como as realizadas em comunidades indígenas.

Cabe ressaltar que a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa elaborou alguns documentos com a finalidade de complementar o que estava

disposto na Resolução nº. 196/96 e, também, para especificar algumas questões.

Nesse contexto, destaca-se com grande importância a questão da relevância da realização de pesquisas em todas as áreas de conhecimento, incluindo os estudos realizados no ensino jurídico, conforme aborda Silva (2014, p. 2):

A pesquisa no ensino jurídico é de suma importância para se aliar teoria e prática, uma ação refletida na área do Direito. Através dela é que podemos aprofundar o conhecimento, possibilitando a construção, reformulação e acumulação do saber. Por isso é necessário ultrapassarmos e superarmos métodos ultrapassados que dissociam a pesquisa do ensino, para que desta forma possamos alcançar um ensino de alta qualidade, em nível de excelência.

A pesquisa é o mesmo que uma investigação sobre determinado assunto, que possui como objetivo adquirir um conhecimento mais detalhado a respeito, contribuindo com a geração de novos conhecimentos. Em relação à prática da pesquisa no ensino superior, Silva (2013, p. 8) diz:

No Ensino Superior a pesquisa é imprescindível para o sucesso, uma vez que seus benefícios são incontáveis para o crescimento dos acadêmicos e para a ampliação dos seus conhecimentos, e aos docentes, estes se beneficiam com trabalhos mais qualificados. Portanto, os egressos adquirem um nível digno de ser valorizado, encontram-se mais preparados para os desafios da sociedade e inserção no mercado de trabalho.

No ano de 2012 foi publicada a Resolução nº. 466/12, a qual, da mesma forma que a Resolução nº. 196/96, dirige-se às pesquisas de todas as áreas, com o diferencial de possuir destacado, em um de seus artigos, as especificidades éticas das pesquisas em ciências humanas e sociais e outras que possam utilizar metodologias próprias da área. Porém, a publicação desta resolução não foi suficiente, conforma destaca Guerriero e Minayo (2013, p. 777-778):

A Resolução nº 196/96 compartilha com os documentos internacionais uma concepção de pesquisa experimental unívoca, que prevê teste de hipótese e

visa produzir conhecimento generalizável. Opera com uma maneira de gerar conhecimentos na qual os procedimentos são definidos e podem ser descritos pelo pesquisador antes do início da investigação. Os pressupostos dessa forma de fazer ciência não condizem com as abordagens que dependem de uma interação intersubjetiva. As modificações na Resolução 466/12, que revogou a 196/96, não foram profundas o suficiente para alterar essa situação.

Sendo assim, por haver necessidade de uma normativa voltada às pesquisas destas áreas, foi publicada a Resolução CNS n.º. 510/16, tratando sobre as pesquisas em ciências humanas e sociais que possuem seres humanos como participantes, a fim de preservar a proteção destes. Destaca-se que a referida resolução expressa claramente que nem todas as pesquisas deem ser submetidas ao Sistema CEP/CONEP, conforme explica Guerriero (2016, p. 2620):

O artigo primeiro lista os projetos de pesquisa que não necessitam de apreciação do Sistema CEP/CONEP. Entre eles, as revisões sistemáticas, que já não se incluíam na definição de pesquisas envolvendo seres humanos, mas que algumas instituições exigiam, equivocadamente, aprovação pelo Sistema CEP/CONEP.

Por considerar a necessidade de avaliação ética, bem como do acompanhamento das pesquisas realizadas em todas as áreas, em 2018, o Conselho Nacional de Saúde publicou a Resolução CNS n.º. 580/18, a qual possui como finalidade estabelecer as especificidades éticas das pesquisas de interesse estratégico para o Sistema Único de Saúde (SUS).

Sabendo que os princípios jurídicos estão sendo vistos como pressupostos para a realização das pesquisas no contexto em que se trata, é possível visualizar a importância da avaliação das questões éticas.

O papel dos Comitês de Ética se destaca por estabelecer, dentro das universidades, reflexões no sentido de seguir os princípios jurídicos estabelecidos para a realização das pesquisas relacionando-as à uma execução de forma ética. Barbosa, Boery e Ferrari (2012, p. 41) concluem que:

Assim, seja por exigência ético-científica e social ou pela consciência ética do pesquisador, a importância e relevância do CEP tem se tornado cada vez mais evidente para que a ciência possa caminhar realizando pesquisas que contribuam com o aumento do conhecimento científico da humanidade dentro de padrões éticos cada vez mais elevados, ou seja, respeitando cada vez mais o direito à vida em todas as suas formas e a integridade biopsicossocial do ser humano, enquanto ser complexo que pensa, age e interage com o ambiente em que o cerca e que, por este motivo, deve atuar de forma ética e responsável em todas as suas relações, sejam elas com outros seres humanos ou com o meio ambiente que o cerca.

Para a constituição do colegiado de membros do CEP também devem ser observados alguns aspectos importantes, conforme o considerado por Batista, Andrade e Bezerra (2012, p. 155):

A constituição de um CEP deve evitar o erro de atribuir a seus integrantes o caráter de representantes de grupos de interesses, como também a adesão a determinadas crenças religiosas ou a certas instituições corporativistas. O CEP não é lugar para negociação de interesses corporativos; o interesse deve ser de avaliar o impacto das pesquisas no bem-estar da vida das pessoas.

Os Comitês de Ética acabam deparando-se, inclusive, com algumas dificuldades encontradas para o processo de fiscalização a respeito do andamento dos projetos já aprovados por eles. Do mesmo modo, possuem grande preocupação em relação a possíveis ocorrências de estudos realizados sem que tenham sido submetidos à avaliação do sistema CEP/CONEP. Nesse sentido, Muccioli et al. (2008, p. 773-774) manifestam-se a respeito da relevância e importância da aprovação dos CEPs:

Da mesma forma, acredita-se que todo trabalho enviado para publicação tenha sido previamente submetido a essas mesmas regras éticas. Os editores das diversas revistas científicas indexadas em bases de dados nacionais e internacionais e que contam com 'peer review', geralmente incluem nas suas normas de publicação a necessidade do trabalho enviado para a publicação ter sido submetido à aprovação de um comitê de ética em pesquisa. Algumas revistas indexadas no 'Medline' e que estão entre as 'Top 10' na classificação das melhores publicações científicas, exigem o encaminhamento de carta de

aprovação do CEP Institucional para os artigos científicos enviados e submetidos à análise dos revisores, além de carta com assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido dos pacientes no caso de relato de caso clínico.

Assim como a aprovação dos CEPs possui grande importância, é relevante apontar o caráter consultivo deste, pois também é responsável por divulgar as normativas e demais orientações na instituição à qual pertence, bem como orientar e sanar eventuais dúvidas tanto dos pesquisadores como dos participantes das pesquisas. Nesse contexto, Batista, Andrade e Bezerra (2012, p. 155) destacam:

Salientamos o papel imprescindível dos CEPs na divulgação de normas éticas das pesquisas com seres humanos, na educação do pesquisador e no modo correto de se elaborar um projeto de pesquisa. Sem dúvida, apesar de todos os esforços, existem ainda dificuldades e pontos prioritários a serem trabalhados, principalmente quanto a prazos e a alguns procedimentos para aprovação dos projetos, que atualmente se tenta minimizar com a criação do sistema informatizado denominado Plataforma Brasil.

Destaca-se que na Universidade de Cruz Alta o CEP está indicado dentro do Programa de Desenvolvimento Institucional (PDI), no item referente às Políticas de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, subitem Políticas de Pesquisa, o qual prevê a seguinte ação:

V Fortalecimento do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) e Comitê de Ética para o Uso de Animais (CEUA):

- capacitar, permanentemente, os pesquisadores professores e estudantes, quanto à observância das normas para pesquisas, envolvendo seres humanos, animais e meio ambiente e inserção dos projetos nos respectivos comitês;
- intensificar a divulgação das atividades e da importância do CEP e CEUA, na qualificação da pesquisa institucional;
- adequar os editais institucionais aos regulamentos do CEP e CEUA. (UNICRUZ, 2013-2017, p. 61).

O CEP/UNICRUZ é tido como um órgão de apoio às atividades acadêmicas, e está vinculado à Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão. Foi criado dentro da instituição no ano de 2006 com a finalidade de se fazer cumprir o disposto na Resolução CNS nº. 196/96, possuindo capacidade para regulamentar, fiscalizar e analisar os projetos de pesquisa envolvendo seres humanos no âmbito da UNIRUZ. Encontra-se, atualmente, revisado de acordo com as resoluções vigentes do Conselho Nacional de Saúde. Conforme regimento interno:

[...] é um órgão colegiado interdisciplinar e independente, com 'múnus público, de caráter consultivo, deliberativo e educativo, criado para defender os interesses dos sujeitos da pesquisa em sua integridade e dignidade e para contribuir no desenvolvimento da pesquisa dentro do padrão ético (UNICRUZ, 2015, p. 2).

Desse modo, observando a existência de normativas que regulamentam as pesquisas realizadas no Brasil nas diversas áreas de conhecimento alicerçadas em princípios jurídicos que possuem a finalidade de assegurar a proteção dos participantes de pesquisas, ainda há situações em que as referidas normativas não estão sendo corretamente observadas.

Entretanto, o que se encontra em vigência em relação ao assunto tratado expõe, visivelmente, que é indispensável a submissão dos projetos de pesquisa à apreciação do sistema CEP/CONEP, pois estes são os responsáveis a fazer cumprir os princípios jurídicos que regulamentam o desenvolvimento de pesquisas com seres humanos no ensino superior.

5 Considerações finais

Com base no estudo realizado através da busca em livros e artigos científicos referentes ao tema e, sobretudo, na análise da evolução das resoluções normativas que regem o sistema CEP/CONEP, em especial o Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Cruz Alta, é possível

concluir que os aspectos jurídicos que fundamentam os propósitos de referido órgão não possuem total efetividade nesta instituição.

Foram estudados livros de autores que expressam suas ideias e conclusões a respeito do sistema CEP/CONEP, bem como naqueles que apresentam as principais alterações observadas a partir das publicações de novas resoluções normativas. Também foram analisados artigos científicos e livros que nos trazem as ideias conceituais do direito e da ética, o que possibilitou a realização da sistematização conceitual destes. Além disso, buscou-se material referente à importância da realização das pesquisas no ensino superior e da observância dos princípios jurídicos necessários para esta atividade. Por fim, foram analisadas as resoluções normativas do sistema citado anteriormente, desde sua criação até o presente momento, principalmente, as que regem o CEP/UNICRUZ.

Partindo da análise da regulamentação dos Comitês de Ética no Brasil, foi constatado que esta deve ser de conhecimento de todos os pesquisadores, bem como dos membros pertencentes a estes órgãos, pois devem realizar a avaliação das pesquisas de maneira adequada, garantindo que estejam de acordo com as normativas vigentes. Todas as pesquisas realizadas com seres humanos devem respeitar as normativas do Conselho Nacional de Saúde. Também foi possível observar que as resoluções normativas foram sendo publicadas, algumas revogando e outras complementando as anteriores através da abordagem de áreas ainda não regulamentadas, com o objetivo de preencher eventuais lacunas existentes. Sendo assim, as resoluções normativas, as normas operacionais e as resoluções complementares regulamentam os Comitês de Ética em Pesquisa no Brasil, por meio da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa e do Conselho Nacional de Saúde.

No que se refere à sistematização a respeito das orientações conceituais do direito e da ética, considera-se que o direito é o sistema de normas e condutas da sociedade e a ética é a responsável pela ligação dos valores de um indivíduo ou sociedade, portanto, é possível concluir que as normativas que regulamentam as pesquisas com seres humanos são necessárias

para a observância das questões éticas, para a garantia da integridade dos participantes, bem como a garantia dos seus direitos. Desta forma, após a análise das orientações conceituais, depara-se com a sistematização do direito como ciência composta de regras e princípios que seguem as leis morais e éticas.

Com relação às pesquisas realizadas no ensino superior e seus princípios jurídicos, foi observado que houve uma expansão sobre as áreas de atuação, o que passou a envolver indivíduos de diversas especialidades e profissões. As primeiras atuações de Comissões de Ética sobre as pesquisas ocorreram de maneira precária, o que levou a comunidade a buscar determinada proteção contra possíveis abusos praticados na realização das pesquisas.

Desta forma, o Conselho Nacional de Saúde juntamente com a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa publicaram resoluções normativas e demais documentos que regulamentam a realização das pesquisas no ensino superior. Além disso, passaram a abordar em suas normativas as especificidades éticas das pesquisas de diversas áreas de conhecimento que envolva seres humanos como participantes.

Demais observações que devem ser apontadas em relação ao papel dos Comitês de Ética são a sua responsabilidade por disseminar os princípios jurídicos necessários para a realização das pesquisas dentro de suas instituições, o cuidado com os aspectos exigidos para a composição de seus colegiados e, com maior destaque, a dificuldade de fiscalização das pesquisas já aprovadas, bem como o anseio a respeito de estudos realizados sem a devida submissão ao sistema CEP/CONEP, e, conseqüentemente, sem aprovação para sua execução.

Por fim, o Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade de Cruz Alta é um órgão de apoio às atividades acadêmicas que está vinculado à Pró-Reitoria de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão, com funcionamento adequado às normativas vigentes, que, que se depara com situações em que estas não são seguidas da forma como seria necessário. Além disso, estas normativas nos trazem expressamente que o sistema CEP/CONEP é

responsável por se fazer cumprir o disposto para a realização das pesquisas no ensino superior.

O CEP/UNICRUZ é composto por um colegiado que tem como participantes profissionais pertencentes ao Centro de Ciências Humanas e Sociais, ao Centro de Ciências da Saúde e Agrárias, além dos membros externos caracterizados como representantes dos usuários. Anualmente é responsável pela emissão de aproximadamente uma média de 200 pareceres relacionados às pesquisas submetidas para apreciação.

Dentre as áreas que devem submeter seus estudos ao CEP/UNICRUZ podemos destacar os cursos de ciências da saúde, tais como biomedicina, enfermagem, farmácia, educação física, fisioterapia, tecnólogo em estética e cosmética, além dos cursos de ciências humanas e sociais, após a publicação da Resolução nº. 510/16, a qual trata das especificidades dessas áreas. Também, são submetidas a este órgão as pesquisas referentes aos programas de Pós-Graduação da Universidade e projetos oriundos de professores autônomos ou Instituições de Ensino Superior que não possuem CEP.

Conclui-se, conseqüentemente, que os aspectos jurídicos apresentados não possuem plena efetividade na Universidade de Cruz Alta. Verifica-se que parte dos pesquisadores não observa e, desta forma, não seguem as exigências estabelecidas para o desenvolvimento de pesquisas com seres humanos, não realizando a submissão ao órgão responsável com a justificativa de não visarem futuras publicações sobre o estudo. Porém, pesquisas que obterão dados diretamente com os participantes ou que, de algum modo, possam identificá-los, independente da área de conhecimento, devem respeitar a legislação vigente a respeito, pois, esta possui o mesmo caráter legal que qualquer outro dispositivo.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARBOSA, Adriana Silva; BOERY, Rita Narriman Silva de Oliveira; FERRARI, Márcio Roger. Importância atribuída ao comitê de ética em pesquisa (CEP). *Revista de Biotética y Derecho*, Barcelona, n. 26, p. 31-43, nov. 2012. Disponível em: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872012000300005>. Acesso em: 25 set. 2018.

BATISTA, Kátia Torres; ANDRADE, Rildo Rinaldo de; BEZERRA, Nilzete Laurentino. O papel dos comitês de ética em pesquisa. *Revista Brasileira de Cirurgia Plástica*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 150-155, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcp/v27n1/25.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 14. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº. 01, de 1988. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/Web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/resolucoes.htm>. Acesso em: 1 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº. 196, de 10 de outubro de 1996. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/sites/ufu.sti.inca.local/files//media/document//resolucao-cns-196-96.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº. 466, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2012/Reso466.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº. 510, de 07 de abril de 2016. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. Resolução nº. 580, de 22 de março de 2018. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2018/Reso580.pdf>>. Acesso em: 1 maio 2019.

GUERRIERO, Iara Coelho Zito. Resolução nº. 510 de 7 de abril de 2016 que trata das especificidades éticas das pesquisas nas ciências humanas e sociais e de outras que utilizam metodologias próprias dessas áreas. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 8, p. 2619-2629, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v21n8/1413-8123-csc-21-08-2619.pdf>>. Acesso em: 5 out. 2018.

GUERRIERO, Iara Coelho Zito; MINAYO, Maria Cecília de Souza. O desafio de revisar aspectos éticos das pesquisas em ciências sociais e humanas: a necessidade de diretrizes específicas. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 3, p. 763-782, 2013. Disponível em: <<http://ref.scielo.org/vszmtk>>. Acesso em: 5 out. 2018.

KIPPER, Délio José. *Ética: teoria e prática: uma visão multidisciplinar*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LOUSANA, Greyce. Pesquisa clínica. *ConScientiae Saúde*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 11-14, 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/929/92970102.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

LAUN, Allyson. *Etimologia/Conceito da Palavra Direito*. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <<https://allysonluan.jusbrasil.com.br/artigos/417477751/etimologia-conceito-da-palavra-direito>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

MUCCIOLI, Cristina et al. Relevância do comitê de ética em pesquisa nas publicações científicas. *Arquivos Brasileiros de Oftalmologia*, São Paulo, v. 71, n. 6, p. 773-774, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/abo/v71n6/ao1v71n6.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

RIBEIRO, Paulo Silvino. O que é ética? *Brasil Escola*, [S. l], [21--?]. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/o-que-etica.htm>>. Acesso em: 30 abr. 2019.

SILVA, Jailson da Silva e. A importância da pesquisa no ensino superior. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://jailsondasilva.jusbrasil.com.br/artigos/111959344/a-importancia-da-pesquisa-no-ensino-superior>>. Acesso em: 23 set. 2018.

SILVA, Marcelo Amaral da. A importância da pesquisa no ensino jurídico. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4037, 21 jul. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30365>>. Acesso em: 23 set. 2018.

SINGER, Peter. Ética prática. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SUNG, Jung Mo. Conversando sobre ética e sociedade. 16. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. Ética profissional. v. 10. Niterói: Impetus, 2012.

UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA - UNICRUZ. Programa de Desenvolvimento Institucional - PDI. 2013-2017. Disponível em: <<https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2016/09/PDI-2013-2017.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

UNIVERSIDADE DE CRUZ ALTA - UNICRUZ. Regimento Interno do Comitê de Ética em Pesquisa. 2015. Disponível em: <<https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2017/04/Regimento-Interno-CEP.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2018.

A influência dos atos do governante na ética da comunidade: uma análise aristotélica

*Nathalia Gomes Silveira*¹

Introdução

O ser humano é, ao longo de sua vida, influenciado de diversas formas, seja através de exemplos de pessoas em sua vivência, seja pela mídia e pelo marketing. O importante é que todo esse influxo acaba por gerar impacto em seu agir, que pode se manifestar de forma positiva ou negativa para si e para os demais. Assim, a influência pode vir desde o âmbito familiar até as relações públicas, alterando apenas os sujeitos que participam dessas situações. Dessa maneira chegamos ao questionamento central do presente trabalho: os vícios e as virtudes éticas do caráter do governante influenciam e refletem na sua comunidade?

Diante da situação política atual, seja a nível nacional ou internacional, se faz necessário realizar estudos voltados à compreensão de quais erros estão sendo cometidos pelos seres humanos a ponto de não ocorrerem mudanças positivas na sociedade. A filosofia está enraizada em todas as áreas de estudo, logo, nada mais justo que utilizarmos da mesma para buscar essa compreensão. Mesmo que em um país democrático todos tenham “voz” política ativa, somos representados por indivíduos escolhidos através do voto, no poder executivo e legislativo. Nossos representantes

1 - Advogada. Bacharel em Direito pela ULBRA – Universidade Luterana do Brasil. Licencianda em Letras (português/literatura) pela UNIASSELVI.

(incluindo até os que não podemos escolher diretamente) possuem grande poder sobre a sociedade, onde deveria ser um grande poder “para” a sociedade.

Para alcançar os objetivos propostos, dividiremos o presente artigo em quatro seções. Na primeira, abordamos a busca do ser humano pela *eudaimonia*, ou a felicidade, que é o principal objeto de estudo da Ética a Nicômaco de Aristóteles. Para isso, adentraremos um pouco nos conceitos de vícios e virtudes.

A segunda seção é dedicada ao estudo da teoria da justiça, já que a mesma é tida como a melhor virtude e a mais importante para que seja atingida a verdadeira felicidade. Abordaremos a equidade, que é uma parte da justiça, mas algo a mais do que a mesma.

A terceira seção trata sobre o estudo da política e tudo relacionado a ela: aqui veremos quem é o governante e quem é o governado, bem como abordaremos quais são os regimes políticos que uma comunidade pode estar sendo sujeitada. Em sequência, falaremos sobre a extrema importância da educação para a composição da *pólis*.

A quarta seção aborda a influência dos atos do governante na ética da comunidade através de casos práticos, elencados através de pesquisas realizadas por instituições.

Para finalizar, traremos as considerações finais acerca do tema, com as conclusões obtidas ao longo da pesquisa.

1 A ética aristotélica

A fim de identificar se as ações dos governantes geram repercussão na comunidade, precisamos antes entender que a política aspira a um bem e este bem é a felicidade (*eudaimonia*). Destarte, se faz necessário realizar um estudo acerca do bem e todos seus elementos, de modo a compreender a importância da existência da *pólis*, que é o local de execução dos atos humanos.

1.1 O bem humano e a felicidade

Aristóteles inicia o Livro I da *Ética a Nicômaco* propondo o seguinte princípio: “toda arte e todo questionamento, e do mesmo modo toda ação e escolha, parecem visar a algum bem” (1994, p. 2). Esse bem de que trata o Filósofo é a felicidade, como percebemos quando ele profere que “o melhor, o mais bonito e o mais agradável é a felicidade” (ARISTÓTELES, 1915, 1217a21-22): todos nós temos em comum a busca pela felicidade e apenas uma virtude específica nos conduz a tal ponto: a justiça.

Muitos podem não definir assim as suas atividades, mas acabamos buscando empregos pensando em sermos mais felizes, novas moradias pensando em sermos mais felizes, e assim sucessivamente. Entretanto, nada disso nos garante o objetivo final:

Sobre o que é a felicidade nem todos concordam, mas deixadas de lado as opiniões de julgamentos incapacitados, de opiniões de todos os que bem sentem as coisas, o teste consiste em agir conforme a razão perfeita, pois o melhor que há nos homens [...] é o uso da razão. (ABRIL, 2001, p. 10, tradução nossa).

Como o que pretendemos aqui é abordar aspectos políticos relacionados à *Ética*, faz-se essencial dizer que a política engloba muitas ciências, e isso faz com que ela constitua o bem do homem (ARISTÓTELES, 1994, p. 2). Compreende-se que a política é o que fundamenta as cidades, logo a cidade e seus governantes passam a ser necessários para que o bem do homem seja atingido. Um Estado com um regime governamental injusto prejudica a prática da justiça e impede que o cidadão atinja o seu desenvolvimento.

É importante ressaltar que a justiça é a virtude perfeita e que “a felicidade é uma atividade da alma segundo a virtude perfeita” (ARISTÓTELES, 1994, p. 16), ou seja, se atinge o verdadeiro estado de felicidade através da prática da justiça. Deste modo, todas as coisas que levam o homem acreditar ser possuidor da felicidade, se não estão de

acordo com a virtude perfeita, não é a verdadeira felicidade, pois todo resto é passageiro:

Na busca por um conceito bem definido, Aristóteles desmerece tanto a felicidade pequena demais, o “ter felicidade” (EN I 10, 1099b20ss.; Pol VII 1, 1323b26s.) quanto a felicidade grande demais, aquela bem-aventurança (*makariotês*) que está reservada à divindade (EN X 8, 1178b21s.). (HÖFFE, 2008, p. 191).

A felicidade perfeita, por ser algo tão supremo e almejado, tem de estar ligada a justiça porque “se a felicidade é uma atividade conforme a virtude é razoável que seja conforme a virtude mais excelente, e esta será a virtude do melhor que há no homem” (ARISTÓTELES, 1994, p. 165), entretanto a felicidade em absoluto também possui relação com a vida conforme a razão (ARISTÓTELES, 1994, p. 167).

O Filósofo também se dedica a estudar a felicidade em relação ao político, alegando que o que é político igualmente se preocupa com a felicidade, afinal pretende-se ter cidadãos bons e obedientes às leis (ARISTÓTELES, 1994, p. 15). Ora, podemos levantar aqui uma indagação que voltará a ser abordada ao longo do trabalho: poderia o ser político ofertar felicidade a seu povo sem ser de fato justo? Se não consegue fazer a si feliz como pode esperar que seu povo assim o seja?!

1.2 A virtude moral e a dianoética

Sendo a justiça uma virtude e essencial para a felicidade, estudaremos agora os conceitos de virtude. Aristóteles a divide em duas partes: a virtude moral e a intelectual, ou dianoética, “pois louvamos não só apenas, mas também, o inteligente e o sábio” (ARISTÓTELES, 1915, 1220a10).

Ainda, é possível trazer a seguinte conceituação:

A virtude moral, em efeito, tem a ver com os prazeres e com as dores, porque por causa do prazer fazemos o mal e por causa da dor nos afastamos do bem. Daí a necessidade de haver sido educado de certo modo já desde jovem, como

disse Platão, para poder sentir o prazer e a dor como é devido; Nisso consiste, com efeito, a boa educação. (ARISTÓTELES, 1994, p. 21).

Entendemos que a virtude moral não está ligada a abrir mão de nada que cerca o indivíduo e sim encontrar a forma certa através da qual praticar e sentir os prazeres e as dores. Aquele que desde jovem possui a educação adequada está pronto para saber selecionar suas ações e sentimentos, afinal não busca os prazeres excessivos e entende que a dor se faz em episódios da vida.

A parte intelectual da alma, a qual pertence a racionalidade, pode ser científica (*epistemonikón*), ou seja, ter o conhecimento de como as coisas são de verdade, ou calculativa (*logistikón*), onde entra todas as coisas variáveis que são objeto de deliberação humana (ARISTÓTELES, 1994, p. 89). A virtude intelectual possui grande importância ao ramo político, como veremos, a educação é base da boa cidade ou sociedade e a virtude intelectual está relacionada ao aprendizado e a racionalidade:

E uma vez que as excelências intelectuais envolvem a razão, essas formas de bens pertencem à parte racional, que, como tendo razão, está no comando do espírito, enquanto que as virtudes morais pertencem à parte que é irracional, mas por natureza capaz de seguir a racional. (ARISTÓTELES, 1915, 1220a15).

A excelência intelectual envolve a racionalização dos atos. O bom desenvolvimento desse aspecto humano se torna fundamental para o exercício da justiça que é uma virtude baseada na razão. Da mesma forma, não havendo o bom desenvolvimento da razão, em consequência, não haverá o bom desenvolvimento da moral, afinal uma segue a outra. Assim, se carece de ambas as virtudes para o efetivo desenvolvimento:

É claro que nenhuma das virtudes morais consiste em nós, por natureza, pois nada do tipo, por natureza, pode, por costume, ser feito de outra forma: como a pedra, que naturalmente puxa para baixo, ele nunca se acostumará a subir, embora mil vezes a joguem para cima. (ABRIL, 2001, p. 39).

Assim não resta dúvida de que a virtude moral somente é adquirida pelo hábito (ARISTÓTELES, 1915, 1214a20): não há como herdá-la por traço genético, nem desenvolvê-la pela observação, é preciso praticar por si de forma insistente até que se habitue aquele ato e o faça de forma permanente. Enquanto isso, a virtude intelectual nasce da doutrina, ou seja, do aprendizado e do estudo.

1.3 Vícios e virtudes

Os vícios e as virtudes são um dos principais pontos desse artigo. É necessário compreender o que são para conseguirmos entender se os mesmos, ao serem desenvolvidos pelos governantes, impactam na comunidade.

Através do estudo das obras aristotélicas podemos afirmar que os vícios e as virtudes são práticas constantes de determinadas ações, é a insistência humana em determinado ato, seja de natureza boa ou má. A prática de atos bons e constantes leva a virtude, que está ligada a alma, a prática de atos maus, porém, leva ao vício.

É a nossa atuação nas transações com os demais homens que nos faz ser justos ou injustos (ARISTÓTELES, 1994, p. 19). Considerando ser a justiça a maior das virtudes, podemos, por óbvio, utilizar essa mesma lógica para com as demais. Afinal, vivendo o homem em sociedade e como ser social, percebe-se sua capacidade de aprimorar suas virtudes ou o caminho do vício através de sua relação com o próximo. Não se pode considerar virtuoso aquele que não tem prática.

A virtude, portanto, é alcançada através de atos atingidos pelo equilíbrio, do encontro adequado de um meio-termo entre dois extremos (ARISTÓTELES, 1994, p. 25). Cabe classificar que o meio-termo é o que se localiza entre o excesso e o defeito: o pródigo seria um extremo, o avarento estaria em seu oposto, já o generoso é aquele que saberia a medida de gastar e ajudar o próximo, sendo o meio-termo (ARISTÓTELES, 1994, p. 27).

O meio-termo é atingido pela deliberação prévia e racional das ações. Valendo-se da emoção o ser humano é levado a atos injustos, pela ponderação e racionalização consegue atingir atos de justiça. Assim, “a virtude é um estado de escolher propositadamente o meio-termo em relação a nós mesmos em todas aquelas coisas agradáveis e dolorosas em relação às quais sente prazer ou dor” (ARISTÓTELES, 1915, 1227a10). Nossas virtudes nos levam a felicidade, enquanto os vícios podem criar uma ilusão relacionada a isso.

1.4 Nomos: a lei

Não poderia haver lugar melhor para praticar as virtudes do que a cidade a qual se pertence, afinal uma sociedade composta por homens valentes, moderados, justos, entre outros, será muito mais evoluída e de fácil convivência do que aquela que esteja contrária a essas ações

Além disso, a boa educação é fundamental para que se formem os bons cidadãos e quem a organiza é o Estado, ou, conforme abordado em Aristóteles, a *pólis*. Dessa forma, a boa educação é a base da sociedade política e aquele assim formado desde a infância possui mais chances de ser um bom governante no futuro.

O legislador possui uma função especial na hora da elaboração da norma. Afinal, “o melhor é que a cidade se ocupe dessas coisas públicas” e “poderá fazê-lo melhor se é legislador” (ARISTÓTELES, 1994, p. 172), dessa forma, para a vida em sociedade seguir seu devido funcionamento, é preciso que obedecemos normas.

A lei é necessária por diversos motivos, mas, principalmente, para garantir a segurança: dar a certeza de que aqueles que a obedecem não sofrerão sanções desnecessárias e que aqueles que são infratores serão punidos de maneira adequada, pois a punição desmedida acarreta o medo desnecessário à comunidade:

A lei desempenha papel repressivo quanto àqueles cujo *ethos* não foi convenientemente formado; pode-se dizer que ela socializa os indivíduos, sem

conseguir politizá-los: a lei não é interiorizada sob a forma de hábitos éticos, e é por isso que ela deve suscitar o temor de sua sanção. (VERGINIÈRES, 1998, p. 195).

A lei é de vital importância para manter o controle daquele que não teve uma boa educação. Ela está ali para proteger ele próprio, da mesma forma que serve para proteger aos seus concidadãos, se o ser humano por sua vontade pretende infringir as normas que regularizam aquele determinado grupo da sociedade, deve possuir algo que o impeça de fazer isso, que o detenha: a lei, por isso ela deve “ser preservada enquanto é útil, mas deve ser também emendada, suavizada, quando a inteligência percebe suas insuficiências ou sua nocividade” (VERGINIÈRES, 1998, p. 42).

Se a norma não for o suficiente para impedir atos contrários a ela, deve ao menos servir para que ele não volte a praticar o mesmo delito ou que outras pessoas não saiam em prejuízo por atos de terceiros. A ausência de um bom legislador acarreta na má legislação.

Dessa forma, como humanos que vivem em comunidade, se faz necessário que a *pólis* intervenha através de normas elaboradas pelo legislativo, para que a ordem seja mantida e os cidadãos consigam alcançar à felicidade (*eudaimonia*), através da prática da virtude perfeita.

2 A teoria da justiça na Ética a Nicômaco

Na seção anterior vimos que o ser humano busca a felicidade que é alcançada através da prática das virtudes, principalmente da mais perfeita: a justiça. A mesma é de vital importância para o bom funcionamento da *pólis*, desse modo, nos ateremos agora ao seu estudo.

2.1 O conceito de justiça

Ao falarmos do conceito aristotélico de justiça partirmos do ponto em que sabemos que a igualdade defendida pelo filósofo em suas obras é de forma proporcional: aquele que mata não precisa perder sua vida, mas

pode, por exemplo, ser privado de sua liberdade como forma de pagamento, é o que Tomás de Aquino (2004, p. 47) refere ao dizer que “com efeito, temos por justo em nosso agir aquilo que corresponde ao outro, segundo uma certa igualdade”, ou seja, dar aquilo que a pessoa deve receber, nem mais, nem menos.

A justiça é um hábito constante, que como tal, acaba por se tornar uma virtude, de forma conceitual afirmamos que “a justiça é a disposição em virtude da qual os homens praticam o que é justo, obram justamente e querem o justo” (ARISTÓTELES, 1994, p. 70).

Porém, essa prática precisa estar ligada a sua interação como homem social, já que “a *iustitia universalis* consiste na prática de todas as virtudes nas relações inter humanas” (MAYNEZ, 1973, p. 66), porque considerando ser a justiça a melhor virtude, ao praticá-la o indivíduo já possui as outras virtudes, pois ela “abrange e compreende todas as virtudes” (ABRIL, 2001, p. 99) quando sua matéria é devida a outrem.

É comum associar a figura de algum ente público, geralmente do judiciário, quando se fala em aplicar a justiça, e isso é o adequado. Para que a justiça seja devidamente efetivada, é o público quem deve cuidar dessa parte, afinal “pessoas privadas em suas capacidades privadas não têm direito de punir nenhum óbvio malfeitor ou inimigo do Estado” (FINNIS, 1998, p. 275), pelo motivo de que particulares não tomam o uso da justiça contra outros em sua essência, e sim como uma forma de punição, desvirtuando-a e caracterizando à vingança.

Existe uma ligação popular entre a justiça e a igualdade, fazendo com que muitos venham a conectar esses dois significados de forma errada. Aristóteles escreve que a justiça consiste na igualdade, mas apenas para os iguais, e da mesma forma a desigualdade pode ser aplicada aos desiguais (ARISTÓTELES, 1998, p. 217), por exemplo, é justo que todos aqueles que ocupam uma mesma função dentro de uma empresa recebam a mesma coisa, independente de qualquer outro fator, pois o que deve ser considerado é o trabalho em si, da mesma forma que é justo que aqueles que ocupam funções diferentes tenham salários diferentes.

2.2 Os tipos de justiça

Ao longo do livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles aborda as formas da justiça. A primeira forma de divisão é a distributiva e a corretiva. Vemos que “a justiça distributiva dos bens comuns é sempre conforme a proporção” (ARISTÓTELES, 1994, p. 75), ou seja, devemos ter apenas o que nos é próprio.

Já a justiça corretiva “se chama assim porque seu fim consiste em retificar ou corrigir o que em tais relações deve ser, por contrariar a igualdade, retificado e corrigido” (MAYNEZ, 1973, p. 75). Como exemplo citamos o dever do juiz de achar uma forma adequada de punição àquele que cometeu homicídio. Para Aristóteles (1994, p. 75), a justiça que corrige essa desigualdade é aplicada pelo juiz, que procura igualar as partes através de uma forma de castigo.

Outras duas divisões da justiça é a doméstica e a política, que se diferenciam, principalmente, sobre o local onde são aplicadas: uma de forma mais íntima, a outra mais ligada a comunidade como um todo.

A justiça doméstica se preocupa com as relações “familiares”, estabelecidas através de uma certa hierarquia. É onde vemos qual a forma adequada de castigar o filho que veio a cometer alguma ação prejudicial a família.

Já a justiça política se divide em natural e convencional, ou legal (ARISTÓTELES, 1994, p. 81). Sua principal característica é ser formada por regras não naturais, já que são criadas pelo homem através das constituições (VERGINIÈRES, 1998, p. 204).

Por justo natural devemos tomar aquele que por natureza tem força de ser justo, como é a defesa da própria vida (ABRIL, 2001, p. 109), aquele que o homem já carrega consigo, independente da legislação do local em que vive. Do contrário, o justo convencional é aquele estabelecido pelo homem, por convenções. Assim, a principal diferença entre essas duas espécies é que “as coisas que não são justas por natureza, mas por acordo

humano, não são as mesmas em toda parte” (ARISTÓTELES, 1994, p. 81), pois cada local busca escrever legislações de acordo com aquilo que lhe é tido como melhor.

Sobre o justo natural, Tomás de Aquino (2004, p. 734) assegura que nesse caso a lei “é a mesma para todos os homens, tanto em conteúdo quanto em grau de conhecimento”, ou seja, há uma ideia de igualdade relacionada a justiça natural, todos saberiam e a conheceriam da mesma maneira.

Acerca da justiça legal, Aristóteles (1994, p. 81) esclarece que é aquela que em princípio não importa a forma como ocorrerá, mas que uma vez estabelecido deve ser seguido o acordado, ou seja, enquanto não houver uma lei que regule determinado assunto, é irrelevante como é tratado, mas após a mesma entrar em vigor passamos a ter uma forma certa.

Em resumo, a maior diferença entre o justo natural e o legal reside na influência, em quem eles atingem, já que, enquanto a justiça natural é a mesma em toda parte, a justiça convencional é “universal na sua forma (ela é o fato de toda cidade) e particular no seu conteúdo: dado que não há justiça transcendente, é cada cidade que fixa, através da lei, o justo e o injusto” (VERGNIÈRES, 1998, p. 27).

2.3 A equidade

Para finalizar essa seção, vamos abordar a equidade, uma parte integrante da virtude da justiça. Ela é considerada ainda melhor que a justiça, pois aqui há uma análise e consideração dos fatos de forma mais pessoal. Podemos dar como exemplo o fato de alguém cuidar de seus pais na velhice, já que a lei prevê isso como obrigação no artigo 229 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Mas aquele que ajuda idosos que vivem em asilos está fazendo além do seu dever jurídico.

A equidade pode ser aplicada em diversas relações. O exemplo citado acima traz a mesma de um modo pessoal. Mas pode ocorrer através do juiz, que poderá se valer dela para suprir omissão da lei pelo seu excesso

de simplificação. O fato do equitativo fazer uma aplicação diferenciada da lei, não significa que isso acabará por ferir o princípio da justiça em relação a cada um receber a sua parte apropriada:

O equitativo não se inclina a receber menos das coisas justas em sentido absoluto; pois dos que por natureza e verdadeiramente o são, não aceita menos, mas apenas das justas de acordo com a lei, quer dizer, das que o legislador, não podendo considerá-las, as omitiu. (MAYNEZ, 1973, p. 147).

Ou seja, a equidade torna alguém pronto para a correção da lei, não se julga com a equidade porque simplesmente o quer, mas porque a lei foi omissa quando não poderia o ser. Através da equidade se deve “olhar, não para a lei, mas para o legislador; não para a palavra, mas para a intenção do legislador” (ARISTÓTELES, 2005, p. 174).

Da mesma forma, em relação às especificidades de um caso, a lei pode trabalhar com determinada hipótese, mas pode não se encaixar em todos os casos quando avaliadas as suas particularidades, ou seja, “por um lado, o direito precisa da norma geral em sua preocupação pela igualdade; por outro lado, tem-se de fazer jus ao caso particular na sua especificidade inconfundível” (HÖFFE, 2008, p. 206).

3 A *Pólis* em Aristóteles

Até o momento observamos que o ser humano busca a felicidade e que a mesma é alcançada pela prática das virtudes e que estas precisam de interação entre as pessoas, o que acontece na *pólis*. Assim trataremos neste capítulo tanto o governante como o governado e o ambiente em que vivem.

3.1 A política e a relevância da cidade

Seguindo os estudos aristotélicos, todo homem busca um bem (*eudaimonia*) e esse bem é alcançado através da prática das virtudes. Portanto,

o homem deve praticar esses atos em sua comunidade, já que ninguém será virtuoso se guardar isso apenas para si.

A cidade é a junção de lares e famílias com a finalidade da vida boa e a garantia de uma existência perfeita (ARISTÓTELES, 1998, p. 221) e a vida boa deve possuir dois focos principais: a educação e a virtude (ARISTÓTELES, 1998, p. 235). Por óbvio todas as virtudes se fazem de grande importância, porém nos voltamos sempre para a mais excelente: a justiça.

Sendo uma junção de famílias, surge a necessidade do ser humano em ter limites para uma vida tranquila, estes são estabelecidos pela lei que é criada por outros seres humanos: aqueles eleitos pelo povo, para defender os seus interesses.

Embora a vida em comunidade se mostre complicada em decorrência da falta de uso das atribuições dos governantes ou até mesmo pela ausência de interesse dos cidadãos, o ser humano não consegue se desenvolver da mesma forma sozinho, afinal “o indivíduo não é suficiente para si mesmo, mas precisa de muitos companheiros” (HÖFFE, 2008, p. 214). De forma prática: aquele habilidoso com questões intelectuais pode nunca conseguir construir sua própria casa, entre outros.

3.2 A educação

A educação é fundamental para a formação do bom cidadão, logo, é necessária para o andamento correto da *pólis*, assim “o que há de ser homem bom deve ser bem-educado e acostumado, e depois viver deste modo, entregue a boas ocupações” (ARISTÓTELES, 1994, p. 171), o costume aqui referido pode ser entendido como o hábito, deste modo não basta atos bons esporádicos para dizermos que esse ou aquele homem é bem-educado, é necessária a prática constante de tais atitudes.

A educação passa por três mediações essenciais: a família, a escola e a lei (VERGNIÈRES, 1998, p. 29). A família é onde a criança aprende os bons costumes, através do exemplo de seus pais ou criadores. Na escola é

onde ela começa a aprender a sua vocação e aptidão, não apenas em questões de valores morais, mas sobre seu futuro como membro da comunidade. Por fim, a lei que serve para barrar os impulsos, caso os dois pilares educacionais citados anteriormente falhem. Mostra que quem desobedece deve ser punido, pois está ferindo a coletividade.

Considerando que o ser humano se submete a esses três pilares de sua vida desde o momento do nascimento, Solange Vergnières (1998, p. 66) afirma que “a educação do desejo é fundamental numa idade em que a criança não pode entender razões. Ela não consiste em reprimir o desejo, mas em atraí-lo (*olke*) ou dirigi-lo (*agogé*) a fins retos”, assim percebe-se que a estrutura familiar é de vital importância, pois é ela quem acompanhará o ser no início de sua formação.

Nesse mesmo sentido, havendo a falha na estrutura educacional, não se pode esperar que o ser que sofreu as consequências se torne um bom cidadão, o que vem a acarretar impacto não apenas na vida individual, mas também na da sua sociedade, que padecerá pela ausência de bons cidadãos e de bons governantes.

Além dos pontos já ditos, a educação é essencial ao homem pois é ela quem desperta no mesmo a virtude política, é com a boa educação que se torna competente a participar dos assuntos da cidade, seja quanto cidadão, seja quanto governante.

Assim, entendemos que a educação fundamental é aquela para a lei, pois independente de qual entidade estiver responsável, todas possuem o mesmo fim que é o melhor enquadramento nas regras que definem sua comunidade. Por isso, “a educação não é o cumprimento de uma natureza, e sim produção artificial: é metamorfose (*metabole*), produção de outro homem” (VERGNIÈRES, 1998, p. 28), não é aquilo que nasce com o homem, tem de ser moldado.

3.3 Os regimes políticos

Aristóteles declara na política que para encontrarmos o melhor regime, é necessário determinar primeiro o modo de vida preferível

(ARISTÓTELES, 1998, p. 479): quanto melhor a vida do povo, melhor o regime político por ele adotado, da mesma forma que o melhor regime será aquele que possibilita ao cidadão viver feliz.

No entendimento aristotélico existem seis regimes políticos: a realeza, a aristocracia e a república, considerados bons, enquanto a tirania, a oligarquia e a democracia eram considerados maus.

Começaremos dissertando pelos regimes de uma pessoa. A realeza, também chamada de monarquia, é aquela que “visa o interesse comum”, ou seja, a única pessoa a governar toma suas decisões com base no que será melhor para seu povo. Tomás de Aquino (2004, p. 854) assegura que ela é o melhor regime político se não for viciada, afinal seu oposto é a tirania, e por causa do grande poder que o rei concede a si mesmo, seria fácil vir a se desvirtuar.

