



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
INSTITUTO DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E POLÍTICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Lei Positiva e Moralidade:

**A evolução dos conceitos de Razão Prática e Bens Humanos Básicos na
Teoria legal e a influência destes na evolução mais recente da jurisprudência e
doutrina jurídica brasileira**

Carlos Marcelo Neutzling

Pelotas, 2018

Carlos Marcelo Neutzling

Lei Positiva e Moralidade:

**A evolução dos conceitos de Razão Prática e Bens Humanos Básicos na
Teoria legal e a influência destes na evolução mais recente da jurisprudência e
doutrina jurídica brasileira**

Dissertação de mestrado apresentada
por Carlos Marcelo Neutzling à Linha de
Pesquisa: Direito, Sociedade e Estado do
Programa de Pós-Graduação em Filosofia da
Universidade Federal de Pelotas como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre em
Filosofia

Orientador: Prof. Dr. Carlos Adriano Ferraz

Pelotas, 2018

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

N497l Neutzling, Carlos Marcelo

Lei positiva e moralidade: a evolução dos conceitos de razão prática e bens humanos básicos na teoria legal e a influência destes na evolução mais recente da jurisprudência e doutrina brasileira/Carlos Marcelo Neutzling; Carlos Adriano Ferraz, orientador. — Pelotas, 2018.
138 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas, 2018.

1. Razão prática. 2. Moralidade. 3. Bens humanos básicos. 4. Lei positiva. I. Ferraz, Carlos Adriano, orient. II. Título.

CDD : 101

Elaborada por Simone Godinho Maisonave CRB: 10/1733

Carlos Marcelo Neutzling

Lei Positiva e Moralidade: A evolução dos conceitos de Razão Prática e Bens Humanos Básicos na Teoria legal e a influência destes na evolução mais recente da jurisprudência e doutrina jurídica brasileira

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Filosofia, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia, Sociologia e Política, Universidade Federal de Pelotas.

Data da Defesa: 05/04/2018

Banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Adriano Ferraz (Orientador)

Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Claudio Leivas

Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Prof. Dr. Silney Alves Tadeu

Doutor em Direito pela Universidade de Granada/ES.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1	17
Princípio da Razão Prática	17
1.1. Princípio da Razão Prática e Teoria Política Tomista	22
CAPÍTULO 2	24
Bens Humanos Básicos a serem perseguidos.....	24
2.1. Auto evidência dos bens humanos básicos	28
2.2. Articulação entre a ideia de insight e a apreensão dos Bens Humanos Básicos	31
CAPÍTULO 3	38
A filosofia legal e a Lei Natural	38
3.1. Primeiros Esboços da Teoria da Lei Natural (Locke, Pufendorf e Hobbes).....	42
3.2. A Teoria de Pufendorf	43
3.3. Contrato Social em Locke.....	44
3.4. Teoria Hobbesiana	45
3.5. Lei Natural e Teoria Kantiana.....	48
3.6. Positivismo Jurídico.....	50
CAPÍTULO 4	55
Moralidade e Lei Positiva: das fontes subsidiárias à lei positiva	55
4.1. Os Costumes	56
4.2. Princípios Gerais de Direito.....	57
4.3. A jurisprudência.....	59
CAPÍTULO 5	63
Da jurisprudência nos diferentes modelos jurídicos common law e civil law	63
5.1. Common law - ou os costumes e os tribunais.....	68
5.2. Civil Law (ou a tradição da lei escrita).....	71
CAPÍTULO 6	73
Precedente Judicial.....	73
6.1. Súmula Vinculante.....	75
6.2. Recurso Repetitivo.....	79

6.3. Repercussão Geral	79
CAPÍTULO 7.....	83
Bem Humano Vida: Uma aproximação jurisprudencial	83
7.1. O argumento Jusnaturalista.....	94
7.2. A crescente necessidade de uma contribuição eficaz da Filosofia ética face ao Direito	101
CAPÍTULO 8	103
Posicionamento Do Supremo Tribunal Federal Brasileiro a respeito do tema.....	103
8.1. Garantia ampla a tratamento de saúde – Risco de vida.....	104
8.2. Double Effect.....	105
8.3. Eutanásia Judicial – Utilização de Drogas ainda Experimentais	108
8.4 Aborto	109
8.5. Pesquisa com células-tronco	119
CAPÍTULO 9	129
Considerações Finais.....	129
REFERÊNCIAS	135

AGRADECIMENTOS e DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha linda família, Lilian e Dylan, pelo apoio.

Agradeço em especial ao colega John de Miranda, pelo coleguismo e incentivo intelectual. Também agradeço ao Professor Sergio Strefling pela atenção intelectual sempre dispensada.

RESUMO

NEUTZLING, Carlos Marcelo. **LEI POSITIVA E MORALIDADE: A evolução dos conceitos de Razão Prática e Bens Humanos Básicos na Teoria legal e a influência destes na evolução mais recente da jurisprudência e doutrina jurídica brasileira.** 2018. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Linha de Pesquisa: Direito, Sociedade e Estado. Universidade Federal de Pelotas, Pelotas.

Na presente dissertação pretendemos demonstrar como os conceitos de ‘razão prática’ e ‘bens humanos básicos’ tem evoluído de forma secular na teoria legal, oferecendo ênfase na importância destes conceitos no âmbito do que mais contemporaneamente se denomina ‘nova escola do direito natural’, compreendida como uma escola teórica a qual se calca pelo desenvolvimento de formulações, no campo da ética normativa, surgidas especialmente através de proposições desenvolvidas a partir das ideias de Tomás de Aquino.

Autores como John Finnis vêm oferecendo um desdobramento destas ideias o qual tem proporcionado relevantes debates e questionamentos no âmbito da filosofia ética, e consequentemente no âmbito da filosofia jurídica e da denominada “doutrina jurídica”.

Ao desenvolver o presente trabalho procuraremos verificar se e como estes princípios e conceitos têm exercido influência na evolução mais recente da jurisprudência e doutrina jurídica brasileira, perpassando a análise de tendências e desdobramentos jurisdicionais mais contemporâneos, tais como a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral, tanto sob o enfoque de suas características formais como sob o enfoque de sua relação com o aspecto de dimensão e relação com a filosofia ética no tocante às matérias abordadas nos julgados.

Por derradeiro, procuraremos justificar como a abordagem neo-jusnaturalista, no atual contexto, se apresenta como uma alternativa viável e concisa, no que tange a fornecer parâmetros que possam solucionar os dilemas éticos com os quais os tribunais se deparam mais contemporaneamente ao desenvolver a atividade estatal do direito.

ABSTRACT

In this Master's degree dissertation we intend to expose how the concepts of 'practical reason' and 'basic human goods' have been evolved secularly in legal theory, offering emphasis in this concepts importance throughout the field more contemporary denominated 'new natural law theory', comprehended as a theoretical school wich is anchored by the development of formulations, in the normative ethics field, arisen specially through the propositions developed since Thomas Aquinas ideas.

Authors as John Finnis have been offering a expansion of this ideas, wich has proportioned relevant debates and questioning in the ambit of ethical philosophy and consequently in the ambit of legal philosophy and the so called legal theory.

When developing the present work we intend to verify if and how these principles and concepts have exerted influence upon the most recent evolution in brazilian jurisprudence and legal theory, spanning over the analisys of the most contemporary jurisprudential developments and tendencies, as the so called 'vinculate understandings' and 'general repercution' legal precedentes, in accordance to brazilian legal theory, not only about its formal characteristics but also about its approach in relation to the ethical aspects treated in the sentenced trials.

In conclusion we would try to justify how the neo-jusnaturalist approach, in the contemporary context, presentes itself as a concise and feasible alternative, regarding the provision of parameters likely to solve the ethical dilemas wich the courts and supervisory agencies more contemporary come across while promoting the legal state activity.

INTRODUÇÃO

Na presente dissertação abordaremos como princípios e conceitos caros as teorias jusnaturalistas, e em especial ao que se denomina mais contemporaneamente como a ‘nova escola do direito natural’, conceitos tais como ‘Razão Prática’ e ‘Bens Humanos Básicos’, têm evoluído na teoria legal de forma secular.

Procuraremos verificar se e como estes princípios e conceitos têm exercido influência na evolução mais recente da jurisprudência e doutrina jurídica brasileira, perpassando a análise de tendências e desdobramentos jurisdicionais mais contemporâneos, tais como a súmula vinculante e o instituto da repercussão geral, tanto sob o enfoque de suas características formais como sob o enfoque de sua relação com o aspecto de dimensão e relação com a filosofia ética no tocante às matérias abordadas nos julgados.

Ainda sob a análise crítica dos enfoques explanados, apresentaremos de forma ilustrativa alguns casos atinentes à jurisprudência oriunda da prática dos tribunais, especialmente no tocante a matérias que digam respeito aos bens humanos ‘vida’ e princípios tais como o de ‘dignidade da pessoa humana’, e matérias que possuem relação com tópicos que tem merecido uma aproximação maior com os subsídios da filosofia moral, por estarem relacionadas a um dinamismo comportamental o qual os códigos não acompanham, por um lado, e por estarem relacionadas a dilemas éticos advindos de grandes revoluções científicas tecnológicas, por outro lado.

Por derradeiro, procuraremos justificar como a abordagem jusnaturalista se apresenta como uma alternativa viável e concisa no que tange a fornecer parâmetros que possam solucionar os dilemas éticos com os quais os tribunais e agências reguladoras se deparam ao desenvolver a atividade estatal de regular estas matérias.

O direito, as concepções e conceituações de justiça e de justo e a aplicação das leis na sociedade, bem como os ‘bens’ tutelados nos ordenamentos jurídicos, constituem-se como importante campo de estudo e reflexão entre os pensadores, teóricos, filósofos e a sociedade em geral, estando os conceitos, teorizações e problematizações relacionados à área percorridos e abordados pelas mais relevantes escolas filosóficas através da história.

No momento contemporâneo não poderia ser diferente, dada à relevância do tema para as sociedades.

Mais contemporaneamente, o desenvolvimento de formulações no campo da ética normativa, surgidas especialmente através das proposições elaboradas e desenvolvidas por autores da dita ‘nova escola jusnaturalista’, a partir das ideias de Tomás de Aquino, têm proporcionado relevantes debates e questionamentos no âmbito da filosofia, e consequentemente no âmbito da filosofia jurídica e da denominada “doutrina jurídica”. Torna-se, portanto relevante analisar elementos das ideias desenvolvidas por esses autores, tais como o **princípio da razão prática** e a **noção de bens humanos básicos**, bem como as **“exigências de razoabilidade prática”**, elementos centrais da teoria normativa conforme trazida pela nova escola do direito natural, e investigar como estes conceitos se relacionam e se articulam.

Relevante também questionar se estes princípios e ideias vêm exercendo, consciente ou inconscientemente, influência no campo onde atuam os operadores do direito, especialmente nas evoluções mais recentes que podem ser observadas na atividade jurisdicional e por consequência nos âmbitos institucionais ligados à área do direito, tais como Tribunais, Faculdades e Universidades.

A fim de melhor compreender o surgimento e estabelecimento destes conceitos nas teorias normativas que os prezam, cabe também brevemente apresentar análises que trazem um contraponto divergente a estas teorias, uma vez que a divergência muitas vezes auxilia na delimitação do conceito e do tema, até mesmo ressaltando a relevância dos conceitos.

Por fim cabe analisar se e de que maneira o jusnaturalismo mais contemporâneo se apresenta como uma alternativa viável a oferecer subsídios éticos especialmente no que concerne aos dilemas jurídicos cuja regulamentação tem sido alvo de grande atenção e notoriedade, uma vez que são gerados tanto pelos avanços científicos quanto pelo dinamismo comportamental social.

Autores como Tomás de Aquino já apresentavam em sua obra um esquema mais delineado dos pontos que pretendemos trazer, no que concerne à ética e a Teoria da Justiça, erguendo sua teoria a partir do esquema de categorizações aristotélico.

Mais contemporaneamente alguns autores, especialmente vinculados ao que se denomina ‘Nova Escola do Direito Natural’, têm promovido uma releitura especialmente relevante das categorizações elaboradas por Tomás de Aquino a partir de

Aristóteles, e da relação entre estes autores, tomando e identificando sua obra como um momento onde são apresentados e delineados elementos de uma teoria normativa.

Contudo considera-se que os autores ligados à nova escola jusnaturalista não apenas promovem uma retomada do debate acerca daquelas primeiras ideias sobre normatividade percebidas nas obras dos autores supracitados (Tomás de Aquino e Aristóteles), mas tomando-as como ponto de partida, ‘vão além’ e desenvolvem seu próprio arcabouço de ideias a respeito do tema, buscando elementos fundacionais nos referidos autores.

Como autores mais relevantes a proporcionar esta retomada e releitura de Tomás de Aquino e Aristóteles como ponto de partida para uma teoria normativa da ação e da razão humana, poderíamos citar, mais relevantemente, John Finnis¹ e Germain Grisez². Quanto ao primeiro nos debruçaremos mais detalhadamente.

Estes autores de certo modo desenvolveram suas proposições partindo dos conceitos, conjecturas, argumentos e especialmente das categorizações de Tomás de Aquino, e propuseram uma teoria da Lei Natural da razão prática, defendendo a ideia da escolha livre e erigindo princípios e elementos caros quando se fala em normatividade.

Mais precisamente no campo filosófico, o desenvolvimento da concepção de jusnaturalismo delineada por John Finnis (1980), em sua obra *Lei Natural e Direitos Naturais*, onde o autor desenvolve a conceituação de “razoabilidade prática” (o intelecto dirigido ao agir com inteligência, entendendo os bens humanos básicos como valiosos, orientando e desta maneira definindo os meios de como alcançá-los) estabelece a proposição de alicerçar o direito na concepção de moral, a qual segundo o referido autor é passível de ser descoberta de forma racional.

¹ John Finnis é um filósofo britânico, tendo atuado na Oxford University desde o ano de 1967, tendo se aposentado da referida Instituição. Atualmente ele leciona apenas na Notre Dame University, nos Estados Unidos. Sofreu fortes influências da filosofia analítica, por conta de H.L.A.Hart, bem como de Aristóteles, Tomás de Aquino e outros clássicos. Entretanto, apropria-se dessas teorias alinhado com as considerações a respeito do primeiro princípio da razão prática (*o bem há de ser feito e perseguido, e o mal evitado*) de Germain Grisez (1965). Possui diversas obras publicadas, destacando-se “*Lei Natural e Direitos Naturais* (1980).

² Germain Grisez é um filósofo franco-americano, o qual a partir do desenvolvimento das ideias de Tomás de Aquino redirecionou o pensamento católico e modificou a maneira como o mesmo se relaciona com a filosofia moral secular.. Na obra In “*The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa Theologiae*, I-II, Q. 94, A. 2” (1965) o autor defende a ideia de escolha livre metafísica, e propõe uma teoria da lei natural da razão prática e julgamento moral que, apesar de em certo modo Tomista, separa-se da de Aquino em certos pontos.

E neste sentido o conceito de **razoabilidade prática**, delineado a partir de elaborações da filosofia Aquiniana, adquire importante relevância na obra de Finnis (1980) e dos principais expoentes da nova escola jusnaturalista.

Como ponto mais central de nosso trabalho, cabe se debruçar sobre uma investigação mais específica acerca de dois elementos fundamentais tanto na Teoria Aquiniana quanto na retomada da discussão acerca do direito natural trazida nas obras dos autores ligados a nova escola do direito natural, qual seja, a noção de **‘razoabilidade prática’** e a noção de **‘bens humanos básicos’**.

É irrefutável que a questão relativa às noções de ‘bens humanos básicos’ e de ‘razão prática’, a serem mais bem esmiuçadas em capítulos apartados, possuem grande relevância na teoria normativa da razão e da ação trazida pelos autores acima citados.

Mas no lento trato filosófico secular acerca da teoria legal, os movimentos evolutivos que culminaram no estabelecimento destes conceitos, em especial o de razão prática, percorreram lenta marcha.

Contudo, sem sombra de dúvida, na contemporaneidade percebe-se a extraordinária relevância destes conceitos no estabelecimento e operacionalização dos sistemas legais e da atividade jurisdicional levada a cabo pelos agentes estatais, em especial relevância neste âmbito os ditos “operadores” do direito, na figura dos advogados, magistrados, promotores de justiça, desembargadores e ministros de tribunais superiores, considerando-se os que exercem sua atuação no campo exegético das normas, na análise dos casos concretos, possuindo como matéria prima por um lado a realidade fática e por outro lado aquilo “construído” pelo legislador, compreendido como o direito estatal, o ordenamento jurídico, o conjunto das leis válidas a uma determinada sociedade.

Justamente neste âmbito é que ocorre a síntese entre a valoração dos bens tutelados como importantes e de especial relevância nas sociedades (como já mencionamos compreendidos e valorados através do convívio social através dos séculos) e o direito estatal, os ordenamentos jurídicos, o aparato jurídico-legal construído principalmente a fim de legitimar e garantir mais apropriadamente a proteção destes bens no âmbito social.

Mostram-se relevantes e fundamentais estes conceitos especialmente quando a análise se debruça acerca da eleição dos bens a serem tutelados pelas normas positivadas nos ordenamentos jurídicos, bens humanos tutelados pela atividade estatal,

neste ponto considerando-se mais especificamente a atividade legislativa, a atividade da criação e publicação de normas válidas no âmbito estatal, nos ordenamentos jurídicos.

A análise dos ordenamentos jurídicos, em especial as normas consagradoras dos princípios basilares alicerçar o espírito destes, é extremamente reveladora no que diz respeito à importância de determinados bens na sociedade. Como exemplo disso, podemos citar os textos constitucionais dos Estados, as Cartas Magnas que são a fonte mais geral a abarcar os princípios gerais dos ordenamentos estatais.

É inegável que no campo da atividade jurisdicional o princípio da razão prática ganha especial destaque no momento em que é perceptível que apenas o campo estritamente positivado da norma, em alguns casos concretos, não é suficiente a fim de que se chegue a uma decisão tida como justa, tornando-se necessário aprofundar o campo exegético, dando liberdade à discricionariedade alicerçada em princípios morais muitas vezes não positivados nas normas e nos códigos, mas valorados e aceitos como bons na sociedade.

Tal é o caso da aplicação dos ‘costumes’ e dos ‘princípios gerais de direito’, princípios inclusive mencionados e validados pelo próprio ordenamento jurídico no caso do direito brasileiro, uma vez que encontram-se expressamente mencionados na Lei de Introdução ao Código Civil.

Importante observar, contudo, que o “Direito Natural” não se baseia apenas no culturalmente aceito. Ainda que, por exemplo, a sociedade tolere ou aceite a pena de morte, ela jamais será ‘natural’ no sentido do direito natural, para o qual o natural é o razoável.

E nesta via o direito natural que ponderamos não se trata da visão ingênua de um direito fundado na observação e analogia com os preceitos e regras da natureza, mas sim de um direito fundado no aspecto naturalmente racional/deliberativo inerente ao ser humano.

E por estar relacionado com a razão prática, com o aspecto racional naturalmente inerente ao ser humano, e, portanto com a deliberação acerca do mais razoável, o direito natural vem se apresentando, como um relevante suporte teórico na atividade jurisdicional, mais especialmente junto às Supremas Cortes, especialmente no que concerne a questões polêmicas e de grande impacto social levadas à apreciação pelos tribunais, tais como criminalização ou descriminalização do aborto, pesquisas com células tronco, eutanásia, dentre outros.

Cabe dizer que estudar o desenvolvimento dos primeiros princípios da razão prática se trata de certo modo estudar a evolução do próprio desenvolvimento da atividade legal estatal.

Até mesmo filósofos os quais a princípio oferecem contraponto às primeiras ideias de direito natural (compreendida em uma concepção um pouco diferente da qual abordamos), como o caso de Hegel, apontam no sentido de que os suportes éticos são advindos da cultura e da religião, dando ênfase na passagem da sociedade civil, carregada de toda sua moralidade, em direção ao estado, compreendido como uma universalidade formal, a “segunda natureza” do ser humano.³

No âmbito do direito estatal e da aplicação do direito, mais especificamente falando, tais noções – de razoabilidade prática e bens humanos básicos, conforme tratadas pela nova escola do direito natural - parecem ser o alicerce e principal motivação para a elaboração e legitimação dos ordenamentos jurídicos a fim de tutelar elementos tidos como ‘bons’ a serem protegidos e valorados nas sociedades - caso dos bens humanos básicos ‘vida’ em relação ao direito penal e ‘propriedade privada’ em relação ao direito civil e patrimonial, e.g.

O princípio da razão prática e a noção de bens humanos básicos revelam-se de grande influência também em relação à atividade jurisdicional quando da interpretação acerca do escopo das normas, da formação da convicção e da aplicação de decisões e sanções pelos juízes nos casos concretos.

Deste modo, torna-se relevante demarcar um traçado evolutivo dos conceitos, e trazer como os autores referidos no preâmbulo da presente explanação desenvolvem estes conceitos, a fim de melhor verificar sua relevância e influência em nossa contemporaneidade jurídica.

Primeiramente procuraremos apresentar o delineamento dos conceitos através das teorias dos principais autores citados.

Em um segundo momento, procuraremos apresentar como alguns dos filósofos mais relevantes no que concerne a teoria legal desenvolveram seu arcabouço de conceitos e seus tratados a respeito do tema, trazendo paralelamente a crítica elaborada por Finnis a seus esquemas.

³ A noção de “Segunda Natureza” para Hegel diz respeito ao fato de as pessoas seguirem regras e princípios formalizados de forma natural, como se ali estivessem sempre presentes. Esta segunda natureza daria forma à vida ética, no âmbito de um Estado de totalidade orgânica racional

Em um terceiro momento, procuraremos destacar a importância dos conceitos de razão prática e de bens humanos básicos para a exegese jurídica e para a atividade estatal de formação e aplicação das normas pelo estado, oferecendo um ênfase ilustrativo na recente jurisprudência e doutrina pátrias.

CAPÍTULO 1

Princípio da Razão Prática

A fim de melhor compreender o conceito de razão prática, sobre o qual nos debruçaremos inicialmente, cabe primeiramente trazer as exposições de Tomás de Aquino a respeito do tema.

De acordo com a grande maioria dos autores, teóricos e filósofos que se debruçam sobre a temática de Lei natural, entre estes os autores que mais relevantemente tratamos na presente exposição, Tomás de Aquino foi o primeiro pensador a articular o que poderia ser denominado de uma Teoria da Lei Natural.

De acordo com Honnefelder(2015), autores e filósofos tais como Grotius e Pufendorf não teriam sido capazes de oferecer suas contribuições à temática do Direito e da Lei Natural sem a influência de Tomás de Aquino. Esta opinião é compartilhada com os autores da Nova Escola do Direito Natural, na medida em que estes desenvolvem seu arcabouço de ideias se remetendo, em primeira mão, sobretudo à teoria Tomista, a fim de posteriormente ir além.

Tomás de Aquino, em sua célebre e fundamental Suma Teológica, apresenta os primeiros traços e fundamentos do que poderia ser denominado de Teoria da Lei Natural. Na referida obra são discutidas as seguintes questões: a lei eterna (q.93), a lei natural (q.94), a lei humana (q.95-97) e a lei evangélica (q.98-108). Nesta obra Tomás de Aquino arrazoa as relações entre estas questões e o papel destas na vida adequada do indivíduo humano.

De acordo com Raz(2007) já na questão 94 da Suma Teológica, a qual é dividida em seis artigos, Tomás de Aquino esclarece que a Lei Natural é constituída de preceitos da Razão, que são análogos às proposições do conhecimento teórico. Aduz ainda que a lei natural não se constitui de um hábito, ainda que possa ser adquirida habitualmente, uma vez que “uma pessoa detém estes princípios mesmo quando não está pensando neles”.

Neste contexto, é possível inferir que o célebre autor estabelece uma relação entre a inclinação relativa à busca pelo conhecimento e a compreensão em relação aos

objetos/fins, com os preceitos da razão prática, por parte do indivíduo humano. E no mesmo caminho ressalta o aspecto de auto evidência acerca dos princípios da Razão Prática.

Nesta via Tomás de Aquino, na resposta a Questão 94 da Suma Teológica afirma que “da mesma forma como o ser é o primeiro a ser apreendido irrestritamente pela mente, o bem é o primeiro a ser apreendido pela razão prática – isto é, a razão dirigida a uma obra – pois todo princípio ativo atua em vista de um fim, e fim inclui [implica] a inteligibilidade de bem”.

De acordo com Raz(2007), para Tomás de Aquino a razão prática consiste não apenas no conhecimento buscado com finalidades práticas. “Este a considera como a mente desempenhando um papel, ou funcionando uma certa qualidade, a qualidade na qual ela é dirigida a uma obra... A razão prática é a mente operando como princípio da ação”.

Além dos elementos já percorridos, Raz(2007) chama atenção para a presença na obra de Tomás de Aquino de uma abordagem acerca do papel deliberativo da racionalidade humana, dirigida ao aspecto prático:

O conhecimento prático depende também da experiência, e claro que a inteligibilidade de bem e a verdade alcançada pelo conhecimento prático não são dadas pela experiência. Mas a mente prática é diferente da mente teórica nisto: que a inteligibilidade e a verdade do conhecimento prático não alcançam uma dimensão da realidade que esteja para além dos dados da experiência pronta para ser apreendida por eles. Não; o conhecimento prático refere-se a uma dimensão muito diferente da realidade, que é realmente uma possibilidade pelo dado, mas uma possibilidade que precisa ser realizada, para se tornar real, pela direção da própria mente. A mente teórica atravessa a ponte do dado para invadir o reino do ser; ali a mente pode apreender tudo, real ou possível, cuja realidade não esteja condicionada pelo pensamento e ação humanas. A mente prática também atravessa a ponte do dado, mas traz seus dons ao reino do ser, pois a mente prática contribui com aquilo cuja possibilidade, sendo oportunidade, exige a ação humana para sua realização.

Através dos elementos da obra de Tomás de Aquino, conforme destacado pelos autores trazidos, irrefutável em nossa abordagem reconhecer que o aspecto da razão prática, bem como os aspectos relacionados a vários elementos acerca da teoria da lei natural, encontravam-se já percorridos na obra do célebre filósofo.

Cabe, portanto, analisar como os autores mais relacionados acerca da nova escola do direito natural percebem e desenvolvem tais conceitos, inclusive tomando por base a obra de Aquino.

Em recente obra Finnis (2011) nos traz importantes considerações a respeito de tais noções já delineadas na obra Aquiniana.

O autor assevera que para Tomás de Aquino, razão e raciocínio podem ser considerados como extensão da inteligência de alguém – “capacidade para insights inteligentes dos dados da experiência no trabalho proposicional de deliberar em direção a um julgamento” (FINNIS, 2011)

A capacidade de alguém pensar sobre a maneira como as coisas são e podem ser é naturalmente ampliada – termo de Tomás de Aquino - pensando inteligentemente, fazendo julgamentos razoáveis sobre o que fazer. Isto deriva em um pensamento prático, intencionando escolha e ação – *delectus et actio*.

Neste contexto é proposto o termo **razão prática**, conceito trazido e desenvolvido pelos filósofos teóricos da escola do novo direito natural, sendo que a atividade central da razão prática é a deliberação a respeito do que fazer, quando há confrontação por parte do sujeito com possibilidades alternativas atrativas para a ação.

Desta maneira, os padrões que alguém entende serem os guias apropriados para sua deliberação, escolha e ação, dão a orientação, **não por predizer o que o sujeito fará, mas por dizer o que deveria fazer**, uma vez que mesmo possuindo um discernimento/deliberação racional acerca do que deveria fazer, resta ainda a possibilidade de diferentes ações.

Neste âmbito torna-se relevante o elemento da liberdade (freedom), escolha de ação (mastery), quando da confrontação com possibilidades alternativas por parte do sujeito, uma vez que na filosofia Tomista já era percebido e proposto que não haveria, portanto, normatividade, diretividade prática (escolha-guiada), a menos que as escolhas livres não estivessem disponíveis aos sujeitos.

Segundo Finnis (2007) para Tomás de Aquino as ações humanas deliberadas envolvem ao - mesmo tempo – uma combinação da arte racional do pensamento lógico

e da exploração das artes práticas com as tecnologias, sempre buscando e produzindo um resultado acessível nos seus deméritos ou méritos técnicos.

Deste modo, as ações humanas e sociedades não podem ser adequadamente descritas, explicadas, justificadas ou criticadas, a não ser que sejam compreendidas como centralmente carregadas por escolhas livres.

E como será melhor explicitado adiante a noção de escolha livre exerce influência em diversas situações no âmbito jurídico/ legal. Situações como a imputabilidade ou inimputabilidade penal em alguns casos atinentes ao direito penal são perpassadas pela noção de escolha livre pelo sujeito, e na mesma via a validade ou não de determinados atos do direito civil.

O sujeito encontrar-se com suas faculdades mentais e seu discernimento em perfeita ordem, ou não, pode significar a diferença entre ser passível de punição ou não, ser aplicada uma majoração ou atenuante em relação à sua sanção no âmbito do direito penal, ser enviado a uma instituição prisional ou alternativamente a um manicômio jurídico a fim de que seja cumprida sua pena, dependendo da condição avaliativa e análise exegética de sua conduta.

Atos jurídicos como doação, elaboração de testamento, adesão a contratos, e inúmeros atos regulados pelas descrições normativas trazidas pelo direito civil dependem da escolha livre e ausência de coação para sua plena validade, podendo inclusive ser anulados caso não haja este requisito relacionado à liberdade e à escolha livre.

Na obra *O direito Natural em Tomás de Aquino* (FINNIS, 2007) coloca que o conceito de Escolha livre na ótica/compreensão de Tomás de Aquino poderia ser explanado da seguinte forma:

Alguém faz uma escolha livre quando, julgando que possui escolhas livres ou outros motivos para adotar um possível curso de ações (opções), e razões para adotar uma alternativa incompatível, adota uma outra opção, (mesmo de não fazer nada) em preferência a outra, desta maneira (a menos que mude de opinião) estabelecendo o que irá fazer. (FINNIS, 2007, s/p)

É preciso lembrar que tanto Tomás de Aquino quanto Aristóteles compartilham a ideia de que “ fazer filosofia moral é pensar da forma mais geral possível sobre o que alguém deveria escolher fazer (e não fazer) considerando a

totalidade da sua vida como um campo de oportunidade (ou mau emprego de oportunidade).”

