Direito Natural, Estado de Necessidade, Justiça,

Paula Pinhal de Carlos¹
Marcelo Almeida Sant'anna²
Ângela Kretschmann (org.)³

1. O Direito Natural e o Direito Positivo, Profa. Paula Pinhal de Carlos

“O Caso dos Exploradores de Cavernas” consiste numa referência de grande utilidade para tratar de uma das questões básicas estudadas pelos iniciantes no Direito, que é a da diferenciação entre Direito Natural e Direito Positivo. Essa diferenciação é também geradora de um conflito, o qual está presente nos votos efetuados pelos juízes no livro, o que nos leva a um questionamento sobre a obrigatoriedade e o fundamento do Direito.

Em outras palavras, o que é questionado é por que o Direito é obrigatório. Por que devemos obedecer às normas? Além disso, questiona-se também o que fundamenta o Direito. Seria a razão? A justiça? O acordo feito entre os seres humanos em torno de alguns valores fundamentais?

Para Paulo Dourado de Gusmão, o Direito Positivo “é o direito vigente aplicado coercitivamente pelas autoridades do Estado”.⁴ O Direito positivo caracteriza-se, portanto, por ser aquele criado pelos seres humanos. Não há necessidade de identificação com o conceito de justo, nem com a moral, por exemplo. O Direito consiste nas normas criadas pelos seres humanos, dentro das regras que o próprio Direito prevê para a sua criação. Logo, não há nada além do Direito positivado. Se a norma é vigente e pode ser aplicada pelas autoridades de maneira coercitiva, assim deve ser feito.

Já o Direito Natural postula que há leis superiores àquelas criadas pelos seres humanos. Segundo a teoria do Direito Natural, conforme Silvio de Salvo Venosa, “existe um direito superior e antecedente a toda lei positiva humana”.⁵ Se o Direito Positivo ignora a existência do Direito Natural, o contrário não é verdadeiro: para o Direito Natural há leis criadas pelos seres humanos, mas estas são anteceditas pelo Direito Natural. Esse Direito, por sua vez, vincula-se ao conceito de justo e é baseado na natureza humana. Segundo tal teoria, mesmo diante da ausência do Estado, há um Direito justo.

¹ Doutora em Ciências Humanas, Professora das disciplinas de Sociologia Jurídica e Antropologia e Direitos Humanos, na FACENSA e CESUCA

² Advogado. Mestre em Direito, Professor das disciplinas de Direito Penal e História do Direito, no CESUCA.

³ Advogada. Doutora em Direito, Coordenadora do Curso de Direito do CESUCA, Professora de Introdução ao Estudo do Direito e Inovação e Propriedade Intelectual, UNISINOS e CESUCA.

⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 44.ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 53.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 39.

No livro “O caso dos exploradores de cavernas”, alguns espeleólogos vêem-se presos no interior de uma caverna, sem previsão de resgate. Diante da escassez de alimentos, que se agrava dia após dia, decidem que um deles será morto para servir de alimento aos outros. Estaríamos diante de um caso de homicídio, motivo pelo qual o Direito Positivo, que prevê que “qualquer um que, de própria vontade, retira a vida de outrem, deverá ser punido com a morte”, deve ser aplicado? Ou, pelo contrário, cabe aqui a aplicação da razão, do Direito Natural, vinculado ao conceito de justo?

Entendo que é o Direito Natural quem pode melhor dar resposta à difícil questão proposta pelo livro. É possível afirmar que talvez não haja um Estado dentro daquela caverna. Os exploradores, embora tivessem contato com o mundo exterior, não poderiam fazer valer suas regras, sob pena de sacrificar a própria vida. Ademais, mesmo quando buscaram que a solução sobre a controvérsia instaurada frente à escassez de alimento viesse do Estado (juiz, médico etc.), este se absteve de tal decisão. Logo, se algum Direito existia ali na caverna, era apenas o Direito Natural. Para os espeleólogos, matar alguém violava o Direito Natural. Se não fosse assim, vários já teriam sido mortos, pois a fome passou a fazer parte dos dias de todos eles. O homicídio só passou a ser visto como opção frente às adversidades impostas por aquela situação excepcional, de estarem presos, sem alimentos ou previsão de resgate.