A aristocracia também é um bom regime, nesse caso o poder pertence a poucos. Aqui governam os melhores ou quem propõe o melhor para a cidade e seus membros (ARISTÓTELES, 1998, p. 211). Em seu contrário há a oligarquia que existe quando “as magistraturas forem dominadas por uma minoria de cidadãos ricos”. Sua maior diferença, se comparada com a democracia, é o fato ser voltada para a comunidade rica.

O terceiro regime bom é a república, onde o poder está nas mãos de muitos. Há uma mistura de características da democracia e da oligarquia, o que significa que esse regime se volta a partilha do poder supremo da comunidade entre pobres e ricos. Em seu oposto, temos a democracia existente quando os cidadãos livres têm a supremacia. Nesse caso, “os ricos são escassos e os pobres numerosos” (ARISTÓTELES, 1998, p. 215). Entretanto a democracia é o melhor dos regimes corruptos.

3.4 O ser político

Considerando a proposta central deste artigo, é fundamental que adentremos neste tópico. Partiremos do princípio de que há duas formas de seres políticos: os que governam e os que são governados, em que vamos nos ater aos cidadãos.

Aristóteles dedica momentos da Política para abordar a relação do cidadão com a comunidade, em um dos pontos ele declara que “no melhor regime, é cidadão aquele que é capaz e que escolhe deliberadamente governar e ser governado, visando uma vida virtuosa” (ARISTÓTELES, 1998, p. 239), entendemos que o cidadão adequado a sua comunidade, considerando que ela esteja sob o melhor regime, saberá até que ponto está apto a governar e quando deve ser governado.

O cidadão é aquele que tem o poder e o dever de expressar sua opinião, suas vontades, perante o local que habita. É importante ressaltar que o fato de se possuir direitos de cidadão não o concretizam assim, é necessário que haja a prática. Em um regime democrático isso pode ser efetivado através do voto.

O segundo sujeito político é o governante, que para ser bom não deve tomar parte em assuntos apenas porque lhe são convenientes, devendo se isentar das emoções na hora de tratar dos assuntos públicos e pensar de forma racional, sendo preferível “quem estiver isento de paixão a alguém em que tal elemento for inato” (ARISTÓTELES, 1998, p. 251). Portanto, a boa educação é imprescindível ao bom governante, já que aquele que for verdadeiramente educado saberá lidar com as questões atinentes ao poder.

Ainda assim, apenas a boa educação não vale se não for oportunizado ao legislador materiais adequados para o trabalho, como uma população grande demais ou pequena demais (VOEGELIN, 2009, p. 380), ou seja, é necessário que haja uma boa administração como um todo, para que cada um possa exercer a tarefa que lhe é própria da forma adequada.

Porém antes de ser governante, o homem deve ser governado. Sem saber como é a realidade de seu povo, não saberá aplicar as normas de forma justa. O governante que aumenta impostos sem nunca ter estado no lado da população que precisa trabalhar arduamente para os pagar, não saberá que sua atitude talvez não seja adequada a realidade dos menos favorecidos, pois “se o governante não for moderado e justo, como poderá governar bem? E se o governado assim não o for, como poderá obedecer

bem?” (ARISTÓTELES, 1998, p. 95), o que nos leva ao entendimento de que a prática de bons atos deve ser recíproca entre as duas partes.

4 A influência dos atos do governante na ética da comunidade: casos práticos

Após discorrer sobre as temáticas vinculadas ao cidadão e ao governante, procuraremos associar a teoria vista até aqui às práticas vivenciadas na sociedade. Para isso, relacionaremos uma omissão do Estado que gera efeito danoso ao povo.

4.1 A falta de investimento em educação e a criminalidade

Já constatamos que a criança precisa de bons exemplos para formar seu caráter e que esse exemplo deve ser dado pelos pais, que são aqueles com quem a criança possui maior contato desde seu nascimento.

Saindo do ramo familiar e ingressando na vida pública, podemos questionar quem seria o responsável por dar exemplo ao ser humano quando o mesmo já passa a integrar a sociedade e a exercer a própria cidadania? Vimos que o terceiro pilar da educação é a lei, e a lei é criada por homens que estão, ou deveriam estar, representando o interesse do povo.

Assim como a criança segue o exemplo dos pais, a comunidade segue o exemplo de seu líder, seja de forma direta, através de atos públicos e pessoais do mesmo, seja de forma indireta através de leis sancionadas em seu governo.

Conforme visto na seção anterior, um dos maiores pilares reguladores do indivíduo é a educação, ela tem uma função essencial na formação ética. Havendo uma falha na mesma, não há outra entidade que possa tomar seu lugar com o mesmo objetivo, pode-se apenas substituir a educação pela sanção.

Em um levantamento feito pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 2015, entre 38 países, o Brasil ocupa a 34^o

posição no índice que vai do melhor ao pior em educação. Além disso, a organização também informa que os brasileiros estudam em média 15,9 anos, o que é menos que o estabelecido por eles como adequado, que seria 17 anos.

Um dos problemas encontrados no Brasil é utilizar a punição sem antes ter ofertado outra solução. Se formos observar, a maior parte dos réus praticantes de “crimes comuns”, como tráfico de drogas e roubo, não possui mais que alguns anos de escolaridade no ensino fundamental, da mesma forma que a maioria vem de famílias desestruturadas e com poucos recursos financeiros, ou seja, já possuem dois dos três pilares fundamentais à educação a menos.

A preocupação com tais dados deve ser forte, principalmente se levarmos em conta que a educação é um dos direitos do cidadão brasileiro, elencado no artigo 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1998):

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A punição deve ser um meio racional de corrigir, de retificar o que é desviado (VERGNIÈRES, 1998, p. 29), mas não parece haver uma retificação enquanto antes não houve uma forma de “guiar” ao caminho correto. Há uma falha do governante quando o mesmo se preocupa em discutir assuntos infundados como a “diminuição da maioridade penal” se ele não consegue nem mesmo levar o jovem a estudar.

Como já vimos anteriormente, é a educação que desenvolve o senso político no cidadão, é “por ela, cada um tem a competência suficiente para participar da deliberação comum sobre os assuntos da cidade” (VERGNIÈRES, 1998, p. 31) assim, quanto mais ignorante o ser humano for para a política, menos ele vai conseguir compreender de verdade o que está havendo ao seu redor, e menos poderá se manifestar sobre o assunto com alguma autoridade. É vantajoso para o mau governante não investir

em educação, assim tem menos pessoas tomando conhecimento de seus maus atos.

Considerações finais

O presente artigo analisou a teoria política e da justiça aristotélica, com o intuito de demonstrar o impacto que as ações dos governantes geram em seu povo. Para ser possível chegar a uma conclusão sobre esse tópico foi necessário o estudo da ética, englobando os vícios e virtudes, tanto do cidadão quanto do governante.

Percebemos que os seres humanos são influenciáveis pelas condições do ambiente em que estão sujeitos, principalmente aqueles que ainda não formaram os seus bons hábitos (virtudes) de maneira efetiva. Nesse sentido, a educação é um dos principais pilares para seres humanos bem desenvolvidos e, por esse motivo, é fundamental que aquele que está à frente de uma sociedade (o governante) tenha tido a melhor educação.

A pergunta principal trazida acerca de se “os vícios e virtudes que o governante é portador influenciam e geram impacto na sua comunidade?” pode ser respondida de forma positiva ao levarmos em conta que há uma hierarquia e que o superior acaba por influenciar seu subordinado, principalmente porque a comunidade tende a depositar nos governantes suas maiores expectativas. Além disso, o ser humano tende, mesmo que erroneamente, a justificar suas ações através das ações daquele que está acima de si.

Não estamos considerando nenhuma atividade ilícita como correta. Muito pelo contrário, os erros de um não justificam os do outro. Porém, trata-se de uma realidade que precisa ser alterada. Falta àqueles que decidem se pôr a frente de uma comunidade a noção de que suas ações, por mais particulares que sejam, não dizem mais respeito somente a si, mas a outros que estão contando com o seu governo, estão acreditando que ele será o mais justo possível.

A realização do presente artigo foi importante para que possamos compreender a realidade política vivenciada, onde a criminalidade, seja na esfera pública ou privada, está aumentando cada vez mais. Embora a família e a escola possuam grande relevância nessa situação, havendo falha dessas duas instituições, cabe ao Estado cuidar para que os indivíduos não gerem prejuízo aos outros. Porém, estando os próprios governantes presos a essa realidade viciosa, acabam vinculando as instituições as quais fazem parte aos seus maus atos.

Referências

ABRIL, Pedro Simón. La Ética de Aristóteles. Libros em La Red. 2001.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica V. Edições Loyola. São Paulo. 2004.

_____. Suma Teológica I-II. Biblioteca de Autores Cristianos. 2º edição. Madri. Disponível em <https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/09/sumadeteologia2.pdf>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Editora CEPC. Director Antonio Truyol Serra. Colección Clásicos Políticos. 1994.

_____. Política. Editora Vega. Edição bilingue. Tradução de Antonio Campelo Amaral e Carlos Gomes. 1998.

_____. Retórica. Coordenação de António Pedro Mesquita. 2º edição, revista. 2005.

_____. The works of Aristotle. The Eudemian Ethics. Oxford. 1915.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília. 1988.

FINNIS, John. Aquinas – moral, political, and legal theory. Oxford University Press. 1998.

HÖFFE, Otfried. Aristóteles. Editora Artmed. 3º edição. 2008.

MÁYNEZ, Eduardo Garcia. Doctrina Aristotélica de la Justicia. Universidad Nacional Autónoma de México. 1973.

OECD- Better Life Index. Education in detail by country. Disponível em: <http://www.oecd-betterlifeindex.org/topics/education/>, acesso em 11 de novembro de 2017.

VERGNIÈRES, Solange. Ética e Política em Aristóteles. Editora Paulus. 1998.

VOEGELIN, Eric. Platão e Aristóteles. Edições Loyola. Volume III. 1º edição. 2009.

A teoria da *defeasibility* aplicada: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Évellyn da Silva de Abreu ¹

Luana Breyer ²

1 Introdução

O presente trabalho possui como tema o estudo do mecanismo da *defeasibility* e como ele tem sido aplicado na jurisprudência do Tribunal de Justiça gaúcho, tendo em vista que a aplicação do referido instituto é necessária uma análise do caso concreto pelo julgador, na qual precisa justificar a não aplicação de uma norma ou princípio em favor do princípio de fundo do direito.

Dessa forma, considerando a excepcionalidade do instituto, pretende-se analisar como está inserido no nosso cotidiano jurisdicional, bem como qual a interpretação que os julgadores do TJRS têm sobre o tema.

Inicia-se fazendo breves considerações acerca do ordenamento jurídico e de como ele é estruturado, no qual é composto por normas que são divididas em regras e princípios, conceitos nos quais são sinopticamente abordados. Após, serão explanadas as pesquisas de verificação bibliográficas acerca do instituto da derrotabilidade (“*defeasibility*”), investigando

¹ Évellyn da Silva de Abreu, acadêmica do Curso de Direito da ULBRA – Campus Canoas, cursando o 9º semestre. Endereço eletrônico: evellyn.abreu@rede.ulbra.br

² Luana Breyer, Advogada, Graduada em Direito pela ULBRA – Campus Canoas. Endereço eletrônico: luana.breyer@yahoo.com.br

o conceito cunhado inicialmente por Herbert L. A. Hart e posteriormente aprofundado por Neil MacCormick.

Posteriormente, prosseguir-se-á com a avaliação de jurisprudência selecionada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que está dividida em dois grupos, organizados conforme o tema em discussão: o primeiro tem como tema central à isenção de benefício fiscal, enquanto o segundo grupo é referente ao arbitramento de honorários sucumbenciais. Desses julgados, se verificará qual norma foi afastada e por qual razão, e se foi realmente utilizado o instituto da *defeasibility* para resolver o caso.

2 Noções introdutórias à estrutura do ordenamento jurídico

A modelagem jurídica é composta por estruturas sociais e históricas que proporcionam experiências jurídicas para que se possa formar normas valorativas que irão integrar o ordenamento jurídico. Assim, ela está diretamente ligada a realidade social de determinado país e reflete dentro do Direito a história daquela nação e os bens jurídicos que deseja valorizar e preservar. No Brasil, por exemplo, a ruptura constitucional em 1964 oriunda de um golpe civil-militar levou o país na abertura para o regime democrático a promulgar uma Constituição composta por garantias e direitos fundamentais de primeira geração, como cláusulas pétreas, para proteger bens constitucionais que não eram respeitados durante a ditadura militar (REALE, 2002).

Dentro disso, é necessário dar efetividade a essa modelagem jurídica e para tanto ela precisa ser positivada e objetivada para compôr o Direito. Essa composição jurídica será um Direito positivo objetivo que terá vigência e eficácia dentro da realidade social e cultural daquele Estado (REALE, 2002), logo, a modelagem jurídica torna-se uma norma positivada que irá integrar o Direito Objetivo.

O Direito Objetivo será a representação dos fatores que formaram o modelo jurídico, sendo considerado, assim, o ordenamento jurídico. Ele

será composto por direitos subjetivos que oferecerão proteção ou tutela aos interesses dos cidadãos, incluindo direitos e deveres, para Kelsen (1998):

Do ponto de vista de uma concepção que encare o Direito como norma ou sistema de normas, porém, o direito subjetivo não pode ser um interesse - protegido pelo Direito -, mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do Direito objetivo. (KELSEN, 1988)

Desta forma, o Direito Objetivo será aquele que irá proteger a tutela de um direito alvo do interesse, mas não será propriamente ele o interesse. Essa colocação de Kelsen pode ser vista da seguinte forma: a Constituição Federal de 1988 como núcleo principal do nosso ordenamento jurídico, segundo Kelsen seria o nosso maior exemplo de Direito Objetivo, pois ela consagra em seu artigo 5^o³ diversos direitos e garantias fundamentais, como o inciso XXXII⁴ que versa sobre a proteção ao consumidor por meio de lei.

Para tanto, foi criado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que mesmo não sendo o núcleo principal do ordenamento jurídico, ainda sim tal código aglomera diversos direitos e garantias do consumidor que são direitos subjetivos que carecem de tutela. Um bom exemplo é a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, previsto no artigo 6^o, inciso IV⁵ do referido código, tal direito nada mais é que um direito subjetivo que é protegido pelo Direito Objetivo por meio da Constituição Federal e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Tal ordenamento jurídico é composto de normas jurídicas que terão seu espaço representado pelas regras ou princípios. Para Kelsen (1998) “a norma funciona como esquema de interpretação”, ou seja, a norma será o

³ Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

⁴ [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁵ Art. 6^o São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

que concederá a determinado fato um significado jurídico ou antijurídico, como ele bem explica:

O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma. (KELSEN, 1988)

Assim, vislumbra-se que a norma jurídica analisa o contexto do fato para que possa aplicar a melhor regra ou princípio. A regra geralmente busca descrever um comportamento, seja de maneira proibitiva, permissiva ou obrigatória, utilizando, principalmente, imperativos. Outrossim, cada ordenamento jurídico irá organizar seu sistema de normas para melhor atender aos casos jurídicos que surgirem, e, dentro disso, deverá prever como lidará com casos que fogem simplesmente da aplicação de regras pelo tudo ou nada. Porém, na aplicação do Direito para a solução dessas demandas geralmente se aplica um princípio, já que os princípios no ordenamento jurídico apontam nortes a serem perseguidos, buscando, assim, um estado ideal de coisas, como bem explica Humberto Ávila (1999):

Os princípios, portanto, possuem apenas uma dimensão de peso, e não determinam as consequências normativas de forma direta, ao contrário das regras. É só a aplicação dos princípios diante dos casos concretos que os concretiza mediante regras de colisão. (ÁVILA, 1999)

Como se demonstrará a seguir, a *defeasibility* fará o uso dos princípios para solucionar casos, porém, não utilizará de ponderação de princípios ou análise por meio de proporcionalidade, que já estão previstos na Constituição, mas sim utilizará a própria norma para solucionar uma controvérsia recorrendo a um princípio de fundo do direito. (MACCORMICK, 2008) Em tais situações, o Direito dispõe também de outras fontes para se socorrer diante de casos difíceis, como a jurisprudência, a doutrina, os usos e costumes. (ÁVILA, 1999)

Entretanto, o que ocorre é que muitas vezes na interpretação jurídica não é feito o uso da hermenêutica necessária ao caso e, justamente por isso, ao longo deste artigo também será feita uma análise da aplicação da *defeasibility* no Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS).

3 Considerações acerca da *defeasibility*

A formulação do conceito da derrotabilidade (em inglês “*defeasibility*”) foi inicialmente proposta por Herbert L. A. Hart, com a finalidade de “qualificar ou simbolizar o caráter derrotável dos conceitos jurídicos”, pois intentava em demonstrar que os conceitos têm função de atribuir responsabilidade e que no campo do direito podem ser explicados pelas suas exceções (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

Outrossim, Hart defendeu que os conceitos jurídicos não devem ser entendidos apenas como um “simples conjunto de condições necessárias e suficientes de aplicação, dadas por meio de uma formulação geral definítoria”, pois seria simplificá-los desastrosamente, defendendo que, embora essa definição geral seja útil até certo ponto, acaba por ignorar circunstâncias que derrotam o conceito (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

Portanto, as formulações gerais devem ser analisadas com cautela, pois nem sempre serão aplicáveis de forma universal a todos os casos, sendo possível que outras circunstâncias, que não as quais sustentam o conceito, fundamentam a sua não aplicação (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019).

A *defeasibility* após ser abandonada por Hart ganhou força com Neil MacCormick em seu livro “Retórica e o Estado de Direito”, o seu fundamento principal já introduzido por Hart, está no próprio Direito incluir um elemento que recepcione a excepcionalidade que pode não estar prevista em lei. Como Neil MacCormick (2008) explica, a norma poderia ter validade, mas num determinado arranjo fático estaria sujeita a uma intervenção que a invalidaria.

O autor exemplifica a aplicação do referido instituto no caso da neta que matou o avô, testador, quando este resolveu que alterar o testamento que a beneficiária, no referido exemplo, dentro do Direito Americano, a neta ainda teria direito ao que estava escrito no testamento, porém, após ampla discussão a Suprema Corte decidiu que a melhor aplicação da regra seria limitando-a e concedendo um princípio jurídico amplificado, consubstanciando no de que “ninguém deve ser capaz de fundamentar um pleito jurídico em um fato que é resultado de sua própria torpeza, ou beneficiar-se de sua própria infração. Esse é um exemplo de *defeasibility*” (MACCORMICK, 2008).

Logo, o fato da neta ter assassinado o avô para poder beneficiar-se de um testamento cria um novo arranjo para o que a lei havia previsto, e tais eventos que provocaram uma exceção para tentar preservar o princípio de fundo que aquele direito quando foi previsto não havia deixado diretamente expresso, neste caso, o princípio de que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza.

A partir disso, pode-se constatar que as exceções dentro da norma jurídica podem estar expressas de maneira explícita ou implícita, a *defeasibility* é a expressão implícita na norma, já que ao ler a norma não se afere diretamente suas exceções, como no caso anteriormente mencionado não havia previsão legal para afastamento da neta. Já a exceção explícita é facilmente identificável na norma, pois se encontra na maioria das vezes escrita, como por exemplo, o artigo 121 do Código Penal⁶, onde por mais que seja evidente que seja crime matar alguém, ainda se tem expresso no artigo 23 do Código Penal⁷ a exceção da legítima defesa.

No mais, tal diferenciação é ainda mais identificável se comparar o caso exemplificado anteriormente que ocorreu na jurisdição americana ao Direito brasileiro. A *defeasibility* que foi aplicada encontrando a exceção implícita na norma no caso da neta que matou o avô, no Brasil, a própria

⁶ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

⁷ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] II - em legítima defesa;

legislação já prevê essa exceção no artigo 1814, inciso I, do Código Civil⁸, o que leva ela a ser explícita, ou seja, se tal caso acontecesse no Brasil não haveria necessidade de usar a *defeasibility* para encontrar a excepcionalidade pelo princípio de fundo da norma, pois ele já está evidente na própria lei (MACCORMICK, 2008).

Por fim, até mesmo as exceções explícitas da norma podem contemplar a *defeasibility* implícita, quando se constatar elementos suficientes que justifiquem a excepcionalidade daquela norma (MACCORMICK, 2008).

Ademais, não é tão simples aferir a excepcionalidade de um direito, pois, primeiro haverá o preenchimento de todos os critérios para determinar aquele direito e somente depois analisando o caso em concreto será levantada a possibilidade de afastamento de tal direito pela *defeasibility*. É possível desmembrar essa explicação por meio de outro exemplo apresentado por Neil MacCormick, em que uma viúva requereu seu direito a pensão por morte após o falecimento de seu marido. Essa viúva preenchia todas as exigências legais para o recebimento do benefício e seu falecido marido tinha o histórico regular de contribuições à seguridade. Porém, ao analisar o caso em questão, constatou-se que a viúva acidentalmente durante uma briga apunhalou o marido com uma faca, sendo condenado posteriormente por homicídio culposo, o que acarretou numa negativa inicial do seu pleito pela pensão por morte mesmo que ela preenchesse todas as exigências legais, ou seja, primeiro ela preencheu os requisitos para obtenção do direito e depois tal direito foi afastado já que as intenções da viúva e as circunstâncias do fato concreto mereciam mais atenção para que antes de deferir o benefício pudesse assegurar de que a viúva não iria obter vantagem em cima de um ato ilícito. (MACCORMICK, 2008)

Outrossim, observa-se como a *defeasibility* opera em relação a norma jurídica quando trata-se do direito subjetivo no último exemplo para justificar a garantia de um direito ou o afastamento dele. Nesse sentido,

⁸ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

reforça-se que o Direito Objetivo (*law*) é um direito mais geral que abriga outros direitos (*light*), o direito subjetivo como já abordado servirá para a proteção e tutela de interesses a fim de garantir algum direito, dessa forma, o direito à pensão por morte é mais geral. Já os requisitos para a concessão do benefício que irão tutelar aquele interesse garantindo o direito tratam-se de um direito subjetivo.

A norma jurídica, por ser geral, nem sempre consegue prever todas as situações que podem ocorrer nos cruzamentos de várias áreas do direito. Por conta disso, ela é formulada pensando nos casos mais comuns, a fim de estipular o necessário para atingir aquele direito e é deste ponto que advém a necessidade da excepcionalidade trabalhada pela *defeasibility*, também conhecida como a derrotabilidade dos direitos subjetivos. Assim, somente será contestado um direito em *prima facie*, quando os fatos forem contrários à concepção principiológica daquele direito, ou seja, quando a lei não se sustentar por conta do princípio de fundo daquele direito (MACCORMICK, 2008).

Veja-se que, antes de um projeto de lei se tornar lei, ele passa por discussões dentro do parlamento e costuma surgir a partir de uma necessidade, e que por tal razão é comum que ao debater o significado de uma norma se deseje compreender o espírito do legislador que fez a sua proposição. O princípio de fundo do direito, além de buscar compreender em si os princípios basilares do Direito como o da boa fé por exemplo, é composto também pelas intenções do legislador e pelos valores que ele queria proteger ao propor aquela lei, já que não faria sentido dar o direito a aquele que contraria os fundamentos daquele direito (MACCORMICK, 2008).

Na lógica dos exemplos anteriores, é facilmente identificável a aplicação do princípio de fundo do Direito e como ele se expressa, o direito à sucessão testamentária, por exemplo, surge do carinho e da gratidão que o testador tem por alguém e por isso quer beneficiar este que por conta da sucessão legítima não teria o direito sucessório. Então, quando uma neta que seria herdeira testamentária assassina seu avô buscando continuar como herdeira, já que ele desejava tirar ela do testamento, surge o

princípio de fundo afastando o direito dela, por ela ter agido ilicitamente contra seu avô buscando manter benefícios que este lhe daria quando falecesse. Neste caso, usaram como princípio que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza que no Direito Brasileiro já é previsto como uma exceção, mas caso não estivesse previsto, como o ocorreu no Direito Americano, seria o uso do princípio de fundo do Direito que poderia “possibilitar exceções que não podem ser enumeradas taxativamente tendo em vista a possibilidade de casos de um tipo incomum” (MACCORMICK, 2008).

Ainda, neste sentido, a concepção da pensão por morte as viúvas parte de auxílio e suporte para o núcleo familiar que acaba de perder um ente querido, logo, se houver uma situação em que o beneficiário tenha matado o contribuinte/ aposentado para obter a pensão é contra o princípio fundador da norma que ele usufrua desse direito e para o afastamento desse direito, que pode não ter expresso em sua norma situações como essa, faz-se necessário um peso proporcional para derrotar esse direito a pensão que decorreria de uma injustiça cometida contra alguém. A exceção não se faz sozinha e/ou de maneira simples, pois precisa ser demonstrada a violação do princípio de fundo, como MacCormick (2008) bem explica:

É preciso mostrar que há características suficientemente adversas para que o pleito seja excepcionado (*defeated*) quando tais características são consideradas e recebem peso proporcional aos princípios e valores que a elas se aplicam. (MACCORMICK, 2008)

Isto é usar o próprio direito e tudo o que há por trás da formação de uma determinada norma para afastar um direito em um caso que por mais que ele aparente ser legítimo nas circunstâncias do caso concreto não se sustenta. É por este motivo que a *defeasibility* é por vezes confundida com a equidade apresentada por Aristóteles que tinha uma base moral para justificar as exceções nos casos difíceis.

A equidade, diferente da *defeasibility*, parte virtude da justiça, onde para Aristóteles “[a] justiça é a virtude pela qual cada um tem o que lhe é

próprio [*hautôn*], e segundo a lei [*ho nómos*], e a injustiça quando tem o alheio, não segundo a lei.” (ARISTÓTELES, 1999), mesmo sendo possível a aplicação do trecho anterior aos exemplos já mencionados, a virtude a qual se refere é de caráter das pessoas e não um mecanismo jurídico para solucionar casos difíceis, por isso, é a moral aplicada ao direito. Logo, por ser uma virtude de caráter das pessoas a aplicação da equidade advém da personalidade do julgador que se detiver a virtude da justiça conseguirá perceber a necessidade de sua aplicação ao caso concreto ao decidir pelo afastamento de uma norma ou não. Nesse mesmo sentido, ela torna-se uma razão prática, ou seja, a moral aplicada ao direito, já que se o aplicador da norma (juiz) não possuir a virtude da justiça, este poderá optar por dar aquele direito a pessoa que moralmente não o mereça, como no caso da neta que seria herdeira testamentária.

Ademais, a equidade não se resume a aplicação nos casos difíceis, a partir dos conceitos aristotélicos trabalhados por Tomás de Aquino pode-se apontar para o uso, até mais frequente nos dias atuais, também da justiça distributiva, que, conforme Tomás de Aquino “[...] a justiça [*iustitia*] é a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito [*ius*]” (AQUINO, 2005). Logo, ela funciona como uma virtude de caráter do juiz, do legislador e do político no momento de aplicação ou de fundação da lei não passando pela hermenêutica jurídica, necessariamente.

Não obstante, é possível ainda conciliar os dois institutos ao analisar um caso concreto também, a *defeasibility* do ponto de vista trabalhado neste texto servirá melhor para sustentar uma sentença diante de demandas não previstas expressamente na lei, mas não necessariamente afastará a equidade. Em um caso apresentado na obra e Tomás de Aquino é contado que numa cidade protegida por muralhas era proibida a subida de viajantes nas muralhas, mas num determinado dia aquela cidade foi atacada e a fim de proteger que os povos que estavam atacando conseguissem invadir a cidade foi solicitada a ajuda dos viajantes na muralha para atacar e impedir a invasão. Diante deste caso, seria justo que por a lei condenar os viajantes que subissem nas muralhas estes que auxiliaram a cidade

fossem condenados? de acordo com Tomás de Aquino, a resposta seria não. (AQUINO, 2005)

Por meio deste caso que Aquino apresenta a defesa da equidade partindo de uma análise do princípio que teria fundado aquela lei que era proteger a cidade, logo, não haveria uma justificativa plausível que condenasse os viajantes que subiram para auxiliar na proteção quando a cidade estava sob ataque. No entanto, observa-se que tal princípio veio da própria norma, mas não anula o fato de que condenar alguém que tenta auxiliar uma cidade inteira mesmo que violando uma lei não seria agir conforme a virtude da justiça. (AQUINO, 2005)

Ademais, há de se destacar que para alguns autores o fato da *defeasibility* utilizar um princípio de fundo traria a ela um juízo moral sobre a questão e não somente jurídico:

Enfim, em que pese MacCormick referir-se ao princípio de fundo como jurídico e princípios jurídicos poderem ser base para a *defeasibility*, a meu juízo a sua força é mesmo moral com fundamento na honestidade no caso em concreto, pois independe da sua validade jurídica. Mesmo em um país em que tal princípio não existisse, seria razoável (um apelo à prudência) que assim fosse decidido se iguais fatos e circunstâncias se repetissem, sem que outros mais imprevisíveis ainda os derrotassem, pois o bem comum demanda de nós exigências éticas tais como sermos honestos. De modo que os julgamentos em questão não podem ser tão somente resultado de argumentos jurídicos, mas de preceitos formulados com base na razão prática e, por isso, na moralidade. (CORDIOLI, 2015)

Ou seja, defende-se a ideia de que a razão prática (moralidade) serviria para base nos julgamentos a fim de se preservar a honestidade utilizando da prudência para uma decisão razoável, de qualquer forma, segundo a equidade e a *defeasibility* ao usar os princípios entraria no campo da moral. Entretanto, sem precisar recorrer a moral, utilizando do próprio direito e de uma das fontes que este mesmo prevê, os princípios, a *defeasibility* ainda pontua bem o seu funcionamento:

O que é relevante sobre a *defeasibility* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou em algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou “fato institucional” pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido, torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se como inválido desde sempre, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcional (defeasible), e os eventos invalidantes provocam a exceção (*defeasance*). (MACCORMICK, 2008)

Por fim, é possível entender bem o funcionamento da *defeasibility* e dessa forma, ela afere maior segurança jurídica do que somente a sustentação com base na equidade, além de ao mesmo tempo não anular a argumentação por meio de tal instituto.

4 Uso do instituto da *defeasibility* no TJRS

O ponto metodológico central desta pesquisa é a utilização de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se tornando a principal fonte material da análise. Separou-se a jurisprudência em dois grupos: o primeiro tem como tema central à isenção de benefício fiscal, enquanto o segundo grupo é referente ao arbitramento de honorários sucumbenciais.

Nos três julgados abaixo colacionados, trata-se da superação da norma jurídica que determina que a legislação tributária deve ser interpretada literalmente quando dispor sobre a outorga de isenção (art. 111 do Código Tributário Nacional)⁹, aplicando-se o benefício fiscal contido no artigo 4º, inciso VI, da Lei Estadual nº 8.115/85¹⁰, que estabelece a isenção de pagamento do IPVA ao contribuinte portador de deficiência, não importando se é ele quem conduz o veículo ou não.

⁹ Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: II - outorga de isenção;

¹⁰ Art. 4º - São isentos do imposto: VI - os deficientes físicos e paraplégicos, proprietários de veículos automotores, de uso terrestre e de fabricação nacional ou estrangeira, em relação ao veículo adaptado às necessidade de seu proprietário, em razão da deficiência física ou paraplegia;

Ementa: RECURSO INOMINADO. PRETENSÃO DE ISENÇÃO DE IPVA. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. VEÍCULO A SER CONDUZIDO POR TERCEIRO. SENTENÇA CONFIRMADA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Caso concreto em que vem questionada a negativa de concessão de isenção de IPVA a contribuinte portador de necessidades especiais proprietário de veículo a ser conduzido por terceiro. [...] Na ordem jurídica vigente [...] a mais adequada interpretação do artigo 4º, inciso VI, da Lei Estadual nº 8.115/85, que elenca as hipóteses de isenção do IPVA, é a que estende o benefício fiscal ao portador de necessidade especial proprietário de veículo automotor e que dele necessita para seus necessários deslocamentos, mesmo que sob a condução de terceiro. Cabimento, no caso concreto, da excepcional técnica de superação de regra jurídica (derrotabilidade/defeasibility), em ordem ao desenlace da antinomia concreta identificada no confronto da exigência legal de interpretação restritiva do dispositivo de lei que outorga a isenção (art. 111, II, CTN) em face da efetivação da finalidade almejada com a lei concessiva do benefício fiscal (interpretação teleológica), a justificar a extensão da isenção do IPVA ao menor portador de paralisia cerebral e epilepsia de difícil controle, por tal motivo impossibilitado de conduzir veículo automotor [...]. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME.(Recurso Cível, Nº 71006948145, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em: 26-07-2017)

Ementa: RECURSO INOMINADO. PRETENSÃO DE ISENÇÃO DE IPVA E DE ICMS. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. SENTENÇA CONFIRMADA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Caso concreto em que vem questionada a negativa de concessão de isenção de IPVA e de ICMS a contribuinte portador de necessidades especiais para a aquisição de veículo automotor. Na ordem jurídica vigente[...] a mais adequada interpretação do artigo 4º, inciso VI, da Lei Estadual nº 8.115/85, que elenca as hipóteses de isenção do IPVA, e do artigo 55, I, "c", da Lei nº 8.20/89, que versa sobre o ICMS, é a que estende o benefício fiscal ao portador de deficiência física que pretende adquirir veículo automotor independentemente de este estar adaptado à necessidade do adquirente, como exigia a Lei Estadual nº 8.115/85, que vigia à época do indeferimento administrativo. Cabimento, no caso concreto, da excepcional técnica de superação de regra jurídica (derrotabilidade/defeasibility), em ordem ao desenlace da antinomia real identificada no confronto da exigência legal de interpretação restritiva do dispositivo de lei que outorga a isenção (art.

111, II, CTN) em face da efetivação da finalidade almejada com a lei concessiva do benefício fiscal (interpretação teleológica), a justificar a extensão da isenção tributária ao portador de lesão medular de nível torácico com seqüela de paraplegia (CID 10:G821) [...]. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME.(Recurso Cível, Nº 71005571849, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em: 24-05-2016)

Ementa: RECURSO INOMINADO. PRETENSÃO DE ISENÇÃO DE IPVA. PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS. VEÍCULO A SER CONDUZIDO POR TERCEIRO. SENTENÇA CONFIRMADA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Caso concreto em que vem questionada a negativa de concessão de isenção de IPVA a contribuinte portador de necessidades especiais proprietário de veículo a ser conduzido por terceiro. Na ordem jurídica vigente [...] a mais adequada interpretação do artigo 4º, inciso VI, da Lei Estadual nº 8.115/85, que elenca as hipóteses de isenção do IPVA, é a que estende o benefício fiscal ao portador de necessidade especial proprietário de veículo automotor e que dele necessita para seus necessários deslocamentos, mesmo que sob a condução de terceiro. Cabimento, no caso concreto, da excepcional técnica de superação de regra jurídica (derrotabilidade/defeasibility), em ordem ao desenlace da antinomia concreta identificada no confronto da exigência legal de interpretação restritiva do dispositivo de lei que outorga a isenção (art. 111, II, CTN) em face da efetivação da finalidade almejada com a lei concessiva do benefício fiscal (interpretação teleológica), a justificar a extensão da isenção do IPVA ao portador de paraplesia severa de membros inferiores e superiores, por tal motivo impossibilitado de conduzir veículo automotor [...]. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME.(Recurso Cível, Nº 71005497235, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em: 30-03-2016)

Veja-se que o julgador optou por fazer uma interpretação teleológica, ou seja, interpretar a norma legal de acordo com a sua finalidade, ao invés de seguir a legislação vigente que determina a interpretação literal da norma para o caso. Note-se também que o julgador indicou expressamente que ao decidir o caso, estava utilizando o instituto da *defeasibility*.

Ocorre que ao fazer o paralelo com o estudo do referido instituto, não se percebe qualquer excepcionalidade na aplicação da norma, pelo contrário, em uma interpretação literal do artigo 4º, inciso VI, da Lei Estadual nº 8.115/85 já é possível concluir que basta a propriedade do veículo para ser

concedido o benefício fiscal. Ou seja, nesse caso se conclui que não há a aplicação do instituto estudado.

Já nos julgados abaixo, trata-se da aplicação da teoria da derrotabilidade do direito ao arbitrar os honorários sucumbenciais, em que o julgador analisa a finalidade da lei, que é a justa remuneração do profissional. Nos primeiros três julgados abaixo, a interpretação da norma foi distinta da sua redação, havendo o afastamento dos §§ 3º e 5º do artigo 85 do Código de Processo Civil¹¹, já no quarto julgado, o afastamento se deu no §3º, I, do artigo 85 do CPC.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. [...] DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO EM RAZÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO ANULATÓRIA. CANCELAMENTO DA CDA APÓS A OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 26 DA LEF. [...] CABIMENTO. PROVEITO ECONÔMICO OBTIDO NA AÇÃO ANULATÓRIA, NÃO NA EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DA CAUSA MUITO ELEVADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS POR APRECIÇÃO EQUITATIVA, NOS TERMOS DO ART. 85, §8º, DO CPC. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM O AFASTAMENTO DA NORMA DOS §§ 3º E 5º DO MESMO ARTIGO. DERROTABILIDADE. JUSTA REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL E FINALIDADE DA NORMA. - Extinta a ação executiva em razão do cancelamento da CDA, é devida a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios se, à época da desistência, a parte executada já havia constituído sua defesa. A aplicação da norma contemplada pelo art. 26 da LEF, que isenta as partes de "qualquer ônus" em caso de cancelamento da inscrição antes da decisão de primeiro grau, pressupõe ato espontâneo da Fazenda Pública, sem prejuízo para a outra parte. Precedentes desta Corte e do STJ. - Descabida a aplicação dos §§ 3º e 5º do art. 85 do CPC, uma vez que o proveito econômico fora obtido na ação anulatória, e não na execução fiscal, consistindo a extinção do feito executivo em dever de ofício do julgador que conduz o processo. Desse modo, não obstante o valor da causa não seja irrisório, mas, pelo contrário, muito elevado -

¹¹ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 1º São devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. [...] § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

superior a um milhão de reais -, merece aplicação a norma do art. 85, §8º, do CPC (arbitramento dos honorários por apreciação equitativa), tendo em vista que nova fixação com base no valor do débito configuraria bis in idem, além de enriquecimento indevido de uma das partes e, por conseguinte, sacrifício de outra, sem razoável justificação para tanto. - Por vezes, o raciocínio meramente legalista mostra-se insuficiente para solucionar determinadas questões jurídicas, porquanto o mundo fenomênico é muito mais rico do que o imaginado pelo legislador; quer dizer, casos não imaginados pelo legislador podem surgir, tal como evidenciado no caso concreto, em que a aplicação pura e simples da regra jurídica poderia subverter a sua própria finalidade. - Nesse cenário, necessária a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as regras jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade. [...] APELO PARCIALMENTE PROVIDO.(Apelação Cível, Nº 70080572308, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 21-03-2019)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. [...] PROCEDÊNCIA DO PEDIDO E HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. BASE DE CÁLCULO. VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 85, §§ 2º E 3º, I, DO CPC. AFASTAMENTO DAS NORMAS DE REGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO CARACTERIZADA. [...]. Todavia, a aplicação da derrotabilidade está reservada a situações limite, que constituem exceções no sistema, exatamente porque o legislador não é capaz de prever todas as possíveis ocorrências fáticas, tornando necessária a construção de um raciocínio que permita construir a justiça no caso concreto, sem as amarras cegas da lei, que por vezes podem conduzir a circunstâncias de insurreição ao ordenamento jurídico como um todo. É preciso ter cuidado para que a exceção não se torne a regra, exatamente como na espécie, em que a fixação da verba honorária sobre o valor da condenação (R\$ 109.200,00), resulta em quantia que nem de longe pode ser considerada exorbitante, sobretudo em um processo com tramitação de quase quatro anos e diversas manifestações dos procuradores da autora, inclusive com a produção de prova oral. APELO PROVIDO.(Apelação Cível, Nº 70080281215, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 13-02-2019)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. [...] EXTINÇÃO DO FEITO EXECUTIVO EM RAZÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM

AÇÃO ANULATÓRIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. REJEIÇÃO [...]. ART. 85, §10, DO CPC. PROVEITO ECONÔMICO OBTIDO NA AÇÃO ANULATÓRIA, NÃO NA EXECUÇÃO FISCAL. VALOR DA CAUSA MUITO ELEVADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS POR APRECIÇÃO EQUITATIVA, NOS TERMOS DO ART. 85, §8º, DO CPC. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM O AFASTAMENTO DA NORMA DOS §§ 3º E 5º DO MESMO ARTIGO. DERROTABILIDADE. JUSTA REMUNERAÇÃO DO PROFISSIONAL E FINALIDADE DA NORMA. - [...] Caso em que execução fiscal restou extinta com fundamento na norma do art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional, em razão do trânsito em julgado de sentença de procedência em ação anulatória, tratando-se, portanto, de perda do objeto, circunstância em que o pagamento da verba honorária incumbe a quem deu causa ao processo, nos termos do art. 85, §10, do CPC, assim como as despesas processuais. - Descabida a aplicação dos §§ 3º e 5º do art. 85 do CPC, uma vez que o proveito econômico fora obtido na ação anulatória, e não na execução fiscal, consistindo a extinção do feito executivo em dever de ofício do julgador que conduz o processo. Desse modo, não obstante o valor da causa não seja irrisório, mas, pelo contrário, muito elevado - superior a um milhão de reais -, merece aplicação a norma do art. 85, §8º, do CPC (arbitramento dos honorários por apreciação equitativa), tendo em vista que nova fixação com base no valor do débito configuraria bis in idem, além de enriquecimento indevido de uma das partes e, por conseguinte, sacrifício de outra, sem razoável justificação para tanto. - Por vezes, o raciocínio meramente legalista mostra-se insuficiente para solucionar determinadas questões jurídicas, porquanto o mundo fenomênico é muito mais rico do que o imaginado pelo legislador; quer dizer, casos não imaginados pelo legislador podem surgir, tal como evidenciado no caso concreto, em que a aplicação pura e simples da regra jurídica poderia subverter a sua própria finalidade. - Nesse cenário, necessária a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as regras jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade. [...] APELO PARCIALMENTE PROVIDO.(Apelação Cível, Nº 70078553385, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 13-12-2018).

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. [...] CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 85, §3º, I, CPC. DESCABIMENTO. PECULIARIDADES

DO CASO CONCRETO QUE JUSTIFICAM O AFASTAMENTO DA REFERIDA REGRA. FIXAÇÃO POR EQUIDADE. [...] - O disposto no art. 85, §1º, do CPC é expresso em afirmar que são devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, cumulativamente. - No caso, pretende a agravante a incidência do art. 85, §3º, I, do CPC, que dispõe serem os honorários advocatícios fixados entre 10% e 20% sobre o valor da condenação ou do proveito econômico. - Ocorre, porém, que tal quantia revela-se por demais excessiva, sobretudo considerando o tempo de tramitação do feito – pouco mais de 01 ano –, bem como a inexistência de dilação probatória e o trabalho do procurador do agravante, que se resumiu na realização do pedido de conversão em cumprimento de sentença. - Dentro dessa perspectiva, as peculiaridades do caso concreto justificam a afastamento do disposto no art. 85, §3º, I, do CPC, diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade, consistente na justa remuneração do profissional. Isso porque, por vezes, o raciocínio meramente legalista mostra-se insuficiente para solucionar determinadas questões jurídicas, porquanto o mundo fenomênico é muito mais rico do que o imaginado pelo legislador, quer dizer, casos não imaginados pelo legislador podem surgir, tal como evidenciado no caso concreto, em que a aplicação pura e simples da regra jurídica poderia subverter a própria finalidade da regra. - Nesse cenário, torna-se necessário a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as regras jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade. [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO.(Agravo de Instrumento, Nº 70077603785, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 28-06-2018)

Conforme se verifica acima, todos os julgados desse segundo grupo provém da Vigésima Segunda Câmara Cível, de relatoria da desembargadora Marilene Bonzanini, publicados entre os anos de 2018 e 2019. Também é notável que a relatora optou por não utilizar a expressão “*de-feasibility*”, mas de igual forma conceitua o instituto ao referir que “torna-se necessário a utilização de um raciocínio jurídico que admita que as regras jurídicas são dotadas de exceções implícitas, e esse raciocínio é a derrotabilidade, ou seja, admite-se o afastamento da regra geral diante da

evidente incompatibilidade entre a hipótese descritiva da norma e sua finalidade”.

Portanto, dessas anotações sobre os julgados e associados às explicações anteriores sobre o instituto da *defeasibility* e a equidade, se conclui que embora corretamente conceituado o instituto, os julgadores tão somente aplicaram a equidade, conceitos que não se confundem. Tanto o é, que inclusive referiram nos casos dos honorários sucumbenciais que tratava-se de fixação equitativa. Outrossim, em apenas um dos casos acima descritos a aplicação da norma não é afastada, considerando a falta de excepcionalidade do caso concreto.