Daí vem a **noção de prático**, no sentido de pensar sobre o que fazer, dizendo respeito ao que e como escolher fazer aquilo que alguém inteligente e razoável pode fazer para obter bens inteligíveis na sua própria vida, na vida dos outros seres humanos e em seu próprio ambiente. Isto se configuraria como uma “resposta razoável às oportunidades da vida”.

Por sua vez tal pensamento articula-se com a percepção pelos indivíduos humanos de bens caros a serem perseguidos e valorados nas sociedades, nas vidas das pessoas. Estas noções não são fruto de uma invenção arbitrária, mas foram sendo percebidas através do convívio social, antes mesmo do surgimento do que se entende por Estado.

Por consequência, em um segundo momento estes bens vieram a ser abraçados e muitas vezes serem o alicerce e fim da tutela do direito estatal e da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Estado, quando do surgimento do mesmo.

1.1- Princípio da Razão Prática e Teoria Política Tomista

Tomás de Aquino ainda permite outro desdobramento na temática do que se entende por razão prática: uma relação do conceito com sua teoria política.

Neste contexto Tomás de Aquino expande o conceito a um arranjo relativo à comunidade política, mais especificamente relativo aos sujeitos incumbidos de deliberar e fazer escolhas de ação por uma sociedade de indivíduos humanos.

Finnis (2007) coloca que, a respeito do tema, Tomás de Aquino explicita a compreensão do que seria **teoria política**, retomando a tradição clássica de Aristóteles e possibilitando-nos relacionar sua ideia de teoria política com o que se compreende por razão prática.

Parte ou extensão da filosofia moral que considera os tipos de escolha que deveriam ser tomadas por todos aqueles que compartilham a **responsabilidade** e **autoridade** de escolher por uma comunidade. (FINNIS, 2007, p.)

Tratar-se-iam de formas de arranjo político que a experiência mostra estarem disponíveis, com suas vantagens e desvantagens, consequências, resultados, características próprias, aspectos ruins, conforme Finnis (2007):

No sentido conceitual, ou teórico, é uma elucidação explanatória sistemática das formas de arranjo político que a observação empírica e a experiência mostram estar disponíveis – Estrutura conceitual subordinadas categorias que alguém encontra necessárias ou apropriadas quando alguém faz filosofia moral e política quando ela deveria ser feita. (FINNIS, 2007, p.);

De forma sintética conclusivamente poderíamos dizer que para Tomás de Aquino, a filosofia moral e política seria o conjunto ou conjuntos de conceitos e proposições que, como princípios e preceitos da ação, reconhecem os tipos de ações escolhidas que são verdadeiramente razoáveis e inteligentes para os indivíduos e comunidades políticas, trazendo ainda os argumentos necessários para justificar tais conceitos

Poderíamos dizer que seria a racionalização, em relação ao coletivo, ao ordenar, ou a deliberação em relação ao coletivo.

Ainda necessário mencionar que na perspectiva teórica por ora explicitada o Princípio da Razoabilidade Prática possui estreita relação com a noção de Bens Humanos Básicos a serem perseguidos e valorados, bem como com as características de inderivabilidade e auto-evidência destes bens para os sujeitos, conforme abordaremos mais apropriadamente nos capítulos a seguir.

E por sua vez tais categorias, como já referido, revelam-se de extrema relevância para o orbe jurídico e legal nas sociedades.

CAPÍTULO 2

Bens Humanos Básicos a serem perseguidos

Para Tomás de Aquino os princípios da razão prática estão articulados com a inclinação do agir direcionado a busca dos bens humanos básicos:

Cada um dos diversos primeiros princípios substantivos da razão prática seleciona e conduz alguém em direção a um determinado bem inteligível que, na linha da primariedade do princípio que o identifica, pode ser chamado de “básico” (um termo não utilizado por Tomás de Aquino). (FINNIS, 2007a, p. 35)

Deste modo, a razão prática, ou seja, a deliberação inteligente ordenada à ação, nos direciona à compreensão dos bens razoáveis a serem perseguidos:

A minha tese, então, é a seguinte: o entendimento primário de alguém sobre o bem humano e sobre o que é valioso para seres humanos almejarem, fazerem, terem ou serem é alcançado quando se considera o que seria bom e valioso fazer, pegar, ter e ser – isto é, por definição quando alguém está pensando praticamente. (FINNIS, 2007b, p. 12)

Contudo, há outro elemento importante a fim de que mais adequadamente consigamos compreender a inclinação humana em perseguir, valorar e naturalmente buscar os bens humanos básicos: o caráter de ‘naturalidade’ dos mesmos.

Segundo Finnis (2007b) a ideia de bens humanos básicos, valorados em todas sociedades e a serem garantidos pelas mesmas, não é inventada ou conceituada por alguém. Estes bens são ‘adquiridos’ e compartilhados através do convívio social desde a remota ancestralidade, foram surgindo e evoluindo gradativamente de geração em geração através do convívio social. Tais bens seriam, portanto, pré-morais.

Assim determinados bens humanos passaram a ser percebidos como bons e desejáveis, a fim de que se preservasse a própria vida humana, a estabilidade entre as relações dos sujeitos, o respeito ao direito de propriedade, o comércio de mercadorias, a noção de *meum* e *tuum*, a maneira como se determina a educação dos jovens, a busca pelo conhecimento, etc.

Estudos e elementos da antropologia demonstram que já no período neolítico havia escambo de mercadorias, associação entre sujeitos e grupos, houve o começo da produção relativa à agricultura, à gênese do sedentarismo, etc., sendo que no período paleolítico médio já se formava um conceito primitivo de religião, que de acordo com

os estudiosos se revela pela maneira como os grupos enterravam seus mortos especialmente junto a seus artefatos, tais como vestes, ferramentas, utensílios, etc.

E é nesse senso que aponta Matt Ridley (2000), ressaltando que o caráter evolutivo humano é perpassado pela questão da cooperação e da estabilidade social, compreendida como algo bom ao indivíduo e ao grupo em maior escala.

Já aí se percebe a valoração e trato diferenciado ao elemento vida, a questão da estabilidade nas relações, a questão da ‘associação’ para melhor desempenhar meios a atingir determinados fins, etc., todos os elementos percebidos como bons no convívio entre os sujeitos.

Além do caráter pré-moral, os bens humanos básicos possuiriam um caráter objetivo e seriam auto evidentes. Seriam ainda fins em si mesmos, não sendo meios para outros fins.

Neste caminho, em “Lei Natural e Direitos Naturais” (*Natural Law and Natural Rights*, 1980) John Finnis estabelece sete bens humanos básicos. Embora ele os denomine muitas vezes de “valores”, os mesmos não se constituem como valores morais: eles são “pré-morais”. Mas eles não se esgotam, necessariamente, a esses sete. A título de exemplo, em 2008 Finnis coloca o casamento como “um bem humano distinto e fundamental”, corrigindo uma lacuna que haveria na obra clássica de 1980. Não obstante, o bem humano **1. Vida** concerne ao impulso elementar de autopreservação. Ele envolve não apenas saúde física, mas também mental (psicológica). Indica também a busca pela auto realização. O **2. Conhecimento** é buscado pela mera curiosidade, pelo “querer saber”. Aqui Finnis não está pensando no conhecimento simplesmente instrumental. O **3. Jogo** é o 3º, e seria um valor constitutivo do bem estar humano, significando, segundo Finnis, o “engajar-se em atividades que não têm qualquer propósito, além de seu próprio desempenho, e que são desfrutadas por si mesmas.” O bem humano **4. Experiência estética** envolve o impulso para criar algo belo. O **5. Sociabilidade**, por seu turno, envolve o estabelecimento de relações pacíficas entre os indivíduos, alcançando forma plena na “amizade”. O **6. Razoabilidade prática** é a capacidade de utilizar-se “com eficiência a inteligência (no raciocínio prático que resulta em ação) nos problemas de escolher as ações, o estilo de vida e de dar forma ao caráter.” A razoabilidade prática implica na busca por uma ordem nas ações, dando a elas um aspecto razoável. É razoável, por exemplo, ajudar um estranho (ainda que não o façamos). Por fim, o bem **7. Religião** envolve (pelo menos desde Cícero, segundo

Finnis) o reconhecimento de uma ordem de coisas que está além do humano. Trata-se, também, de algo razoável. É razoável perguntar por uma ordem no universo, *ainda que* cheguemos a uma resposta negativa ou ao agnosticismo.

Já no que concerne aos *critérios de razoabilidade prática*, Finnis elenca nove.

1. Formação de um plano racional de vida; **2.** Não estabelecer preferências arbitrárias entre os bens humanos básicos; **3.** Não estabelecer preferências arbitrárias entre os sujeitos; **4.** Conseguir manter um afastamento dos projetos particulares nos qual se esteja envolvido, para poder avaliá-los de forma crítica; **5.** Fidelidade: não devemos abandonar compromissos de forma leviana, sem justificativa razoável; **6.** Devemos realizar o bem no mundo – seja em nossa vida seja na dos demais, e isso por meio de ações eficientes (razoáveis); **7.** Todas as ações devem respeitar todos os bens humanos básicos; **8.** Devemos fomentar tanto o bem individual quanto o bem comum, o bem comunitário; **9.** Devemos obedecer aos ditames de nossa consciência.

Com efeito, o “produto” desses requisitos, dessas demandas de racionalidade prática, é a moralidade. Assim, Finnis logra correlacionar o conceito de *direito* (exercício da força normativa) com o de *justiça* (critério de moralidade, de validade/justificação).

A ideia mesma de direito natural demanda a existência do direito positivo (que não a simplesmente reflete: não há “identidade” entre direito natural e direito positivo. O direito positivo pode instanciar de diferentes maneiras o direito natural, dependendo de aspectos sociais, históricos, etc.). Afinal, o direito natural é uma ideia embaçada. Dessa maneira, o direito positivo deve ser guiado pela ideia de moralidade com vistas ao bem individual e comum (florescimento humano individual e comunitário).

E é nessa instância que cabe investigar, como será feito em capítulo apartado mais adiante, em que medida o direito que vem sendo praticado nos tribunais superiores, especialmente no Brasil, está em consonância com os princípios do direito natural conforme vistos, especialmente no que concerne a temas polêmicos da atualidade.

Tais bens na concepção do autor evidenciam/dirigem o sujeito às formas básicas de bem através de sua ação, conferindo inteligibilidade (sentido, finalidade) a mesma. Deste modo tais princípios seriam evidentes, e agir contra os mesmos seria agir contra nossa própria natureza.

A natureza humana antecederia toda a moral, sendo que há valores/bens que foram naturalmente surgindo e sendo compreendidos pelos seres humanos como bons, desejáveis, etc.

E é justamente a razoabilidade prática, nosso intelecto enquanto dirigido à ação inteligente, que possui a capacidade de compreendê-los como valiosos. Em virtude disso são tidos como primeiros princípios práticos: possibilidades e oportunidades oferecidas pela natureza humana nas quais o sujeito pode tomar parte, através de seus atos de vida, ações.

Alguns desses bens podem nos ser melhor trazidos tomando em apreço o trecho abaixo transcrito, extraído da obra de John Finnis, *Lei Natural e Direito Natural*. (2007b, p. 89):

Todas as sociedades humanas demonstram uma preocupação com o valor da vida humana; em todas, a autopreservação é aceita, em geral, como um motivo apropriado para a ação, e em nenhuma delas o homicídio é permitido sem alguma justificativa bem definida. Todas as sociedades humanas encaram a procriação de uma nova vida humana como, em si mesma, uma boa coisa, a menos que existam circunstâncias especiais. Nenhuma sociedade humana deixa de restringir a atividade sexual; em todas as sociedades existe alguma forma de proibição de incesto, algum tipo de oposição à promiscuidade ilimitada e ao estupro, alguma preferência por estabilidade e permanência nas relações sexuais. Todas as sociedades humanas demonstram preocupação com a verdade por meio da educação dos jovens em questões não apenas práticas (e.g. evitação do perigo), como também especulativas ou teóricas (e.g. religião). Os seres humanos, que só sobrevivem à infância quando são bem cuidados, vivem em sociedade, ou às margens de alguma sociedade que invariavelmente se estende para além da família nuclear, e todas as sociedades demonstram favorecer os valores de cooperação, do bem comum acima do bem individual, da obrigação entre os indivíduos e da justiça dentro dos grupos. Todas conhecem a amizade. Todas têm alguma concepção de meum e tuum, direito à propriedade ou patrimônio, e de reciprocidade. Todas valorizam o jogo, sério e formalizado, ou informal e recreativo. Todas tratam o corpo dos membros mortos do grupo de algum modo tradicional e ritual que é diferente do modo como descartam o lixo. (FINNIS, 2007b, p. 89)

Percebe-se que da passagem acima vários “bens humanos básicos” podem ser depreendidos ('vida', 'conhecimento', 'estabilidade nas relações', 'autopreservação', 'procriação', 'educação', 'Cooperação', 'bem comum', 'obrigação entre os indivíduos', 'justiça entre os grupos', 'concepção de *meum* e *tuum*' etc).

Ainda segundo Finnis (1980) não há hierarquia entre os bens humanos básicos. Poder-se-ia dizer que na percepção e trato dos bens humanos segundo esta ótica seriam atravessados diferentes estágios no que concerne à percepção destes bens pelos sujeitos humanos: Primeiramente a inferência dos bens, perceber o estado das coisas, e a partir daí a valoração destes bens (percepção destes enquanto 'bons'). Em um estágio posterior viria o estabelecimento dos critérios segundo os quais são valorados os referidos bens, desaguando no conceito de lei e na criação dos aparatos jurídicos – ordenamentos jurídicos.

Não por acaso os sistemas legais de direito contemporâneo e os diversos ordenamentos jurídicos alicerçam-se e são motivados principalmente pela tutela relativa a esses bens. Tal é o caso da propriedade privada em relação ao direito civil/patrimonial e a questão de tratamento e proteção ao bem vida no caso da tutela jurisdicional relativa ao ramo direito penal.

Contudo, a fim de melhor compreender a ideia de bens humanos básicos, torna-se relevante discorrer sobre outro elemento abordado tanto por Tomás de Aquino quanto pelos autores da nova escola do direito natural: a questão da auto evidência relativa a tais bens.

2.1- Auto evidência dos bens humanos básicos

Tomás de Aquino em suas teorizações já ressaltava o caráter de auto-evidência e (**inderivabilidade**) dos bens humanos básicos, contudo relacionando este caráter de auto - evidência a outros elementos relativos a inclinações humanas.

Mais avançando no tema há outro aspecto relevante a abordar.

Segundo FINNIS (2007, p. 35) ao destacar a auto evidência dos primeiros princípios práticos da razão que levam a busca dos bens humanos básicos, Tomás de Aquino enfatiza a relatividade desta auto evidência dos mesmos nos sujeitos,

ressaltando a afinidade entre o ‘entendimento’ destes princípios e a busca da compreensão/conhecimento sobre o objeto a que se referem.

Em comunhão com essa ideia Finnis (2007a) considera que a compreensão dos bens humanos básicos não se trata de mera ‘intuição’ sem conteúdo:

Cada um dos primeiros princípios práticos como auto-evidentes (per se notum : conhecido por si mesmo) e não dedutíveis (primum e indemonstrabile). Ele não pensa, entretanto, que eles sejam “intuições” sem conteúdo; mesmo os primeiros princípios indemonstráveis em todo o campo do conhecimento humano são conhecidos apenas pelo insight (intellectus) dos dados da experiência (aqui, de causalidade e inclinação). (FINNIS, 2007a, p. 34)

A noção de auto evidência dos bens humanos básicos nos é ainda mais esclarecida por Finnis na obra ‘ Lei Natural e Direitos Naturais’, quando o autor desenvolve a respeito do tema:

A minha tese, então, é a seguinte: o entendimento primário de alguém sobre o bem humano e sobre o que é valioso para seres humanos almejam, fazerem, terem ou serem é alcançado quando se considera o que seria bom e valioso fazer, pegar, ter e ser – isto é, por definição quando alguém está pensando praticamente (FINNIS, 2007b, p.12)

As teses de Finnis (2007), tomando em apreço o arcabouço de Tomas de Aquino, nos levam inclusive a melhor compreender o caráter de **naturalidade** dos bens humanos básicos aos seres humanos:

A passagem a seguir ilustra este aspecto:

A vontade é, para ele (Aquino), uma resposta inteligente a um bem inteligível: a vontade de alguém está “em” sua razão {voluntas in ratione}. Ele deixa isso muito explícito: Que as ações humanas são corretamente ditas como naturais no sentido moralmente relevante de “natural”) quando e porque elas são inteligentes e razoáveis (STI-IIq. 71 a.2)): e ainda que existem inclinações que são naturais, no sentido de que elas são geralmente encontradas ou caracterizam algum ou mesmo a maioria dos indivíduos, contudo não sejam naturais, porque falta algum objeto inteligivelmente bom. Assim, a prioridade explanatória deve estar concordando com os próprios bens humanos básicos. E com sua desejabilidade auto-evidente, que faz cada um deles o objeto de uma inclinação na vontade de qualquer um suficientemente inteligente e maduro para entender a bondade deles (

isto é, como eles tornam o ser humano mais desenvolvidos, mais “perfeitos”{completos}). Uma inclinação deste tipo é relevante na razão prática , porque seu objeto é desejável , e desejável porque ele contribuiria no florescimento de qualquer um .Dizer isso não é o mesmo que dizer que nossas inclinações naturais àquilo que contribui para o nosso florescimento são mero acidente.(FINNIS, 2007a, p. 38)

Neste sentido podemos extrair que a ideia de naturalidade dos bens humanos tidos como caros e desejáveis está fortemente relacionada com o caráter de racionalidade inerente ao sujeito humano.

2.2 - Articulação entre a ideia de insight e a apreensão dos Bens Humanos Básicos

Neste ponto de nossa exposição cabe trazer elementos da obra do filósofo Bernard Lonergan⁴ que podem nos auxiliar em uma melhor compreensão das noções de auto-evidência e naturalidade dos bens humanos básicos apreendidos pela razão prática: a noção ou ideia de ‘insight’ desenvolvida pelo referido autor na célebre obra “Insight – A Study of Human Understanding”(1957).

Contudo deve ser considerado primeiramente que esta aproximação deve-se se dar de forma estrita e pontual, devendo-se somente ao fato de que a aproximação entre as teorias presta-se no auxílio da compreensão acerca da questão da categoria relativa aos bens humanos básicos. Trata-se de dois projetos filosóficos distintos, mas que permitem uma aproximação neste ponto.

De fato ambos os autores trabalham no sentido da percepção dos bens tidos como caros socialmente, e ambos estabelecem listas acerca dos bens,

Finnis apresentando uma lista de bens não fixa, sendo que não há em seu viés hierarquia entre estes, dando ênfase ainda no sentido de que o contexto histórico mutável influi na valoração destes bens.

Por outro lado Lonergan apresenta um projeto mais relacionado à uma propedêutica metafísica, mas que pode ser revelador e auxiliar na tarefa dos estudiosos do tema em relação à compreensão a noção de bens humanos básicos e especialmente da evolução desta noção.

Tomando em apreço as teorizações de Lonergan (1957) é possível inferir a articulação entre a ideia de *insight*, desenvolvida pelo mesmo e o processo de ‘compreensão’ pelos sujeitos dos bens humanos básicos.

⁴ Bernard Joseph Francis Lonergan (17 de dezembro de 1904 - 26 de novembro de 1984) foi um canadense filósofo e teólogo de tradição tomista e também um economista. Foi professor do Colégio Loyola, de Montreal, da Universidade de Toronto (Regis College), da Pontifícia Universidade Gregoriana do Boston College. Lonergan é autor, entre outras obras, de *Insight: A Study of Human Understanding* (1957) e de *Method in Theology* (1973), trabalhos que estabeleceram os lineamentos daquilo ele denominaria *Método Empírico Generalizado* (Generalized Empirical Method - GEM).

Tomás de Aquino ressaltava em sua obra a relatividade do aspecto da auto evidência dos bens humanos básicos aos sujeitos, ressaltando a afinidade entre o ‘entendimento’ destes princípios e a busca da compreensão/conhecimento sobre o objeto a que se referem.

Por sua vez Lonergan (1957) também defende sua tese no sentido de que o *insight*, conforme definido e teorizado pelo autor, está relacionado com uma **inclinação humana direcionada á busca do conhecimento**. Tal assertiva nos direciona a uma afinidade entre a ideia de insight e as ideias acerca da apreensão dos bens básicos, destacando o caráter de relatividade desta apreensão trazido por Tomás de Aquino.

Bernard Lonergan, no capítulo introdutório de sua obra “Insight – A Study of Human Understanding”, formula algumas asserções que nos direcionam no sentido desta correlação, auxiliando-nos na tarefa de melhor compreender o aspecto da auto evidência e da naturalidade dos bens humanos básicos.

O excerto abaixo nos revela esta correlação de ideias:

Nas profundezas de todos nós, emergente quando o clamor dos outros apetites estão já repousando, há uma inclinação por conhecer, por compreender, de ver por que, de descobrir a razão, de encontrar a causa, de explicar” (LONERGAN, 1957, p.36)

Lonergan (1957) trabalha sua ideia de Insight propondo colocações que, tal como os teóricos da nova escola do direito natural, nos levam a inferir um aspecto de naturalidade gradativa na evolução do conhecimento, nos conduzindo, através da complementação entre as ideias até agora expostas, a estabelecer uma relação com a ideia de naturalidade segundo a qual esses bens mais básicos vão sendo compreendidos pelas comunidades sociais através dos tempos: “O domínio intelectual da matemática, dos departamentos da ciência, da filosofia, é fruto de uma lenta acumulação de pequenos insights.” (LONERGAN, 1975)

Neste sentido percebemos que, assim como os autores das novas teorias jusnaturalistas, Lonergan considera que o *insight* está relacionado com uma **inclinação humana direcionada à busca do conhecimento**. Tal assertiva nos direciona a uma coadunância entre a ideia de *Insight* e as ideias acerca dos bens humanos básicos, conforme desenvolvidas por Finnis (2007a) a partir das categorizações de Tomás de Aquino.

Observa-se que as duas proposições teóricas apontam na mesma via, ressaltando o que consideram como uma inclinação inerente aos seres humanos no sentido de direcionarem suas ações com vistas a perseguir determinados bens que são especialmente prezados e valorados no convívio social.

Importante lembrar que para Tomás de Aquino e Finnis (2007a) o **conhecimento** consubstancia-se como um dos bens humanos mais caros e desejáveis a serem perseguidos nas vidas humanas em busca da Eudaimonia. Este conceito, entendido, desde Aristóteles, como um “processo”, pode ser traduzido como *human flourishing* – ‘Florescimento Humano’), sendo tido como um dos primeiros princípios fundamentais da teoria da razão prática.

Por sua vez Lonergan, ao delinear ao leitor sua concepção de *insight*, relaciona-a diretamente à maneira como na sua concepção se dá e é compartilhada a busca pelo **conhecimento**, a evolução do conhecimento no sujeito e o “compartilhamento social e atemporal deste”.

O referido autor ressalta é a ideia de construção gradativa na forma como a qual o **conhecimento** vai evoluindo e passando nas sociedades humanas através de cada geração.

Tal aspecto é mais aprofundado na presente passagem de Lonergan (1957):

Uma vez que alguém compreendeu, esta pessoa cruzou uma linha: O que um momento atrás foi um problema insolúvel, agora se torna incrivelmente simples e óbvio. Mais que isso, tende a permanecer simples e óbvio. Por mais laboriosa a primeira ocorrência de um insight possa ser, a subsequente repetição ocorre quase a vontade. Esta é, também, uma característica universal do *insight* e, mais que isso, constitui a possibilidade do aprendizado. Porque nós podemos aprender desde que nós adicionemos um insight em um insight, desde que o novo não exclua o velho, mas complemente e se combine com este. (LONERGAN, 1957, p. 06)

Once one has understood, one has crossed a divide: What a moment ago was unsolvable problem, now becomes incredible simple and obvious. Moreover, it tends to remain simple and obvious. However laborious the first occurrence of an insight may be, subsequent repetitions occur almost at will. This, too, is an universal characteristic of insight and, indeed, it constitutes the possibility of learning. For we can learn inasmuch as we add insight to insight, inasmuch as the new

does not extrude the old but but complements and combines with it.
(LONERGAN, 1957, p. 06)

Deste modo, cada ideia e conclusão obtida através da deliberação, ou seja, cada *insight* é fundado e construído a partir de outro, um *insight* se fundando em outro anterior. E desta forma vai se delineando e evoluindo o que chamamos de conhecimento.

Destaca-se que para Lonergan o *insight* não é uma ocorrência isolada, sem conteúdo. Assim como na ideia de razão prática de Finnis, Lonergan enfatiza que na ocorrência do insight estão contidas a ideia de **deliberação**, de construção do conhecimento, de **reflexão** provocada pelo mundo exterior, de *inquiry*.

O autor nos direciona a compreender mais efetivamente um de nossos problemas centrais, qual seja, a ideia de auto evidência inerente aos bens humanos básicos. Pois se assim como o insight não se dá de maneira isolada e desconectada do esforço cognitivo, ou ‘tensão do questionamento’, o mesmo ocorre com a noção de auto evidência dos bens básicos, uma vez que segundo Finnis (2007a), a compreensão dos mesmos não se trata de mera ‘intuição’ sem conteúdo:

Tomás de Aquino considera cada um dos primeiros princípios práticos como auto-evidentes (per se notum : conhecido por si mesmo) e não dedutíveis (primum e indemonstrabile). Ele não pensa, entretanto, que eles sejam “intuições” sem conteúdo; mesmo os primeiros princípios indemonstráveis em todo o campo do conhecimento humano são conhecidos apenas pelo insight (intellectus) dos dados da experiência (aqui, de causalidade e inclinação). (FINNIS, 2007a, p. 34)

Deste modo, confrontando as reflexões de Finnis (2007a) com a ideia de Insight de Lonergan (1957) podemos perceber que a ideia de ‘insight’ realizado na busca da compreensão e construção do conhecimento de certa forma já estava contida na reflexão inclusive Aquiniana acerca da auto evidência dos bens humanos básicos:

[...] O processo de compreensão de um primeiro princípio prático pode ser exemplificado como se segue, em relação ao bem básico do conhecimento. Como uma criança experimenta a inclinação para fazer perguntas e saúda respostas aparentemente satisfatórias com satisfação, e falhas ao responder com um desapontamento, em determinado ponto alguém vem a entender – tem o insight – que tais respostas são instâncias de uma possibilidade geralmente disponível, denominada conhecimento, descoberta e superação da ignorância. Por um insight distinto posterior, ainda que frequentemente quase

simultâneo, alguém entende que este – conhecimento – não é meramente uma possibilidade, mas também um bem [bonum], ou seja, uma oportunidade, um *benefíci*, algo desejável como um tipo de aperfeiçoamento(uma *perfectio*)de sua própria condição ou a de qualquer um, e como algo a ser *perseguido*.(FINNIS, 2007a, p.36)

E nesta mesma via a noção de auto evidência dos bens humanos é colocada por Finnis na obra ‘ Lei Natural e Direitos Naturais’, quando o autor desenvolve a respeito do tema:

A minha tese, então, é a seguinte: o entendimento primário de alguém sobre o bem humano e sobre o que é valoroso para seres humanos almejam, fazerem, terem ou serem é alcançado quando se considera o que seria bom e valoroso fazer, pegar, ter e ser – isto é, por definição quando alguém está pensando praticamente(FINNIS, 2007b, p.12)

Lonergan (1957), dentre os elementos que constituem o insight, propõe que “o Insight surge como uma liberação para a tensão da indagação”.

Tal princípio nos evidencia ainda mais a ideia de não dissociação segundo a qual o autor distingue o insight de uma mera intuição sem conteúdo. Assim como Tomás de Aquino e Finnis relacionam a auto evidência e a percepção dos primeiros princípios práticos da razão com o *intellectus* dos dados da experiência.

A ideia de insight de Lonergan, conforme delineada em sua obra, demanda o esforço intelectual movido pela inclinação inerentemente e biologicamente humana em aprender, ir além, avançar, questionar, imaginar, conforme percebemos na seguinte passagem:

Nós já tivemos ocasião para falar da tensão psicológica que tem a sua libertação no prazer da descoberta. É esta tensão, esta inclinação, este desejo de compreender, que constitui o primordial “Por que”. Nomeie isto como quiser, estado de alerta da mente, curiosidade intelectual, espírito do questionamento, inteligência ativa, inclinação para o conhecimento. Sob qualquer nome, permanece o mesmo que é, eu acredito, muito familiar a você. (LONERGAN, 1957, p. 44)

Already we had occasion to speak of the psychological tension that had its release in the joy of discovery. It is thus tension, that drive, that desire to understand, that constitutes the primordial “Why”. Name it what you please.alertness of mind, intellectual curiosity, the sprit of inquiry, active intelligence, the drive to know.Under any name, it

remains the same and is, I trust, very familiar to you.(LONERGAN, 1957, p. 44)

E neste contexto consegue-se alcançar ainda importante categoria trazida por Finnis através do desenvolvimento das ideias de Tomás de Aquino, qual seja a ideia de **‘inderivabilidade dos bens humanos básicos’**, uma vez que segundo Finnis (2007a) a compreensão dos bens humanos básicos se dá através da razão e do intelecto na deliberação prática ordenada ao agir, escolher, etc.

Finnis (2007a) considera que os bens humanos básicos são auto evidentes na medida em que são inferidos mediante a razão e o intelecto, sendo que é justamente a razoabilidade prática tal como descrita pelos autores que nos permite a inferência e compreensão destes primeiros bens humanos básicos a serem perseguidos.

