

O segredo do (dilema) de Fátima Bernardes aplicado ao Direito



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

Assunto que tomou conta das “redes nesciais” foi o “dilema” proposto pela

apresentadora Fátima Bernardes dias atrás: um policial levemente ferido ou o traficante em estado grave deve ser atendido primeiro pelo médico? Corretamente, os convidados de Fátima responderam o óbvio: *socorrer quem está mais ferido*. Mas as redes “nesciais”, de forma populista e enlouquecida, passaram a esculhambar com aqueles que não disseram que “o policial deveria ser atendido antes”, não importando as circunstâncias. Realmente, tinha razão Konstantinos Kaváfis, com seu poema *À Espera dos Bárbaros*, de 1904. Eles já chegaram.

Trata-se da discussão de dilemas morais. Alguns professores de Direito divertem os alunos com os dilemas propostos por Michael Sandel sobre se, por exemplo, para salvar dez pessoas é possível matar o gordinho que está no outro trilho do trem. Falei sobre esse tipo de discussão muito já aqui na **ConJur**: [Matar o gordinho ou não. O que as escolhas morais tem a ver com o Direito?](#)). Disse — e venho repetindo — que Direito não tem relação com dilemas morais. Essa questão não se põe. Os exemplos apresentados pelo Sandel, tais como o “trolley dilemma” (Dilema do Vagão), servem como pontos de partida para a problematização aceca dos sistemas éticos. Ou seja, tem uma finalidade didática e uma abordagem específica.

Para delírio de operadores do Direito (estou usando a palavra com um tom um tanto sarcástico, confesso), os exemplos acerca das “escolhas morais” que devem ser feitas fluem como se fossem um bálsamo. Os juristas adoram fazer correções morais. A partir dos exemplos de Sandel, já começam as adaptações... E os ativismos... E os decisionismos... E, lógico, as “escolhas” erradas. Claro que as vezes, a escolha é acertada... Mas um relógio parado também acerta a hora duas vezes por dia.

Vem Sandel e diz: você está em um trem que tem pela frente várias pessoas... mas tem um desvio que pode ser feito, onde está um gordinho... O que você faz? Salva as cinco ou mais pessoas, matando o gordinho? Na sequência: e se você está em uma plataforma do trem e este matará cinco pessoas... Mas você pode salvá-las, derrubando um gordinho sobre os trilhos, parando, assim, a trajetória do trem. No



primeiro, as pessoas dizem que matariam o gordinho; na segunda, não, porque teriam que empurrá-lo... Ou não. E daí? O que isso tem a ver (diretamente) com o Direito? Serve, sim, para discutir filosofia moral e correlatas; mas, para o Direito, uma aplicação direta só fragiliza sua autonomia.

Permitam aqui desfazer qualquer tipo de mal entendido: sei que Sandel é um filósofo dos bons. Nada tenho contra o seu célebre curso *Justice*, no qual trata, em linguagem direta, desanuviada e sem imposturas, do pensamento de gente como Aristóteles, Kant, Bentham e Rawls. É uma prova, aliás, de que clareza e simplificação não são sinônimos. Também, endosso sua postura de tentar resgatar o debate público, em especial o político, das trevas onde se encontra hoje em dia (o que dizer do “debate público no Brasil?”). Ao demonstrar que problemas morais têm repercussão no âmbito político (na construção de uma sociedade justa etc.), Sandel acerta na mosca.

Aliás, também Dworkin — fazendo aqui um brevíssimo “parênteses” — é um autor identificado com essa postura: a de participar ativamente do debate público, tentando ultrapassar a barreira entre a linguagem profissional, acadêmica, e as questões que ocupam a ordem do dia. O seu *Is Democracy Possible Here?* é um dos muitos bons exemplos disso. Neste ensaio, Dworkin propõe que se faça uma espécie de *depuração* do debate político norte-americano, polarizado entre Democratas e Republicanos. Dworkin procura estabelecer um *common ground* entre adversários políticos (e não inimigos) que torne a discussão autêntica e produtiva. Concordamos que valores como dignidade, igualdade e democracia são importantes (ainda que discordemos a respeito do que estes conceitos significam)? Eis aí um bom ponto de partida.

Retomando, penso que as lições de Sandel, se bem lidas, fazem (muito) mais bem do que mal ao debate público e, mesmo, à argumentação jurídica. Mas seus exemplos devem ser lidos com uma advertência. Aliás, deveriam deveriam carregar uma *tarja* com os dizeres: “você, que escolhe se mata ou não o gordinho, não está agindo como um jurista”. O agente moral que deve fazer esta escolha não representa um juiz em sua tomada de decisão enquanto agente público. Desenvolvo isso *ad nauseam* em *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*.