Além disso, realizaram um procedimento para decidir quem deveria ser morto. Discutiram sobre qual o critério a ser utilizado e, por fim, entenderam que a sorte deveria decidir qual seria sacrificado. Compreenderam, portanto, que ali estava a decisão ou pela morte de todos por fome, ou pela morte de um deles que pudesse servir de alimento aos outros. Logo, a partir da razão humana, que fundamenta o Direito Natural, seria possível exigir conduta diferente dos exploradores? Entendo que não. Talvez seja possível, contudo, questionar o fato de Whetmore ter desistido do pacto pouco antes de serem jogados os dados, mas isso diz respeito aos contratos, tema a ser abordado adiante, em especial pelo Prof. Darcy Paulo.

2. A compreensão do “estado de necessidade”, Prof. Marcelo Almeida Sant’Anna

É interessante perceber como *vida* e *morte* despertam paixões nos juristas, principalmente quando a *morte* decorre de atos violentos, ainda que se verifique a indiferença em relação a diversos aspectos da vida, os quais – apesar de triviais – são capazes de colocar o homem exposto a situações degradantes e mortíferas. Esse interesse e essa indiferença, certamente, constituem um paradoxo, que flui na sociedade pós-moderna, tal como Bauman

refere em suas obras.⁶ Deixando essa discussão um pouco mais de lado, diversas abordagens e reflexões surgem no contexto da obra e prosseguem fora dela através da pena dos juristas comentadores, cada uma com a prepotência – peculiar à violência intrínseca ao Direito – de se achar mais técnica e “justa”. Nossa visão, com a devida vênia dos colegas, não será diferente.

Os debates sobre o Estado, sobre a Justiça, sobre o Contrato, são todos muito produtivos e interessantes, mas somente isso. O infortúnio desses exploradores revela ao mundo um caso clássico de direito penal, de aplicação direta do direito positivo penal. As questões cíveis e de Estado são muito úteis no crescimento intelectual e na quantificação de eventuais indenizações a serem pagas ou não aos envolvidos. Contudo, o núcleo, o conflito humano principal, o agir no limite entre homens e animais se resolve pelos institutos da teoria geral do delito.⁷

Determina nosso código penal:

Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Importante refletir. A morte de um dos homens para que os demais se alimentassem de seu corpo constitui o *fato* que *salva do perigo*, sendo esse perigo o próprio soterramento e o isolamento sem alimentos.⁸ Os exploradores não deram causa ao desmoronamento, já que esse ocorreu por forças naturais e imprevisíveis. Assim, o grupo não poderia evitá-lo. Cabe – todavia – questionar se não havia outra forma de evitar o perigo, (por exemplo, não entrando na caverna ou entrando com provisões suficientes). Com relação à primeira questão, verifica-se que a exploração é uma atividade lícita e incentivada pelo Estado, seja do ponto de vista turístico, seja por questões científicas. Nesse caso, não se pode admitir que ora se incentive uma conduta, ora essa mesma conduta não seja desejada pelo direito. Já as provisões, entre elas os alimentos, devem ser avaliadas diante de circunstâncias normais. Se para o percurso de uma rota conhecida de uma hora são necessários determinados tipos de equipamentos, se esses equipamentos foram providenciados, então o grupo atendeu ao dever de cuidado de evitar imprevistos normais. Não se pode exigir a previsibilidade de algo fora das expectativas

⁶BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999; BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro : Zahar, 2005.

⁷ Trata-se de uma saudável provocação, chamando os colegas ao debate.

⁸ Sobre o estado de necessidade ver BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Parte Geral*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 308 e seguintes.

hodiernas. Nesse aspecto, observa-se que os exploradores levaram consigo provisões. Entretanto, o imprevisto mostrou-se muito mais intenso do que a previsão.