Das reflexões de Finnis (2007a) podemos perceber que a ideia de ‘insight’ realizado na busca da compreensão e evolução do conhecimento de certa forma já estava contida na reflexão inclusive Aquiniana acerca da auto evidência dos bens humanos básicos:

O processo de compreensão de um primeiro princípio prático pode ser exemplificado como se segue, em relação ao bem básico do conhecimento. Como uma criança experimenta a inclinação para fazer perguntas e saúda respostas aparentemente satisfatórias com satisfação, e falhas ao responder com um desapontamento, em determinado ponto alguém vem a entender – tem o insight – que tais respostas são instâncias de uma possibilidade geralmente disponível, denominada conhecimento, descoberta e superação da **ignorância**. Por um insight distinto posterior, ainda que frequentemente quase simultâneo, alguém entende que este – conhecimento – não é meramente uma possibilidade, mas também um bem [bonum], ou seja, uma oportunidade, um *benefíci*, algo desejável como um tipo de aperfeiçoamento(uma *perfectio*)de sua própria condição ou a de qualquer um, e como algo a ser *perseguido*.(FINNIS, 2007a, p. 36)

Lonergan (1957) por sua vez ainda coloca que esta necessidade instintiva primordial se define na própria ‘questão’, na ‘busca pela resposta’. Deste modo, a questão precede o insight, o conceito, as palavras, porque ela pressupõe experiências e imagens. Estas por sua vez desencadeiam indagações, pensamentos, o alçamento do instinto primordial. E é nesse sentido que Aristóteles proclama que “a indagação é o começo de toda a ciência e filosofia”.

Como se verifica, a coadunação entre as ideias de Aquino, Lonergan e por fim Finnis, como principal expoente da nova escola jusnaturalista, nos levam a compreender melhor princípios fundamentais para essa escola de pensamento, tais como razão prática, bens humanos básicos, a inderivabilidade destes bens, sua auto-evidência e relatividade, a fim de que possamos melhor compreender os princípios teóricos por ora em apreço, como se desenvolveram e sugiram na filosofia legal e sua influência no direito contemporâneo.

CAPÍTULO 3

A filosofia legal e a Lei Natural

Segundo Finnis (1980, p 91), nós podemos falar de lei (law) sempre quando estivermos falando de obrigação. Também podemos usar a palavra ‘lei’ de uma maneira ainda mais ampla, e falar de lei(s) sempre quando queremos nos referir ao aspecto da normatividade, tomando em apreço o aspecto das deliberações do sujeito sobre o que fazer quando confrontado com um campo de possibilidades para ações.

Neste ponto cabe brevemente comentar a distinção entre “lex” e “jus”, uma vez que os autores os quais se debruçam sobre a temática apresentam distinções na sua conceituação.

Em Tomás de Aquino, *“A lei – lex – é certa regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se da ação (...) Pertence à lei – lex – preceituar e proibir”*. (‘Questão 90, A ‘Essência da Lei’, artigos 1 e 2’) Importante observar que Tomás de Aquino distingue os conceitos, mas os apresenta como complementares, diferindo, pois, de outros autores. Neta via, nem sempre tais conceitos foram considerados complementares.

Thomas Hobbes (1588-1679), por exemplo, também os distingue. No quarto capítulo de “Leviatã” ele afirma:

[...] embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir Jus e Lex, o direito e a lei, é necessário distingui-los um do outro. Pois o Direito consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a Lei determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma questão”. (HOBBS, 2003, p. 112).

Por sua vez Hans Kelsen (1881-1973), em sua “Teoria Pura do Direito”, aproveitando a distinção hobbessiana, também problematiza a distinção entre “direito” e “lei”. E ele o faz recorrendo à língua inglesa, na qual temos “Right” e “Law”. “Direito”

(*Right*) denotaria o direito subjetivo, o ‘direito do sujeito S’, por exemplo. “Direito” (*Law*) significaria a ‘ordem jurídica’, o direito objetivo (KELSEN, 2003, p. 141)

Finnis (1980, p. 81) ainda destaca algumas acepções as quais podem ser empregados os termos ‘lei’ e ‘natural’ em sua teoria acerca da razão prática. Mesmo possuindo outros significados, ‘lei’ nesse âmbito pode se referir a qualquer critério de julgamento correto em matéria de prática (conduta, ação), qualquer padrão para acessar opções para a conduta humana como boa ou ruim, certa ou errada, desejável ou indesejável, decente ou indigna. E neste sentido, segundo o autor, seria como a palavra é usada no termo ‘Lei Natural’.

Já a palavra ‘natural’ nessa acepção de teoria normativa pode ser utilizada para significar que os padrões acima referidos – bom, ruim, certo, errado, etc. – são de alguma maneira prioritariamente relativos a qualquer conduta humana, não sendo esses padrões prévios o produto de uma escolha individual ou coletiva. Tais padrões não podem ser repelidos, mesmo que possam ser violados, desafiados ou ignorados.

Necessário destacar que a categoria “Natural” para Finnis não pode ser compreendida como algo exterior a nós. Para Finnis (1965), seguindo uma tradição que remonta a Tomás de Aquino, e é bem definida por Germain Grisez em sua obra “O primeiro princípio da razão prática” (*The First Principle of Practical Reason*, 1965), a referida categoria estaria ligada a ideia de racionalidade inerente ao ser humano, à razão que oferece inteligibilidade à ação, ou seja, natural porquanto racional. E neste sentido a razão, elemento que fundamenta nossa humanidade, seria o fundamento da lei natural.

A ideia de não exterioridade ao ser humano da categoria “Natural” pode ser mais bem compreendida trazendo Ferraz (2016), quando ressalta ao discorrer sobre as teorias supracitadas que “a racionalidade prática inicia sua atividade perscrutando o indivíduo mesmo a *partir de dentro*, a partir de suas inclinações naturais”:

E importa também termos em mente a ideia de racionalidade prática, uma ideia que ficou na penumbra desde o Iluminismo até os anos 1960. Segundo Tomás de Aquino, e isso é algo retomado pelos teóricos contemporâneos aqui citados, a racionalidade prática inicia sua atividade perscrutando o indivíduo mesmo a partir de dentro, a partir de suas inclinações naturais. E aqui, cabe deixar claro que nem Tomás de Aquino nem Grisez ou Finnis entendem “inclinação” no sentido empirista que frequentemente lhe é atribuído. Os bens básicos — per se nota e pré-morais que fundamentarão a moralidade das ações

— não são inferidos de inclinações naturais, de “tendências” expressas antropologicamente e observadas empiricamente. Eles são apreendidos a partir da compreensão (intelecção) dos objetos próprios de cada inclinação (que lhe conferem inteligência). (FERRAZ, 2016, p.)

Percebe-se através dessas considerações que os modelos de justiça, a atividade jurisdicional ao analisar a conduta humana e aplicar o direito, no que concerne a condutas tipificadas ou descritas nos ordenamentos jurídicos como criminosas e/ou ilegais, e consequentemente o estabelecimento da jurisprudência, guardam relação com os elementos explicitados neste âmbito teórico.

É possível inferir, nesta via, que os bens humanos mais caros, conforme passaram a ser assim percebidos nas sociedades humanas, apesentam-se na contemporaneidade justamente como os derradeiros objetos ou bens protegido pela atividade legal estatal, tanto na esfera cível, penal e nas demais áreas nas quais se subdividem as atividades ligadas ao direito.

Em afinidade com a teoria política de Tomás de Aquino, o qual considerava que aos governantes incumbia empregar à coletividade aquilo que a razão voltada para a ação compreendia como sendo o mais desejável, Finnnis considera que os elementos da lei natural aplicados ao indivíduo podem e são ampliados em uma maior escala quando se fala em coletividade, sociedade política e ordem coletiva, conforme melhor explicitada no trecho abaixo, retirado do ensaio *A grand Tour of Legal Theory*⁵

Pela natureza os desejos de alguém, sejam inteligentes(tais como conhecimento e amizade) ou principalmente emocionais(como comida saborosa, sexo, poder, reputação, e nessa via em diante) estão em necessidade de ser governados e moderados pelos padrões da razão. Estes padrões estendem-se além de ajustar e por em ordem a própria razão psíquica de algum sujeito, e incluem o estabelecimento e a manutenção de uma boa ordem com e entre os conviventes. Justiça na alma, de fato na completa realização do particular individual, é a fonte, e espelha-se e é refletida pela justiça na sociedade. A natureza da sociedade política é a natureza de um ser humano individual em uma maior escala. (FINNIS, 1979, p. 93)

⁵ FINNIS, *A grand Tour of Legal Theory*, Ensaio integrante da obra *Collected Essays*. 1979).

Mas vejamos como pode ser articulada a teoria da lei natural e seus elementos, conforme já discorrido por nós neste trabalho, com a atividade jurisdicional estatal e o estabelecimento da jurisprudência.

Finnis (2002) apresenta na parte introdutória de seu ensaio ‘A Grand Tour of Legal Theory’ elementos cruciais ao estabelecer-se a relação da lei natural em uma escala de consciência individual com uma escala coletiva, e mais relevantemente em relação ao aspecto jurídico, expandindo esta relação aos ‘agentes responsáveis pelas disposições de um grupo’, dando especial ênfase a atividade jurisdicional:

Três pontos introdutórios no que concerne a tradição da teoria da lei natural se apresentam como segue: Seu propósito guia é responder (1) as questões paralelas de uma consciência individual ou de um grupo ou dos responsáveis pelas disposições de um grupo(como por exemplo, um juiz): ‘O que eu devo fazer?’ ‘O que nós devemos decidir, promover, exigir, decretar?’ É verdade, estas questões normativas não podem ser respondidas satisfatoriamente sem um conhecimento não-limitado sobre os fatos de como o mundo funciona. Então, boas descrições, gerais e específicas, são necessárias. Mas descrições são de interesse derivativo e secundário. A preocupação dominante é *julgar para alguém* que razões são boas razões para adotar ou rejeitar espécies específicas de opções. Sociedades e suas leis e instituições devem portanto ser compreendidas como se fossem compreendidas por um participante em deliberações sobre fazer ou não fazer as escolhas(de ações, disposições, instituições, práticas, etc.) as quais moldam e amplamente constituem a realidade da sociedade e determinam seu valor ou ausência de valor. (FINNIS, 1979, p. 93)

A título somente de melhor delinear este ponto, necessário destacar o fato de que, tomando-se o universo dos filósofos que se secularmente se debruçaram em suas teorias sobre o pensamento legal, e procuraram dar conta da questão legal relacionada à lei e às normas de direito estatal, seus elementos e sua eficácia, percebe-se que a ideia do que se entende por **razão prática**, defendida pela nova escola do direito natural, , não integra grande parte dessas teorias.

Contudo, ao se referir à tradição moderna da Lei Natural, Finnis (2002) apresenta uma explanação cuidadosamente cronológica das principais teorias que

pretendem dar conta do aspecto legal (lei), mas principalmente tomando o devido cuidado de apontar e detalhadamente apresentar os elementos constitutivos destas teorias, e no seu entender algumas falhas atinentes as mesmas.

E com veremos a seguir, a principal falha nas referidas teorias é justamente não levar em conta a noção de razão prática, adquirindo desta maneira perspectivas incompletas ou reducionistas que não dão conta à totalidade da dimensão do pensamento dos sujeitos nem em relação à teoria legal.

3.1. Primeiros Esboços da Teoria da Lei Natural (Locke, Pufendorf e Hobbes)

Para Finnis (2002) a tradição moderna da Lei Natural tem início por volta de 1660, quando Samuel Pufendorf⁶ publicou a obra *Elements of Universal Jurisprudence*. Um esboço ou conjunto de elementos característicos do tipo de teoria da lei natural por ora abordado – teoria da razão e da ação prática – pode ser observada na obra acima referida, bem como em todo o tratado de Pufendorf denominado *On the Law of Nature and of Nations*.

Tais elementos também podem ser encontrados na obra de John Locke⁷ denominada *On the Law of Nature and of Nations*, escrita entre 1660 e 1664 de acordo com pesquisadores.

Finnis aponta que ambos os autores supracitados são claramente derivativos de Hugo Grotius⁸, e em outras maneiras de Thomas Hobbes⁹.

Deste modo, cabe a seguir trazer mais precisamente alguns elementos em particular das teorias destes autores.

⁶ **Samuel Pufendorf** (1632 — 1694) foi um jurista alemão. Foi um dos expoentes da corrente jusnaturalista e do transpersonalismo, tendo os seus escritos influenciado de forma duradoura o ensino do Direito na maioria da Europa, com destaque para os países de tradição católica, entre os quais Portugal, onde as suas obras foram adoptadas como manuais na Universidade de Coimbra.

⁷ **John Locke** (Wrington, 29 de agosto de 1632 — Harlow, 28 de outubro de 1704) foi um filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social^[1].

⁸ **Hugo Grócio, Hugo Grotius, Huig de Groot ou Hugo de Groot**; (Delft, 10 de abril de 1583 — Rostock, 28 de outubro de 1645) foi um jurista a serviço da República dos Países Baixos. É considerado o fundador, junto com Francisco de Vitória e Alberico Gentili do Direito internacional, baseando-se no Direito natural. Foi também filósofo, dramaturgo, poeta e um grande nome da apologética cristã.

⁹ **Thomas Hobbes** (1588 — 1679) foi um matemático, teórico político e filósofo inglês, autor de Leviatã (1651) e Do cidadão (1651). Na obra Leviatã, explanou os seus pontos de vista sobre a natureza humana e sobre a necessidade de um governo e de uma sociedade fortes.

3.2. A Teoria de Pufendorf

Samuel Pufendorf exerce, através do desenvolvimento de sua teoria, especialmente no que tange a questão da justificação da aderência do indivíduo humano ao pacto social, e conseqüentemente, entre outros elementos, ao aspecto jurídico e legal desenvolvido e praticado pelo Estado a partir desta evolução histórica, importante papel no desenvolvimento e elucubrações acerca da doutrina do direito natural conforme procuramos apresentar no presente trabalho.

Em contraposição especialmente com Hobbes, em alguns pontos, e também por aproximação e afinidade com o referido autor, em outros, suas teorizações nos permitem melhor compreender alguns pontos da constituição do modelo jusnaturalista, tal como o caráter interno deliberativo racional humano, ressaltado em sua obra por outro lado também questões relativas à sociabilidade, adquirindo estas questões especial relevância no desenvolvimento e evolução do estado, no aspecto político relacionado à coletividade, no que diz respeito às normas do direito estatal.

Neste sentido, elemento a ser ressaltado na obra de Pufendorf é o aspecto da sociabilidade, elemento o qual adquire especial relevância em sua teoria. Para o referido autor este aspecto se revela como importante fundamento a elucidar o aspecto evolutivo do comportamento social humano e também sua aderência ao pacto social, levando-se em conta que ao mesmo tempo em que sofre grande influência do pensamento de Hobbes, se contrapõe ao mesmo em alguns pontos que distinguem sua teoria da do referido autor e a aproximam dos aspectos relacionados à teoria do direito natural, da qual é grande influente.

Pufendorf difere de Hobbes ao defender a ideia de que o indivíduo humano, em contraposição a uma natureza má, que o coloca constantemente em um “estado de guerra”, possui uma tendência natural à sociabilidade, a um comportamento mais cooperativo em suas relações sociais, fruto de uma convivência social e ao mesmo tempo do aguçamento do aspecto cooperativo verificado nas relações antes mesmo do surgimento do Estado, garantindo-se certos princípios depois do surgimento deste.

Este aspecto de sociabilidade, portanto, se relaciona a um aspecto evolutivo nas relações humanas.

Neste sentido coloca Pufendorf (2007, p. 89)

As leis naturais são aquelas que estão de acordo com a natureza sociável do homem, que uma sociedade honesta e pacífica não poderá se manter entre a humanidade sem elas, donde que isto pode ser buscado, e seu conhecimento adquirido pela luz daquela razão, que nasce com todos os homens, e por uma consideração da natureza humana em geral.

Outro aspecto a destacar na teoria de Pufendorf, que se revela de especial relevância a distinguir sua teoria da de outros autores, tais como Hobbes, e ao mesmo tempo leva a ressaltar alguns aspectos básicos da doutrina jusnaturalista segundo as tendências por ora explicitadas, é o fato de o autor defender a ideia de que a lei natural, fundada na racionalidade deliberativa inerente ao ser humano, já se encontrava presente e atuante no dito estado de natureza.

E neste sentido o Estado moderno, para Pufendorf, se traduziria como uma espécie de evolução, uma sofisticação do aspecto moral inerentemente humano, um arranjo ao qual os indivíduos humanos adeririam a fim de melhor fomentar no aspecto de convivência política aquilo que sua razão já indicava como algo bom e necessário a ser seguido: autopreservação, reconhecimento da dignidade de todos, garantias relativas ao direito de propriedade sua e dos outros, busca do bem estar coletivo, a prevenção acerca de atos que sejam negativos à coletividade e ao indivíduo, etc.

3.3. Contrato Social em Locke

John Locke através de sua obra institui ponderações que ao mesmo tempo em que buscam compreender a questão do pacto social também ressaltam a questão relativa à lei natural, no entender deste autor essencial a fim de compreender o poder em sua dimensão política.

Mesmo não dissociando a questão humana da questão divina, uma vez que Locke compreende que “o ser humano é um artefato divino”, o autor chama a atenção a uma espécie de condição natural, algo que é inerente ao ser humano, por isso condição

ocorrente inclusive no chamado ‘estado de natureza’, sendo que esta condição natural o autor coloca como uma ‘condição de liberdade e igualdade naturais’. E é no tocante a este ponto que o autor considera que esta qualidade deveria ser levada em conta pelo agente político ao estabelecer os condicionamentos coletivos e sociais.

Esta condição de liberdade e igualdade natural, mais relevantemente a teoria por ora abordada, estaria relacionada à lei natural. Segundo Locke, por sua vez, a lei natural, antes mesmo da sociedade estatal, estaria apta a ser ativada por todos os indivíduos humanos, sendo leis validas e fixas de operação apropriadas à sua natureza. Em suma, estas leis seriam determinadas pela razão humana.

Mesmo nestas condições, no estado de natureza há a ausência de uma lei estatal positivada, sendo esta necessária no convívio político e social, produzindo eficácia na deliberação do Estado acerca dos conflitos de interesses entre os indivíduos.

Esta necessidade pode ser destacada no trecho ora trazido:

Sendo todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem sem o seu consentimento. A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte. (LOCKE, 2001, p. 468)

Na concepção de Locke, a criação do Estado seria então uma espécie de artifício a fim de que fosse possibilitada a garantia daquilo que a lei natural indica como mais perfeita conveniência para os indivíduos, através sobretudo dos arranjos políticos, incluindo-se nesse ponto a questão da justiça conforme engendrada e praticada pelo Estado.

3.4 - Teoria Hobbesiana

Mais criticamente falando, Finnis (2002) coloca que tomando como ponto de partida a obra *On the Law of War and Peace* (1625), Locke e Pufendorf tratam a ideia

de que a moralidade e os princípios básicos da lei são uma questão de ‘conformidade com a natureza racional’. Entretanto, Finnis aponta que os autores não consideram nem apontam claramente **como esta natureza é conhecida**, nem **por que a mesma é normativa para todos**.

Estas questões, segundo Finnis de caráter fundamental, foram confrontadas e respondidas, por sua vez, por Thomas Hobbes.

A crítica de Finnis em relação a Hobbes se dá justamente no fato de que, em suas respostas, o referido autor trata as questões caras à teoria do direito natural, sobretudo o raciocínio prático, como em sua totalidade ao serviço das paixões as quais o autor define como ‘sub-rationais’, exemplificadas pelo autor tais como o medo da morte, ou o desejo de superar outros indivíduos.

Acerca deste ponto Bobbio (1981) nos oferece importante esclarecimento, ao considerar que para Hobbes, não há nenhum critério objetivo para distinguir o bom do mau, sendo que os julgamentos de valor seriam meramente subjetivos, dependendo de opiniões individuais e/ou particulares, sem caráter prático, ou seja, mais relacionadas ao caráter passional.

Melhor esclarecimento deste ponto estaria contido no trecho de Hobbes conforme trazido:

As paixões não permitem que os homens sejam persuadidos facilmente de que o reino e a tirania são a mesma forma de Estado. Mesmo que prefiram que o Estado esteja sujeito a um só indivíduo, em lugar de muitos, pensam que não será bem governado se não o for de acordo com seu julgamento. Contudo, a distinção entre o rei e o tirano deve ser procurada com o raciocínio, não com os sentimentos. Eles não se distinguem pela amplitude do poder, já que não se pode conceder um poder mais amplo do que o soberano. Não se diferenciam também por ter o primeiro uma autoridade limitada, e o segundo não: se a autoridade é concedida com certos limites, quem a recebe não é rei, mas súdito de quem a outorga. (*De Cive*, VII, 3).

Deste modo – coloca Bobbio (1981) – para Hobbes “todos os critérios derivam da paixão, não da razão”.

Essas motivações passionais conforme trazidas por Hobbes, por sua vez de acordo com a tradição clássica, são identificadas como estando em estado de necessidade de serem direcionadas pela apreensão de nossa razão direcionada a melhores fins, “a bens verdadeiros e intrínsecos, a razões verdadeiramente inteligentes para a ação”.

Como se vê, dadas inclusive suas diferenças, nos esquemas propostos pelos autores referidos, tidos por Finnis como os fundadores da ‘teoria moderna da lei natural’, estes elementos se configuram como os primeiros princípios da moralidade, bem como da **lei positiva dos estados**.

Para Hobbes “não há lei sem um legislador, não há obrigação sem sujeição ou submissão à vontade de um poder superior”. A definição formal de lei seria a mera “declaração de um poder superior” A regulação de nossas ações seria apenas a vontade de um poder superior. ’

A fim de melhor ilustrar a concepção Hobbesiana, tanto no que concerne à lei positiva quanto à lei natural, relevante trazer algumas considerações de Bobbio(1981), uma vez que o referido autor considera, assim como a maioria dos teóricos a se debruçar sobre o tema, que para Hobbes as leis naturais, ao contrário das leis positivas, são obrigatórias somente no nível da consciência

Para Hobbes também, como para Bodin, o poder soberano é absoluto. Se não fosse absoluto, não seria soberano: soberania e caráter absoluto são unum et idem. Embora se possa dizer que “absoluto” não comporta superlativo, não chega a ser paradoxal afirmar que o poder soberano de Hobbes é ainda mais absoluto do que o de Bodin. Como vimos, Bodin considera que o poder do soberano, embora absoluto (no sentido de que não está limitado pelas leis positivas), admite certos limites (fora das leis constitucionais): a observância das leis naturais e divinas e os direitos privados. Diante porém do poder soberano absoluto concebido por Hobbes, esses limites não se sustentam. No que concerne às leis naturais e divinas, Hobbes não nega sua existência, mas afirma (justamente) que não se trata de leis como as positivas, porque não são aplicadas com a força de um poder comum; por isso não são externamente obrigatórias, mas só interiormente -isto é, no nível da consciência.

Neste sentido para Bobbio (1981) Hobbes coloca que se por um lado as leis positivas organizam para os súditos comandos a fim de que sejam obedecidos em caráter absoluto, as leis naturais seriam para apenas regras de prudência, sugerindo um determinado tipo de conduta necessária para alcançar um certo fim, sem o poder de imposição do qual a lei positiva estatal é dotada.

A respeito do tema conclui-se, portanto, que para Hobbes obrigação e lei são definidas apenas como uma questão de ‘vontade superior’ (superior will).

No entanto, para Finnis (2002) falta algo a complementar o pensamento desenvolvido por esses autores, há um elemento ausente nessas obras: trata -se justamente da falha nessas teorias ao não levar em conta a noção de razão prática. Para o autor, os princípios fundamentais morais são normas as quais seria ‘autocontraditórias’ negar.

3.5 - Lei Natural e Teoria Kantiana

Para Finnis (2011) a estratégia de assimilar as normas da lei natural (moralidade) com as da lógica encontra seu principal expoente em Kant¹⁰, cuja obra *Metaphysics of Morals* (1797) é “de algumas maneiras a mais sofisticada exposição teoria moderna da lei natural”. (FINNIS, 2011. p 97)

Kant sustenta que a razão por si só sustenta o equilíbrio entre deliberação consciente e ação. Para ele a necessidade racional decisiva para este equilíbrio é a necessidade lógica da não-contradição.

A crítica de Finnis em relação à teoria de Kant é no sentido de que as reduções de Kant da racionalidade moral ao campo da lógica falharam em razão de sua teoria básica carecer do conceito de uma razão substantiva para a ação, justamente uma razão que não seja um julgamento verdadeiro sobre fatos naturais, ou um requerimento lógico, ou uma necessidade técnica de meios eficientes para um fim definível e realizável.

¹⁰ **Immanuel Kant** (1724 — 1804) foi um filósofo prussiano. Amplamente considerado como o principal filósofo da era moderna, Kant operou, na epistemologia, uma síntese entre o racionalismo continental (de René Descartes e Gottfried Leibniz, onde impera a forma de raciocínio dedutivo), e a tradição empírica inglesa (de David Hume, John Locke, ou George Berkeley, que valoriza a indução).

Nesta via a ideia de “razão prática” em Kant é distinta da ideia de “razoabilidade prática” em Finnis. A razoabilidade prática estaria mais propriamente inserida no contexto trazido pela nova escola do direito natural aqui abordada, justamente por possuir relação direta com o aspecto racional/deliberativo inerente ao ser humano, ressaltando-se o fato de que, como já referido, o alicerce da razão prática abarca o reconhecimento por parte dos sujeitos, de maneira não derivável, dos bens humanos básicos, levando-se em consideração que estes são apreendidos tendo como ponto de partida a compreensão ou intelecção dos objetos da inclinação.

Novamente ressalta-se o caráter “interno” atinente à racionalidade prática, a qual para Tomás de Aquino possui como ponto de partida de sua atividade a sondagem e inquirição por parte do indivíduo “a partir de dentro, a partir de suas inclinações naturais”.

Relevante aspecto na obra de Kant seria o fato de que o autor articula o princípio, segundo Finnis radicalmente anti-utilitarista, segundo o qual alguém deve sempre tratar a humanidade, tanto em si mesmo quanto em outros, como um fim e nunca como mero meio, ou seja, trata-se um dos desdobramentos do próprio imperativo categórico Kantiano.

No entanto, aponta Finnis (2011), a própria definição de humanidade de Kant enfraquece a significância do imperativo categórico, uma vez que se nossa humanidade é, como ele diz, nossa racionalidade, e essa racionalidade não possui conteúdo diretivo, não nos resta nem motivação racional nem direção inteligente que possa contar na deliberação.

Mas sua própria definição especial de humanidade tiraria deste imperativo categórico sua significância. Porque se nossa humanidade é, como ele diz, nossa racionalidade, e essa racionalidade não possui elemento diretivo exceto aquele que seja consistente, nós não estamos contemplados com nenhuma motivação racional nem com nenhuma direção inteligente que pudesse contar na deliberação.

But his own official definition of ‘humanity’ would rob this categorical imperative of its significance. For if our humanity is, as he says, our rationality, and that rationality has no directive content save that one be consistent, we are left with neither rational motivation nor intelligent direction that could count in deliberation. (FINNIS, 2011, p. 97)

Chega-se segundo o autor à conclusão de que, como Locke e David Hume¹¹, Kant assume que a suposição que nos motiva em direção a um propósito ao invés de outro guarda relação com nossas paixões sub-rationais.

Desta maneira, a teoria Kantiana careceria, segundo Finnis, de quase todos os pilares da teoria clássica da Lei Natural, quais sejam, “os primeiros princípios substantivos, razões básicas para agir”, nos direcionando à busca dos bens humanos básicos, os quais devem ser tratados sempre como fins e nunca como meios.

3.6 - Positivismo Jurídico

Neste ponto, e dando sequência a relação estabelecida entre a Teoria Moderna do Direito Natural e os principais pensamentos filosóficos a se debruçarem sobre a questão da teoria legal, cabe trazer algumas considerações acerca de como os principais expoentes da nova escola do direito natural, sobretudo Finnis, analisam a questão do positivismo jurídico, sobretudo as ideias de Hans Kelsen¹².

Segundo Finnis (2011) a noção de que não existem padrões de ação exceto aqueles criados pelas convenções, comandos ou outros fatos sociais já era bem conhecida por Platão e Aristóteles¹³, sendo que desenvolver uma crítica substancial quanto a esse ponto era um objetivo desses autores e de sucessores dos mesmos, tais como como Cícero. Finnis (2011) define este pensamento como ‘Positivismo Excludivista’

Segundo o autor, na atualidade os promotores do que ele define como “**positivismo excludivista**” são os seguidores, de forma consciente ou inconsciente, de Nietzsche e outros autores que reduzem a ética e a teoria normativa legal ou política a

¹¹ **David Hume** (1711 – 1776) foi um filósofo, historiador e ensaísta britânico nascido na Escócia que se tornou célebre por seu empirismo radical e seu ceticismo filosófico. Ao lado de John Locke e George Berkeley, Hume compõe a famosa tríade do empirismo britânico, sendo considerado um dos mais importantes pensadores do chamado iluminismo escocês e da própria filosofia ocidental.

¹² **Hans Kelsen** (1881 — 1973) foi um jurista e filósofo austríaco, considerado um dos mais importantes e influentes estudiosos do Direito. Defendeu o positivismo jurídico (de cunho neokantista) sendo apoiado por H. L. A. Hart na sua forma de positivismo jurídico anglo-americano, que foi debatida por estudiosos como Ronald Dworkin e Jeremy Waldron.

¹³ e.g. NE I.3: 1094b15–16

uma ‘genealogia’, compreendida aqui como “as fontes históricas imediatas e profundas (talvez parcialmente ou totalmente filosóficas) dos padrões políticos ou legais”.