Ainda, também é necessário apontar que se concluiu que de acordo com os casos analisados, a derrotabilidade do direito subjetivo pelo instituto da *defeasibility* ainda só é utilizada no Tribunal Gaúcho pela temática financeira, e não houve grande aprofundamento nos julgados sobre os institutos aqui discutidos, havendo uma certa confusão por parte dos Magistrados quanto à aplicação prática.

5 Conclusão

Este artigo analisou como o Direito Objetivo funciona na representação dos fatores que formaram o modelo jurídico, sendo este aquele que irá proteger a tutela de um direito alvo do interesse, mas não será propriamente ele o interesse, enquanto os direitos subjetivos oferecerão proteção ou tutela aos interesses dos cidadãos, incluindo direitos e deveres. Esse ordenamento jurídico é composto de normas, que estão divididas entre regras e princípios, bem como utiliza de tais elementos para interpretar a lei diante de casos concretos.

O que se afere a partir disso é que por o Direito Objetivo possuir uma certa generalidade nem sempre está preparado para as questões que envolvem os casos difíceis nas tutelas de direitos subjetivos e que nesse sentido, a *defeasibility* possui uma certa previsão, por encontrar no próprio direito fundamento para exceção, mesmo que com a derrota do

direito subjetivo previsto por ele e utilizando-se desses fatores consegue aferir o princípio de fundo de um direito para solucionar um caso difícil. Assim, é um mecanismo de hermenêutica jurídica que aproveita a norma desde seu fundamento até a sua literalidade.

Com isso, a distinção entre a *defeasibility* e a equidade é importante, pois embora tanto a *defeasibility* quanto a equidade consigam lidar com situações que fogem da previsão legal, a equidade ainda possui uma base principalmente na moral e no bem comum, o que dentro do ordenamento jurídico, por ser uma virtude do caráter das pessoas pode causar uma certa insegurança jurídica mesmo que em alguns casos trabalhe também com os princípios de fundo. Enquanto que a *defeasibility* possui sua justificativa apenas no direito e nos elementos que o próprio fornece para excepcionar diante de casos difíceis provocando, assim, uma maior segurança jurídica.

Em relação à jurisprudência analisada, o que se concluiu foi que em verdade não foi aplicado pelos julgadores a *defeasibility*, mas sim institutos diversos desta. Ainda, apercebeu-se que não há grande aprofundamento sobre o tema nos julgados, e que ainda é um tema pouco explorado no Tribunal Gaúcho.

Referências

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco (edição bilingue) - 7ª ed. Madrid: 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313>>. Acesso em: 04 ago 2020.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

_____, Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília, DF, 2015.

_____, Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF, 1966.

_____, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

CORDIOLI, Leandro Motta. Redescobrimo a equidade na gramática dos direitos: horizontes para uma teoria da justiça personalista e ética na retórica do Direito. In: NEIVA, André; ORBEN, Douglas. XV Semana Acadêmica do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRS: volume 2; Porto Alegre: Editora Fi, 2015. Disponível em: <<https://www.editorafi.org>>. Acesso em : 25 jun 2020, páginas 187- 211.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A noção de derrotabilidade para Herbert L. A. Hart. Rev. direito GV, São Paulo , v. 15, n. 1, e1907, 2019 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322019000100205&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 Ago 2020.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito - 6ª Ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. Retórica e o Estado de Direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito - 27ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2001.

RIO GRANDE DO SUL, Lei Estadual nº 8.115 de 30 de dezembro de 1985. Porto Alegre, RS, 1985.

TOMÁS DE AQUINO, São. Suma Teológica IV (edição bilingue). São Paulo: Edições Loyola, 2005.

Domínios da ética aristotélica e suas implicações no perfil do legislador

*Leivan Felipe da Silva Carvalho*¹

1 Introdução

Este estudo objetiva discorrer sobre os aspectos gerais e analíticos da ética aristotélica, bem como seus reflexos na formação do caráter do legislador, no que concerne ao seu trabalho estrutural na elaboração de leis. Para tanto, o aperfeiçoamento das atitudes e das potencialidades humanas, a partir do conceito de ética das virtudes, apresenta-se como corolário do redimensionamento lógico e coerente na elaboração de dispositivos legais e na efetivação do ordenamento jurídico, por meio de um diálogo sincronizado entre o Direito e a sociedade.

Ao se debruçar sobre essas questões, justifica-se a necessidade de repressão a vícios de caráter do legislador que contribuem para desvarios da razão e, com efeito, para o afastamento entre a realidade factual e as nuances do âmbito forense. Tal situação reafirma a possibilidade da não concretização de direitos e de estratégias públicas na solução de desigualdades sociais.

À vista disso, este artigo está baseado em uma seção direcionada aos fundamentos da ética aristotélica, por exemplo, sua diretriz teleológica-

¹ Leivan Felipe da Silva Carvalho, graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV-ES. Membro do grupo de pesquisa em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética - BIOGEPE/FDV. Visitante do grupo de pesquisa em Filosofia do Direito - GPFDIR. Pesquisador no Núcleo de Estudos em Direito e Fé Cristã - NEDFC - da Associação Brasileira de Cristãos na Ciência - ABC². Endereço eletrônico: leivanfelipesilva@outlook.com.

racional, e ao conceito e à relação dialógica entre virtudes e vícios morais. Isso porque, um sistema de leis que tenha por finalidade garantir a efetivação da justiça, deve, necessariamente, ser direcionado por indivíduos que sejam íntimos com a prática da virtude da justiça, isto é, não apenas no plano da consciência, mas no cotidiano do profissional forense.

Já em outra seção o estudo está firmado nas atribuições e nas aplicações da ética aristotélica na formação do caráter e do raciocínio jurídico do legislador. De plano, tem-se por fito expressar a importância de forjar um ordenamento legal sob a égide de uma ótica responsável com a sociedade e suas particularidades - na busca pelo desenvolvimento sustentável das potencialidades éticas dos indivíduos- sempre visando a felicidade ou *eudaimonia*.

Assim sendo, a proposta deste texto não é esgotar a filosofia ética aristotélica, mas apresentá-la como possibilidade de trazer consistência entre as metamorfoses sociais e o Direito. Nas considerações finais estão sintetizados os resultados analíticos deste artigo, retomando os pilares da discussão sobre a justiça, as virtudes, e a atuação do legislador.

2 Aspectos gerais da ética aristotélica

A ética aristotélica tem por axioma o estabelecimento de diretrizes ordenadoras do agir social humano, ou seja, a conduta do sujeito racional sobre o mundo do ser, com o fito de buscar a felicidade² (*eudaimonia*), em caráter finalístico. Nesse contexto, Aristóteles (I 1094 a 1 apud SANTOS, 2017) define o seu objeto de estudo como

Toda a arte (*tekne*) e toda a indagação (*méthodos*), assim como toda a ação (praxis) e todo o propósito (*prohairesis*), visam a algum bem: por isso dito acertadamente que o bem é aquilo a que todas as coisas visam. (ARISTÓTELES I 1094 a 1 apud SANTOS, 2017).

²Parece, pues, que la felicidad es algo perfecto y suficiente, ya que es el fin de los actos. [...] És también exacta en cuanto se dice que el fin consiste en ciertas acciones y actividades, y esto ocurre con los bienes del alma y no con los exteriores. Concuerta también con nuestro razonamiento el que el hombre feliz vive bien y obra bien, pues se dice que viene a ser una buena vida y buena conducta". (ARISTÓTELES, s.d.)

Sendo assim, as atitudes individuais e coletivas do indivíduo devem influir diretamente no que é bom e louvável para o aperfeiçoamento ético da sociedade, isto é, o interesse comum (*tò koinei symphéron*) ou o bem comum (*tò koinon agathon*). Sendo assim, a ética engloba em seu vasto campo de estudo as relações interpessoais humanas, por exemplo, a amizade (*philia*) e as condições de incontinência (*akrasía*).

Desta feita, quando se transporta a compreensão ética para as condutas humanas no mundo material, a potência transformada em ato culmina em algum bem³ e deste retira a sua fundamentação axiológica. Para tanto, Aristóteles, no objetivo de atualização moral do ser humano ao visar a conquista e a efetivação das virtudes, utilizar-se-á do hábito ou *ethos* como maneira de concretizar as excelências morais dos indivíduos. Isso porque, como bem explica NODARI (1997), “Aristóteles é o fundador da ética como “ciência prática”⁴, em contraposição à ética como “ciência teórica” intentada por Platão”.

Ao se debruçar sobre essas questões, deve-se compreender que a atividade intelectual humana está interligada à própria realidade factual e a sua constituição ética. Ao revés de Platão, Aristóteles não se restringe ao idealismo, mas elabora uma ciência empírica e analítica - estruturada no equilíbrio moral humano - a fim de que o teórico esteja vinculado ao *modus operandi* da realidade e, com efeito, às virtudes. Logo, este filósofo grego mantém uma perspectiva valorativa que apresenta possibilidades de, por meio da comunicação ética, o ser humano contribuir para o

³ [...] o bem não é único e unívoco, mas é algo plural e sempre ligado por uma relação de analogia. Não se trata de um bem transcendente, mas imanente, não se trata de um bem definitivamente realizado, mas de um bem realizável e atuável pelo homem e para o homem. A noção aristotélica do bem é, então, uma noção analógica e não unívoca como a ideia separada do bem por Platão, e a ética é a ciência do bem do indivíduo, como a política é a ciência do bem na sociedade política. (Ibid., 1997).

⁴Por tanto, las acciones se llaman justas y morigeradas cuando son tales que podría hacerlas el hombre justo o morigerado; y es justo y morigerado no el que las hace, sino el que las hace como las hacen los justos y morigerados. Con razón se dice, pues, que realizando acciones justas se hace uno justo, y con acciones morigeradas, morigerado. Y sin hacerlas ninguno tiene la menor probabilidad de llegar a ser bueno. Pero los más no practican estas cosas, sino que se refugian en la teoría y creen filosofar y poder llegar así a ser hombres cabales; se comportan de un modo parecido a los enfermos que escucho atentamente a los médicos y no hacen nada de lo que les prescriben. Y así, lo mismo que éstos no sanarán del cuerpo con tal tratamiento, tampoco aquéllos sanarán del alma con tal filosofía. (ARISTÓTELES, s.d).

desenvolvimento das ações racionais, dentre elas, a política. Em outras palavras, esclarece OLIVEIRA (1993 apud NODARI, 1997)

Para Aristóteles, o existir e o ser éticos supõem a vida na *pólis*. É a condição da vida racional. Assim, o engajamento político é pressuposição de teoria política. Para Aristóteles, ética neutra é contrassenso. Pretendê-la significa desconhecer a estrutura específica da ciência em questão. (OLIVEIRA, 1993 apud NODARI, 1997).

Isso leva à convicção de que é “agindo racionalmente que o homem [também] se realiza e a sua ação não produz nada oposto a ele mesmo, ou seja, a sua formação ética”. (SANTOS, 2017, grifo nosso). Sendo assim, para que a sociedade caminhe em harmonia, as práticas racionais devem buscar um interesse comum que, por sua vez, é afirmado a partir das necessidades dos sujeitos, sempre apontando para o bem-viver fundamentado na felicidade. Por exemplo, tem-se o artigo 3º, inciso I, II e III da Constituição Federal de 1988 que estabelece os objetivos fundamentais da República brasileira:

- Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 - II - garantir o desenvolvimento nacional;
 - III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 - IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Infere-se que na Carta Magna nacional de 1988, há concordâncias democráticas em prol de um substrato ético-jurídico vinculado à necessidade de direcionar as ações do Estado à efetivação de focos ou finalidades essenciais para a estruturação da República. Tais diretrizes demandam um compromisso na formação virtuosa dos cidadãos, de modo que o exercício rumo à concretização de políticas públicas seja fundamentado sob a égide da responsabilidade social com o outro, isto é, com o seu aperfeiçoamento ético, mais precisamente, uma aliança de alteridade.

Para uma melhor compreensão dos pressupostos éticos expostos e sua relação com a sociedade, Aristóteles (s.d) esclarece

[...] decimos que la función del hombre es una cierta vida, y esta es una actividad del alma y acciones razonables, y la del hombre bueno estas mismas cosas bien y primorosamente, y cada una se realiza bien según la virtud adecuada y, si esto es así, el bien humano es una actividad del alma conforme a la virtud, y si las virtudes son varias, conforme a la mejor y más perfecta, y además en una vida entera. Porque una golondrina no hace verano, ni un solo día, y así tampoco hace venturoso y feliz un solo día o un poco tiempo. (ARISTÓTELES, s.d)

Com base nesse excerto, a felicidade se apresenta como o corolário ou fim último das condutas humanas bem realizáveis. Posto isso, a atividade ética é, por excelência, a ponte que liga a teoria à prática, propondo ao sujeito a oportunidade de virtuosamente colaborar com o interesse comum da coletividade e a promover a harmonia e a paz sociais. Nesse ínterim, deve-se ter bem esclarecido o conceito de virtude, vocábulo de suma relevância na compreensão da filosofia moral aristotélica. Para Aristóteles (s.d) a virtude é

Es, por tanto, la virtud un hábito selectivo que consiste en un termo medio relativo a nosotros, determinado por la razón y por aquella por la cual decidiría el hombre prudente. El término medio lo es entre dos vicios, uno por exceso y otro por defecto, y también por no alcanzar en un caso y sobrepasar en otro el justo límite en las pasiones y acciones, mientras que la virtud encuentra y elige el término medio. Por eso, desde el punto de vista de su entidad y de la definición que enuncia su esencia, la virtud es un término medio, pero desde el punto de vista de lo mejor y del bien, un enremo. (ARISTÓTELES, s.d)

Logo, a excelência moral humana perpassa, necessariamente, pela construção de um caráter minimamente vicioso, isto é, não entregue, por exemplo, aos desvarios da razão e à iniquidade. No ponto, a elevação ética da coletividade tem como pressuposto o redirecionamento individual na busca das virtudes como atividade habitual, em vista de condutas coerentes com a atividade justa. Sendo assim, em relação a essas disposições do

caráter, “*sino por tener aptitud natural para recibirlas y perfeccionarlas mediante la costumbre.*” (ARISTÓTELES, s.d)

À vista disso, a atualização moral, como uma potência, e a sua validação e efetivação na sociedade, isto é, a exteriorização pelo ato (ARISTÓTELES, s.d) vem pelo esforço cotidiano em uma espécie de um “querer-realizar”. Em outras palavras, Aristóteles (s.d) ensina

Además, en todo aquello que és resultado de nuestra naturaleza, adquirimos primero la capacidad y después producimos la operación (esto es evidente en el caso de los sentidos: no adquirimos los sentidos por ver muchas veces y oír muchas veces, sino a la inversa: los usamos porque los tenemos, no los tenemos por haberlos usado; en cambio, adquirimos las virtudes mediante el ejercicio previo, como en el caso de las demás artes: pues lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo; por ejemplo, nos hacemos constructores construyendo casas y citaristas tocando la cítara. Así también practicando la justicia nos hacemos justos, practicando la templanza, templados, y practicando la fortaleza, fuertes. (ARISTÓTELES, s.d)

De maneira didática, o estagirita relaciona diretamente a necessidade de ir além do plano teórico para se tornar virtuoso, uma vez que, a partir do princípio da não contradição – aquilo que é não pode não ser – devendo afirmar-se mediante a correspondência entre a produção intelectual e a ação cotidiana. Logo, uma pessoa ética, satisfatoriamente, deve gerar frutos coerentes com o seu caráter reto e justo⁵, sendo o inverso também verdadeiro. Isso porque, a título exemplificativo, bem assinala Lucas (2000)

Porque não se colhem figos de espinheiros, nem dos abrolhos se vindicam uvas. O homem bom do bom tesouro do coração tira o bem, e o mau do mau tesouro tira o mal; porque a boca fala do que está cheio o coração [...]

Na esteira do estudo prático das virtudes, Aristóteles leciona que deve prevalecer a mediana ou *mesótes* entre dois vícios, de forma que o ser

⁵O que segue a justiça e a bondade achará a vida, a justiça e a honra. (Salomão, 2000).

humano possa ponderar entre o excesso e a falta de uma excelência moral. (ARISTÓTELES, s.d)

Posto isso, deve-se sob a égide da prudência ou *phrónesis*, equilibrar a atuação social no aperfeiçoamento do caráter, com fito de encontrar a estratégia ou o caminho mais coerente e íntegro para se atingir um bem verdadeiramente válido (que não cause danos a terceiros), espelhando o exemplo ético a ser seguidos pelos outros indivíduos. (ARISTÓTELES, s.d)

É válido ressaltar que, na ótica aristotélica, as excelências morais se relacionam com a alma⁶ que, por sua vez, interliga-se com as ações e com as emoções. Nesse ponto, o estagirita divide a alma em virtudes éticas (morais) ou do caráter relacionadas à ação moral e, por efeito, ao hábito, e às virtudes intelectivas ou dianoéticas que estão em diálogo com o estágio racional da alma. (ARISTÓTELES, s.d)

As virtudes morais podem ser exemplificadas pela coragem (*andrêia*), liberalidade (*eleuteriotes*), calma (*praotes*). Em outra análise, as virtudes intelectuais são transformadas em ato pelo ensino e pela experiência – por isso requerem tempo – são exemplificadas pela prudência (sabedoria prática), pela sabedoria filosófica e pela compreensão. (ARISTÓTELES, s.d).

Para fins deste estudo, não será esgotada as nuances da ética aristotélica. Isso porque, visa-se, tão somente, o direcionamento do leitor em aspectos gerais desta filosofia moral, de maneira que este esteja apto a compreender a construção do caráter do legislador proposto pelo estagirita, tema este que será abordado na próxima seção.

3 Ética do legislador

O legislador é o responsável pela ordenação de condutas da sociedade, a partir do âmbito jurídico, tendo por excelência a lei, meio de realização da atividade racional de estabelecimento das bases legais de atuação dos sujeitos da sociedade. Nessa empreitada, aquele profissional público,

⁶ [...] una parte de ella es irracional y la otra tiene razón (si éstas se distinguen como las partes del cuerpo y todo lo divisible, o son dos para la razón, pero naturalmente inseparables como en la circunferencia lo convexo y lo cóncavo, nada importa para la presente cuestión. (ARISTÓTELES. s.d).

legitimado pelo ordenamento jurídico que, por sua vez, tem legitimidade no poder do povo, deve estar comprometido, em uma visão Aristotélica, com os polos forense e moral, objetivando buscar o fim último da ética e da política, isto é, a felicidade.

Sendo assim, o legislador deve aperfeiçoar o seu caráter por meio de condutas habituais que estejam em diálogo direto com meios e procedimentos justos para se atingir fins adequados à integração e à harmonia sociais. Nesse sentido, o legislador deve trabalhar com prudência. Isso porque, faz-se fundamental a sintonia das qualidades humanas para o que é satisfatoriamente ético e minimamente vicioso. É nessa ótica, que o estagirita afirma, “uma cidade equilibrada não é obra do acaso, mas do conhecimento e da vontade”. (ARISTÓTELES, 1998)

À vista dessas questões, a cidade se apresenta como território de manifestação dos indivíduos e da ciência política que organiza os estudos sobre os anseios e as diretrizes da coletividade. Logo, o bom legislador não deve solapar ou desprezar, na análise de um regime político para a sociedade, o objeto adequado aos cidadãos, nem a necessidade da conservação de um regime dentre as limitações dos instrumentos e das técnicas disponíveis no meio social. Para uma melhor compreensão, Aristóteles (1998) esclarece:

[...] compete a essa ciência [política] examinar que forma de regime seria mais adequada a certo tipo de cidadãos; é que sendo, efetivamente, muitos os incapazes de atingir de igual forma o melhor tipo de regime, o bom legislador e o verdadeiro político não devem nem negligenciar nem a forma absoluta perfeita de regime, nem a forma melhor tendo em contas as circunstâncias; nem um terceiro regime que se estabelece segundo uns pressupostos; uma vez que essa ciência pode também examinar qual o princípio a partir da qual um regime se formou, e de que modo o poderemos conservar o mais tempo possível [...] significa isto que não devemos contemplar apenas o melhor regime, mas também aquele que é simplesmente possível, e ainda aquele que é de mais fácil aplicação e mais comum a todas as cidades. (ARISTÓTELES, 1998)

A partir desse excerto, o caráter do legislador e o seu trabalho racional na produção de textos legais deve estar direcionado a uma eficácia e a

uma efetividade de um regime político salutar aos cidadãos. Ao dialogar com esses pressupostos, Aristóteles (1998) afirma

O que verdadeiramente interessa, pelo contrário, é introduzir uma ordenação política cujas disposições persuadam facilmente os cidadãos e facilmente seja adoptadas; pois não é, de modo algum, menos trabalhoso o acto de reformar do que o acto de o instituir desde o início, da mesma forma que não o é menos trabalhoso o acto de aprender melhor do que o acto de aprender desde o início. (ARISTÓTELES, 1998)

Logo, a elaboração e a estruturação de bases políticas, neste caso, devem ordenar os pilares legais que são responsáveis por facilitarem a compreensão pelos cidadãos dos objetivos postos pela sociedade. Isso gera efeitos, por exemplo, em uma perspectiva contemporânea, na necessidade de uma minimização da complexidade da linguagem jurídica, isto é, o “juridiquês”⁷ que contribui para o afastamento entre o Direito e a sociedade.

Nesse aspecto, cabe ao legislador por meio de seu instrumento de trabalho, a lei, contribuir para o aperfeiçoamento virtuoso dos indivíduos, de maneira que estes transformem em ato as qualidades morais que estão em potência. Isso porque as excelências morais e intelectuais são efetivadas pelo hábito e pela instrução. No ponto, segundo Aristóteles (s.d) também é papel do legislador

Así también practicando la justicia nos hacemos justos, practicando la templanza, templados, y practicando la fortaleza, fuertes. Prueba de ello es lo que ocurre en las ciudades: los legisladores hacen buenos a los ciudadanos haciéndoles adquirir costumbres, y esa es la voluntad de todo legislador, todos los que no lo hacen bien yerran, y en esto se distingue un régimen de otro, el bueno del malo. (ARISTÓTELES, s.d).

Portanto, deve-se produzir um ordenamento jurídico que tenha eficácia no desenvolvimento moral dos cidadãos, com o objetivo de auxiliá-los em condutas corretas no seio da coletividade. Sendo assim, o Direito se

⁷ Para uma excelente exposição acerca do conceito de juridiquês e seus desdobramentos no cenário forense, ver a obra de Andrade (2000).

apresenta como fator preponderante no aperfeiçoamento de um regime político e de uma organização coerente e íntegra de uma sociedade, na busca da realização da felicidade, segundo a virtude perfeita. (ARISTÓTELES, s.d). Logo, busca-se um caráter que tenha afinidade com a virtude, amando o que é nobre e detestando o que é vil. Ainda nessa questão, Aristóteles (s.d) expõe

[...] és preciso que la· educacion y los costumbres estén reguladas por leyes, y así no serán· penosas, habiéndole hecho habituales. Y no basta seguramente haber tenido la· educacion y vigilancia adecuadas en la· Juventude, sino que és preciso en la· madurez practicar lo que antes se aprendió, y acostumbrarse a ello, y también para eso necesitamos leyes y en general, para toda la vida, porque la mayor parte de los hombres obedecen más· bien a la· necesidad que a la· razón, y a los castigos que a la bondad. (ARISTÓTELES, s.d)

Diante disso, devido aos desvarios da razão e aos desvios de caráter dos cidadãos, o legislador se apresenta como direcionador e integrador das ações morais baseadas no que é louvável, com o fito de a sociedade não descarrilhar em paixões ou em atitudes desestimuladores do bom convívio humano. Nessa empreitada, é importante esclarecer que, para o filósofo grego, a virtude se relaciona com os prazeres e com as dores, ou seja, dizem respeito às paixões e às ações. Em outras palavras, explica Aristóteles (s.d)

La·virtud moral, en efecto, tiene que ver con los placeres y dolores, por que por causa del placer hacemos lo malo y por causa del dolor nos apartamos, del bien. De ahí la necesidad de haber sido educado de cierto modo ya desde jóvenes, como dice Platón, para poder complacerse y dolerse como es debido; en esto consiste; en efecto, la buena educación. (ARISTÓTELES, s.d)

Neste ponto, o estagirita nos induz a compreender que as inclinações humanas na busca pelos seus objetivos perpassam o substrato da temperança como qualidade moral que equalize e refreie as condutas malélicas dos indivíduos.

Á vista disso, a punição tem a finalidade de bloquear ou reprimir ações indevidas ou inúteis, ou seja, baseadas em um excesso de paixões malélicas ou ainda em desvarios da razão, de maneira que não sejam repetidas ou produzidas condutas semelhantes. Nessa lógica, os cidadãos devem compreender que na prática de ações boas e harmoniosas, isto é, que não desestabilizem a sociedade, a punição não se enquadra como meio de contenção, visto que, a virtuosidade da ação ética deve ser promovida, e não silenciada. Portanto, eis essa última responsabilidade do legislador. Nesse sentido, este funcionário público-jurídico, deve-se atentar para a seguinte questão, Aristóteles (s.d) “o estudo do prazer e da dor corresponde ao filósofo político.”

Portanto, arquitetar as diretrizes sociais na busca pelo prazer em ações virtuosas, de forma que sejam concretizados os objetivos fundamentais e os bens humanos necessários na busca da felicidade de um dado contingente de indivíduos, deve ser o motor das ações legislativas. No entanto, o exercício da prudência é imprescindível, na medida em que essa virtude auxilia na minimização da produção de leis desconexas da realidade – ficção jurídica - canalizando a ótica do legislador para a elaboração de um ordenamento jurídico justo, equânime, válido, eficaz e coerente com as condutas da coletividade.

À vista disso, a necessidade de um aperfeiçoamento moral da sociedade, sobretudo, na formação intelectual, apresenta-se como pressuposto na busca por bons hábitos, ou seja, aqueles que promovam a atualização das virtudes humanas. Ato contínuo, a minimização de descaminhos no caráter de um sujeito contribuirá para que as disposições legais sejam cumpridas sob o prisma da compreensão de que a ação individual é fundamental na coerência da integração interpessoal. Em outras palavras, o anseio pela justiça, a partir de atos virtuosos, enseja a busca pela felicidade social.

Com respaldo nessas considerações, quando se analisa a relevância de um caráter íntegro na observância das leis e na produção destas, faz-se

necessário entendermos o que Aristóteles compreende por justiça e por injustiça. Segundo Aristóteles (s.d)

Pues bien, vemos que todos están de acuerdo en llamar justicia a la disposicion en virtud de la cual los hombre practican lo que es justo, obran justamente y quieren lo justo; y de la misma manera respecto de la injusticia: la disposición en virtud de la cual obran injustamente y quieren lo injusto. (ARISTÓTELES, s.d)

Logo, não basta ao indivíduo parecer justo ou tão somente querer a justiça, é essencial que as ações correspondam com as abstrações do intelecto. Não se concretizam leis ou o justo restringindo o debate no plano do dever-ser, mas o elo com a realidade cotidiana é o que efetiva a vontade constante e perpétua de agir virtuosamente. A partir dessa análise, pode-se dizer que o justo está alinhado à legalidade e à equidade, já o injusto ou ganancioso conflui para o inverso desses entendimentos. (ARISTÓTELES, s.d). Sendo assim, nos dizeres de Aristóteles (s.d)

Como el transgresor de la leyera injusto y el que se conformaba a ella justo, es evidente que todo lo legal es en cierto modo justo, pues lo establecido por la legislación es legal y de cada una de esas disposiciones decimos que es justa. Las leyes se refieren a todas las cosas, proponiéndose lo que conviene en común a todos, o a los mejores, o a los que están en el poder, o alguna otra cosa semejante; de modo que, em un sentido, llamamos justo a lo que es de indole para producir y preservar la felicidad y sus elementos para la comunidad política. (ARISTÓTELES, s.d).

Ao se debruçar sobre esse excerto, o estagirita complementa sua visão do justo o alinhando à felicidade. Logo, praticar o injusto é contribuir para o desprazer de outrem e para o desequilíbrio da realidade, indo de encontro a uma possibilidade de uma obediência a leis ou à juridicidade. Para explicar essa questão, Cordioli (2017) leciona:

[...] com a virtude da justiça instaurada, as coisas justas passam a parecer prazerosamente justas aos nossos olhos e praticamos as ações de justiça constantemente e com convicção. Em outras palavras, um homem justo que

encontra uma quantia de dinheiro quer devolvê-la sem sequer cogitar em ficar com o valor para si. Ficaria satisfeito e alegre com o sentimento de dever cumprido, caso conseguisse fazê-lo. Já o injusto vê isso como uma oportunidade de locupletar-se, e ficaria até mesmo contrariado se não conseguisse tomá-lo para si. É digno de nota que, aos olhos do sujeito injusto, a ação de devolução praticada pelo justo é um ato tolo. (CORDIOLI, 2017)

De plano, o indivíduo justo manifesta-se na realidade caminhando pelas veredas da honestidade e da alteridade, isto é, age racionalmente em busca de preservar a respeitabilidade social, ou em termos modernos, a dignidade da pessoa humana. Por isso, a deliberação legislativa de produção das leis e o senso de justiça devem estar em diálogo direto com a prudência, como mecanismo de atuação concreta de políticas que dialoguem com a ética desejável, ou seja, a obediência ao Estado Democrático de Direito, numa linha contemporânea.

Ainda nessa discussão, a compreensão da justiça e da sua realização é precípuo sustentáculo de uma comunicação com outras virtudes éticas (interdependência das virtudes), de maneira que o ser humano seja apto integralmente ao desenvolvimento social, por exemplo, à temperança e à coragem. Nessa lógica, como bem pontua Cordioli (2017) a justiça aristotélica é manifestada em três binômios: i) legalidade/igualdade, ii) bem comum/bem particular e matéria de todas as virtudes/matéria própria da justiça.

Nessa análise, é providencial afirmarmos que no campo de atuação do legislador, a sua produção legal, embora sustentada por um caráter integralmente virtuoso, não englobará todas as metamorfoses da sociedade. Para auxiliar na busca incessante pela correspondência entre o Direito e o tempo cotidiano, surge a equidade ou (*epieikeia*), uma subdivisão da justiça, que corrige os descaminhos da lei com base em casos concretos. (CORDIOLI, 2017). Isso porque o âmbito legal - fincado na abstrativa do texto jurídico ou na subsunção jurídica - deve ser adaptável à realidade sem perder a legalidade, não sendo estanque ou imobilizado ao padrão da norma. Para uma melhor compreensão, Aristóteles (s.d) explica

Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal. La causa de ello es que toda leyes universal, y hay cosas que no se pueden tratar rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en que és preciso hablar de un modo universal, pero no es posible hacerlo rectamente, la ley toma en consideración lo más corriente, sin desconocer su yerro. Y no por eso és menos recta, porque el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino, en la naturaleza de la cosa, puesto que tal es desde luego la índ&e de las cosas prácticas. Por tanto, cuando la ley se expresa universalmente y surge a propósito de esa cuestión algo que queda fuera de la formulación universal, entonces está, bien, allí donde no alcanza el legislador y yerra al simplificar, corregir la omisión, aquello que el legislador mismo habría dicho si hubiera estado allí habría hecho constar en la ley si hubiera sabido. Por eso lo equitativo en justo, y mejor que una clase de justicia; no que la justicia absoluta, pero sí que el error producido por su carácter absoluto. Esta és también la causa de que no todo se regule por la ley, porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley, de modo que hay necesidad de un decreto. (ARISTÓTELES, s.d).

Portanto, a equidade é um redimensionamento da justiça legal, com o fito de enquadrar o Direito na realidade, de maneira virtuosa. Sendo assim, o legislador, como estabelecedor das bases do justo e do injusto pela disposição do enunciado normativo, deve organizar o ordenamento fo-
rense a partir de uma sistematização dos direitos e dos deveres sociais, com ênfase no estímulo ao caráter justo como obediência a regras de convívio social. Nesse sentido, o legislador não será refém de uma comiseração por não poder abarcar toda a realidade que se esvai pela sua limitada capacidade epistemológica e racional.

Desse modo, na compreensão da justiça se entende que ela é uma virtude que comunica o eu com o outro, uma vez que interliga bens jurídicos em uma espécie de acordo ético. Nessa linha lógica, a ação justa (*dikaion*) é composta pelo direito e pelo dever, visto que o aperfeiçoamento do caráter envolve a auto realização e a contribuição no crescimento ético de outrem, como um fundamento que rompe a totalidade do eu. Na compreensão do justo, recorreremos a Aristóteles (2005) que afirma, “a justiça é a virtude pela qual cada um possui seus bens de acordo com a lei; e a injustiça é o vício pelo qual retém o que é dos outros, contrariamente à lei”.

Nesse contexto, a lei funciona com um balizador de ações adequadas ao meio social. Logo, percebe-se a relevância do trabalho do legislador nas fixações das bases da legalidade/juridicidade nas ações do Poder Público e dos cidadãos. Nesse sentido, Aristóteles (s.d) afirma que:

[...] adquirimos las virtudes mediante el ejercicio previo, como en el caso de las demás artes: pues lo que hay que hacer después de haber aprendido, lo aprendemos haciéndolo; por ejemplo, nos hacemos constructores construyendo casas y citaristas tocando la cítara. Así también practicando la justicia nos hacemos justos, practicando la templanza, templados, y practicando la fortaleza, fuertes. Prueba de ello es lo que ocurre en las ciudades: los legisladores hacen buenos a los ciudadanos haciéndoles adquirir costumbres, y ésa es la voluntad de todo legislador, todos los que no lo hacen bien yerran, y en esto se distingue un régimen de otro, el bueno del malo. (ARISTÓTELES, s.d)

Portanto, o legislador estimula os cidadãos a vivenciarem a justiça, de forma que contribuam para a estabilidade tanto de bens jurídicos quanto do próprio regime político em que estão inseridos.

4 Considerações finais

O filósofo grego Aristóteles argumenta e tece uma teoria ética que não está estanque a um único período histórico, mas esta proposta percorre a possibilidade de um consenso quanto à necessidade de condutas virtuosas que desenvolvam a sociedade na proteção da interação social e de seus interesses comuns. Nesse sentido, os princípios éticos são ordenadores do agir bom e louvável dos cidadãos, em uma espécie de alteridade e de compromisso com o outro. Sendo assim, busca-se forjar uma ótica cidadã que compreenda a relevância de agir eticamente em busca de felicidade geral e da preservação da vida em sociedade - não simplesmente no discurso eloquente - mas no cotidiano.

Nesse contexto, a ética aristotélica irradia-se por diversos segmentos da sociedade que, para fins deste estudo, referiu-se ao campo jurídico-legislativo. De plano, não bastam apenas instituições ou normas justas, para que o Direito seja um sistema próximo do cidadão e para que seja efetivo

em suas garantias jurídicas. Dito isso, o papel do legislador pressupõe uma formação interligada ao hábito e à convivência da prática da justiça e seus desdobramentos, de maneira que o processo de elaboração de leis ou dispositivos jurídicos esteja o mínimo possível maculado por desvirtuamentos éticos reduzindo, dessa maneira, a corrupção social.

Portanto, é precípua forjar profissionais que tenham compromisso com as virtudes éticas – subjugando vícios como a ganância e a injustiça. Isso porque se tem por fito a vontade constante e perpétua de validar o ordenamento jurídico e minimizar fossas abissais produzidas pelas desigualdades econômicas, políticas e sociais, concretizando a justiça.

Referências

ANDRADE, Valdeciliana da Silva Ramos. Linguagem Jurídica: um estudo do discurso forense. Curitiba: CRV, 2014.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Diretor: Antonio Truyol Serra. Colección Clássicos Políticos. s/d. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/jsd43y1t3lcsx4k/AABejYaEUGlvwB-tuMMQyCoJa?dl=0&preview=Etica+A+Nic%C3%B4maco+.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. *Política*. Tradução de Antônio Campelo Amaral e Carlos Gomes. Edição Bilingue. Lisboa: Veja, 1998 Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/jsd43y1t3lcsx4k/AABejYaEUGlvwB-tuMMQyCoJa?dl=0&preview=a-politica-de-aristoteles-edicao-bilingue-portuguesa.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2020.

_____. *Retórica*. Obras completas de Aristóteles. Biblioteca de autores clássicos. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. v. VIII, Tomo I, 2.ed. Edição: Imprensa Nacional Casa da Moeda. Lisboa, 2005. Disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/jsd43y1t3lcsx4k/AABejYaEUGlvwB-tuMMQyCoJa?dl=0&preview=+Ret%C3%B3rica+.PDF>>. Acesso em: 15 out 2020.

BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 out.2020

CORDIOLI, Leandro. A virtude da Justiça: o personalismo ético aplicado à atividade jurisdicional em Aristóteles. In: CORDIOLI, Leandro (org.); LESSA, Jaderson Borges; MACIEL, Everton; ORBEN, Douglas João. A Invenção da Modernidade: As Relações entre Ética, Política, Direito e Moral. (Orgs.) - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. p.103-150. Disponível em: <https://www.academia.edu/35426005/A_VIRTUDE_DA_JUSTI%C3%87A?source=swp_share>. Acesso em: 05 out 2020.

LUCAS. O Evangelho segundo Lucas. In: A Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2 ed., em letra grande. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000. 1504 p.

NODARI, Paulo Cesar. A ética Aristotélica. Belo Horizonte: Síntese Nova Fase. v. 24, n. 78, 1997. Disponível em: <<http://faje.edu.br/periodicos/index.php/Sintese/article/view/722/1149>>. Acesso em: 15 out. 2020. p.383-410.

SALOMÃO. Provérbios. In: A Bíblia Sagrada. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Revista e Atualizada no Brasil. 2 ed., em letra grande. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2000. 1504 p.

SANTOS, Waleska Machado. A teoria aristotélica da virtude e da justiça. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Caxias do Sul, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/3084/Dissertacao%20Waleska%20Machado%20dos%20Santos.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 22 set 2020.

O discurso religioso como possibilidade de análise crítica das demandas sociais

*Bianca Ferreira da Cunha*¹

“É o impulso religioso que fornece a força coesiva que unifica uma sociedade e uma cultura. As grandes civilizações do mundo não produzem as grandes religiões como um tipo de subproduto cultural; de forma real, as grandes religiões são as fundações sobre as quais as grandes civilizações se assentam. Uma sociedade que perdeu sua religião mais cedo ou mais tarde torna-se uma sociedade que perdeu sua cultura” (DAWSON, 2012, p. 261).

Introdução

Intensos debates em território nacional e no mundo buscam limitar, expandir ou até extinguir a interferência da religião nos debates públicos face às demandas sociais. Ocorre que negar a religião espaço na política é negar que a própria Constituição se vale de valores comuns à fé, sobretudo a fé cristã. Este fato é atestado através de inúmeros autores e estudiosos quando afirmam que as bases do mundo Ocidental foram lançadas através de princípios judaico-cristãos.

O presente artigo desenvolverá uma abordagem interdisciplinar para dar início a uma resposta que, por se tratar de assunto complexo, não esgotará o tema. Uma tentativa de solucionar os conflitos sociais que surgem em razão da pluralidade. Apesar de a Constituição Federal lançar como base o pluralismo político, a igualdade e a não discriminação, nem sempre visões de mundo opostas coexistem em perfeita harmonia, sobretudo, a

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil.

cosmovisão cristã, principalmente quando se confronta com as teorias mais populares do último século.

Este artigo buscará refletir sobre como o princípio de laicidade é desfigurado para fins não democráticos na tentativa de excluir visões de mundo com pressupostos religiosos, a despeito da verdade de que toda a decisão parte de uma crença, e que todo o processo de teorização é precedido por compromissos pré-teóricos. Restará esclarecido que embora o Estado não mais se funda com a esfera religiosa, mantém relacionamento de cooperação consagrado pela própria Constituição Federal.

1 Religião: definições e implicações

Para estabelecer um justo debate sobre as implicações do discurso religioso no debate público é necessário definirmos o que é Religião. Desta forma é possível realizar análise mais precisa. A antropologia da religião se esmera na difícil tentativa de entender e tentar definir a religião e o fenômeno religioso. Não buscaremos esgotar o assunto, mas talvez mostrar o início de um caminho amplamente discutido por vários pensadores.

De acordo com o antropólogo David Eller (2018), a motivação da antropologia não é outro senão estudar a diversidade humana. E assim como ocorre com estudos de diferentes aspectos da diversidade cultural, não cabe à antropologia fazer um juízo de valor sobre os fenômenos sociais, comprovar veracidade ou falsidade, mas entender suas estruturas e funcionamentos.

Já que um dos critérios da antropologia é a observação, a religião é algo que ocupa o espaço público, que está presente no cotidiano, e é materializada através das ações dos seres humanos. Segundo Eller (2018), a religião não está internalizada inicialmente, ela é percebida pelo indivíduo em seu espaço social. Deste modo, é certo entender a religião como aquilo que molda os traços culturais, uma vez que a antropologia não se atém exclusivamente a textos ou a história. A perspectiva antropológica se dá também através da observância da cultura vivenciada pelos membros da

sociedade. A partir destas conclusões surgem questionamentos, como por exemplo: Como poderia a religião ocupar um espaço estritamente privado se suas implicações são inegavelmente perceptíveis?

Eller (2018) rebate a ideia de religião representativa, visto que, cada sociedade, cada localidade, e, portanto, cada religião assume uma forma de interpretar o processo pelo qual a sociedade funciona. Ou seja, é imprudente o caminho da generalização. As ideias, valores e condutas diferem no interior de cada sociedade. Nem todos os membros que compõe uma sociedade pensam e agem da mesma forma. Entretanto, a antropologia adota o holismo² como método de investigação. Embora haja divergências interpretativas no interior de cada sociedade, pressupõe-se que qualquer cultura é formada por um todo, isto é, possuem partes inter-relacionadas que interagem de formas específicas uma em relação à outra. Esses “domínios”³, como Eller classifica, contribuem inconfundivelmente para a sociedade conjuntamente.

Ainda de acordo com o antropólogo a crença no sobrenatural se expande até a realidade. E para os membros de determinada comunidade religiosa o(s) ser(es) e/ou a força(as) em que acreditam fazem parte de seu mundo real e social. A religião passa por um processo de “socialização” e “culturalização”. Ou seja, ele se estende da íntima convicção interna do indivíduo até a forma como ele percebe a si próprio e a realidade ao seu redor. Tornando-se participante das normas, valores e relações da cultura (ELLER, 2018).

Embora a ideia de relativismo cultural⁴ defendida por Eller seja criticável⁵ – como todas as teorias o são – o autor conclui que nem toda a

² Método adotado nas ciências sociais e naturais que compreende a integralidade dos fenômenos.

³ O antropólogo David Eller elenca quatro domínios da cultura que estão integrados, às vezes, “frouxamente”, quais sejam: economia, parentesco, política e a religião.

⁴ Segundo o relativismo cultural para compreender culturas diversas, o investigador precisa ser um relativista. Ou seja, precisa abrir mão de seus pressupostos para entender como funcionam diferentes ambientes sociais. Entrementes, Charles Taylor afirma: “[...] Nós não decidimos uma vez por todas deixar nossos valores [...] Eles não contam apenas como premissas conscientes que podemos descontinuar. Eles continuam a moldar nosso pensamento em um nível muito mais profundo, e somente um intercâmbio franco continuado com quem tem pontos de vista diferentes nos ajudará a corrigir algumas distorções que eles engendram” (in: Uma Era Secular. p. 502).

⁵ A partir do relativismo cultural o autor tende a defender a religião como mera construção humana. No entanto, o objetivo traçado aqui é demonstrar que até mesmo do ponto de vista de um relativista, a religião está longe de ser

religião impõe uma crença em Deus, ou qualquer outra divindade, ou tipo de ritualística, oração, dogmas ou ideias de céu e inferno. A moralidade, as ações verbais e as comunidades existem independentemente da religião, não se tratando de fenômenos exclusivamente religiosos. Características essenciais de uma religião em uma determinada cultura podem não ser as mesmas em outras.

Para Clouser (2020), o que define uma religião é a sua crença, ou como popularmente se entende um conjunto de crenças. Mas apenas esse ponto não resolve a questão. É necessário definir o que é crença. Se há crenças de todos os tipos, como diferenciar uma crença religiosa de uma crença não religiosa? Para realizar essa tarefa seria necessário delimitar uma lista aceitável de religiões e determinar qualquer tipo de crença que apenas essas religiões compartilhassem em comum. O que para não dizer impossível, é extremamente dificultoso. Por exemplo, seriam às religiões responsáveis pela criação de códigos éticos? Para considerar essa sugestão seria preciso desconsiderar a existência de códigos de honra nos exércitos, nas escolas, nos clubes de esportes e outras organizações não religiosas. Então um padrão moral não seria o suficiente para diferenciar uma crença religiosa de uma crença não religiosa.