A morte de um dos membros do grupo para alimentação, ainda que constitua ato repulsivo a nossa cultura,⁹ foi absolutamente necessária à sobrevivência dos demais. Uma vez constatada a possibilidade concreta de morte de todos, ao Estado não é permitido exigir que o indivíduo sacrifique sua vida pela vida de outro ou de outros, afirmação que - sob ponto de vista dos bens jurídicos envolvidos – revela uma igualdade entre bem jurídico preservado e bem jurídico sacrificado. Tais assertivas, então, permitem dizer que não há crime, não há ilicitude, na medida em que o próprio ordenamento jurídico justifica essa medida extrema. De sorte que, se de um lado a lei proíbe, de outro a mesma lei consagra a exceção necessária para a harmonia do sistema jurídico.

3. A questão da Justiça e do Direito, Profa. Ângela Kretschmann

Aqui podemos começar lembrando as diferenças entre Direito e Moral, para logo discutir a questão da Justiça. Lembramos que nem tudo o que é legal é moral, assim como, nem tudo o que é legal é justo. E é assim que, observando o caso, a sentença que aplica a condenação em função da prática de ato ilícito, como homicídio, na época e na lei previsto como crime (*“quem quer que prive intencionalmente a outrem da vida será punido com a morte”*), está portanto, respeitando a Legalidade. Por outro lado, ficaria bem fácil julgar o caso, aplicando-se a lei então vigente e caso encerrado. Contudo, não é assim que ocorre na teoria jurídica e mais ainda na aplicação prática. É isso que vem fazer no caso o Juiz Forster, criticando o simplismo adotado pelos demais julgadores, argumentando que a própria lei, no caso, deveria ser julgada. Seria, portanto, uma questão de Justiça a ser levada em conta, e aplicada à Lei, para verificar se deveria a Lei valer no caso analisado.

O caso que é colocado em discussão tem o condão de alertar sobretudo para a questão da aplicação da Justiça, quando respeitada a Legalidade. Ou, em outras palavras, o caso demonstra o quanto não é possível simplesmente invocar a aplicação da Lei sem uma análise da situação concreta, merecendo compreender se, na situação em análise, nas condições existentes, seria possível exigir das pessoas envolvidas, outra ação ou atividade, ou se seria razoável que, numa situação de desespero, tomassem uma atitude que, ainda trazia

⁹ Não podemos olvidar que, antes da colonização lusitana, vários povos indígenas praticavam o canibalismo, o que consistia em grande honra à vítima.

ou vinha revestida de razoável racionalidade, visto que a morte de um deles foi resultado de uma combinação de vontades: participar de um jogo – mortal.

Talvez mais do que propor uma reflexão, a obra visa trazer a lume uma questão jurídica fundamental para os iniciantes do curso de Direito: entre os fins do Direito, que se aprende desde o início da faculdade, estão a Justiça e a segurança jurídica, que vistos como valores tornam-se difíceis de equilibrar, e estende-se a mão à antiga idéia de *aequitas* (equidade) romana para tentar a melhor solução, a mais justa, e segura – em termos legais.

Na realidade, quando o Juiz Forster argumenta que o próprio tribunal estaria para ser julgado, caso condenasse os sobreviventes, estava buscando explicar o quanto a aplicação da letra fria da lei pode gerar outra injustiça, talvez maior do que aquela causada pelo que estavam sendo julgados os réus, uma vez que, ao tentarem sobreviver, aceitando proposta feita pela própria vítima, restariam condenados à força quando fossem libertados. Na verdade, o caso, que parece tão hipotético e, ao mesmo tempo, tão distante de nossa realidade, mostra-se bastante próximo e real. Basta lembrar que outros casos já ocorreram na história¹⁰ e que há também os casos reais que inspiraram a própria história escrita por Lon Fuller.¹¹

O principal argumento vincula-se ao estado de natureza em que se encontravam, onde não se poderia exigir a aplicação das leis do Estado, pois estavam os espeleólogos em estado natural, numa caverna isolada onde as leis não poderiam valer, onde o que valiam eram seus instintos de sobrevivência e seria, portanto, injusto condenar à morte aquele que tentasse se salvar, estando num estado de natureza, tentando, portanto, salvar o bem que lhe é mais importante, a vida.