Esses padrões possuem como suas fontes imediatas os exercícios da vontade de indivíduos carismáticos ou de grupos articulados em direção à busca pelo poder. Já as suas fontes profundas seriam os esforços fundados na vontade e compulsões de dominação e submissão.

Tais ideias sobre a genealogia da moral seriam também encontradas entre os autores que promovem nos dias atuais o ‘pragmatismo’ na teoria legal.

De acordo com Finnis (2011) o **positivismo legal** por sua vez possuiria uma proposição mais modesta: De que a lei estatal é, ou deveria ser sistematicamente estudada e encarada, como se fosse “um conjunto de padrões originados exclusivamente por convenções, comandos ou outros fatos sociais do mesmo tipo”.

De acordo com Finnis (2002), conforme Bentham, Austin e Kelsen, o positivismo legal seria oficialmente neutro na questão sobre se, fora do âmbito da lei (âmbito legal), haveria padrões morais cuja diretividade (normatividade, autoridade, obrigatoriedade) não é passível de ser explicada inteiramente por nenhum fato social.

Por sua vez, a teoria legal de Kelsen propunha que talvez pudesse haver verdades morais, mas se elas existissem encontrar-se-iam completamente fora do campo de visão da ciência legal ou da filosofia.

A derradeira posição de Kelsen era de um completo ceticismo moral, indicando que a lei e sua obrigatoriedade não são nada mais do que o resultado do desejo e poder coercitivo de um superior, mencionando até mesmo elementos religiosos, como o comando de deus ‘caso houvesse deus’

Essa lógica de pensamento reforça que a única fonte de normatividade, e consequentemente da normatividade de uma norma particular, seria a positividade, compreendida aqui como “a verdadeira disposição daquela norma por um superior”.

Nessa via segundo Kelsen (1979) “até mesmo a racionalidade da lógica jamais poderia substituir um comando.”¹⁴

De acordo com Finnis (2011), em contrapartida o positivismo jurídico defendido especialmente por Joseph Raz¹⁵ e também por Hart, cada um com suas

¹⁴ Kelsen, *General Theory of Norms* (1st pub. 1979), chs 57–8.

peculiaridades, são muito diferentes do proposto por Kelsen e se distinguem da visão vulgar de positivismo.

Considera-se que na perspectiva da nova escola do Direito Natural um dos problemas do positivismo é que ele pretende tornar o direito uma ciência baseada em proposições descritivas. No entanto Finnis parte da descritividade para a normatividade.

O cerne da questão a diferenciar as posições - de Kelsen e de Raz - reside no fato de Raz fundamentar a autoridade do direito não apenas em volição estatal fundada apenas em regras formais, mas também levar em conta que o direito não pretende apenas autoridade formal, mas também autoridade moral.

O trecho abaixo trazido melhor nos revela a posição de Raz:

Si el Derecho se adecua a la tesis de las fuentes, entonces decir que hay una obligación de obedecer al Derecho es lo mismo que decir que el órgano productor de Derecho tiene autoridad (moralmente legítima) para producir Derecho. De esta forma, la tesis equivale a decir que el Derecho pretende autoridad. Esta formulación explica también la cualificación de que los jueces creen o «pretenden creer». Esta tesis es acerca de lo que el Derecho pretende, esto es, acerca de lo que los tribunales, entre otras instituciones, dicen sobre el Derecho. Es ésta una tesis acerca de lo que los jueces dicen cuando actúan como tales. Normalmente se supondría que actúan de buena fe, y eso incluye que creen lo que dicen en tanto que jueces. Pero no hay una razón lógica para suponer que siempre sea así. Esto es, naturalmente, un punto de importancia menor. La tesis crucial es que el Derecho pretende autoridad moral. Esta me parece que es la única opinión consistente con el hecho de que el Derecho no es (a los ojos de las instituciones jurídicas) solamente fuerza organizada. El Derecho no ha de confundirse con reglas de pandillas de gansters. La diferencia está en la pretensión de autoridad moral que acompaña a todas las exigências jurídicas. (RAZ, 1991. p24)

Nesta via Finnis (2011) afirma que o próprio Raz vai bem além deste projeto quando afirma que os tribunais caracteristicamente possuem o dever legal e/ou moral de aplicar padrões não-legais:

¹⁵ **Joseph Raz** (1939) é um filósofo moral e político israelita. É um dos mais proeminentes advogados do positivismo legal e é bem conhecido pela sua concepção de liberalismo perfeccionista.

Raz himself goes well beyond so confined a Project when he affirms that courts characteristically have the legal and/or moral duty to apply non-legal standards. (FINNIS, 2011. p.101)

Infere-se portanto que o positivismo legal exclusivo proposto por Raz acolhe o fato de que os juízes podem adotar e não raro possuem uma obrigação legal e moral de incluir em seu ponderamento jurídico princípios e normas que são aplicáveis porque, mesmo que não legalmente validadas no sentido de serem positivadas, são tidas pelo aplicador do direito (juiz) como moralmente validas.

Sendo assim é perceptível que em alguns casos os juízes estariam autorizados a importar a ‘regra moral de justiça’, considerando que ela não esteja explicitamente excluída por nenhuma regra positiva legal.

Ainda necessário mencionar, a fim de procurar trazer elementos ilustrativos de indícios acerca da aproximação do direito e a moral, inclusive em um âmbito preponderantemente positivista, correntes ou movimentos jurídicos que defendem a valorização de princípios que demandem a aproximação e o suporte entre a moral e o direito. Poderíamos citar neste âmbito a corrente Neoconstitucionalista.

De acordo com Martins(2017) para compreender o termo ‘neoconstitucionalismo’ torna-se necessário analisar e compreender o significado de ‘constitucionalismo, sendo que para isto o mesmo se utiliza da definição de Canotilho(2007):

Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, trata-se de uma “técnica específica de limitação do poder originada a partir de duas Revoluções, a Norte-americana e a Francesa. A independência dos Estados Unidos da América desembocou na Constituição Norte-americana de 28.09.1787, e a Revolução Francesa desembocou na Constituição Francesa de 03.09.1791. Os dois textos marcaram a origem do movimento político-jurídico denominado *constitucionalismo*.³

Ainda de acordo com Martins (2017), “Independente das razões ideológicas subjacentes, do ponto de vista dogmático, ambas consagraram um modelo em que o poder estatal deve ser disciplinado por um conjunto de normas extraídas de um texto escrito, único, produzido em determinado momento histórico, por um órgão designado

para tanto. O texto é chamado de *Constituição* e o órgão produtor de *Poder Constituinte*.”

Por sua vez historicamente, de acordo com Martins (2017) o neoconstitucionalismo fomentou-se a partir de um elemento chave do modelo constitucionalista: a supremacia da constituição, tendo por influência de Kelsen vários Estados modernos adotado o modelo de controle concentrado de constitucionalidade, “em que a competência para invalidação de uma norma contrária à Constituição é atribuída a um único órgão jurisdicional”. Necessário mencionar que no caso do direito brasileiro tal atribuição é exercida pelo Supremo Tribunal Federal- STF.

Nesta via, Martins (2017) faz referência a classificação e elementos que caracterizariam o neoconstitucionalismo:

A partir da classificação proposta por Norberto Bobbio para o positivismo, Comanducci classifica o neoconstitucionalismo em: a) teórico, caracterizado por uma “Constituição invasora”, em que há um catálogo de direitos fundamentais do qual se extraem regras e princípios, submetidos a uma peculiar interpretação e aplicação, tendo em vista a interpretação e aplicação das leis; b) ideológico, caracterizado pela assunção da garantia dos direitos fundamentais como objetivo principal, sendo que a obediência ao Direito só é justificada na medida em que concretiza os valores associados aos referidos direitos, colocando em segundo plano o objetivo, próprio do constitucionalismo, de limitação do poder; e c) metodológico, caracterizado pela conexão necessária entre o Direito e a moral.

Como se denota dos elementos por ora destacados, mesmo em tempos predominantemente positivistas no que concerne ao Direito Estatal, caso do positivismo jurídico Kelseniano o qual preponderou de maneira quase que hegemônica e mais rígida, sobretudo a partir da segunda metade do século XX , mais especificamente falando no direito brasileiro, é possível inferir aproximações entre o direito estatal e elementos caros a filosofia ética e moral, a fim de dar suporte a prática jurídica.

CAPÍTULO 4

Moralidade e Lei Positiva: das fontes subsidiárias à lei positiva

No caminho do até agora abordado, infere-se que nos ordenamentos jurídicos de diversos estados, atinentes aos modelos legais mais largamente adotados (tomados aqui como ‘civil law’ e ‘common law’), bem no direito brasileiro mais especificamente falando, os aplicadores do direito, mais nomeadamente os magistrados, ministros e desembargadores dos tribunais, bem como os causídicos em sua argumentação, estão autorizados, inclusive pelo legislador, a recorrer, na lacuna das leis, e caso não haja expressa condição contrária, aos princípios da **‘analogia’, dos ‘costumes’ e dos ‘princípios gerais de direito’**.

Tais elementos são considerados como ‘fontes’ do direito. Por fonte do direito na doutrina e filosofia jurídica compreende-se segundo Machado (2000) que:

(...) a fonte de uma coisa é o lugar de onde surge essa coisa. O lugar de onde ela nasce. Assim, a fonte do Direito é aquilo que o produz, é algo de onde nasce o Direito. Para que se possa dizer o que é fonte do Direito é necessário que se saiba de qual direito. Se cogitarmos do direito natural, devemos admitir que sua fonte é a natureza humana. Aliás, vale dizer, é a fonte primeira do Direito sob vários aspectos”.
(MACHADO, 2000. p)

Ainda Del Vecchio (1972, p. 148), assevera Fonte de direito *in genere* é a natureza humana, ou seja, o espírito que reluz na consciência individual, tornando-se capaz de compreender a personalidade alheia, graças à própria. Desta fonte se deduzem os princípios imutáveis da justiça e do Direito Natural.

No ordenamento jurídico brasileiro os princípios gerais de direito, a analogia e os costumes encontram-se consagrados positivamente, mediante o Decreto- Lei n.º 4.657/1942, com redação oferecida pela lei n.º 12.367/2010, fundamento positivo autorizador para a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito ‘na lacuna da lei’.

Trata-se a referida lei da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual consagra alguns dos princípios basilares da aplicação e exercício da atividade jurisdicional estatal.

Atentemos para a redação da referida lei promovida pelo legislador: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

De um jeito ou de outro esse dispositivo legal já foi integrado nas diversas edições dos Códigos de Processo Civil brasileiro que estiveram e o que está em vigor, e é notável sua aplicação em decisões judiciais de primeiro grau, acórdãos dos tribunais superiores, diversas matérias, etc.

Parece-nos, ao analisar a questão da inserção/ou não dos elementos da moralidade no campo legal, traçadas através dos principais expoentes da filosofia secular debruçada sobre a questão legal, que as teses defendidas sobretudo por Finnis em contraposição às teoria de Hobbes e dos autores ligados ao positivismo exclusivista, tais como Kelsen, parecem dotar-se de maior alcance, uma vez que é evidente na atividade jurisdicional estatal a autorização por parte dos juízes em utilizar parâmetros oferecidos por uma esfera de moralidade que arbitrariamente quer ser posta de lado pelos positivistas exclusivistas.

Mas necessário tecer alguns breves comentários acerca das fontes subsidiárias do direito, a fim de compreender como se inserem e são autorizadas, ganham legitimidade a serem utilizadas nas decisões judiciais.

4.1 - Os Costumes

Os costumes são notoriamente conhecidos como fontes do direito subsidiárias aos ordenamentos jurídicos, às leis positivadas, sendo que até mesmo no sistema

brasileiro, notadamente primado e destacado pela positividade e proeminência de volume e edição de códigos de leis, conforme já apontado, são autorizados a ser utilizados como parâmetros a fim de auxiliar as decisões judiciais.

Além dos costumes, são notoriamente citados ao lado das leis, como fontes do direito, a analogia, os princípios gerais de direito e jurisprudência.

Mais especificamente discorrendo, segundo Rizzatto “o costume jurídico é norma jurídica obrigatória, imposta ao setor da realidade que regula, possível de imposição pela autoridade pública e em especial pelo poder judiciário.” (2002, p. 130),

Nesse sentido, os costumes de um grupo ou sociedade podem se constituir como fonte legal, pois podem ser aplicados pelo direito estatal, uma vez que o próprio costume constitui uma espécie de ‘prescrição da sociedade’.

Por sua vez Ferrara, citado por Hermes Lima, conceitua costume com sendo: *"um ordenamento de fatos que as necessidades e as condições sociais desenvolvem e que, tornando-se geral e duradouro, acaba impondo-se psicologicamente aos indivíduos. O costume é um fenômeno pré-jurídico ou extrajurídico."* (2000, p 47).

Percebe-se, portanto que não apenas o direito positivado é fonte de direito levada em conta nas aplicações aos casos concretos, mas há outros elementos previstos os quais indicam a presença de padrões morais validos a serem levados em conta na atuação causídica legal.

Conforme asseverado por Finnis (1980), e em certa medida arrazoado por RAZ, pelos elementos trazidos em seus argumentos, é possível inferir que verdadeiramente os ordenamentos jurídicos possuem sua quinhão de moralidade, não se podendo negar tal fato diante argumentação traçada por estes autores, conforme apontado nos capítulos anteriores.

Tal fato é destacado e inferido do mesmo modo ao se analisar o exercício da atividade jurisdicional legal ao decidir determinados casos, bem como no ordenamento jurídico brasileiro ao trazer inclusive previsões de normas positivadas a esse respeito.

4.2 - Princípios Gerais de Direito

Conforme já asseverado em nossa explanação, destaca-se que em uma contraposição aos ideais positivistas na filosofia legal, novas abordagens foram sendo

inseridas nas teorias da filosofia do direito, as quais por sua vez vieram a exercer reflexo na atividade jurisdicional da aplicação do direito à casos concretos.

Dá-se maior destaque à exegese das normas legais, em contraposição ao positivismo imódico e à subordinação esvaziada aos ditames legais, ou como popularmente dito, “à fria letra” descrita nos *códex*.

Neste contexto de contraposição ao positivismo restritivo Kelseniano, ganha maior força interpretativa a atividade exegética dos ditos operadores do direito, mais especificamente os juízes, desembargadores e causídicos.

Os ‘Princípios Gerais de Direito’, neste conjunto, constituem-se, aliado aos costumes e à própria lei, como fonte do direito, conforme já referido, estando previstos pelo legislador brasileiro formalmente ou “positivamente” na Lei de Introdução ao Código Civil – Lei n.º 4.657/42, ou seja, previstos e abarcados por uma lei formalmente ‘editada’, ‘positivada’.

Constituem-se como regras que mesmo não positivadas, tipificadas ou publicadas em forma de leis positivas, possuem o condão de dar suporte ao direito, sendo auxiliares na concepção e encadeamento entre as normas jurídicas, sendo referência e parâmetro para os aplicadores da lei decidirem determinados casos frente as lacunas legais.

De acordo com Câmara (2017) “[...] diante de uma lacuna na lei deverá o juiz se valer da analogia, não havendo norma que possa ser aplicada analogicamente, o julgador se valerá dos costumes.”

Neste contexto, ainda segundo Câmara, “*entendem-se por princípios gerais de direito aquelas regras que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o.*”

Para Rodríguez (1978, p.15) constituem-se como:

[...] linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”.

Del Vecchio (1921) enfatiza que:

(...) a tese jusnaturalista enfatiza que os princípios gerais albergam as supremas verdades do direito, de modo a transcenderem as

nacionalidades, sendo comuns aos diversos povos. Ademais, que os princípios gerais correspondem à crença numa *ratio juris* de caráter universal que, desde os romanos, é patrimônio comum que acompanha a humanidade em seu desenvolvimento”.

Nesta perspectiva é apresentada uma perspectiva de elementos comuns ‘supranacionais’, ou mais juridicamente falando, supra-ordenamentos jurídicos’, elementos comuns em sociedades diferentes.

E é nesse sentido que aponta Finnis (2002, p.10) quando coloca que na via Aristotélica os problemas de justiça de um ponto de vista mais restrito ou particular entre partes, tais como agressor e ferido, partes contratantes, proprietário e invasor, todos dizem respeito a uma instituição de manutenção de uma abrangente associação do tipo que nós chamamos de comunidade política ou estado.

Seria como uma ampliação dos elementos racionais, da razoabilidade prática atinente aos indivíduos humanos, face ao pensar, promover arranjos ao coletivo, tomando em apreço os bens humanos desejáveis.

4.3 - A jurisprudência

Ainda como relevante fonte de direito, proeminente nos principais modelos legais em diversas sociedades, podemos citar a jurisprudência.

De fato na teoria jurídica, especialmente brasileira, e no sistema legal no qual “operam” os causídicos, os juízes, os desembargadores, enfim, no qual se alicerça em seu fazer toda a estrutura organizacional da atividade jurisdicional voltada para o seu fim (decidir conflitos e tutelar ‘bens’, no final das contas, inerentemente referentes à evolução humana social) o elemento jurisprudência vem tomando corpo e volume em um ‘crescendo’ ascendente a tomar o ponto central na análise da teoria jurídica. Sua importância toma influência central a nortear a atividade dos aplicadores da lei e dos que nela atuam no campo exegético.

Antes de nos aventurarmos um pouco mais nos desdobramentos mais recentes do sistema brasileiro, cabe colher algumas definições acerca do termo, a fim de melhor poder alicerçar nossa explanação.

Segundo Machado:

“[...] o termo jurisprudência pode ser usado para se referir a uma decisão ou o conjunto de decisões judiciais, ou em um sentido mais estrito, significando o entendimento ou diretiva resultante de decisões reiteradas dos tribunais sobre um determinado assunto”. (2000, p.57)

Reale (1978) coloca que “a jurisprudência é a forma de revelação do direito, que se processa através do exercício da jurisdição, em razão de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais.”

É notável ainda no campo da teoria jurídica que existem diversas acepções acerca do termo jurisprudência.

Streck (2002), além da definição de Reale, faz referência à diversas outras definições, de autores relevantes na Teoria Jurídica desenvolvida no Brasil:

“I- Ciência do Direito, também denominada Ciência da Lei ou Dogmática Jurídica; II- Conjunto de sentenças dos tribunais, abrangendo jurisprudência uniforme e contraditória; III- Conjunto de sentenças em um mesmo sentido.

Costa e Aquaroli definem jurisprudência como a "orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes".

Para a professora Maria Helena Diniz, [...] jurisprudência é o conjunto de decisões uniformes e constantes dos tribunais, resultante da aplicação de normas a casos semelhantes, constituindo uma norma geral aplicável a todas as hipóteses similares e idênticas. É o conjunto de normas emanadas dos juízes em sua atividade jurisdicional.

André Franco Montoro interpreta jurisprudência não apenas pelo conjunto de julgados acerca de um tema, mas especialmente aqueles sejam "no mesmo sentido" ou, conforme Reale, ‘que guardem, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência.

A jurisprudência secularmente sempre teve importância fulcral especialmente no direito de vertente anglo-saxônica conhecido como ‘*common law*’, uma vez que é o cerne do referido sistema jurídico, baseado em precedentes analíticos e decisões já advindas em determinados casos concretos, que podem e devem servir de base para análises e decisões posteriores.

Contudo não apenas no âmbito do referido sistema legal a jurisprudência revela-se como elemento importante na prática jurídica e na teoria legal.

Cada vez mais os causídicos em sua prática devem ficar atentos, no sistema brasileiro, aos precedentes judiciais, julgamentos e decisões já consagradas, uma vez que sendo largo o volume de publicações e julgamentos, há uma formação de padrões as quais os tribunais seguem e aplicam, as quais de antemão sabe-se que em alguns casos serão derradeiramente aplicadas ao caso concreto, muitas vezes sendo inútil qualquer argumentação em contrário, por mais ‘razoável’ (no termo do direito natural) que muitas vezes possa concluir-se.

No próprio direito brasileiro o instituto da jurisprudência vem tomando importância cada vez maior, culminando em desdobramentos e ‘sofisticações’ cada vez mais relevantes na prática jurídica e casuística brasileira, tais como os institutos jurídicos da ‘unificação da jurisprudência’, ‘súmula vinculante’, orientação normativa’ e da ‘repercussão geral’.

A questão é se, tomando terreno com as suas características próprias no direito brasileiro, a relevância da jurisprudência e das sofisticações advindas dela, tais como citadas, são recursos que contribuem na exegese voltada a aplicação de normas e sanções, solução de conflitos, etc., ou tratam-se de recursos que objetivam outros fatores, ou buscam compensar aspectos estruturais na organização estrutural da própria instituição do poder judiciário, calcado em seu extremismo formal.

Cabe, portanto um breve estudo analítico a respeito dos institutos supracitados e a respeito do tema, especialmente direcionando a análise acerca da aproximação destes institutos jurídicos com a questão da relevância ou não do conceito de razão prática e o acolhimento consciente ou inconsciente do mesmo na exegese jurídica.

Cabe ainda questionar se os desdobramentos mais recentes do direito brasileiro a isto contribuem ou ao contrário, possuem apenas objetivos diversos, meramente estruturais e paliativos a problemas institucionais os quais não concernem a uma preocupação em termos qualitativos na própria aplicação do direito com uma preocupação mais politicamente (aristotelicamente falando) mais voltada a uma melhor qualidade junto à comunidade política, à sociedade em geral.

No próximo capítulo, portanto, procuraremos oferecer uma análise crítica a respeito do tema conforme exposto, traçando o desenvolvimento dos institutos legais

referidos no sistema brasileiro, procurando inferir os objetivos da adoção destas ‘evoluções’ e ‘desdobramentos, sua eficácia, etc.

Procuraremos estabelecer uma relação com o direito ‘common law’, a fim de verificar eventual influência no nosso modelo jurídico, ou tendência a tal, ou não.

Tal análise pode ser reveladora no sentido de compreender e/ou verificar se há uma evolução no ordenamento jurídico brasileiro que contribua na melhor exegese prática na análise dos casos e em decisões mais afinadas com os preceitos da razão prática conforme definida por Finnis.

CAPÍTULO 5

Da jurisprudência nos diferentes modelos jurídicos *common law* e *civil law*

O direito ocidental contemporâneo tem-se caracterizado secularmente principalmente através da dicotomia entre o” *common law*”, de raiz anglo-saxônica, e o “*civil law*”, o dito direito fundado nas raízes romano-germânicas constituídas no âmbito das “*civitas*”.

O “*common law*” é comumente definido com o sistema legal desenvolvido através das decisões dos juízes e tribunais acerca de determinado caso, criando-se deste modo, precedentes e princípios os quais são aplicados posteriormente na decisão de casos similares, criando-se um sistema de aplicação da lei através do que se chama de jurisprudência, sendo conhecido entre os operadores do direito como o “Direito dos casos”.

Sua origem histórica começa a se delinear a partir da queda do feudalismo, onde com a queda dos feudos passou a ser necessária uma maior unificação do direito então aplicado, uma vez que anteriormente os feudos faziam suas próprias leis.

Contemporaneamente é adotado e praticado pelos países constituídos através da colonização da coroa inglesa.

Por sua vez, o “*civil law*” constitui-se como o direito baseado no direito romano e caracteriza-se, sobretudo pela codificação da legislação e pela generalidade difusa das normas jurídicas previstas nos seus sistemas de códigos, as quais são aplicadas pelos magistrados aos casos.

Possui sua origem delineada a partir da criação dos primeiros códigos de leis, especialmente o código de Justiniano, o qual inclusive através de seu nome contribuiu semanticamente para o estabelecimento dos termos ligados à “Justiça” e “Jurisprudência”.

Possui sua natureza sistemática mais ligada à visão positivista, por ser um sistema jurídico dotado de uma maior rigidez no encadeamento hierárquico entre os

códigos e as normas, e um maior “fechamento” a concepções diversas, ao que tudo parece prevalecendo esta concepção no atual contexto brasileiro.

Esta concepção de direito é adotada secularmente e atualmente pela grande maioria dos países, especialmente os que possuem sua fundação e/ou cultura social ligada ao império Romano ou países ligados à cultura latina.

Como já referido nos capítulos preambulares, o pensamento filosófico legal secular aponta no sentido de que, mais contemporaneamente, o desenvolvimento por meio do campo da filosofia de novas formulações, abordagens conceituais e questionamentos no campo da ética, da moral, do justo e da justiça, neste âmbito filosófico legal, oferecem forte contraponto especialmente à forma de positivismo excludente colocado por Kelsen.

A adoção de métodos de exegese jurídica casuística não necessariamente excludentes e anulatórios entre os campos do jus positivismo e do jus naturalismo e da inserção e presença de padrões morais até mesmo implícitos na lei positiva foram colocados em discussão com fortes argumentos, em especial através das proposições de John Finnis (1980),

Estes desdobramentos têm proporcionado relevantes debates e questionamentos no âmbito da filosofia, e consequentemente no âmbito da filosofia jurídica e da denominada “doutrina jurídica”, exercendo influência no campo onde atuam os operadores do direito, e por consequência nos âmbitos institucionais ligados à área do direito, tais como Tribunais, Faculdades e Universidades.

Finnis (1980), em sua obra *Lei Natural e Direitos Naturais*, onde o autor desenvolve a conceituação de “razoabilidade prática” (o intelecto dirigido ao agir com inteligência, entendendo os bens humanos básicos como valiosos, orientando e desta maneira definindo os meios de como alcançá-los) estabelece a proposição de alicerçar o direito na concepção de moral, a qual segundo o referido autor é passível de ser descoberta de forma racional.

Tais considerações nos levam a levantar a hipótese de que a concepção do direito anglo-saxão, atualmente aplicada através da Justiça Norte Americana e no Reino Unido, entre outros (*Common Law*), estaria em maior grau de comunhão com as conceituações deste autor e da teoria legal afinada com a nova escola do direito natural, especialmente no que diz respeito à noção de razoabilidade prática, alinhando-se a uma

noção de busca por justiça a qual, na aplicação ao caso concreto, possibilitasse alcançar mais amplamente a compreensão do fato analisado, através da análise mais racional e ampla dos elementos do caso concreto, oferecendo ênfase na exegese, alcançando esta análise uma amplitude a possibilitar a aplicação do direito de forma mais “justa” (aplicada através do que indica a razoabilidade prática, levando em conta e intentando analisar e compreender as circunstâncias e motivações do sujeito e as relações sociais históricas nas quais se vê imbricado ao cometer seus atos).

Esta concepção de compreensão e de aplicação do direito, levando-se em conta o entendimento de Finnis (1980), a princípio possibilitaria uma melhor compreensão do fato e das circunstâncias que levaram a ocorrência do que, no ordenamento jurídico positivamente posto, está prescrito como conduta imoral ou crime, desta forma possibilitando uma análise social mais ampla, o que acentuaria o caráter pedagógico da punição imposta no caso e possibilitaria a reflexão dos elementos de diversas ordens que possam ter contribuído para levar ao resultado da conduta tida como imoral, ilegal e(ou)criminosa, inclusive possibilitando deste modo uma autorreflexão institucional e social mais construtiva e profunda no âmbito das instituições, estatais ou não, as quais dão suporte a aplicação do direito ou ao que se entende por instituições jurídicas em nossa sociedade, especialmente os tribunais.

Por outro lado, historicamente ao que parece, as concepções de direito afinadas com o Direito Romano, mais alicerçadas com ordenamentos prescritivos “fechados”, e por consequência, mais próximas ao que se entende por jus positivismo, por sua natureza rígida não possibilitariam esta maior acentuação do caráter pedagógico da aplicação da pena, nem a relevância social e institucional que eventual estudo dos casos (*common law*) proporcionaria, uma vez que ao se aplicar a pena, e inclusive ao se exercitar um plano da exegese reduzido, com menos espaço, pelos aplicadores do direito em geral, estar-se-ia engessado em um formalismo preso em si mesmo, esvaziado de qualquer elemento que não diga respeito ao encadeamento formal e hierárquico das normas consubstanciadas nos diversos codex pertencentes a determinados ordenamentos jurídicos.

Este sentido formalista restritivo estaria mais alinhado especialmente com as proposições de Kelsen.

Este seria a concepção adotada culturalmente e historicamente pelo direito brasileiro e por seu atual ordenamento jurídico, concepção que se materializando

institucionalmente delinea e limita o plano onde agem os operadores do direito na sociedade brasileira mais precisamente.

Neste ponto torna-se relevante concentrar nossa análise mais especificamente nos movimentos mais contemporâneos na evolução do sistema de direito brasileiro, onde a jurisprudência e seus desdobramentos (leia-se novos esquemas e formas de arranjo sistemático na aplicação das jurisdições) e elementos tem tomado ponto de destaque.

No âmbito de atuação dos ditos operantes do direito no Brasil - advogados, magistrados, promotores, desembargadores, defensores públicos e servidores do poder judiciário - não é de hoje que vem se percebendo uma forte tendência a “unificar-se” o entendimento a ser adotado pelos tribunais quando de seus julgados, tomando-se por base os precedentes de julgados anteriores cuja matéria objeto de análise se aproxima de casos posteriormente analisados.

Já nos anos 90 do século passado tornou-se não raro no meio jurídico e na sociedade em geral, e agora torna-se cada vez mais corriqueira, a criação de ‘mecanismos’ no ordenamento jurídico positivado e a utilização de termos como “matéria sumulada”, ‘súmula’, ‘orientação normativa’, ‘orientação jurisprudencial’, ‘ato normativo’. Como exemplo mais recente, temos a criação pelos tribunais – em específico o STJ e o STF- do instituto jurídico denominado “repercussão geral”, cujos julgamentos processados sob essa égide balizam todo e qualquer julgamento acerca de temática semelhante ao anteriormente proferido.

Em alguns casos se utiliza esses termos na fundamentação das próprias decisões, indicando-se que a matéria objeto do caso analisado já foi objeto de deliberação dos tribunais superiores, os quais indicam e orientam no sentido de qual deslinde e decisão deve ser aplicada ao caso em apreço, a fim de não contrariar o indicativo dos tribunais superiores.