Voltemos ao exemplo do gordinho e à eventual moralidade do assassinato (isso serve para outros “dilemas”). Sandel utiliza esse *problema* para ilustrar as posturas utilitaristas. A morte de uma pessoa seria preferível à morte de cinco. Porém, a *audiência* não consegue universalizar esse princípio: a maioria fica desconfortável em assumir a responsabilidade por empurrar o gordinho nos trilhos; e isso leva a reformular, ou a refinar, o argumento inicial de que a vida de muitos *vale mais* do que a vida de um só. Não precisamos ir muito longe para sermos apresentados a uma versão preliminar do conceito de *dignidade humana*, pela qual a vida humana tem uma dimensão não instrumental.

Certo. Mas um jurista não está em condições de fazer este tipo de *escolha fundamental* (entre o utilitarismo e a dignidade, por exemplo). Para ser bem claro sobre esse ponto: já há um sistema (de regras, princípios etc.) que lhe antecede e que lhe coloca em condições de dizer algo. Ninguém quer saber se o juiz do caso é *pragmaticista*, *consequencialista*, ou se ele age com base em *princípios morais* (quais? de quem?). Melhor dito: o Direito democrático não pode depender disso.

Quero dizer, simplesmente, que na democracia não é a moral que deve filtrar o Direito e, sim, *é o Direito que deve filtrar os juízos morais*. Simples assim. Correto o médico de *House of Cards*, quando, instado a



que deixasse o presidente americano baleado a fazer transplante de fígado, disse que não poderia “furar a fila”: *It is the law*. Bingo. O princípio é: vale é a vida humana. Não importa de quem seja a vida.

Isso deveria valer para a decisão judicial. Por exemplo, no Direito Penal o que importa é o fato e não a pessoa. O Direito Penal é do fato. A escola de Kiel é que pregava o Direito Penal do autor. Que, aliás, é o que se faz hoje no Brasil. Julgamos moralmente, quando os julgamentos deveriam ser pelo Direito. Fazer a coisa certa é: *It is the law*. Fazer a coisa errada é dizer: *It is the morality*.

O dilema de Fátima (Bernardes), portanto, não chega nem ser um dilema na medicina. Todos os médicos já responderam que não importa quem seja, atende-se àquele que mais precisa. Porque é uma questão de princípio. Eis, aliás, um bom exemplo do que seja um princípio e um agir por princípio. Os juízes deveriam apreender com os médicos. Mesmo a contragosto, o médico tem de atender o mais ferido. Interessante é que é no Direito que certos juristas, com formação em uma dogmática no interior da qual o Direito tem um baixíssimo grau de autonomia, *transformam-se em torcedores*, problemática facilmente constatável quando confrontados com questões como prova ilícita (eles fazem juízos morais e dizem, quando lhes interessa, que o que vale mesmo é a verdade real) e questões que envolvem “inimigos”. Estudantes pequeno-reacionários, bacharéis-médios reacionários e doutores-grandes reacionários (claro que a escala não é assim, digamos “mecânica”) passam a justificar coisas comezinhas como o ato da juíza que concede mandado coletivo, divulgação de interceptações clandestinas contra expressa proibição legal, fragilização da presunção da inocência contra expresso texto constitucional e até mesmo apoiam atos como o do juiz que mandou usar métodos para expulsar os adolescentes de um colégio ([ver aqui](#)) até mesmo condenados pelo Senado dos EUA.

Graças a essa moralização chegamos aonde estamos. Só que chegamos em frangalhos. Direito substituído pela moral e pela política (e agora também pela economia). E Direito legislado substituído pelo Direito jurisprudencializado como denunciei na [coluna](#) da semana passada.

Em síntese — e foi exatamente isso que eu disse na Comissão do Novo Código de Processo Penal (minhas propostas publicarei em breve aqui na **ConJur**) — eis aí a questão que desde sempre preocupou a Teoria do Direito (portanto, de todos os ramos do Direito): se remetermos a validade de uma norma e a apreciação de provas às opiniões desde um ponto de vista moral, estaremos deixando o Direito refém justamente da divergência entre... opiniões morais, com que o Direito — enfim, o que é certo ou errado — dependerá do gosto de cada um. E ao que consta, ainda não inventaram, até hoje, uma TGP. Não, não falo de uma Teoria Geral do Processo. Refiro-me à outra TGP: a Teoria do Gosto Pessoal.

Date Created

01/12/2016