Outrossim, ainda que seja presença marcante, é errado afirmar que todas as crenças resultam em adoração. Aristóteles acreditava em um ser supremo, o qual denominou de “O Primeiro Motor”. Este ser supremo que estava aquém da existência humana não se importava com a humanidade. Desta forma, adorá-lo não passaria de futilidade, uma vez que esse ser impessoal, embora não dependente, não era alvo de gratidão ou objeto de devoção. Não haveria sentido nisso. Assim, em um primeiro momento, características atribuídas às crenças religiosas não são de sua exclusividade. Sendo impossível definir o que é crença, seria impossível definir o que é religião (CLOUSER, 2020).

privada, pelo contrário, ela induz e motiva condutas que se expressam na vida em comunidade. A religião como Eller atesta, está, ainda que não intimamente, conectada às estruturas da sociedade. Isto posto, o antropólogo não pretende dar uma definição verdadeira para a religião. Mas tenta distinguir a religião dos outros empreendimentos humanos para mostrar como se conecta com eles.

Entretanto, é inegável que todas as tradições religiosas são centradas na ideia do divino. Embora possam discordar sobre o que é divino. O ponto comum entre todas as religiões é a existência de algo que detém status de divindade. Independente de quem ou quê possua o status de divindade, o que define tal status é a incondicionalidade. Significa a não dependência para a realidade. Não há nada do que a suposta divindade(s) dependa, enquanto que tudo o mais dela depende para existir (CLOUSER, 2020). Não importa o que ocupa o lugar de divindade – ciência, raciocínio lógico, naturalismo, leis, etc - o que dela resulta é um tipo de crença religiosa que pode influir em uma crença secundária. Ou seja, é um equívoco presumir que toda crença é essencialmente religiosa, quando pode ter sido apenas alterada ou influenciada por uma crença religiosa. Existem princípios e perspectivas em uma crença religiosa que poderão ser a luz que guiará crenças não religiosas. Uma crença não se torna religiosa apenas por ter sido influenciada por uma.

1.1 Correlação entre crença e teoria

Clouser (2020) argumenta que há relação entre crenças e teorias. E que todo o cidadão é influenciado por várias delas. Tópicos como: direitos políticos, felicidade humana, criação de filhos, tratamentos médicos eficazes, educação adequada, para citar alguns, já foram alvos de pelo menos uma teoria, amplamente defendida e testada. Sobre as teorias há uma crença amplamente difundida, de que, quando formuladas, testadas e aceitas por parte dos especialistas se tornam revestidas de autoridade para julgar a verdade daquilo que lhes diz respeito. Consequentemente, isso implica em considerar perversa a crença religiosa que for confrontada por uma teoria amplamente aceita. Automaticamente, rejeita-se a participação daqueles que optarem por suas crenças religiosas no debate público ao invés de teorias marxistas ou darwinistas, para citar as teorias mais populares do último século. Todavia, toda a formulação teórica é pré-condicionada por compromissos religiosos que as orientam e conferem sentido (QUINTILIANO, 2020).

Infere-se que não há autonomia no pensamento teórico, uma vez que todo o desenvolvimento teórico depende de pressupostos religiosos, uma vez que, como já visto, nem tudo que ocupa o lugar de divindade resulta em adoração ou rituais sagrados. Deste modo, não seria arbitrário definir qual pensamento filosófico pode ou não participar das decisões da vida comum? Se um pensamento teórico ou filosófico parte de pressupostos cristãos ele deveria ser renegado ao espaço privado? Se o ponto de partida de cada teoria tem sua gênese nas mais íntimas convicções humanas que irão influenciar toda a visão de mundo de cada indivíduo, não parece razoável.

Embora haja diferenças significativas entre teoria e religião, a divergência repousa apenas na ênfase de cada uma. As tradições religiosas comumente enfatizam a condução de seus adeptos a um relacionamento apropriado com sua divindade para alcançar a felicidade. Enquanto que as teorias constroem a partir de suas crenças explicações que fundamentam a produção de hipóteses. Mas é um equívoco deslegitimar qualquer uma delas em razão de suas ênfases. A maioria dos filósofos ao longo de suas vidas se esforçará com afinco para demonstrar os benefícios pessoais àqueles que aderirem suas teorias. A tentativa é demonstrar que uma ou outra teoria possui resultados concretos para a orientação de nossas vidas, assim como as tradições religiosas o fazem, mesmo que as ênfases não sejam as mesmas (CLOUSER, 2020). No mesmo sentido Dooyeweerd, faz uma crítica radical ao dogma da autonomia, uma vez que na origem de todas as formulações do pensamento teórico existem compromissos pré-teóricos de natureza religiosa:

Tal crítica não é apenas necessária de um ponto de vista cristão; antes, deveria ser considerada a condição primária de uma atitude de pensamento verdadeiramente crítica em todos os tipos de reflexão filosófica, independente da diferença de pontos de partida. Pois a aceitação da autonomia do pensamento teórico foi elevada à condição intrínseca da verdadeira filosofia, sem que esta seja justificada por exame crítico da estrutura interna da própria atitude teórica do pensamento (2018, p. 32).

Para Dooyeweerd (2018), esta pretensa autonomia do pensamento teórico que é considerada a base comum da filosofia grega antiga, da escolástica tomista e da filosofia secular moderna “carece daquela unidade de sentido necessária a tal fundamento comum” (DOOYEWEERD, 2015, p. 33a). Assim, a raiz destas concepções é fundamentalmente distinta. Pressuposições que ultrapassam o pensamento teórico formam as noções suprateóricas. Devido às divergências em suas pressuposições profundas, falta um sentido unívoco e a “pretensa autonomia não pode garantir uma base comum a correntes filosóficas diferentes” (DOOYEWEERD, 2015, p. 33b). Entende-se, que desta forma, a própria razão teórica é pré-condicionada por razões mais profundas. Se assim não fosse, para resolver discussões filosóficas bastaria partir de pontos puramente teóricos, o que não ocorre na situação factual. Quando um debate é travado entre tendências filosóficas fundamentalmente divergentes entre si, resulta em raciocínios contraditórios, pois entre os verdadeiros pontos de partida uma das outras não há conexão. O objetivo do filósofo holandês em seu esforço argumentativo, não é convencer os adeptos do pensamento autônomo a abandonarem sua dogmática, apenas que abduquem a ideia de que o dogmatismo autoritário deve ser condição necessária para qualquer filosofia verdadeira (DOOYEWEERD, 2015).

Conquanto, não é assertivo entender toda a crença religiosa como criadora de teorias. Mas fica claro que cada teoria é concebida de diferentes maneiras a depender do que a pressupõe. As crenças religiosas não são o fator criador, mas são o ponto de partida que define sua concepção. Teorias não são criadas pelas religiões, mas as concepções e princípios religiosos vão determinar o que é aceitável sobre a natureza de qualquer hipótese (CLOUSER, 2020).

É impossível desenvolver em poucas páginas toda a linha filosófica de Clouser e Dooyeweerd. Mas é o suficiente para demonstrar que ao se tratar de religião, convicções e o processo de teorização, a tarefa de reflexão não é simples como se imagina. Resolver essas questões sem considerar a forma como se conectam com o mundo, é assumir uma

postura autoritária para decidir quais posicionamentos são legítimos para servir como perspectiva crítica de análise. Esse posicionamento antidemocrático nega a presença histórico-social destas crenças.

À vista disso, é difícil acreditar que os argumentos para excluir o discurso religioso do debate público sejam pensados em favor da diversidade coletiva. Trata-se, na verdade, de uma tentativa deliberada de fazer calar grupos dissidentes usurpando o real sentido de laicidade em favor de posicionamentos políticos unilaterais. Como Jónatas Machado bem afirma: “O princípio de neutralidade surge, acima de tudo, como artifício de gestão da diversidade” (2013, p. 134). Ainda que a sociedade esteja contextualizada a uma realidade pós-moderna, no lugar da laicidade democrática, grupos radicais defendem um laicismo intolerante.

2 Laicismo: distorções do sentido laico

O laicismo é a tentativa de excluir a religião da esfera social, bem como quaisquer valores éticos ou outras formas de expressividade que derivem da religião. No entanto, o exercício da cidadania concretizado através dos mais variados empreendimentos no espaço público é um direito. É vedado pela própria Constituição brasileira que alguém seja privado de seus direitos “por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica”, de acordo com seu artigo 5º, inciso VIII. No mesmo sentido, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 tutela os direitos fundamentais universais. Em seu artigo 18, declara que todo o ser humano tem direito a liberdade de pensamento, consciência e religião. Inclusive, o mesmo artigo tutela a liberdade de manifestar a religião ou a crença através de inúmeras maneiras, quer seja privada ou publicamente.

Embora, a laicidade por definição implique na separação entre o político e religioso “essa separação não significa isolamento ou indiferença, mas coordenação e cooperação entre o religioso e o político” (OLIVEIRA et al, 2017, p. 133).

Invocar a neutralidade absoluta do Estado é estranho ao relacionamento que o próprio Estado, sobretudo, brasileiro, estabelece com a

comunidade religiosa por meio do seu próprio texto constitucional! Como por exemplo: o artigo 150, VI, b da Carta Magna que atribui imunidade tributária aos templos de qualquer culto; o artigo 210/CF, que prevê a possibilidade de ensino religiosa de matrícula facultativa nas escolas públicas brasileiras. Cabe citar ainda a Lei federal n. 9.394/1996. A referida Lei determina Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e compreende que o ensino religioso é parte integrante para formar as bases do cidadão, debate a ser aprofundado mais a diante. Igualmente, o artigo 226, parágrafo 2º prevê ao casamento religioso efeitos civis. E o artigo 19, I da Constituição brasileira que consagra a laicidade colaborativa.

Enfatiza-se, a parte final do artigo 19, I, da Constituição Federal, que assim prescreve: “ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”. Se errado for qualquer tipo de aproximação entre religião e Estado, que interesses mútuos poderiam existir entre os dois poderes? De acordo com Vieira; Regina (2020), o interesse não poderia ser outro senão, o bem comum como objetivo último de ambas as instituições. E diante destes interesses mútuos, há clara possibilidade tutelada pela Constituição Federal de colaboração recíproca. É inequívoco o reconhecimento benevolente ao fenômeno religioso que parte do reconhecimento de sua relevância.

A relação colaborativa entre Estado e Igreja não institui um regime teocrático como afirmam alguns. À luz do que ensina Jónatas Machado “O Estado Constitucional deve ser neutro relativamente às diferentes visões de mundo, não no sentido de que estas lhe são ética ou axiologicamente indiferentes, mas no sentido de que ele as avalia a todas, de igual modo” (2013, p. 134). Do ponto de vista desta análise o Estado constitucional é social e culturalmente contextualizado. Ele está firmado sobre pressupostos que não consegue justificar nem garantir, em razão disso, é inevitável que seja remetido a “postulados culturais, de natureza religiosa e mundividencial, que permanecem geralmente subtendidos.” (MACHADO, 2013, p. 135). É impossível a sustentação da neutralidade ética do Estado na medida em que fica clara a adesão positiva de determinados valores e

princípios. Não há um abuso da esfera religiosa sobre a pública, e sim uma sociedade, neste caso a ocidental, que fundamenta suas estruturas sobre valores notadamente judaico-cristãos. Um Estado (ou uma atitude) laicista não apenas nega essas influências, mas segrega grupos sociais que defendem às clássicas percepções da vida, e se nega a considerar a pluralidade de um país quando evita um diálogo aberto.

Burke chama atenção para o afincamento e cuidado dos legisladores:

Idealizaram as antigas repúblicas [pois os mesmos] sabiam que [...] lidavam com homens e estavam obrigados a estudar a natureza humana. Eles lidavam com cidadãos e estavam obrigados a estudar os efeitos que aqueles costumes que são transmitidos pelas circunstâncias da vida civil (2017, p. 272).

Isto é, os legisladores da Antiguidade compreenderam a necessidade de se considerar as diferenças e costumes peculiares dos cidadãos que estariam dentro do Estado. A fim de prover a estes cidadãos o que suas necessidades específicas exigiam, e capacitar cada grupo de cidadão para suportar “o conflito causado pela diversidade de interesses que fatalmente existem e contendem em qualquer sociedade complexa” (BURKE, 2017, p. 272). Em outros termos, o Estado não pode impedir que conflitos se instalem entre grupos dissidentes em suas visões de mundo, mas deve garantir as condições necessárias para sua coexistência. Faz sentido que uma república abarque diferentes tipos de cidadãos. Essa é a função mais básica de uma república inclusive, promover e salvaguardar o direito a diversidade. Diversidade essa que é tutelada pela Constituição brasileira em seu artigo 1º, V, o qual prevê o “pluralismo político”. Princípio que lança um dos pilares da democracia, e protege a existência de diversas ideologias e opiniões. Justamente para que o poder de decisão não seja centralizado em apenas um grupo concedendo-lhe influência desproporcional. Para que a tomada de decisão seja legítima, os diversos interesses de uma nação precisam estar devidamente representados no debate público e na afirmação de direitos.

A ideia de homogeneizar o pensamento é estranha à própria essência de uma república, sobretudo, a brasileira. E é contra essa disposição de uniformizar todo pensamento que a Constituição nos blinda. Para Edmund Burke, a não consideração pelos diferentes grupos que povoam uma nação torna impossível à efetivação e permanência de uma república. Na ausência dessa percepção dar-se-ia espaço para ser inaugurado “o poder mais absolutamente arbitrário que já surgiu em toda terra.” (2017, p. 274).

Para Miranda (2010), o modelo democrático ocidental foi influenciado pela crença de que o futuro da religião era o declínio, isso em razão da modernização. Este fenômeno ensejaria a diminuição da influência religiosa na sociedade e seu deslocamento da esfera pública para esfera privada, como se fosse possível à dissociação das crenças pessoais dos processos de escolha. Logo, desencadear-se-ia a laicização do Estado, “entendido como uma formação da esfera pública desvinculada de grupos religiosos e de um tratamento igualitário a todas as religiões, pressupondo, dentre outros aspectos, a separação entre atividades realizadas pelo Estado e pela religião” (MIRANDA, 2010, p. 125). Porém, como às páginas acima buscaram demonstrar, estudos sociológicos, antropológicos e filosóficos demonstram que esta ideia não se concretizou largamente e uniformemente. É possível verificar através do surgimento de movimentos contrassecularização. Assim, a laicização se deu de formas variadas e com variados efeitos nas sociedades, especialmente, no que tange às formas político-jurídicas de tratar as diferentes manifestações das religiosidades no espaço público.

Na ânsia pela emancipação do indivíduo do poder religioso, o laicismo cai no mesmo erro que atribui à religião quando impõe uma única mundividência e classifica como ilegítimas todas as cosmovisões divergentes. Embora a laicidade do Estado se oponha ao Estado confessional não nega a influência da moralidade, do sentimento social e das contribuições originárias da religião na cultura e na sociedade (MAGALHÃES et al, 2017, p. 342).

Não se pode olvidar que há grupos travestidos que dizem atuar em nome da religião e buscam a prevalência de seus objetivos pessoais de

poder. Mas essa pequena parcela não representa a totalidade das pessoas religiosas deste país majoritariamente religioso. Grupos religiosos em sua maior parte buscam, assim como todo o cidadão, serem reconhecidos e representados (BOEIRA et al, 2017), e como todo o brasileiro desejam participar das tomadas de decisão referentes ao bem comum da comunidade civil. Apesar dos muitos embates travados, a parcela religiosa brasileira tem sido representada, porque até o presente momento, a diversidade no campo das ideias não foi marginalizada de forma estrita à privacidade das consciências. Ainda que hajam esforços empenhados para tal, numa tentativa de calar vozes dissonantes face às novas demandas sociais.

Contudo, em um passado recente, uma ampla gama de ideias e aspirações do povo brasileiro foi analisada através de uma mobilização nunca antes vista na história nacional. A pretensão era fazer com que a vontade dos cidadãos fosse contemplada para então projetar uma constituição que fizesse jus ao contexto sociocultural da nação e suas reais necessidades, como será exposto doravante.

3 O ensino religioso nas escolas: expressão da vontade popular

Para honrar as bases lançadas ao Estado Democrático e de Direito, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987, foi marcada por uma das maiores mobilizações da sociedade nunca antes vista na história das constituintes brasileiras ao propiciar a participação popular na política. Uma colaboração direta a elaboração da Constituição de 1988, através das chamadas emendas populares. Muitas propostas foram enviadas pela população para que fossem analisadas, chegando a contabilizar 72.000 cartas. Entre elas, a possibilidade de Ensino Religioso nas Escolas Estatais nos 1º e 2º graus. Foi o suficiente para restar estabelecido um antigo debate: Religião x Estado laico.

No debate instaurado no plenário, José Genoíno entendeu que embora a emenda preenchesse a todos os requisitos regimentais, feria a liberdade religiosa e a bandeira secular que promovia separação entre

Religião e Estado. Haroldo Lima, no mesmo sentido, afirmou que a religião é questão de consciência, do ponto de vista individual. O que estava ocorrendo naquele momento, segundo ele, chamava-se sectarismo religioso. Foi além, estendeu a questão para a Bíblia aberta na mesa do presidente à época dos fatos, Aluísio Campos, alegando “violência à liberdade de consciência”. Pareceu que os argumentos foram formulados a despeito da formação das instituições brasileiras. Não há justificativas plausíveis para a hostilidade a influência religiosa que, constitui parte formadora da identidade cultural do Brasil. Esse laicismo irracional e estridente tenta ofuscar a verdade de que “há confluência de objetivos que a Constituição impõe aos Poderes Públicos com os valores de uma fé religiosa de significativa representatividade social e inspiradora do nosso patrimônio cultural comum” (BRANCO; JACOBINA et al, 2017, p. 161).

Os constituintes citados e outros que fizeram coro para barrar a emenda popular, pareciam esquecer (ou ignorar) que se tratava de uma iniciativa popular representada por expressivas 749.856 mil assinaturas. Não se tratava de um grupo isolado intentando impor uma vontade impopular sobre todos os outros cidadãos. Pelo contrário, no texto originário da emenda de 1987, o que se pedia era a efetivação da democracia participativa e da convivência solidária, a liberdade para que as instituições educacionais tivessem à opção por uma orientação religiosa que fosse oferecida dentro dos parâmetros democráticos, respeitando a confissão dos pais e alunos. A justificativa da emenda coadunava com os projetos constitucionais a serem erguidos: uma sociedade livre, pluralista e participativa.⁶

A constituinte Sandra Cavalcanti manifestou-se a favor da emenda sob a alegação de que o plenário deveria ser fiel às bases populares, as quais marcavam uma das grandes conquistas da Assembleia Nacional Constituinte, e que pela primeira vez na história, o povo, através de coletas de assinaturas, pôde apresentar um ponto de vista e uma aspiração. Em suas palavras:

⁶ Emenda Popular nº PE-00010-5 de 1987.

Trabalhei muitos anos como professora de Português e de Literatura no Instituto de Educação, no Rio de Janeiro, quando vigorava o texto da Constituição de 1946, que garantia aula de Religião para aqueles que assim o quisessem – naquela época para aquelas, pois a escola era só para normalistas. Havia no horário, uma hora vaga, e estava escrito "aula de Religião"; as alunas protestantes tinham um espaço reservado, lá ia um pastor e dava aula de Religião para as evangélicas: os espíritas tinham o seu espaço reservado e lá mandavam o seu professor; havia um rabino que ia também; e eu, que era católica, encareguei-me, voluntariamente, sem onerar ninguém, de dar aula de Religião para minhas alunas. Isso é democracia (ANC, 1987).

No mesmo sentido, Nilson Gibson defendeu a não obrigatoriedade do ensino através de uma imposição do Estado, mas como uma possibilidade real para pessoas interessadas, exercendo seu direito de cidadania. Percebe-se que os objetivos traçados pela emenda popular não ultrapassavam os limites democráticos.

3.1 A discussão chega a Suprema Corte

A matéria voltou a ser debatida no ano de 2010, ao entrar em pauta no Supremo Tribunal Federal, por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.439, promovida pela Procuradoria Geral da República (PGR). Pedia-se interpretação conforme a Constituição do artigo 33 e seus parágrafos 1º e 2º, da Lei 9.394/96,⁷ e também do artigo 11 e § 1º do Decreto nº 7.107/2010.⁸ A proposta da ação era definir como não confessional o modelo único de ensino religioso no Brasil, para que assim

⁷ "Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso."

⁸ Artigo 11 A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. § 1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

fosse compatível com o princípio de laicidade do Estado. A disciplina deveria ser aplicada apenas por professores regulares da rede pública, e professores na qualidade de representantes das confissões religiosas deveriam ser proibidos. O método adotado, conforme interpretação da PGR deveria ser a mera exposição de doutrinas e práticas de diferentes religiões, incluindo a história e as dimensões sociais de cada uma, incluindo as posições não religiosas, sem qualquer parcialidade por parte dos educadores.

Em sua inicial, a PGR informa saber que o Estado brasileiro não é ateu ou antirreligioso, e cita para fundamentar sua argumentação o art. 19, inciso I da CF/88⁹, que configura a laicidade estatal. No entanto, tornar o ensino religioso aconfessional, além de retirar o objetivo essencial da disciplina, ignora o fato de que o mesmo artigo ao consagrar a laicidade do Estado também atribui ao princípio qualidade colaborativa entre a esfera religiosa e o Estado. Invocou ainda, o art. 210, § 1º¹⁰ da CF/88, que prevê o ensino religioso nas escolas de forma facultativa, e não obrigatória.

Após debates em torno do debate em audiência pública convocada pelo Ministro relator Luís Roberto Barroso, em uma votação acirrada, o Supremo Tribunal Federal, decidiu de acordo com a maioria dos ministros (6 x 5), que o ensino religioso nas escolas brasileiras poderia ter natureza confessional. Julgou improcedente a ADI nº 4.439, na qual a Procuradoria Geral da República questionava o modelo fixado pela Constituição Federal de 1988 que expressava, antes de tudo, a vontade do povo.

Pretendeu-se “desfigurar o artigo expresso da Constituição, por meio de uma interpretação que força um resultado completamente estranho ao previsto originariamente” (SARKIS et al, 2017, p. 259). Isso significa que, a Procuradoria Geral da República, ou desconhecia ou ignorou, a intenção

⁹ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.

¹⁰ Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

§ 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

do legislador constituinte que fez ser ouvida e atendida a vontade do povo. Realidade não alterada com o passar do tempo. De acordo com o censo realizado no ano de 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, parcela significativa da população se declara católica ou cristã, ou seja, 86,8% da população brasileira.¹¹

O ensino religioso nas escolas demonstra na vida concreta a colaboração estabelecida entre Estado e esfera religiosa (parte constituída de 86,8% pela população cristã) e a expressiva vontade do povo, tutelada pela Constituição Federal que arregimenta esse país em face da contextualização sociocultural do texto Magno.

Conforme Branco e Jacobino et al (2017), é preciso sempre ter em mente que o Estado é uma estrutura humana, não pode ser entendido como uma realidade em si mesmo. Essa visão equivocada pode levar a uma interpretação reducionista do Estado e seu papel. Ou seja, o Estado existe em razão das pessoas e deve atender aos seus interesses, nunca o contrário. Faz sentido que a Constituição Federal de 1988 tenha como fundamento em seu artigo 1º, parágrafo único, o poder que emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente.

A questão do ensino religioso nas escolas evidencia que embora o Estado laico não possa estar vinculado a esta ou aquela religião, nada impede que possua “uma preferência normativa no sentido de abertura do Estado à religião dos cidadãos e sua colaboração ativa com as diferentes confissões religiosas nos termos na Constituição e da lei” (MACHADO, 2017, p. 149). Não é natural, que um povo majoritariamente religioso, tenha interesses valorativos entrelaçado nas estruturas sociais? O fenômeno religioso consagrado como sendo essencialmente humano, é também relacional. Por isso, deve ser desenvolvido no espaço social não devendo ser marginalizado ao interior de cada indivíduo. É como negar aos cidadãos que professam um tipo diferente de fé o exercício de sua plena cidadania.¹²

¹¹ AZEVEDO, Reinaldo. O IBGE e a religião – Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%%. VEJA, São Paulo.

¹² Ao partir da suposição que todo o ser humano nutre dentro de si algum tipo de fé, algum tipo de crença.

Christopher Dawson afirma que “a religião de uma sociedade expressa sua atitude dominante em relação à vida e sua concepção fundamental de realidade” (2012, p. 263). Segundo ele, a religião é a grande força a impulsionar a dinâmica da vida em sociedade. Assim como às mudanças mais significativas da civilização estão estreitamente vinculadas às mudanças nas crenças e nas concepções religiosas, ou naquilo que assume o status de religiosidade e motiva determinada cosmovisão. A visão de mundo do indivíduo que justifica sua percepção da realidade é por sua vez formatada pelo conjunto de crenças que o compõem.

Conclusão

A religião é parte constitutiva do ser humano. É que motiva suas crenças, e são as crenças de cada indivíduo que formam a base de suas opiniões. Essas opiniões devem poder ser expressas no espaço de debate público sem que sofra qualquer tipo de discriminação, já que a Constituição Federal deste país consagra o princípio da pluralidade política como um dos fundamentos da república federativa. Assim como tutela a dignidade da pessoa humana e reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.

A privatização da opinião construída através de princípios axiológicos de cunho religioso é estranha à concepção de república democrática, pois a mesma é alicerçada na proteção e na livre manifestação do pensamento sem fazer distinção, no artigo 5º, inciso IV da CF/88. Uma distinção entre pensamentos legítimos e ilegítimos a partir de seus pressupostos não faria sentido em um contexto de igualdade e pluralidade, sob a égide da Constituição Federal. Exercer a cidadania é um direito de todo o cidadão brasileiro de acordo com a Lei Maior (art. 5º, VIII, CF/88).

Assim sendo, todas as opiniões e todas as crenças que visem adoração transcendental ou não, devem estar livres para esboçar possíveis soluções para as demandas públicas e novos conflitos da existência humana, assim como a possibilidade de avaliar alternativas viáveis para a efetivação do

bem comum brasileiro. Nas palavras de Ulysses Guimarães “Traidor da Constituição é traidor da pátria”.¹³

Referências

ANAJURE. Nota Pública sobre o julgamento da ADI 4439 pelo STF, que trata do ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental. Disponível em: < <https://ana-jure.org.br/nota-publica-sobre-o-julgamento-da-adi-4439-pelo-stf-que-trata-do-ensino-religioso-em-escolas-publicas-de-ensino-fundamental/> > Acesso em: 15 de setembro de 2020.

Assembleia Nacional Constituinte. Vol. 258. Emendas Populares. Brasília, 1988.

AZEVEDO, Reinaldo. O IBGE e a religião — Cristãos são 86,8% do Brasil; católicos caem para 64,6%; evangélicos já são 22,2%, versão virtual. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/o-ibge-e-a-religiao-cristaos-sao-86-8-do-brasil-catolicos-caem-para-64-6-evangelicos-ja-sao-22-2/> > Acesso em: 15 de setembro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). São Paulo: Saraiva, 2018.

BURKE, Edmund. Reflexões Sobre a Revolução na França. São Paulo: Vide Editorial, 2017.

CLOUSER, Roy. O Mito da Neutralidade Religiosa. Brasília: Editora Monergismo: 2020.

DAWSON, Christopher. Progresso e Religião. Uma Investigação Histórica. São Paulo: Realizações Editora, 2012.

DIP, Ricardo, & FERNANDES, André Gonçalves. (Coord.) Laicismo e Laicidade no Direito. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

Dooyeweerd, Herman. No crepúsculo do pensamento ocidental: Editora Monergismo. Edição do Kindle, 2018.

ELLER, Jack David. Introdução a Antropologia da Religião. Petrópolis: Livraria Vozes, 2018.

¹³ Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.

MACHADO, J. E. Machado. Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o Teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Entre o privado e o público: considerações sobre a (in)criminação da intolerância religiosa no Rio de Janeiro. Anuário Antropológico II, 2010.

MIRANDA, Jorge. Estado, Liberdade Religiosa e Laicidade. Porta de Periódicos: Observatório de Jurisdição. Brasília, N. 1, p. 1-22, junho, 2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. Resolução 35/55, 25 de novembro de 1981.

QUINTILIANO, Douglas. O Mito Da Neutralidade Ideológica: Roy Clouser, David Koyzis E O Fenômeno Da Ideolatria. Disponível em: < <https://theinvisiblecollege.com.br/o-mito-da-neutralidade-ideologica/>> Acesso em 15 de Agosto de 2020.

TAYLOR, Charles. Uma Era Secular. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

VIEIRA, Thiago; REGINA, Jean Marques. Direito Religioso: Questões Práticas e Teóricas. São Paulo: Vida Nova, 2020.

A influência da religião na criminalização do aborto: breve estudo comparado com o direito holandês ¹

Michelle Fernanda Martins ²

Roberta Adler Persch ³

1 Introdução

O presente artigo objetiva uma reflexão acerca da influência da religião na criminalização do aborto em âmbito brasileiro e holandês.

A reflexão sobre influência da religião na legislação brasileira bem como na criminalização do aborto, previsto no artigo 124 e seguintes do Código Penal Brasileiro, é de urgente e extrema importância, isto porque, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), no Brasil, milhares de mulheres morrem todos os anos em decorrência da prática do aborto inseguro e clandestino.

Segundo o site do Conselho Federal de Enfermagem, o Cofen (2018), a cada ano, é realizado um milhão de abortos induzidos no Brasil, sendo que duzentas e cinquenta mil mulheres vêm a ser hospitalizadas devido a complicações decorrentes da realização ou tentativa da realização insegura desses procedimentos.

¹ Artigo apresentado para conclusão do curso de bacharelado em Direito, da ULBRA – Campus Canoas.

² Michelle Fernanda Martins, orientadora acadêmica e professora do Curso de Direito da ULBRA – Campus Canoas.

³ Roberta Adler Persch, bacharel em Direito pelo Curso de Direito da ULBRA – Campus Canoas. Endereço eletrônico: roberta_adler@hotmail.com

Justifica-se a escolha do tema devido ao fato de que a criminalização da interrupção voluntária da gravidez não impede que mulheres recorram ao abortamento clandestino.

Para Biroli e Miguel (2016), são utilizadas justificativas de cunho religioso e moral, para privar cerca de metade da população, as mulheres, do direito básico de tomar decisões a respeito de seu corpo.

De um lado, temos o Brasil, com uma forte lógica moralista baseada em preceitos religiosos, onde não existem avanços em temas que parecem dizer mais respeito à doutrina religiosa do que para o enfrentamento jurídico, como afirma Miguel (2018, p.53): “No caso do Brasil, o debate é fortemente constrangido pela influência da Igreja Católica, que tem na criminalização do aborto o carro-chefe de sua cruzada moral”.

Por outro lado, temos a Holanda, um País com grande tolerância religiosa, onde todo indivíduo tem o direito a praticar sua religião e convicções. Embora a província sul do território holandês ainda seja em sua maioria católica, impera a laicidade sobre o Estado, este que há trinta e nove anos legalizou o aborto voluntário até vinte e uma semanas de gestação, garantido as mulheres o direito de escolha, respeitando a autonomia feminina.

Conforme o Site *Mama Cash history* (2020), o aborto finalmente foi legalizado na Holanda em maio de 1981, após uma forte onda de protestos de ativistas e aliados, que pediam pela remoção do aborto do código criminal holandês. Seis anos após o início dos protestos, ocorreu a ocupação da clínica de aborto *Bloemenhove*, uma das clínicas de aborto pioneiras no país.

O presente trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, será feita uma breve abordagem do aborto de uma forma conceitual. No segundo capítulo, uma reflexão sobre ética e religião. No terceiro, a influência da religião no direito holandês e no direito brasileiro no que diz respeito ao aborto, seguido das considerações finais e referências bibliográficas.

2 Breve análise sobre o abortamento

O capítulo que se inicia objetiva conceituar o aborto, sob uma perspectiva atual, descrever os diferentes modos de abortamento de acordo com a bioética e trazer algumas teorias do âmbito jurídico acerca do marco inicial da vida humana, teorias comumente utilizadas na busca da proteção do feto enquanto sujeito de direitos, “pessoa”.

2.1 O que é aborto?

O aborto ainda não é uma matéria resolvida pela legislação brasileira, costumeiramente gera muita polêmica e debates calorosos, mas afinal o que é aborto?

De acordo com o disposto no site do Conselho Federal de Medicina (2000), o aborto consiste na interrupção voluntária ou não da gestação até a vigésima ou no máximo vigésima segunda semana (aproximadamente 154 dias), ou ainda, quando o feto não ultrapasse 500 gramas. Algumas teorias consideram como prática, a retirada de feto que não ultrapasse os 16,5 cm de comprimento. Sendo assim, aborto consiste na retirada do feto, antes que seja possível sua sobrevivência extrauterina.

Segundo dados do Site Portal do Médico (2020), o aborto na linguagem médica de acordo com suas características pode ser dividido em quatro modos:

- a) Interrupção eugênica da gestação (IEG): casos de aborto ocorridos devido a valores racistas, sexistas, étnicos etc., ou seja, devido a práticas eugênicas, como, por exemplo, os praticados pela medicina nazista, período em que mulheres foram obrigadas a interromper a gravidez por serem judias, ciganas ou negras.
- b) Interrupção terapêutica da gestação (ITG): casos de aborto nos quais a gestação traz riscos de vida à gestante.
- c) Interrupção seletiva da gestação (ISG): casos de aborto em que se constata anomalias no feto, como é o exemplo da anencefalia.

d) Interrupção voluntária da gestação (IVG): casos de aborto ocorridos levando em consideração a vontade própria da gestante ou do casal, que não desejam levar a gravidez adiante, sejam em situação de estupro ou não (PORTAL DO MÉDICO, 2020, não paginado).

Do ponto de vista penal, há seis classificações⁴ possíveis para o aborto: natural, acidental, criminoso, legal ou permitido, eugênico ou eugenésico, e econômico ou social.

Ainda, segundo o Site Portal do Médico, em se tratando de saúde reprodutiva, o princípio da autonomia sempre deverá ser levado em consideração, em assim sendo, o aborto é resultado unicamente da vontade da mulher. Em contrapartida, a legislação vigente no País não segue por este viés e criminaliza a mulher cuja vontade seja a de interromper uma gestação. Seja por questões religiosas seja por interesses políticos, a autonomia da mulher é ignorada e colocada em segundo plano.

De acordo com Biroli (2016, p. 23), o direito a decidir sobre manter ou não uma gestação faz parte do direito a decidir sobre o próprio corpo que, por sua vez, faz parte dos direitos individuais básicos, e que, portanto, a criminalização do aborto é uma questão política e que fere a autonomia e a liberdade da mulher.

Para Araujo (2019),

“a Constituição Federal determina a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do direito. Porém, não expressa o que é uma pessoa ou um ser humano ou, ainda, o que é um indivíduo humano. Portanto,

⁴Natural: é a interrupção espontânea da gravidez. Exemplo: O organismo da mulher, por questões patológicas, elimina o feto. Não há crime.

Acidental: é a interrupção da gravidez provocada por traumatismos, tais como choques e quedas. Não caracteriza crime, por ausência de dolo.

Criminoso: é a interrupção dolosa da gravidez. Encontra previsão nos arts. 124 a 127 do Código Penal.

Legal ou permitido: é a interrupção da gravidez de forma voluntária e aceita por lei. O art. 128 do Código Penal admite o aborto em duas hipóteses: quando não há outro meio para salvar a vida da gestante (aborto necessário ou terapêutico) e quando a gravidez resulta de estupro (aborto sentimental ou humanitário). Não há crime por expressa previsão legal.

Eugênico ou eugenésico: é a interrupção da gravidez para evitar o nascimento da criança com graves deformidades genéticas. Discute-se se configura ou não crime de aborto.

Econômico ou social: mata-se o feto para não agravar a situação de miserabilidade enfrentada pela mãe ou por sua família. Trata-se de modalidade criminoso, pois não foi acolhida pelo direito penal brasileiro.

faz-se mister delinear quando se inicia a individualidade do ser humano para se compreender até que ponto esse conceito pode influenciar nos direitos fundamentais da gestante e, também, do Ser em desenvolvimento. (apud Lima Júnior e Hogemann, 2018, p. 149)”

Inicialmente, viu-se algumas definições sobre aborto. No capítulo a seguir a pesquisadora busca conceituar Ética e religião, visando desfazer a confusão que gira em torno destes institutos.

3. Ética X Religião

Antes de qualquer coisa, se faz necessária uma análise sobre ética e religião, visto que no Brasil, quando se discute sobre abortamento, as opiniões contrárias quase sempre possuem cunho religioso, como se este fosse “ético”, ou seja, faz-se uso dos dogmas religiosos para justificar o seu ponto de vista, considerando ser esta a verdade absoluta.

Mas afinal, o que é ética e o que é religião?

Aristóteles pensava que a ética era caracterizada por seu objetivo e finalidade, que seria o de viver bem em comunidade, esse viver bem deveria ser alcançada por meio de ações virtuosas e justas. Para Aristóteles:

“A virtude é uma disposição de caráter relacionada com a escolha de ações e paixões, e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, que é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática. É um meio termo entre dois vícios, um por excesso e outro por falta, pois nos vícios ou há falta ou há excesso daquilo que é conveniente no que concerne às ações e às paixões, ao passo que a virtude encontra e escolhe o meio-termo” (1987, Livro II, 1107 a 1-5)

Bartolomé Ruiz (2006) definiu a ética como sendo a prática valorativa do mundo, por meio da qual o ser humano faz suas definições de seus valores, de seu modo de vida, bem como de seus princípios, os quais considera como sendo mais adequados para sua existência.

O dicionário Michaelis (2020), conceitua ética como:

“Ramo da filosofia que tem por objetivo refletir sobre a essência dos princípios, valores e problemas fundamentais da moral, tais como a finalidade e o sentido da vida humana, a natureza do bem e do mal, os fundamentos da obrigação e do dever, tendo como base as normas consideradas universalmente válidas e que norteiam o comportamento humano.”

“Conjunto de princípios, valores e normas morais e de conduta de um indivíduo ou de grupo social ou de uma sociedade”.

O mesmo Dicionário também define religião como sendo:

“Convicção da existência de um ser superior ou de forças sobrenaturais que controlam o destino do indivíduo, da natureza e da humanidade, a quem se deve obediência e submissão.”

“Tudo o que é considerado obrigação moral ou dever sagrado e indeclinável.”

Talvez seja este o motivo da confusão em torno de ética e religião, uma vez que muitas pessoas seguem a doutrina religiosa, acreditando que estão sendo éticos. Ocorre que a ética deve servir como uma espécie de norte de conduta para toda e qualquer pessoa, independentemente de religião. Ao passo que a religião carrega aspectos éticos próprios que servirão de conduta para a sua prática, não se estendendo aos não crentes.

Nesse sentido, Valerio XR, Marcus (2005) traz que a ética deve ser completamente laica, sem qualquer fundamento religioso. Entretanto, a religião deve possuir elementos éticos, mas que ao contrário do que se tem ideia, a ética não é um fundamento da religiosidade.

Ainda segundo Valerio XR, Marcus (2005), ao longo da história da humanidade a ocorrência de alguns eventos comprovou que até mesmo as religiões promoveram ações antiéticas ao longo da história. Para o autor, as Cruzadas e Guerras Santas em geral, bem como a Inquisição e Caça às Bruxas, e diversas outras coisas, perpetradas por praticamente todas as religiões, são provas suficientes para comprovar a falta de ética por parte da religião.

Um pensamento equivocado e bastante comum é de que tudo o que está relacionado à religião é bom, contudo a religião nem sempre é ética.

Um recente protesto realizado por ativistas religiosos na porta do hospital no Estado do Espírito Santo, onde fora realizado o aborto legal em uma menina de 10 anos, vítima de estupro pelo tio, é outro exemplo de ato antiético, em razão de convicções religiosas (JÍMENEZ, 2020).

4. A influência da religião no direito brasileiro e holandês e o tratamento jurídico do aborto

Dando seguimento ao estudo, não se pode ignorar que o Código Penal pátrio se tornou arcaico, visto ser datado de 1940, não havendo reformas em seu texto.

Também não se pode ignorar a compreensão histórica evolutiva sobre o aborto, inclusive, das diversas alterações que ocorreram na legislação de diversos países pelo mundo, como foi o caso do tratamento jurídico holandês. Importa frisar que o país passou por turbulento período, bem como por grandes mudanças culturais para que fosse enfim descriminalizado o aborto na legislação holandesa.

Um dos fatores que possivelmente tenha corroborado para que fosse possível legalizar o aborto na Holanda é a tolerância religiosa que impera no país. Por isso, é de extrema importância que seja considerado, como objeto de estudo, a influência da religião na legislação e nos costumes de ambos os países.

4.1 Em âmbito holandês

A Holanda, um país conhecido pela tolerância religiosa e cultural; um país que não tem ligação com dogmas religiosos, apesar da forte presença da religião católica, como em toda a Europa, a população holandesa, em sua grande maioria, não acha que a religião deve ter um papel determinante a desempenhar na política e na educação do país, e que esta é considerada de caráter pessoal e não deve ser manifestada publicamente.

Segundo Vellenga (2020), desde o início da década de 60, a religião nos Países Baixos mudou bastante. Até recentemente, as mudanças no

âmbito religioso eram descritas pelo termo "secularização"⁵, o qual não é mais adequado para os diferentes desenvolvimentos que ocorrem. É claro que uma tendência clara na secularização não é inegável, mas isso não resulta, ao contrário de todas as expectativas, de o grande declínio da religiosidade. O que é notável, acima de tudo, é o número crescente de holandeses que pertencem à categoria "sem denominação".

Ainda segundo Vellenga (2020), nos anos 50, mais de 80% dos holandeses pertenciam a uma igreja. O autor confirma através de estudo⁶, que desde os anos 60, essa situação registra uma queda acentuada na frequência de igrejas na Holanda. Tanto a Igreja Católica Romana quanto a igreja protestante na Holanda foram afetados pela secularização.

A religião, entre os anos 60 e 70, ainda sofreu interferência do Movimento *Flower Power*, com sua filosofia *Hippie* de desapego.

Segundo Van Dijk, o movimento que realmente abalou as religiões foi o de liberalização moral, o *Flower Power* dos anos 60 e 70.

Importa falar sobre a laicidade do Estado laico para que seja possível a "tolerância religiosa" na Holanda.

Para Miguel (2016, p.50), a laicidade do Estado na Europa firmou-se historicamente, não como princípio, mas como questão de fato, a qual foi exigida pelo realismo político. Somente depois de um longo processo, a necessidade se fez virtude e o Estado laico se impôs como um modelo intrinsecamente superior, tornando a separação da religião em uma condição moderna de política.

4.1.2 A Holanda quanto ao tratamento jurídico do aborto

A Holanda, país onde impera a tolerância religiosa, e que, nos dias de hoje, cada indivíduo exerce o direito de praticar sua religião e convicções.

⁵ Secularização: "De um ponto de vista totalmente neutro, secularização significa saída autorizada de uma pessoa de uma ordem religiosa para reencontrar o estado laical." (Latourelle, René. Fisichella, Rino. 2018)

⁶ Filiação religiosa em porcentagem/ano: 1966 católicos: 35, protestantes: 25 outros grupos: 07, não eclesiásticos: 33./ 1979 católicos: 29, protestantes: 22 outros grupos: 06, não eclesiásticos: 43. / 1996 católicos: 21, protestantes: 19 outros grupos: 07, não eclesiásticos: 53./ 2006 católicos: 16, protestantes: 14, outros grupos :09, não eclesiásticos: 61.

O país que hoje reconhece as questões sobre a sexualidade dentro de seu ordenamento jurídico, incluindo o aborto, começou a discutir sobre a descriminalização em meados da década de 60, foi um período turbulento, como Ellis-Kahana (2011, p.9) traz em seu estudo, muito embora tenham ocorrido mudanças políticas legais, houve muita luta: toda alteração no ordenamento político do país se deu após uma batalha travada entre partidos políticos, religiosos e médicos.

O Código Penal holandês de 1881 trazia, em seu artigo 296, que a realização do aborto era considerada ofensa criminal. Entretanto, para que pudesse haver punição pela prática, era necessário provar que o feto estava com vida no momento do ato.

Conforme Ellis-Kahana (2011), se fazia necessário provar que o feto estava vivo no momento da prática do aborto, essa contingência foi ineficaz, visto que naqueles tempos era difícil se obter evidências concretas dos fatos. (Ellis-Kahana, 2011, não paginado, tradução nossa). Tal lacuna na lei facilitou a prática de abortos ilegais.

Em 1911, o aborto na Holanda passou a ser considerado crime contra moral pública, o que resultou em processos e condenações pela prática.

Ellis-Kahana (2011), traz ainda, em seu estudo, que aproximadamente 80 condenações ocorreram entre 1920 e 1940, e depois disso mais de 200 outras.

Segundo o site da Clínica de aborto *Bloemenhove* (2020), uma das clínicas precursoras no auxílio às mulheres na Holanda, até a década de 1960, o aborto era considerado um "crime contra a moralidade". Neste período, ginecologistas apenas realizavam a interrupção da gravidez por questões médicas, situações em que a vida da gestante estivesse em risco.