A força desses atos normativos oriundos da “sumulação” ou “uniformização” das decisões reside no fato de que não haverá efeito algum adotar-se pelo magistrado decisão ou entendimento no sentido contrário de entendimento já consagrado e perpetrado mediante súmulas dos tribunais hierarquicamente superiores, uma vez que, pelo menos a princípio, seria mera questão de tempo até que a decisão contrária

anteriormente aplicada fosse analisada pelo tribunal hierarquicamente superior e fosse reformulada.

E, pondo de lado algumas exceções, especialmente quando por força da prática jurídica, não se dá o devido andamento no processo, levando-o com sua continuidade até as instâncias superiores, havendo a possibilidade então nessa hipótese de prevalecer entendimentos diversos dos sumulados e “petrificados” pelos tribunais, é o que acontece normalmente, tornando-se cada vez mais inútil, praticamente falando, para o operador e para o aplicador do direito, se insurgir ou ir exegeticamente e argumentativamente falando contrariamente aos entendimentos e princípios já consagrados pelos tribunais superiores.

Questiona-se no problema: O que estimulou no Brasil aplicador de direito a criar tais mecanismos em nosso ordenamento jurídico? Teria sido uma preocupação a fim de expandir o caráter hermenêutico das decisões? Ou apenas seria um mecanismo criado a fim de “aliviar” o poder judiciário sob o enfoque do aspecto quantitativo, uma vez que é de conhecimento quase que geral que a quantidade de processos judiciais a serem processados pelo estado é delirante? Tais artifícios seriam uma maneira de legislar?

Deste modo, para desenvolver mais satisfatoriamente nosso problema, torna-se necessário analisar um pouco melhor os contornos tanto do modelo secular da “common law”, direito alicerçado em precedentes, e por outro lado, a origem, finalidade e o comportamento das ocorrentes tendências de valorização da jurisprudência no direito brasileiro, a fim de que se verifique se há alguma influência da primeira em relação a segunda, se há alguma relação ou semelhança entre ambas e se as novas tendências, como já falado, no direito brasileiro, vêm consistindo em uma modificação, valoração em nosso meio ou evolução do modelo adotado pelo direito brasileiro, caminhado para uma aproximação à maneira como se dá o dito direito anglo-saxônico.

Claro, sempre estabelecendo um contraponto com a formalidade positivista caracterizadora do direito brasileiro especialmente, uma vez que, conforme considerado nos capítulos anteriores, e na contramão de entendimentos diversos, o entendimento de Raz parece-nos correto ao dizer que as normas positivas do sistema possuem a sua dose de moralidade.

Outra hipótese a considerar é a de que, apesar da semelhança inicialmente percebida e destacada, os institutos uniformizadores de jurisprudência e atuação judicial

no Brasil possuem fundamentação e propósitos diversos dos constituídos através dos tribunais onde se adota a vertente de direito anglo-saxã. E caso sejam diversos os propósitos, quais seriam estes propósitos e por que estas tendências vêm ocorrendo.

5.1. *Common law* - ou os costumes e os tribunais

Merryman (2016, p. 16) faz importante colocação para nosso estudo, ao dizer que ao comparar e analisar os dois modelos jurídicos, *civil law* e *common law*, estamos comparando e analisando mais do que sistemas jurídicos, mas **tradições jurídicas**.

Continuando MERRYMAN coloca:

A tradição jurídica consiste, verdadeiramente, em um conjunto de práticas, costumes e hábitos, profundamente arraigados em uma comunidade, historicamente condicionados, a respeito da natureza do direito, do papel do direito na sociedade e na política, a respeito da organização e da operação adequada de um sistema legal, bem como a respeito da forma com que deveria criar-se, aperfeiçoar-se, aplicar-se e ensinar-se o direito. Assim, a tradição jurídica relaciona o sistema jurídico (conjunto de regras normativas) com a cultura, ela insere o sistema legal dentro e a partir da perspectiva cultural. (2016. p. 16)

Necessário observar que tal assertiva imediatamente nos leva a estabelecer relação com as proposições trazidas pelo direito natural acerca da presença de padrões objetivamente morais presentes e a influírem nas normas e sistemas positivos, tal como colocado por Finnis (2002) e referido em capítulos anteriores.

De sua parte Abboud e Streck (2015) ponderam que o estudo mais rígido entre os dois principais sistemas de direito, o *civil law* e o *common law*, perpassa necessariamente a análise da formação do direito escrito e do direito consuetudinário romano.

Consideram os autores que a distinção entre países de costume e países de direito escrito ocorrida no século XVI foi fruto de um compromisso celebrado em território francês. O norte recusou-se a adotar o direito romano como o direito comum, já o sul adotou o direito romano como direito comum em virtude da atitude favorável da população acerca das tradições romanistas.

Abboud e Streck (20015, p. 22) colocam que “o sul francês teria adotado o modelo do direito romano, em virtude do sul ter suportado menos fortemente que o norte o desenvolvimento do feudalismo, e na própria vontade dos reis franceses que sabiam que o direito romano seria um instrumento imprescindível para a dominação de Languedoc e do sul da França.”

Considerava-se, portanto, que conforme Cannata (1996) o direito romano a ser utilizado em sua acepção mais jurídica, ‘seria um perfeito instrumento de poder.’

Já o norte por sua vez recusou-se a adotar o direito romano como o direito comum.

Considera ainda Cannata:

A diferente recepção do direito romano também se traduziu nos planos dogmático e técnico. Os países do direito escrito consideravam seus costumes, em relação ao direito romano, como *iura impropria*, vale dizer, como direitos especiais que deveriam ser aplicados prioritariamente. Porém, sua interpretação deveria ser restritiva, não poderiam ser utilizados de forma extensiva por meio da analogia e nem caracterizariam fonte de princípios gerais. Já os países do direito consuetudinário, não obstante eles não ignorarem o direito romano, conferiam a ele o caráter de *ratio escriptia*, ou seja, apenas recorriam a ele de forma subsidiária, após o esgotamento de todos os meios oferecidos pelo direito consuetudinário para colmatar lacunas.” (1996, p.167)

Neste ponto chega-se a uma importante distinção: Abboud e Streck (2015), a partir dessas considerações, concluem que a importância do direito romano e sua forma de utilização enquanto fonte do direito, dentro do sistema jurídico de cada país, é o que permite a diferenciação entre direito consuetudinário e escrito. Isto porque neste último ele deve ser sempre aplicado de maneira prioritária, estruturando e sistematizando a aplicação do direito, enquanto no direito consuetudinário, sua aplicação deveria ser meramente subsidiária, quando a solução não pudesse ser alcançada pelas alternativas oferecidas pelo direito costumeiro.

Mas cabe traçar algumas considerações sobre o *common law* conforme adotado secularmente na Inglaterra.

Glenn (GLENN,1996 Apud ABBOUD e STRECK,2015) o surgimento que diferentemente na França e na Alemanha, a dominação romana não teria deixados

rastros permanentes na Inglaterra. O *common law* inglês é fruto da atividade dos tribunais reais de justiça na Inglaterra a partir da conquista normanda.

Abboud e Streck (2015) trazem importante informação ao afirmarem que o direito inglês não é um direito das universidades, nem um direito dogmático, consiste em um direito de processualistas e de **práticos**. E poder-se-ia acrescentar, um direito que surge da sabedoria prática, do senso comum.

Deste modo o derradeiro e grande jurista na Inglaterra é o juiz, oriundo da fileira dos práticos, e não o professor da universidade, até mesmo porque, outrora, somente uma minoria de juristas estudava nas universidades, nenhum dos grandes juízes do séc. XIX possuía título universitário.

A respeito da figura do “prático”, especialmente no direito inglês, Gilissen (2003, p. 210) esclarece que os juízes/juristas atuantes no sistema *common law* formavam-se antes de tudo pelo exercício contínuo e quase que exclusivo da análise jurídica casuística, ou seja, pelo exercício reiterado do desempenho da análise judicial dos casos, na forma prática. Não era necessário, portanto, como veio a ocorrer mais tarde, possuir formação nas áreas das ciências jurídicas:

O *common law* foi realmente criado pelos juizes dos Tribunais reais de Westminster. Estes tornam-se muito cedo, pelo menos desde o século XIV, juizes profissionais, no sentido em que se consagram quase exclusivamente ao estudo do direito; mas não são, como mais tarde nas grandes jurisdições do continente, legistas formados nas universidades na disciplina do direito romano. Os *common lawyers* são antes de mais, práticos, formados como litigantes (*barristers*, advogados); não era necessário ser licenciado em direito por uma universidade para vir a ser *solicitor* (solicitador), *barrister* ou *judge*. (GILISSEN, 2010, p. 211)

Glenn (2007) acrescenta que o período da conquista normanda é fundamental para a consolidação do *common law* inglês porquanto foi nesse sistema que o direito foi utilizado como *instrumento de governo*,

Na mesma passagem destaca o pensamento de Patrick Glenn (2007) de que *‘uma nação pode ser conquistada militarmente, contudo não deveria ser governada militarmente, neste contexto, a conquista normanda incorporou o direito local a sua nova produção jurídica*.

Tratou-se o período em questão segundo Canatta (1996) do período em que houve a centralização da jurisdição nas mãos do rei, possibilitada e ocorrida com a

criação da figura do *sheriff*, que era o responsável em garantir a efetividade e execução das decisões reais.

Abboud e Streck (2015) numeram mais alguns pontos significativos para a constituição do *commn law*: o compromisso de Westminster em 1825, entre o poder real e os barões, que teria possibilitado a institucionalização das relações entre o *judicial law* e o poder dos parlamentos *no common law*.

De acordo com Jaufrett –sinosi (JAUFRETT –SINOSI, 1988 apud ABBOUD E STRECK, 2015) *a partir deste momento o common law começa a se consolidar na Inglaterra, sendo que a aplicação do direito se dava em circuitos periódicos dos condados e posteriormente na capital Londres, nas cortes reais.*

Por razões de coerência, os juízes depositavam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial.

Em um período posterior foram sendo realizadas reformas processuais, culminando com a primeira lei de Organização Judiciária (Judicature Act, 1873), que substituiu os antigos tribunais centrais e os substituiu pela Supreme Court of Judicature, composta pela High Couto of Judicature e a Cout of Appeal.

Ficou-se estabelecida uma jurisdição única com um único grau recursal.

Nas palavras de Gleen (2007) essas reformas foram fundamentais para o desenvolvimento da *common law*, tendo conseguido a ponte entre antigo direito processual e o novo sistema jurídico. No novo esquema, os juízes passavam a decidir lides, o que tornou possível a existência de erro judicial, concretizando a distinção ente fatos e o direito substancial.

5.2. Civil Law (ou a tradição da lei escrita)

Abboud e Streck (2015) apresentam a asserção de Harold Berman (BERMAN, 1983 apud ABBOUD E STRECK, 2015) de que após absorvido através dos institutos romanos na Europa, pela sociedade francesa, o *civil law* passou a se basear no procedimento por escrito, ao contrário do inglês, que passou a se basear pela oralidade.

No caso do *civil Law* passou a se apresentar mais sistemático, mais romanizado e codificado, que o inglês, mais particularista, prático. Incluía também mais conceitos acerca de obrigações civis, contratos, delito, propriedade e direito publico.

Conforme FAVELA (1981) o *civil law*, por possuir uma formação mais relacionada ao direito romano canônico e o direito alemão medieval entre suas formas de criação legislativa, destaca o aspecto legislativo, alçando a lei a uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito.

Deste modo, já traçamos alguns traços distintivos entre nos dois modelos, mais explicitados através da evolução histórica de suas características.

Cabe agora, em um contraponto com os elementos praticados mais contemporaneamente no modelo *common law*, analisar os desdobramentos mais recentes ocorridos no sistema jurídico brasileiro, através da evolução de sua jurisprudência.

CAPÍTULO 6

Precedente Judicial

Conforme Abboud e Streck (2015) a regra do precedente judicial (ou *Stare Decisis*) detém um caráter de centralização que irradia o efeito vinculante para todo o sistema.

Segundo os autores, importante característica desse instituto seria o fato de que a regra do precedente judicial não está consubstanciada na constituição, e sim fundada na **tradição**. Para a aplicação do precedente, o caso deve ser análogo, a matéria analisada deve ser similar.

Outra característica a trazer é o fato de que nos sistemas que adotam como principal fundamento de sua atuação jurisdicional o precedente a aplicação não se dá automaticamente. Há uma análise casuística mais exclusiva para saber se o princípio que se pode extrair do precedente constitui a fundamentação da decisão ou muito mais um *dictum*.

Observa-se que no sistema do direito brasileiro, como melhor especificaremos, não parece ocorrer da mesma maneira, uma vez que o precedente parece ser aplicado mais “automaticamente”.

E a conclusão que extraem Abboud e Streck (2015) é que no caso dos países que adotam o precedente tradicionalmente os precedentes são formados quando da resolução de casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras: “as **Súmulas** (ou ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasillis*), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à “solução de casos futuros”. E segundo os autores essa característica se enraíza na influência do positivismo exegético do séc. XIX.

De acordo com Rodríguez (2005) nos países de tradição jurídico romano-germânica em geral, a jurisprudência possui uma tendência mais orientada à alicerçar-se diretamente na legislação codificada. Seria em maior medida delimitada pela lei, uma vez que o direito escrito dos *códex* possui sua proeminência e limita este campo. Então, na tradição do *civil law*, apenas é importante aferir a importância da jurisprudência se levarmos em conta a sua relação com a lei.

No entanto, de acordo com Abboud e Streck (2015) o Brasil constitui uma exceção nesta tradição. O trecho abaixo explicita melhor o que segundo os autores é uma “criação artificiosa” brasileira:

O Estado da arte da aplicação do direito no Brasil aponta para outra direção. Um sintoma desse “imperialismo” da jurisprudência pode ser visto pela edição da Súmula Vinculante n.10 , obrigando os tribunais a suscitarem o incidente de constitucionalidade (Art. 97, CF) já que estavam deixando de aplicar dispositivos legais sem fazer qualquer menção à jurisdição constitucional. (ABBOUD E STRECK, 2015)

Segundo os autores supracitados, em um sistema com origem romano-germânica, as decisões judiciais derivam ser fundamentadas em um texto legal, votado democraticamente. E em consequência disto, o precedente judicial, ou papel da jurisprudência, deveria ficar “*caudatário daquilo que é entendido como direito*”. Esta passagem de Abboud e Streck (2015, p.) melhor ilustra este aspecto:

Em um sistema mais tradicionalmente romano-germânico, a jurisprudência de uma maneira hierarquicamente apresentar-se-ia de uma maneira mais inferior hierarquicamente falando ao texto codificado, emanado da constituição, uma vez que a volubilidade das regras dos precedentes seria maior. Neste ponto, o direito deve ser entendido como conceito interpretativo, constituindo-se naquilo que é emanado das instituições jurídico-políticas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador (o que faria com que o conceito ficasse sem sentido). (ABBOUD E STRECK, 2015, p.)

Por sua vez Meryman (2007) considera que na aplicação do direito *common law* ocorre em razão da menor importância que este sistema jurídico tradicionalmente sempre deu ao texto legal em face do *Stare Decisis*, que é uma doutrina dos juízes, antes de mais nada.

Isso ocorre porque no *common law*, ainda que a decisão judicial demanda aplicação da lei, o juiz não inicia a decisão do caso a partir e tão somente do texto legal, ele busca aplicar o precedente ao caso, ou seja, passa a investigar nas decisões acumuladas sobre essa questão e quais as principais regras jurídicas a serem extraídas

desse acúmulo histórico-normativo-decisional, necessário para solucionar o caso concreto.

Deste modo, explicitando-se a questão do precedente judicial através de uma apreciação genealógico-histórica nos dois modelos, *common law* e *civil law*, compreende-se melhor as características de ambos.

Por outro viés, pode-se compreender um pouco melhor a adoção do instituto com as peculiaridades referentes ao sistema brasileiro.

Cabe agora para nosso propósito traçar uma breve abordagem crítico-analítica a evolução no jurídico-legal brasileiro dos desdobramentos e institutos advindos do precedente judicial (*Stare Decisis*), bem como acerca das peculiaridades e motivações dos referidos institutos.

6.1. Súmula Vinculante

Necessário primeiramente trazer algumas definições na teoria jurídica acerca do instituto jurídico Súmula Vinculante.

Considera-se primeiramente que a Súmula Vinculante se trata, no direito brasileiro mais especificamente falando, de um aspecto evolutivo', um mecanismo de 'desdobramento' do precedente judicial.

Vejamos como alguns teóricos do direito definem o referido instituto:

Luiz Flávio Gomes (2007) diz que “*Súmula é a síntese ou enunciado de um entendimento jurisprudencial extraída (ou extraído) de reiteradas decisões no mesmo sentido. Normalmente são numeradas*”.

Nelson Nery Junior (2004) por sua vez afirma que a súmula “é o conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência dominante do tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados”.

O ingresso do instituto da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro se deu através da emenda constitucional 45/2004, a qual adicionou à Constituição Federal os seguintes dispositivos legais:

Artigo 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após

reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL/CF, 1988)

Ainda o artigo 103 – A da Constituição Federal estabelece expressamente que a Súmula Vinculante somente poderá ser aprovada por maioria de 2/3 dos votos do Supremo Tribunal Federal, ou seja, 8 votos, havendo de incidir sobre matéria constitucional que tenha sido objeto de decisões reiteradas do Tribunal.

Verifica-se, portanto, que o artigo 103 – A da Constituição Federal apresenta dois requisitos essenciais que devem estar preenchidos para que a Súmula seja editada:

- a) Reiteradas decisões sobre a matéria constitucional
- b) Aprovação por dois terços ou mais dos membros da Corte, que pode agir de ofício ou mediante provocação. Nada mais lógico. Se o Tribunal busca dar à sociedade segurança jurídica, deve ter posição. (BRASIL/CF, 1988)

Assim, verifica-se que a questão objeto de eventual súmula obrigatoriamente tem que ter sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal, pois o objetivo é justamente ‘pacificar o entendimento’, o posicionamento de questão controvertida, mediante a reiteração de decisões.

Mas qual a razão do desenvolvimento, adoção e legitimação jurídica do uso do instituto no sistema legal brasileiro?

Como melhor ressaltado no capítulo anterior, algumas evoluções no direito brasileiro, no tocante ao *Stare Decisis* (precedente Judicial) são advindas de um contexto histórico e de tradição diferentes em relação à questão do *common law*, e com peculiaridades ainda diversas dos outros países de direito tradicionalmente de vertente romano-germânica.

Isto nos leva a crer que a adoção destes mecanismos jurídicos possui peculiaridades e motivações não exatamente análogas à da tradição do *common law*

Em capítulos anteriores já nos referimos há hipótese dos ‘desdobramentos’ do precedente judicial no Brasil possuírem sua motivação não em razão de uma questão mais exegética, mas por uma questão mais institucional, no sentido de “desafogar” a atividade jurisdicional à beira de um colapso, em virtude do elevado número de demandas judiciais propostas ao sistema, e por outro lado, uma ineficiência estatal.

Neste sentido pontua Abbud (2006, p.), ao dizer que:

A excessiva sobrecarga dos órgãos judiciários, que lhes confere trabalho para além de sua capacidade de absorção, tem por resultado não apenas a demora na prestação jurisdicional, como ainda a diminuição da qualidade dos julgamentos.

Alguns teóricos jurídicos ainda apontam no sentido do instituto da súmula vinculante dotar o poder judiciário de uma espécie de ‘Poder Legislativo’, o que não estaria previsto em suas competências constitucionais, o ato de legislar. A crítica neste aspecto é que haveria, portanto, o ferimento ao princípio constitucional da separação dos poderes, atropelando o próprio direito positivo mais fundamental, a constituição.

Neste caminho entende Moraes (2008) ao dizer que:

Não existirá, pois, um estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos.
(MORAES, 2008, p.)

Alguns autores como crítica ao instituto indicam inclusive que as súmulas teriam o objetivo em nosso sistema de obstaculizar recursos.

Um exemplo disso pode ser observado nas palavras de Marco Aurélio Moreira de Oliveira, o qual adverte que:

O uso indiscriminado da súmula vinculante, dizendo que ela deverá ser usada sempre com muito critério em casos muito particulares, em situações onde o Estado é parte contra o indivíduo. Um exemplo seria quando a Previdência Social confronta um aposentado em caso análogo a outros, onde já existe jurisprudência formada, com súmula vinculante com parecer beneficiando o indivíduo. No exemplo dado, o artifício de julgar caso a caso, muitas vezes é usado pela União para procrastinar com prejuízo ao indivíduo, normalmente idoso ou inválido. Moreira deixa claro que a sumula vinculante poderá ser usada em favor do indivíduo contra o estado, mas que nunca deverá ser usada súmula vinculante quando esta é contrária ao indivíduo, o mesmo valendo para todos os casos de Direito privado, pois estaria ferindo o princípio constitucional que diz: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (OLIVEIRA, 2004, s/p)

Além da crítica mais relativa ao aspecto formal e constitucional (mais positivista, portanto) ressaltam-se ainda as críticas relativas ao aspecto hermenêutico, conforme trazidas por Abboud e Streck:

Vejamos, então. A visão tradicional sobre a Súmula Vinculante é refratária ao acesso hermenêutico, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de uma subsunção de fatos e previsões normativas, dessa maneira passa-se a acreditar que a súmula vinculante, uma vez editada, resolveria diversos casos idênticos mediante um simples silogismo, invocando a favor da utilização da súmula sempre a necessidade de se tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ou seja, de que a súmula vinculante é um instrumento que privilegia a isonomia, ignorando que “o caso concreto, com as suas circunstâncias particulares e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autônoma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados – os princípios, os institutos dogmáticos, as normas – só podem fundamentar pela mediação e um específico enriquecimento normativo (2015, p. 55)

Esta seria uma visão que não iria ao encontro de uma análise *in casu*, na prática jurídica, a ponderar de uma maneira mais abrangente todos os nuances do caso concreto, uma visão mais restritiva, que esvaziaria mais o campo exegético.

A própria tradição do direito natural mais contemporâneo demonstra, em contraposição a esse esvaziamento exegético, à utilização do precedente judicial sumulado sem afinação com o caso concreto, que o prático do direito, a fim de com mais propriedade buscar um melhor fim à sua atuação, em matéria de decidir, deve possuir um conhecimento mais acirrado no que concerne aos aspectos dos costumes, dos padrões morais que muitas vezes estão implícitos nas normas, ou dos que podem suprir as lacunas da lei, casos omissos, bem como deter um conhecimento acerca das classes de pessoas a quem as normas se dirigem, sua especificidade e diferenças.

Isto possibilitaria evitar-se a régua rasa, especialmente em casos como de uma determinada decisão, que obrigatoriamente deverá ser utilizada em diversos casos, sem que haja um estudo mais aprofundado, caso do sumulamento como utilizado no Brasil.

6.2. Recurso Repetitivo

Introduzida no ordenamento processual cível pela Lei nº 11.672/08, a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos visa à resolução, por amostragem, de múltiplos recursos baseados em questão idêntica. O procedimento ocorre através da apreciação de um ou mais recursos que sirvam de representativo da controvérsia.

A motivação para a criação do mecanismo jurídico se deu pelo elevado número de Recursos Especiais propostos e em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de agilizar e tornar mais efetiva a prestação jurisdicional, bem como amenizar o excesso de demandas massivas nos tribunais.

6.3. Repercussão Geral

Mais contemporaneamente no sistema normativo-jurídico brasileiro ganha relevância a criação de outro instituto relacionado ao precedente, o instituto da Repercussão Geral.

A repercussão geral possui como principal característica o fato dos recursos os quais tramitam nessa espécie de rito assim serem qualificados por dizerem respeito à matéria que extrapole o interesse entre as partes. Ou seja, matérias de interesse coletivo mais relevante a um grupo ou à sociedade.

MEDINA (2009) nos ajuda melhor a compreender e exemplificação que seria repercussão geral, uma vez que há alguns aspectos relevantes para que seja determinada matéria ou caso selecionada a tramitar por esse regime: sob o ponto de vista da relevância econômica, política, social ou jurídica:

A repercussão geral jurídica no sentido estrito existiria, por exemplo, quando estivesse em discussão o conceito ou a noção de um instituto básico de nosso direito, de molde a que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como, por exemplo, o de direito adquirido. Relevância social haveria numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas, só pelo fato de serem coletivas. Repercussão econômica haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro de habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infra-estrutura etc. Repercussão política haveria quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com Estados estrangeiros ou organismos internacionais.

Parece-nos, neste sentido, que o instituto jurídico da repercussão geral está em maior afinidade com uma noção interpretativa, um ‘filtro interpretativo’ mais apurado, em mais afinidade com a noção de sociedade política, da razão prática voltada ao articular arranjos bons a sociedade, na acepção aristotélica do termo.

E nesta direção, dada a relevância social das matérias apreciadas nesta modalidade jurídica, não raro sujeitas a polêmicas motivadas por razões de diversas ordens, a tendência é que nos julgamentos haja um maior aprofundamento do debate

exegético, bem como um maior acompanhamento por parte da sociedade acerca das questões analisadas.

Em razão disso a motivação para as decisões tende a estar alicerçada em entendimentos fundados em subsídios mais sólidos, seja em questões e análises científicas, mas também perpassada por questões filosóficas de diversas ordens e por uma análise ética mais aprofundada.

Isto denota que a prática jurídica adotada no Brasil não está somente voltada ao positivismo exacerbado das normas, mas possui em alguns casos uma preocupação com a afinidade entre as decisões e a questão voltada à relevância social das matérias apreciadas (quando assim se entende).

Diante destas análises, e no contexto trazido, percebe-se que no âmbito internacional, mas com reflexos nas comunidades científicas e jurídicas em geral, autores voltados a uma abordagem jusnaturalista tem se inserido nestas discussões, especialmente em debates polêmicos e de grande relevância social e científica, com um viés ético bastante vinculado a proteção de princípios tais como o bem humano ‘vida’ e o conceito de dignidade da pessoa humana humana. Mais que isso, percebe-se que autores tais como Robert P. George, Patrick Lee e Cristoph Tollefsen ao se inserirem no debate especialmente bioético buscam muito fortemente subsídios nas próprias ciências naturais a fim de que posteriormente delimite-se o terreno para o trato ético que as matérias discutidas merecem.

E em assim sendo a ótica jusnaturalista vem se mostrando como uma forte alternativa exegética no cenário das discussões filosóficas acerca da regulamentação da utilização das pesquisas e avanços científicos.

Os princípios éticos defendidos pela nova escola do direito natural , em especial sintonia com os conceitos de ‘razão prática’ e ‘bens humanos básicos’, apresentam plena afinidade com uma exegese racionalmente deliberativa e também com a defesa, através do direito, de bens humanos básicos tais como a própria vida humana e o status de dignidade do indivíduo humano.

Resta-nos verificar em nosso sistema, se os padrões morais mais evidentes conforme entendidos pela nova escola do direito natural são acolhidos ou ventilados

nas questões abarcadas pelos precedentes, se os precedentes são utilizados em maior quantidade em questões de repercussão geral ou em questões mais processuais, e como se comportam nos casos polêmicos – casos em que está em jogo a tutela dos bens humanos básicos segundo a tradição do novo direito natural – vida, estabilidade das relações, propriedade , etc.

Acredita-se que é exatamente neste desdobramento – ‘evolução’ – do debate jurisprudencial brasileiro, especialmente no que concerne a questões de especial relevância teórica em pauta nos tribunais superiores, que as contribuições oriundas do campo da filosofia e das demais ciências humanas se constituem como contribuição à melhor qualificar o debate.

CAPÍTULO 7

Bem Humano Vida: Uma aproximação jurisprudencial

Tendo sido percorridos os diversos elementos abordados nos capítulos anteriores, e uma vez que os principais autores percorridos em nosso trabalho construíram suas teorias visando ressaltar, sobretudo, um aspecto prático da deliberação humana, do exercício da razão prática e da compreensão a priori por parte dos sujeitos acerca de determinados bens tidos como caros no convívio social, torna-se relevante neste ponto buscar fazer uma aproximação dos bens humanos básicos, conforme considerados pela nova escola do direito natural, com a casuística jurídica, com a jurisprudência surgida através da prática jurídica institucional estatal.

A jurisprudência neste aspecto revela-se como um ponto de síntese entre o produto final do engenho do legislador estatal, que se encontra positivado nas normas em vigor, e por outro lado a atividade interpretativo exegética de quem possui por atribuição e exerce a atividade de julgar, ou seja, de mediar, aplicar e sobrepor a lei no caso concreto.

Há um conjunto de elementos em jogo no cenário, o qual mesmo que não positivamente evidenciado nos códigos, permite revelar de uma maneira sintética como a sociedade valora e entende determinados bens humanos, e de outra forma como inibe, despreza ou até mesmo repulsa determinadas condutas.

Necessário lembrar que relevantes filósofos, autores e teóricos, começando por Tomás de Aquino, e mais especialmente Immanuel Kant, desaguando nos teóricos da nova escola do direito natural, tais como os já citados Germain Grisez e John Finnis, apontam no sentido de que a influência das múltiplas inclinações humanas é passível de gerar condutas, no campo fático, as quais podem preservar, resguardar e(ou) garantir os bens humanos valorados nas sociedades, ou por outro lado podem desmerecer, desconsiderar e até mesmo destruir aquilo que a razão aponta como fins/objetos a serem buscados/preservados, sendo que o campo fático nos apresenta múltiplos exemplos em ambas as vias.

Neste sentido, trazer ao trabalho por ora apresentado um quadro de análise jurisprudencial pode se apresentar como verdadeira janela para que se possa detectar e

observar, na casuística, a carga de moralidade inerente ao ser humano que, acreditamos, encontra-se presente e engendrada no direito positivado, na sua dimensão política e coletiva.

Esta carga de moralidade em sua dimensão social e política possui grande relevância, sendo que na atividade jurisdicional desempenhada pelo estado, ao se fazer uma análise mais detalhada, é possível inferir que esta se revela tanto na atividade do legislador/criador de normas, quanto na atividade do julgador, do promotor, do advogado, do defensor, ou seja, quem em maior medida se ocupa com a parte analítico-interpretativa do fato jurídico em análise.

