

CONTRIBUTO DA FILOSOFIA E DA PSICOLOGIA PARA A NÃO JUSTIFICAÇÃO PENAL DIANTE DE DILEMAS MORAIS¹

Rafael Ferreira Vianna²

Resumo: O objetivo deste artigo é refletir sobre a possibilidade, o fundamento e os limites no qual o Direito Penal pode responsabilizar e reprovar (ou não) a conduta de alguém que atingiu um resultado penalmente desvalorado diante da necessidade da tomada de decisão em uma situação de dilema moral. Buscar-se-á entender e traçar relações possíveis entre o juízo legítimo de reprovação penal, os conceitos da filosofia moral e os modernos estudos da psicologia moral, ciência esta que procura desvendar por quais processos mentais e emocionais uma pessoa chega a justificar e legitimar regras, princípios e valores morais para suas escolhas.

Palavras-Chave: Dilemas Morais – Direito Penal – Justificação – Desculpa – Estado de Necessidade Defensivo

INTRODUÇÃO

¹ Este trabalho corresponde ao relatório de pesquisa apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina de Direito Penal A, como requisito parcial para aprovação na parte de Estudos Avançados do Doutorado em Direito, área de Ciências Jurídico-Criminais, ano 2013/2014, o qual foi avaliado com 17 valores. Parte dele já foi publicado na Revista de Estudos Criminais do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais, ano XV, n. 60, pp. 177-211, jan./mar. 2016 (ISSN 1676-8698) e no livro VIANNA, Rafael Ferreira. *Entre Dilemas Morais, Provas Proibidas, Multiculturalismo e Filosofia: ensaios e discursos reunidos*. Curitiba: Blanche, 2017, e-book (ISBN 978-85-65271-81-3).

² Doutorando e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná e pesquisador do Centro de Investigação de Direito Penal e Ciências Criminais da FDUL.



Objetivo deste relatório consiste em refletir sobre a possibilidade, sob qual fundamento e com que limites o Direito Penal pode responsabilizar e reprovar (ou não) alguém que atingiu um resultado penalmente desvalorado diante da necessidade da tomada de decisão em uma situação de dilema moral.

Buscar-se-á entender e traçar relações possíveis entre o juízo legítimo de reprovação penal, os conceitos da filosofia moral e os modernos estudos da psicologia moral, ciência que procura desvendar por quais processos mentais e emocionais uma pessoa chega a justificar e legitimar regras, princípios e valores morais para si mesmo e para suas escolhas.

Para tanto, já de início, cabe convencionar, na esteira de Paul Ricoeur³ e Bernard Williams⁴, que utilizarei o termo “moral” para designar o campo que busca estudar e responder qual ação deve ser adotada diante de um sistema normativo interior que procura estabelecer o que é correto fazer, qual é a “ação boa”. A ética, intrinsecamente ligada à moral, já que se entende que é a ética que define o conteúdo moral e que apenas comportamentos morais podem conduzir a ela, é compreendida como o campo que tenta responder aos questionamentos sobre qual a melhor maneira de viver, quais os valores devem nortear nosso “modo de vida”, seja individualmente ou como seres sociais, e o que pode ser considerado uma “vida boa”. Ética, neste sentido, trata de uma reflexão sobre princípios, valores e organizações que conduzem nossas vidas, isto é, que dizem respeito a nossas escolhas morais, à vida em sociedade e à busca da virtude de uma maneira geral⁵.

Observe-se, contudo, que etimologicamente o

³ RICOEUR, Paul. *Da metafísica à moral*. Trad. Sílvia Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, pp. 39 e ss.

⁴ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. 2ª imp. Glasgow: Fontana Press/Collins, 1987, pp.174 e ss.

⁵ FERRY, Luc. *Aprender a Viver: filosofia para os novos tempos*. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007, p. 33.

significado das palavras ética e moral se confunde – hábito ou costume ou forma de viver – apenas se diferenciando por uma ter origem do latim (*mores/moralis*) e outra do grego (*ethos/ethike*)⁶, o que faz com que muitas vezes sejam utilizadas como sinônimos⁷. É comum filosoficamente, ainda, relacionar a moral com um campo individual, da consciência do sujeito, que influencia suas decisões práticas; enquanto a ética seria o estudo filosófico da moral⁸, tratando de questões mais gerais sobre o bem e o justo nas relações das pessoas no meio social ou de uma maneira mais teórica⁹. Tais conceituações não são contraditórias com o conceito adotado, acreditando-se, tão somente, que a diferenciação explicitada entre moral e ética traduz melhor a ideia de existir um campo que diz respeito ao que é bom e justo em uma ação para um indivíduo determinado e sua consciência; e o que é bom e justo em um campo mais geral, principiológico e relacional com a vida em sociedade.

Dilemas morais ou conflitos morais existem, portanto, quando ocorre uma situação em que o indivíduo se encontra impossibilitado de cumprir dois princípios ou deveres morais ao mesmo tempo, tendo que optar por um deles (mal igual) ou pelo mal menor. Em outras palavras, pode-se dizer que existem dilemas morais quando o agente, seja qual for a ação que escolha, estará sempre errado para si mesmo (sentindo-se culpado em alguma medida) ou para o julgamento moral isolado de uma ou outra ação¹⁰. Para clarificar os elementos formadores de um

⁶ JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

⁷ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 3ª ed. rev. e ampl. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 682.

⁸ AUDI, Robert (Ed.). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 284.

⁹ RICHARDSON, Henry S. Moral Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. On line spring 2013 Edition, Edward N. Zalta (Ed.), mar. 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/reasoning-moral/>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

¹⁰ Artigos seminais sobre o conceito de dilemas morais são os de MARCUS, Ruth Barcan. Moral Dilemmas and Consistency. *The Journal of Philosophy*. New York,

dilema moral, o conceito analítico proposto por Philippa Foot (1920-2010)¹¹ nos é útil, pois relaciona a necessidade da situação ser um caso especial de dilema, em que existam evidências favoráveis e contrárias a certa conclusão sobre o que o indivíduo envolvido na situação deve fazer (dever prático) e a necessidade de se tratar de um conflito de princípios morais em que um pode substituir o outro, já que ambos conseguem assumir julgamentos válidos e causam ambiguidade de qual a ação correta a ser praticada, uma vez que todos os deveres não podem coexistir ao mesmo tempo.

A partir da conceituação do tema central da pesquisa, elegeram-se três casos chaves para nortear os estudos e as reflexões propostas, sendo o primeiro uma situação verídica que ocorreu recentemente no Afeganistão, o segundo uma situação hipotética já muito debatida entre todos os pesquisadores – sejam eles juristas, filósofos ou psicólogos – que estudaram e estudam as decisões morais (o caso do trem desgovernado) e o terceiro um caso-problema pensado para testar as hipóteses trazidas neste relatório, o qual chamarei de o caso do guia de alpinismo com uma pessoa pendurada em cada lado da corda.

Outros casos de dilemas morais também serão citados e contribuirão para a problemática, podendo as questões suscitadas para os casos centrais servirem de aporte para se refletir sobre os mais diversos e atuais casos que geram dúvidas morais sobre a melhor escolha de ação. Exemplos são os casos dos dilemas morais médicos enfrentados cotidianamente em unidades de tratamento intensivo, os casos de tortura em ações de combate ao terrorismo e situações limites enfrentadas por agentes de forças de segurança pública em casos de sequestro ou de utilização de força letal.

vol. 77, n. 03, mar. 1980, pp. 121-136; e o de WILLIAMS, Bernard. *Conflicts of Values*. In. WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981, pp. 71-82.

¹¹ FOOT, Philippa. *Moral dilemmas and other topics in moral philosophy*. Reprinted. New York: Clarendon Press/Oxford University Press, 2008, pp. 177 e ss.

Apresentados os casos que estimularão nossa reflexão, colocar-se-á em dúvida a completude, adequada fundamentação e limites da responsabilidade criminal de indivíduos que provocaram resultados desvalorados, atingindo bens jurídicos penalmente protegidos, quando se encontravam diante de situações de dilemas morais. Refletir-se-á sobre o sentido e possibilidade de se analisar e, quiçá, resolver tais questões no âmbito da justificação ou a necessidade de se ingressar no campo de eventual desculpa do agente.

Para contribuir com a abordagem jurídico-penal desses casos, estudar-se-á as duas grandes dimensões de análise, posicionamento e julgamento das decisões em casos de dilemas morais, isto é, a dimensão racional, intelectual ou filosófica; e a dimensão afetiva, emocional ou psicológica.

Dentro do campo da filosofia, diversas correntes de pensamento traçaram respostas possíveis para dilemas morais e julgamentos éticos, adotando-se, para efeitos de acomodação neste relatório, e inspirado em alguma medida por Michael Sandel¹², duas grandes correntes tidas como racionais, isto é, os deontológicos/kantistas e os utilitaristas/consequencialistas; e outra tida como subjetivista/psicológica, nomeadamente a derivada da filosofia moral (amoral? Imoral?) traçada por Nietzsche.

No campo da psicologia moral, após uma apreciação do campo racional e do campo afetivo e das pesquisas mais recentes nessa área, que confirmam que os julgamentos morais não guardam tão somente relação com a lógica e a razão, mas que são afetados por outros aspectos, como as emoções, analisar-se-á os contributos que essa ciência, assim como destacadamente já faz a filosofia, pode fornecer para a compreensão jurídica das decisões e escolhas humanas - com sua justificação, reprovação ou desculpa - diante de um dilema moral.

Por fim, serão correlacionados os conhecimentos

¹² SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. 4ª ed. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

traçados pela filosofia e pela psicologia moral com algumas figuras da dogmática penal, nomeadamente as causas de justificação (conflito de deveres e estado de necessidade defensivo) e causas de exculpação ou desculpa (inexigibilidade de conduta diversa) perante casos extremos que envolvam situações de dilemas morais.

Retomar-se-á em todos os momentos do relatório a crítica dos principais casos-problemas propostos, buscando-se, a partir desta metodologia erigida, identificar fundamentos, critérios e o melhor enquadramento dogmático-penal para o julgamento de agentes que tomaram decisões diante de dilemas morais.

1. DILEMAS MORAIS E DIREITO PENAL

1.1. CASOS DE DILEMAS MORAIS E DIRECIONAMENTOS DO DIREITO PENAL

Nem todos os dilemas morais possíveis de serem vivenciados pelo ser humano vão constituir verdadeiro estado de necessidade ou conflito de deveres jurídicos, pois o Direito busca, ao fixar seus princípios norteadores e suas normas-regras, somente oferecer os direcionamentos básicos mais importantes para as condutas dos indivíduos que afetam esferas jurídicas de terceiros e interesses juridicamente tutelados¹³. Dilemas morais constituem um conjunto mais amplo de dúvidas sobre a melhor ação ou a escolha correta diante de situações nas quais o sujeito não vê em seu julgamento moral qualquer opção inteiramente válida e que compatibilize as razões da ação que realiza com a

¹³ Para uma perspectiva crítica sobre a relação da moral com o Direito, a tese da “diferença prática” e as funções motivacionais e epistêmicas das normas jurídicas nas deliberações dos cidadãos, ver BASTOS, Miguel Brito. Positivismo jurídico inclusivo: sobre a possibilidade da relevância de critérios morais no reconhecimento do Direito. In. OTERO, Paulo et al. *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 901-936.

que deixa de fazer.

A complexidade da vida e dos seres humanos por vezes nos coloca diante de situações em que a melhor decisão a ser adotada ou aquela que é exigida pelo Direito não é tão clara¹⁴, importando para nosso estudo os “dilemas morais-jurídicos”, isto é, aqueles dilemas morais cujas consequências das escolhas afetam bens e interesses penalmente protegidos. Os casos de dilemas morais juridicamente relevantes são tratados pela dogmática penal no campo da ilicitude, com a previsão de algumas causas de justificação (direito de necessidade e conflito de deveres), e na culpa, quando se analisa o grau de reprovabilidade do agente diante da conduta que realizou (estado de necessidade desculpante e inexigibilidade de conduta diversa).

Basicamente, o direito de necessidade¹⁵ assegura que não é considerada ilícita (contrária ao Direito) uma conduta que resulte no sacrifício de certo interesse ou bem jurídico quando somente foi praticada para salvaguardar, afastando um perigo atual, outros interesses sensivelmente superiores.

Não constituem o objeto de análise do presente estudo situações em que haja um interesse “sensivelmente superior”¹⁶ a ser protegido e que para salvá-lo seja razoável impor ao lesado o sacrifício do seu bem jurídico, pois não estaremos efetivamente diante de um dilema, uma vez que há uma intuição moral comum às pessoas para agirem dessa forma e uma expressa

¹⁴ Como já destacado - ao tratarem da universalidade da lei e da impossibilidade de se conseguir estabelecer com exatidão, sem exceção alguma, para todos os casos, em todo tempo, o melhor e mais justo - por PLATÃO. *O político*. Trad. Jorge Daleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1991; e por ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim (da versão inglesa de W. D. Ross). São Paulo: Nova Cultura, 1991, *maxime* pp. 120 e ss..

¹⁵ Previsto no artigo 34º do Código Penal português.

¹⁶ O significado do termo “sensível superioridade do interesse” não é sempre evidente. Surgem dúvidas sobre sua amplitude e possibilidade da existência de um estado de necessidade defensivo, como se verá adiante no desenvolvimento do relatório, nos casos de conflito entre vidas, como bem explica PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal – Parte Geral – A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 290 e ss.

indicação jurídica do que deve ser feito.

Diferente são as situações previstas em abstrato como estado de necessidade desculpante¹⁷, pois aí o interesse protegido não é sensivelmente superior ao sacrificado, podendo ser inferior ou de mesmo patamar, desde que seja relativo à vida, à integridade física, à honra ou à liberdade (do agente ou de terceiro). Estamos diante de uma situação em que o sujeito pode ter vivenciado um dilema moral, onde ele não vislumbrou para si uma opção de ação inteiramente aceitável, mas agiu para proteger algum bem jurídico importante. Nesses casos, o direito penal, de acordo com um juízo de razoabilidade sobre o que é possível se exigir de uma pessoa naquela situação concreta, desculpa o agente que escolheu uma ação considerada contrária ao Direito, ilícita.

Pode-se interpretar, portanto, que há uma clara indicação legislativa/social que, mesmo em situações de perigo atual, quando não há um interesse “sensivelmente superior” sendo ameaçado, outros bens e interesses não devem ser sacrificados, ainda que o agente possa ser posteriormente desculpado. Tal previsão jurídica também advém de uma intuição moral comum às pessoas¹⁸, que condiciona a própria vida em sociedade e é o axioma ético basilar e ao mesmo tempo corolário da ideia de dignidade da pessoa humana, isto é, a máxima de que não se deve causar dano/lesionar outrem (princípio *neminem laedere* ou *alterum no laedere*)¹⁹.

¹⁷ O estado de necessidade desculpante é previsto no artigo 35º do Código Penal português.

¹⁸ Em que pese alguns pontos de vista serem tomados por evidentes, eles traduzem apenas a nossa realidade histórica e devem ser entendidos como “juízos prévios não definitivos” essenciais para o desenvolvimento das ciências do espírito, conforme GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1998, pp. 355 e ss.

¹⁹ Parece que alguns princípios jusnaturalistas fundamentais se apresentam válidos independente da corrente jurídico-filosófica que se escolha, pois constituem e fundamentam a própria razão do Direito e das normas existirem. No entanto, sobre a insuficiência da concepção de Direito como conjunto de normas que traça limites de ação

No entanto, quando estamos diante de uma colisão de bens jurídicos de igual valor ou imponderáveis, melhor visualizada a partir do exemplo da tábua única de salvação (tábua de *Carneades*), em que há uma situação de necessidade de vida contra vida, a solução *a priori* indicada pela interpretação estrita do direito de necessidade e do estado de necessidade desculpante não nos satisfazem completamente. Como criticado por Arthur Kaufmann (1923-2001)²⁰, haveria uma estranha consequência do Direito exigir, para não ocorrer nenhuma conduta ilícita, que uma das pessoas morresse voluntariamente ou que ambas venessem o instinto natural de preservação da própria vida e morressem (para não matar).

No mesmo sentido, mas ampliando as considerações também para os efeitos no direito de defesa, a professora Fernanda Palma pondera que existem alguns casos em que não se pode negar o direito de legítima defesa aos envolvidos na situação de dilema moral/estado de necessidade²¹, mas ao mesmo tempo não ganham esses conflitos irresolúveis de interesses e valores dimensões de uma causa de justificação em sentido forte, ficando em um campo de “não proibido” ou permissão fraca²².

Em uma interpretação restrita e rigorosa da dogmática penal, como a realizada por Jescheck (1915-2009)²³ (e Germano Marques da Silva, na doutrina portuguesa)²⁴, em qualquer caso

aos indivíduos de forma negativa, ver REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, *maxime* pp. 631 e ss.

²⁰ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 2ª ed. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, pp. 340-341.

²¹ “Por um lado, a alínea c) [do artigo 34º do CP português] subtrai a vida, indiscutivelmente, ao objecto passivo do estado de necessidade, por outro lado, a negação do direito de defesa àqueles agentes que meramente se estejam a defender contra os causadores, por actos não ilícitos, do perigo contra a vida, remetê-los-ia para um estado de absoluta sujeição”, PALMA, Maria Fernanda. *Direito...* Op. cit., p. 295.

²² PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos* – Vol. II. Lisboa, AAFDL, 1990, pp. 814 e ss.

²³ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Vol. 1. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, pp. 490 e ss.

²⁴ SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Teoria do Crime* – Parte

de ação a pessoa agiria sempre ilicitamente, ainda que pudesse ser desculpada devido à situação motivacional extrema e sua intenção ser de salvamento da própria vida e não de violação do bem jurídico (vida) de terceiro. No entanto, considerando sempre a ilicitude da ação nesses casos, chegaríamos a aporia de se permitir a legítima defesa através de uma conduta ilícita que ao mesmo tempo estaria proibida, conforme descrito por Kaufmann²⁵.

Assim, para vencer essa contradição lógica, surgem duas alternativas principais: i) a aceitação de um “espaço livre de valoração jurídica”, como defendido por Kaufmann²⁶, em razão do próprio Direito não conseguir estabelecer o que seria correto fazer em tal situação extrema; e ii) a aceitação de uma cláusula geral/supralegal de estado de necessidade defensivo justificante, como criteriosamente fundamentado pela Professora Fernanda Palma²⁷.