De acordo com o site *Mama Cash history* (2020), durante a década de 1970, ativistas e suas aliadas fizeram campanha pelo direito ao acesso ao aborto legal e seguro na Holanda. Elas usaram os *slogans* 'a mulher decide', 'chefe da minha própria barriga' e 'remova o aborto da lei criminal'.

Conforme conteúdo disponível no site da clínica Bloemenhove (2020), as clínicas de aborto sempre tiveram apoiadores e oponentes. Cidadãos, igrejas e políticos ultrajados se opuseram fortemente ao aborto no início dos anos 70. O então ministro da Justiça, Van Agt, chegou a pedir por um "renascimento ético" em 1975 e se opôs fortemente à legalização do aborto. Por outro lado, grupos de manifestantes a favor da legalização do aborto saíram às ruas. Dentre eles, o grupo *Dolle Mina*⁷ com o slogan: 'Chefe na sua própria barriga'. Com uma ocupação em 1976, o Movimento das Mulheres também impediu o fechamento iminente da clínica de aborto 'Bloemenhovekliniek' pelo Ministro Van Agt. Foi em parte graças à luta do Movimento de Mulheres que o aborto ganhou um lugar aceito na sociedade.

Após muito conflito, o Parlamento Holandês aprovou em 1 de maio de 1981, uma lei para regulamentar a prática do aborto no país, entretanto a Lei *Wet Afbreking Zwangerschap*, em tradução livre para o português, "Lei sobre a interrupção da gravidez", entrou em vigor somente em novembro do ano de 1984.

4.2. A influência da igreja sobre o Estado brasileiro

Se de um lado temos a Holanda, um país despido de dogmas religiosos, do outro temos o Brasil, um País conservador e revestido por uma cultura judaica cristã, mesmo sendo um Estado Laico⁸. Muito embora o Estado brasileiro seja considerado laico, ainda, nos dias de hoje, a religião tem uma grande influência em vários aspectos na sociedade brasileira, o

² Era um grupo feminista holandês dos anos 70 que fazia campanha por direitos iguais para as mulheres. Foi nomeado pela feminista holandesa Wilhelmina Drucker. Dolle Mina começou em setembro de 1969 como um grupo de mulheres e homens, que compartilharam de sua própria experiência insatisfação com o lugar e as possibilidades das mulheres, tanto em suas vidas particulares quanto na sociedade. Apesar dos direitos formais que as mulheres tinham, ainda havia muita injustiça e privação. O grupo de ação consistia em membros da Juventude Socialista (SJ) que apoiavam um novo movimento de mulheres. Suas fontes de inspiração foram mulheres ativistas nos EUA e a ocupação Maagdenhuis em Amsterdã. (DENIJS, 2015)

⁸ O Estado Laico deve ser imparcial, visando defender a diversidade religiosa de seus constituintes bem como, tal condição não permite que determinada religião influencie nos assuntos do país, visando ainda garantir que não haja prejuízo ou favorecimento a qualquer cidadão devido sua crença.

que, de certo modo, é contraditório. O laicismo tem, como principal foco, a criação de uma barreira entre o Estado e a Igreja.

Em tese, para ser considerado laico, o Estado deveria ser neutro perante diferentes crenças religiosas e ideológicas, de maneira a impulsionar o crescimento social, aplicando a lei sem ter uma posição religiosa.

Conforme Prandi (2020), o catolicismo foi introduzido no Brasil, quando os colonizadores europeus chegaram com o objetivo de “civilizar” os povos nativos locais. Eles construíram igrejas e trouxeram líderes religiosos de Portugal para ensinar jovens e velhos as doutrinas do catolicismo.

Prandi (2020) afirma ainda que, durante o século 19, o catolicismo se tornou a religião oficial do Brasil. Isso significava que os padres católicos foram pagos com um salário pelo governo, incluindo-os nos assuntos políticos do país. Como tal, o catolicismo se tornou uma parte integrante da gestão e administração do Brasil e seu povo. Muitos dos festivais brasileiros se baseiam na religião católica.

Ainda, segundo Prandi (2020), os censos recentes revelaram que cerca de 90% da população brasileira tem interesse ou se diz inclinado para algum ideal religioso, tornando assim o Brasil um país religiosamente mais ativo do que qualquer outro país sul-americano. Apenas cerca de 1% da população não acredita em um Deus ou um ser supremo de alguma forma ou de outra.

Ainda sobre a laicidade, para Miguel (2016, p. 52), tal questão nunca esteve completamente resolvida no Brasil.

O autor salienta que a invocação a Deus no preâmbulo da Constituição⁹, a presença de crucifixos em prédios públicos, a existência de feriados religiosos no calendário oficial e a inscrição “Deus seja louvado”, que o presidente José Sarney incluiu nas cédulas do cruzado e que lá permanece apesar de inúmeras reformas monetárias, são demonstrações disso.

⁹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Grifos não constam no original).

O autor afirma que são concessões simbólicas, por mais que possam parecer ofensivas e discriminatórias em relação aos não crentes. Muito mais grave é que as decisões relativas à legislação e às políticas estejam submetidas aos dogmas desta ou daquela seita religiosa. Importa salientar que a o fenômeno de secularização também ocorreu no Brasil.

Sobre a secularização, Prandi (2020) traz em suas pesquisas:

Ainda que haja muitas referências religiosas na cultura brasileira, como acontece na de outros países, essa cultura é também republicana, e nesse sentido é secularizada, o que possibilita a cada indivíduo fazer a sua escolha pessoal e livre em termos de adesão a essa ou àquela religião ou, se assim preferir, não se filiar a nenhuma ou mesmo se identificar como ateu.

Nesse sentido, Miguel (2016, p. 53) assegura que, no caso do Brasil, o debate é fortemente constrangido pela influência da Igreja Católica, que tem na criminalização do aborto o carro-chefe de sua cruzada moral.

Ademais, em se tratando de interferências da Igreja Católica, a qual sempre se posicionou de forma contrária ao uso de métodos contraceptivos, vez que para a Igreja o sexo tem como único objetivo a procriação. Além de defender que o casamento entre homem e mulher é celebrado com intenção de concretizar família (pai, mãe e filhos), com base no trecho bíblico “Crescei e multiplicai-vos”. Segundo a Igreja, a mulher já vem ao mundo para ser mãe.

Além disso, a Igreja já se fez clara sobre o seu posicionamento¹⁰ contrário aos métodos contraceptivos. A Conferência Nacional dos Bispos no Brasil (CNBB), em matéria sobre a influência tecnológica sobre a família, o arcebispo Dom Orlando Brandes fala sobre a contrariedade e sobre a necessidade de propagar os métodos naturais.

Cabe ressaltar ainda, que nos dias atuais, lideranças políticas têm se apropriado de assuntos como o aborto, a fim de se fortalecer. Utilizando

¹⁰ Os anticoncepcionais. A pílula anticoncepcional entrou no mercado em 1960 e revolucionou a sexualidade, a procriação e a família. Os métodos artificiais de planejamento familiar suplantaram os métodos naturais, propiciaram o controle da natalidade por parte dos governos e hoje temos um envelhecimento galopante, além da mentalidade contra a vida e a permissividade moral. Precisamos propagar os métodos naturais e inverter a realidade. (Dom Orlando Brandes, 2009)

de ideais cristãos, isto é, defendo a sacralidade da vida do feto, com a finalidade de conquistar e/ou satisfazer eleitores que compactuam com esses ideais.

Um exemplo foi o que publicou o Jornal Correio Braziliense (2020), sobre o que disse o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro ao receber crianças que entoavam cantos de louvor e pediam pela não legalização do aborto no Brasil. “Enquanto eu for presidente, não haverá aborto”, disse Bolsonaro.

4.2.1 O Brasil quanto ao tratamento jurídico do aborto

Inquestionável é a presença da religião na cultura brasileira, não surpreende que esta tenha influência também no judiciário. Como mencionado no subcapítulo anterior, para o Brasil, devido a sua herança colonial cristã, os direitos reprodutivos da mulher ainda são vistos como tabu.

Ocorre que o aborto é uma prática conhecida pelas mulheres da antiguidade, as mulheres indígenas, que no Brasil residiam, já realizavam a prática do procedimento.

De acordo com MATOS (2010, p.23 citado por Klee, p. 12):

“Os portugueses se manifestavam quanto ao comportamento das mulheres indígenas que, por motivos de vingança ou medo, expulsavam de forma prematura o feto, denotando-se assim, que a prática abortiva era realizada, possivelmente, há muitos anos antes da chegada dos portugueses às terras brasileiras”.

A prática de aborto começou então a ser perseguida devido ao interesse dos colonizadores portugueses em ocupar a terra, os quais tinham forte influência do cristianismo, e a ideia de sacralidade da vida.

Para Del Priore (1994), não se pode pensar na história do aborto no Brasil, sem que não seja destaque no período colonial. Segundo a autora, era de grande preocupação da metrópole portuguesa que as terras do novo mundo fossem ocupadas, pois estavam em pavor devido ao vazio

demográfico. Desta forma, o Estado luso incentivava com rigor uma política de ocupação territorial que se apoiava em três vertentes.

A primeira luta era contra ligações consensuais e concubinárias fora do controle do Estado e da Igreja Católica. A segunda seria por meio da proibição da instalação de conventos de freiras, desde 1606, com a desculpa de que era preciso povoar as terras com gente honrada. Por fim, havia a imposição do matrimônio como mecanismo de controle das populações coloniais e, no seu interior, a condenação de toda forma de controle *malthusiano*¹¹. Na perspectiva católica, a sexualidade encontrava sua única justificativa na procriação.

Ainda, segundo Del Priore (1994), esta tripla vertente dava conta de alguns problemas que eram, então, temidos pelo Estado e pela Igreja Católica. De forma que, a primeira medida dava fim à reprodução de populações mestiças, pobres e trânsfugas, vivendo às margens do sistema mercantilista de trabalho que se tentava implantar no Brasil. Já a segunda tinha como objetivo reduzir as mulheres à categoria de reprodutoras, vedando-lhes, fora da vida conjugal e familiar, outras formas de realização. Finalmente, a terceira, visava a garantir o aumento populacional necessário para ocupar as vastidões continentais da então colônia.

Para Ipólito (2015), no Brasil Colônia, as mulheres negras foram escravizadas visando os mais diversos serviços. Estas pobres mulheres além de trabalhos forçados, também eram alvo de estupro e abusos sexuais constantes.

Segundo Ipólito (2020), as mulheres negras escravizadas sem terem chance de elevar sua voz contra essa violência, tinham o aborto como um ato de resistência. O aborto das mulheres negras escravizadas não era somente para livrar seus filhos do cativo e violência, era também uma renúncia, um modo de não repor mão-de-obra escravizada, visto que os frutos da violência sofrida por estas mulheres eram crianças que seriam tratadas como mercadorias, assim como suas mães.

¹¹ Referente à Malthusianismo. Doutrina que, desenvolvida pelo economista inglês Thomas R. Malthus (1766-1834), afirma ser necessário controlar a natalidade para impedir a pobreza resultante da falta de proporção entre a produção de alimentos e o aumento da população. (DICIO, Dicionário Online de Português)

No que diz respeito ao aborto das mulheres escravas, o aborto era penalizado perante outro viés. O que estava em jogo não era propriamente a sacralidade da vida, mas sim porque as crianças nascidas da violência sexual sofrida pelas negras serviriam de mão de obra na escravidão.

No Período Colonial, foram as Ordenações Filipinas, que regeram o País. Entretanto, o aborto não figurava como delito, mas já era alvo de investigações pelos Quadrilheiros, que eram uma espécie de polícia de bons costumes, formada por homens de boa reputação, que eram nomeados em paróquias de seus povoados.

Sobre o aborto, as Ordenações Filipinas traziam em seu Livro I. Título LXXIII “Dos Quadrilheiros” §4, duas ordens aos quadrilheiros, que estes mantivessem vigia sobre “as mulheres que têm infamadas de fazerem mover outras sabendo que estas suspeitassem de mal do parto e desse não desse conta”, como também “sobre aquelas que dissimulam a gravidez”. Contudo, para as Ordenações, o aborto em si não constituía delito e sim o seu segredo era considerado uma conduta faltosa, desonrosa.

Mais adiante, em 1830, o aborto passa a ter sua conduta tipificada em lei, no Código Penal do Império, no capítulo de crimes contra a segurança da pessoa e da vida, na seção de infanticídio em seus artigos¹² 199 e 200. Contudo, somente o ato de fazer uma mulher abortar passou a ser considerado delito, conforme o disposto nos artigos 199 e 200.

Segundo o Código Penal do Império, a mulher não precisaria “dar contas à polícia”, podendo o legislador apenas lhe aplicar lições moralistas¹³.

¹² Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas.

¹³ “(...) a mulher que procura um aborto a si mesmo se encontra numa esfera privada. Aquela mulher não tem que dar conta à polícia das obrigações que, na mesma época, podem lhe impor a moral religiosa e a honra familiar para

Em 1890, pela primeira vez, a prática do aborto é considerada crime, o Código Penal da República tipificou criminoso, no Artigo 300 e seguintes¹⁴, o ato feito pela própria gestante, sendo este realizado de forma intencional ou não. Isto porque o Código de 1890 objetivava que manobras obstétricas somente fossem realizadas por médicos.

Segundo Matthieu de Castelbajac (2009), o aborto legal era de competência exclusiva do médico. Por outro lado, o aborto criminoso é de mesma competência, a qual foi usurpada e desviada por ignorantes. A lei opõe o público inculto à instituição médica, e o médico confiável ao charlatão assassino, àquela comadre sem formação profissional e à mulher grávida, a qual era julgada incapaz de tomar cuidado de si mesma.

Cinquenta anos depois, em 1940, foi elaborado um novo Código Penal, o qual é vigente até os dias de hoje. Neste Código, o legislador mantém a prática do aborto como delituosa, tipificando sua prática no Título I, Capítulo I, dos Crimes contra a vida, Artigo 124 ao 128. Os artigos tratam sobre autoaborto, aborto provocado por terceiros sem consentimento da gestante e também com o consentimento da gestante, forma qualificada bem como a forma necessária, “legalizada” de aborto.

Para o Código Penal, a proteção jurídica não tem propriamente um ponto de início, vez que o diploma legal não define em qual tempo o bem jurídico passa a ser tutelado, visando somente à proteção “da vida”, sendo esse um dos resquícios da influência da religião na formulação do Código

com o ser concebido no seu seio. O legislador apenas lembra o primeiro dos princípios liberais. Isto é, a interdição de prejudicar outrem.” Matthieu de Castelbajac (2009).

¹⁴ Art. 300 - Provocar aborto haja ou não a expulsão do produto da concepção. No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos. No segundo caso: pena de prisão celular por 6 meses a 1 ano. §1º Se em consequência do Aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher. Pena de prisão de 6 a 24 anos. §2º Se o aborto foi provocado por médico, parteiro legalmente habilitado para o exercício da medicina. “Pena: a mesma procedente estabelecida e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.”

“Art. 301 Provocar Aborto com anuência e acordo da gestante. Pena: prisão celular de 1 a 5 anos. Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esses fins os meios; com redução da terça parte se o crime foi cometido para ocultar desonra própria.”

“Art. 302 Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar da morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência. Penas: prisão celular de 2 meses a 2 anos e privado de exercício da profissão por igual tempo de condenação.” (PLANALTO, DEC. 847 de 1890)

Penal de 40. Uma vez que não importando o estágio da gestação, existe uma sacralidade em torno desta.

Para Masson (2014), há aborto em qualquer que seja o momento da evolução fetal. A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a constituição do ovo ou zigoto, até aquela em que se inicia o processo de parto.

Algumas batalhas acerca da alteração do texto no Código Penal para que seja legalizado o aborto no Brasil foram travadas nos últimos anos, mas sem muito sucesso.

Isto porque, como dito anteriormente nos dias atuais, representantes políticos tem se apropriado de assuntos como o aborto, visto o grande número de simpatizantes das mais diversas religiões. Um grande exemplo foi a criação da PEC¹⁵ da vida, a qual recebeu apoio da bancada evangélica, com objetivo de alterar o texto do Artigo 5º da Constituição Federal, visando a dificultar qualquer avanço da legalização do aborto no Brasil.

5. Considerações finais

O aborto ainda não é uma matéria resolvida pela legislação brasileira, costumeiramente gera muita polêmica e debates calorosos, sendo bastante comum que as opiniões contrárias façam uso de dogmas religiosos para justificar o seu ponto de vista, acreditando que estes são éticos.

Verifica-se assim que ainda há uma grande confusão em relação à separação do que é ético e do que é religioso. Isto porque ainda impera no Brasil a forte influência religiosa em todas as áreas, não sendo diferente no Poder Legislativo.

O estudo comparado com o sistema holandês mostrou que sim, possivelmente a razão para a não descriminalização do aborto, bem como o atraso nas políticas públicas relacionadas a essa questão, se dá à falsa laicidade existente em âmbito brasileiro, uma vez que, como visto no

¹⁵ Proposta de Emenda à Constituição nº 29, de 2015. Ementa: Altera a Constituição Federal para acrescentar no art. 5º, a explicitação inequívoca “da inviolabilidade do direito à vida, desde a concepção”.

presente estudo, um Estado Laico não permite a interferência de qualquer que seja a religião em assuntos que digam respeito ao bem dos cidadãos, devendo ser somente o Estado competente para discutir sobre assuntos referentes aos direitos dos brasileiros, sem restar prejudicada qualquer pessoa por sua crença ou divergência de pensamento. Por que então o Direito brasileiro segue perseguindo mulheres que decidem pelo aborto? Por que deixar que milhares de mulheres brasileiras sejam vitimadas pelo aborto clandestino?

Embora tenha ocorrido algum progresso no que diz respeito ao tratamento do direito ao aborto no sistema pátrio, como algumas legalizações, o que se percebe é que ainda segue a caça às bruxas no Brasil. Essas novas bruxas não têm escolha, senão recorrer às práticas inseguras. Entretanto, tais bruxas não morrem devido aos procedimentos e sim devido ao julgamento “moralmente correto” de sua sociedade.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Livro II, Tradução de L. Vallandro e G. Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo, Abril, 1987. (Coleção Os Pensadores)

ABORTO E DEMOCRACIA, Organização: Flávia Biroli, Luis Felipe Miguel. -1. ed. São Paulo: Alameda, 2016. 242., 23 cm.

Bartolomé Ruiz, Castor M.M., 1956- *As encruzilhadas do humanismo: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético* / Castor M.M. Bartolomé Ruiz. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2006. ISBN 85.326.3245-9

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 1 junho de 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher*. -2. Ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. 60p.

BRANDES, Dom Orlando, Influências tecnológicas sobre a família, CNBB, 2009. Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/influencias-tecnologicas-sobre-a-familia/>

Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019 / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2019. 108 p. Versão eletrônica disponível em: <http://portal.cfm.org.br> Acesso em 31 de junho de 2019.

Código Penal. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 Disponível em: <http://http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm> Acesso em: 31 de junho de 2019.

CORREIO BRAZILIENSE, DISCURSO PRESIDENTE BOLSONARO, Disponível em: , https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/04/23/interna_politica,847443/enquanto-eu-for-presidente-nao-havera-diz-bolsonaro-sobre-aborto.shtml Acesso em 23 de setembro de 2020.

DEL PRIORE, M. (1994). A árvore e o fruto: um breve ensaio sobre o aborto na história. Revista Bioética, Cons. Fed. Medicina Brasília, 2(1). Recuperado em 7 julho, de 2009, de <http://www.portalmédico.org.br/bioetica/index.php?selecionaRevista=3&opcao=revista>

DENIJS, Marjet. Mad Mina. Atria, Netherlands, November 2015. Disponível em: <https://atria.nl/nieuws-publicaties/feminisme/feminisme-20e-eeuw/dolle-mina-actiegroep/> Acesso em: 15 de abr. de 2020. (texto original em holandês)

HISTORY in a nutshell. Beahuis & Bloemenhovekliniek, Heemstede, Netherlands. 2020. Disponível em: < https://www.bloemenhove.nl/en/about_us/history> Acesso em: 17 de fev. de 2020. (texto original em inglês)

IPÓLITO, Jéssica. O aborto das escravas: um ato de resistência. **PORTAL GELEDÉS, BRASIL**, 03, agosto de 2015. Disponível em: < <https://www.geledes.org.br/o-aborto-das-escravas-um-ato-de-resistencia/>> . Acesso em: 25 de abril de 2020.

JÍMENEZ, Carla. Menina de 10 anos violentada faz aborto legal, sob alarde de conservadores à porta do hospital. El País, 16 ago 2020. Disponível em: < <https://brasil.el-pais.com/brasil/2020-08-16/menina-de-10-anos-violentada-fara-aborto-legal-sob-alarde-de-conservadores-a-porta-do-hospital.html>> Acesso em: 23 out. 2020.

KAHANA, Julia Ellis-, *The Perfect Storm: How Pro-Abortion Activists in the Netherlands Incite Social Change From International Waters*, 2011, Netherlands. Disponível em: https://digitalcollections.sit.edu/isp_collection/1154/, Acesso em 19 de março de 2020. (Texto original em inglês)

KLEE Cavol, Marita Paloma. *A Criminalização do aborto: Breve estudo comparado com o direito italiano*. Passo Fundo, 2014. Documento eletrônico disponível em: http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/513/1/PF2014Paloma_Marita_Cavol_Klee.pdf. Acesso em 11 de março de 2020.

MEIJER, Marjo, *ABORTUS. Mama Cash history*. Netherlands. 2020. Disponível em: <http://history.mamacash.nl/theme/nederlands-abortus/> Acesso em: 22 de mar. de 2020. (Texto original em inglês)

PAPALEO, Celso Cezar. *Aborto e contracepção: (atualidade e complexidade da questão)*. Rio de Janeiro: Renovar, (2000 [1993]). 497 p.

Prandi, Reginaldo, *Religiões no Brasil*, Portal São Francisco, 2020. Disponível em: <[tps://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-do-brasil/religioes-no-brasil](https://www.portalsaofrancisco.com.br/historia-do-brasil/religioes-no-brasil)> Acesso em 25 de abril de 2020.

PEC29-2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/acompanhamento/minhas-materias>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

Vellenga, Sipco J., *Religion in the Netherlands: Trends, influences and discussions*, euro-topics. 2020. Disponível em: <<http://archiv.eurotopics.net/en/home/presseschau/archiv/magazin/gesellschaft-verteilerseite/religion/religion-niederlande/>> Acesso em 21 de abril de 2020. (Texto original em inglês)

ZELDIN, Wendy, *Abortion legislation in Europe*, Law Library of Congress (U.S.). Global Legal Research Directorate., Netherlands, January 2015. Disponível em: <<https://hdl.loc.gov/loc.law/lglrd.2014504237>> . Acesso em: 10 de abr. de 2020.

Federici, Silvia. *Calibã e a bruxa*. Editora Elefante. Kindle Edition.

Pereira, Diácono Elenildo, *Qual é a posição da igreja em relação ao anticoncepcional*, 2020. Disponível em: <https://formacao.cancaonova.com/bioetica/metodocontraceptivo/qual-e-a-posicao-da-igreja-em-relacao-ao-anticoncepcional/> Acesso em: 09 de maio de 2020.

QUADRILHEIROS NO BRASIL, Disponível em: <http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/217-intendente-intendencia-geral-de-policia-da-corte-e-estado-do-brasil>. Acesso em 12 de Abril de 2020. Código penal do império 1830 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm

Masson, Cleber Direito penal esquematizado: parte especial – vol. 2 / Cleber Masson. – 6.^a ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

ORDENACOES FILIPINAS, Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/lip167.htm> Acesso em 12 de Abril de 2020.

XR Valerio , Marcus. Universidade de Brasilia, Janeiro de 2005. Departamento de Filosofia. Professor orientador: Miroslav Milovic. Documento eletrônico disponível em: <<http://www.xr.pro.br/MONOGRAFIAS/RELICA&ETIGIAO.html> > Acesso em 28 de setembro. 2020.

Cadeia de custódia e justiça: subprincípios do Estado de Direito

*Kellen Passos Soares*¹

1 Introdução

O Código de Processo Penal passou por profundas modificações em decorrência do advento da Lei 13.964/2019. No que diz respeito ao regramento do sistema probatório, o presente trabalho terá como foco a abordagem da cadeia de custódia da prova, regulamentada do artigo 158-A ao 158-F. Estes artigos refletem diretamente nos direitos fundamentais do acusado e, diante disso, neste trabalho será feita a análise do princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A anteceder o exame específico dos reflexos da quebra da cadeia de custódia, será pertinente a diferenciação entre as provas ilícitas e as provas ilegítimas. Esta decorrerá da violação de uma regra processual, situando-se no plano da nulidade. Aquela, todavia, ocorrerá quando violada uma regra de direito material ou até mesmo a constituição, que conseqüentemente resultará na violação de intimidade, privacidade ou dignidade, e é aqui que se situará a quebra da cadeia de custódia.

Ademais, será analisado o instituto das provas ilícitas por derivação, ou seja, provas que sofrem contaminação em decorrência da transmissão

¹Estudante do último semestre do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, campus Canoas/RS e integrante do grupo de pesquisa em Filosofia do Direito, ministrado pelo Prof. Dr. Leandro Cordoli. O presente artigo se trata de uma adaptação do Trabalho de Conclusão de Curso, desenvolvido como requisito para colação de grau, sob orientação do Prof. Me. João Alexandre Netto Bittencourt.

da ilegalidade da prova anterior, que literalmente afetam os elementos probatórios que dela decorreram, na mesma intensidade, conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada.

Do exame específico da inadmissibilidade das provas em virtude da quebra da cadeia de custódia, analisar-se-á, primeiramente, o comprometimento da presunção de inocência, que decorre da relativização dos direitos fundamentais do acusado, haja vista a ilegalidade de provas reunidas através da violação de normas.

Mais do que isso, será verificado se a inobservância de qualquer um dos procedimentos a serem percorridos pelas provas terá capacidade de afastar a verdade dos fatos e comprometer os elementos probatórios e se, neste caso, restará impossibilitada a defesa do acusado em algum aspecto.

Por fim, será abordado o instituto da contaminação do juiz, também introduzido pela Lei 13.964/2019, que, de forma acertada, introduziu o parágrafo quinto ao artigo 157 do Código de Processo Penal, reconhecendo-se a impossibilidade de proferimento de sentença ou de acórdão pelo juiz que tenha tido conhecimento de prova declarada ilícita.

2 Da cadeia de custódia da prova penal

2.1. Da importância da cadeia de custódia

A cadeia de custódia diz respeito a todos os procedimentos utilizados para documentação da história cronológica dos vestígios, a fim de que seja conhecida sua posse e manuseio, que deve ocorrer com o detalhamento de todos os agentes envolvidos, desde a identificação até o descarte (conforme Portaria 82/2014/SENASP, Anexo I).

A criminalística, área basilar da perícia criminal, possui uma série de princípios significativos à cadeia de custódia, sendo os principais, conforme Geraldo Prado (2014, p. 16): os da mesmidade e da desconfiança.

De acordo com Aury Lopes Jr. (2019, p. 505), entende-se por mesmidade a garantia de que a prova constante no processo seja exatamente a

“mesma” colhida no local do crime, livre de adulterações, evitando que alguém seja julgado com base em evidências selecionadas pela acusação, o que resultaria no desequilíbrio inquisitório, com seleção e uso arbitrário de elementos probatórios. Em relação ao princípio da desconfiança, consiste na exigência de que a prova seja “acreditada”, visto que nem tudo que ingressa no processo é passível de valor probatório.

Assim, segundo Knijnik (2017, p. 170), o exame da cadeia de custódia é extremamente importante, visto que, não raramente, um objeto de prova poderá e deverá circular entre várias instâncias examinatórias, trafegando por diferentes órgãos, inclusive de polícia judiciária ou inspeção sanitária, até aportar no processo através de relatórios.

Exige-se grande cautela por parte dos agentes do estado, desde a coleta até o momento da análise, de modo que se espera o menor número de custódios possível e a menor manipulação do material. Nas lições de Aury Lopes Jr. (2019, p. 504), “o menor número de pessoas manipulando o material faz com que seja menos manipulado e a menor manipulação conduz a menor exposição. Expor menos é proteção de defesa e credibilidade do material probatório.”

Por conseguinte, importante esclarecer que a cadeia de custódia se aplica apenas aos crimes não transeuntes, ou seja, às infrações penais que deixam vestígios, nos termos do Código de Processo Penal, art. 158, *caput*.

Além dos aspectos técnicos, relativos à qualidade da prova, as partes integrantes do processo terão acesso a todo procedimento de obtenção dos vestígios e dos atores participantes desta etapa, possibilitando o exercício da acusação e da ampla defesa de forma efetiva, visando uma conclusão fidedigna (ou ao menos próxima disso) de como os fatos aconteceram.

2.2 Da legislação acerca do tema

Recentemente regulamentada pela Lei 13.964/2019, incluindo o artigo 158-A ao 158-F no Código de Processo Penal – com texto idêntico ao da Portaria 82/2014/SENASP – a cadeia de custódia da prova refere-se ao

caminho que deve ser percorrido pelas evidências, desde o seu nascedouro, até a análise por parte do juízo, garantindo a documentação da história cronológica do vestígio.

Primeiramente, ocorrerá preservando-se o local do crime (CPP, art. 158-A, §1º). Neste ponto, verifica-se que não se trata de atividade exclusivamente pericial, devendo iniciar muito antes da análise dos elementos. O cuidado deve ser procedido por todos os envolvidos, principalmente na fase extraprocessual. A responsabilidade pela preservação é incumbida a qualquer agente que venha a reconhecer um elemento com potencial interesse para produção de prova pericial (CPP, art. 158-A, §2º).

Ademais, a busca pelos vestígios deverá ser procedida em toda a área imediata (onde ocorreu o evento alvo da investigação), mediata (adjacência do local do crime) e relacionada ao local do crime (qualquer local sem ligação geográfica direta com o local do crime, mas que possa conter algum vestígio ou informação que propicie ser relacionada ou venha a auxiliar no contexto do exame pericial), conforme Portaria 82/2014/SENASP, Anexo I.

No que se refere aos vestígios, o Código de Processo Penal, em seu artigo 158-A, §3º, esclarece ser “todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal”.

Outrossim, a distribuição das fases ocorre de forma interna e externa. Esta compreende todos os passos entre a preservação do local do crime ou apreensão dos elementos de prova e a chegada do vestígio ao órgão pericial encarregado de processá-lo. Àquela, da entrada do vestígio no órgão periciador, até a sua devolução junto com o laudo pericial ao órgão requisitante da perícia, nos moldes da Portaria 82/2014/SENASP, Anexo I.

Ademais, a coleta dos vestígios deverá ser realizada, preferencialmente, por perito oficial, que dará encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando se mostrar necessária a realização de exames complementares (CPP, art. 158-C, *caput*). Todos vestígios coletados deverão ser tratados como descrito na atual legislação, ficando o órgão

central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.

Na coleta do vestígio, o recipiente para acondicionamento será determinado de acordo com a natureza do material (CPP, art. 158-D, *caput*), com detalhes descritos nos parágrafos do artigo 158-D.

A respeito da central de custódia, todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma destinada à guarda e ao controle dos vestígios e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal (CPP, art. 158-E, *caput*).

Realizada a perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia e lá permanecer e, caso esta não possua espaço ou condições de armazenar o vestígio, a autoridade judiciária ou policial – dependendo da etapa da cadeia de custódia – deverá determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal (CPP, art. 158-F, *caput c/c* art. 158-F, parágrafo único).

Cumpra esclarecer que a permanência na central de custódias se mostra necessária para eventuais realizações de contraperícias (CPP, art. 158-B, inciso IX). Por fim, somente no momento oportuno será realizado o descarte do vestígio, nos moldes do Código de Processo Penal, art. 158-B, inciso X.

3 Da análise específica das provas: ilicitude, ilegitimidade e inadmissibilidade

3.1 Do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório

Antes de adentrar ao exame específico da ilicitude ou da ilegitimidade das provas, necessária se faz a recordação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

O processo penal busca reconstruir fatos históricos – haja vista a ocorrência no passado – de modo que a gestão da prova institui a espinha

dorsal do processo penal na busca pela verdade. Conforme Aury Lopes Jr. (2019, apud ARAGONESES ALONSO, 1984, p. 251), o conceito de prova está vinculado ao de atividade encaminhada a conseguir o convencimento psicológico do juiz, ou seja, o determinante é o convencimento do julgador segundo as regras do devido processo penal.

Consagrado na Carta Magna de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, o princípio do devido processo legal compreende um conjunto de elementos que buscam garantir que os direitos fundamentais sejam assegurados, através de um tratamento isonômico.

Ambos os lados precisam de igual oportunidade de participação na construção da decisão judicial e essa paridade de armas se dá através da observância do devido processo legal, objetivando que acusação e defesa possam atuar no caso sem nenhuma posição de vantagem em relação à parte contrária.

Mais do que isso, não basta que a igualdade seja apenas formal, é preciso que seja real, através do suprimento das desigualdades por parte do Estado, que, por sua vez, deve possibilitar a simetria de falar, de contraditar, de reperguntar, de opinar, de requerer e principalmente de participar das provas, podendo, inclusive, questioná-las, uma vez que nem tudo que ingressa na ação é passível de valoração.

Em relação aos princípios, Reale (1999, p. 60) afirma que são “verdades ou juízes fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”. Todavia, segundo Aury Lopes Jr. (2019, p. 430), o conhecido processo penal do inimigo demonstra uma perigosa mania dos tribunais em flexibilizar as formas processuais através da relativização das nulidades. Aliado a isso, a grande pressão midiática construída sobre os casos com maiores rumores conduz a verdadeiras campanhas demonizadoras, com conseqüente enfraquecimento das garantias do devido processo legal.

No que se refere ao contraditório e à ampla defesa, encontram-se elencados na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LV. A ampla

defesa assegura ao acusado a possibilidade de trazer aos autos processuais todos os elementos que entender necessários à elucidação dos fatos. O contraditório, por sua vez, é o resultado da ampla defesa e, além disso, garante a possibilidade de que todas as manifestações realizadas pela acusação sejam contestadas, através do efetivo direito de defesa.

O acusado deve ter garantidos os princípios supra, a fim de que seja assegurada a paridade de armas e a plena defesa, bem como a oportunidade de esclarecer a verdade dos fatos ou até mesmo optar pelo silêncio e, principalmente, o igual direito de defesa, através da condução dialética do processo.

3.2 Da prova ilícita e da prova ilegítima

Uma prova é admitida sempre que nenhuma norma a exclua. Ademais, existe uma relação de ato anterior com o posterior e, para Aury Lopes Jr. (2019, apud CORDERO, 2000, p. 44), somente podem ser admitidas as provas que podem ser produzidas.

De acordo com a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVI, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ademais, o Código de Processo Penal, em seu artigo 157, complementa a norma retromencionada, esclarecendo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”. Assim, deve-se fazer a distinção entre prova ilegítima e prova ilícita.

A prova ilegítima viola uma regra de direito processual penal no momento em que é produzida em juízo, através da inobservância do procedimento. Encontra-se no plano da nulidade, haja vista já estar no processo, com produção nula. Apesar disso, é possível que seja renovada ou retificada – quando antes não tiver sido sanada – nos moldes do CPP, art. 573, *caput*.

Em contrapartida, nas palavras de Aury Lopes Jr. (2019, p. 483), a prova ilícita viola uma regra de direito material ou até mesmo a

Constituição no momento de sua coleta fora do processo, gerando uma violação de intimidade, privacidade ou dignidade. Situa-se no plano da inadmissibilidade, o que impede sua inclusão ou manutenção no processo, bem como sua valoração.

Importa esclarecer que as provas ilícitas não são possíveis de repetição, diante do vício vincular-se ao momento de sua obtenção. Ao contrário são as provas ilegítimas, vez que, se tratando de vício processual, existe a possibilidade de repetição do ato. Ainda, as provas ilícitas perdem o *status* de prova, uma vez que não produzem nenhum efeito jurídico, devendo ser desentranhada dos autos pela impossibilidade de repetição.

3.3 Da prova ilícita por derivação

É necessário o estudo da contaminação de uma prova ilícita sobre as demais. Nos moldes do Código de Processo Penal em seu artigo 573, parágrafo primeiro, quando uma prova é considerada ilícita, deve haver a análise de eventual contaminação gerada por esta sobre outras provas. Nesse sentido é o parágrafo primeiro do artigo 157 da mesma disciplina legal: “são também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

O princípio da contaminação nasceu no caso *Silverthorne Lumber & Co v. United States*, em 1920. Conforme Cabral (2009, p. 1), a Suprema Corte Norte Americana criou e aperfeiçoou a teoria dos frutos da árvore envenenada (*the fruit of the poisonous tree*), através da qual entende-se que as provas derivadas da ilícita também devem assim ser reputadas.

Na referida decisão afirmou-se que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites ao seu pleno uso indireto, apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal” (PIEROBOM DE ÁVILA, 2007, p.

152). Ou seja, se a árvore está envenenada, os frutos gerados por ela estarão igualmente contaminados.

Assim, nos ensinamentos de Aury Lopes Jr. (2019, p. 492), entende-se que o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originalmente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que dele se obteve.

No sentido do exposto é a decisão proferida pelo STF, no julgamento do RHC 90.376/RJ, através do qual uma busca e apreensão, realizada em um quarto de hotel, sem o respectivo mandado judicial, resultou na consideração da ilicitude do ato e conseqüentemente de todas as provas obtidas, visto que, para fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, inciso XI, na Constituição Federal, o conceito normativo de “casa” revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, §4º, inciso II), compreende os quartos de hotel.

Outrossim, ainda conforme Aury Lopes Jr. (2019, p. 493), na prática, comumente os julgadores tendem a tornar lícitas provas contaminadas, sob o argumento de que não está claramente demonstrada uma relação de causa e efeito entre a prova ilícita e as provas que a sucederam.

Intimamente relacionada com a limitação do nexu causal, é a teoria da fonte independente, elencada no parágrafo segundo do artigo 157 do Código de Processo Penal: “considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.

A tese da fonte independente é bastante objetiva, parecendo clara e lógica; contudo, conforme Aury Lopes Jr. (2019, p. 495), releva-se perversa quando depende da subjetividade do julgador, na medida em que recorre a conceitos vagos e imprecisos (como é a própria discussão em torno do nexu causal) que geram um espaço impróprio para a discricionariedade judicial.

O princípio da contaminação constituiu um grande avanço no tratamento da prova ilícita, que vem sendo atenuado a ponto da matéria tornar-se perigosamente casuística. Nessa esteira, pertinente é o entendimento de Zilli (2008, p. 3), quando diz que “a operação proposta é perigosa, podendo levar a um alargamento da tolerância judicial das provas derivadas, desvirtuando o sentido da teoria”. Essa necessidade de um raciocínio hipotético para aferição da independência ou não das provas posteriores da prova originária ilícita, conduz ao esvaziamento do princípio da contaminação.

Igualmente digna de críticas é a descoberta inevitável que, conforme DEZEM (2008, p. 136), também pode ser chamada de Exceção da Fonte Hipoteticamente Independente, pressupondo que a prova derivada seria descoberta de qualquer maneira, isto é, independentemente da prova ilícita, não havendo o que se falar em contaminação da prova derivada. Nas, nas palavras de Teresa (2014, p. 121), “a debilidade dessa teoria reside em que a descoberta inevitável pode não estar baseada em fatos que possam ser provados claramente, mas sim em hipóteses e suposições”, o que conduz a um tratamento desigual.

Assim, diferentemente do que ocorre na prática, em que deve ser demonstrada a contaminação para que a prova seja desconsiderada, as provas decorrentes de uma prova ilícitas deveriam ser anuladas por derivação, ocorrendo o oposto apenas na hipótese de demonstração inequívoca de independência entre elas.

3.4 Da prova inadmissível em decorrência da quebra da cadeia de custódia

Ao passo que a cadeia de custódia se ocupa em documentar a história cronológica dos vestígios, a sua quebra resulta na perda destes como fontes de prova, uma vez que o elemento se torna ilícito e a ilicitude resulta na inadmissibilidade.

Primeiramente, a essencialidade da cadeia de custódia resta demonstrada por não se poder colocar em risco a presunção de inocência, uma vez que, o reconhecimento de provas adulteradas comprometeria todos os direitos fundamentais relacionados ao processo penal, principalmente aqueles aqui abordados.

Isso porque, a partir do momento em que elementos de prova são reunidos através de violação de normas, a discussão se transfere para o campo das provas ilegais que, nas palavras de Fernandes (2007, p. 91), representam “violação de qualquer vedação constante no ordenamento jurídico, separando-se em prova ilícita, quando é ofendida norma substancial, e prova ilegítima, quando não é atendido preceito processual”.

Tanto a ausência da cadeia de custódia quando o rompimento de alguma das sequências constantes na atualização legislativa (CPP, art. 158-B, inciso I ao X), resultam no afastamento a verdade dos fatos e consequente comprometimento dos elementos probatórios, de forma que impossibilitam a defesa do acusado em diversos aspectos.

Acusação e defesa devem ter acesso a todas as etapas percorridas pelas evidências, bem como aos atores participantes em cada uma delas (publicidade e direito à informação, abrangidos pelo princípio do contraditório), uma vez que sendo desconhecidos os caminhos percorridos pelas provas, bem como as pessoas que com ela tiveram contato, é facilitada a manipulação do vestígio.

Cumpre apontar que não estamos diante de um fenômeno simples. A quebra da cadeia de custódia resulta no comprometimento total da persecução penal se não forem tomadas as medidas necessárias. O vestígio adulterado deve ter sua ilicitude reconhecida na primeira oportunidade, com imediato desentranhamento e, além disso, é indispensável a análise detalhada dos autos, a fim de que nenhum resquício de contaminação permaneça no processo, diante do prejuízo ao devido processo legal que decorreria da manutenção ou futura inclusão de elementos derivados da prova ilícita.

Ainda, a inadmissibilidade da prova deve, para além de retirá-la do processo, impossibilitar que o caminho anteriormente percorrido seja repetido, visando uma (pseudo)valoração futura fundamentada no princípio da independência ou da descoberta inevitável, seja da própria prova ilícita, seja do resultado obtido a partir desta.

O nexó de causalidade utilizado para determinar a relação da prova ilícita com as demais, frequentemente fundamentado de forma vaga e imprecisa, situa-se no campo da subjetividade, possibilitando o direcionamento de um fato claro e objetivo, qual seja, a contaminação das provas decorrentes de uma prova ilícita, para o campo da discricionariedade do juiz. Esta deve ser adotada apenas quando não existir norma aplicável ao caso concreto ou diante de lacunas judiciais, hipótese que não se aplica à verificação da contaminação de uma prova em decorrência de outra prova ou ato considerado ilícito.

Em relação à fase extraprocessual, no que se refere à valoração das provas, as que forem colhidas durante a investigação preliminar (fase inquisitivo) não poderão servir de base para fundamentação da convicção do juiz, nos moldes do artigo 155 do Código de Processo Penal; todavia, o próprio artigo traz consigo algumas exceções.

A primeira delas são as provas cautelares, entendidas como aquelas que não podem esperar o andamento processual para serem produzidas, diante do risco de desaparecimento. Em relação às provas não repetíveis, são aquelas colhidas na fase extrajudicial e que não poderiam ser repetidas no curso processual, seja pelo decurso de tempo, seja pela possibilidade de destruição. Por fim, as provas antecipadas são aquelas produzidas antes do momento oportuno, que pode ser durante o processo ou antes deste, em razão da urgência e da relevância.

Neste ponto é que a discussão se torna ainda mais delicada, em razão das provas produzidas fora do processo – que muitas vezes anulam o contraditório – como é o caso, por exemplo, da coleta de DNA em cenas de crimes ou até mesmo a interceptação telefônica e, por isso, se revela essencial a demonstração de forma documentada da cadeia de custódia, a

fim de que possa ser analisada de forma detalhada a trajetória sofrida pelo vestígio.

Conforme levantado por Aury Lopes Jr. (2019, p. 505), a luta pela qualidade da decisão passa pela melhor prova possível, a fim de que o julgador chegue o mais próximo da verdade dos fatos.

Através do princípio da mesmidade, a cadeia de custódia garante que o acusado seja julgado com base nas “mesmas” evidências colhida no local do crime, e não em provas selecionadas pela acusação, ou adulteradas por inobservância ou incorreta aplicação dos procedimentos constantes nos incisos do artigo 158-B do Código de Processo Penal.

O resultado da inobservância ou incorreta aplicação da cadeia de custódia às provas deverá ser a proibição de valoração e, mais do que isso, o desentranhamento da prova (considerada ilícita) e de todas que tenham dela derivado. Este é o preço a ser pago, diante da imprescindibilidade do respeito às “regras do jogo”, conforme Alexandre (2019).