Interessante prisma é oferecido através da análise de determinados casos, quando depara-se muitas vezes com as lacunas legais constantes no ordenamento jurídico, necessitando-se recorrer a ‘elementos extrajurídicos’ para aplicar soluções ao caso em concreto, recorrendo-se aos costumes e aos princípios gerais de direito, denotando-se nesta ocasião a carga de moralidade contida mesmo que de forma dissimulada nos dispositivos legais constantes do ordenamento jurídico.

Além das referidas lacunas, outro fator bastante relevante diz respeito à velocidade com a qual os avanços e desdobramentos científicos vêm ocorrendo, e a influência destes no meio social. Há no momento desdobramentos sequer imaginados dez ou vinte anos atrás. Como exemplo disso podemos citar os debates acerca da manipulação genética e a pesquisa com células- tronco, matérias que, em virtude de necessidade de regulamentação, fatalmente desaguam no poder judiciário, sendo exigida resposta por parte do mesmo e deste modo já criando-se jurisprudência.

Temas como pesquisas com células tronco, fertilização in vitro, manipulação genética, reprodução assistida *post mortem*, garantia de prestação estatal em questões de saúde, eutanásia, eutanásia judicial, aborto, adoção de menores, ampliação do conceito de família, liberdade de expressão versus direitos difusos de grupos sociais, clonagem, suicídio assistido, descriminalização de drogas, cirurgias de mudança de sexo, abate de aeronaves sequestradas, pena de morte, descriminalização de drogas, são apenas alguns exemplos de matérias que são discutidas mediante o poder judiciário e o poder legislativo, nas cortes domésticas ou no âmbito internacional, onde é invocado o conceito de dignidade da pessoa humana.

Trata-se, portanto, de elementos que devem ser trazidos em nossa análise, a fim de que possa se aproximar as teorias percorridas com a atividade prática que vem sendo desempenhada especialmente no âmbito do direito brasileiro.

Porém, dada a amplitude e pluralidade dos bens tutelados na esfera jurídico-estatal, para fins de maior objetividade na presente apresentação é necessário eleger no orbe filosófico/jurídico, dentre as listas atinentes aos bens humanos mais elementares e básicos, um bem humano em específico, e que possua relevante valor nas relações coletivas, a fim de que possa ser feita uma apresentação mais qualificada e menos desfocada.

Nesta via então elegemos em nossa análise o bem humano ‘vida’, o qual é bastante caro para todas as sociedades em geral, bem como para a nova escola do direito natural.

E em assim sendo, propomos em nossa análise fazer os seguintes questionamentos: A noção de “Vida”, enquanto um “bem humano básico”, ou seja, um princípio do direito natural, foi incorporada à nossa jurisprudência? Em que medida? Como fica, a título de exemplo, a questão do aborto, o qual, nos casos previsto na lei brasileira, viola um ‘bem humano básico’? Como vem se desenvolvendo a jurisprudência da corte a respeito do tema? Quais os entendimentos mais afinados ao jusnaturalismo, e os contrários? Quais os entendimentos adotados pela suprema corte brasileira no tocante a outros temas polêmicos e de relevante impacto social, relacionados ao bem ‘vida’?

A fim de maior clareza, necessário primeiramente fazer algumas considerações a respeito do que se entende por ‘bem’, especialmente na ótica jusnaturalista.

Segundo Nucci (2014, p.5) o termo bem indica, sempre, algo positivo, como um favor, uma benesse, um proveito ou uma ventura. No entanto sob a ótica material, o termo ‘bem’ apontaria para algo apto a satisfazer as necessidades humanas, integrando seu patrimônio.

Entretanto, deve ficar claro que sob o ponto de vista do jusnaturalismo, ‘bem’ tem um sentido aristotélico, denotando ‘fim’, não se tratando de algo material.

Nucci (2014, p.5) ainda faz importante colocação a respeito do tema, aproximando-o ao sentido filosófico que mais nos apreça na presente explanação. De acordo com o referido autor:

[...] quando se fala em bem comum, denota-se o nível das condições favoráveis ao êxito coletivo. Em suma, o bem se apresenta vinculado aos mais preciosos interesses humanos , seja do ponto de vista material, seja do prisma incorpóreo (moral ou ético).(NUCCI, 2014. p.5)

Necessário ainda apontar que tal bem humano encontra-se interligado e relacionado, no orbe filosófico, no mundo jurídico, no direito positivado e na casuística, com uma série de outros conceitos.

Com especial relevância podemos citar o conceito de ‘dignidade da pessoa humana’, o qual possui grande valoração em nosso ordenamento jurídico estatal, em todas as suas esferas, com especial relevância e destaque no ordenamento jurídico brasileiro na esfera do direito constitucional e do direito penal, mas também com reflexos em todas as esferas jurídicas.

Na passagem abaixo transcrita Nucci (2014, p.6) nos oferece um panorama da importância dos bens tutelados pelo ordenamento, em especial o bem ‘vida’:

A constituição Federal indica vários bens jurídicos, vários dos quais o Direito Penal chamou a si para a conveniente proteção e amparo. Ilustrando, veem-se os seguintes bens jurídicos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, vida privada, honra, trabalho, dentre outros.

A eleição do bem jurídico vida da enseja a vários outros, desdobramentos naturais da proteção do bem principal: integridade física, respeito ao feto, saúde, repúdio à tortura, etc. A tutela da liberdade envolve o direito de ir e vir (locomção)e ainda a livre manifestação do pensamento , da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a livre manifestação da consciência e da crença , com o exercício de cultos religiosos. O amparo a liberdade abarca o repúdio ao racismo e a toda forma de discriminação. O culto a segurança desdobra-se em tutela da paz pública, vedando-se a formação de associações criminosas, bem como o porte de arma de fogo , sem autorização legal. A propriedade possui inúmeros desdobros, alcançando vários tipos penais, que proíbem o furto, o roubo, a apropriação indébita, o estelionato, etc. Além disso, alcança-se, a despeito da propriedade material, a intelectual, tutelando-se variadas formas de propriedade imaterial. A intimidade a vida privada demandam inviolabilidade de domicílio, de correspondências e de comunicações em geral, chamando-se o Direito Penal a punir as lesões

aos referidos bens jurídicos tutelados. A honra demanda a proteção do ordenamento jurídico, por mecanismos civis e penais, sancionando-se a calúnia, a difamação e a injúria. O direito ao livre exercício de qualquer trabalho faz parte da sociedade democrática, demandando punição a quem busque, ilegalmente, reprimir e coibir esta opção individual. (NUCCI, 2014, p.6)

No direito positivado brasileiro, mais precisamente, o bem humano vida é relevantemente destacado na Carta Magna em vigor, Constituição Federal de 1988, já no Título I, Dos Princípios Fundamentais, no art. 1.º, inciso III, o qual elenca como princípio fundamental a ‘Dignidade da Pessoa Humana’.

Ainda importante citar o *caput* do art. 5.º da Constituição Federal, o qual estabelece em sua redação a inviolabilidade do direito à vida, bem como em relação a outros princípios gerais de muita relevância, mas sobre os quais por razões de maior concisão teórica não nos deteremos no presente, senão ocasionalmente de forma incidental.

A ampla maioria dos ditos doutrinadores jurídicos, no que concerne ao direito brasileiro, em uma quase total unanimidade considera que o direito à vida, em afinidade com as disposições legais constantes nos ordenamentos, deve ser interpretado de forma ampla, ou seja, de modo a oferecer garantia quanto ao prosseguimento da vida dos indivíduos em seu curso natural e também, como já aviltamos, em afinidade com o conceito de dignidade da pessoa humana no sentido de garantir uma existência digna ao ser humano.

Do trecho acima simples perceber que o conceito de dignidade, em virtude dos avanços científicos e dos movimentos comportamentais ocorrentes nas sociedades, cada vez mais vem sendo objeto nas discussões éticas, e por consequência no âmbito do direito.

Em consonância com os autores os quais defendem que alguns bens humanos. são compreendidos como especialmente desejáveis e relevantes desde as sociedades pré-estatais, podemos trazer interessante colocação do jurista Paulo Gounet Branco (2013) o qual considera que “proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o”.

Perceptível, portanto, o entendimento compartilhado por autores de relevante destaque, no sentido de que alguns elementos balizadores a conferir subsídios valiosos

na tutela jurisdicional são os elementos concernentes à filosofia moral e filosofia jurídica, o que nos indica que, além dos elementos implícitos do texto legal no que concerne a aplicação dos costumes e princípios gerais nos casos concretos, caso da Lei de Introdução ao Código Civil, os magistrados e ministros especialmente estão conscientes do valor da ética como subsídio à solução de conflitos e casos.

Nesta via, ao referir-se e tratar-se de conceitos como o de dignidade, em especial humana, percebe-se o alinhamento da doutrina jurídica brasileira, em alguns casos, com os princípios do direito natural, relativamente aos bens humanos básicos. Por outro lado, perceptíveis também posições em desalinho com tais princípios. Portanto resta avaliar em que medida estes princípios vêm influenciando a casuística, quando exigida.

Já o contexto pontuado por autores internacionais parece convergir para um consenso compartilhado acerca da tutela do bem humano vida como pressuposto para o exercício dos demais, uma vez que logicamente nenhum direito existiria sem esse.

Como exemplo disso podemos citar o interessante trecho de artigo publicado por Harrington (2013). No referido artigo a autora, a respeito de como o tema vem sendo tratado no direito internacional, chama atenção para o viés de defender a vida em uma contextualização atinente aos direitos inerentes ao ser humano, tendência que vem sendo adotada internacionalmente:

A ideia de proteger a vida dentro do contexto dos direitos humanos é talvez elementar desde que, como a Corte Inter –Americana de Direitos humanos tem explicado em inúmeras ocasiões que sem proteger a vida todas as outras proteções de direitos humanos tornam-se sem sentido. (HARRINGTON, 2013)

The idea of protecting life¹ within the context of human rights law is perhaps elemental since, as the Inter-American Court of Human Rights has explained on numerous occasions, without protecting life all other human rights protections are meaningless. (HARRINGTON, 2013)

Neste caminho a referida autora ressalta a universalidade da tutela do direito à vida nos diferentes ordenamentos e sociedades, chamando atenção para o fato de que vem sendo adotada uma espécie de uniformização do entendimento a respeito do tema no âmbito internacional.

De fato uma pesquisa nos tratados regionais e internacionais e convenções a respeito dos direitos humanos demonstra a uniformidade da inclusão do direito a vida enquanto garantia que perpassa partidos divergentes e objetivos de promulgações instrumentais formais. (HARRINGTON, 2013)

Indeed a survey of international and regional human rights treaties and conventions demonstrates the uniformity of inclusion of the right to life as a guaranteed right across divergent state parties and instrument promulgation goals. (HARRINGTON, 2013)

Aliado a isso, é inegável que no campo científico e recentes avanços nas ciências naturais, tais como a medicina e a embriologia, têm trazido elementos ao debate que acrescentam uma maior complexidade e inclusive possibilidade de interpretação no que concerne ao direito positivado trazido pelo legislador brasileiro.

Nesta via a delimitação dos conceitos de ‘vida’ e ‘personalidade, no âmbito jurídico adquirem uma nova relevância no debate, estando presentes na casuística e na jurisprudência diversos vieses e resultados interpretativos, pois como objeto do engendro humano, o direito não fica imune ao impacto dos avanços científicos nas sociedades e nos indivíduos.

E por consequência, por reflexo do contexto referido surgem novas necessidades de respostas às quais o direito estatal deve prestar, uma vez que o dinamismo das sociedades, tanto em seu aspecto tecnológico como relativo aos costumes sociais, engendra um quadro de novos elementos que devem ser enfrentados nas discussões e fundamentações exegéticas.

Pela influência dos avanços científicos surgem novas necessidades e discussões no campo da ética normativa. O legislador e os tribunais confrontam-se com a necessidade e a tarefa de regular novas matérias as quais sequer poderiam ser pensadas décadas e até anos atrás. Matérias tais como a utilização de células tronco em pesquisas científicas, por exemplo, passam a ser discutidas, analisadas e regulamentadas. Cria-se nova jurisprudência.

Aliado a estes novos vieses persiste o debate acerca dos direitos e garantias fundamentais, garantia à vida, dignidade humana, etc. Conceitos pré-existentes nesta ótica também adquirem novas dimensões.

O campo estritamente positivado das normas adquire à necessidade de oferecer respostas às novas situações fáticas colocadas no cenário, sob a influência dos avanços científicos e do dinamismo do comportamental social.

E é exatamente neste âmbito que o direito positivado, tanto no âmbito mais internacional e plural, através de tratados e convenções, quanto no âmbito doméstico, nas constituições e códigos mais específicos, tem adotado noções e referências que dizem respeito ao conceito de dignidade da pessoa humana.

Em razão do contexto explicitado, pode-se identificar este momento, de forma muito interessante, como o momento no qual, em virtude dos avanços e mudanças referidos, os casos em concreto analisados exigem uma exegese mais profunda, que vai além do texto da norma e muitas vezes de códigos escritos, que busca dar conta das defasagens surgidas e que possa dar conta dos conflitos e matérias em jogo, abrindo-se espaço no direito brasileiro, por necessidade, para uma jurisprudência mais eficaz no campo da ética.

Isto explica a percepção de que desde as últimas décadas do séc. XX ocorre uma reaproximação entre o direito e a filosofia, em detrimento das ideias jurídicas estritamente positivistas. Tal percepção pode ser explicada pelo fato de que as demandas da própria sociedade, bem como os avanços tecnológicos muito velozes, especialmente na área da biotecnologia são fatores que ao serem apreciados pelos tribunais, demandam uma resposta mais bem fundamentada, com o esclarecimento e a delimitação de conceitos e procedimentos científicos, bem como a aplicação de conceitos filosóficos, o que tende a gerar um movimento exegético mais qualificado.

Portanto, trazidas as referências mais gerais sobre o tema, atinentes ao direito positivado brasileiro e ao direito internacional, bem como as que apontam o crescimento da relevância social do tema apreciado, necessário discorrer mais detalhadamente sobre dois conceitos necessários à nossa apresentação: o conceito de vida, a fim de que possamos melhor compreender a valoração desta própria como bem humano, e o conceito de dignidade da pessoa humana.

Cumprir referir que, a despeito da evolução do conceito, perpassando ideias de ordem religiosa, filosófica, política e jurídica, nos interessa no presente trabalho centrar os aspectos mais relacionados à filosofia e ao direito.

Sendo assim nos relevam especial interesse as ideias desenvolvidas e concebidas tendo por fundamento filosófico a ideia de razão e de deliberação moral, em afinidade com a tradição filosófica a qual mais especialmente vimos nos dedicando.

Segundo Ferraz¹⁶ (2016) a ideia de dignidade da pessoa humana, no que pese encontrar suas primeiras referências na antiguidade clássica, começa a adquirir maior notoriedade no período renascentista, adquirindo na modernidade, através da obra de Immanuel Kant, o sentido que mais precisamente se afina com os princípios defendidos pela nova escola do direito natural os quais são objeto de nosso estudo.

Neste sentido, uma variação da fórmula moral expressada no imperativo categórico proposto pelo célebre filósofo possuiria especial importância no que concerne à caracterização do conceito de dignidade da pessoa humana, sendo conhecida como ‘Fórmula da Humanidade como um Fim em Si’:

Assim, em um de seus desdobramentos temos o seguinte comando moral: “age de tal maneira que tomes a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre ao mesmo tempo como fim, nunca meramente como meio”. Immediatamente após enunciar este desdobramento do imperativo categórico Kant nos apresenta alguns exemplos que instanciam o princípio moral, os quais não vem ao caso aqui citar, com efeito, tal formulação é conhecida também como fórmula da humanidade como fim em si.

E qualquer forma, o que quero rapidamente explorar aqui é a importância dessa variação do imperativo categórico na caracterização de dignidade da pessoa humana. Nessa formulação KANT está nos dizendo que, embora seja legítimo tratarmos os demais como meios para certos fins, e isto é algo que cotidianamente fazemos, como quando estabelecemos contratos, por exemplo), devemos sempre considerar os demais também como fim (e não apenas como meio).

¹⁶ Possui Graduação em Filosofia (Licenciatura plena em filosofia) pela Universidade Federal de Pelotas (1994), Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (1999) e Doutorado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2003). Também realizou, de 2001 a 2002, estágio doutoral junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da State University Of New York (SUNY). Também foi, em 2010, Visiting Scholar na Universidade Harvard (USA). Atualmente é Professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Pelotas (UFPeL), sendo também coordenador adjunto do Programa de Pós-Graduação em Filosofia na mesma Instituição. Tem experiência na área de Filosofia, com ênfase em Ética e Filosofia Política, atuando principalmente nos seguintes temas: ética, filosofia do direito, contratualismo, direito natural e filosofia da religião. Também é membro (International Associate Member) da American Philosophical Association (APA).

Isto significa dizer que devemos reconhecer aquilo que atualmente chama-se mais frequentemente de valor intrínseco, um valor que possuímos em virtude de nossa humanidade (e não de elementos contingentes que nos possam ser atribuídos: sexo, cor da pele, capacidade cognitiva, etc.). Noutros termos, se se trata de uma forma humana, então possui valor intrínseco. (FERRAZ, 2016, p. 67)

Ferraz (2016) considera que, remontando a tradições antigas, Kant entende em sua obra que o conceito de *humanidade* está ligado a uma *capacidade*, função própria do ser humano, que lhe confere a disposição de escolher fins mediante escolhas racionais, ajustadas pela razão prática.

E, de acordo com o autor supra citado, para Kant o elemento característico da humanidade seria a capacidade de em geral se propor um fim.

Como bem aviltado, o dinamismo social e a influência da tecnologia demandam novas respostas ao encargo do dito Direito Estatal, da jurisprudência, bem como as lacunas da lei, e a defasagem do engendro do legislador em relação ao dinamismo social demandam a aproximação entre o direito prático e à filosofia moral.

Neste contexto podemos perceber que Ferraz (2016) em recente artigo considera que, no panorama contemporâneo desenhado, o modelo jusfilosófico em maior afinidade para a defesa dos direitos humanos seria aquele oferecido pelo direito natural, aqui compreendido como o direito fundado na capacidade racional inerentemente humana:

Minha exposição tomará como pressuposto o seguinte: o mais eficiente modelo jusfilosófico para que sejam assegurados os direitos humanos — os quais instanciam, em suas diversas formas, o valor da dignidade da pessoa humana — é aquele oferecido pelo direito natural. Com isso pretendo demonstrar a indissociabilidade das três categorias presentes no título de minha fala: *lei natural*, *direitos humanos* e *dignidade da pessoa humana*. (FERRAZ, 2016, p. 66)

Como já discorrido em capítulos anteriores, a ótica jusnaturalista, em especial a trazida ao debate pelos teóricos da nova escola do direito natural, considera que a razão

prática¹⁷ possui a capacidade de apreender e reconhece a existência de certos bens humanos básicos os quais são autoevidentes.

E em virtude de, como já explanado, conferir maior concisão na presente abordagem, elegemos em nosso trabalho o bem humano vida, e seus desdobramentos principiológicos, especialmente no que concerne ao direito brasileiro, para que pudéssemos trazer uma aproximação com elementos práticos e a causídica jurídica consubstanciada na jurisprudência. Por esta razão procuramos trazer alguns casos ilustrativos que possuem por objeto análises acerca do bem humano vida e seus desdobramentos, em especial a utilização da dignidade da pessoa humana como princípio balizador.

Interessante observar que os novos desdobramentos tecnológicos havidos mais contemporaneamente, especialmente na área da biossegurança, vêm servindo como empuxo para que se objetive no direito brasileiro conceitos e definições a respeito do bem humano vida, sua conceituação, seu começo, sua duração e seu fim. Desta maneira a respeito do tema podemos considerar que tem se mostrado de importante destaque evolutivo na jurisprudência brasileira, razão pela qual mais adiante iremos trazer as decisões mais importantes do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, analisando-se quais as posições em consonância e contrárias aos princípios *jusnaturalistas* conforme postulados pela nova escola do direito natural.

Trazidos estes conceitos, fundamentais no debate filosófico/jurídico no que concerne a proteção estatal do bem humano vida, logo adiante cabe trazer o pensamento e considerações de autores de especial relevância acerca da temática, bem como mostrar o posicionamento jurisprudencial a respeito do tema de forma mais geral.

Por fim objetiva-se analisar criticamente como se posiciona até o momento a jurisprudência brasileira, em especial a oriunda do Supremo Tribunal Federal, acerca de questões polêmicas que digam respeito a tutela do bem ‘vida’, e se as posições adotadas pela corte estão em afinidade com os princípios do novo direito natural sob a ótica examinada.

¹⁷ *Razoabilidade prática* é a capacidade de utilizar-se “com eficiência a inteligência (no raciocínio prático que resulta em ação) nos problemas de escolher as ações, o estilo de vida e de dar forma ao caráter.” A razoabilidade prática implica na busca por uma ordem nas ações, dando a elas um aspecto razoável.

7.1- O argumento *Jusnaturalista*

Mais especificamente falando sobre autores que discorrem sobre a temática no âmbito internacional, os quais se encontram mais afinados com os princípios jusnaturalistas, poderíamos citar John Finnis, Robert P. George¹⁸ e Patrick Lee¹⁹

Tais autores adquirem grande importância e inserção em debates jurídico-filosóficos relativos a questões de grande impacto e relevância social, tanto nas sociedades nas quais convivem quanto em um âmbito mais global, tendo publicado obras que adquiriram grande repercussão e que possuem bastante destaque em discussões relacionadas especialmente à bioética.

A argumentação trazida por estes autores por certo afina o debate exegético e insere no cotejo analítico um diálogo filosófico interconectado com elementos muitas vezes trazidos das ciências naturais, tais como a medicina, a embriologia e a genética.

Como inclusive já referido, questões como aborto, eutanásia, clonagem, pesquisas com células tronco, e uma série de outras temáticas, dado a sua relevância social, científica, cultural e religiosa, ao serem reguladas pela atividade estatal legislativa e judiciária proporcionam acirrados debates, não raro cerceados pela polêmica, tendo sempre obtido grande destaque nos meios de comunicação e na mídia, e sido acompanhados com maior atenção por grupos da sociedade civil organizada e a sociedade em geral.

Estes fatores a princípio demandam nas decisões exaradas nas cortes superiores, votos e decisões mais fundamentados e motivados, proporcionando-se uma maior aproximação entre a filosofia e o direito. E os autores logo acima destacados inserem no debate uma série de argumentos éticos, os quais, diga-se de passagem, no seu caso encontram-se mais afinados com os princípios jusnaturalistas.

Neste momento, portanto, cabe trazer alguns argumentos propostos e lançados por estes autores, em contraposição aos argumentos de relevantes membros da comunidade científica os quais se debruçam sobre a temática, ou que se utilizam desta como seu objeto de trabalho..

¹⁸ Robert P. George é um professor de teoria legal norte-americano, filósofo político e intelectual. É professor de Jurisprudência na Universidade de Princeton

¹⁹ Patrick Lee is Professor of Bioethics at Franciscan University of Steubenville, possuindo diversos livros publicados

O filósofo Robert P. George em diversas obras, debruça-se sobre questões que dizem respeito às relações entre a ética, os avanços científicos, em especial a genética, e a dimensão político-social entre estas relações.

Não por acaso a discussão centrada nestas temáticas vem obtendo cada vez maior relevância e entrada nas supremas cortes e tribunais superiores, tanto no âmbito do direito brasileiro, quanto no âmbito dos diversos ordenamentos jurídicos e sistemas legais no universo internacional dos diversos Estados. O diálogo entre tais temáticas ganha destaque, uma vez que os avanços científicos em determinadas áreas lançam questionamentos acerca de sua condição ética e seu valor político.

E neste sentido George (2008, p. 24) considera a importância dos princípios filosóficos quando inseridos no debate:

A convicção religiosa pode nos motivar a se erguer e falar em defesa da vida humana e da dignidade. E as pessoas religiosas nunca devem exitar em fazer isso. Mas nós precisamos não depender da autoridade religiosa para nos dizer se um embrião humano é um novo membro vivo da espécie *homo sapiens* ou se todos os seres humanos independentemente não apenas de raça, etnicidade, e sexo, mas também idade, tamanho, estágio de desenvolvimento e condições de dependência possuem dignidade e valor moral completo.

Religious conviction can motivate us to stand up and speak out in defense of human life and dignity. And religious people should never hesitate to do that. But we need not rely on religious authority to tell us whether a human embryo is a new living member of the species *Homo sapiens* or whether all human beings irrespective of not only race, ethnicity, and sex but also age, size, stage of development, and condition of dependency possess full moral worth and dignity.

The application of philosophical principles in light of facts established by modern embryological science is more than suficiente for that task.
(GEORGE, 2008, p. 24)

Interessante colocação e questionamento ainda faz o autor, na medida em que considera que o tratamento dado e as possibilidades e desdobramentos que possam advir dos avanços tecnológicos, em especial no campo da genética, possam vir de encontro a princípios fundamentais que possuem seu valor alicerçado em séculos de tradição, e que possuem importância cultural fundamental na maneira como as sociedades se organizam e se sustentam, em especial os princípios da igualdade e da dignidade humana.

George (2006, p. 1032) faz importante destaque a estes princípios e acerca de possibilidade de ruptura com o que o autor considera uma tradição política que valora os mesmos, uma vez que estariam enraizados no convívio social:

A glória de nossa tradição política é a afirmação da profunda, inerente, e igual dignidade de todos os seres humanos. A história da nossa política e prática social, nossa lei e nossa economia, e até mesmo de nossa medicina é em significativa medida o esforço para cumprir as demandas desta afirmação. O problema, é claro, é que o auto-interesse coletivo e individual estão frequentemente em guerra com isto. (2006, p. 1032)

The glory of our political tradition is its affirmation of the profound, inherent, and equal dignity of all human beings. The history of our politics and social practice, our law and economics, and even our medicine is in significant measure the struggle to live up to the demands of this affirmation. The trouble, of course, is that individual and collective self-interest are often at war with. (GEORGE, 2006, p. 1032)

Percebe-se desta maneira a preocupação ética do autor, que se estende para a dimensão política, e do mesmo modo com princípios seculares relativos às relações humanas e sociais construídas secularmente.

Neste ponto torna-se importante em nossa análise trazer algumas posições e considerações argumentativas trazidas por este autor, sobretudo ao se sobrepor a opiniões discordantes oriundas de cientistas que também desenvolvem notável trabalho em suas áreas.

George (2008), em artigo denominado *Embryo Ethics*²⁰ considera algumas importantes reflexões acerca do que denomina de ética Genética, e de maneira muito relevante considera que determinadas propostas sem medida do uso dos recursos tecnológicos a fim de manipular dados genéticos selecionando características dos seres humanos, seria algo que vai de encontro com princípios que há séculos definem a tradição política e ética, tais como a igualdade e dignidade dos seres humanos, a lei, a economia e prática social em geral.

²⁰ Daedalus, Vol. 137, No. 1, On Life (Winter, 2008), pp. 23-35Published by: The MIT Press on behalf of American Academy of Arts & Sciences

Neste sentido George (2008, p. 23), no preâmbulo do referido artigo estabelece uma analogia a qual utiliza para destacar que as principais questões suscitadas e relacionadas à bioética, e que possuem fundamental relevância, são na verdade, em sua opinião, questões relacionadas em última instância à ética e aos valores morais em questão:

Se nós fôssemos avaliar a questão acerca de matar bebês com deficiência mental para obter órgãos transplantáveis, ninguém caracterizaria a controvérsia que pudesse surgir como um debate sobre transplante de órgãos. A disputa seria sobre a ética do ato de se matar bebês com deficiência a fim de armazenar seus órgãos vitais, Nós não poderíamos resolver o assunto quantas pessoas com doenças terminais nós poderíamos salvar através da extração de um coração, dois rins, um fígado, etc., de cada bebê com deficiência. Ao invés, nós teríamos de resolver esta questão: é certo relegar uma certa classe de seres humanos - os com deficiência – ao status de objetos que podem ser mortos e disse casos para beneficiar outros? (GEORGE, 2008, p. 23)

If we were to contemplate killing mentally handicapped infants to obtain transplantable organs, no one would characterize the controversy that would erupt as a debate about organ transplantation. The dispute would be about the ethics of killing handicapped children to harvest their vital organs. We could not resolve the issue by considering how many gravely ill people we could save by extracting a heart, two kidneys, a liver, etc., from each mentally handicapped child. Instead, we would have to answer this question : is it right to relegate a certain class of human beings the handicapped- to the status of objects that can be killed and dissected to benefit others? (GEORGE, 2008, p. 23)

Observa-se que nos artigos supra citados Robert P. George centra sua atenção em questões éticas relativas ao bem humano ‘vida’, sendo que estas questões em nosso trabalho se mostram ilustrativas e elucidativas, uma vez que o bem humano ‘vida’, e os princípios que deste se desdobram, é um dos bens primordiais tutelado no âmbito jurídico, e a principal preocupação da tutela estatal nas esferas do direito constitucional, penal e civil.

E neste âmbito Robert. P. George, bem como os demais autores supracitados, se insere e oferece sua contribuição exegética, procurando pontuar um debate calcado em argumentos sólidos e que se contrapõem a posições divergentes.

Percebe-se que esta aproximação entre a filosofia ética e as ciências naturais torna-se presente e necessária a fim de oferecer lastro inclusive na jurisprudência de uma forma geral, e também na jurisprudência oriunda do Supremo Tribunal Federal brasileiro, uma vez que ao abordar e regular tais temáticas, dada a sua relevância, necessário apresentar na fundamentação das decisões e leis argumentos e motivações sólidos e que contemplem a complexidade das temáticas, tanto no âmbito das ciências naturais, com seus subsídios, quanto no âmbito da filosofia ética e moral.