Com a primeira proposta de solução, em razão de não existir um critério unívoco e seguro para se afirmar diante do conflito moral e jurídico do caso como o agente deveria agir, não se poderia formular um juízo de desvalor da ação típica, cabendo ao Direito aceitar que há situações, mesmo ocorrendo um resultado juridicamente desvalorado, em que a escolha de como agir deve ficar inteiramente restrito ao campo moral da consciência do agente, não sendo ela proibida e nem valorada positivamente pelo Direito²⁸.

Geral II. Lisboa: Editorial Verbo, 1998, p. 125.

²⁵ “Se ambos os naufragos lutarem entre si para alcançar a tábua, deverá a sua acção ser em qualquer caso considerada como uma agressão ilícita. Perante uma agressão ilícita pode agir-se em legítima defesa. Legítima defesa em face de legítima defesa não existe todavia”. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...* Op. cit., p. 341.

²⁶ *Ibid.*, pp. 337-349.

²⁷ PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por...* Op. cit., pp. 797 e ss; e PALMA, Maria Fernanda. Justificação Penal: conceito, princípios e limites. In. *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: FDUL, 1995, *ma-xime* pp. 74 e ss.

²⁸ Traço que geralmente é atribuído, por opção normativa do legislador, às condutas justificadas, conforme PALMA, Maria Fernanda. *Questões centrais da teoria da*

Já a segunda linha de resposta possível, da qual nos ocuparemos de forma mais próxima em nosso estudo, propõe que existem situações extremas de perigo e dilema existencial em que o Direito não pode impor à pessoa que suporte o sacrifício de um bem jurídico fundamental (a própria vida, em nosso exemplo), mesmo quando em conflito com o de outrem. Para esses casos, portanto, é cogente que se aceite a existência de uma hipótese supralegal de justificação chamada estado de necessidade defensivo, que permitirá que se considere lícita/não contrária ao Direito (ainda que em um sentido fraco)²⁹ a conduta que atingiu um resultado penalmente desvalorado (conduta típica justificada) diante de um dilema moral-jurídico.

O conflito de deveres³⁰, como espécie ou manifestação particular do direito de necessidade/estado de necessidade justificante, ocorre por não estarem em confronto apenas interesses, bens ou valores³¹, mas pelo Direito exigir a realização de condutas incompatíveis entre si, seja por serem antagônicas ou por ser impossível a realização de todas ao mesmo tempo³². Torna-se mais evidente a vivência de um dilema moral pela pessoa que se encontra em uma situação de conflito de deveres. Obviamente, seguindo a mesma lógica do estado de necessidade acima estudado, só existe real dilema moral e conflito de deveres que interessam ao nosso estudo quando os bens jurídicos a serem protegidos pelo dever são de igual valor, pois sendo diferentes deverá o agente escolher a conduta que protege o bem jurídico

imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade penal. In. PALMA, Maria Fernanda et al (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 88.

²⁹ Expressão utilizada por PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por...* Op. cit., pp. 798-799, ao tratar dos casos de condutas defensivas próximas à legítima defesa, mas em que tanto o “agressor” quanto o deficiente são juridicamente inocentes.

³⁰ Previsto como causa de justificação específica no artigo 36º do Código Penal português.

³¹ PALMA, Maria Fernanda. *Direito...* Op. cit. p. 298.

³² SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Teoria do Crime – Parte Geral II*. Lisboa: Editorial Verbo, 1998, pp. 123-124.

mais relevante.

No caso de conflito de deveres de ação de igual valor³³, como o Direito não estabelece critérios de escolha, consistindo em deliberado “espaço livre de direito” no campo da análise do injusto penal³⁴, exige-se apenas que o agente cumpra um dos deveres para sua conduta não ser considerada ilícita.

No entanto, quando o conflito é entre um dever de ação e outro de omissão, mesmo não estando expressamente previsto na legislação penal, entende-se que deve prevalecer o dever de omissão em razão dos princípios fundamentais do Direito e do dever geral de não ingerência em bens jurídicos alheios³⁵, como citado acima (princípio *neminem laedere* ou *alterum no laedere*). Assim, entende a doutrina majoritária^{36,37} que não poderíamos propriamente falar em conflito de deveres (onde bastaria escolher uma das exigências do Direito/deveres para a conduta não ser ilícita), pois o Direito não poderia exigir um dever que implicasse em uma violação de um de seus princípios fundamentais³⁸. Nesses casos, voltaríamos a uma situação de

³³ Os dois exemplos clássicos de conflito de deveres de ação são: i) o do pai que só pode salvar um dos dois filhos que se encontram em perigo simultâneo de afogamento, sendo que o pai salva um e o outro morre; e ii) o caso do médico que só consegue atender um de dois pacientes que chegam simultaneamente em perigo de vida, sendo que um é atendido e o outro morre, conforme SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2007, p. 254.

³⁴ Parece-me que neste ponto fica prejudicada a conclusão de que a doutrina do “espaço livre de direito” importaria apenas a áreas “pré-típicas”, não existindo qualquer implicação ou relevância de tal doutrina dentro da análise do injusto, como parece defender SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito... Op. cit.*, p. 223.

³⁵ Em que pese alguns doutrinadores considerarem que tanto o atuar quanto o omitir são igualmente merecedores de desaprovação e que, portanto, só podem ser tratados no âmbito da exclusão da culpabilidade, como, por exemplo, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado... Op. cit.*, pp. 499-500.

³⁶ Conforme ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 190, nota 5.

³⁷ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida contra Vida: conflitos existenciais e limites do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 340-344.

³⁸ O Direito pode aceitar e até valorar positivamente, como p.e. quando o agente é um garantidor que tem o dever de evitar um resultado e para isso viola um bem jurídico

verdadeiro dilema moral verificável no âmbito do estado de necessidade justificante³⁹, em que a realização de uma conduta típica, em que pese não exigível pelo Direito como dever jurídico, pode com ele estar de acordo ou, mais bem dito, ao Direito não ser contrária, isto é, não ser ilícita/proibida. As mesmas tentativas de solução (espaço livre de direito, estado de necessidade defensivo ou o tratamento apenas na esfera da culpabilidade) se apresentariam para esses casos de conflito entre ação e omissão.

Especificamente em relação aos dilemas de ação *versus* omissão que envolvem o bem jurídico vida humana, prevalece com mais intensidade a ideia de maior “vinculatividade” da omissão, ou seja, que a obrigação de se omitir em realizar uma ação que viole um bem jurídico supera o dever de ação correspondente para proteger este mesmo bem⁴⁰. Nesses casos - além dos princípios gerais do Direito serem baseados em uma ideia de liberdade, não ingerência na esfera jurídica e na autonomia de outrem e não perturbação do livre funcionamento de um bem jurídico⁴¹, o que já nos conduz à conclusão de que existe uma prevalência da omissão - há a concepção de que a vida humana é um valor em si mesmo, imponderável, incomparável e insubstituível, não podendo a vida de um inocente ser utilizada como instrumentos/meio para se atingir qualquer finalidade, mesmo salvar outras vidas⁴².

Contudo, as implicações jurídicas da lógica básica acima exposta nem sempre se mostram a primeira vista totalmente

de outrem, mas tais casos podem ser refletidos sob a mesma avaliação e lógica que os casos de direito de necessidade ou estado de necessidade justificante, o que nos permitiremos fazer sem a indicação em todos os momentos de ser especificamente um conflito de deveres ou pertencer tão somente à categoria geral do estado de necessidade justificante.

³⁹ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: Questões Fundamentais e A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed. (2ª reimp.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 455-456. e SILVA, Germano Marques da. *Direito...* Op. cit., p. 124.

⁴⁰ PALMA, Maria Fernanda. *Direito...* Op. cit. p. 300-301.

⁴¹ *Ibid.* idem.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., pp. 450-451.

aceitáveis pela nossa concepção de justiça, de interpretação do sistema jurídico⁴³ e com a melhor solução dos “interesses conflitantes na situação global”⁴⁴, o que nos conduz a certas dúvidas, como se verificará adiante de forma detalhada.

Por fim, não merece maior atenção o conflito entre deveres de omissão, pois bastaria o agente não realizar nenhuma das condutas e estaria cumprindo ambos os deveres⁴⁵. Ainda que se considere, no entanto, possível esses conflitos, pensando em casos nos quais haveria uma impossibilidade de se omitir na violação de bens jurídicos de diversas pessoas, a solução para esses casos seguiria a mesma lógica do conflito de deveres de ação, em que iria se escolher proteger o bem de maior valor ou, sendo iguais, escolher-se-ia apenas uma ação para violar o dever de omissão, se omitindo em relação às demais esferas jurídicas⁴⁶.

Para tentar clarificar determinados conceitos e estimular a reflexão ora proposta, trago alguns exemplos de dilemas morais para evidenciar as dificuldades reais, diante da complexidade da vida e do ser humano, de fundamentar a melhor aplicação da dogmática penal, seja para se considerar ilícito ou justificável uma ação ou omissão, seja para se remeter a análise para a culpa ou desculpa do agente que se viu obrigado a escolher diante de um dilema moral.

A reflexão sobre decisões que envolvem dilemas morais, seja no campo da filosofia moral, do direito penal ou da psicologia moral, tem como exemplo comum o caso do trem

⁴³ Principalmente porque podemos adotar três perspectivas de análise em qualquer caso de dilema moral ou de estado de necessidade que envolva vidas humanas: i) perspectiva “neutra” em relação aos envolvidos; ii) perspectiva centrada em quem atua; e iii) perspectiva centrada em quem teve seu bem jurídico violado; conforme HÖRNLE, Tatiana. Matar para salvar muchas vidas: casos difíciles de estado de necesidad desde la perspectiva filosófica-moral y jurídico-penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 02, 31 pp., jul. 2010. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf>. Acesso em 07 jul. 2014.

⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 452.

⁴⁵ SILVA, Germano Marques da. *Direito...* Op. cit., p. 124.

⁴⁶ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit., pp. 806-807.

desgovernado⁴⁷, em que pese ainda existir pouca crítica sobre a mudança de julgamento moral e suas consequências quando se apresenta o segundo cenário para se parar o trem desgovernado.

Basicamente, o dilema consiste na conjectura de um trem desgovernado estar se deslocando em direção a cinco trabalhadores que estão na linha férrea e que não podem ser avisados ou retirados dos trilhos. Na primeira hipótese o agente pode desviar o trem para uma linha secundária puxando uma alavanca, mas neste caso a sua decisão, em que pese salvar a vida de cinco pessoas, ocasionará a morte de outro trabalhador que se encontra nessa segunda linha.

Mudando um pouco o cenário e apresentando uma segunda hipótese para o mesmo caso, propõe-se a reflexão sobre a decisão moral no caso de se poder parar o trem, e assim salvar a vida dos trabalhadores que estão nos trilhos, empurrando um terceiro indivíduo na frente do trem. É a partir dessa segunda hipótese que os estudos da influência psicológica das emoções nas decisões e julgamentos morais ganharam relevo contemporâneo, pois se verificou que a maioria das pessoas utilizaria um julgamento racional utilitarista para puxar a alavanca, mas se recusaria a empurrar uma pessoa com as próprias mãos nos trilhos do trem para evitar a morte dos trabalhadores⁴⁸. Por que existe essa diferença e ausência de coerência nas decisões? Em que medida o direito penal tem legitimidade para imputar a ignomínia de ter agido ilicitamente a alguém que tomou a decisão de empurrar o terceiro e salvar a vida dos trabalhadores? Qual contribuição a

⁴⁷ Há dúvida se foi formulado pela primeira vez pela filósofa Phillipa Foot ou pelo penalista Hans Welzel, conforme HÖRNLE, Tatiana. *Matar...* Op. cit., p. 04, sendo certo, no entanto, que vem sendo discutido por diversos penalistas até hoje, como p.e. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* Op. cit., pp. 499-500 e ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos. La estructura de la Teoria del Delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2ª reimp. Madrid: Civitas, 2003, p. 687. No campo da psicologia moral, podemos ver o caráter central que tal dilema adquire em GREENE, Joshua. *Moral Tribes: emotion, reason and the gap between us and them*. New York: The Penguin, 2013, pp. 113 e ss.

⁴⁸ GREENE, Joshua. *Moral...* Op. cit., p. 116.

psicologia moral pode trazer ao direito penal para legitimar a reprovação do agente?

Outro exemplo, agora real, ocorrido em junho de 2.005, é o caso do dilema moral dos “pastores afegãos”. Sucintamente, trata-se da decisão que quatro soldados americanos, os quais foram cumprir uma missão de vigilância a uma aldeia afegã, tiveram que tomar quando se depararam com três pastores de cabras afegãos desarmados. Não tendo como amarrá-los ou prendê-los, os soldados precisaram decidir se matariam os pastores ou os deixariam ir, mesmo com o risco de eles informarem os insurgentes talibãs da presença dos soldados. A decisão no caso concreto foi de não matar os pastores afegãos, os quais informaram os talibãs, ocasionando posteriormente a morte de três dos quatro soldados envolvidos na decisão, de outros 16 soldados estadunidenses que foram em socorro aos quatro soldados e a queda de um helicóptero norte-americano⁴⁹⁵⁰.

Se a decisão tivesse sido a de matar os pastores afegãos, poderiam os soldados, sob uma perspectiva jurídico-penal - e não militar ou do direito da guerra, tendo em vista que a operação não se desencadeou propriamente em uma guerra formal e que o objetivo da exposição do presente caso é estimular a reflexão e o raciocínio jurídico-penal para ampliar as possíveis conclusões para outros casos penalmente relevantes – serem punidos pelo crime de homicídio? E no caso da decisão oposta, como ocorreu na realidade, pode o soldado sobrevivente, que deu o voto decisivo para não matar os pastores afegãos, ser penalmente responsabilizado pela sua decisão/omissão que ocasionou a morte de dezenove soldados estadunidenses? Quais interesses e bens podem ser ponderados com o bem jurídico vida?

⁴⁹ O caso é relatado pelo suboficial Marcus Luttrell, o único sobrevivente da operação inicial, em LUTTRELL, Marcus; ROBINSON, Patrick. *Lone Survivor: the eyewitness account of Operation Redwing and the lost heroes of Seal Team 10*. New York: Little, Brown and Company, 2007

⁵⁰ A história também foi relatada no filme de 2013 *Lone Survivor*, dirigido por Peter Berg.

Em que pese as situações extremas e improváveis dos exemplos acima, dilemas morais fazem parte da vida em sociedade, vislumbrando-se vários deles no contexto de condições sociais adversas, em que vínculos normativos comunitários são rompidos para preservar valores concretamente superiores, como citado por Juarez Cirino dos Santos⁵¹.

Diversas decisões de agentes das forças de segurança pública e de médicos que atuam em prontos-socorros/pronto-atendimento ou unidades de tratamento intensivo (UTI), quando obrigados a escolher entre o mal menor ou entre vidas, também são questões relativamente rotineiras e que exigem reflexão jurídico-penal.

Um médico que precisa decidir qual paciente irá operar, colocar no respirador ou para qual irá ministrar o único medicamento disponível imediatamente encontra-se diante de dilemas morais que são penalmente relevantes, o que aflige a doutrina, como visto acima, sobre qual a melhor abordagem/enquadramento dentro da dogmática penal⁵².

Parece-me, contudo, que as soluções propostas até o momento pela doutrina não são claras e suficientemente consistentes em um plano ético-jurídico. Decisões fáceis e evidentes não existem neste campo, pois na vida real existem múltiplas lógicas que se interpenetram, o que torna impossível igualar as circunstâncias dos interesses em conflito para decidir sem qualquer dúvida qual é o interesse mais relevante ou a decisão certa a ser tomada. Nos casos de saúde e vida, por exemplo, o Direito pode ponderar quais valores constitucionais? A lógica econômica e orçamentária da saúde pública pode servir de peso e medida para um conflito em que do outro lado está uma vida? Simplesmente afirmar uma posição de negação nesse caso não nos leva a

⁵¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...* Op. cit., pp. 340-343.

⁵² São exemplos claros sobre a impossibilidade de se ponderar tão somente o conflito de bens jurídicos, exigindo-se a análise de um “quadro mais complexo dos ‘interesses conflitantes’ na situação global”, nos termos de DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 452.

condenar todo um sistema social de saúde (já que os recursos públicos não são ilimitados) e diversas vidas humanas à morte? Serve-nos a dignidade humana como juízo crítico quando na maioria dos casos de dilemas morais estamos justamente diante da colisão de duas dignidades humanas? Pode o Direito simplesmente não oferecer critérios para as decisões mais difíceis e deixar o agente sem meios ou diretrizes para escolher? É desejável que assim seja? Quais os princípios morais que podem nortear a decisão do agente e o julgamento posterior de suas escolhas?

Assim sendo, a principal função deste relatório consiste, na mesma esteira que o intuito da reflexão moral⁵³, mas longe de poder dar resposta a todos os questionamentos acima levantados, em tentar harmonizar (ou constatar ser impossível) os julgamentos que fazemos com os princípios que afirmamos no direito penal. Em outras palavras, a aplicação do direito penal em casos como esses não significa tão somente a aplicação da lei penal a um caso concreto específico, mas sim as luzes que indicam o caminho e a direção do que entendemos como a moral adequada (a coisa certa a fazer) em nossa sociedade e a justiça ou ética que buscamos (a melhor maneira de vivermos).

Todas as situações aqui levantadas possibilitam dúvidas e exigem uma hermenêutica dialética que não está acabada, pois os critérios e institutos penais aplicados a determinado caso podem gerar consequências inaceitáveis para a nossa intuição moral/ética em outras situações semelhantes. Poderemos visualizar mais claramente a insuficiência das respostas morais e da reflexão jurídico-penal sobre dilemas morais na seção seguinte, quando apresentarei um caso hipotético extremo.

1.2. (IN) CONSISTÊNCIA DAS RESPOSTAS PENAIS AOS CASOS DE DILEMAS MORAIS: SEMPRE PREVALECE O DEVER DE OMISSÃO EM CASOS DE CONFLITO AÇÃO *VERSUS* OMISSÃO?

⁵³ SANDEL, Michael. *Justiça...* Op. cit., p. 38.