4 Da contaminação do juiz

Em decorrência da Lei 11.690/2008, havia sido adicionado ao Código de Processo Penal, no artigo 157, em seu parágrafo quarto, a seguinte redação: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”; contudo, de forma equivocada, o texto sofreu veto e suas razões se extraíram da Mensagem nº 350, de 09 de junho de 2008:

“O objetivo primordial da reforma processual consubstanciada, dentre outros, no presente projeto de lei, é imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo e assegurar a prestação jurisdicional em condições adequadas. O referido dispositivo vai de encontro a tal movimento, uma vez que pode causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz que fez toda a instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer.

Ademais, quando o processo não mais se encontra em primeira instância, a sua redistribuição não atende necessariamente ao que propõe o dispositivo,

eis que o mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível seja afastado da relatoria da matéria, poderá ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão colegiada.”

Conforme Eduardo José (2020), celeridade e simplicidade foram alcançadas de forma anormal a uma condição privilegiada, como se fossem os grandes princípios estruturantes do sistema procedimental penal brasileiro e, pior, a imparcialidade sofreu rebaixamento a uma condição subalterna.

Na mesma linha é a crítica de Maria Elizabeth Queijo (2008, p. 18), uma vez que é preferível um processo mais lento com respeito aos direitos fundamentais, do que um processo “célere e simples” com um imenso risco de julgamento parcial e até mesmo inconstitucional.

Todavia – após mais de uma década – além da regulamentação detalhada da cadeia de custódia, aqui abordada, a Lei 13.964/2019 adicionou o parágrafo quinto ao artigo 157 do Código de Processo Penal, com a mesma redação anteriormente utilizada no parágrafo quarto, supracitada.

A partir de então, voltou a ser reconhecida a impossibilidade de manutenção no processo do juiz que teve contato com a prova inadmissível, haja vista a necessidade de proteção da imparcialidade.

Neste ponto, o desentranhamento da prova ilícita dos autos processuais não se mostra eficiente quando a ação será processada e julgada pelo magistrado que teve contato com a prova inadmissível e formou sua convicção acerca dos fatos com base nesta, estando contaminado e devendo, conseqüentemente, também ser “desentranhado” do processo.

Isso porque, a exclusão da prova ilícita apresenta efetividade apenas no campo físico, haja vista a impossibilidade de utilização, ao menos de forma expressa, como fundamento da decisão; todavia, a garantia do impedimento da utilização e valoração das provas ilícitas deve refletir também no campo psíquico, ou seja, nas convicções subjetivas do magistrado.

A lei proíbe que o juiz fundamente a sua decisão em provas ilícitas; entretanto, evidentes são os reflexos do conhecimento do conteúdo das

provas inadmissíveis na convicção do magistrado, que certamente será abalada, uma vez que, mesmo que as evidências tenham sido excluídas do processo, permanecerão na memória.

O conceito trazido na obra de Lídia Reis (2013) esclarece que existe uma série de fatores psicológicos, conscientes e inconscientes, com poder de influência sobre o juiz, afetando o ato de julgar. Isso porque, é uma ilusão considerar como possível uma “exclusão mental” do que se sabe, fruto de uma visão positivista, com consequente julgamento técnico, como se o ato de julgar fosse uma atividade mecânica.

É evidente que a partir do momento em que o juiz tem conhecimento do conteúdo de provas consideradas inadmissíveis, tal experiência afeta a sua convicção, ainda que involuntariamente – diante da ausência de controle sobre o inconsciente – que afeta diretamente sua ideia subjetiva acerca do caso.

O julgamento por parte de um juiz contaminado caracterizaria uma (pseudo)fundamentação que, por sua vez, não equivale ao sistema acusatório. É inerente à natureza humana a dificuldade de se livrar do juízo formado acerca de uma situação quando provas, ainda que ilícitas, corroboraram para isso.

Dessa forma, as decisões – principalmente sentenças e acórdãos – não se expressam apenas pelo conteúdo explícito. Para além disso, geram grande insegurança os fatores de cunho íntimo do julgador, que pode dirigir a sua fundamentação com base no conhecimento que teve acerca da prova ilícita.

Outrossim, indo além do texto legislativo, acertada é a posição de Eduardo José (2020) quando esclarece não ser suficiente a exclusão do juiz apenas no momento da sentença, diante da insuficiência de força protetiva.

Por mais que a redação do parágrafo estabeleça apenas a impossibilidade de proferir sentença ou acórdão, são patentes os atos de imparcialidade que podem decorrer da manutenção do juiz no processo durante a sua instrução após o conhecimento do conteúdo da prova ilícita, podendo perseguir o mesmo resultado prático de reinclusão desta através

de atos de ofício, ou, ainda que postulados pela acusação, vir a deferir alguma diligência que seria indeferida sem o prévio conhecimento da prova inadmissível.

Neste ponto especificamente, importante esclarecer que, apesar da inclusão do art. 3º-A ao Código de Processo Penal (em decorrência da Lei 13.964/2019), o qual proíbe o magistrado de tomar o lugar da acusação, no caso de conhecimento do conteúdo de provas inadmissíveis, insuficiente a proibição. Isso porque, tão grave quanto o comprometimento da imparcialidade material, são os possíveis resultados da influência do conhecimento de provas ilícitas sobre a parcialidade formal, através do indeferimento de provas absolutórias ou outros requerimentos da defesa com vistas a alcançá-las.

Assim, se demonstra necessária a exclusão imediata do magistrado que tenha julgada ilícitas e/ou inadmissíveis provas obtidas através da quebra da cadeia de custódia, visto que sua manutenção no processo torna sem efeitos todo o resultado obtido com a declaração de inadmissibilidade destes meios de prova.

5 Considerações finais

Após anos de fundamentação doutrinária e argumentação de defesa acerca da imprescindibilidade da cadeia de custódia da prova, o tema deixou de ser tratado de forma genérica pelo legislador e ingressou no Código de Processo Penal através da Lei 13.964/2019 de maneira detalhada, demonstrando todos os procedimentos a serem observados para que se chegue o mais próximo possível da verdade dos fatos.

Não há dúvidas de que a reforma chegou atrasado; contudo, não se pode perder de vista que toda a legislação processual penal é retrógrada. Alcançou-se um avanço, não apenas processual, mas humano, diante, principalmente, dos reflexos da cadeia de custódia sobre os direitos fundamentais.

Concluindo, não basta o reconhecimento da ilicitude da prova com consequente desentranhamento dos autos quando flagrada a quebra da

cadeia de custódia. Para, além disso, necessária a impossibilidade imediata de manutenção no processo do juiz que reconheceu a inadmissibilidade, diante dos reflexos psicológicos, principalmente no inconsciente, causados pelo conhecimento do conteúdo ilícito, que podem refletir no processo de forma desfavorável ao acusado.

6 Referências

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, 5. ed. Madrid: Editorial Rubí Artes Gráficas, 1984.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas Ilícitas e Proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumer Juris, 2007.
- BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1941.
- BRASIL. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 1940.
- BRASIL. Constituição Federal. Brasília, DF, 1988.
- BRASIL. Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, Brasília, DF, 2008.
- BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, Brasília, DF, 2019.
- BRASIL. Mensagem nº 350, de 09 de junho de 2008, Brasília, DF, 2008.
- BRASIL. Portaria nº 82, de 16 de julho de 2014, Ministério da Justiça, Brasília, DF, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 90.376/RJ, (Processo Crime nº 1998.001.082771-6) 2ª Turma, Relator: Gilmar Mendes, julgamento em 03/04/2007. Brasília, 2007.
- CABRAL, Bruno Fontenele. A doutrina das provas ilícitas por derivação no direito norte-americano e brasileiro. *Revista Jus Naveandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, Ano 14, n 2118, 19. abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12658>> Acesso em: 26 set. 2020.
- CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Contaminação Psicológica por Prova Inadmissível [CPP, art. 157, §5º]. Empório do Direito, São Paulo, n 47, 03 fev. 2020. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/47-contaminacao-psicologica-por-prova-inadmissivel-cpp-art-157-5>> Acesso em: 26 set. 2020.
- DEU, Teresa Armenta. A prova ilícita: um estudo comparado / Teresa Armenta Deu; tradução Nereu José Giacomolli. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- DEZEM, Guilherme Madeira. Da Prova Penal, 1. ed. São Paulo: Millennium, 2008.
- ESTADOS UNIDOS. Caso Silverthorne Lumber Co contra Estados Unidos, 1920.
- FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- KNIJNIK, Danilo. Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- _____. LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 22, n 262, p. 16-17, set. 2014.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. O Juiz e a Emoção. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. 6.ed. Campinas: Millennium, 2013.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. O tratamento da prova ilícita na reforma processual penal. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 188, p. 18-19, jul. 2008.
- REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROSA, Alexandre Morais da. A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal. Florianópolis: EMais Editora & Livraria Jurídica, 2019.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. O Pomar e as Pragas, Boletim IBCCrim, São Paulo, n 188, julho/2008.

Feminicídio e a omissão do Estado

*Rosmeri Kunkel*¹

*Vinícius de Melo Lima*²

Introdução

A escalada no aumento dos índices do feminicídio, sobretudo no Estado do Rio Grande do Sul (RS), faz arrefecer a eficácia da Lei do Feminicídio, presente no Código Penal. A finalidade precípua do Estado é de promover a igualdade e a proteção e esse não se pode mostrar omissos frente à questão discriminatória que mata tantas mulheres e deixa órfãs uma legião de crianças, sob pena de ser responsabilizado por não garantir os meios necessários para a aplicação das leis e o desenvolvimento das políticas públicas.

Para tanto, aborda a relação de dominação do homem sobre a mulher introduzida pelo patriarcalismo e de que forma isso impactou na violência de gênero que vitimiza as mulheres até os dias atuais. A inovação legislativa, muito embora represente um avanço na luta pela proteção dos direitos humanos da mulher, não está sendo suficiente para dirimir os estarrecedores números de violência de gênero presente em todos os estratos sociais. Com vistas a combater os feminicídios latentes, propõe-se

¹ Bacharel em Direito pela ULBRA/Torres. Pós-Graduada em Gestão Escolar pela UFRGS e em Língua Portuguesa pela Faculdade de Registro/SP. Graduada em Letras pela UNIJUÍ. Professora Aposentada Estadual. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9859243855364168>

² Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa. Promotor de Justiça do RS. Professor Universitário da ULBRA/Torres. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0006328765333176>.

uma mudança comportamental para promover a desconstrução dos modelos repressivos que sobrevivem hodiernamente.

É primordial tecer diálogos, com a população em geral, como forma de difusão de políticas públicas de igualdade de gênero acerca do feminicídio. A questão da mobilização de toda a sociedade para diminuir a violência contra a mulher é fundamental. O problema é de todos. Atinge, especialmente, as mulheres e as crianças.

Conforme será demonstrado, apesar de a rede de atendimento estar institucionalizada, ainda há deficiência de equipamentos públicos comunitários no combate ao feminicídio. A queda de investimentos financeiros, no RS, por parte de gestores públicos, nos últimos cinco anos, é paradoxal aos percentuais de mortes de mulheres gaúchas. A alteração legislativa mais recente, de 2020, institui a inserção de medidas protetivas que têm o propósito de reeducar o agressor a fim de não reincidir em outras eventuais agressões. A polaridade presente está no fato de que se os homens são parte do problema, eles precisam ser parte da solução.

1 Aspectos culturais e históricos da violência contra a mulher

Com o objetivo de entender a violência contra a mulher, é essencial abordar-se, através de um estudo histórico, as origens de um tratamento indiferente e secundário da figura feminina. Desde os tempos remotos, notadamente no tempo do Brasil Colônia, o marido era autorizado a matar sua mulher e o amante, caso estivessem em adultério. Assim, a causa da violência é cultural, fruto de condições atávicas.

Desde os primórdios da humanidade, os diferentes padrões de comportamento revelam uma conduta paternalista do homem em relação à mulher que tende a desenvolver uma situação de submissão. Dias (2010, p. 18) afirma que “A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos”. O protótipo do pátrio poder percorre instituições, a cultura, os paradigmas sociais e até mesmo o sistema judicial. Santos (2018, p. 262)

pondera que “o sistema de justiça tem o papel importante de reconhecer e garantir os direitos das mulheres a uma vida sem violência”. A evolução fez com que a humanidade, paulatinamente, dissentisse dos modelos paradigmáticos em relação aos comportamentos por ser uma violação de direitos.

2 Os precedentes da Lei do Feminicídio

No Brasil, por volta de 1970, a questão da discriminação passou a ganhar visibilidade por meio da luta das mulheres contra a violência machista silenciada e naturalizada. Merecem destaque por Viza, Sartori e Zanello (2017, p. 111) “dois atores coletivos principais: as produções acadêmicas e os movimentos feministas”. A evolução temática dessas cinco décadas, juntamente, com os Tratados Internacionais é que propulsionaram uma mudança legislativa brasileira com o fito de diminuir os índices. Pelo Protocolo da ONU (MODELO..., 2014, p. 23), dois textos devem ser elencados. “No âmbito universal, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, [...]. No âmbito latino-americano, a Convenção de Belém do Pará”.

Importante trazer a lume que até a implantação da Lei Maria da Penha, sob a fundamentação de Martins, Cerqueira e Matos (2015) 90% dos casos de violência contra a mulher eram arquivados, pois estavam sob a égide da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Os institutos de penas alternativas tiveram uma conotação de mecanismos de impunidade e banalização da violência sofrida pelas mulheres.

O empenho para desconstruir uma história marcada por dores e horrores continua no século XXI. Para Santos (2018, p. 262) “Transformar relações sociais que (re)produzem violências contra mulheres é um dos grandes desafios das sociedades contemporâneas”. Essa reivindicação é tão urgente quanto necessária e antiga. Como há vários brasis, há também mulheres de diferentes classes sociais, econômicas e culturais. No entanto, é subliminar que a dependência econômica, ainda é um dos grandes entraves para a independência feminina.

Vive-se novos tempos e a Psicóloga Hirigoyen, (2006, p. 234) ensina que “seria bom que os homens trabalhassem na construção de novos valores de masculinidade, não mais ligados à força e à agressividade, e sim ao respeito pelo outro”. É papel fundamental da sociedade, através de todos os canais sociais, promover a mudança de comportamento entre homem e mulher desde a mais ínfima idade. Necessário é dizer que segundo Jesus (2015) “a violência contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa entre todas as violações dos direitos humanos. Enquanto ela prosseguir, não poderemos dizer que progredimos efetivamente em direção à igualdade, ao desenvolvimento e à paz”. É inexorável que, após tantos anos de resquícios de dominação ainda de uma sociedade paternalista e patriarcal, seja abolida de vez essa característica tão nefasta para a humanidade.

Os altos índices de homicídios constatados a partir de 2012, quando do Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher para apurar omissões do Estado na aplicação da Lei Maria da Penha, fez surgir a tipificação penal do feminicídio. Isso fortaleceu o entendimento geral de que o Brasil estava muito aquém de políticas públicas eficientes no combate à violência de gênero. A efetividade da lei passou a ser questionada, apesar de seus méritos e, conforme Dias (2015), a terceira melhor lei do mundo era insuficiente para lograr êxito em que pese na diminuição significativa da contenção do feminicídio tentado ou consumado no Brasil. Afinal, tratava-se de um problema social emergente, aparentemente, invisível para o Estado, apontando-o como responsável pelo desdém de inúmeras mortes provocadas como ascendente na misoginia.

Contexto esse em que surgiu a Lei do Feminicídio, em 2015, com o objetivo de tentar erradicar a violência que, por séculos, assola as mulheres que sofrem com a desigualdade ainda imperante na sociedade. Essa precisa acordar para que se evoque práticas de diálogos acerca do tema em tese e para promover, intensamente, respeito ao outro, em atitude de

alteridade, cultivando uma cultura de paz, com uma tomada de consciência do eu, do outro e da teia que faz o mundo.

Para tornar mais efetivo o combate à violência contra a mulher houve alterações pontuais, com inserções legislativas, desde 2015, a partir da qualificadora do feminicídio no Código Penal. A mais recente, de abril de 2020, tem o propósito de reeducar o agressor a fim de não reincidir em outras eventuais agressões. Esse é um fator de real importância na busca pela eliminação da violência: a polarização. Devem ser sopesados os confrontos que acirram a agressão num embate a proporcionar a convicção de que deve ser abandonada de vez essa ação/reação de ser violento com uma mulher.

3 O feminicídio como crime de Estado

A Lei do Feminicídio foi um avanço muito importante que deu visibilidade política a um fenômeno cotidiano: mulheres são assassinadas pelo fato de serem mulheres. Esse crime acaba reforçando a cultura patriarcal dando fôlego, força à sobrevivência da violação aos direitos humanos. Por isso é justa e adequada essa reprovação mais séria estabelecida pela lei supracitada.

O Direito Internacional acentua a premissa de valorização à dignidade e à integridade da pessoa e Novo (2018) acentua: “O Direito Internacional é um conjunto de normas (...) consuetudinárias que estipulam acerca do comportamento e os benefícios que as pessoas ou grupos de pessoas podem esperar ou exigir do Governo”.

Importante a menção do caso da condenação do México pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Este caso envolve a primeira condenação pela Corte por crime de feminicídio, em 2009: o caso González e outras (Campo Algodoeiro) que versa sobre as mortes violentas de mulheres ocorridas em Ciudad Juárez. Essa é uma região fronteiriça com o Estado do Texas, na qual vivem, de forma ilegal, estrangeiros de distintos países. Por haver muitas disputas por poder entre latifundiários e cartéis de drogas, o crime é visível.

Fato que impactou os papéis tradicionais do legado inóspito de uma cultura machista e que tem suas raízes em conceitos referentes à inferioridade e à subordinação. Em 1998, a pesquisadora mexicana Lagarde, que cunhou o termo feminicídio, usou-o, pela primeira vez, para descrever esses assassinatos de mulheres. O Brasil e o México têm uma tragédia em comum, por apresentarem tamanha inação. De acordo com Modelli (2016), “Se no México uma das causas do feminicídio é o tráfico de drogas nas fronteiras, no Brasil, segundo dados de 2015 do Mapa da Violência, está relacionado com a violência doméstica”.

Em 2007, foi criada a Lei do Feminicídio, no México. É, seguramente, a legislação latina mais dura com prisão de 40 a 60 anos. Cabe lembrar que essa lei tem visibilidade política, em função da incapacidade do Estado em empreender a persecução penal e lidar, de forma adequada, com os desaparecimentos e mortes violentas das mulheres, representando uma atitude de aquiescência com os crimes cometidos, permanecendo a impunidade para os agressores. No Estado em comento, Hochmüller (2014) define que houve o julgamento pela corte: “Ambos os órgãos reconheceram a estrutura misógina e o contexto sexistas por trás dos feminicídios e exigiram do Estado a reestruturação cultural para destruir estereótipos de papéis de gênero, através de criação e adaptação de leis internas”.

Por omissões a crimes contra a mulher, Miguens e Ribeiro (2018) explicam que a corte: “reconheceu [...] o crime praticado como “homicídio de mulher por razões de gênero”, também conhecido por feminicídio, para fins de atribuição de responsabilidade do Estado pelas violações de direitos humanos ocorridas em seu território”. Porém, a Lei de Feminicídio ainda não diminuiu os estarrecedores números de mortes, ao contrário, elas aumentaram. É preciso alterar a base cultural investindo na educação, além do eficaz investimento em políticas públicas para que o sexo feminino não seja comparado com seres inferiores, coisificados, humilhados e destratados.

Porquanto, é ainda estarrecedor ver que os percentuais crescem no contraponto de uma mais esperada civilidade. Em 2015, em A Guerra (2019)

a taxa por feminicídio era de 0,66% a cada 100 mil habitantes e, em 2018, foi para 1,19%. O cenário mundial é preocupante e carece de mudanças, não mais paulatinas. É urgente a tomada de medidas drásticas para não mais postergar o fim da violência que leva ao feminicídio. Trata-se de planos mundiais alicerçados nos índices alarmantes e nada amenos: seis mulheres morrem a cada hora no mundo vítimas de feminicídios; na América Latina, de acordo com El País (AMÉRICA..., 2018), nove mulheres são assassinadas por dia vítimas de violência de gênero; no Brasil, *Catraca Livre* (BRASIL..., 2020) três mulheres morrem por dia por feminicídio.

Portanto, de acordo com a problemática lançada, há sim correlação entre o Feminicídio e a Responsabilidade do Estado quando da omissão em casos análogos a esse episódio horrendo ocorrido no México. Dessa monta, cabe o dano moral coletivo, pois está calcado na violação ao dever de proteção e na teoria do risco administrativo.

4 A omissão do Estado no crime de feminicídio

Divergindo com o que parece ao senso comum, boa parte das mulheres que vivem em situação de violência já obtiveram decisões no intuito de romper com ela. No entanto, muitas vezes, não saíram exitosas das instituições às quais recorreram. Esse caminho truncado ainda não encontra terreno fértil em muitas Delegacias de Polícia, Casas-Abrigo, Centros de Referência de Mulher tornando falha a atuação do Estado nos casos de feminicídio.

Sendo o feminicídio uma qualificadora do homicídio motivada pelo ódio, ciúmes, sentimento de posse e de inferiorização da mulher na sociedade é certo que é um elevado compromisso do Estado em erradicar crimes contra a mulher, mas também de toda a sociedade. Não é possível pensar apenas sob a ótica criminal, é necessário verificar as causas e medidas para prevenir esse agir violento.

Apesar de muitas mulheres, em estado de coação pelos companheiros, buscarem o sistema de segurança, de saúde e de justiça acabaram

morrendo. O dever do Estado, após a ratificação de documentos internacionais de proteção à mulher é o cumprimento da garantia dos seus direitos, protegendo-a e investigando violações. Em Cunha (2008, p.41) “A omissão do Estado, em qualquer das frentes, configura publicidade negativa na comunidade internacional”.

Conforme já explanado, anteriormente, acerca de amplos dispositivos legais do Estado, não se trata mais de ausências legais como fator da impunidade e de aumento de casos de feminicídio. O Estado já teve um grande avanço, em matéria de leis, nos últimos 14 anos, desde o momento da implantação da Lei Maria da Penha. A falta está na insuficiência de políticas do governo, que geram uma convivência insegura para as mulheres, colocando-as em risco e favorecendo o conjunto de crimes praticados por razões de gênero.

O que se precisa é de um amplo avanço civilizatório em relação a incrementos orçamentários destinados a um problema social grave. Após três décadas de uma Constituição chamada Cidadã, é primordial que haja uma força-tarefa de toda a sociedade, mas, principalmente, de quem detém o poder de executar as cifras públicas, fazendo um *modus operandi* efetivo de investimentos anuais na rede de enfrentamento de violência contra a mulher, Brasil (2018, p. 56-60) de acordo com o Manuel de Rotinas do Conselho Nacional de Justiça.

O insofismável dever do Estado na prestação e execução dos direitos fundamentais a partir dos dispositivos legais é plausível. Impende ressaltar, de acordo com Lagarde, escritora mexicana a qual definiu o termo feminicídio com um viés político, justamente, pela impunidade por parte do Estado, de crimes praticados contra mulheres, que ainda está presente a vetusta prática da supremacia estatal conforme Rodrigues e Gomes (2019): “ (...)o feminicídio não é apenas uma violência exercida por homens contra mulheres, mas por homens em posição de supremacia social, sexual, jurídica, econômica, política, ideológica, (...)”.

Isso demonstra que o feminicídio não é fruto de atos isolados. São sucedâneas de violências individualizadas e não encaradas como problema

da segurança pública, não fazendo parte de ações de enfrentamento e de prevenção como prioridade pública. É ascendente o número de denúncias contra a violência doméstica, mesmo em se tratando de um crime hediondo.

Não há como vedar a negligência do Estado, fato que contribui para a baixa eficiência da Lei Maria da Penha e para a perpetuação do feminicídio no RS. A Psicóloga Hirigoyen (2010, p. 210) enfatiza que: “é por isso que insisto em dizer que a violência psicológica tem de ser levada a sério. Não se deve esperar que a mulher seja espancada ou morta para reagir.

Há um contraponto no ciclo de violência em que se constata um retrocesso em razão de total submissão e dependência, principalmente financeira, de muitas mulheres, na medida em que o agressor se desculpa e age de maneira romantizada, dispensando a ajuda do Estado. No entanto, o feminicídio é um crime de Estado, pois favorece a impunidade uma vez que as investigações são, muitas vezes, obstaculizadas.

Outro ponto que se constata, chegando a se cogitar em cifras ocultas, é o fato de a mulher desistir da denúncia. O pretender de uma sociedade, politicamente organizada, é almejar a busca de soluções concretas com a finalidade de evitar que novas vidas venham a ser perdidas em função de um paradigma discriminatório contra a mulher.

Com o advento do Estado Social Democrático de Direito, em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988, muitos foram os temas que vieram, à baila, no afã de proteger os direitos humanos. Estava aí, de forma singular, a mudança de perspectiva de um Estado Ditatorial para um Estado Democrático. Desse modo, em tese, os indivíduos passaram a ter a proteção do Estado, de forma ampla, com o fito de terem resguardados os direitos humanos para a eficácia da dignidade da pessoa. Veiga, Lisboa e Woll (2016, p.267) , em breve histórico da violência contra a mulher no Brasil, declara que: “Há toda uma geração de pais, mães e avós que foram socializados integralmente em uma ordem jurídica que justificava a violência, que legalizava a violência”.

No mesmo diapasão, torna-se evidente a concretização dos direitos fundamentais, chamados de segunda dimensão, que são os direitos sociais, econômicos e culturais. Com caráter positivo, de titularidade coletiva, pois exigem atuações do Estado. No entanto, de acordo com Streck (1999), o Brasil vive uma modernidade tardia, justamente por não ter obtido uma linha evolucionária na garantia de tais direitos, mesmo estando positivados em um documento solene. Esses direitos consagram-se por garantirem o mínimo existencial à sociedade. Contempla-se, aqui, dentre outros tantos direitos abarcados, o direito à vida; à vida da mulher.

A Constituição Federal é a materialização de valores suprapositivados da sociedade. Nela estão os campos dos conhecimentos das ações humanas, com a presença de valores que norteiam a vida das pessoas. Ela é uma carta aberta, sendo assim, deve dar conta das demandas da mudança histórica. Fala-se aqui da necessidade inexorável do respeito para com a mulher. Na visão de uma democracia formal, de acordo com Streck (1999), há o respeito pela mulher, através da lei. Porém, numa visão de democracia material, na prática, esse respeito à mulher ainda precisa ser alicerçado. Ratifica-se, assim, a deficiência de equipamentos públicos comunitários, elencados anteriormente: casas-abrigo, centros de referência, delegacias específicas para a mulher.

Nesse universo de adequação de acordo com as épocas históricas, é que surgiram várias leis de proteção, dentre as quais, especificamente, às que aqui já foram aludidas. Doravante, o processo de haver a igualdade estabelecida conforme explicita a Carta Magna Brasileira, não é recente a tendência do masculino de subjugar o feminino.

O androcentrismo está, intrinsecamente, relacionado com o pátrio poder. Essa tendência, de acordo com o supracitado, no início do artigo, atravessa a humanidade, desde os primórdios da cultura da formação familiar, e, em alguns países, demonstrado por Romina (2020), a violência contra mulheres e meninas é uma prática ainda permitida em nome da honra, como o ocorrido no Irã em maio de 2020.

Em dado momento, os problemas de violência doméstica entre marido e mulher saíram de uma esfera particular para uma esfera pública, assegurados por lei. O fato de haver a violência não atinge, unicamente, a mulher. Trata-se de um problema com viés social, pois suas consequências nefastas dos atos violentos, atingem o brio de um ciclo familiar. Muitas vezes, correspondente ao exposto por Meneghel e Margarite (2017), “mulheres que querem terminar uma relação marcada pela violência ou se separarem sem a concordância dos maridos/companheiros estão em risco de morrer”. Casos, assim, expandem-se além do espaço físico, territorial, nacional e enveredam numa esfera mundial pela grotesca repercussão que crimes como esses continuam acontecendo, em patamares, cada vez mais ascendentes.

No entanto, apesar de, seguidas vezes, as mulheres procurarem Delegacias de Polícia e o Poder Judiciário na ânsia pela busca da proteção, não há um contraponto resolutivo. Há depoimentos de registros feitos: um, dois, três ou mais e advir daí, apesar disso, o evento morte. Onde está a proteção do Estado para coibir novos feitos assassinos? A lei foi criada para combater o problema da violência fatal contra a mulher. Como consequência, é imperativa a ampla problematização midiática com o fito de buscar transparência acerca da motivação dos crimes e o envolvimento de todos para mudar o paradigma estabelecido de acordo com Terra (2020, p. 71):

Esse é um problema estrutural, reforçado pela omissão do Estado em garantir os direitos humanos dessas mulheres, o que faz do feminicídio também um crime de Estado, que tem nos meios de comunicação, ao não problematizarem esses assassinatos, um dos pilares de perpetuação de uma cultura de dominação em que o feminicídio é legitimado.

Graças ao persistente inconformismo da condição de serem subalternas, as mulheres, de forma ainda incipiente, dado o fato de se ter os direitos assegurados, desde 1988, vão difundindo a temática em análise. Dessa maneira, objetivam que o tema tenha, gradualmente, visibilidade política, tomando proporções vultosas e exigindo uma resposta assertiva

do Estado, a fim de que casos de mortes de mulheres não sejam mais considerados omissos e, por óbvio, configurados como crime de Estado.

Não obstante os progressos legislativos, persiste, na contemporaneidade, a falta de aplicabilidade dos dispositivos legais. Maria Berenice Dias, em Lima (2012) assevera que: “Se o ciclo da violência é perverso, quiçá a omissão administrativa seja ainda mais lesiva, o que demanda a intervenção do Ministério Público e do Judiciário para a transformação social e a proteção da integridade da mulher e da família”. A proteção eficiente tende a aumentar o teor punitivo com as qualificadoras de crime hediondo e o aumento de pena constantes na Lei do Feminicídio. Isso posto, estrategicamente, para além de punir, intimidar agressores e para dissuadir novos agressores, prevenindo violações futuras.

Por outro lado, se o Estado não fizer a sua parte com a implementação efetiva de políticas públicas, é possível que ele seja responsabilizado em uma ação pública coletiva. Essa penalização está expressa nos dispositivos legais. Sendo de natureza objetiva, pelo risco administrativo, conforme Brasil (1988) o artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Elencado o dispositivo legal, deve prevalecer o interesse da coletividade e a responsabilidade do Estado em relação à defesa e à garantia dos direitos humanos no ordenamento jurídico interno, mas, principalmente, em relação à violação desses direitos através do crime de feminicídio. Dentro desse contexto, o Estado é responsável pela manutenção dessa situação violadora. Essa responsabilidade é amparada pelo princípio da equidade.

Consoante aos crescentes índices de feminicídio, verifica-se a falta de investimentos públicos orçamentários, nos últimos cinco anos, no combate ao feminicídio no Estado do RS, demonstrado por Ferreira (2020) “é o que apresenta o relatório preliminar da força-tarefa de combate aos feminicídios, vinculada à Comissão de Segurança e Serviços Públicos da Assembleia Legislativa do RS”. De acordo com esse relatório, o RS deixou de investir, substancialmente, desde 2015. Nesse ano, foram mais de 10 milhões investidos em políticas públicas. Em 2016, 335 mil. Em 2017, 841 mil. Em 2018, 180 mil e em 2019, apenas 20 mil. Com 497 municípios e

160 comarcas, há apenas 14 casas-abrigo e 22 Delegacias Especializadas para as Mulheres (DEAM). Portanto, os equipamentos públicos estão deficitários.

Conducente com a sua tarefa primordial de assegurar os direitos fundamentais, aqui evidenciados os das mulheres em crimes de violência, é caso de omissão estatal a não perfectibilização de normas jurídicas. De passagem, mister apontar a translúcida obrigação do Estado em exercer, de forma volitiva, o seu dever constitucional sob pena de responsabilização e, por óbvio, do dano indenizável gerado pela omissão. Nesse passo, Freitas (2010, p.76) atesta que:

Em suma, Estado que não previne é Estado da omissão inconstitucional. Afinal, em vez de adversário hostil à afirmação dos direitos fundamentais, exige-se, doravante, que o Estado passe a atuar como responsável agente assegurador e cumpridor dos objetivos fundamentais da República. Não é sonho, tampouco pedir demais.

Reputa-se a postergação dos deveres fundamentais. Certo é cessar as omissões estatais pela responsabilidade em dimanar os princípios da dignidade e da vida das mulheres com o fito de alterar o quadro iníquo. Urge estabelecer o cumprimento das demandas pela pontual aplicação e prevenção aos direitos fundamentais. Ou, em contrapartida, a sociedade como um todo, continuará a presenciar, passivamente, os ceifares de vidas femininas.

Conclusão

A partir do exposto neste artigo, abstrai-se que a minimização de casos de violência contra a mulher faz-se pela educação, onde tudo começa. É mister abordar, cabalmente, as várias dimensões do problema, isto é, dar-lhe uma maior visibilidade, com o fito de inseri-lo na agenda de males que afetam toda a sociedade, demonstrando ser intolerável a sua permanência.

A origem para esse grave problema fatal de violência contra a mulher, adquire resistência, apesar da evolução histórica, industrial, tecnológica e de padrões evolutivos de vida. Assim, o objetivo presente é mostrar que as respostas a tantas mortes decorrentes de uma cultura de dominação encontram raízes nos padrões comportamentais (patriarcal e machista).

Hippolyte Taine, mentor da Teoria Determinista, defende que, em Cereja e Magalhães (2003, p. 244) o “comportamento humano é determinado por três fatores: o meio, a raça e o momento histórico”. Obviamente, tudo tem uma causa, uma razão de ser. Um indivíduo que nasce, cresce e vive em um ambiente hostil, de violência tem grande tendência a reproduzir, em dado momento de sua vida, essas ações, seja como agressor, seja como vítima.

Além disso, ensajou-se que a mudança para uma resposta com o teor de mitigar tamanhos feitos mortais está presente, mais especificamente, a partir da década de 1970, a nível internacional e nacional. Por muitos anos, havia uma condescendência das sociedades e dos governos, mascaradas com um teor consuetudinário acerca da questão de gênero. Apontou também o crime de Femicídio como sendo de Responsabilidade do Estado.

Para que haja efetiva mudança, é necessário preparar as gerações futuras através da prevenção. É inexorável que, após tantos anos de subserviência, seja abolida de vez essa característica nefasta. A violência não é natural, ela é cultural e histórica, com as mulheres sendo o polo fraco e submisso e atinge pessoas de todas as classes sociais e idades.

Nesse ínterim, buscou-se refletir e demonstrar a gravidade do feminicídio perante a sociedade. Existe sim a responsabilidade do Estado por omissão. Isso ocorre por conta da não projeção e ulterior aplicação, por parte dos gestores públicos, de verbas orçamentárias arrecadadas da população, através dos impostos. Ano após ano, Relatório (2020) tanto no RS como a nível federal em Ferreira (2020), tem-se a constatação da falta de investimentos em equipamentos públicos para um melhor enfrentamento

da violência. Fato esse que propicia um aumento, diametralmente elevado, de casos de crimes contra a mulher.

Deixa-se de investir na segurança da vítima, tanto no aspecto de construir casas-abrigo, quanto ao atendimento de mulheres em situação de violência. Sequencialmente, em campanhas que tenham um caráter pedagógico para educar a população com o fito de não se achar que violência doméstica, que pode levar ao feminicídio, é algo normal, que é problema de marido e mulher e que não se mete a colher. Todos devem ser respeitados, sem distinção de qualquer natureza, consoante à Constituição Federal para que se almeje uma sociedade mais próspera e menos violenta.

É possível a responsabilização e condenação do Estado por danos morais coletivos em face da omissão do dever de proteção, pois o problema de violência doméstica, do aumento exorbitante de feminicídios, das mortes exacerbadas do sexo feminino, deixando órfãs a sua prole é sim problema do Estado, porquanto responsável pela manutenção dessa situação violadora.

Como o Brasil assinou e ratificou um tratado internacional de proteção aos direitos humanos em razão da diminuição de violência contra a mulher, assume a responsabilidade de respeitar e garantir os direitos. Se assim não o fizer, deve ser responsabilizado, através de dano moral coletivo que está calcado na violação ao dever de proteção e na teoria do risco administrativo.

Dessa feita, não é mais aceitável que os Estados sejam signatários de compromissos internacionais e que continuem permitindo atos de violação dentro da própria nação. Ou, então, que posterguem a criação de mecanismos para promover a proteção dos direitos das mulheres, sob pena de serem responsabilizados por violação aos direitos fundamentais, segundo menção feita ao caso da condenação do México pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por feminicídios.

Não pode haver a omissão do Estado, pois a violência contra a mulher é um problema de Estado. Ele é o garantidor de meios necessários para a aplicação das leis e o desenvolvimento de políticas públicas. Caso

contrário, a violência continuará a ocorrer inobstante à existência das leis protetoras.

O fenômeno da violência contra a mulher tem característica universal. É o produto de uma construção histórica, porém passível de desconstrução. Essa é uma tarefa de todos, na medida em que se muda o comportamento, com ênfase nos direitos humanos. No momento em que as mulheres estiverem côncias do seu papel, enquanto indivíduo social e com encorajamento de não serem mais submissas e de não aceitarem relações violentas, será possível reverter essa história mundial.

Referências

A GUERRA Contra as Mulheres no México. Deutsche Welle. G1 [site] 20 ago. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/08/20/a-guerra-contra-as-mulheres-no-mexico.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2020.

AMÉRICA Latina é a Região Mais Letal Para as Mulheres. El País [site] 27 nov. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/24/actualidad/1543075049_751281.html. Acesso em: 28 maio 2020.

BRASIL Registra um Caso de Femicídio a Cada 7 Horas. Catraca livre, [site]. 05 de mar. 2020. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/brasil-registra-um-caso-de-feminicidio-a-cada-7-horas/>. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição 1988]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2020.

CEREJA, Willian Roberto; MAGALHÃES, Thereza Cochar. Português: Linguagens: Volume Único. São Paulo: Atual, 2003.

DIAS, Elves. Lei Maria da Penha: a Terceira Melhor Lei do Mundo. JUS [site], fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36178/lei-maria-da-penha-a-terceira-melhor-lei-do-mundo>. Acesso em: 31 maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Helder. Deputadas Criticam Corte de Recursos Para Combater a Violência Contra A Mulher. Câmara dos Deputados [site], 6 fev. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/635067-deputadas-criticam-corte-de-recursos-para-combate-a-violencia-contra-a-mulher/>. Acesso em: 15 maio 2020.

FERREIRA, Marcelo. Políticas Para Mulheres: RS Tem Enxugamento Orçamentário e Aumento da Violência. Brasil de Fato [site], 05 mar. 2020. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/03/05/politicas-para-mulheres-rs-tem-enxugamento-orcamentario-e-aumento-da-violencia>. Acesso em: 06 abr. 2020.

FREITAS, Juarez. Contra A Omissão Inconstitucional: Reexame Inovador da Responsabilidade do Estado. Revista do Ministério Público do RS, n. 66, p. 65-78, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. A Violência no Casal: da Coação Psicológica À Agressão Física. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HOCHMÜLLER, Mariele de Almeida. Reflexos da Violência de Gênero na Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma Análise do Caso Campo Algodoeiro. Monografia (Graduação em Relações Internacionais) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/128085/Monografia%20da%20Mariele.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 27 maio 2020.

JESUS, Damásio. Violência Contra a Mulher. 2.ed. São Paulo. Saraiva, 2015. Disponível em: https://books.google.com.br/books/about/VIOL%C3%8ANCIA_CONTRA_A_MULHER.html?id=DjxnDwAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 08 abr. 2020.

LIMA, Vinícius de Melo. Torres: Ação Busca Implantação de Casa Abrigo Para Vítimas de Violência Doméstica. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul [site], 27 ago. 2012. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/dirhum/29433/>. Acesso em: 22 maio 2020.

MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. A Institucionalização das Políticas Públicas de Enfrentamento À Violência Contra a Mulher (Versão Preliminar, março de 2015). Nota Técnica IPEA, nº 13. Brasília: IPEA,

2015. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5711/1/NT_n13_Intitucionalizacao-politicas-publicas_Diest_2015-mar.pdf. Acesso em: 19 maio 2020.

MENEGHEL, Stela Nazareth; MARGARITE, Ane Freitas. Feminicídios em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil: Iniquidades de Gênero Ao Morrer. Caderno de Saúde Pública, v.33, n. 12, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0102-311X2017001205014. Acesso em: 10 set. 2019.

MIGUENS, Marcela Siqueira; RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva. NIDH: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos. Faculdade Nacional de Direito UFRJ. 2 fev. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/gonzalez-e-outras-campo-algodoeiro-vs-mexico-2009-violencia-contra-a-mulher-e-definicao-de-feminicidio/>. Acesso em: 27 maio 2020.

MODELLI, Laís. Feminicídio: Como uma Cidade Mexicana Ajudou a Batizar a Violência Contra as Mulheres. BBC [site] São Paulo. 12 dez. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-38183545>. Acesso em: 27 maio 2020.

MODELO de Protocolo Latino-Americano Para Investigação de Mortes Violentas de Mulheres (Femicídios/Feminicídios). 2014. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

NOVO, Benigno Nuñez. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. JUS [site], jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63381/o-direito-internacional-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 26 maio 2020.

RELATÓRIO Preliminar: Força-Tarefa Interinstitucional de Combate aos Feminicídios do Rio Grande do Sul. Instituto Cultural Padre Josimo [site, 2020]. Disponível em: <https://padrejosimo.com.br/site/wp-content/uploads/2020/03/Relat%C3%B3rio-PreliminarFToficial.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2020.

RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite; GOMES, Andreza Damasceno de Souza. Feminicídio e a Omissão do Estado. JUS [site], fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71903/feminicidio-e-a-omissao-do-estado>. Acesso em: 14 maio 2020.

ROMINA Ashrafi. O Assassinato de Menina de 14 Anos Pelo Próprio Pai Em ‘Crime De Honra’ Que Choca o Irã. ÉPOCA [site], 29 maio 2020. Disponível em: https://epoca.globo.com/mundo/romina-ashrafi-assassinato-de-menina-de-14-anos-pelo-proprio-pai-em-crime-de-honra-que-choca-ira-24452117?utm_source=Whatsapp&utm_medium=Social&utm_campaign=compartilhar. Acesso em: 30 maio 2020.

SANTOS, Cecília Macdowell; MACHADO, Isadora Vier. Punir, Restaurar ou Transformar? Por uma Justiça Emancipatória em Casos de Violência Doméstica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 146, p. 241-271, 2018. [Acesso via Base de Dados Revista dos Tribunais Thompson].

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica de construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TERRA, Ana Paula Ricco. Mapeamento do Conceito de “Feminicídio” nos Meios de Comunicação Brasileiros: Exemplo de Jornalismo Responsável. In: BERTOLIN, Patricia Tuma Martins; ANGOTTI, Bruna; VIEIRA, Regina Stela Corrêa. Feminicídio: Quando a Desigualdade de Gênero Mata: Mapeamento da Tipificação na América Latina. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020. p. 71-104. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/Miolo_Femini%3%ad-dio_final.pdf. 376 p. Acesso em: 04 jun. 2020.

VEIGA, Ana Maria; LISBOA, Teresa Kleba; WOLL, Cristina Scheibe (org.). Gênero e Violências: diálogos interdisciplinares. Florianópolis: Edições do Bosque/CFH/UFSC, 2016. (Série Diversidades). Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/171684/G%3%aanero%20e%20Viol%3%aanancias_digital.pdf?sequence=2&isAllowed=y. Acesso em: 30 maio 2020.

VIZA, Ben-Hur; SARTORI, Myrian Caldeiras; ZANELLO, Valeska (Org.). Maria da Penha Vai À Escola: Educar Para Prevenir e Coibir a Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher [E-book]. Brasília: TJTFD, 2017. Disponível em: <https://www.tjdf.tj.br/informacoes/cidadania/centro-judiciario-mulher/documentos-e-links/e-book-maria-da-penha-vai-a-escola>. Acesso em: 21 abr. 2020.

Ativismo judicial na efetividade do direito social à saúde ¹

Michelle Fernanda Martins ²

Shayane Almeida Paim ³

Introdução

Este artigo tem como objetivo geral o estudo da utilização do fenômeno ativismo judicial para dar efetividade ao direito social à saúde previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

São de conhecimento geral as diversas ações judiciais no Brasil nas quais se busca o direito à saúde. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (HERCULANO et al., 2019) as ações de saúde cresceram 130% entre os anos de 2008 e 2017, conforme estudo realizado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER.

Diante disso, o ativismo judicial tem um papel importante para a efetividade do direito fundamental social à saúde, pois o ativismo é associado à interpretação ampla da Constituição Federal, especialmente com relação aos direitos fundamentais sociais, que são essenciais à vida digna do ser humano.

Com a introdução desse comportamento ativista no judiciário brasileiro, começou a se discutir a legitimidade democrática do Poder Judiciário,

¹ Este trabalho foi originalmente apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, campus São Jerônimo, no ano de 2019.