Vejamos então alguns argumentos do acima destacado autor, pertinentes à matéria, par logo a seguir trazermos os demais autores. Necessário referir, como já dito, que as questões ora trazidas dizem respeito a considerações que possuem por objeto, em última análise, o bem humano ‘vida’.

Uma das relevantes questões abordadas por Robert P. George diz respeito à pesquisas que utilizam células-tronco embrionárias para diversos fins, descartando ou exterminando os embriões humanos em razão dos procedimentos realizados.

E nesta via, de acordo com George (2008, p. 23) o debate sobre a pesquisa que envolve a destruição de embriões humanos se centra sobre duas questões fundamentais: um embrião humano é um ser humano? E caso a resposta seja afirmativa, o que é devido a um embrião humano que diga respeito à justiça?

Cabe referir que George (2006, p.1029) não somente contempla desdobramentos negativos no campo do conhecimento genético e da biotecnologia. Ele considera que muitos destes desdobramentos poderão amenizar o sofrimento de doenças, proporcionando o avanço no bem estar humano. O autor ainda aponta que os avanços na genética também nos ajudam a explorar e entender mais completamente os grandes mistérios do homem, em um movimento de autoconhecimento.

No entanto, segundo o autor, algumas considerações éticas devem ser feitas a respeito dos procedimentos científicos e finalidades buscadas através destes, bem como acerca das muitas possibilidades de desdobramentos a partir de tais avanços.

Destaca-se que em sua argumentação acerca da problemática, George leva em consideração principalmente dois pontos: o caráter evolutivo atinente aos estágios de desenvolvimento e autodesenvolvimento biológico e cognitivo inerentes ao ser humano,

independentemente do momento biológico em que o indivíduo se encontre, e de outro lado a questão da dignidade inerente ao indivíduo humano.

Necessário apontar que o autor se posiciona contrariamente a utilização e destruição de embriões humanos a título de pesquisas genéticas e biológicas. Para Robert. P. George (2008, p.24) os apoiadores do que ele denomina de pesquisa ‘embrio-destrutiva’ insistem que os embriões humanos não são seres humanos – ou que se eles são seres humanos, que eles não são ainda ‘pessoas’. Nesta ótica seria moralmente aceitável “desagregar” estes para os benefícios da pesquisa objetivando o encontro da cura ou o tratamento da diabetes juvenil ou outras aflições terríveis.

Mas, destaca-se, que segundo o autor a retirada do status de dignidade relativamente ao estágio de desenvolvimento destes individuais acarreta vários problemas e dilemas de ordem ética. E é exatamente neste ponto que a filosofia moral adquire relevância no debate. Mas vejamos como George constrói seu argumento.

A fim de ilustrar seus argumentos, George considera que a própria ciência demonstra que o embrião se trata de um ser humano individual cujas funções e capacidades evolutivas inerentes, em sua totalidade, já se mostram presentes.

Um embrião humano deste modo, já seria um organismo distinto, completo e se autodesenvolvendo autonomamente.

E nesta via, dizer que seres humanos embriônicos não merecem respeito completo, como no caso de serem utilizados e descartados para fins de pesquisas científicas, implicaria em dizer que nem todos os tipos de seres humanos merecem respeito moral completo. Como consequência disto, seria violado o princípio da dignidade inerente à pessoa humana.

Para George (2008, p.31) os seres humanos não podem ser distinguidos ou ‘graduados’ relativamente ao seu estágio de desenvolvimento, inclusive cognitivamente falando, relativamente a capacidades cognitivas que são “conquistadas” conforme o desenvolvimento humano. Desde que os seres humanos são intrinsecamente valiosos, todos merecem respeito moral completo, sendo que negar este status, de acordo com o autor, poderia gerar precedentes que atentariam contra o princípio da dignidade.

A negação deste status poderia abrir caminho, por exemplo, à eugenia e a utilização de seres humanos para o que o autor denomina de ‘fabricação de órgãos’, bem como diversos ‘procedimentos’ eticamente não desejáveis ou reprováveis.

Conclui-se, portanto que se demonstra extremamente necessário os avanços científicos que ocorrem com velocidade vertiginosa serem acompanhados de uma discussão ética mais aprofundada a fim de que sejam estabelecidos os limites e parâmetros legais.

Outro dilema ético segundo George diz respeito ao ‘status evolutivo’ referente ao estágio de desenvolvimento natural do ser humano. Desconsiderar a dignidade de um individual humano em seus primeiros estágios biológicos, cerceando o curso natural de desenvolvimento, poderia abrir caminho a fim de justificar a utilização para propósitos científicos de seres humanos em outros estágios biológicos de desenvolvimento, tais como bebês, ou até mesmo adultos, e seres humanos considerados ‘incompletos’ ou ‘com defeito’.

Para George (2008, p.32) nós valoramos os seres humanos justamente pelo tipo de entidades que estes são, sendo que consideramos por esta razão que todos são iguais no tocante à dignidade básica e direitos humanos.

Portanto não seria lógico nem aceitável valorarmos mais outros seres humanos em detrimento de outros, em função de suas características e inclusive estágios de desenvolvimento, negando sua dignidade e qualificação moral.

Os argumentos defendidos por Patrick Lee e Robert P. George, inclusive em artigo publicado no ano de 2005 denominado *Accorns and Enbryos*²¹ se contrapõem a argumentos de cientistas que defendem a utilização e destruição de células embrionárias e o descarte de embriões humanos para fins científicos, autores como Paul Machugh²² e Michael Sandel²³.

Tais autores de diversas maneiras negam o status de ser humano ao indivíduo embrionário, no sentido de não haver ainda o pleno desenvolvimento das capacidades cognitivas, sendo que por sua vez Lee e George justificam que os seres humanos são dotados de dignidade em razão da faculdade inerente racional que possuem, e são valorados pelo tipo de entidade que são independentemente do estágio de desenvolvimento.

²¹ *Accorns and Embryos*,. Lee, Patrick, George, Robert. P. – The New Atlantis, No. 7,2004-2005, p, 99-100 – Center for the Study of Technology and Society

²² Paul Rodney McHugh, nascido em 1931, é um proeminente psiquiatra, pesquisador e educador americano. Foi por 26 anos Chefe de Psiquiatria do Johns Hopkins Hospital, Professor de Psiquiatria e diretor do Departamento de Psiquiatria e Ciência Comportamental da Universidade Johns Hopkins

²³ Michael J. Sandel (Minneapolis, 5 de março de1953) é um filósofo, escritor, professor universitário, ensaísta, conferencista e palestrante norte-americano. É responsável pelo curso Justice e desde 1980 é professor de filosofia política da Universidade Harvard.

Em suma, através dos argumentos destes autores, denota-se uma preocupação com o bem humano vida e uma consciência, por parte dos mesmos, de que as matérias relativas à biotecnologia especialmente necessitam de um acompanhamento conciso através do campo da filosofia ética e moral, a fim de que seja feita uma regulação das matérias e se proporcione uma melhor resposta às sociedades, uma vez que os desenvolvimentos científicos exibem possibilidades que merecem um melhor trato e cujos desdobramentos podem ser até mesmo preocupantes no campo ético.

E percebe-se que os argumentos jusnaturalistas mais contemporâneos se inserem com bastante força no debate, buscando delimitar a discussão lançando mão de elementos trazidos pelas próprias ciências naturais para que se delimitem os próprios questionamentos éticos tão caros à sociedade, e desta maneira para se faça uma regulação satisfatória das matérias por parte do poder judiciário, ou que ao menos possam ser oferecidos subsídios para uma discussão ética aprofundada e racional destes tópicos.

7.2 - A crescente necessidade de uma contribuição eficaz da Filosofia ética face ao Direito

A questão relativa a uma aproximação maior entre o direito e a ética, trazida a tona por questões e dilemas mais contemporâneos parece ser compartilhada por diversos autores.

Como exemplo podemos trazer a opinião de alguns autores, como Antonio Maia Neto (NETO, 2001, p.2-3), o qual ressalta a importância desta aproximação, considerando que as correntes teóricas mais contemporâneas ressaltam as relações entre direito, moral e política, sendo críticas no que tange às concepções estritamente positivistas no campo do direito.

O referido autor neste contexto ressalta a retomada da valoração dos princípios gerais de direito e um maior aprofundamento em termos exegéticos.

Lyra Filho (1984, p. 17-18) também aponta neste sentido, apondo breve crítica ao aspecto puramente positivista:

O positivismo, de qualquer sorte, é uma redução do Direito à ordem estabelecida; o iurisnaturalismo é, ao contrário, um desdobramento em dois planos: o que se apresenta nas normas e o que nelas deve apresentar-se para que sejam consideradas boas, válidas e legítimas. Em que medida o iurisnaturalismo cria, não a superação do positivismo, porém antinomia (contradição insolúvel entre dois princípios), entre a ordem justa e a ordem estabelecida, e, por outro lado, se ele consegue, ou não, fundamentar, convincentemente, o plano jurídico superior, que serve de estalão para medir as normas jurídicas encontradas na vida social [...].

Lenza (2009) por sua vez ressalta a importância desta reaproximação para o Direito Constitucional, ressaltando a já referida valoração das questões principiológicas no cenário mais contemporâneo:

A Constituição nesse novo cenário passa a ocupar o centro do sistema, devendo os Poderes Públicos, quando da observação e aplicação das leis, além das formas prescritas na Constituição, estarem em consonância com seu espírito, seu caráter axiológico e seus valores destacados.

Nesse viés Constitucional deve-se garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrática, ficando a cargo da maioria em cada momento histórico vivido, desde que seja respeitada a diferença de opiniões, a incumbência de definir seus valores e suas convicções, devendo-se assegurar as condições dignas a todos, com ênfase na tutela e efetividade dos direitos fundamentais (LENZA, 2009, p. 09-10).

Conforme pode ser denotado, diversos autores e doutrinadores jurídicos apontam no valor desta reaproximação entre o direito e a filosofia ética, sendo que como dito, trata-se de uma exigência ao direito contemporâneo para que possa dar respostas mais satisfatórias a sociedade a qual vem sofrendo mudanças sociais vertiginosas e reflexos dos avanços tecnológicos os quais possuem o condão de abalar pilares seculares da convivência ética, caso as novas matérias que surgem não sejam normatizadas mediante análise ética mais profunda.

Passemos então neste ponto para uma análise calcada na apresentação da jurisprudência mais contemporânea a respeito do tema.

CAPÍTULO 8

Posicionamento Do Supremo Tribunal Federal Brasileiro a respeito do tema

Apesar das relevantes colocações a respeito de uma tendência de ‘reaproximação’ ente o direito e a filosofia ética, o Supremo Tribunal Federal brasileiro encontra-se longe de possuir entendimento pacificado, entre seus ministros, acerca dos temas caros e relevantes a perspectiva jusnaturalista. Tal é o caso do aborto, cuja ampliação dos temas relativos a sua descriminalização, apenas foi apreciada, mediante larga batalha entre os ministros, em casos pontuais, que não oferecem eficácia *erga omnes*, dado a polêmica e divergência de entendimentos.

Portanto a matéria encontra-se longe de estar satisfatoriamente regulada, uma vez que não há um posicionamento jurídico que valha para a totalidade dos indivíduos da sociedade, apenas decisões não unânimes exaradas em face de casos em particular.

Além disso, percebe-se certa volubilidade desta corte no que tange à temática, observando-se que é necessária uma maior aproximação com o campo da filosofia moral como contraponto ao viés puramente científico a qualquer custo, tal como é a crítica de Robert. P. George e Patrick Lee.

E dessas análises pontuais, possível inferir que o referido tribunal possui uma posição relativista muito forte, muitas vezes distante dos princípios jusnaturalistas, carecendo de uma análise ética mais aprofundada e que mergulhe em busca de subsídios inclusive mais científicos.

Cabe, portanto pontuar os argumentos trazidos pelos Ministros em alguns julgamentos mais relevantes.

Necessário referir que a Suprema Corte Brasileira - STF- encontra-se muito dividida em suas opiniões e embasamentos em temas concernentes ao bem humano vida, tais como aborto, eutanásia, pesquisas relativas á biotecnologia e bioética, etc. Objetivamos neste ponto traçar um panorama crítico-ilustrativo a respeito destas opiniões, a fim de que se possa criticamente verificar o que almejamos, ou seja, como se oferece o trato ético – ou a lacuna deste – no que tange à proteção estatal do bem humano vida.

8.1- Garantia ampla a tratamento de saúde – Risco de vida

Os tribunais superiores brasileiros têm trazido decisões em diversos casos no sentido de garantir acesso pelos cidadãos a tratamento e vedação de restrições dos planos de saúde em casos com risco de dano ao bem vida, como pode ser inferido nos casos os quais pretendemos ilustrar.

Percebe-se que os preceitos constitucionais se vinculam a natureza prática de suas demandas na forma com que o estado vem proporcionando ou regulando as atividades que mais especificamente destinam-se a resguardar o bem vida, tais como tratamentos, hospitais, planos de saúde, procedimentos, etc.

Interessante observar que no caso ilustrativo ora trazido, oriundo do Supremo Tribunal Federal²⁴ no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 5055530, Autarquia Municipal de Saúde versus M.N, Rampazzo, é ressaltado o dever solidário das três esferas públicas – municipal, estadual e federal – em garantir, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a tratamento adequado e proporcional à sua patologia, resguardando-se o seu direito constitucional.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MUNICÍPIO. CIRURGIA. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. O recurso extraordinário, ao alegar que o acórdão recorrido ofende o preceito do art. 198, versa questão constitucional não ventilada na decisão recorrida e que não foi objeto de embargos de declaração, faltando-lhe, pois, o indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356). O acórdão impugnado, ao garantir o acesso da agravada, pessoa de insuficientes recursos financeiros, a tratamento médico condigno ao quadro clínico apresentado, resguardando-lhe o direito à saúde, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema. Precedentes. Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de

²⁴ Agravo De Instrumento. Município. Cirurgia. Direito À Saúde. Agravo Regimental Desprovido – n.º AI 550530 PR. <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2208355/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-550530-pr-stf>

propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do estado e do município providenciá-lo. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (STF,2012)

E neste sentido tem se consolidado a jurisprudência brasileira, no sentido de garantir, com base no princípio da dignidade e com fundamento legal constitucional, o acesso à saúde e a tratamento proporcional à moléstia.

Interessante observar que mesmo no caso dos planos de saúde são vedadas cláusulas que neguem cobertura à sessões de quimioterapia e radioterapia impostas aos consumidores destes planos, conforme o exceto abaixo transcrito, oriundo Supremo Tribunal Federal no Agravo de Instrumento no Recurso Especial n.º 469452²⁵:

[...] cláusula contratual que nega a cobertura completa para o tratamento do câncer, imposta ao consumidor e limitadoras de sessões de quimioterapia e radioterapia, afronta à dignidade da pessoa humana, à essencialidade do bem contratado, que é à saúde, por conseguinte, à vida. Por isto é nula de pleno direito, na forma descrita no Código de Defesa do Consumidor - Súmula 469 do STJ. É o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto do Ministro Sidnei Beneti, no Recurso Especial n. 1.115.588/SP. (STF, 2014)

Outro aspecto relevante é abordar a questão da *Double Effect* a qual veremos na sequência.

8.2- Double Effect

Ainda a respeito da temática abordada necessário trazer algumas considerações a respeito da ideia de *Double effect*, ou princípio ou regra do *Double effect*, algo considerado pelas doutrinas jusnaturalistas.

²⁵ Agravo de Instrumento no Recurso Especial n.º 469452 IN.: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461745031/acordo-no-agravo-em-recurso-especial-acordo-no-aresp-469452-pe-2014-0020231-3>

De acordo com a Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford, a doutrina ou princípio do Double effect é frequentemente utilizada para analisar e explicar a permissibilidade de uma ação a qual causa um dano sério, tal como a morte de um ser humano, como efeito da promoção de um bom fim.

Nesta via, necessário observar que de acordo com o princípio do *Double Effect*, às vezes é permissível causar um dano como efeito secundário, com a finalidade de obter um bom resultado mesmo que não fosse permissível causar este dano como meio de se obter o mesmo bom resultado.

O referido princípio se desenvolveu primeiramente através das ideias de Tomás de Aquino, o qual em uma passagem da Suma Teológica (II-II, Qu,64, Art. 7), tratou de introduzir e apresentar em sua teoria o princípio da auto-defesa ou legítima defesa, através da afirmativa “ Matar o assaltante (aqui no sentido da “assalto” físico) de alguém é permissível provado que esta pessoa não tinha a intenção de mata-lo.

Aquino ainda após a observação de que “nada impede um ato de possuir dois efeitos, um que é visado, enquanto o outro está a par da intenção”. E nesta via o ato de autodefesa (ou legítima defesa como é tratado pela doutrina jurídica brasileira) possuiria dois efeitos, um seria salvar a vida de alguém e o outro a morte (assassinato) do agressor. Portanto, a justificação aposta por Aquino seria caracterizar o ato defensivo como um meio para um objetivo que é justificado.

Observa-se que as considerações propostas por Tomás de Aquino fundamentam alguns princípios jurídicos até o momento, uma vez que o mesmo considerou em suas observações até mesmo a proporção dos atos que caracterizariam a autodefesa ou legítima defesa, observando que a caracterização da mesma não seria absoluta, arguindo que “ se um homem em autodefesa utiliza mais violência do que o necessário, sua defesa será lícita, e a o contrário, se este repele a força com moderação, sua defesa será lícita”.

Imperioso apontar que o uso da doutrina Double Effect através do tempo, enfatiza a distinção entre causar um dano moralmente grave como efeito secundário de se obter um fim bom e causar um dano moralmente grave como um meio de perseguir um fim bom.

Interessante ótica pode ainda ser trazida ao se analisar as aplicações tradicionais católicas a respeito do princípio, uma vez que podem ser referidas duas aplicações mais tradicionais do mesmo.

De acordo com a Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford, a nova enciclopédia católica (The New Catholic Encyclopedia) postula quatro condições para que seja aplicado o princípio do *double effect*: 1. O ato este próprio deve ser moralmente bom ou pelo menos indiferente. 2. O agente não deve positivamente desejar o mau efeito as deve permiti-lo. Se ele puder atingir o bom efeito sem o mau efeito ele fazê-lo. O mau efeito é às vezes tido como sendo indiretamente voluntário. 3. O bom efeito deve fluir da ação pelo menos tão imediatamente (na ordem da causalidade, mesmo que não necessariamente na ordem do tempo) quanto o mau efeito. Em outras palavras o bom efeito deve ser produzido diretamente pela ação, não pelo efeito. De outra maneira o estaria utilizando um meio mau para atingir um bom fim, o que não é permitido. 4. O bom efeito deve ser suficientemente desejável para compensar a permissibilidade do mau efeito (p.1021)

Ainda de acordo com a Enciclopédia de Filosofia da Universidade de Stanford, Joseph Mangan inclui a exigência explícita de que o mau efeito não seja intencional. E neste sentido o referido autor formula:

Uma pessoa pode lícitamente realizar uma ação que ela antevê irá produzir um bom efeito e um mau efeito assegurando que quatro condições são verificadas ao mesmo tempo: 1. Que a ação nesta própria a partir do seu derradeiro objeto seja boa ou pelo menos indiferente. 2. Que o bom efeito e não o mau efeito seja almejado. 3. Que o bom efeito não seja produzido por meio do mau efeito. 4. Que haja uma razão proporcionalmente grave que permita o efeito mau (1949, p. 43)

Dentre os vários contextos onde é citado com frequência o referido princípio, por conta de nosso objeto de estudo no presente trabalho, e relativos a questões mais polêmicas em discussão na sociedade e nos tribunais, podemos oferecer ênfase as discussões centradas ou que possuam implicância ao bem ‘vida’, tais como cuidados paliativos, cuidados médicos relativos a doentes com doenças terminais relativos ao alívio da dor, e em aspectos mais graves a eutanásia e o aborto, cujo trato jurisprudencial veremos a seguir.

A relevância ética destes dilemas possui bastante relevância social e é muito debatida dentre os profissionais da área médica, conforme pode ser ilustrado por Eich, Martins e Verdi (2015, p. 583-591) em excerto de artigo publicado na revista Bioética

do Conselho Federal de Medicina²⁶, onde é apostado ênfase na questão da deliberação moral e no processo de justificação racional dos atos:

Portanto, quando se afirma que, no campo de pesquisa em questão, é possível construir um processo de deliberação moral, tem-se a convicção de que essa construção poderia ser aprimorada com base na proposta de Gracia, isto é, a partir de uma deliberação coletiva sobre os objetivos comuns, com a exposição dos distintos pontos de vista e sua justificação racional – eis que esse pode ser, segundo o autor, o método adequado para a remoralização das profissões e para o ressurgimento das éticas profissionais. Com certeza, a mesma sugestão poderá ser bem recebida por qualquer outro serviço de cuidados paliativos que ainda não tenha construído um método deliberativo e de tomada de decisões em equipe, com as necessárias bases bioéticas. (CFM, 2017)

Necessário pontuar que o princípio do Double Effect, ou sua aplicabilidade, parece ser um princípio que muito vem a se relacionar com temáticas polêmicas as quais carcem aos conselhos reguladores e ao direito, pois são temas que possuem grande impacto junto à sociedade (eutanásia, sedamento paliativo, determinados casos de aborto, descarte de embriões humanos, etc., razão pela qual possui relevância no presente trabalho.

8.3 - Eutanásia Judicial – Utilização de Drogas ainda Experimentais

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não raro atua de forma vanguardista em seus julgados, em temas de repercussão social bastante significativa, como é o caso da sucessão patrimonial em uniões homo afetivas, através de casos que obtiveram bastante repercussão nos anos 90.

Por esta razão não raro é perceptível inclusive a cunhagem de termos os quais são adotados nacionalmente. Tal é o caso da denominada ‘eutanásia judicial’, procedimento vedado conforme podemos ver exemplificado no julgamento abaixo referido.

²⁶ Artigo acessado em 17/01/2017

Percebe-se que o direito à vida e ao acesso à sua garantia não exime inclusive o Estado de disponibilizar ainda drogas no estágio experimental, considerando mesmo que uma chance de que o tratamento venha a possuir eficácia, deste modo garantindo-se a dignidade intrínseca da pessoa humana:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. IPE-SAÚDE. **EUTANÁSIA JUDICIAL**. INADMISSIBILIDADE. VOTO VENCIDO DO RELATOR. 1. O fato de não existir droga de eficiência comprovada para combater câncer colorretal metastático, não exonera o Instituto de Assistência à Saúde de custear medicamento, receitado pelo médico, tido como o mais adequado nas circunstâncias, pois o paciente não pode ser abandonado, sob pena de ferimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III). 2. A não ser assim, institui-se a **eutanásia judicial**. Quer dizer, o médico não pode abandonar a luta pela vida, mas o Juiz, considerando que a ciência médica não dispõe de drogas de eficiência comprovada, pode cortar o fornecimento pelo Poder Público, decretando, literalmente, a morte do paciente. 3. Desnecessidade de dilação probatória, pois o direito do paciente de ser medicado não exige, na ausência de alternativa, de prova de que a droga receitada pelo médico seja de eficiência comprovada. 4. Por maioria, apelação provida. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70036415040, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Redator: Irineu Mariani, Julgado em 06/10/2010. (TJ-RS, 2010)

Como se vê, os dilemas práticos a serem regulados não são poucos, e possuem outros desdobramentos conforme seguiremos abordando.

8.4 Aborto

No direito brasileiro o ato da realização de aborto é considerado crime contra a vida e está tipificado nos artigos entre os artigos 124 e 126 do Código Penal, os quais assim dispõem:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” (CODIGO PENAL, 1940)

Dos dispositivos legais trazidos pelo Código Penal, podemos perceber de antemão a preocupação do legislador em proteger a vida intrauterina.

No entanto, por força de diversos fatores, entre estes de ordem científica e social, o que vem ocorrendo é um acirramento das discussões a respeito do tema, sendo que o Superior Tribunal de Justiça, os demais tribunais e inclusive os conselhos regionais tem se pronunciado sobre o tópico.

Ademais, diversos setores da sociedade civil, entre estes os de ordem religiosa, também tem abarcado discussões sobre a temática. E em decorrência destes fatores, na jurisprudência atual brasileira o que percebe-se uma certa relativização acerca do tema, conforme veremos mais adiante.

Analisando-se o texto legal, percebe-se que, por ocasião da entrada em vigor do Código Penal (1940) vigente, já estavam, ao final do at. 128, incisos I e II, elencadas

causas excludentes de imputação penal, ou seja, que excluem a culpabilidade do agente naqueles casos.

E é nesse ponto que parece vir se concentrando a maior temática de discussões mais recentes na doutrina jurídico-legal e na jurisprudência, obrigando os tribunais superiores a pronunciar seu entendimento a respeito do tema.

Dado inclusive às discussões jurídicas, os Conselhos Regionais de Medicina vem se pronunciando e exarando normativas administrativas a fim de amparar, nortear e respaldar as práticas dos profissionais, bem como orientá-los em caso de dúvida.

Como exemplo podemos trazer algumas diretrizes de Conselhos Regionais. A conceituação adotada, do ponto de vista legal e com base científica, de acordo com o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro qualifica como aborto “a interrupção da gravidez até a vigésima ou a vigésima segunda semana de gestação, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, ou em alguns casos quando o feto mede até 16,5 cm (...) Este conceito foi formulado baseado na viabilidade fetal extrauterina e é mundialmente aceito pela literatura médica.”

Por sua vez o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul vem procurando orientar seus filiados no que concerne a dinamicidade social e, sobretudo legal, uma vez que o STF tem se pronunciado sobre a temática, com vários desdobramentos.

Como exemplo podemos trazer notícia veiculada no site da instituição. O trecho abaixo indica a amplitude das discussões, nos âmbitos científicos, sociais e inclusive de ordem de crença religiosa, aprofundando-se a discussão acerca da matéria:

O Conselho Federal de Medicina (CFM) e os 27 conselhos regionais de medicina (CRMs) deliberaram, por maioria, posicionamento das entidades componentes deste sistema, que representa 400 mil médicos brasileiros, com respeito à ampliação dos excludentes de ilicitudes penais em caso de interrupção da gestação. “É importante frisar que não se decidiu serem os Conselhos de Medicina favoráveis ao aborto, mas, sim, à autonomia da mulher e do médico. Neste sentido, as entidades médicas concordam com a proposta ainda em análise no âmbito do Congresso Nacional”, esclareceu o presidente do CFM, Roberto Luiz d’Avila. Segundo ele, os Conselhos de Medicina são contrários ao aborto, que continua a ser crime. Diante do exposto, o CFM e os 27 CRMs expressam o entendimento alcançado, ressaltando que entendimentos distintos devem ser

respeitados, como se espera num Estado Democrático de Direito. Espera-se, dessa forma, contribuir para o avanço desse debate no âmbito do Congresso, de forma específica, e na sociedade, sempre com a preocupação de qualificar o exercício da Medicina e melhorar a qualidade da assistência em saúde oferecida aos brasileiros. Este tema está sendo tratado no âmbito da Reforma do Código Penal Brasileiro (PLS 236/2012), atualmente em tramitação no Congresso Nacional. A decisão dos Conselhos de Medicina foi tomada por meio dos representantes das entidades que participaram do I Encontro Nacional de Conselhos de Medicina 2013, realizado de 6 a 8 de março, em Belém (PA). As conclusões serão encaminhadas oportunamente à Comissão do Senado responsável pela elaboração do projeto.

Pelo entendimento dos Conselhos, com a aprovação dos pontos propostos pela Reforma do Código Penal não haverá a chamada descriminalização do aborto. O que serão criadas são “causas excludentes de ilicitude”. Ou seja, somente nas situações previstas no projeto em tramitação no Congresso a interrupção da gestação não configurará crime. Atos praticados fora desse escopo deverão ser penalizados.

Por maioria, os Conselhos de Medicina concordaram que a Reforma do Código Penal, que ainda aguarda votação, deve afastar a ilicitude da interrupção da gestação em uma das seguintes situações: a) quando “houver risco à vida ou à saúde da gestante”; b) se “a gravidez resultar de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”; c) se for “comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, em ambos os casos atestado por dois médicos”; e d) se “por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação”.

Debate – Para chegar a este posicionamento, os Conselhos de Medicina se debruçaram sobre o tema durante vários meses. Foram ouvidos representantes de diferentes segmentos e analisados inúmeros estudos e contribuições. Aspectos éticos e bioéticos; epidemiológicos e de saúde pública; sociais; e jurídicos foram avaliados. Representantes de grupos religiosos também foram chamados a colaborar, apresentando seu ponto de vista. Este conjunto de contribuições levou ao posicionamento adotado.

Do ponto de vista ético, entendeu-se, por maioria, que os atuais limites excludentes da ilicitude do aborto previstos no Código Penal de 1940, os quais vêm sendo respeitados pelas entidades médicas, são incoerentes com compromissos humanísticos e humanitários, paradoxais à responsabilidade social e aos tratados internacionais subscritos pelo governo brasileiro. Para os Conselhos, a rigidez dos princípios não deve ir de encontro às suas finalidades. Neste sentido, deve-se ter em mente que a proteção ao ser humano se destaca como apriorístico objetivos moral e ético. Tais parâmetros não podem ser definidos a contento sem o auxílio dos princípios da autonomia, que enseja reverência à pessoa, por suas opiniões e crenças; da beneficência, no sentido de não causar dano, extremar os benefícios e minimizar os riscos; da não maleficência; e da justiça ou imparcialidade, na distribuição dos riscos e benefícios, primando-se pela equidade. Com relação aos aspectos epidemiológicos e de saúde pública, concluiu-se que a prática de abortos não seguros (realizados por pessoas sem treinamento, com o emprego de equipamentos perigosos ou em instituições sem higiene) tem forte impacto sobre a Saúde Pública. No Brasil, o abortamento é uma importante causa de mortalidade materna no país, sendo evitável em 92% dos casos. Além disso, as complicações causadas por este tipo de procedimento realizado de forma insegura representam a terceira causa de ocupação dos leitos obstétricos no Brasil. Em 2001, houve 243 mil internações na rede do Sistema Único de Saúde (SUS) por curetagens pós-abortamento.