Em que pese dilemas morais-jurídicos serem complexos e contingenciais, o que pode proporcionar respostas penais e interpretações distintas de acordo com as circunstâncias do caso concreto, nos concentraremos nos dilemas que envolvem escolhas diante de colisões vida contra vida⁵⁴, na perspectiva de um terceiro com obrigação de evitar o resultado morte, que não tem seu bem jurídico em situação de perigo e quando o conflito consistir na sua ação de salvar uma vida (ou várias) coincidir na violação do seu dever geral de omissão/de não matar. Em outras palavras, refletiremos sobre os casos em que um terceiro garante (não pertencente à comunidade de perigo⁵⁵) só pode salvar uma ou algumas vidas matando outra(s) pessoa(s)⁵⁶. Verificaremos, portanto, se é possível um estado de necessidade defensivo de terceiro, qualificando o terceiro como garante para intensificar a problemática proposta. É neste ponto particular que podemos contribuir com a insuficiente reflexão existente na doutrina penal.

Como visto, para fins heurísticos, podemos reunir as possíveis respostas da doutrina jurídico-penal para os dilemas morais (sejam eles do tipo *ação x ação* ou *ação x omissão*, nos importando no momento esta última categoria) em três principais linhas: i) os que consideram que só podemos tratar desses casos

⁵⁴ Tema extensamente tratado por CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit.

⁵⁵ “Uma parte da doutrina julga – desde há muito – encontrar ocasião para uma resposta afirmativa [sobre a licitude/existência de causa de justificação] nos casos chamados de ‘comunidade de perigo’: quando, havendo várias pessoas todas elas colocadas numa situação comum de perigo para a vida, se sacrifica uma ou algumas delas como única e adequada forma de impedir que outra ou outras pereçam”, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 452.

⁵⁶ O problema proposto relaciona-se, como se verá, com diversas reflexões desenvolvidas por Maria Conceição Ferreira da Cunha, sendo, no entanto, mais complexo, uma vez que mescla conceitos por ela tratados nas “comunidades de perigo alternativas” com situações da vítima estar “marcada pelo destino” e “arrastando” outrem para a morte, conforme CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit., *maxime* pp. 321 e ss e 693 e ss.

no campo da exclusão da culpabilidade/desculpa, pois são casos em que há uma colisão de deveres insolúvel juridicamente, nos quais qualquer escolha do agente o levará a cometer um ato ilícito⁵⁷; ii) os que defendem a doutrina do “espaço livre de direito”⁵⁸, cuja essência consiste em aceitar a insuficiência da valoração da conduta típica apenas na oposição binária lícito ou ilícito, reconhecer que o Direito não consegue dizer o que é o correto ou o errado em casos extremos de dilemas morais e que é possível um instituto penal “não proibido, nem permitido” para analisar a conduta típica e não caracterizar o injusto penal. iii) os que entendem em alguns casos ser viável tratar dos dilemas existenciais no campo da antijuridicidade por considerarem a existência de uma causa de justificação suprallegal de estado de necessidade defensivo, na qual se enquadrariam casos em que uma pessoa representa uma fonte de perigo para a outra⁵⁹.

As três posições doutrinárias trazem argumentos que nos exigem reflexões profundas sobre a melhor solução dentro da dogmática penal e da ética que queremos em nossa sociedade, pois os diferentes posicionamentos nos levam a importantes distinções quanto à possibilidade de legítima defesa e o papel do terceiro envolvido que não tem um bem jurídico em perigo na situação.

Para refletirmos sobre o estado de necessidade justificante, o desculpante e sobre as consequências (éticas e jurídicas) de um ou outro enquadramento, imaginemos um exemplo que se aproxima da clássica situação dos alpinistas utilizada pela doutrina penal⁶⁰, mas que com ela se diferencia de forma

⁵⁷ ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., pp. 688-690; e JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* Op. cit., pp. 499-500.

⁵⁸ KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...* Op. cit. pp. 345-349.

⁵⁹ A doutrina penal portuguesa tem fortes representantes desta posição como PALMA, Maria Fernanda. *Direito...* Op. cit., pp. 278-283; PALMA, Maria Fernanda. *A Justificação...* Op. cit., *maxime* pp. 798-815; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., *maxime* pp. 454-456.

⁶⁰ O exemplo clássico estudado pelo Direito é aquele em que dois alpinistas ficam pendurados por uma corda capaz de aguentar apenas um deles e o que se encontra na

significativa e que caracteriza um dilema moral difícil de ser valorado pelo Direito.

Um guia de alpinismo, que tem o dever jurídico pessoal de evitar o resultado morte ou lesão corporal dos indivíduos que o contrataram para guiá-los na montanha em segurança, portanto um garante ou garantidor, comete um erro e os seus conduzidos A e B ficam pendurados um de cada lado de uma única corda.

Tomemos como verdade que o guia não consegue puxar os dois, não existe como conseguir socorro/resgate e que a corda não suportará os dois indivíduos, um de cada lado, por muito tempo, sendo necessário para salvar um dos indivíduos cortar o lado da corda do outro, ocasionando-lhe a morte inevitavelmente.

Qual é a coisa certa a fazer? Como a filosofia moral resolveria este caso? Quais emoções influenciaram a decisão/escolha do guia? E o que o direito penal espera ou exige do guia diante dessa situação?

Observe-se que não se trata de um indivíduo que se encontra em situação de perigo e que para salvaguardar o seu próprio bem jurídico vida sacrifica o de outrem, como o exemplo clássico do alpinista que corta a corda amarrada à sua cintura, a qual sustentava outro alpinista que ficou pendurado e que lhe puxava para a morte (mesmo exemplo da tábua única de salvação de um naufrágio).

Também não se trata de simplesmente escolher entre um dos deveres de ação em conflito e deixar de salvar o outro, como seria se o guia apenas conseguisse ter forças para puxar um dos indivíduos ou apenas existissem tempo para fazer uma ação de salvamento (mesmo exemplo do pai que escolhe um dos dois filhos para salvar do afogamento).

posição superior corta a corda abaixo dele, matando o outro alpinista que cai no abismo. Já encontramos este exemplo sendo citado em 1895, quando foi publicada a primeira edição de MERKEL, Rudolf. *Die Kollision Rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei Rechtmässigen Handlungen*. Reimp. London: Forgotten Books, 2013.

O problema no nosso exemplo é que a obrigação de ação impõe ao mesmo tempo, na mesma conduta, uma violação ao dever de omissão. E para um terceiro que não tem nenhum bem jurídico em perigo. Escolher um dos dois para salvar significa matar o outro, violar o dever de omissão de não retirar a vida de um inocente, a qual o garantidor tinha, de forma mais contrastante, o dever jurídico especial de proteger⁶¹.

Não estamos neste caso diante de um conflito de deveres de ação, nem de um conflito de deveres de ação e omissão como os pensados tradicionalmente pela doutrina penal, pois todas as alternativas impõem uma violação inaceitável pelo Direito em outras situações já analisadas.

Por outro lado, em uma primeira análise, também não parece aceitável que o sujeito simplesmente se omita, condenando ambos à morte quando poderia salvar ao menos uma vida humana⁶². Mas e se o agente se omitir, por não ter critérios morais pessoais suficientes para solucionar o dilema e deixar os dois morrerem? Poderá o direito penal reprovar sua conduta? Como era um garante, poderá ele responder pelo crime de homicídio comissivo por omissão? É antijurídica a escolha da omissão quando a ação impunha uma violação ao dever de omissão de não retirar a vida de um inocente? E como pode o direito penal exigir uma ação qualquer com coerência ao afirmar que em conflitos de deveres de ação e de omissão deve prevalecer a omissão? Mudaria sua lógica para casos como esse? Há um desvalor intrínseco em alguma das condutas possíveis que permitam ao direito penal reprová-la para direcionar o que é esperado no plano moral e ético? Ou neste caso resta apenas uma impossibilidade de valoração jurídica, especialmente em relação aos critérios que o guia utilizaria para escolher um ou outro para salvar?

Observe-se que algumas situações mais comuns podem

⁶¹ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit. p. 340.

⁶² Posição já defendida, como redução de um mal inevitável, por WEBER, Hellmut von. *Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*. Leipzig: Weicher, 1925, p. 30.

se aproximar da reflexão proposta em nosso exemplo - como quando pensamos no caso de um médico que precisa ponderar se retira os aparelhos de um paciente idoso terminal para colocar em outro jovem e com mais chances de sobrevivência, que morrerá se não tiver o atendimento com aquele aparelho único no hospital⁶³ – mas não a igualam, uma vez que outros fatores poderão ser ponderados para a decisão do médico, como a chance de sobrevivência e recuperação de cada um dos pacientes, o tempo que o primeiro paciente já está com o respirador sem indicações de melhoras, a situação clínica geral dos pacientes ou mesmo a antecedência temporal que o destino impôs aos dois pacientes, fazendo prevalecer o dever de omissão na morte de um deles. Desta forma, essa situação não é tão complexa quanto a dos alpinistas, pois estes ficaram na situação de perigo no mesmo instante, não existindo precedência temporal que nos autorize apenas a lamentar o destino de um deles⁶⁴, e todos os fatores possíveis de ponderação não pessoais estão igualados.

No caso do médico, o entendimento majoritário da doutrina seria considerar que o dever de omissão de não matar prevaleceria sobre o dever de socorro do médico e que este jamais poderia retirar os aparelhos de um paciente que já está sendo atendido para salvar outro que chegou depois, ainda que isso significasse a morte do segundo⁶⁵. No caso dos alpinistas, a omissão significa a morte de ambos inevitavelmente, no mesmo instante, quando a corda se romper. Como já mencionado acima,

⁶³ Observe-se que esta situação por mim citada não é a mesma do exemplo trazido por Kaufmann (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia...* Op. cit., p. 341), em que dois feridos chegam ao mesmo tempo no hospital e o médico tem que decidir qual deles vai ligar ao único respirador disponível. No exemplo de Kaufmann estamos diante de um conflito de ações, em que nos satisfaz a resposta que basta o médico escolher um dos deveres.

⁶⁴ Discussão muito interessante sobre a vítima estar “marcada pelo destino” e a intervenção salvadora limitar-se apenas a aproveitar as oportunidade de sobrevivência (“salvar o que tinha para ser salvo”) é realizada por CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit. p. 361 e ss.

⁶⁵ Na linha de defendida por ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., p. 686.

no entanto, parece-nos inaceitável, em um primeiro pensamento intuitivo, deixar dois bens jurídicos serem lesionados, podendo-se agir para salvar ao menos um.

Contudo, em uma reflexão mais detida, como a que se propõe adiante, vê-se que a escolha de um deles significa a instrumentalização do outro, com consequências de consistência para o sistema moral e jurídico-penal, principalmente para este quando se pensa a possibilidade de legítima defesa, seja contra uma ação inicial do guia, seja para uma ação dele no caso de um dos alpinistas decidir agir contra o outro. Explicarei mais detalhadamente essas hipóteses adiante.

Resolver dilemas morais não é apenas uma questão moral, mas uma questão ética, de fornecer indicativos através do Direito sobre o que esperamos da vida em sociedade, das pessoas e do que consideramos justiça. Não considerar ilícita uma conduta ativa inicial do guia de alpinismo (seja por ser justificada ou por ser enquadrada em um instituto de “não proibido, nem permitido”) retira a concepção de princípio absoluto da prevalência da omissão ao ato de matar um inocente em relação ao ato de salvar outro. Tal concepção absolutista é questionada pela doutrina⁶⁶ e ficou em aberto do ponto de vista da valoração jurídico-penal (apesar da previsão legal ter sido considerada inconstitucional) quando o Tribunal Constitucional alemão discutiu sobre o abate de aeronaves de passageiros sequestrados por terroristas⁶⁷. Contudo, há fortes argumentos para se considerar a ação de abate como justificada pelo estado de necessidade defensivo⁶⁸, apesar de tal direcionamento gerar inevitavelmente interpretações mais extensivas sobre o que é aceito pelo Direito

⁶⁶ PALMA, Maria Fernanda. O estado de necessidade justificante no CP de 1982. In: PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 183 e ss; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit. *maxime* pp. 450-456.

⁶⁷ HÖRNLE, Tatiana. *Matar...* Op. cit. pp. 05 e ss.

⁶⁸ Conforme DIAS, Augusto Silva. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o gênio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, ano 10, nº 18, pp. 39-83, 2010, *maxime* pp. 67 e ss.

diante de ponderações entre vidas. Ao menos a lógica que se utiliza para esta discussão é modificada, pois se aceitamos um cálculo utilitarista, ainda que conduzidos pelo que consideramos a “irreversibilidade aparente do destino”, por que não aceitaríamos tal lógica sempre?

Evidentemente que existe sempre uma incerteza do desdobramento dos eventos, o que dificulta qualquer análise de dilemas morais. No entanto, ou o Direito analisará os casos em retrospectiva diante de um caso concreto ou em perspectiva como estamos aqui fazendo, o que iguala as situações em uma ponderação sobre a incerteza do momento e o drama da experiência existencial do agente. Esses são fatores que o julgador irá ponderar diante do caso concreto, mas que não permitem uma diferenciação de lógicas em uma reflexão acadêmica em que buscamos questionar o que seria moralmente e juridicamente ideal fazer. São a partir dessas reflexões que estabelecemos os paradigmas do Direito e da justiça que queremos como sociedade⁶⁹. Somos nós (seres humanos e sociedade) que temos que decidir o que é a coisa certa a fazer.

Isso pode, como visto, nos levar à conclusão de que o Direito em alguns campos não pode atuar, ou seja, deve deliberadamente se abster de valorar algumas decisões/conduitas e deixá-las apenas a cargo da consciência e do julgamento moral do agente. Entretanto, antes de nos filiar a tal posicionamento ou negá-lo, o que talvez não possa ser peremptoriamente e satisfatoriamente concluído neste relatório, precisamos: a) estudar os critérios utilizados pela filosofia e pela psicologia para

⁶⁹ Quando se afirma simplesmente que se trata da “opção entre um mal total e um mal parcial mais próximo”, como em um primeiro momento afirma CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit., p. 345 (reabrindo a discussão e a reflexão no decorrer da tese), se adota um posicionamento ético que trará reflexos e uma lógica que não pode simplesmente ser cindida sem consequências de dúvidas permanentes sobre a ética e a decisão moral em casos limites. Farei algumas considerações no decorrer do trabalho, ainda que não de forma exaustiva, sobre a corrente filosófica denominada particularismo, que em um primeiro momento apresentaria divergência com as considerações agora realizadas.

resolver casos de dilemas morais; b) refletir sobre quais contribuições e argumentos tais ciências podem trazer para a solução dos dilemas morais aqui esboçados; c) esgotar a reflexão jurídica sobre as possibilidades de solução e suas consequências dentro da dogmática penal. É o que nos propomos a fazer, ao menos em parte, na sequência.

2. CONTRIBUTO DA FILOSOFIA AOS CASOS DE DILEMAS MORAIS

2.1. LÓGICA UTILITARISTA

Talvez a teoria filosófica que melhor responda aos questionamentos que surgem quando nos encontramos diante de dilemas morais seja a do utilitarismo, pois, além de intuitiva, ela permite uma racionalização das vantagens e desvantagens das escolhas possíveis. Isso ocorre porque o utilitarismo entende que é possível mensurar e comparar todos os valores e bens em uma única escala de valores, a da utilidade ou, especificamente, a da felicidade/prazer e da infelicidade/dor⁷⁰. Em uma lógica de custo e benefício, em que o objetivo seria sempre maximizar a utilidade de uma escolha, ou seja, proporcionar o maior “bem estar”/felicidade para o maior número de pessoas⁷¹, parece que o utilitarismo fornece um critério alcançável e mensurável para se pensar e se julgar decisões tomadas diante de dilemas morais.

Mesmo que prevaleçam valores intrínsecos da personalidade do indivíduo no momento da decisão, é impensável que o Direito, em algum momento de usa análise retrospectiva do fato, não pondere ou questione qual foi o cálculo de custo e benefício na situação concreta e que deveria o agente ter ao menos considerado hipoteticamente em sua avaliação mental no momento

⁷⁰ SANDEL, Michael J. *Justiça...* Op. Cit. , pp. 48 e ss.

⁷¹ BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. 7ª reimp. New York: Hafner Press, 1973, p. 03.

dos fatos.

Observe-se que mesmo aqueles que acreditam em deveres categóricos e em uma moral com valor intrínseco, parecem utilizar em alguma medida uma lógica utilitarista, já que o respeito a certos valores, interesses, bens jurídicos ou direitos fundamentais propiciariam uma maximização da felicidade humana em algum momento social, histórico ou até metafísico. A necessidade de se preservar a dignidade humana, mesmo que possamos argumentar que é pelo simples fato do indivíduo ser uma pessoa, um ser humano, e que isso é alcançável a partir de uma razão pura, passa pela compreensão de que existirá um bem para nós mesmos, para a sociedade em que vivemos e, a longo prazo, para a humanidade como um todo. Não defenderíamos isso se nos levasse a destruição ou ao caos social apenas por um mandamento natural ou divino. A razão sempre guarda algo de utilidade, sendo inclusive compreendida e conceituada como algo coerente e benéfico.

A defesa da existência de direitos fundamentais e da imponderabilidade de certos valores passa pela ideia sobre a melhor maneira de vivermos ou que nos trará maior felicidade. Se assim não fosse, por que a razão teria um valor de utilidade e seria adotada como critério de validade para algum conceito ou pensamento? Parece-me que a razão traz a utilidade em si, ainda que isso não seja ponto central de nossa reflexão. Importa aqui que a lógica utilitarista parece inafastável do raciocínio moral prático do ser humano, não se conseguindo afastá-la completamente nem em termos meramente teórico-abstrato⁷². Observe-se que não trato especificamente das teorias utilitaristas de Jeremy

⁷² Em que pese as severas críticas em relação ao proveito prático do princípio da utilidade ou da máxima felicidade, mormente nos termos formulados por J.S. Mill, que pondera diversos elementos para se compreender qual seria a felicidade desejável como fim, conforme BROWN, D.G., What is Mill's Principle of Utility?. In. LYONS, David (Ed.). *Mill's Utilitarianism: Critical Essays*. Lanham (EUA): Rowman & Littlefield, 1997, pp. 09-24.