² Mestre em Direito e Sociedade pela UNILASALLE. Especialista em Direito Público pelo IDC. Graduada em Direito pela ULBRA. Docente da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Canoas. E-mail: michifm@gmail.com

³ Bacharela em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. E-mail: shayane.almeidaaa@gmail.com

a violação ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio da estrita legalidade, questões estudadas no primeiro capítulo do presente trabalho, juntamente com a origem, a conceituação do ativismo judicial e as concepções de Ronald Dworkin sobre o tema.

Posteriormente, é realizado um estudo do direito social à saúde na Constituição Federal de 1988, com o propósito de estudar a saúde como um direito fundamental social essencial para garantir a dignidade humana. Além disso, é averiguada a eficácia normativa do direito à saúde, percebendo-se que possui aplicabilidade imediata, porém nem assim consegue ser concretizado.

Por fim, discorre-se sobre a teoria da reserva do possível, que não pode ser usada de forma genérica para a omissão do poder público, e a teoria do mínimo existencial, pois o direito à saúde está ligado à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais.

Considerações acerca do ativismo judicial e a concepção de Ronald Dworkin sobre o tema

Inicialmente, cumpre salientar que a ideia de ativismo judicial começou a aparecer no século XIX, nos casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Conforme leciona o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o termo “ativismo judicial” surgiu nos Estados Unidos, tornando-se o principal personagem do debate sobre o papel da Suprema Corte na interpretação da Constituição”. (CAMPOS, 2014, p. 30).

No Brasil, a discussão sobre o ativismo judicial é recente, datando da primeira década deste século. O início dessa discussão está relacionado à ascensão institucional do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a redemocratização do país (CAMPOS, 2014).

Nesse sentido, Umberto Machado de Oliveira explica o crescente comprometimento e mobilização do Poder Judiciário após a promulgação da Constituição:

Nos anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988, constatou-se uma crescente mobilização do Poder Judiciário em todo o seu conjunto. O nascimento de um sentimento constitucional, mesmo incipiente, fez florescer entre os órgãos que compõem suas várias instâncias uma postura mais ativa na concretização dos preceitos contidos na Carta Magna. O amplo exercício de jurisdição constitucional no Brasil, desde o juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, irradiou os valores constitucionais pelo sistema jurídico, em questões onde se exigiam a aplicação direta da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis e a interpretação conforme a Constituição, para que fosse atribuído sentido às normas jurídicas. (OLIVEIRA, 2010, p. 148)

Assim sendo, verifica-se que o Poder Judiciário se consolidou com um papel mais ativo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a fim de que pudesse concretizar os preceitos constitucionais em questões que exigiam a aplicação direta da Constituição.

Com relação ao conceito de ativismo judicial, constata-se ser um tema não muito fácil de conceituar, em razão de sua complexidade. Dessa forma, a doutrina apresenta diversos conceitos.

De sua parte, o autor Elival da Silva Ramos conceitua ativismo judicial como:

[...] a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuída a outros poderes. (RAMOS, 2010, p. 116).

Na visão do autor, o ativismo judicial trata-se da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com invasão ao núcleo de funções atribuídas pela Constituição Federal aos outros Poderes.

Sobre o tema, Umberto Machado de Oliveira (2010)⁴ explica que ativismo judicial é toda a decisão do Poder Judiciário que repercute no âmbito dos demais Poderes, exigindo-lhes condutas ou anulando o desempenho de suas competências.

Já Luís Roberto Barroso (2012)⁵ conceitua o ativismo judicial como uma escolha de interpretação da Constituição Federal, sendo que o ativismo acontece quando o Poder Legislativo se retrai, fazendo com que se escolha um modo proativo de interpretação da Constituição.

Com relação ao papel do juiz como intérprete do direito, Theodoro Filho (2016 apud DWORKIN, 2002, p. 673) explica que Ronald Dworkin se posiciona no sentido de que a decisão do juiz deve estar de acordo com os elementos do direito e da história e respeitar a coerência e a integridade do sistema jurídico, de forma que essa decisão reafirme o direito existente ou construa um novo direito para o caso concreto.

Assim, o julgador pode inovar no sistema jurídico, desde que respeite sua integridade, sendo que sua decisão deve ter coerência com o ordenamento jurídico e ter como base o direito e a história.

Com relação às controvérsias constitucionais, para Dworkin a melhor resposta do julgador seria uma interpretação construtiva e responsável, pois o Juiz está compromissado com a efetividade dos direitos individuais (MEDRADO et al., 2016).

Nesse sentido, em sua obra *Levando os Direitos a Sérios*, Dworkin afirma:

[...] a política do ativismo judicial pressupõe uma certa objetividade dos princípios morais; em particular, pressupõe que os cidadãos têm certos direitos morais contra o Estado, como é o caso do direito moral à igualdade na

⁴ Consideramos ativismo judicial toda decisão definitiva dos órgãos do Poder Judiciário que, nos seus efeitos, implique em repercussão na esfera de outros órgãos dos poderes legislativo ou executivo, de forma a exigir-lhes uma conduta positiva ou negativa, ou mesmo impedir-lhes ou anular-lhes o exercício de suas competências constitucionalmente definidas (OLIVEIRA, 2010).

⁵ [...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012).

educação pública, ou o direito a ser tratado com equidade pela polícia. (DWORKIN, 2014, p. 216).

Portanto, de acordo com Dworkin, quando há controvérsias constitucionais, o julgador deve estar comprometido com a efetividade dos direitos individuais, uma vez que a política do ativismo judicial subentende que os cidadãos possuem direitos morais contra o Estado, citando, como exemplo, o direito moral à igualdade na educação pública.

Porém, o julgador deve tomar sua decisão de forma coerente com o ordenamento jurídico e com os elementos do direito e da história, respeitando a integridade do sistema jurídico.

Limitações (e superações) à conduta ativista do Poder Judiciário

A doutrina discorre sobre possíveis limitações ao ativismo judicial, que se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, para os princípios da separação dos poderes e da estrita legalidade.

Inicialmente, com relação à legitimidade democrática, segundo o autor Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014), o ativismo judicial é equiparado com a ilegitimidade, uma vez que tomaria os poderes políticos dos órgãos legitimados, cujos integrantes foram escolhidos através do voto direto.

Entretanto, segundo o autor Luís Roberto Barroso, “os membros do Poder Judiciário teriam legitimidade para invalidar decisões daqueles que foram escolhidos através do voto popular através das justificativas de natureza normativa e filosófica”. (BARROSO, 2012, p. 08).

Nesse sentido, Barroso (2012) leciona que a legitimidade do Judiciário advém de uma parcela de poder político reservada pela Constituição Federal, através da aplicação de leis decididas pelos legisladores, bem como a jurisdição constitucional devidamente exercida, com a proteção dos direitos fundamentais pela Constituição Federal, é uma garantia para a democracia.

Importante ressaltar o papel contramajoritário das Cortes Supremas, as quais, segundo Barroso (2017), possuem o poder de controlar a constitucionalidade dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, podendo invalidar normas aprovadas pelo Congresso. Esse papel contramajoritário se tornou aceito, com base nos fundamentos de proteção dos direitos fundamentais e a proteção do jogo democrático e dos canais de participação política de todos.

Quanto ao princípio da separação dos poderes, o autor Paulo Bonavides (2007) refere que esse princípio não pode ser interpretado como uma separação extrema e rigorosa, uma vez que os poderes devem cooperar entre si.

Com relação ao ativismo judicial, não há de se falar em ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional ou invasão de um poder pelo outro⁶.

Nas Constituições contemporâneas, não há mais o modelo clássico da separação dos Poderes, no qual caberia ao Judiciário apenas resguardar o direito. Atualmente, se estabelece uma conexão entre o direito e a política.

No tocante ao princípio da estrita legalidade, este consiste na exigência constitucional de que determinadas matérias apenas possam ser normatizadas por meio de lei formal, ou seja, por provimento normativo emanado do Poder Legislativo (ALVES JR., 2015).

As matérias que somente podem ser reguladas por lei formal são encontradas no texto da Constituição Federal, bem como nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal.

Cumprе ressaltar que o princípio da estrita legalidade decorre do princípio da soberania popular, conforme o artigo 14 da Constituição Federal (BRASIL, 1988)⁷.

⁶ Com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas Constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial (DE PAULA, 2013).

⁷ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

Desse modo, verifica-se que é através da soberania popular e do voto direto que são escolhidos os representantes democráticos que elaboram as leis em sentido formal.⁸

Corroborando com o exposto, em hipóteses injustificadas de omissões inconstitucionais dos Poderes Legislativo e Executivo, ensina Luís Carlos Martins Alves Júnior (ALVES JR., 2015) que o Poder Judiciário tem o dever de satisfazer normativamente o direito constitucionalmente consagrado, mas inaceitavelmente inviabilizado.

O direito social à saúde na Constituição Federal de 1988

Somente na Constituição Federal de 1988 que a saúde passou a ser um direito fundamental social, positivado em seu artigo 6º (BRASIL, 1988)⁹.

O autor Paulo Gilberto Cogo Leivas conceitua os direitos fundamentais sociais da seguinte forma:

[...] eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não-outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. (LEIVAS, 2006, P. 89).

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais sociais gozam de todas as garantias dos demais direitos fundamentais.

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular (BRASIL, 1988)

⁸ A democracia representativa pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc. A democracia participativa caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo (SILVA, 2018).

⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

Ainda, a tutela constitucional do direito à saúde é regulamentada indiretamente no artigo 1º da Carta Magna de 1988, no qual a dignidade da pessoa humana consta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Com relação à dignidade da pessoa humana, José Afonso da Silva ensina: “é um valor supremo que atrai conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. (SILVA, 2018, p. 107).

Na concepção filosófica de Immanuel Kant, a dignidade humana está fundada na autonomia e na capacidade do ser racional, ou seja, toda a pessoa deve ser considerada como um fim em si mesma e somente o ser racional é um fim em si mesmo (CAMATI et al., 2013 apud KANT, 2009, p. 133).

Desse modo, Immanuel Kant (1986, p. 48) leciona sobre dignidade:

“No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Logo, segundo Kant, os seres humanos fazem parte do mundo de maneira insubstituível, ou seja, não possuem preço e não podem ser substituídos. Assim, possuem dignidade.

No mesmo sentido, os autores Camati e Dalsotto (2013, apud Kant, 2009, p. 139) explicam a distinção de seres racionais e os irracionais realizada por Kant, concluindo que:

[...] ao fundamentar na racionalidade Kant fecha as portas para qualquer tentativa de restringir esse direito, é universal acima de toda e qualquer contingência. Essa ideia kantiana, infelizmente, ainda não é realidade plena, vemos em muitos lugares a dignidade humana ser violada, exatamente por aquilo que Kant mais condenava, por status social. Esse princípio precisa ser tomado a sério e é com certeza uma das maiores conquistas da modernidade, tornando-nos iguais e com a mesma dignidade. (CAMATI et al., 2013, p. 139).

Portanto, pode-se concluir que, segundo Kant, todo o ser racional autônomo possui dignidade independente de sua condição.

Nesse seguimento, Alessandro Santos de Miranda (2013) ensina sobre a teoria das necessidades humanas básicas, que são conceituadas como “as necessidades universais, nascidas da caracterização humana, sem as quais a estrita condição física encontra-se sob a ameaça de sérios prejuízos de sobrevivência”. Segundo o autor, as necessidades humanas básicas são a saúde física e a autonomia do indivíduo, esclarecendo que a saúde implica necessidades quimiobiofisiológicas e a autonomia abrange a saúde mental, a habilidade cognitiva e a oportunidade de participação.

Dessa forma, constata-se que a teoria das necessidades humanas básicas é conteúdo primordial dos direitos sociais, inclusive do direito à saúde, pois a ausência do mínimo necessário caracteriza prejuízos sérios à vivência dos seres humanos.

Embora o direito social à saúde tenha sido positivado na Constituição Federal como um direito fundamental, atualmente se verifica, através de dados da Pesquisa Nacional de Saúde feita pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no ano de 2013, que 1,432 milhões de pessoas não conseguiram atendimento de saúde na primeira vez que procuraram. Por esta razão, a população busca uma resposta do Poder Judiciário: para ver satisfeitas as suas necessidades.

Os juízes, atualmente, abandonaram o conservadorismo jurídico, passando a aplicar as leis fundamentais e apreciar todos os conflitos, inclusive os políticos. Dessa forma, as demandas judiciais são de extrema relevância do ponto de vista jurídico, pois apontam para as compreensões e tensões concernentes aos princípios norteadores das políticas de saúde pública e as consequências de sua efetivação (YARYD, 2009).

Em sentido contrário, há quem diga que, por exemplo, o juiz, ao conceder a compra compulsória de medicamento de alto custo,¹⁰ estaria

¹⁰ É importante levantar a discussão com relação aos obstáculos de natureza econômica para o acesso à Justiça, principalmente aos cidadãos mais pobres, uma vez que há um alto custo para manter um processo tramitando, seja em virtude dos altos valores cobrados pelos advogados, seja em virtude do pagamento de custas. Além disso, não há

rompendo o princípio da igualdade entre os cidadãos e criando uma nova política pública, sob o argumento de concretizar a vontade do constituinte (APPIO, 2009).

No entanto, consoante o referido acima, o direito à saúde é um direito fundamental diretamente ligado à dignidade humana, ou seja, o Estado deve repensar urgentemente a atenção oferecida à saúde, sendo que, enquanto isso não acontece, compete ao Poder Judiciário assegurar o previsto na Constituição Federal.

Além do mais, o direito à saúde possui eficácia jurídica imediata, o que será estudado a seguir.

A eficácia normativa dos direitos sociais

O artigo 5º, §1º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O autor Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 271)¹¹ ensina que não estão excluídos do referido dispositivo os direitos sociais, políticos e de nacionalidade, cuja fundamentalidade é inquestionável.

Desse modo, não havendo distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, estes possuem também aplicação imediata, uma vez que constituem direito fundamental.

Conforme já foi dito, os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. No entanto, com relação aos direitos fundamentais prestacionais¹², entre os quais se encaixa o direito social à saúde, importa

Defensorias Públicas em todas as cidades, sendo que, nos municípios em que há, a escassez de agentes públicos e defensores públicos dificulta o acesso dos cidadãos (YARYD, 2009).

¹¹ [...] a toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção desta natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, o que também parece corresponder (ao menos no concernente ao disposto no artigo 5º, §1º, da CF) ao entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal (SARLET, 2018).

¹² São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SARLET, 2018).

esclarecer sobre sua eficácia e aplicabilidade, pois demandam do Estado uma ação positiva. Nesse sentido, Sarlet ensina que:

[...] a constatação de que mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade. O quanto de eficácia cada direito fundamental a prestações poderá desencadear dependerá, por outro lado, sempre de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto. (SARLET, 2018).

Assim, constata-se que os direitos fundamentais a prestações, por serem direitos fundamentais, são imediatamente aplicáveis, consoante o disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal. Além disso, os direitos fundamentais prestacionais sempre estão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo que sua eficácia dependerá de sua forma de positivação no texto constitucional e das peculiaridades de seu objeto.

Desse modo, os direitos fundamentais prestacionais se caracterizam por estabelecer tarefas e ações a serem implementadas pelo poder público, tratando-se das normas programáticas.

Segundo o autor Rodrigo Cesar Rebello Pinho (PINHO, 2012), os direitos fundamentais prestacionais são classificados como normas de eficácia limitada e programáticas, pois dependem de complementação do legislador infraconstitucional, bem como fixam programas e metas a serem alcançadas pelo Estado.

Diante disso, os dispositivos concernentes aos direitos fundamentais prestacionais dependem de programas e ações do Estado.

Corroborando o acima exposto sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais prestacionais, Pinho sustenta que:

As normas constitucionais programáticas também possuem eficácia jurídica imediata, ainda que mínima, mesmo antes da edição de qualquer legislação complementar, pois: a) revogam a legislação ordinária que seja contrária aos princípios por elas instituídos; b) impedem a edição de leis contendo dispositivos contrários ao mandamento constitucional; c) estabelecem um dever legislativo para os poderes constituídos, que podem incidir em inconstitucionalidade por omissão caso não elaborem a regulamentação infraconstitucional que possibilite o cumprimento do preceito constitucional. (PINHO, 2012, p. 91).

Embora as normas programáticas sejam classificadas como normas de eficácia limitada, possuem eficácia jurídica antes da edição de legislação complementar, uma vez que revogam legislação contrária a elas, impedem edição de lei com dispositivos contrários a elas e estabelecem o dever legislativo de elaborar a regulamentação infraconstitucional – caso contrário, pode incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Nesse contexto, verifica-se que o texto constitucional contido no artigo 5º, §1º, impõe ao Estado a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, investe os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos (SARLET, 2018).

Desse modo, os direitos sociais prestacionais têm por objeto prestações do Estado diretamente ligadas à destinação, distribuição e criação de bens materiais, ou seja, os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica, podendo implicar “um custo” para o poder público (SARLET, 2018).

Por essa razão, é importante discorrer sobre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Teoria da reserva do possível

Um dos problemas a serem enfrentados para a aplicabilidade das normas de caráter prestacional é a ausência de recursos financeiros.

Inicialmente, importa conceituar a teoria da reserva do possível. Segundo Pivetta, a reserva do financeiramente possível:

Consubstancia elemento que deve ser considerado quando estiver em causa um dever de atuação positiva do Estado, ou seja, quando este deve promover prestações fáticas voltadas à concretização do direito à saúde, especialmente no que tange ao dever de proteção e promoção do direito. Ou seja, quando se tratar de uma dimensão positiva, relacionada ao dever de proteção ou de promoção, a reserva do financeiramente possível poderá, em tese, ser invocada, haja vista que fornecer bens sociais exige um dispêndio significativo de recursos. (PIVETTA, 2014, p. 74).

De acordo com o autor Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006), o princípio da competência orçamentária não é absoluto, uma vez que deve ser ponderado com os direitos fundamentais sociais, que podem ter um peso maior.

Além disso, cumpre ressaltar a obrigação dos órgãos estatais e dos agentes políticos em maximizar os recursos financeiros e minimizar o impacto da reserva do possível (SARLET, 2018).

Portanto, no Brasil, é comum utilizar o princípio da reserva do possível como argumentação genérica e retórica, fugindo, assim, do verdadeiro sentido do referido princípio.

Sobre o tema, Miranda sustenta que o argumento da reserva do possível seria válido em países extremamente pobres, como algumas nações africanas e asiáticas. Com relação ao Brasil, o autor afirma que:

[...] esta reserva não é justificável para negar ações sociais em países considerados entre as maiores economias do mundo, como é o caso do Brasil. Em uma situação como a brasileira, a reserva do possível não é mais que um pretexto para justificar a negação da intervenção estatal em prioridades socioconstitucionais. Em tal situação, isto não representa uma reserva do possível, mas sim uma reserva de injustiça. (MIRANDA, 2013, p. 88).

Além disso, a Conta-Satélite de Saúde divulgada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia, no ano de 2015, divulgou que a

despesa per capita das famílias com bens e serviços de saúde foi de R\$ 1.538,79, 36% maior que a despesa per capita do governo, que foi de R\$ 1.131,94.

Assim, no Brasil a reserva do possível não pode ser usada como argumento justificável para a não promoção de políticas públicas, inclusive aquelas relacionadas ao direito social à saúde.

A teoria do mínimo existencial é um contraponto a teoria da reserva do possível, e será analisada a seguir.

Teoria do mínimo existencial

A origem da teoria do mínimo existencial está ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, ao direito à liberdade e ao direito à vida, estabelecidos na Alemanha, pois, sem os recursos materiais necessários, não seria possível a manutenção das condições de existência do indivíduo. Vejamos:

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. [...] Cerca de um ano depois da paradigmática formulação de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, já no primeiro ano de sua existência, reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente a auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente, com base no postulado da dignidade da pessoa humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, o que implica principalmente a manutenção de suas condições de existência (SARLET et al., 2008, p. 20).

Considerando que o mínimo existencial está vinculado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, os direitos sociais, em especial o

direito à saúde, concretizam pressupostos para que o cidadão possa proteger sua existência e dignidade.

Desse modo, cabe ao Estado fornecer meios para a garantia de uma existência digna, ou seja, suprir as necessidades humanas básicas.

Nesse sentido, Miranda (2013) leciona que “as necessidades humanas básicas são o conteúdo essencial que deve objetivamente compor os direitos sociais fundamentais”. Desse modo, as necessidades humanas básicas estão positivadas no artigo 6º do ordenamento constitucional brasileiro.¹³

Entretanto, uma das objeções do Estado na garantia do mínimo existencial, especialmente em relação ao direito à saúde, diz respeito à capacidade econômica, uma vez que se trata de direito prestacional. Com relação a isso, Leivas sustenta que:

[...] as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser exigidas judicialmente de forma direta. [...] O mínimo existencial corresponde a um conteúdo básico do princípio da dignidade humana, que assume o caráter de regra e não mais de princípio. (LEIVAS, 2006, p. 132).

Conforme mencionado pelo autor, a dignidade humana assume caráter de regra, ou seja, as prestações que compõem o mínimo existencial podem ser demandadas judicialmente de forma direta.

Considerações finais

O ativismo judicial trata-se de uma atitude utilizada pelo Poder Judiciário na interpretação de forma mais ampla da Constituição Federal, sendo, portanto, empregada para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, principalmente quando há retração dos demais Poderes.

Ademais, o direito à saúde na Constituição Federal atual depende muito do Estado. Por essa razão, foi incluída no texto constitucional como um direito fundamental social, impelindo o Estado a promovê-la através

¹³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

de políticas públicas, visto que ela está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana.

Portanto, o direito à saúde necessita de recursos financeiros do Estado, sendo invocada, muitas vezes, pelo poder público, a teoria da reserva do possível, que expressa a necessidade de ponderação entre os direitos prestacionais, não podendo ser alegada como desculpa genérica da omissão estatal.

Essa ponderação quanto à disponibilidade dos recursos públicos deve observar a garantia do mínimo existencial, que é vinculada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo que a saúde é caracterizada como uma necessidade humana básica.

Portanto, pode-se concluir que o ativismo judicial é um caminho útil e necessário para resolver a problemática da efetividade do direito à saúde em nosso país, a fim de que se possa garantir aos cidadãos um direito previsto na Constituição Federal, bem como assegurar aos brasileiros a sua dignidade, uma vez que o Estado é omissor na adoção de medidas para a resolução do problema.

Referências

- ALVES JR., Luis Carlos Martins. O Ativismo Judicial da “República Togada” e o Princípio da Legalidade na “Democracia Parlamentar”. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 27, jul/dez/2015. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrdi/n27/n27a06.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2019.
- APPIO, Eduardo. Ativismo judicial e direito à saúde no Brasil: os pobres estão pagando a conta dos ricos? *Revista do Ministério Público Democrático*, Porto Alegre, v. VI, p. 20, jan. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, 2017.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn] Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, número especial, jun/2012. Disponível em: <<https://www.direi-tofranca.br>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 14^o ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

CAMATI, Odair; DALSGOTTO, Lucas Mateus. Dignidade Humana em Kant. Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia, Pouso Alegre, v. V, n. 14, p. 131, 2013, apud KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Trad.: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, Barcarolla, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do Ativismo Judicial do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DE PAULA, Daniel Giotti; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo. As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodvim, 2013.

HERCULANO, Lenir Camimura; MELO, Jeferson. Demandas judiciais relativas à saúde crescem 130% em dez anos. Agência CNJ de notícias, mar 2019. Disponível em: <<https://cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>>. Acesso em: 25 out. 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Conta Satélite de Saúde: Brasil: 2010-2015. IBGE – Coordenação de Contas Nacionais – Rio de Janeiro, 2017.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional de Saúde: acesso e utilização dos serviços de saúde, acidentes e violência. IBGE – Coordenação de Trabalho e Rendimento – Rio de Janeiro, 2015.

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Conselho Nacional de Justiça – CNJ – Brasília, 2019 (Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa, v.I, p. 13).

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Portugal, Lisboa: Edição 70, 1986.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MEDRADO, Vitor Amaral; NOYA, Henrique Cruz. Teria Dworkin Defendido o Ativismo Judicial? Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica, Brasília, v. 2, n. 1, p. 101-102, jan/jun. 2016.

MIRANDA, Alessandro Santos de. Ativismo Judicial na promoção dos direitos sociais: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. Ativismo Judicial. Curitiba: Juruá, 2010.

PINHO, Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito Fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Eival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2018.

THEODORO FILHO, Wilson Roberto. A teoria da interpretação em Ronald Dworkin. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 17, n. 113, p. 69-70, out. 2015/jan. 2016 apud

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

YARYD, Anna Trotta. Políticas Públicas e judicialização da saúde. Revista do Ministério Público Democrático, Porto Alegre, v. VI, p. 21, jan. 2009.

A negociação como alternativa para resolução de demandas judiciais e acordos extrajudiciais: colaboração vs. competição ¹

Marcelo Becker Doyle ²
Michelle Fernanda Martins ³

1 Introdução

Na atuação das partes em um negócio, quando, do ato, existem tratativas e também uma transação, de modo que a negociação está presente em todo o procedimento. Com o CPC de 2015 e a obrigatoriedade da conciliação, a disponibilidade e aperfeiçoamento das negociações se tornou imprescindível para solução de litígios, e até mesmo para evitar o ajuizamento de ações. Nesse sentido, há a negociação presente nos outros métodos de resolução de conflito, como a conciliação e a mediação, no qual o objetivo principal de ambas é a resolução do conflito.

Essa necessidade e costume de negociar é histórica, pois, desde criança, o ser humano aprende a negociar com os seus responsáveis, seja para ganhar algo ou/e para poder ir até algum lugar. Ao longo da vida e com o aprendizado e maturidade, as negociações passam a ser por outros

¹ Este trabalho foi originalmente apresentado na disciplina de Meios Consensuais de Resolução de Conflitos no Curso na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, campus Canoas, no ano de 2020.

² Acadêmico do curso de Direito na Universidade Luterana do Brasil – 9^o Semestre. E-mail: marcelobeckerd@icloud.com

³ Mestre em Direito e Sociedade pela UNILASALLE. Especialista em Direito Público pelo IDC. Graduada em Direito pela ULBRA. Docente da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Canoas. E-mail: michifm@gmail.com

objetivos, mas sempre as partes apresentando suas justificativas e razões para poder “ganhar” o que busca.

Quando se deparam com situações que não são mais apenas uma conversa simples e sim uma transação que envolva particularidades jurídicas com ou sem a intervenção de um terceiro, aquilo que foi desenvolvido ao longo do crescimento, reflete na forma em que se negocia.

Colaborar ou competir vêm do desenvolvimento pessoal, quando se está à frente de uma situação que vai demandar um litígio, se faz necessário verificar todas as hipóteses para resolução do problema e alternativas possíveis e disponíveis. Se no desenvolvimento, o aprendizado fora a busca pela competição e não pela resolução da demanda, pode o indivíduo encontrar maior dificuldade na resolução.

No entanto, a colaboração, assim como já é do sentido da palavra que é colaborar, não se trata de você perder ou ganhar, mas tão somente do ato de poder se chegar a um resultado satisfatório para ambas as partes e também que evite o andamento e crescimento de um possível conflito.

2 O conceito de negociação e a sua força nos acordos

O conceito de negociação para doutrina pode ter formas diferentes de entendimento. Entretanto, as definições se assemelham, para Garbeline (2016, 76), negociar é a disposição e possibilidade de partes distintas chegarem a um acordo, nesse mesmo sentido Cabral e Cunha (2016, pg.5) entendem a negociação como o diálogo final, e comparam até a uma mediação sem um terceiro interventor chamando até de “mediação sem mediador”.

Nesse mesmo sentido, Zapparolli, esclarece e traz a ideia da forma autônoma que a negociação pode ter, mas também que ela está introduzida de forma significativa nos outros métodos,

A negociação pode ou não ser um processo autônomo de resolução de disputas e demandas. Na mediação, na conciliação e na facilitação assistida, podem-se ver delineados momentos de negociação, porque, são pilares das ADRs as

teorias da negociação, da comunicação, do conflito, dos sistemas, entre outras. (ZAPAROLLI, 2019, pg. 153)

Zaparolli também define a negociação com simples, múltipla e coletiva, sendo a simples quando figuram apenas dois polos, independe se é apenas um indivíduo ou grupos, múltipla quando existe mais de dois polos, e coletiva quando formada em grupos. (ZAPAROLLI, 2019, pg. 155)

Cabral e Cunha (2016, pg. 5) reforçam ainda a ideia de que a negociação é um componente extremamente importante para os outros métodos de resolução de conflito. O diálogo é meio primordial para que esse meio de resolução possa contribuir de forma rica e necessária. Em complemento às definições postas, ressalta-se a lição abaixo:

A negociação consiste no diálogo entre os envolvidos em um conflito com vistas a resolvê-lo de forma amigável, sem a interferência de qualquer terceiro, permitindo a continuidade pacífica das relações interpessoais. (Malizia 2013, pg. 43)

Como se pode observar, os autores ressaltam a importância do aspecto que a negociação carrega e a possibilidade de que as partes possam transigir e chegar a um acordo, uma solução em que ambas concordem com os termos, sem que haja uma decisão suprema. Assim como Cabral e Cunha ressaltam (2016, pg. 2), o judiciário deixa de ser a única forma absoluta de resolver demandas que exigem um fim jurídico e com os métodos de resolução de conflito, assim como a negociação, se tornam meios de autocomposição de extrema importância e utilização atualmente. Nesse mesmo sentido, Silva, elucida e ressalta que os métodos de resolução, assim como a negociação, são formas utilizadas há muito tempo:

Na verdade, a resolução consensual e comunitária de disputas é historicamente mais antiga do que o processo judicial conduzido pelo Estado. Mecanismos privados e informais de justiça já eram praticados quando o Estado e a jurisdição oficial ainda ganhavam corpo e é razoável supor que nunca deixaram de ser praticados e sempre estiveram em desenvolvimento. A jurisdição e o processo judicial representam tão somente os instrumentos mais formais para resolução das disputas e, na perspectiva do Estado moderno, a

mais democrática e justa por que pautada e voltada para a aplicação da lei. (SILVA, 2019, pg.38)

Numa contextualização da atuação nas tratativas de um acordo, anterior ou posterior ao ajuizamento de uma demanda, deve ser observada desde a identificação do interesse na solução⁴, uma vez que as partes podem convencionar como julgarem melhor para a resolução do caso. “O objetivo de uma solução consensual não é aplicar a lei ao caso, mas compor interesses, acomodando as intenções das partes” (CABRAL e CUNHA, 2016, pg.4).

Gabbay traz as fases da negociação, que são a preparação, condução, resultado e implementação e avaliação do processo, no qual a primeira consiste nas partes verificarem seus comportamentos e formas de agir, a segunda como a negociação se dará, a terceira busca verificar as considerações e por último as partes devem colocar no lugar do outro.(GABBAY, 2019, pg. 187)

3 Entendimento filosófico acerca do comportamento humano nas posições e relações

Discute-se sempre e há muito tempo os conceitos do que é justo e virtuoso em nossa sociedade. Crispim traz de forma direta e clara o conceito de justiça em São Tomás de Aquino, no qual entende justiça como uma virtude. A partir disso, se pode compreender que por ser a justiça uma virtude, deve ser analisado e delimitado o quão virtuoso é o indivíduo pertencente ao ato a ser praticado, pois somente assim será possível uma posição aberta e resolutiva de determinada demanda:

Para que toda virtude seja hábito, que é o princípio do ato bom, é necessário que a virtude seja definida mediante ato bom, sobre a mesma matéria da virtude. Assim, o ato da justiça se expressa quando se diz que dá o direito a cada

⁴ A negociação por posições tende a gerar disputas, fazendo com que os envolvidos não abram caminhos para novas formas de resolução, enquanto por interesse, temos como visualizar todos os lados para assim chegar à um entendimento mútuo e que todos possam ganhar de alguma forma. (FISCHER e URY, 203/204, 2018)

um. Portanto, para que qualquer ato sobre alguma coisa seja virtuoso, se requer seja voluntário, estável e firme. (CRISPIM 2020, pág. 3 apud AQUINO, 1995)

Se faz possível também a partir desse entendimento verificar a negociação como um ato virtuoso, como coloca o autor a partir dos ensinamentos de Aristóteles, a posição em que o indivíduo está à frente da sua moral, se ela é sólida e imutável. Assim como da dificuldade para manter seu posicionamento em meio a uma sociedade e ocasião. Traz também que a virtude da justiça está numa relação entre o exterior e interior da pessoa, sendo assim seus atos e atitudes a partir daquilo que foi construído em si, será o que vai demandar em suas relações e por consequência na forma de agir. (CRISPIM 2020, pg. 4, apud ARISTÓTELES 2001)

Antunes (2011, cap. 4) elucida o entendimento de Aristóteles acerca do justo e a proporcionalidade a qual é referido a cada parte, pois vale ressaltar que em uma relação jurídica deve ser verificado o posicionamento e forma de agir dos indivíduos pertencentes ao ato. Por sua vez, o autor coloca que o justo nessas relações leva a proporcionalidade e o injusto ao caminho inverso. Sendo assim, em um negócio jurídico a ser tratado, não podemos considerar ganhar mais ou menos, e sim ter o que é para si como virtuoso.

Aristóteles, no que trata da finalidade do Estado em sua obra Política, traz sobre a vivência em sociedade e de como nos comportamos em relação ao outro, quando se refere a cada um que trata de sua cidade de forma individualista, temos um comportamento fechado e dificilmente virtuoso, entretanto, ao ver a sociedade no geral, o homem alcança a possibilidade da virtude. (ARISTÓTELES, 2007, pg. 35)

Para exemplificar essa relação, Aristóteles contextualiza a cidade e diferentes povos, cada qual com sua função e em diferentes localidades, entretanto de forma próxima e que possa assim valer um pacto, sem a ocorrência de agressões. Na visão do autor, se a comunicação e proximidade entre eles não existisse, agressões injustas ocorreriam; porém, havendo a proximidade e a comunicação, os povos de diferentes funções e

localidades poderiam viver assim seguindo o que foi pactuado (ARISTÓTELES, 2007, pg. 36)

Aristóteles (2007, pg. 39 e 40) trata da felicidade privada e pública, e referente a vida ativa, e nos traz colocações importantes acerca do papel do indivíduo na sociedade, no qual ressalta a importância da igualdade para termos a honestidade. Do mesmo modo, ressalta a contribuição que, numa sociedade igualitária, o semelhante pode buscar alcançar não somente a felicidade no Estado, mas também no privado. De modo que seja possível uma relação honesta e justa entre todos. Se faz importante também ressaltar o entendimento de Tomás de Aquino trazido por Crispim, (2020, pg. 4, apud AQUINO 1995), quanto à naturalidade da lei, no qual somos seres variáveis e com isso não se pode consolidar um entendimento geral e específico.

Em que pese haja entendimentos e legislação que versa sobre a estrutura do acordo e do que cabe, não temos atualmente a regulamentação por lei no que se refere a negociação, e por se tratar de uma conformidade por vezes extrajudicial, temos acima o surgimento de lacunas. Nesse sentido, Antunes (2011, cap. 2) trata sobre as lacunas do direito, referindo sobre como o legislador e o judiciário estão frente a situações inesperadas. Este autor também cita Kelsen que, por sua vez, ressalta que o magistrado pode, a partir do ordenamento jurídico, solucionar o caso, evitando assim as lacunas (Antunes, 2011, cap. 2 apud KELSEN). O autor também traz a integração do direito no qual define, a partir do que elucida Bobbio a hetero e a auto integração,

A hetero-integração, portanto, ocorre quando se busca recursos de preenchimento de lacunas fora do ordenamento jurídico, e a auto-integração quando a resposta para a omissão legislativa se encontra no próprio ordenamento jurídico. (ANTUNES, 2011, cap. 3.1, apud Kelsen 1998)

Preceitua também o autor que essas lacunas podem ser integradas pelas demais fontes que temos no ordenamento jurídico, tais como costumes, analogia e princípios.

Brych (2007 cap.4, apud ARISTÓTELES 2002), ao tratar do direito natural a partir de Aristóteles, coloca que essa corrente deve ser sempre considerada, pois por se tratar de algo advindo das necessidades do homem, resulta no direito positivo. Logo, quando não se pode valer da lei positivada, é preciso buscar assim na naturalização do direito a resposta para o que determinada situação ou sociedade necessita:

O direito natural consiste em um sistema de normas de conduta intersubjetiva diverso do sistema constituído pelas normas do direito positivo. Ele tem validade em si, é anterior e superior ao direito positivo e, em caso de conflito, deve prevalecer. (BRYCH, 2007, cap.4)

Quanto às questões comportamentais, de posições e da naturalização da lei, Dinelli (2015, pg.3, apud Locke 1960), ao analisar o Segundo Tratado sobre o Governo Civil de John Locke, nos traz a comparação feita sobre o estado de natureza e o estado de guerra, em que no estado de natureza há a prevalência de respeito e igualdade e no de guerra a imposição de força sobre o outro, não sendo assim, uma relação virtuosa.

Bobbio (2004, pg.86), ao tratar sobre as razões da tolerância, coloca que quando o indivíduo se propõe a ir além daquilo que tem como constituído de verdade, no que se refere ao que e o onde viveu e deixa de lado a sua intolerância, passando assim a entender que vivemos em uma pluralidade de seres, pode assim haver uma abertura para um conversa entre todos, gerando assim a possibilidade de transações mais efetivas e menos danosas.

Se somos iguais, entra em jogo o princípio da reciprocidade, sobre o qual se fundam todas as transações, todos os compromissos, todos os acordos, que estão na base de qualquer convivência pacífica (toda convivência se baseia ou sobre o compromisso ou sobre a imposição): a tolerância, nesse caso, é o efeito de uma troca, de um *modus vivendi*, de um *do ut des*, sob a égide do “se tu me toleras, eu te tolero”. (BOBBIO, 1990, pg. 86)

Logo, se pode verificar que o indivíduo precisa por vezes rever a forma com que age com o outro e o seu comportamento nas suas ações,

devendo assim relevar a possibilidade de maiores aberturas e menos enfrentamentos.

4 Negociação colaborativa e a negociação competitiva

Não basta apenas saber ou querer negociar, as partes precisam estar dispostas para dar seguimento na demanda e alcançar o objetivo principal da negociação. O ser humano vem de diferentes criações, pensamentos, vivências e isso nos faz diferentes em como agir e reagir. Por essa razão, deve ser levado em conta o objetivo de todos e nada deve ser excluído, uma vez que as partes possuem por vezes vontades e razões diferentes, na negociação.

Zaparolli elucida o modelo de negociação de Harvard, no qual defendem as vantagens do ganho mútuo e a inclusão, se necessário, de terceiros para auxiliar e não intervir: (Zaparolli, 2019, pg. 154).

Apesar de não se destinar à transformação dos relacionamentos, mas a redimensionar a expressão dos sentimentos para atingir a objetividade e a funcionalidade comunicativa no processo negocial, pelo uso de uma comunicação linear, Harvard volta-se a um trabalho contensor (mudança de 1ª ordem) de forma a superar os efeitos das emoções eclodidas durante o processo negocial e que as partes possam expressar seus interesses. Isso é feito pela redução das distâncias entre os interesses para chegar a um acordo. O pacto, nesse caso, é o foco da negociação, e não a qualidade da relação. (ZAPAROLLI, 2019, pg. 154).

Numa negociação colaborativa, as partes devem deixar de lado o que tem por convicção e encararem o momento como uma oportunidade que estão vivenciando, na qual podem verificar as possibilidades que o acordo oferece. Desse modo, frente à negociação, as soluções construídas podem ser benéficas para todos. Gabbay esclarece de forma sucinta esse pensamento e postura das partes,

Há aqueles que preferem evitá-los, ou minimizar os seus efeitos, há os cooperativos, os competitivos, e aqueles que tem o perfil de ponderar os vários lados

da questão em busca de uma solução. Não temos um só perfil e uma única forma de lidar com os conflitos aplicável em todos os contextos. Isso depende muito da situação, das pessoas envolvidas e da fase da vida em que estamos. (GABBAY, 2019, pg. 178)

A autora abrange a diferenciação e formas de negociação, colaborativa e competitiva de formas diferentes. Entretanto, tais formas são basicamente o significado de suas palavras e o que se entendem por colaboração e competição. Gabbay conceitua que, em uma negociação competitiva, se parte da ideia de que um ganha e o outro perde, em que o foco é um possuir mais que o outro sem pensar numa solução vantajosa para ambos ou que haja um contentamento mútuo. Enquanto numa negociação colaborativa, a autora coloca que, nesse tipo de negociação, há um esforço conjunto entre as partes para se chegar num acordo (Gabbay, 2019, pg. 181):

	Negociador "B" coopera	Negociador "B" compete
Negociador "A" coopera	Resultado BOM para ambos	Resultado ÓTIMO para "B" e PÉSSIMO para "A"
Negociador "A" compete	Resultado ÓTIMO para "A" e PÉSSIMO para "B"	Resultado RUIM para ambos

(Gabbay, 2019, pg. 182)

Sobre o quadro acima, a autora ainda esclarece que, mesmo havendo a competição entre as partes e que a negociação da demanda seja fundada nesse fim específico, não existe força para que ambos cheguem em um acordo. Gabbay ainda ressalta que as partes precisam ir além daquilo que já vieram como consolidado em suas mentes, dos seus limites e do que aceitam para chegar em um acordo,

Se o preço mínimo que o vendedor aceitaria é maior do que o preço máximo que o comprador pagaria, não há zona de barganha em que a negociação é possível. Trabalhando apenas com esses limites, muitas vezes se chega a um dilema na negociação, pois a partir de determinado ponto ou valor, nenhuma das partes se movimenta para a composição do conflito. (GABBAY, 2019, pg. 182)

Tal método conhecido também como em português como MANNA, ou seja, Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo (GABBAY, 2019, pg. 182), que como elucidada a autora, se refere ao comprometimento daqueles que pertencem a negociação em se adaptarem.

Cabral e Cunha trazem a seguinte lição acerca das negociações colaborativas e competitivas:

A negociação competitiva ou “distributiva” é ineficiente, pois os interessados estão mais preocupados em reclamar valor que criá-lo; nesse caso, a negociação é conduzida para que um ganhe e o outro perca, com estratégias encaradas como armas para enfrentar o problema. Já na negociação cooperativa, a estratégia tem por base não a posição de cada interessado, mas os interesses envolvidos; busca-se criar valor, que pode beneficiar ambas as partes, separando-as do problema. (CABRAL e CUNHA, 2016, pg. 5)

Os autores ainda ressaltam que a negociação direta, como chama a negociação colaborativa, está crescendo no exterior, e ressaltam um termo utilizado para demanda que é “*collaborative law*”, no qual consiste numa resolução colaborativa, em que não somente as partes, como também seus advogados, participam da negociação. Entretanto os procuradores que participarem desse procedimento deverão renunciar ao mandato se não for convencionado um acordo, para assim, caso houver a judicialização, não haver reflexos do que foi tratado na negociação anterior. Pois como esclarecem os autores, deve haver a confidencialidade, que também é utilizada pela mediação (CABRAL e CUNHA, 2016, pg. 5). Cabe então aos advogados frente a tal demanda buscar uma solução cooperativa e evitar ao máximo a competição:

É realmente uma forma de atuação curiosa porque os advogados não atuam como “terceiro neutro”, como na mediação, nem totalmente “parciais” (no sentido de comprometimento com o interesse material do mandante), mas como “condutores do procedimento” para cada uma das partes, e seus deveres restringem-se à condução adequada e legalmente permitida do procedimento, sem compromisso direto com o êxito da parte que o contratou. A cláusula de

desqualificação, portanto, funciona também para evitar o conflito de interesses que poderia ser imaginado entre a função que o advogado tem no procedimento e a origem de sua remuneração. A cláusula tem efeito a contar do momento em que o procedimento termina sem acordo dos litigantes. Portanto, este método de solução de conflitos da justiça colaborativa permite que o consultor jurídico funcione ao mesmo tempo como advogado e condutor do processo de resolução da controvérsia. O advogado não atua apenas no interesse material do cliente, mas sobretudo com um recomendador ou defensor da eficiência do procedimento de solução de controvérsias escolhido, a fim de que chegue a termo rapidamente e com êxito. Os advogados atuam não como representantes do interesse do mandante. A reputação dos advogados, quando atuam nesta função, é um fator considerável a pressioná-los a uma atuação orientada para o sucesso do procedimento. (CABRAL e CUNHA, 2016, pg.6)

Nesse procedimento, *collaborative law*, as partes precisam também cooperar, e não devem levantar ameaças acerca de futura ação judicial. No que se referem às vantagens de uma negociação colaborativa, os autores apontam a economia não somente processual, como também de valores reais, no qual as partes evitam custos maiores com procedimentos processuais e com mediadores. Destaca também a força e conhecimento que as partes pertencentes a negociação formulada garante para si e para que possam aplicar em demandas futuras, os indivíduos pertencentes ao conflito como também os advogados, tendo assim uma nova funcionalidade.