No campo social, levou-se em consideração as estatísticas de morbidade e mortalidade da mulher em decorrência de práticas inseguras na interrupção da gestação são ainda maiores devido à dificuldade de acesso à assistência adequada, especialmente da parcela menos favorecida da população. Na avaliação dos Conselhos, esse aspecto agrega a dimensão social ao problema, que lança no limbo um segmento importante de mulheres que acabam perdendo a vida ou comprometendo sua saúde por conta de práticas sem o menor cuidado. Finalmente, na esfera jurídica, entende-se que a proposta de alteração do Código Penal estabelecida no PLS 236/2012 - NÃO IRÁ DESCRIMINALIZAR O ABORTO. A conclusão dos Conselhos de Medicina é de que com a aprovação desse projeto o crime de aborto

continuará a existir, apenas serão criadas outras causas excludentes de ilicitude. Ou seja. Portanto, somente nas situações previstas no projeto em tramitação no Congresso que a interrupção da gestação não configurará crime. (CREMERS, 2016)

No que pese as discussões e diretrizes a respeito do tema, inclusive no âmbito dos Conselhos Regionais de Medicina, para o Direito podemos dizer inicialmente que a concepção é considerada o início da vida, através do processo denominado nidação (fixação do embrião no útero). E mais propriamente no mundo jurídico a partir deste evento biológico pode ser caracterizada a conduta de aborto.

Ilustrando esta tendência jurisprudencial trazemos a ementa do julgado abaixo, oriundo do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Habeas Corpus n.º 124.306- RJ:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de

fazer suas escolhas existenciais; a Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 12158380. Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 49 Ementa e Acórdão HC 124306 / RJ integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.” (STF, 2016)

Neste ponto cabe trazer a posição dos autores jusnaturalistas mais relevantes que, conforme já referido em capítulo anterior, procuram fornecer subsídios éticos a respeito das temáticas por ora abordadas.

Conforme anteriormente referido, autores como Finnis, Robert P George e Patrick Lee, ao se posicionarem contrariamente ao aborto e outras questões relativas à bioética especialmente, fundamentam sua posição ética no sentido de que o indivíduo humano, independentemente de seu estágio evolutivo e de suas características pessoais e individuais quais sejam, merece respeito moral completo em qualquer uma de suas condições e em qualquer um de seus estágios evolutivos, em razão da dignidade inerente ao ser humano que é.

Nesta via, descartar seres humanos em qualquer estágio evolutivo, inclusive no estágio embrionário (embrião e feto), até mesmo para fins científicos, seria um ato de negação do completo status de dignidade inerente ao ser humano.

Para os referidos autores, qualquer conduta que respalde ou que procure justificar o descarte da vida de um ser humano individual, mesmo que em razão de um efeito que venha a ser pretensamente benéfico para a sociedade (a cura de uma doença, por exemplo) cria um dilema ético o qual pode abrir possibilidades eticamente preocupantes, caso os avanços científicos não sejam perpassados e pautados por discussões éticas sólidas. Como exemplo dessas possibilidades poderíamos citar a eugenia, a clonagem e a utilização de seres humanos para a ‘fabricação e estoque de órgãos’, bem como diversos ‘procedimentos’ eticamente não desejáveis ou reprováveis.

Defendem ainda os referidos autores que desrespeitar o estágio evolutivo inerente ao aspecto biológico do ser humano, negando respeito moral ao embrião e ao feto, abre possibilidade para que seja negado status moral a indivíduos que se encontrem em outros estágios evolutivos, e que possuam características genéticas ‘não desejáveis’.

Tal preocupação tem sido inclusive compartilhada por grupos e entidades civis relacionados, por exemplo, aos portadores de síndrome de Down e de outras condições genéticas, uma vez que é defendido que a negação do status moral completo a todos os indivíduos humanos independente de sua condição e estágio de evolução possibilitaria inclusive maior dificuldade de inclusão desses indivíduos nos aspectos do convívio social em geral, até mesmo em níveis institucionais educacionais, bem como o acirramento de questões relativas ao preconceito social.

Cristopher O. Tollefsen²⁷ (2014) ressalta a necessidade de um acompanhamento ético qualificado no que tange a utilização e regulamentação das pesquisas e dos avanços científicos, em especial na área da biologia e da genética:

[...] todas estas questões admitem maiores explorações filosóficas, e estas levantam um bom número de questões importantes e interessantes. E é, de alguma maneira, o trabalho do filósofo articular as questões que motivaram certos aspectos da investigação embriológica. Mas foram os biólogos que carregaram esta investigação; eles foram guiados algumas vezes explicitamente, algumas vezes implicitamente por estas e outras questões. O trabalho da filosofia é amplamente subsequente a este empenho.

[...] all these questions admit of further philosophical exploration, and they raise any number of interesting and important questions. And it is, in some sense, the job of philosophy to articulate the questions that motivated certain aspects of embryological inquiry. But it was *the biologists* who carried out that inquiry; they were guided sometimes explicitly, sometimes implicitly by these and other questions. Philosophy's work is largely subsequent to this endeavor. (TOLLEFSEN, 2014)

Como se depreende, os dilemas éticos são múltiplos, e a necessidade de um acompanhamento e questionamento ético-filosófico profundo no que tange à regulação estatal de diversas condutas e atividades que digam respeito ou que possam atentar em relação à vida do indivíduo humano e sua condição inerente, mesmo que para objetivos primários pretensamente justificáveis é premente.

Outro aspecto a apontar é que para os autores jusnaturalistas mais relevantes que se inserem com muita propriedade no debate, tais como Patrick Lee, Robert P. George, Cristopher O. Tollefsen, as próprias ciências naturais tais como a biologia e a embriologia, apontam subsídios confiáveis a fornecer elementos balizadores às questões éticas. Tal é o caso da delimitação do momento do começo da vida de um ser humano individual, conforme pode ser extraído da opinião dos cientistas abaixo relacionados, conforme trazidas em artigo publicado em conjunto pelos referidos

²⁷ Christopher O. Tollefsen is Professor of Philosophy at the University of South Carolina and a senior fellow of the Witherspoon Institute. His latest book, co-authored with Robert P. George, is *Embryo: A Defense of Human Life* (Doubleday, 2008)

autores na revista Public Discourse (2014) - Marco Rubio Is Right: The Life of a new human being begins at conception:

A vida humana começa na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozoide se une com um gameta feminino ou óvulo para formar uma única célula chamada zigoto. Esta altamente especializada célula totipotente marcou o começo de cada um de nós como um ser humano individual” Um zigoto é o começo de uma nova vida humana(e.g, um embrião)

Human life begins at fertilization, the process during which a male gamete or sperm unites with a female gamete or oocyte (ovum) to form a single cell called a zygote. This highly specialized, totipotent cell marked the beginning of each of us as a unique individual. A zygote is the beginning of a new human being (i.e., an embryo). (MOORE, 2003, p.)

Fertilização é o processo pelo qual os gametas haploides masculinos e femininos (espermatozoide e óvulo) se unem para produzir um indivíduo geneticamente distinto.

Fertilization is the process by which male and female haploid gametes (sperm and egg) unite to produce a genetically distinct individual. (SIGNORELLI et al, 2012)

Mesmo que a vida seja um processo contínuo, a fertilização, (a qual, incidentalmente, não é um ‘momento’, é um marco crítico porque, sob circunstâncias ordinárias, um novo, geneticamente distinto organismo humano é formado quando os cromossomos do macho e da fêmea se mesclam formando um pro núcleo no ovócito.

Although life is a continuous process, fertilization (which, incidentally, is not a ‘moment’) is a critical landmark because, under ordinary circumstances, *a new, genetically distinct human organism is formed* when the chromosomes of the male and female pronuclei blend in the oocyte. (O’RAHILLY & MULLER, 2000, p.8)

As afirmações científicas acima colacionadas indicam e ilustram como as próprias ciências naturais podem fornecer subsídios seguros para que discussão ético-filosófica de conta dos dilemas surgidos através dos avanços científicos e das pesquisas na área da biologia e da genética especialmente, bem como seus potenciais

desdobramentos, uma vez que respondem a questões fundamentais relativas ao começo e desenvolvimento da condição do indivíduo humano.

8.5 - Pesquisa com células-tronco

Como já referido, os avanços e desdobramentos científicos, os quais vêm ocorrendo com grande velocidade e impacto em nossa sociedade, tem trazido ao direito estatal objetos de análise que não se encontram enquadrados nem previstos nos códigos em vigor, os quais muitas vezes entraram em vigor há várias décadas, caso do Código Penal.

Apesar da edição de novas normas, em alguns casos passando a integrar o corpus legislativo, a lei apresenta lacunas em relação aos desdobramentos referidos.

Dado a estas lacunas, e em virtude de diversas razões, a ética e filosofia moral tem obtido grande influência e se apresentado como respaldo às discussões e julgamentos, especialmente os exarados pelos tribunais superiores.

As questões relativas à bioética encontram especial relevo neste cenário. E neste contexto alguns autores jusnaturalistas de especial relevância a temática tem se destacado, ao fornecer subsídios éticos atinentes a matéria. E a fim de ilustrar o tema procuraremos trazer considerações que digam respeito a temática da dignidade da pessoa humana e a proteção do indivíduo humano, haja vista os autores junstaturalistas mais relevantes procurarem responder aos dilemas que dizem respeito a violação destes princípios relacionados a vida e dignidade humanas, buscando subsídios importantes nas próprias ciências naturais a fim de delimitar seu campo de pensamento.

Para Cristopher O. Tollefsen (2014) no tocante as matérias relativas à bioética, há uma questão fundamental a ser respondida, sobre a qual muitas questões morais, políticas e legais se reportam: “Quando um novo ser humano começa a existir?”

O próprio Tollefsen (2014) chama a atenção para o fato de que suas abordagens e respostas éticas, em especial as produzidas conjuntamente com Robert P. George na célebre obra denominada *Embryo: A defense of Human Life*, foram fundamentadas em respostas fornecidas pelas próprias ciências naturais, a qual apresenta elementos os quais proveem as respostas necessárias aos dilemas bioéticos os quais tem apresentado relevantes preocupações sociais.

Neste sentido apontam George e Tollefsen (2008):

A ciência embrionária nos diz duas coisas importantes sobre os embriões humanos: o que eles são e quando eles começam. Esta nos diz que os embriões humanos são seres humanos em um certo (muito precoce) estágio de desenvolvimento e que na grande maioria dos casos, estes seres humanos possuem seu começo na concepção, a iniciação de um novo organismo unicelular após a fertilização de um óvulo pelo esperma.

Embryo science tells us two important things about human embryos: what they are and when they begin. It tells us that human embryos are human beings at a certain (very early) developmental stage and that in the vast majority of cases, those human beings begin at conception, the initiation of a new single-celled organism after the fertilization of an egg by a sperm.

De acordo com Tollefsen (2014) para poderem fornecer uma resposta apropriada aos dilemas ético-científicos este e Robert P.George pontuaram sua discussão procurando responder e uma série limitada de termos de relevante proeminência na discussão, sendo que dois termos de relevante importância são os termos ‘ser humano’ e ‘embrião humano’.

De acordo com o referido autor as questões acerca do embrião humano e o seu começo parecem ser questões atinentes à biologia, sendo que os biólogos parecem ser as autoridades competentes a fim de as questões relevantes conforme suscitadas que possam ser apropriadamente respondidas.

Tollefsen (2014) ainda coloca que os biólogos de fato já responderam as duas perguntas fundamentais propostas de uma maneira que estas se aproximem de um consenso universal: embriões humanos são seres humanos, e os embriões humanos, quando não são o produto de clonagem humana ou geminação monozigótica, vêm à existência na concepção, quando um espermatozoide penetra um óvulo, mas cessam sua existência como gametas haploides, e um novo e completo humano individual vem para a existência.

O referido autor acrescenta que a reflexão filosófica acerca dos tópicos biológicos repousa muito próxima do trabalho atual dos biólogos, e também trabalha com conceitos que, explicitamente e implicitamente, guiaram o trabalho destes biólogos.

As reflexões feitas por estes autores indicam que os subsídios mais importantes a nortear as reflexões éticas atinentes aos desdobramentos científicos mais contemporâneos na área da biologia são fornecidas pelas próprias ciências naturais, uma vez que para responder a questões como: “É ético descartar embriões humanos para fins de pesquisa científica? É necessário responder a questões como: - Quando começa um indivíduo humano?”

Isto demonstra a interdependência entre as questões éticas e biológicas as quais se retroalimentam no que tange a questões fundamentais que necessitam ser esclarecidas, ou seja, é necessário extrair subsídios claros das ciências naturais a fim de que se possa estabelecer o terreno para os questionamentos éticos a respeito dos próprios avanços científicos e seus reflexos e desdobramentos que digam respeito as sociedades e os princípios e valores morais que estabelecem a convivência social.

Para os autores jusnaturalistas mais contemporâneos que procuram oferecer subsídios neste debate trata-se de identificar os pontos e questionamentos relevantes, que indiquem as razões pela qual os princípios(tais como vida e dignidade da pessoa humana) devem ser preservados, sendo que a filosofia moral possui o condão a oferecer respostas satisfatórias.

Robert P. George (2008, p.23) ressalta a importância de oferecer foco nas questões primordiais quando se trata de oferecer subsídios éticos especialmente às questões relativas a bioética:

[...] estritamente falando nosso não é um debate sobre pesquisa com células tronco. Ninguém se objetaria ao uso de células - tronco pluripotentes na pesquisa biomédica ou terapia se estas pudessem ser obtidas de fontes não-embriônicas, ou se estas pudessem ser adquiridas através do uso de embriões perdidos em abortos espontâneos. O ponto de controvérsia é a ética de deliberadamente destruir embriões humanos para produzir células-tronco vivas. A questão limiar é se é correto matar membros de uma certa classe de humanos – aqueles no estágio embrionário de desenvolvimento – para beneficiar outros.

[...] strictly speaking ours is not a debate about stem cell research. No one would object to the use of pluripotent stem cells in biomedical research or therapy if they could be obtained from non-embryonic sources, or if they could be acquired by using embryos lost in miscarriages. The point of controversy is the ethics of deliberately

destroying human embryos to produce life stem cells. The threshold question is whether it is right to kill members of a certain class of humans - those in the embryonic stage of development- to benefit others.(GEORGE, 2008, p.23)

O excerto acima colacionado resume perfeitamente o campo dos principais questionamentos éticos relativos aos desdobramentos tecnológicos mais recentes na área da biotecnologia, e ilustra um dos principais pontos sobre o qual o legislador deve – ou deveria – buscar subsídios na filosofia ética a fim de dotar as regulamentações de um caráter de aprofundamento exegético em sintonia com respostas mais satisfatórias e em consonância com os princípios seculares que regem as sociedades em geral.

Necessário neste ponto trazer alguns exemplos ilustrativos oriundos da jurisprudência no âmbito estatal brasileiro, a fim de verificar como vem sendo oferecido o trato à questão da bioética e da biossegurança.

Importante e ilustrativo caso a respeito do tema da Bioética e da Biossegurança é trazido pelo julgamento, na Suprema Corte Brasileira, da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 350/DF:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS

NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam.

Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - AS PESQUISAS COM

CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello). V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito

público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz

parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a

aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

Decisão

Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo amicus curiae Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra daSilva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos amici curiae Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos amici curiae Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário, 05.03.2008. Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 28.05.2008. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008. (STF, 2008)

CAPÍTULO 9

Considerações Finais

Analizando-se a evolução histórico-conceitual da filosofia secular mais especificamente legal, voltada ao estudo dos sistemas normativos, das normas, do direito, chega-se a conclusão de que esta evolução encontra-se engendrada com a solidificação de dois paradigmas de pensamento: um mais especificamente relacionado ao que se compreende por positivismo jurídico, outro o qual descreve e aceita a “entrada” de padrões morais no orbe jurídico (leia-se aqui tanto formal quanto exegético).

De fato, em nosso entendimento a partir do estudo analítico da evolução da filosofia jurídica, é inegável, ao ponderar e dar crédito os argumentos especialmente trazidos por Finnis (2007) e Raz (1991), de que padrões morais estão presentes e engendrados às normas e sistemas jurídicos nas diferentes sociedades em maior ou menor medida.

Em alguns casos (caso inclusive do sistema brasileiro) esses padrões são acolhidos e consagrados inclusive nos textos dos *codex* e nesta via por normas positivadas, caso dos ‘costumes’, dos princípios gerais de direito e da analogia acolhidos em nosso sistema jurídico positivo através da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

E da análise jurisprudencial propriamente dita, através dos casos trazidos ao final de nossa apresentação, percebe-se que as lacunas apresentadas pela lei, muitas vezes em razão da defasagem entre o texto original do legislador, em confronto com os avanços científicos e o dinamismo comportamental social, oportunizam uma reaproximação entre o direito e a filosofia moral e ética, em interessante movimento, uma vez que a tendência no direito brasileiro durante toda a segunda metade do séc. XX era engendrar-se em um positivismo altamente fechado a outras ordens.

Esse movimento é bastante revelador, uma vez que esta reaproximação ressalta a relação entre o direito e a moralidade, dado que vem se procurando subsídios na filosofia moral a fim de dar conta ao embasamento de decisões com grande repercussão social.

Considera-se que os códigos legislativos especialmente no direito brasileiro, são frutos do engendro legislativo muitas vezes em momentos históricos já ultrapassados, caso típico do Código Penal, confeccionados, debatidos e exarados em momentos os quais apresentam diferenças gritantes em relação ao atual contexto histórico e social, sendo que há uma defasagem muito grande em diversas áreas e lacunas diversas em tantas outras, dado o movimento tecnológico e questões relativas a comportamento, costumes e demanda social que não estavam previstos, por óbvio, quando da regulamentação das matérias.

Isto leva a haver uma necessidade de regulamentação mais veloz por parte dos órgãos regulamentadores estatais, bem como os tribunais, os quais se defrontam por evidente com lacunas e ausências nos textos legais, o que leva a uma apreciação *in casu* de matérias desta natureza, ressaltando-se a área da biossegurança em geral e seus desdobramentos, e temas polêmicos relativos à vida, tais como regulamentação do aborto, eutanásia, cuidados paliativos em pacientes terminais, e tantos outros aspectos.

Para dar conta destas lacunas, o poder judiciário necessita buscar subsídios científicos das ciências naturais e em razão da importância social das matérias, e seus possíveis desdobramentos acerca de dilemas éticos, torna-se premente o papel da filosofia moral e ética a fornecer subsídios na apreciação dos temas.

Essas características consagram, permitem, garantem a possibilidade, em nosso sistema, de que se exerça na apreciação dos casos, um estudo exegético mais aproximado, fundado, no que se entende por razão prática na concepção trazida por John Finnis em suas obras (2007).

E neste sentido autores como Robert P. George e Christopher Tollefsen (2015) se inserem com bastante repercussão, oferecendo apreciações éticas bastante concisas acerca dos temas mais polêmicos, conforme referido, o que nos leva a crer que as análises jusnaturalistas mais contemporâneas se apresentam como uma boa alternativa exegética aos operadores do direito em geral e aos tribunais os quais possuem a incumbência de exarar a palavra final acerca das matérias.

Neste contexto, buscar pontuar o desenvolvimento nas sociedades humanas das noções de bens humanos básicos e razão prática torna-se relevante para os estudiosos especialmente da área da Filosofia do Direito ou Filosofia legal, uma vez que a pontuação do desenvolvimento destes conceitos nos leva a perceber que os bens básicos humanos, conforme valorados e compreendidos nas sociedades, são o cerne e ponto principal a fornecer os principais bens-objeto da tutela jurisdicional estatal, ou seja, fornecem a ‘matéria-prima’ principal do trato jurídico: proteção à vida e à propriedade, no caso do direito penal, proteção à propriedade e à posse o âmbito do direito civil, proteção dos direitos fundamentais – muito alinhados com a noção de bens básicos e princípios como o de dignidade da pessoa humana – no caso do direito constitucional, proteção à estabilidade das relações no que se refere às obrigações mútuas contratuais, e proteção à estabilidade das relações e no que diz respeito à tutela dos incapazes, no caso do direito de família.

Poderíamos expandir ainda mais a lista. No entanto, entende-se que nosso modelo jurídico apresenta especificidades muito particulares, uma vez que se verifica que, por ser fundado na tradição romano-germânica, é um direito calcado na lei escrita, nos códex, sobretudo. Mas percebe-se que tal modelo vem procurando adotar elementos do direito consuetudinário relativo ao modelo jurídico common law, especialmente adotando a questão do precedente judicial. E isto como dito, se deve a uma grande defasagem dos códigos face as matérias, aos avanços tecnológicos e seus desdobramentos, e ao dinamismo comportamental social.

Contudo, essas inovações e ‘evoluções’, ocorridas de forma muito particular, merecem ser mais bem analisadas em nosso âmbito, sendo que o trato jusnaturalista das questões nos revela que as apreciações éticas são muito bem conduzidas e tomam por base evidências científicas compartilhadas por cientistas renomados nas áreas das ciências naturais, o que nos leva a crer que oferece um bom arcabouço de subsídios éticos, confiável e pautado por boas análises.

Contudo, observa-se que, se por um lado a maneira como vem se configurando o direito brasileiro, a fim de suprir as lacunas, parece estabelecer um contraponto ao positivismo exclusivista exacerbado, formalismo extremo segundo a ótica de Kelsen

(1979, permitindo o abarcamento de noções morais socialmente relevantes, a integrarem a análise do caso concreto, por outro lado as mudanças podem estar direcionadas e motivadas, em alguns casos, exclusivamente para suprir e compensar problemas estruturais do sistema jurídico estatal, tal como a defasagem do sistema ao dar conta satisfatoriamente do elevado número de processos judiciais e recursos nos tribunais, tal como é a crítica frequente ao instituto da Súmula Vinculante no direito brasileiro, por exemplo.

Por outro lado, alguns arranjos formais criados pelos tribunais, tais como o incidente de Repercussão Geral, merecem ser melhor analisados, uma vez que, por fundarem-se na relevância social da matéria em análise, parecem coadunar-se com uma visão jus naturalista mais contemporânea, relativa aos conceitos de razão prática, no sentido desta razão, direcionada a tutela do bem socialmente relevante a ser protegido, afinando-se com a relação entre razão prática e a noção de comunidade política segundo a compreensão de Aristóteles – visando um bem maior Eudaimonia.

Entretanto, alguma consideração há de ser feita: se por um lado garante-se o campo exegético, e a presença e sobrevivência da razão prática nas decisões, garantindo à tutela dos bens humanos básicos, tanto no âmbito mais restrito de um caso em específico, como no aspecto mais coletivo, social, dentro do sistema positivado, por outro lado abre-se espaço para a ‘discrecionalidade casuística’ na figura do magistrado.

Tal discrecionalidade encontra-se consagrada pela figura da livre convicção judicial. Considera-se, no sentido trazido por Finnis (2007), que o juiz, ao operar sua atividade estatal, deve estar mais afinado com os aspectos relativos aos padrões morais mais socialmente significativos, garantindo-se os fins – bens – mais socialmente relevantes, e sua convicção norteadas pela razão prática.

E nesse sentido a evolução do aspecto do precedente e do Stare Decisis, no direito brasileiro, deve caminhar, afim de que sejam garantidos estes aspectos na evolução jurisprudencial e do sistema brasileiro mais contemporaneamente.

Conclui-se que a maneira com que os institutos derivados do precedente judicial no Brasil se desenvolveu não se deu, primeiramente, à uma questão de tradição, mas sim com outros objetivos mais sistemáticos.

No entanto, uma vez que indubitavelmente presentes todos os elementos já referidos, positivo-legais, padrões morais, livre convicção, exegese, etc., na análise da casuística, e na formação das normas e dos padrões, deve-se fomentar o debate a fim de que se garanta uma melhor compreensão da evolução dos institutos e uma melhor prestação da própria atividade jurisdicional.

E como já dito, as posições jusnaturalistas mais contemporâneas apresentam uma boa alternativa, pelo seu trato ético fundado de forma racional e direcionado à proteção de bens humanos básicos e princípios pilares compartilhados pelo convívio social secularmente, tais como o da dignidade humana, e por outro lado por buscar subsídios em outras ciências, tais como as ciências naturais, relativo às matérias apreciadas.

REFERÊNCIAS

- ABBUD. André de Albuquerque Cavalcanti. **O processo e os novos rumos do judiciário: desafios e tendências.** Revista de Processo, São Paulo, Ano 31, nº142, dezembro/2006.
- BERMAN, Harold J. **Law and Revolution, The formation of Western Legal Tradition;** London ; Harvard University Press; 1983.
- BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo.** Brasília: Editora UnB, 1981.
- BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Presidência da Casa Civil. Subchefia para Assunto jurídicos DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.(Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).
- CANNATA, Carlos Augusto. **Histoia de La Ciencia Juridica Europea.** Madrid; Tecnos, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.**São Paulo; Saraiva, 2007.
- CREMERS/CFM - **Resolução Aborto: conselhos de Medicina se posicionam a favor da autonomia da mulher em caso de interrupção da gestação.** <http://www.cremers.org.br/index.php?indice=32&¬iciaTremo=1168> – Acessado em 28/08/16
- DEL VECCHIO, George.**Lições de Filosofia do Direito.** Trad. Antonio José Brandão. 4. E. Coimbra: Arménio Amado, 1972.
- EICH, Melisse; MARTINS, Pedro Paulo Scremim; VERD, Marta Inez Machado. **Deliberação moral em sedação paliativa para uma equipe de cuidados paliativos oncológicos.** 2015. IN Revista Bioética - Conselho Federal de Medicina, Acessado em 17/01/2017
- FAVELA, José Ovalle; **Estudios de Derecho Procesal.** México Univesidade Autonoma de México; 1981, p.130
- FERRAZ, Carlos Adriano. **Lei natural, Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana.** Rev. Filos., Aurora, Curitiba, v. 28, n. 43, p. 65-82, jan./abr. 2016

FINNIS, John. **A Grand Tour Of Legal Theory** (2002) IN.: Philosophy of Law: Collected Essays Vol. IV. New York: Oxford, 2011.

FINNIS, John. **Aquinas – Moral, Political And Legal Theory** – Oxford University Press – 1998.

FINNIS, John. **Aquinas: Reason in Action** – Collected Essays Vol. I – Oxford University Press - 2011. <https://www.law.ox.ac.uk/people> - UNIVERSITY OF OXFORD FACULTY OF LAW – Acessado em 18/11/2011.

FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, Trad. Leandro Cordioli, 2007a.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direito Natural**. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2007b.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2º Ed. Oxford University Press: New York, 1980.

GEORGE, Robert P. and TOLLEFSEN, Cristopher. **Embryo: a defense of human life**. Doubleday, Published by: The MIT Press on behalf of American Academy of Arts & Sciences. 2008. In.:

<http://gen.lib.rus.ec/book/index.php?md5=9170E37F5749A678265A8CA167991917>

GEORGE, Robert P. **Daedalus**, Vol. 137, No. 1, On Life (Winter, 2008), pp. 23-35 Editor : The MIT Press on behalf of American Academy of Arts & Sciences

GEORGE, Robert P.; LEE, Patrick; TOLEFSEN, Cristopher O. **Marco Rubio is Right: The Life of a New Human Being Begins at Conception**. 2015. Public Discourse. <http://www.thepublicdiscourse.com/2015/08/15520/>. Acessado em 18/01/2018

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. **Súmulas vinculantes. Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1296, 18 jan. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9402>>. Acesso em: 25/06/16.

HONNEFELDER, Ludger. Natural Law as the Principle of Practical Reason: Thomas Aquinas' Legacy in the Second Scholasticism. In: <https://www.brepolonline.net/doi/abs/10.1484/M.RPM-EB.5.103143>. Acessado em 29/04/2018

KELSEN, Hans. **General Theory of Norms** (1st pub. 1979)

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009

LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 32 edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LONERGAN, Bernard, **INSIGHT**. bernardlonerganarchive, Marquette University – , Site acessado em 04/05/2016)

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 11ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

MAC INTYRE, Alasdair. **Depois das Virtudes: um estudo em teoria moral**. ??????

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Dialética. 2000.

MANGAN, Joseph. **An Historical Analysis of the Principle of Double Effect**, Theological Studies: 10: 41–61, 1949.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. IN: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>. Acessado em 29/05/2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Prequestionamento e repercussão geral: e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**, 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª Ed.(Atual. Ampl. e Reform). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. – Recursos no processo Civil.

NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de Direito Penal** – 10.ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

OLIVEIRA, Marco A. M. A influência da jurisprudência no direito brasileiro - Parte I/2004. IN.: <https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/237321299/a-influencia-da-jurisprudencia-no-direito-brasileiro-parte-i>. Acessado em 20/11/2017.

O'RAHILLY, Ronan. and MUELLER, Fabiola. **Human Embryology and Teratology**, 3^a Edition. New York: John Wiley & Sons, 2000.

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão de acordo com as leis do direito natural**. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

RIZZATTO, Nunes. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo Plà. **Princípios de Direito do Trabalho**. Trad. de Wagner Giglio. São Paulo: Ltr. 1978.

RODRÍGUEZ, Javier. **Jurisprudencia em Las Tradiciones Jurídicas**, PDF, 2005.

RUIZ MANERO, Juan. “**Entrevista con Joseph Raz**”. Doxa. N. 09 (1991). ISSN 0214-8876, pp. 321-344. IN.: <http://hdl.handle.net/10045/10794> Acessado em 17/11/2017 Tradução: Jussara Simões São Paulo: EDUSC, 2001. 478 p. (Coleção Filosofia e Política)

SIGNORELLI, J. DIAZ, ES, MORALES, P. **Kinases, phosphatases and proteases during sperm capacitation**, CELL TISSUE RES. 349 (3):765 (Mar. 20, 2012)

TOLLEFSEN, Cristopher, **Science and the Embryo**. Public Discourse: June 12th, 2014. In.: <http://www.thepublicdiscourse.com/2014/06/13311/>