Bentham (1748-1832)⁷³ ou John Stuart Mill (1806-1873)⁷⁴, as quais para guardar uma lógica sistêmica de teoria, não podem fazer certas concessões, mas trato de uma lógica utilitarista que permeia essas teorias, o pensamento humano e o julgamento moral de dilemas morais. Esta lógica natural de nosso raciocínio não quantifica tudo em números ou justifica-se simplesmente pelo fim imediato almejado, como fazem acreditar os críticos das teorias utilitaristas⁷⁵, mas nos impõe uma escala do que é desejável e não desejável. Em escolhas morais e em nossa vida pode-se traduzir o que é desejável como prazer ou ausência de dor, não sendo impositivo que isso exclua concepções de sociedade a longo prazo, valores e sentimentos individuais. Não entramos, por isso ser considerado, em um campo de deveres de escolhas matemáticas ou com valores categóricos.

No caso do guia de alpinismo que precisa escolher se omitir e deixar que duas pessoas morram ou matar uma delas para salvar a outra, ele não coteja apenas “vidas”. Ao avaliar a situação, ele pondera como se enxergará no futuro, como conversará com sua consciência nos momentos de solidão, o que os familiares de quem ele matar sentirão e como lhe julgarão, o que espera como sociedade e como esperaria ser tratado se estivesse na situação contrária. Esses valores não são quantificáveis, mas podem ser colocados em uma balança de ponderação mental quando refletimos sobre a ética e a moral aceitáveis ou desejáveis em uma situação de dilema como essa.

Evidentemente não somos apenas racionais, existindo forte influência das emoções em nossas reflexões, de nossas crenças e de partes do cérebro que não dominamos

⁷³ BENTHAM, Jeremy. *The Principles...* Op. cit.

⁷⁴ MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. 4ªed. London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 1871.

⁷⁵ Para um breve resumo sobre a impertinência da maioria das críticas dirigidas ao utilitarismo de S. T. Mill, ver URMSON, J. O. *The Interpretation of the Moral Philosophy of J. S. Mill*. In: LYONS, David (Ed.). *Mill's Utilitarianism: Critical Essays*. Lanham (EUA): Rowman & Littlefield, 1997, pp. 01-08.

conscientemente⁷⁶, mas que nos impulsionam para escolher algo ou fazer algo. Ainda assim, os resultados desses processos também são colocados na balança da ponderação do que é desejável ou não. Mesmo aqueles que (por crença, cultura ou fé) escolhem a dor e o sofrimento por acreditarem que existe um dever moral maior por trás dessas escolhas, esperam alguma recompensa futura ou felicidade ininteligível ou metafísica após a morte ou para a espécie humana, o que nada mais é do que uma lógica utilitarista.

A moral prática e o Direito parecem utilizar sempre, em alguma medida, de uma lógica utilitarista, ainda que com mais refinamento a partir de uma complexa ponderação do desejável e indesejável em razão de consequências imediatas, mediatas, diretas e indiretas, nas quais se inserem a satisfação e o bem estar individual e social, passam pelo livre desenvolvimento da personalidade e pela expectativa de futuro que consideramos melhor.

A visão fundamentalista de que não se ponderam vidas humanas sob nenhuma circunstância⁷⁷ descarta rápido demais as contribuições que esta corrente da filosofia moral pode nos fornecer. Parece-me que a ponderação simples de bens jurídicos não atende a todos os interesses que estão em causa e que precisam ser avaliados. É impossível, para um utilitarismo qualificado, um critério *a priori* de que se estivessem de um lado cinco pessoas penduradas na corda e de outro apenas uma, o guia

⁷⁶ Por não fazer parte do nosso objeto de pesquisa, não abordaremos a influência de partes do cérebro ou de seu funcionamento químico em nossos comportamentos e escolhas, o que pode ser encontrado para uma visão inicial em GLICKMAN, Stephen E.; MILNER, Peter M. (Eds.). *The Neurological basis of motivation*. New York: Van Nostradamus Reinhold Company, 1969.

⁷⁷ O caso dos médicos nazistas (que matavam algumas poucas crianças doentes mentais para evitar que fossem substituídos por médicos alinhados ao governo nazista e que matariam todas as demais ou em um número muito maior) é visto como uma impossibilidade da utilização do utilitarismo para o caso de vidas humanas, não podendo existir uma causa de justificação para o caso. Neste sentido, por exemplo, ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., pp. 687-688; e DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit. pp. 453-454.

deveria sacrificar esta para salvar aquelas. Pode até ser que uma visão utilitarista tradicional considerasse a coisa certa a fazer nesse dilema salvar mais vidas, mesmo que ao custo de sacrificar uma, mas não sem maiores reflexões e ponderações. Isso porque tal decisão não significa necessariamente maior prazer a longo prazo, em suas consequências indiretas e no que esperamos como sociedade ou na maneira como o guia se enxergaria como pessoa, seguidor coerente de um conjunto de visões de mundo e interpretações da realidade. Outros valores e sentimentos também são ponderados em uma lógica utilitarista qualificada, ainda que sempre para diminuir a dor dos envolvidos direta (como, por exemplo, salvar mais vidas e afastar o sentimento desagradável de repulsa de um ato) e indiretamente (isto é, o que é melhor para a sociedade como um todo e sua organização em última análise) e maximizar a felicidade, permitindo que os bens morais sejam enquadráveis dentro do critério da utilidade desejável.

Não nos parece, contudo, que o utilitarismo filosófico nos forneça respostas suficientes e adequadas para o dilema hipotético proposto do guia de alpinismo que tem uma pessoa pendurada em cada lado da corda. Se igualarmos todas as características entre essas duas pessoas, não podemos verificar *prima facie*, ou sem a elaboração de uma argumentação com elementos mais longínquos e incertos, qual seria a escolha moralmente certa. Se omitir? Agir? Qual dos dois escolher? Quais critérios utilizar? Uma lógica utilitarista não me parece ser totalmente afastada da análise e ponderação, mas sozinha não é suficiente para resolver de forma satisfatória esse dilema moral.

Sequer o caso dos soldados estadunidenses diante dos pastores afegãos o utilitarismo nos daria respostas suficientes, seja em uma visão retrospectiva, sabendo as consequências nefastas geradas pela decisão de não matá-los, seja nos colocando no momento da decisão como se fôssemos os soldados. O que traria maior utilidade de uma perspectiva utilitarista ampliada ou qualificada? Os valores em jogo não são apenas o de vidas

humanas ou de prejuízos militares e econômicos. Trata-se de ponderar também o que esperamos como sociedade, os valores que acreditamos válidos e importantes de serem preservados, a mensagem que uma atitude como a adotada pelos soldados leva ao mundo, como eles se viram diante da morte e como o que sobreviveu se representa diante do mundo e das pessoas. A lógica utilitarista também não nos ajudaria muito no momento do dilema, pois as mesmas incertezas sobre os desdobramentos e a maior utilidade futura das escolhas permaneceriam.

2.2. LÓGICA ANTICONSEQUENCIALISTA/DEONTOLÓGICA/CATEGÓRICA

Para o dilema dos pastores afegãos, a moral kantiana traria respostas mais seguras e confiáveis, pois Immanuel Kant (1724-1804) entende que fazer a coisa certa é escolher e se motivar pelo dever, alcançado aprioristicamente pela racionalidade humana universal, que faz com que uma ação seja boa em si mesmo, independentemente das suas consequências ou de qualquer experiência⁷⁸.

O ser humano só age moralmente quando age autonomamente⁷⁹, isto é, sem influências que não as advindas da sua

⁷⁸ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 261-269.

⁷⁹ “O agir livre é o agir moral; o agir moral é o agir de acordo com o dever; o agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza. Daí decorre que o sumo bem só pode ser algo que independa completamente de qualquer desejo exterior a si, de modo que consistirá no máximo cumprimento do dever pelo dever.” Idem., p. 264.

reflexão racional⁸⁰, que cria os imperativos categóricos⁸¹, os quais devem ser cumpridos tão somente por constituírem deveres. Quando isso acontece, pode-se falar que estamos diante de um ato moral, que decorre de uma “boa vontade”, que não se preocupa com nenhum outro fim a não ser o de cumprir uma ação necessária e boa em si mesmo, pouco importando as suas consequências⁸².

Os imperativos categóricos decorreriam de três concepções racionais básicas, sendo elas: i) que se deve agir apenas segundo a sua máxima possa se tornar lei universal; ii) que todo ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como instrumento para atingir outras finalidades; e iii) que se coloque hipoteticamente como um legislador universal para realizar vontade como um máxima a se impor universalmente a todos⁸³.

Partindo dessa concepção moral anticonsequencialista, os soldados estadunidenses agiram moralmente, ou seja, fizeram a coisa certa ao não executar os pastores afegãos. O dever é não matar pessoas desarmadas, pouco importando as consequências que o não matar pode gerar. E foi assim que os soldados escolheram, não existindo, sob esta ótica, qualquer dúvida de que

⁸⁰ Não discutirei aqui, por não ser o objeto central deste relatório, ainda que se trate de uma dúvida fundamental, a possibilidade ou não da liberdade no sentido de Kant, como questionada por André Comte-Sponville, ao refletir sobre se é o nosso cérebro que quer o que queremos, como poderíamos ser realmente autônomos se, no presente, não conseguimos ser, pensar ou querer outra coisa senão o que pensamos ou nosso cérebro pensa? Ver COMTE-SPONVILLE, André; FERRY, Luc. *A sabedoria dos modernos: dez questões para o nosso tempo*. Trad. Filipe Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, pp. 33-38.

⁸¹ “O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade (...) se a ação é representada como boa *em si*, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é *categórico*.”, KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 50.

⁸² SULLIVAN, Roger J. *Immanuel Kant's Moral Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, pp. 64 e ss..

⁸³ KANT, Immanuel. *Fundamentação...* Op. cit., pp. 59 e ss.

decidiram bem, corretamente. A lógica anticonsequencialista de fato resolve esse dilema moral sem maiores questionamentos, reafirmando a ideia de que qualquer pessoa é um fim em si mesmo, não podendo ser utilizada como meio para qualquer outra coisa ou vontade⁸⁴.

Diante da incerteza da atitude que os pastores tomariam, das diversas possibilidades que poderiam ocorrer no futuro, como simplesmente os quatro soldados americanos serem resgatados antes da chegada dos combatentes talibãs ou os pastores não serem adeptos do regime talibã ou ficarem gratos pela atitude dos soldados e não falarem nada, e das vicissitudes imprevisíveis de como a situação poderia desenrolar, a lógica kantiana nos oferece uma resposta plausível do ponto de vista ético sobre como decidir.

No entanto, cabe-nos refletir se essa lógica é adequada e suficiente ao ser humano real, cheio de dúvidas, paixões, medos, fraquezas e sentimentos. Ou se o Direito poderia exigir dos soldados a utilização de outros critérios e a ponderação de outros interesses a partir de uma moral utilitarista e racional probabilística. Em outras palavras, não deveria o soldado líder da missão ter previsto que os pastores eram seguidores/adeptos do regime talibã e tê-los tratados como inimigos de guerra e ameaças potenciais mesmo eles estando desarmados? Podemos afirmar com certa margem probabilística, como geralmente se pensa com lógica e coerência⁸⁵, que a chance dos pastores não informarem os talibãs da presença dos soldados era diminuta e previsível, pois eles viviam em uma aldeia dominada por talibãs, onde a comunidade convivia com a presença de combatentes armados e

⁸⁴ Ibid., p. p. 68.

⁸⁵ Obviamente que nunca teremos certeza absoluta sobre acontecimentos futuros, como defende Roxin (ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., pp. 689-690) ao apresentar seu argumento de “razão pragmática” sobre por que se deve rechaçar a justificação nos casos de ponderação de vida contra vida; mas isso não nos impede de raciocinar e escolher a partir de critérios de “verificabilidade” e probabilidade, como fazemos na maior dos campos de nossa vida e em todos os momentos quando raciocinamos sobre questões práticas.

protegia um dos líderes do regime, e eles gozavam de um prestígio razoável ou ao menos eram bem integrados socialmente, já que pastoreavam um grande fato de cabras, coisa que um regime autoritário não deixaria que se mantivesse para pessoas não alinhadas com seus princípios. Existindo um erro de avaliação da situação e a escolha da ação a partir de princípios morais individuais, mas contrários ao interesse da missão e de proteção de seus comandados, poderia o Direito punir o líder sobrevivente pela sua escolha?

Por ora, nos é suficiente a conclusão de que a lógica moral deontológica resolveria esse dilema moral dos pastores afegãos, bem como outros dilemas morais tradicionais, de forma adequada, pois apenas escolheríamos o que seria o certo a fazer a partir do dever de realização da máxima universal alcançável pela razão (imperativo categórico), se fosse evidente qual é o imperativo categórico e o que eles nos impõe quando estamos diante do caso do guia de alpinismo com uma pessoa pendurada de cada lado da corda. Aqui dois deveres universais imponderáveis se encontram e se confundem na mesma ação.

A lei universal alcançável pela razão impõe que não se deve matar um inocente, mas ao mesmo tempo impõe que se deve salvar ao menos a vida de uma pessoa quando não se pode salvar as de todos os que se encontram em perigo. Neste caso o dever de não agir para matar um inocente deve prevalecer, mesmo impondo um dano absoluto, já que as duas pessoas morreriam? Não estaríamos instrumentalizando o ser humano (o usando como meio), impondo o sacrifício de duas vidas humanas, quando podíamos salvar uma ao menos, para simplesmente manter a lógica de uma teoria moral abstrata e formal?

No entanto, se deve prevalecer a obrigação de salvar ao menos uma vida, já que só se pode salvar uma, como escolher qual indivíduo irá sobreviver e qual irá ser sacrificado? Para o guia de alpinismo, acredito que a razão universal e apriorística não possibilita uma decisão tão somente pelo dever, levando-nos

à ausência de orientação concreta sobre a melhor maneira de agir.

Diante da falta de respostas totalmente satisfatórias das duas principais teorias morais do ser humano⁸⁶, outros fatores ou critérios de decisão são buscados, especificamente aqueles que envolvem aspectos psicológicos. A heteronomia seria impensável em uma ação livre e racional para Kant, mas diante da ausência de conteúdo material do seu imperativo categórico e de qual seria a lei universal desejável no caso concreto em análise, não nos resta outra opção. O ser humano entregar-se-ia à sua humanidade “animal” para decidir, o que nos conduz a questionar a possibilidade de concepções éticas universais e a estudar a influência de aspectos psicológicos (sentimentos, emoções e afetos) em nossas decisões morais diante de dilemas extremos para os quais nossa razão não encontra uma saída segura.

2.3. LÓGICA NIETZSCHENIANA

Em manifesta oposição às ideias de Kant, o filósofo Friedrich Nietzsche (1844-1900) ataca o universalismo da moral defendendo que não existem ações boas ou más em si, exigindo-se, antes de determinar o valor de uma conduta, a verificação de quem a está realizando e em que circunstâncias⁸⁷. Em que pese a maioria dos historiadores da filosofia simplesmente classificarem Nietzsche como um imoral, amoral ou um inimigo da justiça e da moral⁸⁸, sua abordagem sobre filosofia moral é complexa e exige reflexão, principalmente por ele dar destaque aos instintos, desejos e fatores psicológicos que conduzem o homem a decidir diante de dilemas morais.

Para Nietzsche, qualquer julgamento moral deveria incluir uma análise da subjetividade do indivíduo, dos seus desejos

⁸⁶ SANDEL, Michael J. *Justiça...* Op. cit., *maxime* pp. 47 e ss.

⁸⁷ Neste sentido, FOOT, Philippa. *Moral...* Op. cit., p. 149.

⁸⁸ URDANOZ, Teófilo O. P. *Historia de la Filosofía*. Vol. V. Madrid: Editorial Católica, 1975, pp. 532 e ss.

e necessidades, não desprezando ou tomando como ruins os instintos naturais sempre presentes no ser humano. A moral cristã tradicional é, em sua visão, uma tentativa de camuflar as fraquezas e medos naturais dos seres humanos, bem como um instrumento utilizado pelos “senhores” para continuar mantendo seu poder e dominando as massas “escravos” e limitadas pelos conceitos de bem e mal, bom e ruim, nobre e ordinário. A própria ideia da linguagem como ato de nomear e conceituar as coisas e acontecimentos, marcando-os com um som e com um sentido moral, seria um instrumento dos detentores do poder para subjugar a maioria ou o “rebanho”, constituído de escravos que se deixam submeter pelos valores morais impostos⁸⁹.

Propondo questionar o valor dos valores morais tradicionais, parece-me que Nietzsche, longe de ser um imoral ou amoral, propõe um novo modelo de moralidade, isto é, de como aquilatar o valor de uma ação e julgá-la, nos permitindo reflexões interessantes sobre como ele decidiria alguns dilemas morais.

O ponto central de sua filosofia moral para nosso trabalho consiste em sua defesa da impossibilidade de generalização de valores e no fato de considerar que a vontade nada mais é que um complexo de sensações inconscientes que decorrem de fatores/direcionamentos fisiológicos e psicológicos, inerentes à natureza humana e aos desejos e necessidades de sobreviver e ter “potência”. Não haveria sentido em experimentar o orgulho ou a vergonha, classificar como bem ou mal, algo da natureza humana⁹⁰. Perdem força os argumentos de Nietzsche quando pensamos na possibilidade humana do excesso do mal (mal radical ou mal como projeto), algo antinatural, anti-instintivo, que caracteriza, como defendido por Luc Ferry⁹¹, a própria liberdade

⁸⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *The Genealogy of Morals*. New York: Carlton House, 1920, pp. 03 e ss.

⁹⁰ NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Trad. Jaime Gonzales. 5ª ed. Ciudad de Mexico: Editores Mexicanos Unidos, 1986, pp. 54-57.

⁹¹ Discussão interessante, apesar de (ou talvez, por ser) sucinta, sobre o paradoxo de fundamentar o humanismo na maldade humana extrema e deliberada pode ser

humana, e que, portanto, permitiria uma avaliação moral e consciente dos atos escolhidos pelo ser humano.