Os autores ainda destacam outro método de resolução colaborativa francês, o chamado de “*convenção de procedimento participativo*” (CABRAL e CUNHA, pg.6 2016, apud SAUPHANOR pg. 23, 2011) que consiste numa negociação anterior em que as partes, agindo de boa-fé, se comprometem a um acordo, partindo assim também dos princípios contratuais:

O acordo deve ser firmado antes do processo judicial. Não é possível haver convenção de procedimento participativo incidental. A convenção deve ser celebrada por escrito, fixando precisamente o objeto da controvérsia, documentos necessários à discussão e sua forma de intercâmbio. Deve haver presença de advogados, que asseguram o respeito à forma e conduzem o

procedimento. As partes, querendo, podem também se valer de técnicos. (CABRAL e CUNHA, 2016, pg. 7)

Salientam também, que caso haja o descumprimento do acordo pactuado, pode sim a parte prejudicada buscar o judiciário, como também podemos observar em acordos e negociações formuladas no nosso ordenamento jurídico. Uma diferença apontada pelos autores acerca do procedimento francês e do americano (*collaborative law*), é de que, no francês, os advogados podem continuar com a representação das partes em caso de ajuizamento da demanda.

No ordenamento jurídico brasileiro, a resolução colaborativa já se faz presente, sendo uma das alternativas que mais ajuda para transação amigável e a busca pelo resultado tão logo, evitando até mesmo a judicialização, como destaca abaixo,

Nesse quadro, não seria razoável inadmitir a negociação ou a resolução colaborativa apenas por falta de expressa previsão legal, como se o sistema de meios adequados de solução de controvérsias fosse *numerus clausus*. Ao revés, devem-se admitir outros instrumentos e técnicas de resolução de controvérsias que possam levar ao resultado consensual, sobretudo se forem protagonizados pelas partes e estas fizerem-no com menos custos para todos. Na verdade, resolução colaborativa, como já afirmado, é uma “mediação sem mediador”. Ora, se o sistema brasileiro incentiva a mediação, a ponto de haver, a partir da Res. CNJ 125/2010, a instauração de uma política pública para estímulo, aperfeiçoamento e aparelhamento da mediação e da conciliação, é evidente que a resolução colaborativa insere-se nesse contexto, despontando como mais uma técnica adequada para a solução de disputas no Brasil. (CABRAL e CUNHA, 2016, pg.8)

Os autores também versam sobre a,

“Possibilidade de utilização da técnica por órgãos públicos: Defensorias Públicas, Advocacia Pública, Ministério Público. Aplicabilidade pelos Escritórios-Modelo e Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito.” (CABRAL e CUNHA, 2016, pg.8)

No qual já possuímos demandas que já se utiliza dessa resolução cooperativa para soluções de conflitos e formulação de acordos, não se bastando apenas da utilização em demandas privadas, mas também públicas, entretanto apontam que,

Nessas hipóteses, se a autocomposição não for obtida e a questão vier a ser judicializada, é recomendável que o membro do Ministério Público, da Advocacia Pública ou da Defensoria Pública que tenha participado ou conduzido as negociações não atue no processo judicial, a fim de não comprometer a defesa da parte contrária, nem violar a regra de confidencialidade que deve marcar a resolução colaborativa. (CABRAL e CUNHA, 2016, pg.9)

Assim também a necessidade não apenas no privado ao aderir a um comportamento colaborativo e introdutório à negociação, mas também por parte do Estado, pois como bem coloca Aristóteles (2007, pag.36 e 37), em tratar da felicidade particular, no qual se mantém a justiça, prudência, e a coragem, tende o indivíduo a ser virtuoso, e não se limitar as riquezas do mundo e sim numa externalidade completa, e isso pode ser enquadrado também numa felicidade pública, no qual um ser virtuoso, presa pelo junto e o certo, cabendo então a todos a adequação ao entendimento de que se buscarmos o mesmo objetivo, podemos alcançar o melhor resultado.

5 Considerações finais

Se verifica assim que os meios consensuais de resolução de conflitos em geral, apesar de suas diferenças, podem estar ligados entre si e por vezes são utilizados em um mesmo caso para buscar a resolução do processo. A negociação, o acordo e a utilização desses métodos são de grande importância e a sua utilização está em grande crescimento no mundo, sendo o Brasil um novo explorador desses procedimentos.

Sendo assim, é possível compreender a negociação como parte anterior, interna e posterior ao processo/lide, um ato que possui tamanha importância, podendo assim resolver tantas demandas e que possibilita

aprendizado e crescimento profissional para todos aqueles pertencentes ao ato.

Como se pode observar também, os estudos acerca do tema, por mais que sejam de maioria do exterior, se faz necessário um desenvolvimento maior no Brasil, pois não se trata apenas de uma forma de resolução de uma demanda, como também a possibilidade de ganho financeiro e profissional. Os métodos colaborativos devem também ser mais explorados e utilizados, pois aquilo que não é praticado, como se sabe no ordenamento jurídico brasileiro, acaba por ser defasado e cair no esquecimento, possibilitando por vezes que haja mais competição e o número de ações judiciais em tramitação cresça de forma exponencial.

Pode se observar também, a partir da análise histórica-filosófica, que o comportamento humano e os conceitos de justiça e posições contam de forma significativa para o entendimento do que é para sim uma relação justa e centrada, a partir de uma evolução do direito e do homem frente a sociedade, assim como o que foi entendido ao longo de todos os anos e discutido acerca dos assuntos, podendo chegar a uma conclusão comportamental de que o ser humano em sua constante evolução pode e busca abranger entendimentos e significados para que suas relações interpessoais possam sobrepor o individualismo.

Referências

- ANTUNES, Fábio Luiz. Equidade como instrumento de integração de lacunas no Direito. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2925, 5 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19473>. Acesso em: 9 ago. 2020.
- ARISTÓTELES. Política. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007. Disponível em <http://lelivros.love/book/baixar-livro-a-politica-aristoteles-em-pdf-epub-e-mobi/> Acesso em: ago. 2020.
- BOBBIO, Norberto. A Era dos DIREITOS. Editora Elsevier. Rio de Janeiro. 2004 (Tradução Carlos Nelson Coutinho; Tradução autorizada do idioma italiano da edição publicada Giulio Einaudi Editore)

- BRYCH, Fábio. O ideal de Justiça em Aristóteles. Revista 36. 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-36/o-ideal-de-justica-em-aristoteles/>. Acesso em: ago. 2020.
- CABRAL, Marcelo Mallzia. Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: TJRS, 2013. (acesso online em junho/2020)
- CABRAL e CUNHA, Antonio do Passo e Leonardo Carneiro. NEGOCIAÇÃO DIRETA OU RESOLUÇÃO COLABORATIVA DE DISPUTAS (COLLABORATIVE LAW): “MEDIÇÃO SEM MEDIADOR”. Revista de Processo vol. 259/2016. p. 471 – 489. 2016. (acesso online em junho/2020)
- CRISPIM, Cicero Antonio Di Salvo. Conceito de Justiça em São Tomás de Aquino: uma visão filosófica e teológica Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23358/conceito-de-justica-em-sao-tomas-de-aquino-uma-visao-filosofica-e-teologica>. Acesso em: 06 agosto de 2020.
- DINELLI, Bruna de Sá. Segundo Tratado sobre o Governo Civil. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37776/segundo-tratado-sobre-o-governo-civil>. Acesso em: ago. 2020.
- FISCHER, URY e PATTON; Roger, William e Bruce; tradução de Rachel Agavino. - Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões Ed., rev. e atual. - Rio de Janeiro: Sextante, 2018.
- GARBELINI, Viviane Maria Penteadó. Negociação e Conflito. Editora Intersaberes. Curitiba, 2016. (acesso online em junho/2020)
- NETO, ZAPPAROLLI, GABBAY, FALECK, TARTUCE, GUERRERO, PELAJO, ALMEIDA, Adolfo Braga, Celia Regina, Daniela Monteiro, Diego, Fernanda, Luis Fernando, Samantha, Tania. NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM, Curso de Métodos Adequados de Solução de Controvérsias. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2019. (acesso online em julho/2020)

Os novos desafios do direito: uma visão filosófica sobre conflito, justiça e a mediação digital em tempos de pandemia

*Gabriel Rodrigues Vargas da Silva*¹

*Michelle Fernanda Martins*²

1. Introdução:

Segundo o Ministério da Saúde (2020), início do ano de 2020, o Brasil vem enfrentando uma pandemia derivada do Covid-19, a síndrome respiratória aguda grave 2 causada pelo Coronavírus e, devido as circunstâncias, para a proteção da vida e a saúde das pessoas, tem adotado diversas proteções. De acordo com Franca Soares (2020), o Brasil tomou medidas preventivas visando a contenção do vírus, como, por exemplo, a quarentena, o isolamento social, assim como fechamento dos comércios.

Referidas medidas dificultaram o acesso à justiça e impossibilitaram a realização de audiências na forma presencial. A fim de atenuar os prejuízos, o CNJ (Conselho Nacional da Justiça) buscou alternativas que pudessem substituir os atos processuais presenciais, oportunidade em que promoveu o acesso às audiências no formato online, bem como a mediação digital.

¹ Este trabalho foi originalmente apresentado na disciplina de Meios Consensuais de Resolução de Conflitos no Curso na Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus Canoas, no ano de 2020.

² Acadêmico do curso de Direito na Universidade Luterana do Brasil – 2º semestre. E-mail: gabrielvargas2022@outlook.com

³ Mestre em Direito e Sociedade pela UNILASALLE. Especialista em Direito Público pelo IDC. Graduada em Direito pela ULBRA. Docente da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA/Canoas. E-mail: michifm@gmail.com

Segundo o STJ (2019), o cenário vivido no Brasil é de grande esgotamento processual, conforme relata o presidente do CNJ, pois a cultura do litígio impera de forma esmagadora na sociedade e as consequências disto são as piores possíveis, como a lentidão, angústia e um incômodo social. A demora na resolução dos conflitos, muitas vezes, gera a não concretização do direito material. Ainda, neste contexto, importante ressaltar que o estado do Rio Grande do Sul sempre figura entre os estados com maior número de processos judiciais no Brasil.

O Código de Processo Civil (CPC), publicado em 17 de março de 2015, foi elaborado com a nítida intenção de iniciar uma mudança na realidade do Poder Judiciário, incentivando a mediação e conciliação de conflitos. Assim, o CPC se mostra uma importante ferramenta jurídica para fomentar esta importante mudança no âmbito judicial, a qual também refletirá no contexto social.

O impasse ao acesso à justiça nos tempos de pandemia trouxe outras formas de realizar as atividades processuais. A título de exemplo, a Lei 13.140/15, em seu artigo 46, garante que “a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, desde que as partes estejam de acordo”. (BRASIL, 2015).

Segundo Leite (2017), o homem é um ser que tem como características a sociabilidade e singularidade de formação e comportamento, em razão disso, é natural que as relações intersubjetivas e até mesmo intergrupais sejam marcadas por diferenças de ordens diversas (emocionais, sociais, políticas, ideológicas, familiares, profissionais), podendo ser definidas como a origem de um dos fenômenos mais comuns e recorrentes de qualquer sociedade: o conflito.

Diante disso, questiona-se: como as pessoas terão acesso à justiça em tempos de pandemia? Uma das respostas que se trouxe, neste tempo pandêmico, para facilitar o acesso à justiça, foi a mediação digital, que pode ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, segundo o Código de Processo Civil, e assim ajudar a resolução consensual de conflitos, que pode ser realizada entre pessoas,

ou entre as pessoas e as instituições financeiras, ou entre pessoas e organizações comerciais, entre outros.

Esse caminho é um método eficiente, porque além de resolver um conflito, é mais célere, econômico e menos desgastante para os envolvidos. O problema é que referido método fica esquecido, pois grande parte da população não tem conhecimento sobre quais são e como funcionam os meios consensuais de resolução de conflitos.

A metodologia utilizada se baseia em revisão bibliográfica sobre o assunto, que ocorreu através do levantamento de informações com base em livros, artigos científicos em bases de dados como o Google Acadêmico e sites de notícias.

2. Reflexões filosóficas sobre a justiça

Rawls explica que uma sociedade e uma associação mais ou menos autossuficiente de cidadãos que, em suas relações conjuntas, reconhecem algumas regras de normas obrigatórias e que, em geral, consente com elas, sendo estas um sistema de cooperação preparado para proporcionar o bem dos que fazem parte desta, é caracteristicamente notada por um conflito (RAWLS 1997).

Segundo o Dicionário Online De Português (2020), a justiça significa, num substantivo feminino, a peculiaridade daquilo que se depara em relação de acordo com o que é justo, num modo de entender e/ou julgar aquilo que é correto, a atividade de identificar o mérito de algo ou de alguém, por exemplo: “a polícia vai fazer justiça neste caso”.

Tomás de Aquino (2005), padre filósofo e italiano, na sua obra *Suma Teológica*, explica que a exposta resolução da justiça é oportuna se for entendida como deve, pois a virtude é um hábito que é o motor das obras bondosas, a virtude há de ser estipulada por um ato bom, do qual propósito é a matéria própria dela, a matéria própria da justiça são os atos referentes a outro, o ato de justiça é decidido moderadamente à sua matéria própria.

De acordo com Tomás de Aquino (2005), chama-se justo aquele que observa a justiça, mas para um ato, é necessário que seja voluntário, constante e firme, pois, como diz o filósofo, o ato de virtude exige que a pessoa treine cientemente, para um fim devido que seja imutável.

A primeira dessas condições está inclusa na segunda, pois o que fazemos por ignorância é involuntário, por onde, na resolução da justiça, enuncia-se primeiro a vontade para mostrar que o ato de justiça deve ser espontâneo, acrescentando a constância e a perpetuidade para designar o equilíbrio do ato (AQUINO, 2005).

Ainda, conforme Aquino (2005), a enunciada explicação da justiça é completa, sendo tomado o ato pelo hábito, mas, que é especificado por aquele, pois o hábito causa relação com o ato e quem desejasse diminuir essa resolução a sua moda certa, poderia dizer que a justiça é um costume pelo qual, com vontade constante e perpétua, atribuindo a cada um o que lhe pertence, definindo que a justiça é um hábito que nos faz agir escolhendo o que é justo.

Segundo o autor, deve ser considerada a “disposição habitual”, isto quer dizer uma virtude não de instituições, mas da vontade dos homens. As pessoas querem o que é justo, isto acaba moldando a vontade, a pessoa justa quer o que é justo não só para si, mas para todos, ela quer dar a cada um o que lhe pertence, não quer tomar o que é do outro. A pessoa age e pratica aquilo que é justo, a virtude da justiça vai abordar tanto a vontade dela, tanto a escolha que ela faz (AQUINO, 2005).

Em sua perspectiva, Aquino nos passa seis elementos da justiça: (i) a vontade que é um querer racional, (ii) o hábito que é constante e perpétuo, (iii) o agir que é ação e omissão, (iv) a intersubjetividade a cada um, (v) o débito é o seu e (vi) o justo que é direito e dever (AQUINO, 2005).

Desses seis elementos, os três primeiros dizem respeito ao caráter ou a consciência das pessoas, elementos éticos, propriamente falando do conceito de justiça, aqueles que são vinculados a uma virtude, mas ainda de uma virtude ética. Os três últimos têm mais haver com essa relação intersubjetiva exterior de dar ao outro o que lhe é devido, o justo inclui a si

próprio, não se excluindo das relações de justiça, é aquele que toma para si o que lhe pertence, mas não toma para si o que pertence ao outro (AQUINO, 2005).

A concepção de justiça está conectada, inclusive, com o preâmbulo da Constituição Federal do Brasil de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. BRASIL. (1988).

Sófocles (2005), um dramaturgo grego, traz uma compreensão de justiça em sua obra, fazendo com que a personagem seja rebelde contra as leis humanas por serem contra as concepções dela sobre as leis divinas. Em sua história, relata que a Antígona tem dois irmãos chamados Etéocles e Polinice. Os dois lutam pelo trono de Tebas até a morte de ambos.

A partir disso, o tio deles, Creonte, ocupa o trono e, ao tornar-se rei, decreta que Etéocles merecia ter a cerimônia fúnebre com todos os direitos aos mortos, mas já Polinice, pelo fato de ir contra Tebas, teria seu corpo jogado ao esmo sem enterro, deixado para que os animais o devorassem. Porém, Antígona pede uma sepultura ao seu irmão, indo contra o decreto (SÓFOCLES, 2005).

Creonte não concede e Antígona alega que a decisão é injusta e baseada numa justiça que não é a da cidade. Por este motivo, contraria ao rei, sepultando seu irmão e sendo condenada à morte por este motivo. Em cima disso, pode-se constatar que a tragédia vem a promover um final justo ao irmão de Antígona (SÓFOCLES, 2005).

Platão (2000), na sua obra Críton, traz uma percepção de justiça em que não deve se utilizar da vingança e sim da justiça. Em um diálogo entre o filósofo Sócrates e Críton, seu amigo, após Sócrates ser condenado à

morte com a alegação de que estava corrompendo a juventude, estava na cadeia esperando a sua morte chegar e Críton vai à cela da prisão com a ajuda de um guarda e tenta convencê-lo a fugir, durante a madrugada, Críton a todo tempo tenta convencer Sócrates a sair daquela prisão.

De acordo com Platão (2000), Críton conversou com o guarda e ele aceitou uma soma de dinheiro para liberar Sócrates da prisão. Sócrates não aceita a ajuda, pois, como já o condenaram, diz que quer sofrer a pena. Críton narra que fica triste com aquela situação e como as pessoas poderiam pensar tais coisas sobre ele e garante que sacrificaria sua riqueza para ajudá-lo. Questiona como os seguidores de Sócrates não fizeram nada para mudar aquela situação, mas Sócrates o rebate dizendo que era para ele se preocupar com pessoas honestas, com as mais justas e não com a opinião de qualquer um.

Segundo Platão (2000), se, por acaso, ele fugisse, se tornaria um corpo destruído, o que significa que estaria submisso as leis de Atenas, já que em toda a sua vida sempre foi regulada pelas leis atenienses, portanto, em diversos argumentos, Sócrates acaba convencendo Críton da importância de seguir o destino que lhe foi traçado, pois aquele será o caminho que a divindade escolheu para ele, por isso o melhor da vida é viver bem e de forma justa e não fugindo da morte. Platão deixa claro que preferia morrer com dignidade.

Ainda, de acordo com Platão (2000), Sócrates nos transmite que não se deve absolutamente agir mal de nenhuma forma, seja devolvendo o mal com o mal, seja se vingando, pois, vingar-se é agir mal e isso é injusto. Sócrates mantinha esse compromisso de não praticar uma injustiça ainda que a vida dele estivesse em risco.

Aristóteles (1991), em sua obra *Ética a Nicômaco*, nos traz fundamentos do que é justiça em sua teoria, ele se refere na virtude ética, dizendo que é fundamental essa qualidade de caráter de que as pessoas têm de dar aos outros ou tomar para si apenas o que é próprio, quando cada um tem o que é seu é o justo, e quem assim o faz é uma pessoa justa, tem a virtude da justiça.

Para Aristóteles (1991), a justiça é uma qualidade de caráter que faz as pessoas buscarem e agirem de modo justo e isso está junto com o hábito, já a injustiça, para o filósofo, é um defeito de caráter, um vício que leva as pessoas a querer agir e praticar o que é injusto, não é uma virtude, contudo, Aristóteles tem uma metodologia que é fazer uma volta nas acepções em termos de linguagens e raciocínios no que diz respeito à justiça e injustiça.

Seguindo essa metodologia, há três formas de cometer injustiça: (i) quando uma pessoa transgredir uma lei, (ii) quando ela é gananciosa e não quer apenas o que é seu, quer o que é do outro, (iii) quando a pessoa desrespeita à igualdade, já o justo é aquele que observa a lei e respeita a igualdade e quer apenas o que é próprio, Aristóteles ainda explica que uma pessoa injusta pode querer mais dos bens como também querer menor dos males, mas o certo é ter para si o que é apropriado (ARISTÓTELES, 1991).

De acordo com Aristóteles (1991), para desenvolver a virtude da justiça, só depende de nós mesmos, este atributo de caráter não vem da genética, nem é imposto pela sociedade, depende de cada um, pois riqueza, poder e honra nós conseguimos indo atrás, mas muito do que a gente vai conseguir nisso depende de sorte, pois segundo Aristóteles, as pessoas devem pedir aos deuses o desenvolvimento de virtude, pois são bens verdadeiros que fazem com que a gente entregue outros bens que é a riqueza, poder e honra.

Tendo por base estas reflexões acerca do que é justiça, agora passa a se abordar a realidade dos numerosos conflitos que são levados para serem resolvidos no Poder Judiciário.

3 Conflitos no Poder Judiciário

De acordo com Lenza (2017), existe uma crise ocorrendo no Poder Judiciário, no qual os números novos de processos e em trâmite nos tribunais está levando à sobrecarga, principalmente por causa da quantidade insuficiente de funcionários trabalhando na justiça, o que colabora para a

demora da resolução dos processos judiciais, gerando uma deficiência na prestação dos serviços.

Segundo Ponciano (2007), após a Segunda Guerra Mundial, houve um progresso na história da humanidade, no qual surgiram novas descobertas como, por exemplo, inovações tecnológicas e descobertas científicas, esse progresso tornou o mundo mais dinâmico, gerou pessoas mais consumistas e fortaleceu a desigualdade social.

No âmbito do direito, a revolução se deu em razão do reconhecimento dos direitos humanos, de modo que a Constituição Federal de 1988 contribuiu para a democratização do país, ampliando o acesso à justiça e a diversidade dos direitos fundamentais, sendo que tal progresso deixou ainda mais visível a desigualdade no Brasil (PONCIANO 2007).

Uma vez que constituiu uma esperança dos seus direitos adquiridos pelo Estado, porém o país não estava preparado, por este motivo, todas as expectativas foram para o Poder Judiciário, que passou a ser pressionado para garantir os direitos positivados na lei, provocando um aumento repentino de processos (PONCIANO 2007).

Segundo Moraes (2011), a crise funcional é um obstáculo ao acesso à justiça. Tradicionalmente, o estado opta por descentralizar o poder para o desempenho de atividades públicas, por meio por meio de instituições com poderes próprios (executivo, legislativo e judiciário). Este é um método estratégico baseado na teoria política, baseando-se na teoria do Montesquieu de separação de poderes.

Acontece que, dada a relação intersubjetiva prevalecente hoje, o ente estatal não é mais considerado o único centro de poder devido ao surgimento de um novo protagonista, o conceito de soberania foi enfraquecido (crise conceitual), ou pelo menos não deveria ser reconhecido em seu conceito original, o que significa que se perdeu a exclusividade do Estado na tomada de decisões, e, diante disso, o autor diz:

Assim, o que nominamos crise funcional do Estado, entendida esta na esteira da multiplicidade dos loci de poder, gerando a referida perda de centralidade e exclusividade do Estado, pode ser entendida pelos órgãos incumbidos do

desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhe são inerentes no modelo clássico da tripartição de funções, bem como outras que se conjugam com as demais atribuições públicas estatais, seja pela concorrência que recebem de outras agências produtoras de decisões de natureza legislativa, executiva e/ou jurisdicional, seja, a muito mais, pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado, decorrência direta de sua crise conceitual (MORAIS 2011).

Ressalta-se também que, como cada órgão parece perder a importância de suas funções, passa a desempenhar as responsabilidades inerentes aos demais, enfraquecendo ainda mais o problema da autoidentificação, pois além de suas funções principais, passa a atuar atipicamente com mais eloquência, funciona e se integra a outras áreas de poder, nestes termos, é necessário modificar o conceito tradicional de separação de poderes entre legislação, administração e justiça (MORAIS 2011).

Estabelecida a realidade dos conflitos no Poder Judiciário, importante compreender o que é o conflito que leva as pessoas a demandarem e o que o gera, pleiteando o reconhecimento do seu direito material.

4 Teoria do conflito

Segundo Garbelini (2016), os conflitos surgem quando há divergência de opiniões e perspectivas entre pessoas, instituições, organizações e, para que tenha discrepância, é necessário que os indivíduos possuam interesses diversos ou contrários aos interesses de outras pessoas, os quais não se culminam ou não podem coexistir juntos, originando controvérsias entre os indivíduos.

Segundo Robbins (2009), existem diversos conceitos para definir o que é conflito, o mesmo tem a necessidade de ser reconhecido entre as partes envolvidas, a existência ou não de conflitos depende da percepção dos envolvidos, outra questão definida são as oposições e incompatibilidades, diante disso o autor apresenta três visões sobre o conflito:

- (a) visão tradicional:** a primeira abordagem sobre o conflito parte de que todo o conflito é ruim, ele é usado com significado de violência, reforçando assim seu conceito de negativo, sendo que, por esta razão, tem que ser evitado. Essa visão provém das atitudes de comportamentos de grupos que predominavam nos anos de 1930 e 1940, onde o conflito era visto como um problema resultado de falta de comunicação e confiança entre as pessoas, essa definição é ruim, pois não abre a oportunidade para a análise do comportamento das pessoas que criam o conflito (ROBBINS, 2009).
- (b) visão de relações humanas:** a visão de relações humanas traz que o conflito é um acontecimento natural da humanidade e, como é inevitável, é preciso aceitar. Têm-se que, em alguns casos, pode ser benéfico. Esta visão de racionalização do conflito ficou popular no final dos anos 40 até metade dos anos de 1970 (ROBBINS, 2009).
- (c) visão interacionista:** fazendo um comparativo entre as visões, enquanto a visão tradicional enxerga o conflito como algo negativo e a visão de relações humanas enxerga o conflito como algo natural, a visão interacionista encoraja o conflito, sendo que um grupo pacífico se torna estático (ROBBINS, 2009).

Por esta razão, é necessária a mudança e inovação e, para que isso aconteça, deve haver os conflitos. Afirmar que todos os conflitos são bons ou ruins é inapropriado, sendo que o que torna o conflito bom ou ruim é a sua natureza (ROBBINS 2009).

Para Leite (2017), em todos os relacionamentos entre pessoas, existem conflitos, o que reforça que são algo natural da vida, não tendo possibilidade que os conflitos desapareçam ou que se negue a importância deles em âmbito social, pois seria proibir o direito de evoluir e buscar novas soluções.

Segundo Dorecki (2017), a palavra conflito é derivada da palavra em latim *conflictus*, que significa discordância sobre determinado assunto, de acordo com sua proporção nos conflitos pode haver discussões, brigas, e até lutas e guerras, entretanto pode provocar soluções e, em alguns casos, evoluções importantes.

Por isso, tratar o conflito é essencial para a evolução e transformação de uma sociedade. Na visão geral, os conflitos são enxergados negativamente, porém não devem ser vistos desta forma, a maneira como são conduzidos é que define se haverá progresso ou retrocesso, a resolução

por meio de diálogo é essencial na função de mediar esses conflitos (DORECKI 2017).

De acordo com Moraes et al (2012), pensar sobre a questão do acesso à justiça “significa reconhecer as deficiências de infraestrutura do país, especialmente suas funções judiciais e seu compromisso implacável com o treinamento de operadores legais e os problemas que delas resultam, incluir novos interesses protegidos por lei”, em outras palavras, a crise judicial é paradigma, porque não é um fator isolado.

Uma das ferramentas que tem sido muito utilizada e difundida nos últimos tempos é a mediação, por ser um meio consensual de resolução de conflitos, onde a maior preocupação é dar espaço para as pessoas dialogarem buscando resolver o seu problema em um menor tema, assunto que será abordado a partir de agora (Moraes et al 2012).

5 Mediação como de resolução de conflitos

Segundo Cunha (2018), a Lei nº 13.140 de 2015 coordena a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos. A mediação baseia-se num meio designado à conquista de autocomposição, o mediador intermedia as partes auxiliando-as para que alcancem uma solução consensual do conflito, o mediador nada define, unicamente dirige as partes mediante técnicas apropriadas para que elas possuam as melhores possibilidades de darem uma solução à controvérsia.

Não existe na mediação alguma natureza jurisdicional, pois não é examinado pelo mediador, e nem tem poder de determinar ou de exigir qualquer medida às partes, de igual modo, os indivíduos não estão submetidos a qualquer predominância ou poder realizado pelo mediador (CUNHA, 2018).

Embora não seja uma solução jurisdicional do conflito, a mediação é regulada por disposições contidas no Código de Processo Civil. O CPC reforça a necessidade de se buscar a melhor e a mais oportuna solução de

conflito que pode não ser necessariamente adquirido pela decisão judicial (CUNHA, 2018).

Segundo o autor Cunha (2018), o § 2º do artigo 3º do CPC informa que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, dele decorre um princípio de um estímulo à autocomposição, a conduzir a atividade estatal na solução de disputas.

Nem sempre será possível ou sensato a solução consensual, razão pela qual o texto normativo vale-se de expressão “sempre que possível”, sendo possível, adequada ou recomendada, cumpre construir regras que contribuam para obtenção da autocomposição (CUNHA, 2018).

Ainda, de acordo com o autor Cunha (2018), atualmente, afirmou que os meios não seriam alternativos, mas sim apropriados, elaborando um exemplo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de contrariedade, é cabível um formato de solução, de maneira que há casos em que aconselhável solução há de ser adquirida pela mediação, outros pela conciliação, outros pela arbitragem, e ainda os que vão solucionar pela decisão do juiz estatal.

Grunspun (2000) acredita que o uso mais difundido de mediação é no divórcio, na guarda e na custódia dos filhos, porque essas questões geralmente incluem compartilhamento de ativos, obrigações, educação e parentalidade, o autor acredita que “em comparação com o contencioso, a mediação apresenta muitas vantagens nos tribunais de família, pois pode promover a comunicação futura entre as duas partes, necessária quando o futuro da criança está ameaçado”.

Em sua experiência, após o julgamento da custódia de crianças, ele descobriu que, para os juízes, o divórcio é uma tragédia e precisa ser encerrado o mais rápido possível, sendo que a decisão do tribunal prioriza os direitos dos adultos acima do direito dos filhos (Grunspun, 2000):

A Justiça sempre esteve eivada em defender os interesses dos adultos em seus direitos sobre os filhos e não em defender os interesses das crianças em ter um pai e uma mãe. As disputas na Justiça não permitem motivar um ou outro em como ser pais melhores ou mais responsáveis. No julgamento, com

qualquer decisão sobre o divórcio, a família não termina – ela muda. Pai e mãe continuam para o resto da vida dos filhos, funcionando bem, funcionando mal ou não funcionando (GRUNSPUN 2000).

A Lei 13.140/15 conceitua a mediação da seguinte forma:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Considera-se que mediação é uma atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (LEI Nº 13.140). (BRASIL, 2015)

De acordo com a Lei 13.140/15, no artigo 15, é viável que tenha mais de um mediador para desempenhar, pois é permitido mais de um mediador para operar no mesmo procedimento, quando isso for sugerido em razão da natureza e da complexidade do conflito e desde que as partes concordem (BRASIL, 2015).

A mesma Lei 13.140/15 relata que a mediação pode ser realizada pela internet ou por outro meio de comunicação que conceda a operação à distância, desde que as partes concordem³. É também permitido à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras determinadas pela Lei. (BRASIL, 2015) Ainda, de acordo com a Lei 13.140/15, a mediação não só se aplica para direitos disponíveis, pois pode ser objeto de mediação os conflitos que versem sobre os direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, vale ressaltar, no entanto, que o consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo (BRASIL, 2015).

De acordo com a Lei 13.140/15, é exigida a oitiva do Ministério Público (§ 2º do artigo 3º da Lei), em outras palavras, se envolver direitos indisponíveis, o acordo celebrado entre as partes deve ser homologado em juízo, com parecer do MP.

³ Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

A autonomia, a imparcialidade, isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade, a boa-fé e decisão comunicada são os princípios orientadores da mediação, segundo o artigo 2º da legislação ora citada (Lei 13.140/15).

De acordo com Almeida (2009), a mediação é projetada para ajudar as pessoas a chegarem a um consenso sobre diferenças específicas, a mediação ajuda a restabelecer a relação entre as duas partes, a eliminar conflitos e a manter o diálogo entre as duas partes, essencial para a construção de soluções, principalmente nas relações familiares. Diante disso, o autor nos transmite que a construção dos acordos não é garantia efetiva de fim de conflito, porém é uma base de pacificação social:

Sabemos que a construção de acordos não garante que seja efetivamente dirimido o conflito entre as partes e, por vezes, chega a acirrá-lo. Todavia, a base da pacificação social reside no restauro da relação social e na desconstrução do conflito entre litigantes. A permanência do conflito possibilita a construção de novos desentendimentos ou de novos litígios: esgarça o tecido social entre as pessoas envolvidas em uma discordância e entre as redes sociais que as apoiam e das quais fazem parte. A permanência do conflito é, portanto, terreno fértil para manter latente a possibilidade de novas discórdias e o ânimo de desavença entre os grupos sociais de pertinência dos litigantes (ALMEIDA 2009).

A mediação tem se mostrado uma ferramenta muito eficaz nos últimos anos, principalmente por os mediandos entenderem que ajudaram a construir a resolução do seu conflito. Contudo, este ano, com a necessidade de isolamento social, as mediações presenciais não puderam ocorrer, sendo que começou a se difundir cada vez mais as mediações digitais, o que traz uma série de questionamentos, incluindo se isso traz a justiça para os indivíduos.

6. Mediação digital e as plataformas virtuais

Diversos foram os locais que se adaptaram e passaram a realizar a mediação online. O Tribunal do Rio Grande do Sul, por exemplo, passou a realizar as mediações de forma virtual, primeiramente pela ferramenta Zoom, depois sendo migrado para a plataforma Cisco Webex. A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul passou a utilizar o Whatsapp Web para desempenhar o projeto de mediação familiar, que realiza junto a entidade conveniadas, como universidades.

Outros assuntos que se adaptaram foram em relação a conflitos empresariais e/ou instituições financeiras. Segundo Andrade (2018), o mecanismo da “Mediação Digital” foi divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, que tem como propósito ajudar a resolução extrajudicial e judicial de conflitos com instituições financeiras, “o sistema estava em fase de aprovação e foi resultado de um termo de colaboração técnica assinado pela ministra Cármen Lúcia, o Banco Central do Brasil e a Febraban”, salientado pelo secretário-geral do CNJ, Júlio Ferreira de Andrade (ANDRADE, 2018).

O objetivo é ajudar a resolução consensual de conflitos entre as pessoas e as instituições financeiras, já que por bastante tempo as demandas judiciais de consumidores contra bancos tomam as primeiras posições em volume de processos, a novidade em especial é a possibilidade de haver mediação digital de conflitos com processos já em andamento na justiça (ANDRADE 2018).

Segundo o autor Andrade (2018), nesse caso, é necessário a participação de advogados e o juiz que está com o processo será capaz de homologar o ocasional acordo, entre outras transformações que integram, no programa, está a busca por empresas cadastradas sem precisar do login.

A invenção do funcionalismo de emitir o extrato da mediação aberta para certificar a atitude dos usuários no sistema de mediação digital, a aceitação para a entrada de advogados no sistema facilita o registro de

ações já judicializadas e a reestruturação do design com a intenção de ser mais direta ao transmitir informações (ANDRADE 2018).

Um outro quesito é que o sistema vai colocar o tempo estimado na cor vermelha quando estiver há 5 dias de terminá-lo e o rol dos prazos será divulgado em concordância com sua urgência para a exaustão da ação no sistema, além disso, todos os prazos foram ajustados para 15 dias seguidos, o CNJ ficará a exigir mais informações sobre as pessoas que estão solicitando no sistema, como dados sobre gênero, endereço e faixa de renda, essas informações não serão repassadas para as partes, mas usadas, sob sigilo, em pesquisas que ajudarão para a produção de políticas públicas (ANDRADE, 2018).

Ainda, de acordo com o autor Andrade (2018), afirmou o conselheiro do CNJ, Márcio Schiefler, que admite que a nova plataforma de mediação digital vai ser um novo ensejo para os tribunais darem importância os meios consensuais de solução de litígio, com ganhos para o sistema de justiça e para toda a sociedade, completa a conselheira Daldice Santana que a ferramenta, se bem empregada, vai contribuir a diminuir a judicialização e ajudar a vida dos cidadãos, nas instituições financeiras.

Os representantes de diversas instituições financeiras foram no CNJ para ganhar as orientações na plataforma nova, oportunidade na qual informaram que receberam muitas demandas para mediar conflitos entre consumidores e instituições financeiras e quando não conseguiam um acordo, ficavam de mãos atadas por não ter competência para ir além, agora encaminhamos tudo para a plataforma do CNJ, o que é excelente pois existe a possibilidade de um acordo judicial (ANDRADE, 2018).

Jussara Lima, que é assessora do departamento de atendimento ao Cidadão do Banco Central, afirmou o comentário de Fernando Piantavini, coordenador jurídico do banco da Caixa, que eles estão arriscando tudo nas soluções extrajudiciais de conflitos, pois elas são mais ágeis, baratas economicamente e garantem a fidelidade do cliente (ANDRADE, 2018).

O Sistema de Mediação Digital foi criado pela Emenda 2, que atualiza a Resolução do CNJ nº 125/2010, enquadrando-se às novas leis que

aconselham as demandas pelas soluções consensuais do conflito, a Lei de Mediação Lei nº 13.140/2015 e o Código de Processo Civil (ANDRADE, 2018).

Verifica-se, portanto, que há toda uma preocupação em garantir o acesso aos indivíduos ao Poder Judiciário, para que possam resolver os seus conflitos, assim como uma preocupação em demonstrar eficiência do serviço jurisdicional, mostrando a adaptação da unidade jurisdicional aos tempos atuais, onde medidas forçadas como o isolamento social precisaram ser adotadas. Embora sejam questões muito positivas e que tem muito a contribuir, também é importante se ressaltar a preocupação com as pessoas que não possuem acesso à internet, de como poderão demandar a proteção jurisdicional caso necessitem.

7 Considerações finais

Torna-se possível concluir que o trabalho busca analisar quais são os meios de acesso à justiça em tempos pandêmicos, o que o fez por intermédio da mediação digital, ajudando as pessoas e as instituições financeiras. O artigo buscou também trazer uma visão filosófica sobre a habilidade do ser humano de resolver o conflito quando necessário. Importante destacar também que as plataformas on-line auxiliam no acesso aos meios consensuais, tornando possível a execução das atividades dentro do possível, respeitando as normas de segurança ao Covid-19.

Essas ferramentas virtuais se tornaram parte do dia a dia das pessoas devido às tecnologias que se avançam cada vez mais e estão presentes no cotidiano, onde pode se vislumbrar que a mediação online pode ser realizada sem que haja prejuízo aos princípios e orientações dadas pelo manual do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), às novas legislações, e ao CPC.

A mediação online pode ser síncrona através de mensagem instantânea (Chat, videoconferência) ou assíncrona (que ocorre principalmente através de e-mail), o que traz muitas vantagens na utilização da tecnologia na mediação, que são convenientes para as partes, acesso a mediadores experientes que não estão disponíveis no local, ajudando no deslocamento,

a comunicação mais morosa permite ao mediador que aplique com mais eficácia suas técnicas, principalmente se for assíncrona.

Essa abertura propicia o incentivo à pesquisa nessas novas áreas, estimulando o advogado ou até mesmo a própria parte a buscar meios mais céleres para solucionar o conflito existente, a implantação de métodos eletrônicos facilitará de sobremaneira a resolução de conflitos de diversas áreas, mas principalmente as relacionadas ao comércio eletrônico e relações consumeristas, Assim, o uso das ferramentas relacionadas aos e-resolutions é não apenas interessante, mas indispensável às novas tendências em matéria de comércio, com seu conseqüente conflito e posterior solução.

Desta forma, a partir desta pesquisa, foi constatado que a mediação digital é uma enorme ferramenta de acesso à justiça disponibilizado pelo Poder Judiciário às pessoas, apesar de não poder ser descrito como uma mediação na interpretação específica da palavra, a metodologia realizada interna do ambiente online de Mediação Digital disponibiliza aos autores de processos maior local de resolução de conflitos sem ter que desembolsar grandes quantias de dinheiro.

Referências

- AMARAL, Marcia Terezinha Gomes. O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO. Disponível em: <[Http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo48205.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo48205.pdf)> . Acessado em 28 de junho de 2020.
- AQUINO, Tomás de. Suma Teológica VI, II-II Parte: Questões 57-122 (O tratado da justiça). Tradução de Aldo Vannucchi et al.. Edição bilingue. São Paulo: Loyola, 2005
- ARISTÓTELES. ÉTICA A NICOMACO. Disponível em: <<http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/%C3%89tica-a-Nic%C3%B4maco.pdf>> Acessado em: 05 de Setembro de 2020.
- ALMEIDA, Tânia (2009), Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas, in Paulo Borba Casella; Luciane Souza (orgs.), Mediação de conflitos. Belo Horizonte: Fórum, 93-102.

BRASIL. Código Civil. Lei de Mediação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos20152018/2015/Lei/L13140.htm#art47> Acessado em 28 de Junho de 2020.

BRASIL. Código Civil. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em 20 de Agosto de 2020.

Cunha, Leonardo Carneiro. Livro De Mediação Comentada. Disponível em: <<https://www.editorafoco.com.br/manual/lei-de-mediacao-comentada-artigo-por-artigo-1%C2%AA-ed-2018-manual.pdf>> Acessado em 28 de Junho de 2020.

CNJ. ANDRADE, Paula. Plataforma De Mediação. Disponível em: <[DORECKI, André Cristiano. Resolução Pacífica de Conflitos. Editora Intersaberes. 2017.](https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-nova-plataforma-de-mediacao-digital-no-sistema-financeiro/#:~:text=O%20Sistema%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%20Digital.novo%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.> https://www.cnj.jus.br/cnj-apresenta-nova-plataforma-de-mediacao-digital-no-sistema-financeiro/#:~:text=O%20Sistema%20de%20Media%C3%A7%C3%A3o%20Digital.novo%20C%C3%B3digo%20de%20Processo%20Civil.> Acessado em 28 de Junho de 2020.</p></div><div data-bbox=)

FRANCA, Marcilio; SOARES, Inês Virgínia Prado. ACESSO A JUSTIÇA EM TEMPOS DE COVID19. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/noticias-covid-19/13727-acesso-a-justica-e-sessoes-virtuais-em-tempos-de-covid-19> Acessado em 19 de julho de 2020.

GARBELINI, Viviane Maria Penteadó. Negociação & Conflito. Editora Intersaberes.2016.

GRUNSPUN, Haim (2000), Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr.

LENZA, Alexandre Lima. A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO E OS MÉTODOS ADEQUADOS À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/informacoes/cidadania/nupemec/cidadao/programa-de-suporte-a-pesquisa-academica/monografias/a-crise-no-poder-judiciario-e-os-metodos-adequados-a-resolucao-de-conflitos-por-alexandre-lima-lenza-academico-do-curso-de-direito-da-faculdade-icesp-promove>> Acessado em 28 de junho de 2020.

LEITE, Gisele. As modernas teorias do conflito e promoção da cultura da paz em face da contemporaneidade. Disponível em: <<https://www.jornaljurid.com.br/colunas/>>

gisele-leite/as-modernas-teorias-do-conflito-e-promocao-da-cultura-da-paz-em-face-da-contemporaneidade> Acessado em 28 de junho de 2020.

MORAIS, José Luis Bolzan; Spengler, Fabiana Marion. mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. 3. ed. rev. e atual. porto alegre: livraria do advogado, 2012.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Ministério Da Saúde. CORONAVÍRUS COVID19. Disponível em: <coronavirus.saude.gov.br> Acessado em 19 de julho de 2020.

PASSOS, Celia. Teoria do conflito. Disponível em: < http://isa-adrs.com.br/media_upload/Teoria%20do%20Conflito%20_%20Texto%20Celia%20Passos.5c743occco610.pdf> Acessado em 28 de junho de 2020.

PONCIANO, Vera Lúcia Feil. Morosidade: crise do Judiciário ou crise do Estado? Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007ago29/morosidade_crise_judiciario_ou_crise_estado> Acessado em 28 de junho de 2020.

PLATÃO. CRÍTON. Disponível em: <<https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-platc3a30-crc3adton.pdf>> Acessado em: 05 de Setembro de 2020.

ROBBINS, Stephen P. Comportamento Organizacional. Editora Pearson Education do Brasil. 2009.

RAWLS, John. UMA TEORIA DA JUSTIÇA. Editora Martins Fontes.1997

STJ. NÚMERO DE PROCESSOS EM TRAMITAÇÃO NA JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/paginas/comunicacao/noticias/numero-de-processos-em-tramitacao-na-justica-cai-pela-primeira-vez-em-15-anos.aspx> Acessado em 19 de julho de 2020.

SOFOCLES. ANTIGONA. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1BcdhnhkDZ3zTw9B63Abb4YKq5tmze-oC/edit>> Acessado em 25 de Agosto de 2020.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org