No entanto, e aqui consiste outro ponto chave para a compreensão da moral de Nietzsche, comum de ser negligenciado, ele entendia que as paixões eram da natureza humana, mas nem por isso deveriam conduzir a uma vida libertina; ao contrário, deveriam ser disciplinadas e usadas como potência para a criação, existindo um valor estético da moral⁹². Fazendo uma referência à arte, Nietzsche defendia que a virtude e o valor só podem existir para quem as criou, não sendo cabível para os outros. Assim, o padrão de certo ou errado, bem e mal, geralmente utilizados pela moral para determinar e julgar as ações, é individual, só podendo ser avaliado pelo seu criador e pelos observadores como representativo de sua obra de arte naquela situação específica, não a partir de valores de “certo ou errado” universais⁹³. Importa saber se o homem que realizou certa conduta a considera como sua obra e se julga em uma linha ascendente na vida⁹⁴, a caminho de se tornar um homem que consegue utilizar seus instintos primitivos para criar, um super-homem.

Em *A Gaia Ciência*, Nietzsche propõe um critério interessante para cada pessoa descobrir se deve fazer um ato ou não, se aquele ato é “bom” para ela naquele momento e com aquelas circunstâncias: a ideia do eterno retorno⁹⁵. Tal modelo pode nos auxiliar na reflexão sobre como solucionar dilemas morais, consistindo basicamente em imaginar como você agiria se soubesse que aquela situação concreta, exatamente como a que se apresenta, fosse retornar eternamente, infinitas vezes, na sua vida.

encontrada em COMTE-SPONVILLE, André; FERRY, Luc. *A sabedoria dos modernos: dez questões para o nosso tempo*. Trad. Filipe Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, pp. 25-60.

⁹² FOOT, Philippa. *Moral...* Op. cit., pp. 149-150.

⁹³ FOOT, Philippa. *Moral...* Op. cit., p. 148.

⁹⁴ NIETZSCHE, Friedrich. *O crepúsculo dos ídolos ou A Filosofia a Golpes de Martelo*. Trad. Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001, p. 74.

⁹⁵ NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, aforismo 341 (A carga mais pesada).

Você deve escolher a conduta que deseja que retorne eternamente e não realizar uma que não avalia assim, pois desta maneira será o senhor de seu destino e de sua vida. Em última análise, ainda que Nietzsche se negue a usar essas expressões, você terá feito uma boa ação, decidido de maneira moral para você, pois de acordo com o que considerou a melhor maneira de viver (ética)⁹⁶.

O fato de grandes filósofos considerarem a filosofia nietzscheniana contrária à ideia de justo ou de justiça⁹⁷ consiste em ela não propor o teste de “inversão de papeis” (*role-reversal test*), algo comum tanto na filosofia moral utilitarista quanto na kantiana⁹⁸, desprezar tanto a moral das intenções quanto a das consequências⁹⁹ e concentrar a avaliação da ação que deve ser feita tão somente no agente.

Nem por isso a decisão moral fica mais fácil a partir da lógica de Nietzsche, pois como decidiríamos diante dos dilemas morais propostos? O suboficial Marcus Luttrell, que posteriormente, em razão do trágico desdobramento da operação, se arrependeu profundamente de não ter matado os pastores afegãos¹⁰⁰, poderia ser condenado moralmente? O fato dele não se reconhecer como autor daquela “obra” e de seu fim trágico, com diversos amigos mortos, poderia autorizar a sua reprovação moral? Poderia ele ser considerado um fraco, como diria Nietzsche, por não ter superado a moral cristã tradicional que lhe fora imposta e não ter feito “o que deveria fazer” para sobreviver, salvar seus

⁹⁶ “[O eterno retorno] nos dá uma lei para a autonomia da vontade desgarrada de toda a moral: o que quer que eu queira (a minha preguiça, a minha gulodice, a minha covardia, o meu vício como a minha virtude), ‘devo’ querê-lo de tal maneira que lhe queira o eterno Retorno”, DELEUZE, Gilles. *Nietzsche*. Trad. Alberto Campos. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 35.

⁹⁷ Como a própria FOOT, Philippa. *Moral...* Op. cit., p. 158.

⁹⁸ WILLIAMS, Bernard. *Ethics and the limits of philosophy*. 2ª imp. Glasgow: Fontana Press/Collins, 1987, pp. 82-83.

⁹⁹ NIETZSCHE, Friedrich. *Além do Bem e do Mal ou Prelúdio de uma Filosofia do Futuro*. Trad. Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001, pp. 44 e ss.

¹⁰⁰ Conforme relato no livro LUTTRELL, Marcus; ROBINSON, Patrick. *Lone...* Op. cit., pp. 205-207.

colegas/amigos e impor seu instinto e necessidade de sobrevivência antes dos desdobramentos mais graves? O seu instinto de não matar um semelhante quando este não o ameaça, não o absolveria independente de qualquer consequência?

Utilizando o critério de decisão moral do eterno retorno, parece-me que a maioria das pessoas diante de dilemas morais como o dos soldados estadunidenses, do guia de alpinismo ou do trem desgovernado simplesmente se recusaria a aceitar viver aquilo repetida e infinitas vezes. Não decidiríamos isso infinitas vezes, porque não existe ação boa possível diante da escolha apenas entre opções más. Mesmo em um sistema filosófico como o de Nietzsche, em que há um relativismo moral, em que se advoga que nenhuma virtude existe ou cresce sem a maldade e que o aprimoramento da espécie humana exige alguns sentimentos e ações consideradas ruins pela moral tradicional¹⁰¹, forçar decisões extremas a partir de um raciocínio do eterno retorno seria possível apenas para um homem irreal (super-homem) e ainda assim seria uma escolha pela “não decisão”.

Talvez em casos extremos de dúvidas sobre qual a melhor maneira de agir, de fato o livre-arbítrio não exista, ou fique muito mitigado, restando impulsos inconscientes e primitivos, inalcançáveis na área da filosofia¹⁰², mas que mesmo para Nietzsche deveriam ser disciplinados de alguma maneira.

O subjetivismo moral (ou o modelo extra-moral)¹⁰³ proposto por Nietzsche talvez não sirva integralmente para nosso modelo de vida em sociedade e para o Direito, pois ele tornaria quase impossível uma reprovação (moral ou jurídica) baseada em conceitos gerais de certo e errado, justo e injusto. No entanto, há uma contribuição importante para se pensar a culpa penal, uma vez que visualiza o ser humano a partir de suas “humanidades”, fragilidades e de sua individualidade.

¹⁰¹ NIETZSCHE, Friedrich. *Além...* Op. cit., p. 54.

¹⁰² FOOT, Philippa. *Moral...* Op. cit. p. 153.

¹⁰³ NIETZSCHE, Friedrich. *Além...* Op. cit., p. 45.

A sua proposta de superação da condição humana, a evolução moral individual e a busca pela construção de um “super-homem filósofo” se afastam da análise que faz do homem real, não se podendo confundir ou mesclar tais considerações em sua obra. Tal descuido poderia gerar desdobramentos e interpretações incorretas e perigosas¹⁰⁴, ainda que essa seja uma avaliação ética que seria contrária à própria filosofia nietzschiana aqui estudada.

Resta a dúvida sobre se o Direito pode mesclar e utilizar fragmentos dos modelos e das lógicas morais filosóficas, aplicando em alguns casos a ideia consequencialista/utilitarista, em outros a deontológica/kantista, em outros uma lógica do relativismo/subjectivismo moral e, ainda, em alguns casos, a do “super-homem” de Nietzsche. Exige-se uma coerência lógico-sistêmica do Direito nessas questões? Pode existir culpa penal sem culpa moral? Basta a culpa moral para existir a culpa penal? Talvez não possamos nos aprofundar nestas considerações, mas buscaremos iniciar algumas reflexões.

3. PERSPECTIVA PSICOLÓGICA DAS DECISÕES DIANTE DE DILEMAS MORAIS

3.1. ASPECTOS PSICOLÓGICOS DA DECISÃO MORAL: DIMENSÃO RACIONAL E DIMENSÃO AFETIVA

Partindo da mesma diferenciação entre moral e ética que a adotada neste relatório¹⁰⁵, Yves de La Taille baliza que a moral do ponto de vista psicológico consiste em uma autoimposição de deveres pelo indivíduo, “um sentimento de obrigatoriedade que pode receber diversos conteúdos”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Como ocorreu pela indevida apropriação das ideias de Nietzsche por sua irmã e pelos nazistas.

¹⁰⁵ LA TAILLE, Yves de. *Moral e Ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006, pp. 25-29.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 31.

Excluindo os casos de patologias psicológicas e psiquiátricas, as pessoas experimentam de alguma maneira sentimentos de obrigatoriedade que elas mesmas aceitam como próprios. O conteúdo desses sentimentos pode advir de diversas fontes e ser variado, existindo sempre em alguma medida a adoção e internalização pelo indivíduo de valores culturais e sociais do meio em que vive¹⁰⁷. Interessa-nos para o presente estudo que o ser humano vivencia sentimentos de dever para consigo próprio que o obriga a certas condutas e ações.

São esses sentimentos de obrigação, quando em conflito, que constituem os dilemas morais¹⁰⁸, pois estes nada mais são do que uma experiência interior/psicológica de dúvida sobre o que fazer que nos é imposta quando nos deparamos com uma situação fática, no mundo exterior ao dos nossos pensamentos, que não nos permite adotarmos/realizarmos ao mesmo tempo condutas que consideramos obrigatórias. Um dos deveres que nos impomos não será realizado ou uma obrigação de não fazer será violada para realizar um dever. Tal obrigação é sentida independente da lógica moral que utilizamos, pois o utilitarista se sente obrigado a escolher de acordo com o princípio da maior utilidade/bem estar; enquanto o anticonsequencialista se sente com a obrigação de encontrar a melhor ação em si mesma, a que deve fazer por um dever/valor maior ou preponderante.

A decisão moral (correta) em casos de dilemas morais não é evidente, ainda mais quando o resultado gerado pela(s)

¹⁰⁷ Não poderei abordar de maneira satisfatória, por questões metodológicas, devido ao que se propõe este relatório, a discussão sobre o relativismo antropológico ou a existência de conteúdos morais universais, questão que contrapõe diversas teorias psicológicas, sociológicas e antropológicas, como p.e. Durkheim, Freud, Piaget e Kohlberg, conforme LA TAILLE, Yves de. *Moral...* Op. cit., pp. 12 e ss.

¹⁰⁸ "...a indecisão não é decorrência de indiferença ou desleixo, mas sim de uma busca sincera e criteriosa de argumentos fortes. Aliás, pode até acontecer de serem sujeitos morais mais sofisticados que aqueles que já tomam posição, se estes o fizeram sem maiores reflexões, adotando dogmas ou limitando-se a seguir fielmente as decisões de autoridades políticas ou religiosas. Em resumo, o sentimento de obrigatoriedade moral não implica sempre o saber-se qual o dever a ser seguido". Ibid., pp. 34-35.

conduta(s) escolhida(s) pode atingir bens juridicamente e penalmente tutelados. Precisamos estudar através de quais processos mentais decidimos e quais forças nos impulsionam para a ação diante de dilemas morais, pois o direito penal não pode ficar indiferente (fechando-se em um normativismo dogmático abstrato) às angústias do ser humano diante de situações limites/extremas de dúvida moral e existencial, quando muitos sentimentos e pensamentos conflitantes são experimentados pelo agente.

Considerando as duas dimensões psíquicas tradicionais, cognitiva ou racional e afetividade ou emocional¹⁰⁹, durante muitos anos a psicologia moral ficou restrita a estudar o desenvolvimento do raciocínio moral que conduzia as pessoas a fazerem determinados julgamentos e escolherem certas condutas¹¹⁰, existindo uma prevalência das pesquisas e teorias que consideravam a dimensão intelectual das decisões morais.

A teoria do desenvolvimento moral¹¹¹, elaborada por Lawrence Kohlberg (1927-1987), por exemplo, preconiza que todo ser humano pode atingir uma plena competência moral com o desenvolvimento intelectual, existindo seis estágios para se atingir a autonomia, nível “pós-convencional”, em que o indivíduo conseguiria ter um elaborado raciocínio moral com base em princípios éticos universais de justiça e de dignidade humana¹¹².

Contudo, e isso é relevante para a nossa reflexão,

¹⁰⁹ Heuristicamente podemos dividir os variados aspectos multidimensionais que constituem a natureza psicológica do ser humano em quatro dimensões, que se correlacionam mutuamente: cognitiva, afetiva, biológica e sociocultural, conforme ARAÚJO, Ulisses Ferreira de. *Conto de escola – a vergonha como um regulador moral*. Campinas: Unicamp, 1999, pp. 68 e ss.

¹¹⁰ PAXTON, Joseph M.; UNGAR, Leo; GREENE, Joshua. Reflection and Reasoning in Moral Judgment. *Cognitive Science*, vol. 36, n. 01, 2011, pp. 163-164.

¹¹¹ Conforme KOHLBERG, Lawrence. *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice*. New York: Harper and Row, 1981, *maxime* pp. 409 e ss., os estágios do desenvolvimento moral são: 1) Punição e Obediência; 2) Propósito instrumental individual e troca; 3) Expectativas mútuas interpessoais, relacionamentos e conformidade; 4) Sistema social e consciência de manutenção; 5) Direitos básicos, contrato social e utilidade; 6) Princípios éticos universais.

¹¹² *Ibid.* pp. 190 e ss.

pesquisas na área da psicologia do desenvolvimento¹¹³ revelam que nem sempre há correspondência entre o estágio de desenvolvimento moral que uma pessoa se encontra, seu julgamento moral e as ações por ela realizadas na prática, isto é, seu comportamento “moral”¹¹⁴. O ser humano tem diversas forças motivacionais/propulsoras além da razão, que assume mais uma função de guia para como agir, o que faz com que o “saber moral” (dimensão intelectual) nem sempre corresponda ao “querer fazer moral” (dimensão afetiva)¹¹⁵ ou até mesmo ao conseguir fazer moral. Há outras determinantes para os comportamentos, existindo uma concorrência de influências que podem ser mais fortes do que o próprio sentimento de obrigação moral experimentado racionalmente pelo sujeito¹¹⁶.

Inferimos que diante de dilemas morais tais correlações sejam ainda mais complexas, pois o julgamento moral racional iguala as opções de escolhas, não conseguindo argumentos suficientemente eloquentes para determinar qual é a conduta correta a ser adotada.

Necessário, portanto, para se verificar a possibilidade de alguma contribuição da psicologia moral para a reflexão jurídico-penal, uma análise das descobertas advindas de pesquisas diretamente relacionadas com as influências ou forças (tanto da dimensão intelectual, quanto da afetiva e da relação entre ambas) que propulsionam a decisão em situações de dilemas morais.

Algumas delas, como veremos adiante, revelam duas

¹¹³ BIAGGIO, Ângela M. B. *Psicologia do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988.

¹¹⁴ Conforme SANTOS, Flávia Carla Nepomuceno dos. *Educação Moral e Redução da Agressão em Adolescentes*. 2000. 82 pp. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento) – Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000, pp. 23 e ss; e LA TAILLE, Yves de. *Moral...* Op. cit., p. 23.

¹¹⁵ Conforme termos empregados por LA TAILLE, Yves de. *Moral...* Op. cit.

¹¹⁶ “E penso também que os “eclipses” morais – habituais, infelizmente – não se devem à uma suposta falta total de senso moral que acometeria a quase todos, mas sim ao simples fato de o sentimento de obrigatoriedade ser às vezes mais fraco do que outros sentimentos”. *Ibid.*, p. 35.

tendências básicas: i) a prevalência de respostas emocionais automáticas/intuitivas diante de dilemas morais, principalmente quando existe compressão de tempo para a decisão; e ii) há mais julgamentos morais utilitaristas quanto mais os indivíduos são estimulados a refletir, sem limitação de tempo, sobre os argumentos de suas possíveis escolhas¹¹⁷.

3.2. CONTRIBUTOS DA MODERNA PSICOLOGIA MORAL A PARTIR DE JOSHUA GREENE: *DUAL PROCESS THEORY OF MORAL JUDGMENT*

As modernas pesquisas da psicologia moral - que tradicionalmente focavam-se em modelos racionalistas, isto é, na ligação entre desenvolvimento intelectual e moral ou, em outras palavras, entre raciocínio moral e julgamento moral - têm como cerne entender as funções e relações entre as emoções, as intuições afetivas, a reflexão e o raciocínio nos julgamentos morais¹¹⁸. Joshua Greene, professor e pesquisador-chefe do *Moral Cognition Lab*, do Departamento de Psicologia da Universidade de Harvard¹¹⁹, basicamente trabalha, a partir da neuroimagem funcional, com experimentos comportamentais em situações de dilemas morais, buscando entender os elementos cognitivos, os processos automáticos de “reações viscerais”, o processo psicológico-cerebral e a importância das emoções em julgamentos morais, tendo suas pesquisas interesse especial e evidente para o nosso estudo.

¹¹⁷ Diversos casos hipotéticos de dilemas morais são apresentados nas pesquisas, como, por exemplo, uma situação de incesto entre irmãos adultos plenamente capazes. A primeira resposta é de repulsa/condenação moral imediata. Após alguma reflexão, quando a deliberação não sofre compressão de tempo, sobre os argumentos envolvidos no conflito moral, a tendência é de um raciocínio mais utilitarista para julgar a questão, conforme PAXTON, Joseph M. et al. *Reflection...* Op. cit. pp. 170 e ss.

¹¹⁸ PAXTON, Joseph M. et al. *Reflection...* Op. cit. pp. 172.

¹¹⁹ A explicação de sua linha de pesquisa, seu *curriculum vitae*, bem como diversos de seus artigos estão disponíveis em sua página pessoal na internet: <<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/>>. Acesso em: 04 jul. 2014.

Correlacionando a dimensão intelectual com a emocional, a chamada revolução afetiva defende que, embora a origem da moralidade humana possa advir de um conjunto de emoções ligadas à expansão das habilidades cognitivas que fazem com que os indivíduos passem a se preocupar com o bem estar dos outros¹²⁰, há uma preponderância das emoções em situações de julgamento/escolha moral que, a partir de um modelo de intuição social, assemelha-se ao julgamento estético¹²¹. Tal ideia torna menos provável a hipótese de que a capacidade de raciocínio moral conduz sempre a julgamentos morais.

Em suma, com similitude à ideia defendida por Nietzsche no campo da filosofia, como já estudado, as recentes pesquisas da neuropsicologia moral sugerem que ao ver uma situação ou ouvir uma história nós temos um imediato sentimento de aprovação ou reprovação, não existindo qualquer raciocínio moral em um primeiro momento¹²².

A neuroanatomia funcional do cérebro humano aponta, através de pesquisas de imagem de ressonância magnética cerebral (MRI, na sigla em inglês) em indivíduos confrontados com fotos de conteúdo moral ou problemas de dilemas morais¹²³, que não há uma área cerebral específica para realizar os julgamentos morais, existindo muitas áreas envolvidas no processo, principalmente a área responsável pelos processos emocionais automáticos¹²⁴.

Esses processos afetivos-emocionais surgem automaticamente quando nos deparamos com um dilema moral, em um juízo que se aproxima mais da forma como fazemos avaliações

¹²⁰ GREENE, Joshua; HAIDT, Jonathan. How (and where) does moral judgment work? *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 6, nº 12, pp. 517-523, dec. 2002, p. 517.

¹²¹ HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*. New York, n. 108, pp. 814-834, 2001.

¹²² GREENE, Joshua; HAIDT, Jonathan. *How (and where)...* Op. cit., p. 517.

¹²³ Ver GREENE, Joshua et al. An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, vol. 293, pp. 2105-2108, sep. 2001.

¹²⁴ GREENE, Joshua et al. *How (and where)...* Op. cit., pp. 517-518.

estéticas, em que sentimentos intuitivos aparecem imediatamente, sem qualquer análise racional das hipóteses, ponderações sobre os argumentos ou busca para inferir conclusões. Parece, portanto, que o julgamento realizado diante de dilemas morais é imediatamente se algo é certo ou errado, se é bom ou mau. Após o surgimento do sentimento intuitivo, que a princípio seriam decorrências de atavismos e de concepções e influências socioculturais, ocorre uma tentativa racional de organizar as conclusões e decisões automaticamente/intuitivamente tomadas e buscar argumentos para justificar, fundamentar e motivar logicamente o julgamento moral¹²⁵. Em outras palavras, hoje se acredita que em situações de dilemas morais o julgamento moral precede o raciocínio moral; e não o contrário.

Observe-se, no entanto, que há uma relação dialógica entre raciocínio moral e julgamento moral¹²⁶, uma vez que a reflexão moral anterior/prévia, a ética adotada pelo indivíduo e pela sociedade em que vive e as razões e argumentos trazidos para situações semelhantes influenciam a sua intuição moral e seu julgamento rápido/imediato de aprovação ou desaprovação quando diante de um dilema.

A teoria do duplo processo dos julgamentos morais, desenvolvida por Joshua Greene a partir da busca de respostas sobre o porquê pessoas realizam julgamentos diversos nos dois cenários da situação de dilema moral do trem desgovernado¹²⁷ -

¹²⁵ HAITT, Jonathan. *The Emotional...* Op. cit., *maxime* pp. 821 e ss.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 815 e ss.

¹²⁷ Em diversas pesquisas Joshua Greene e outros utilizam o dilema do trem desgovernado para avaliar os julgamentos morais diante de dilemas, existindo pequenas variações da história, sem afetar, contudo a essência do aqui relatado. Em alguns testes, por exemplo, há apenas a substituição do trem por um automóvel desgovernado, em que em um primeiro cenário você é o motorista e basta virar o volante para deixar de atropelar várias pessoas, ainda que atrepele uma; e no segundo cenário, você está na calçada e precisará empurrar uma pessoa que está ao seu lado na frente do carro para pará-lo, conforme GREENE, Joshua et al. *How (and where)...* Op. cit., p. 519. Em outra pesquisa, que apresenta argumentos mais elaborados e que busca testar os limites de decisões utilitaristas, propõe-se uma situação hipotética em que o mesmo trem desgovernado irá se chocar no final da linha com a barragem de uma represa

isto é, têm julgamento utilitaristas de salvar o maior número de vidas humanas quando se trata de apenas apertar um botão ou mexer uma alavanca/volante; mas não aceitam a mesma lógica quando ela implica empurrar com as próprias mãos uma pessoa na frente do trem - propõe que existem dois tipos fundamentalmente diferentes de julgamentos morais: de um lado, o julgamento moral é dirigido por disposições sócio-emocionais instintivas/automáticas; e por outro lado, nossos julgamentos morais são influenciados pela capacidade humana única de raciocínio abstrato sofisticado, que pode ser utilizado para qualquer assunto ou problema¹²⁸.

Assim, entende-se que os julgamentos morais estão submetidos ao mesmo tempo a, no mínimo, dois processos de análise (emocionais/automáticos e cognitivos/racionais), o que pode gerar um envolvimento pessoal ou impessoal com a situação de violação moral e com a forma como se analisa o dilema. Os casos classificados como de envolvimento pessoal - por Joshua Greene e sua equipe de pesquisadores a partir dos resultados encontrados nos sujeitos pesquisados¹²⁹ - são aqueles susceptíveis de provocar sérios danos corporais, a uma pessoa em particular, específica/determinada, e de tal maneira que esse dano não resultaria assim se não houvesse a deflexão do agente na ameaça originária. O envolvimento é impessoal quando não estão presentes esses três critérios diferenciadores formais, destacadamente quanto à inexistência de representação da vítima como uma pessoa específica/particular. Na análise impessoal pondera-se sobre quantidade de indivíduos ou de vidas; e não sobre uma pessoa e a sua vida.

Portanto, o que explicaria a diferença de decisão nos dois

(no exemplo eles colocam que foram esquecidos explosivos na linha férrea, o que é irrelevante para a reflexão), o que ocasionará a inundação de uma cidade inteira e a morte de milhares (meio milhão) de pessoas, conforme PAXTON, Joseph M. et al. *Reflection...* Op. cit. pp. 168-169.

¹²⁸ GREENE, Joshua. *Moral...* Op. cit., pp. 131 e ss.

¹²⁹ GREENE, Joshua et al. *How (and where)...* Op. cit., p. 519.

cenários do dilema moral do trem desgovernado seria que a análise feita na primeira hipótese, de apenas apertar o botão ou puxar a manivela, consiste em um julgamento moral impessoal (já que não estariam preenchidos os três critérios), no qual há uma prevalência de processos racionais na avaliação do dilema; enquanto no segundo cenário, já que o agente mudaria o caminho normal da ameaça de maneira mais direta e próxima e ocasionaria sérios danos corporais a uma pessoa específica, há um sentimento de envolvimento pessoal no dilema, o que acarreta o uso de áreas do cérebro mais relacionadas à emoção do que ao raciocínio abstrato, impulsionando uma decisão automática de repulsa ao ato (“não posso fazer isso”)¹³⁰.

Tais conclusões são fundamentadas a partir de pesquisas de ressonância magnética que analisam as áreas do cérebro que funcionam em determinadas atividades/situações (fMRI), o que permite, até o momento, a seguinte síntese: dilemas morais pessoais utilizam mais áreas do cérebro associadas/ativadas com processos sociais-emocionais; enquanto dilemas morais impessoais produzem um incremento da atividade de áreas cerebrais relacionadas ou utilizadas para resolver problemas/dilemas não morais, associadas a um julgamento prático que usa uma memória de trabalho (*working memory*)¹³¹¹³². Outra diferença encontrada, é que as pessoas consideram que “danos ativos” são mais condenáveis do que os danos causados pela omissão¹³³. Em

¹³⁰ Para comprovar as áreas dos cérebros utilizadas para a repulsa de um ato, o controle é feito a partir da confrontação prévia dos indivíduos com cenas que não envolvem qualquer dilema moral, como, por exemplo, um indivíduo lambendo o chão de um banheiro público muito sujo, conforme GREENE, Joshua et al. *How (and where)...* Op. cit., p. 518.

¹³¹ GREENE, Joshua et al. *An fMRI Investigation...* Op. cit.

¹³² No mesmo sentido, PAHARIA, Neeru et al. Dirty work, clean hands: the moral psychology of indirect agency. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, n. 109, 2009, *maxime* pp. 140-141.

¹³³ CUSHMAN, Fiery et al. Judgment before principle: engagement of the frontoparietal control network in condemning harms of omission. *Social Cognitive and Affective Neuroscience*. Disponível em: <<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/GreeneWJH/Cushman-Judgment-B4-Principle-SCAN11.pdf>>.

juízos morais pessoais os sujeitos são lentos para aprovar as violações (já que nestes casos precisam superar o sentimento de dever de omissão) e rápidos para condená-las; enquanto nos juízos morais impessoais o tempo para aprovar ou reprovar uma conduta é igual. Tais resultados sugerem que as pessoas precisam superar suas respostas emocionais negativas (resposta automática/instintiva) para conseguirem aprovar violações morais pessoais¹³⁴.

Diversos estudos nesse campo continuam a ser desenvolvidos¹³⁵, como, por exemplo, sobre como as emoções surgem, quais os complexos processos envolvidos nos juízos morais, as circunstâncias que podem alterar a prevalência dos processos que atuam no julgamento moral (emocional-automático ou de raciocínio abstrato reflexivo) e a variação cultural dos valores morais. No entanto, existem alguns consensos provisórios nessa área da ciência: i) de que os juízos morais envolvem diversas áreas do cérebro; ii) que tanto processos emocionais-afetivos quanto cognitivos-rationais estão envolvidos na solução de dilemas morais, existindo uma prevalência da resposta emocional negativa (de desaprovação, dever de não fazer certos atos) em dilemas morais pessoais e do raciocínio abstrato utilitarista em outros dilemas (morais impessoais ou não morais); iii) ocorre sempre um controle cognitivo adicional em qualquer hipótese de dilema moral¹³⁶¹³⁷.

Em que pese os meus incipientes conhecimentos sobre as descobertas na área da psicologia moral e social, da neurociência e da anatomia cerebral, mas buscando relacionar a literatura sobre as pesquisas realizadas por essas ciências com as ideias

Acesso em: 08 dez. 2013, *maxime* p. 4.

¹³⁴ GREENE, Joshua et al. *How (and where)...* Op. cit., p. 519.

¹³⁵ GREENE, Joshua. Emotion and Morality: a tasting menu. *Emotion Review*, vol. 3, n. 3, pp. 01-03, 2011.

¹³⁶ GREENE, Joshua. Why are VMPFC patients more utilitarian? A dual-process theory of moral judgment explain. *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 11, n. 08, pp. 322-323, 2007.

¹³⁷ GREENE, Joshua et al. *How (and where)...* Op. cit., p. 522-523.

filosóficas estudadas, parece-me que confirmamos a necessidade de refletirmos no campo jurídico sobre as consequências penais dos juízos morais não serem imediatamente racionais em uma situação de dilema, existindo forte influência emocional-instintiva-intuitiva. Releva ainda mais tal reflexão no campo do direito penal os resultados das pesquisas demonstrarem que mesmo existindo uma resposta automática intuitiva, ela advém em alguma escala da formação cognitiva que o indivíduo se impôs ao longo da vida e sempre sofre um juízo racional-reflexivo (juízo contraintuitivo)¹³⁸, o qual pode ser guiado pela ética e pelas normas jurídicas.

Parece-me que esse desenvolvimento realmente se aproxima muito da forma como nos é possibilitado o julgamento estético¹³⁹, cuja avaliação passa por um sentimento de desaprovação/repulsa ou aprovação em uma primeira olhada, mas que é qualificado previamente ou se modifica, após uma reflexão racional, dependente intrinsecamente de nossa formação intelectual anterior da personalidade.

Explico melhor a minha ideia, que influenciará possíveis transposições, não sem esforços hermenêuticos e dúvidas pessoais consideráveis (talvez insanáveis neste relatório) para o campo do direito penal: quando não temos nenhum conhecimento sobre a história do artista Kasimir Malevich¹⁴⁰, de seus sentimentos, sua visão de mundo e do momento que vivia quando pintou o *Quadrado negro sobre fundo branco* (1915), nossa tendência natural é não gostar de sua obra ou não considerá-la arte. Parece-me que o sentimento intuitivo da maioria das

¹³⁸ PAXTON, Joseph M. et al. Are 'counter-intuitive' deontological judgments really counter-intuitive? An empirical reply to Kahane et al (2012). *Social Cognitive and Affective Neuroscience*. Disponível em: <<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/GreeneWJH/Paxton-Bruni-Greene-SCAN13.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2013.

¹³⁹ Sobre as relações e oposições entre julgamentos éticos e estéticos, ver GAUT, Berys. *Art, Emotion and Ethics*. New York: Oxford University, 2007, *maxime* pp. 08-09 e ss.

¹⁴⁰ Kasimir Severinovich Malevich (1878-1935), pintor abstrato soviético que iniciou o movimento conhecido como Suprematismo.

pessoas ao ver pela primeira vez o referido quadro, e fazer um juízo estético-artístico, é desaprová-lo ou desqualificá-lo como obra de arte, pois ele simplesmente é a pintura, óleo sobre tela, de um quadrado preto sobre um fundo branco. Não há arte ou beleza naquilo, seria nossa afirmação natural ou emocional. No entanto, nossa avaliação estética muda quando estudamos, nos preparamos para entender, conhecemos a história da arte e as escolas da pintura. Quem já tiver lido *The Non-Objective World: The Manifest of Suprematism*, do próprio Malevich¹⁴¹, ou ao menos ouvido a sua mais famosa frase (“*Eu sentia apenas noite dentro de mim*”) ao explicar por que criou o quadro e a nova arte, terá um juízo estético diferente, uma avaliação e um julgamento mais refinado, mais adequado, mais sofisticado e não de reprovação ou desagrado instintivos.

Observe-se que não se trata de um juízo de certo ou errado, bem ou mal, mas de um juízo emocional-automático. Ainda assim, será influenciado pela forma como a pessoa se preparou para aquele momento de encontro com o quadro, como formou sua personalidade ao longo da vida, existindo um forte componente racional e ético nesse aspecto, isto é, possível de ser avaliado em certo (desejável e esperado) ou errado (indesejado e repulsivo).

Cabe-nos, o que não poderemos desenvolver adequadamente neste relatório, por questões metodológicas, uma vez que exigiria uma abordagem do próprio fundamento da culpa, ainda que as primeiras reflexões sejam aqui iniciadas, questionar até que ponto um juízo como o proposto é compatível com a análise da antijuridicidade e qual a legitimidade do direito penal para reprovar alguém que não agiu de acordo com a ética esperada¹⁴² ou não preparou sua personalidade de forma suficiente para bem decidir diante de um dilema moral¹⁴³.

¹⁴¹ MALEVICH, Kasimir. *The Non-Objective World: The Manifesto of Suprematism*. Chicago: Paul Theobald and Company, 1959.

¹⁴² Citar o princípio da alteridade de Juarez Cirino como fundamento da culpa.

¹⁴³ Nos aproximariamos de uma culpa baseada na formação da personalidade.

Concentraremos nossos esforços em refletir sobre a primeira análise necessária, isto é, se uma conduta tomada diante de um dilema moral pode ou deve ser considerada antijurídica/ilícita.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A JUSTIFICAÇÃO OU A DESCULPA DIANTE DE DILEMAS MORAIS

4.1. ASPECTOS ÉTICOS E POSICIONAMENTO: A IMPOSSIBILIDADE DO ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE DEFENSIVO DE TERCEIRO

O enquadramento dogmático de condutas realizadas em situações de dilemas morais como causas de justificação, de desculpa ou mesmo de impossibilidade de valoração jurídica, antes de consistir em uma irrelevante discussão acadêmica, já que como resultado prático importam todas em não responsabilização e punição do agente, guarda sua importância na reflexão sobre o papel de direcionamento ético que o Direito deve ou pode exercer¹⁴⁴.

Ao se afirmar que determinada conduta será sempre ilícita, se absolver um agente por não considerar sua conduta contrária aos valores do ordenamento jurídico ou apenas desculpá-lo, a decisão sinaliza qual modo de vida esperamos como

¹⁴⁴ Como uma explicação sucinta e clara sobre o particularismo racional, o Professor Paulo de Sousa Mendes explicita tal pressuposto mesmo para essa doutrina: “A regra estabelece então o que deve ser feito nessas situações segundo uma ponderação relativa das razões previsíveis. Se ocorrer realmente uma situação dessas, o destinatário da regra pode confiar nela, dessa maneira poupando tempo e esforço, bem como reduzindo os riscos associados aos erros de avaliação, que existem sempre que os prós e contras de uma dada situação são abordados à pressa. (...) O particularismo racional também pode usar um modelo dedutivo de raciocínio prático. Mas um particularista só usará esse modelo se não encontrar no contexto do caso motivos de revogação da regra orientadora”, MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – em especial no domínio do Direito Penal. In: BELEZA, Tereza Pizarro et al (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 148-149.

sociedade e quais os valores aceitáveis ou preponderantes em nossas relações como pessoas, basicamente o que se entende como ética.

Existe, portanto, um mínimo ético que é sempre realizado nas decisões de casos penais, consistindo a análise de dilemas morais um importante momento de meditação sobre qual dos caminhos queremos iluminar para direcionar as ações dos indivíduos, que devem manter alguma congruência com os valores sociais historicamente conquistados e com o que se considera uma ética fundamental ou um senso de justiça mínimo para a vida em sociedades democráticas¹⁴⁵.

Em casos de dilemas existenciais, portanto, parece ser a ética que soluciona ou define o que é a coisa certa a fazer, tanto do ponto de vista moral e psicológico¹⁴⁶ quanto jurídico. Mesmo as reações automáticas/emocionais do nosso cérebro, como visto, são historicamente condicionadas, já que a construção dos valores estéticos de agradar ou desagradar são socialmente/culturalmente edificados e internalizados, ainda que de forma inconsciente pelo indivíduo. Nada na natureza humana parece ser desvinculado do ser social que é o humano, nem suas reações automáticas e instintivas. Desta forma, os direcionamentos éticos balizam o aceitável e agradável, o moral ou o repulsivo, cabendo ao Direito se posicionar nesta construção. O Direito, nessa perspectiva, pode ser uma fonte do sistema moral e do próprio julgamento psicológico (um sistema circular de retroalimentação representaria melhor essa relação), necessitando debater suas posturas a partir de uma perspectiva ética.

Frontalmente, o que me parece decorrer disso, especificamente em relação ao ora estudado, é que ainda que seja possível a construção doutrinária de uma causa de justificação supra-legal de estado de necessidade defensivo para quando um dos

¹⁴⁵ PALMA, Maria Fernanda. *O estado...* Op. cit., pp. 183-184.

¹⁴⁶ “... é no plano ético que devemos buscar as causas do conflito e de sua resolução”, LA TAILLE, Yves de. *Moral...* Op. cit., p. 57.

envolvidos na comunidade de perigo atua para salvar a própria vida, matando outrem que era a causa de perigo¹⁴⁷, parece-me eticamente indefensável e indesejável a aplicação da mesma perspectiva para a atuação de um terceiro alheio à comunidade de perigo.

Pode-se ponderar a razoabilidade ética da primeira hipótese (estado de necessidade defensivo próprio) desde que se pense em um caso excepcional de legítima defesa contra uma conduta não ilícita¹⁴⁸, com o objetivo de se assegurar a realização indireta do princípio da dignidade da pessoa humana para ambos os envolvidos na situação de perigo; ou se considere, para manter maior coerência jurídico-sistêmica, a existência de um espaço livre de valoração jurídica, tendo em vista o conflito irresolúvel de interesses e valores¹⁴⁹. Alguns argumentos contribuem para a viabilidade desse posicionamento ético-jurídico, como a teoria do duplo efeito e o não desvalor da ação¹⁵⁰ (já que a intenção é de salvamento próprio); a impossibilidade do Direito, apenas para assegurar um princípio, obrigar uma pessoa a não realizar condutas dirigidas para sua autoconservação, sujeitando-a a morte certa¹⁵¹; de uma ideia de “não proibido” ou de causas de “justificação em sentido fraco”, como já referido anteriormente.

¹⁴⁷ Para igualar os exemplos de nosso estudo, em que nenhuma das pessoas está à partida mais condenada do que a outra, excluindo ponderações sobre pessoas marcadas pelo destino ou criação de um perigo anterior, temos que citar o caso dos dois homens num balão, em que ambos morreriam se um deles não fosse jogado para fora, conforme PALMA, Maria Fernanda. *O estado...* Op. cit., p. 186.

¹⁴⁸ Como aceita a Professora Fernanda Palma, já que em nosso estudo nenhum dos envolvidos é o causador do perigo, há proporcionalidade de natureza e valor entre os bens em conflito, a Professora admite defesa justificada contra defesa justificada em algumas situações e os princípios da insuportabilidade da não defesa e da igualdade de proteção jurídica constituem o efeito-valor típico da justificação, conforme PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por...* Op. cit., *maxime* pp. 813 e ss. e 839 e ss.; e PALMA, Maria Fernanda. *Justificação penal...* Op. cit., pp. 74 e 79 e ss.

¹⁴⁹ PALMA, Maria Fernanda. *O estado...* Op. cit., pp. 197-198.

¹⁵⁰ PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por...* Op. cit., pp. 800 e ss.

¹⁵¹ PALMA, Maria Fernanda. *O estado...* Op. cit., pp. 184-186, *maxime* notas de rodapé.

No entanto, em que pese considerar plausível e coerente a construção acima, ainda restam-me dúvidas se não estamos legitimando o direito do mais forte em algumas hipóteses – especificamente quando nenhum dos envolvidos é o criador do perigo ou está mais condenado do que o outro, quando inexistente argumentação possível sobre “salvar o que é possível salvar”¹⁵². Deste modo, se realmente queremos manter uma ética construída em um “universo cultural” humanista e respeitador da igual dignidade de todos os seres humanos, não podemos aceitar como “não proibido” a prevalência do direito do mais forte, mesmo em situações de calamidade e de conflito existencial¹⁵³.

Não me parece um “puro doutrinarmismo” irreal ou uma moralidade extremada tal posicionamento¹⁵⁴, pois poderíamos excluir a culpa/desculpar o agente que decidiu em uma situação limite de conflito existencial. Não estamos obrigando ninguém a suportar o insuportável, mas estamos afirmando que certas condutas são sempre erradas e guardam em todas as situações um desvalor em si mesmo, apesar de compreendermos e não culparmos o agente. Valoramos positivamente preservar vidas humanas, mas valoramos negativamente com mais intensidade retirar a vida de inocentes. Uma conduta que adote tal postura, mesmo que para evitar um mal igual ou “maior”, não deixa de ser contrária aos valores fundamentais do Direito, não desejada e, portanto, ilícita. A prevalência do mais forte contra um inocente será sempre contrária ao Direito, ainda que o agente mais forte também seja inocente e não possa ser reprovado por assim

¹⁵² Considero questionável o critério de ser possível uma causa de justificação de estado de necessidade defensivo apenas por uma pessoa já “estar marcada pelo destino”, mas possível, uma vez que pelos conhecimentos advindos da experiência humana podemos fazer um juízo de probabilidade e previsibilidade sobre como os fatos vão se desenrolar, não sendo o “(des)valor da vida que se sacrifica que justifica o facto, mas o valor das vidas que se *salvam* à custa de uma já condenada pelo destino”, conforme defendido por DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., p. 454.

¹⁵³ PALMA, Maria Fernanda. *O estado...* Op. cit., p. 192.

¹⁵⁴ Como acusa DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., pp. 451-452.

ter agido¹⁵⁵.

Já na segunda hipótese (da atuação de um terceiro alheio à comunidade de perigo) não me parece sequer defensável e possível, tanto do ponto de vista jurídico quanto ético e moral, um estado de necessidade defensivo de terceiro. Estaríamos nesses casos evidentemente, ao se aceitar uma causa de justificação, concedendo o direito a um terceiro decidir entre inocentes quem irá viver ou morrer.

As diferenças entre os casos são marcantes, não me parecendo existir um conflito irresolúvel de interesses e valores quando falamos da atuação de um terceiro. Ao contrário, parece-me que nesses casos estamos propriamente diante de um dilema moral, pois o terceiro envolvido não tem qualquer instinto primitivo básico de sobrevivência interferindo em suas escolhas, mas marcadamente solucionável a partir de escolhas éticas racionais/culturais anteriores. São nessas situações que conseguimos encontrar o limite ético do aceitável pelo Direito, já que precisamos de um parâmetro último sobre o que nunca é certo e lícito fazer. Explico melhor.

Nesses casos, soma-se ao desvalor da ação de matar um inocente o desvalor de um terceiro decidir sobre qual vida deve ser sacrificada e qual deve “ser vivida”. Ao se aceitar tal possibilidade, estaríamos concedendo e concordando que alguém assumisse o papel e as funções do “destino” ou de “Deus”, decidindo sobre a vida de inocentes em igual situação diante das “marcas do destino”¹⁵⁶. Os princípios básicos do Direito e do que consideramos desejável em uma vida em sociedade seriam violados, não persistindo, de forma marcante, qualquer valor

¹⁵⁵ Posicionamento também adotado por ROXIN, Claus. *Derecho...* Op. cit., pp. 688-690.

¹⁵⁶ Não serve para essas situações, como já visto, a ideia da intervenção salvadora limitar-se a aproveitar as oportunidades de sobrevivência de quem ainda não “estava marcada pelo destino”, conforme CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit. pp. 361 e ss.

típico da justificação¹⁵⁷.

A dignidade de quem fosse o escolhido para morrer seria violada ao se impor a ele que suportasse a ofensa à sua vida por um terceiro imune a qualquer perigo e pelo fato do Direito não considerar tal ofensa um mal em si mesmo, uma ação com desvalor próprio e independente das razões ou consequências. A dignidade da pessoa humana que foi salva seria maculada por se saber um produto-resultado (ainda vida humana) de uma violação de outra vida, tão inocente quanto a sua. Mais do que isso, saber-se-ia devedor da sua vida a um “Homem-Deus” ou a um destino personificado que a escolheu quando podia, simplesmente, não a escolher (escolher a pessoa que matou). Já a dignidade humana de quem teve sua escolha justificada, o terceiro, seria violada pelo Direito o considerar capaz de legitimamente escolher entre vidas tão dignas de serem vividas quanto a sua própria. Estaríamos, por estranho que pareça, diante de uma violação da dignidade da pessoa humana para o mais, que seria atingida por ter a si atribuídas capacidades que lhe tiram a humanidade.

O princípio da igualdade na proteção jurídica traz como decorrência lógica a necessidade do Estado assegurar, em todas as situações, a proteção do direito de autodeterminação, da dignidade da pessoa humana e da não aceitação de que alguém se arrogue o direito de escolher quem deve sobreviver e quem deve morrer para isso ser possível¹⁵⁸. São principalmente em situações limites de conflito existencial que a proteção do Direito e do Estado são exigidas, sendo nesses momentos que o Direito não pode diferenciar quem será protegido e quem será abandonado ao julgamento pessoal de um terceiro. Ao contrário de um “espaço livre de direito”, parece-me que em tais situações encontramos o espaço em que o Direito e seus valores

¹⁵⁷ Os três grandes princípios definidores do efeito-valor típico da justificação são trazidos por PALMA, Maria Fernanda. *Justificação penal...* Op. cit., p. 74.

¹⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...* Op. cit., pp. 453.

fundamentais são mais demandados. Para garantir a igualdade da proteção só existe a hipótese de considerar sempre ilícita qualquer atitude, contra qualquer um dos envolvidos na situação de perigo, de um terceiro que atente contra sua vida, sua dignidade e sua autodeterminação. Considerar possível a justificação da ação defensiva de um terceiro não envolvido no estado de necessidade equivale a não proteger a esfera e a dignidade da vítima por ele escolhida. Não se trata de um espaço livre de valoração jurídica ou de “não proibido”, ainda que não valorado positivamente. Trata-se, ao contrário, de proibir e considerar ilícito, quaisquer que seja a situação ou as consequências de tal ato. A não existência de critérios morais e jurídicos possíveis para decidir quem deve morrer e quem deve viver não nos leva à ação; mas antes nos conduz à proibição de ação.

Temos que sempre olhar para tais situações, e queremos que assim seja para preservar o padrão ético mínimo até o momento construído, a partir da perspectiva do inocente que foi escolhido para morrer.

Por fim, o princípio da prevalência do interesse superior seria violado porque nesses casos o valor preponderante é que ninguém viole o bem jurídico vida de um inocente. A intenção de salvar uma vida ou várias não faz frente ao dever de nunca retirar a vida de um inocente, uma barreira que jamais deve ser ultrapassada. Parece-me que tal valor é uma escolha necessária para qualquer visão de mundo ou de concepção ideológica de vida em sociedade. Não podemos pensar em uma vida em sociedade organizada que não considere proibido a morte de inocentes. Mesmo se pensarmos em estados ditatoriais e sanguinários encontramos a necessidade de transformar suas vítimas em culpadas, inimigas ou agressoras. Jamais se aceita a morte de inocentes. Os argumentos da prevalência da omissão, estudados anteriormente, reforçam tal concepção. Pensar o contrário é deixar a vida de um inocente ao arbítrio de um terceiro.

Ainda que a vida humana não tenha um valor absoluto,

não se pode pensar que o interesse preponderante para o Direito inclua o sacrifício de um inocente (não agressor, não culpado, não criador de qualquer perigo anterior), escolhido arbitrariamente (já que sem critérios racionais, morais e jurídicos plausíveis) por um terceiro que não se encontra em perigo ou ameaçado.

Evidentemente que o Direito não pode exigir ações sobre-humanas ou de super-heróis das pessoas, mas não é isto que está em causa quando analisamos uma conduta no plano do injusto. Esse é o campo ético do direito penal, em que mostramos o que queremos como sociedade, o que valorizamos, toleramos e consideramos bens e valores importantes de serem preservados. Mesmo considerando o agente e suas subjetividades no momento do fato injusto, ele deve ser sempre considerado em um plano ético e jurídico comum, que o representa também como indivíduo social. Assim, normas de proibição orientam decisões em dilemas morais, consistindo a assunção do papel de senhor do destino da vida de um inocente, independente dos resultados devastadores que a omissão possa ocasionar, em um ato sempre proibido. Podemos perder tudo que estava em jogo, mas não foi por uma conduta e uma escolha humana. É ela que nos importa eticamente e juridicamente; não o destino cruel que nos impôs um mal total.

4.2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DECORRENTES DE SITUAÇÕES QUE ENVOLVEM DILEMAS MORAIS E CONCLUSÕES

Solucionados os dilemas morais em um plano ético-jurídico, forçosa a verificação das consequências em relação à legítima defesa da adoção incondicional da norma de proibição básica acima erigida, a de que nunca se mata um inocente. Parece possível uma generalização também neste plano, pois o especial desvalor ético de uma conduta contrária à referida

prevalência da omissão (o que transforma a ação em uma agressão ilícita)¹⁵⁹ assegura sempre a possibilidade de se opor legítima defesa contra o terceiro, seja pelos envolvidos ou por uma quarta pessoa.

No caso do trem desgovernado, por exemplo, por existir um caráter ilícito de qualquer cálculo utilitarista, mesmo um terceiro que pensasse que pudesse parar o trem (e salvar os cinco trabalhadores que estavam no trajeto original) matando o maquinista inocente estaria agindo de forma contrária ao Direito, o que autorizaria a legítima defesa do maquinista ou de um terceiro para proteger o maquinista.

Diferente pode parecer a questão dos soldados americanos, pois o desenrolar da situação comprovou que os pastores afegãos não eram totalmente inocentes, o que lhes permitiria uma ponderação distinta dos interesses globais se disso soubessem. Ocorre que no momento do julgamento moral os pastores eram inocentes e o princípio ético fundamental acima concebido deve ser aplicado no momento da decisão, o que não permitiria outra escolha aos soldados estadunidenses. Os pastores eram inocentes desarmados, não agressores ou culpados¹⁶⁰ naquele momento, não podendo por um possível ato futuro incerto o Direito legitimar (ou considerar não proibido) as suas mortes. Por outro lado, qualquer ato de defesa realizado pelos pastores ou por um terceiro para protegê-los, caso a conduta dos soldados não tivesse sido omissiva, estaria juridicamente justificada, já

¹⁵⁹ Construção possível mesmo se aceitando causas de justificação para condutas meramente não desvaliosas, o que não é o caso, já que aqui tratamos de uma inarredável conduta eticamente desvaliosa. Em uma interpretação não das exceções, a contrário senso, podemos inferir a nossa conclusão exposta no corpo do texto a partir da ideia geral de que as causas de justificação revelam especial proteção jurídica e valor ético, assegurando que contra aquela conduta não será possível opor legítima defesa, conforme PALMA, Maria Fernanda. *Justificação Penal...* Op. cit., pp. 77 e ss.

¹⁶⁰ Não tenho como discutir neste relatório o valor absoluto da vida humana ou da legitimidade da pena de morte para autores de determinados crimes. No entanto, utilizo o termo “culpado” em uma perspectiva ampla para realçar que ainda que se considere possível a pena de morte, ela será sempre inadmissível para inocentes.

que consistiria uma legítima defesa contra um injusto penal.

O caso do guia de alpinismo gera maior dúvida sobre as consequências jurídico-penais da escolha em razão da posição de garante do guia o colocar, em tese, como autor de um duplo homicídio por omissão caso se omita de salvar ao menos um dos alpinistas. No entanto, pelo acima exposto, não existe a opção jurídica do guia matar um inocente, inexistindo, desta forma, já que umbilicalmente ligadas, também a possibilidade da ação de salvamento. Em uma razão prática, mesmo que impossível de se obter sucesso, o que se exigiria moralmente do guia seria ir buscar ajuda, não ficando inerte diante da situação; mas em hipótese alguma ele poderia se arvorar em decidir qual inocente iria sobreviver e qual seria sacrificado. O terceiro-garantidor, portanto, só tem sua ação justificada, quando não existir uma ação de salvamento indissociável da de sacrifício, se omitindo e deixando o destino cumprir seu papel original¹⁶¹.

Como estudado, as normas morais de proibição podem exercer papel preponderante nos juízos afetivos automáticos¹⁶², cabendo ao Direito reforçar tais valores éticos através de um claro posicionamento sobre o que considera contrário aos seus bens jurídicos e valores e, portanto, ilícito.

Ressalte-se, novamente, que não se propõe um rigor moral e ético no Direito desvinculado da realidade da vida e das fragilidades humanas, considerando-se, no entanto, que tais ponderações devem se desencadear no plano da culpa. A inexigibilidade de conduta diversa como cláusula geral de desculpa é útil para um direito penal que fundamenta a responsabilização penal em um princípio geral da desculpa, como proposto pela Professora Maria Fernanda Palma¹⁶³, e que nos parece o mais adequado à efetivação do princípio da culpabilidade em um Estado de

¹⁶¹ No mesmo sentido, JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado...* Op. cit., 497.

¹⁶² NICHOLS, Shaun. Norms with feeling: towards a psychological account of moral judgment. *Cognition*. S/l., vol. 84, n. 02, pp. 221-236, jun. 2002.

¹⁶³ PALMA, Maria Fernanda. *O princípio da desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005, *maxime* pp. , 165 e ss. e 196 e ss.

Direito democrático, no qual se fundamentaria o indesculpável para se culpar. É no campo da culpa, portanto, e não da justificação, que se devem desenrolar essas discussões, analisando as motivações, as contingências do momento e o que não poderia ser exigido do agente específico. Em que pese o juízo moral no campo da justificação não poder ser visto exclusivamente sob um ângulo de reivindicação de universalidade¹⁶⁴, há de existir uma linha final, inultrapassável, em que o Direito se afirma como exigência para existir.

Parece-me que, mesmo para quem considera que há um relativismo moral ou que a ética é tão somente fruto de uma construção histórico-sócio-cultural que nos levou, em uma visão utilitarista, a uma forma de nos organizarmos em sociedade, é necessário um parâmetro último, um anteparo entre o caos e a vida possível entre seres humanos. Essa última barreira, concretamente expressa e não apenas considerada como princípio ou núcleo de valores fundamentais, é a regra moral e ético-jurídica de que não podemos matar um inocente, independente de quaisquer argumentos ou ponderações. O que escolhemos como ético e lícito pode ser contra intuitivo, contra nossa natureza ou nossa razão utilitarista, pois são essas disposições que construirão nossas decisões morais, apesar de nossos instintos e fraquezas humanas.

Não se trata, observe-se bem, mais uma vez, para finalizar, de qualquer solução desarrazoada e que conduz a um formalismo desumano¹⁶⁵; mas ao contrário, é por saber das dificuldades humanas de decidir em uma situação de dilema moral e de como nossa razão e nossas emoções podem nos conduzir por caminhos pedregosos em casos limites, que o Direito nos posiciona sobre o que nunca será a coisa certa a fazer e o que jamais poderá ser aceito como lícito. O que me parece um formalismo desumano e cruel é deixar uma pessoa abandonada na solidão do

¹⁶⁴ RICOEUR, Paul. *Da metafísica...* Op. cit., p. 42.

¹⁶⁵ CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida...* Op. cit. p. 359.

silêncio vazio da dúvida sobre o que é a coisa certa a fazer em uma situação existencial limite. Afirmar em momentos de lucidez racional qual é o limite ético inultrapassável é aceitar a condição humana e tentar superar o cruel jogo de argumentos e questionamentos que nossa mente nos impõe em momentos de dúvidas morais extremas.

Argumentos podem ser levantados para quase tudo, mas - na esteira de Joshua Greene¹⁶⁶, que conclui que precisamos refletir sobre a ética que queremos para saber como decidir moralmente, mesmo no plano psicológico, já que um juízo racional faz sempre parte do julgamento moral e que nossos sentimentos automáticos/instintivos também são formados pelas nossas visões éticas – há de existir alguns princípios que não são usados como argumentos, mas para encerrarem argumentos. Nunca tiramos a vida de um inocente, nem que tenhamos que morrer por isso ou acabar como sociedade e humanidade. Morreremos com uma decisão moral, com uma vida pensada eticamente. Antes disso, já não existirá humanidade, Direito ou sociedade quando começarmos a ponderar com vidas de inocentes. Em algum ponto temos que superar nossa humanidade.



REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 3ª ed. rev. e ampl. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- AGUIRRE DÁVILA, Eduardo. Aproximación pragmática a la teoría del juicio moral, desde la crítica a Kohlberg. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*. Manizales (Colômbia), vol. 07, n. extra 02, pp.

¹⁶⁶ GREENE, Joshua. *Moral...* Op. cit., p. 350.

1273-1299, 2009.

- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª ed. actual. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- AMIT, Elinor; GREENE, Joshua D. You see, the ends don't justify the means: visual imagery and moral judgment. *Psychological Science*. Washington DC, v. 23, n. 08, pp. 861-868, 2012.
- ANDRADE, Marcelo; CÂMARA, Luiz. Sobre o conceito de justiça: como estudantes o mobilizam na discussão de dilemas morais? *Revista Educação e Pesquisa*. São Paulo, vol. 39, n. 02, pp. 419-432, jun. 2013.
- ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Espaço ajurídico, lacunas legais e hermenêutica. *Revista SJRJ – Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 26, pp. 237-245, 2009.
- ARAÚJO, Ulisses Ferreira de. *Conto de escola – a vergonha como um regulador moral*. Campinas: Unicamp, 1999.
- ARY, António. O direito penal: desafios para a ética. *Revista Brotéria*. Lisboa, v. 172, n. 03, pp. 253-267, mar. 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim (da versão inglesa de W. D. Ross). São Paulo: Nova Cultura, 1991.
- AUDI, Robert (Ed.). *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- BALLESTERO IZQUIERDO, Alberto. Dilemas éticos en trabajo social: el modelo de la ley social. *Portularia – Revista de Trabajo Social*. Huelva (España), vol. 09, n. 02, pp. 123-131, 2009.
- BASTOS, Miguel Brito. Positivismo jurídico inclusivo: sobre a possibilidade da relevância de critérios morais no reconhecimento do Direito. In. OTERO, Paulo et al. *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 901-936.

- BAZERMAN, Max H.; GREENE, Joshua D. In favor of clear thinking: incorporating moral rules into a wise cost-benefit analysis. *Perspectives on Psychological Science*, vol. 05, n. 02, pp. 209-212, 2010.
- BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. 7ª reimp. New York: Hafner Press, 1973.
- BIAGGIO, Ângela M. B. *Psicologia do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BORDIGNON, Nelso Antonio. Implicações dos níveis de desenvolvimento moral de Kohlberg na educação superior. *Revista Lasallista de Investigación*. Antioquia (Colômbia), vol. 08, n. 01, pp. 16-27, 2011.
- BRITO, Teresa Quintela de. Eutanásia activa directa e auxílio ao suicídio: não punibilidade? *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra, vol. 80, pp. 563-611, 2004.
- BROWN, D.G., What is Mill's Principle of Utility?. In. LYONS, David (Ed.). *Mill's Utilitarianism: Critical Essays*. Lanham (EUA): Rowman & Littlefield, 1997, pp. 09-24.
- CARNEVALI, Raúl. El Derecho Penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso (Chile), vol. 35, pp. 109-145, 2º sem. 2010.
- CARVALHO, Américo Taipa de. *Temas Jurídico-Penais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CLÁUDIO, Victor. Entre los caminos A y B elijo en incierto C. *Revista Papeles del psicólogo*. Madrid, vol. 30, n. 03, pp. 235-243, 2009.
- COMTE-SPONVILLE, André; FERRY, Luc. *A sabedoria dos modernos: dez questões para o nosso tempo*. Trad. Filipe Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

- CORTELLA, Mário Sérgio; DE LA TAILLE, Yves. *Nos Labirintos da Moral*. Cidade: Papyrus 7 Mares, 2009.
- CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Vida contra Vida: conflitos existenciais e limites do Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CUSHMAN, Fiery; MURRAY, Dylan; GORDON-MCKEON, Shauna; WHARTON, Sophie; GREENE, Joshua. Judgment before principle: engagement of the frontoparietal control network in condemning harms of omission. *Social Cognitive and Affective Neuroscience*. Disponível em: <<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/GreeneWJH/Cushman-Judgment-B4-Principle-SCAN11.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2013.
- _____; GREENE, Joshua D. Finding faults: how moral dilemmas illuminate cognitive structure. *Social Neuroscience*, vol. 07, n. 03, pp. 269-279, 2012.
- DANCY, Jonathan. *Ethics without principles*. New York: Oxford University Press, 2004.
- DIAS, AUGUSTO SILVA. Torturando o inimigo ou libertando da garrafa o génio do mal? Sobre a tortura em tempos de terror. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, ano 10, nº 18, pp. 39-83, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I: Questões Fundamentais e A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed. (2ª reimpr.). Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- FABRI, Marcelo. Ética pura e situações motivacionais: o sujeito moral em Husserl. . *Dissertatio – Revista de Filosofia*. Pelotas (Brasil), vol. 18, n. 35, pp. 31-45, 2012.
- FABRICIUS, Dirk. Culpabilidade e seus fundamentos empíricos. *Revista Afreudite – Psicanálise Pura e Aplicada*. Lisboa, a. 03, n. 05/06, pp. 11-38, 2007.
- FATTURI, Arturo. Wittgenstein e as experiências psicológicas. . *Dissertatio – Revista de Filosofia*. Pelotas (Brasil), vol. 18, n. 35, pp. 209-226, 2012.

- FERNANDES, Paulo Cezar. *A liberdade segundo Kant*. Marília: Jônia, 2010.
- FERRY, Luc. *Aprender a Viver: filosofia para os novos tempos*. Trad. Vera Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- FOOT, Philippa. *Moral dilemmas and other topics in moral philosophy*. Reprinted. New York: Clarendon Press/Oxford University Press, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2ª ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Editora Vozes, 1998.
- GALVÃO, Lilian Kelly de Sousa; CAMINO, Cleonice Pereira dos Santos. Julgamento moral sobre pena de morte e redução da maioridade penal. *Psicologia & Sociedade*. Belo Horizonte, vol. 23, n. 02, pp. 228-236, 2011.
- GAUT, Berys. *Art, Emotion and Ethics*. New York: Oxford University, 2007.
- GAZZANIGA, Michael S. *The Ethical Brain: the science of our moral dilemmas*. Reimp. Cidade: Harper Perennial, 2006.
- GRECO, Luís. Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*. *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 04, 28 pp., abr. 2007. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/423_es.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2013.
- GREENE, Joshua. *Moral Tribes: emotion, reason and the gap between us and them*. New York: The Penguin, 2013.
- _____ ; HAIDT, Jonathan. How (and where) does moral judgment work?. *Trends in Cognitive Sciences*. Cambridge, vol. 6, n. 12, pp. 517-523, dec. 2002.
- _____ ; Why are VMPFC patients more utilitarian? A dual-process theory of moral judgment explain. *Trends in Cognitive Sciences*, vol. 11, n. 08, pp. 322-323, 2007.

- _____ ; SOMMERVILLE, R. Brian; NYSTROM, Leigh E.; DARLEY, John M.; COHEN, Jonathan. An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. *Science*, vol. 293, pp. 2105-2108, sep. 2001.
- _____ ; Emotion and Morality: a tasting menu. *Emotion Review*, vol. 3, n. 3, pp. 01-03, 2011.
- _____ ; From neural “is” to moral “ought”: what are the moral implications of neuroscientific moral psychology? *Nature Reviews Neuroscience*, vol. 04, pp. 847-850, 2003.
- _____ ; COHEN, Jonathan. For the Law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of The Royal Society of London*. London, n. 359, pp. 1775-1785, 2004.
- _____ ; NYSTROM, Leigh E.; ENGELL, Andrew; DARLEY, John M.; COHEN, Jonathan. The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment. *Neuron*, vol. 44, pp. 389-400, oct. 2004.
- _____ ; CUSHMAN, Fiery; STEWART, Lisa; LOWENBERG, Kelly; NYSTROM, Leigh, COHEN, Jonathan. Pushing moral buttons: the interaction between personal force and intention in moral judgment. *Cognition*, vol. 111, n. 03, pp. 364-371, 2009.
- _____ ; Emotion and Morality: a tasting menu. *Emotion Review*, vol. 03, n. 03, pp. 01-03, 2011.
- GREENSPAN, P.S. *Practical Guilt: Moral Dilemmas, Emotions and Social Norms*. New York: Oxford University Press, 1995.
- HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*. New York, n. 108, pp. 814–834, 2001.
- HARRIS, Sam. *The Moral Landscape: how science can determine human values*. Cidade: Free Press, 2011.
- HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Reprinted. London:

- Oxford University Press, 1968.
- HASLAM, Henry. *The Moral Mind*. Cidade: Taunton Press, 2005.
- HÖRNLE, Tatiana. Matar para salvar muitas vidas: casos difíceis de estado de necessidade desde la perspectiva filosófica-moral y jurídico-penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, n. 02, 31 pp., jul. 2010. Disponível em <http://www.indret.com/pdf/744_es.pdf>. Acesso em 07 jul. 2014.
- INGRAM, David. *Law – Key Concepts in Philosophy*. London: Continuum, 2006.
- JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Vol. 1. Trad. S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- JUNGES, José Roque et al. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. *Revista Bioética*. Brasília, vol. 18, n. 02, pp. 275-288, 2010.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. 2ª ed. Trad. Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- KELSEN, Hans. *A Justiça e o Direito Natural*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra. Almedina, 2009.
- KOHLBERG, Lawrence. *The Philosophy of Moral Development: Moral Stages and the Idea of Justice*. New York: Harper and Row, 1981.
- LA TAILLE, Yves de. *Moral e Ética: dimensões intelectuais e afetivas*. Porto Alegre: Artmed, 2006.

- LUTTRELL, Marcus; ROBINSON, Patrick. *Lone Survivor: the eyewitness account of Operation Redwing and the lost heroes of Seal Team 10*. New York: Little, Brown and Company, 2007.
- MACIA MANSO, Ramón. *Moral y Ética*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2006.
- MALEVICH, Kasimir. *The Non-Objective World: The Manifesto of Suprematism*. Chicago: Paul Theobald and Company, 1959.
- MALLON, Ron; NICHOLS, Shaun. Dual Processes and Moral Rules. *Emotion Review*. S/l., vol. 03, n. 03, pp. 284-285, jul. 2011.
- MARCUS, Ruth Barcan. Moral Dilemmas and Consistency. *The Journal of Philosophy*. New York, vol. 77, n. 03, mar. 1980, pp. 121-136.
- MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal – em especial no domínio do Direito Penal. In. BELEZA, Tereza Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa (Orgs.). *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 143-152.
- MERKEL, Rudolf. *Die Kollision Rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei Rechtmässigen Handlungen*. Reimp. London: Forgotten Books, 2013.
- MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. 4ªed. London: Longmans, Green, Reader and Dyer, 1871.
- NAPOLI, Ricardo Bins Di. O intuicionismo moral e os dilemas morais. *Dissertatio – Revista de Filosofia*. Pelotas (Brasil), vol. 18, n. 35, pp. 79-98, 2012.
- NAVIA, Ricardo. En torno a la polémica Habermas-Putnam sobre la validez racional de los juicios éticos y morales. *Dissertatio – Revista de Filosofia*. Pelotas (Brasil), vol. 18, n. 35, pp. 11-30, 2012.

- NICHOLS, Shaun. Norms with feeling: towards a psychological account of moral judgment. *Cognition*. S/l., vol. 84, n. 02, pp. 221-236, jun. 2002.
- _____. Emotions, norms and the genealogy of fairness. *Politics, Philosophy & Economics*. S/l., vol. 09, n. 03, pp. 275-296, aug. 2010.
- _____. *Moral Rationalism and Empirical Immunity*. Disponível em: <http://dingo.sbs.arizona.edu/~snichols/Papers/Moral_Rationalism_and_Empirical_Immunity.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2013.
- _____; MALLON, Ron. *Moral dilemmas and moral rules*. Disponível em: <<http://dingo.sbs.arizona.edu/~snichols/Papers/Dilemmas.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2013.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- _____. *Além do Bem e do Mal ou Prelúdio de uma Filosofia do Futuro*. Trad. Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001.
- _____. *The Genealogy of Morals*. New York: Carlton House, 1920.
- _____. *Humano, demasiado humano*. Trad. Jaime Gonzales. 5ª ed. Ciudad de Mexico: Editores Mexicanos Unidos, 1986.
- _____. *O crepúsculo dos ídolos ou A Filosofia a Golpes de Martelo*. Trad. Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus, 2001
- NUNES, Duarte Alberto Rodrigues. *O Conflito de Deveres em Direito Penal Médico*. 2003. 221 pp. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Criminais) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2002.
- OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; MONTENEGRO, Sandra; GARRAFA, Volnei. Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anecéfalo. *Revista Bioética*. Brasília, vol. 13, n. 01, pp. 79-92, 2005.

- PAHARIA, Neeru; KASSAM, Karin S.; GREENE, Joshua; BAZERMAN, Max H. Dirty work, clean hands: the moral psychology of indirect agency. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, n. 109, pp. 134-141, 2009.
- PALMA, Maria Fernanda. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos – Vol. II*. Lisboa, AAFDL, 1990.
- _____. *Direito Penal – Parte Geral – A teoria geral da infracção como teoria da decisão penal*. Lisboa: AAFDL, 2013.
- _____. Justificação Penal: conceito, princípios e limites. In. *Jornadas de Homenagem ao Professor Doutor Cavaleiro de Ferreira*. Lisboa: FDUL, 1995, pp. 49-85.
- _____. O estado de necessidade justificante no CP de 1982. In. PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 175-199.
- _____. Questões centrais da teoria da imputação e critérios de distinção com que opera a decisão judicial sobre os fundamentos e limites da responsabilidade penal. In. PALMA, Maria Fernanda; ALMEIDA, Carlota Pizarro de; VILALONGA, José Manuel (Coords.). *Casos e Materiais de Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 53-99.
- _____. *O Princípio da Desculpa em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PAXTON, Joseph M.; GREENE, Joshua D. Moral Reasoning: hints and allegations. *Topics in Cognitive Science*, vol. 02, n. 03, pp. 511-527.
- _____; UNGAR, Leo; GREENE, Joshua D. Reflection and Reasoning in Moral Judgment. *Cognitive Science*, vol. 36, n. 01, pp. 163-177, 2011.

- _____ ; BRUNI, Tommaso; GREENE, Joshua D. Are “counter-intuitive” deontological judgments really counter-intuitive? An empirical reply to Kahane et al (2012). *Social Cognitive and Affective Neuroscience*. Disponível em: <<http://www.wjh.harvard.edu/~jgreene/GreeneWJH/Paxton-Bruni-Greene-SCAN13.pdf>>. Acesso em: 08 dez. 2013.
- PLATÃO. *O político*. Trad. Jorge Daleikat e João Cruz Costa. São Paulo: Abril Cultural, 1991.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RICHARDSON, Henry S. Moral Reasoning. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. On line spring 2013 Edition, Edward N. Zalta (Ed.), 2013. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/reasoning-moral/>>. Acesso em: 23 jun. 2014.
- RICOEUR, Paul. *Da metafísica à moral*. Trad. Sílvia Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General – Tomo I: Fundamentos*. La estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 2ª reimp. Madrid: Civitas, 2003.
- RUBIN, Kenneth H.; TROTTER, Kristin T. Kohlberg’s Moral Judgment Scale: some methodological considerations. *Developmental Psychology*. Washington DC, vol. 13, n. 05, pp. 535-536, 1977.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- _____. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- SANTO, Lúgia Maria da Luisa e. *Emoções de Direito*. 2010. 166

- pp. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009.
- SANTOS, Flávia Carla Nepomuceno dos. *Educação Moral e Redução da Agressão em Adolescentes*. 2000. 82 pp. Dissertação (Mestrado em Psicologia do Desenvolvimento) – Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2000.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris, ICPC, 2007.
- SHENHAV, Amitai; GREENE, Joshua D. Moral judgments recruit domain-general valuation mechanisms to integrate representations of probability and magnitude. *Neuron*, vol. 67, pp. 667-677, aug. 2010.
- SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Português: Teoria do Crime – Parte Geral II*. Lisboa: Editorial Verbo, 1998.
- SULLIVAN, Roger J. *Immanuel Kant's Moral Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- URDANOZ, Teofilo O. P. *Historia de la Filosofía*. Vol. V. Madrid: Editorial Católica, 1975.
- URMSON, J. O. The Interpretation of the Moral Philosophy of J. S. Mill. In: LYONS, David (Ed.). *Mill's Utilitarianism: Critical Essays*. Lanham (EUA): Rowman & Littlefield, 1997, pp. 01-08.
- WEBER, Hellmut von. *Das Notstandsproblem und seine Lösungen in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*. Leipzig: Weicher, 1925.
- WILLIAMS, Bernard. Conflicts of Values. In: WILLIAMS, Bernard. *Moral Luck*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981, pp. 71-82.
- _____. *Ethics and the limits of philosophy*. 2ª imp. Glasgow: Fontana Press/Collins, 1987.
- _____. *Moral: uma introdução à ética*. Trad. Cidade: Martins Fontes, 2005.