Aqui, relevante apontar a justiça reexaminada, nas palavras de Perelmann, que expõe que qualquer análise da justiça deveria começar com a questão: “será a justiça a única virtude referente às nossas relações com outrem ou será apenas uma das virtudes, em competição com outras, tais como a equidade, a misericórdia, a generosidade?” O autor pondera que Platão escolheu a primeira opção, enquanto Aristóteles, e ele próprio, Perelman, escolheu a segunda. São filosofias distintas, ainda que ambas idealistas. Contra uma justiça absolutista, inspirada

¹⁰ ...em 1972, um avião da Força Aérea do Uruguai, com atletas de rúgbi, caiu nos Andes, entre o Chile e a Argentina. Muitos passageiros morreram. Outros, após longos dias de sofrimento, resolveram canibalizar os mortos, para garantir a sobrevivência. Dezesesseis, ao final, foram salvos. O episódio está em vários livros e filmes, dentre os quais a película *Vivos*, de Frank Marshall e o texto *Os Sobreviventes — A Tragédia dos Andes*, de Piers Paul Reed, além do recente *A Sociedade da Neve*, de Pablo Vierci (LEITE NETO, José Rollemberg. **O Dia**. *Direito não cogita censurar resgate de mineiros*. Aracajú, SE, 17/10/2010).

¹¹ ...Queen v. Dudley e Stephens (L. R. 14 Q. B. Div. 273; 1884) e United States v. Holmes (1 Wall. 1; 1842) - os mais atraentes e importantes temas da teoria jurídica, mostrando, paralelamente, que os mesmos problemas que preocupavam os homens da época de Péricles continuam a afligir-nos nos dias que correm... (AZEVEDO, Plauto Farraco, na introdução a do livro de FULLER, L. Lon. **O caso dos exploradores de cavernas.**, cit. p. 4)

no espírito das matemáticas, Aristóteles traz o ideal da prudência, inspirado longamente na experiência da práxis humana e funcionamento das instituições humanas, e responde:

Quando a situação, saindo do trivial, não tiver sido prevista pelo legislador, o juiz deverá procurar, inspirando-se na equidade, uma solução mais justa do que a da lei, mais adequada ao problema.¹²

Talvez poderíamos perguntar aqui se o que mais teria levado os sobreviventes à condenação não teria sido o modo como friamente decidiram tudo através de um jogo de dados, enquanto que se, ao contrário, tivessem se engalfinhado, lutando pela vida, com unhas e dentes, talvez se pudesse perceber que efetivamente não apenas estavam, mas se sentiam em um estado de natureza, pois afinal, sendo tudo resultado planejado, parece também que o estado de natureza alegado acaba desaparecendo, e o uso dos instintos desaparece ainda mais. Então o julgamento atenta para a frieza com que, mesmo numa situação desesperadora, enfrentam de modo racionalíssimo a questão.

Há ali uma grande contradição, portanto, que observo, e que, apesar de fundamentar a tese da imoralidade da aplicação da Lei, no caso concreto, antes serve para condená-los ainda mais. Uma demonstração de desequilíbrio psicológico, de uso dos instintos, sim, parece que os levaria a um verdadeiro estado de necessidade, e o uso dos instintos teria se feito ouvir. No entanto, o que se ouviu? Um jogo, racionalmente proposto, racionalmente jogado, uma vida posta por dados. E uma morte planejada. É então de se admitir que assumiram o ato e só nos restaria falar em perdão, porque o crime foi cometido.¹³ E a questão do perdão, do apagamento da memória, tanto a nível social quanto pessoal, merece considerações filosóficas e pessoais mais aprofundadas.

Considerações Finais:

A proposta do diálogo produziu uma saudável troca de visões acerca do modo como o Direito é percebido e aplicado. Destaca-se efetivamente como verdadeiro espaço não apenas de liberdade, mas propriamente libertário, para a difusão e desenvolvimento do conhecimento do Direito. O que aconteceu com o projeto de diálogo foi além do que se poderia imaginar. É o

¹² PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 248-249.

¹³ RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. São Paulo: Unicamp, 2007, p. 505.

que acontece quando algumas pessoas resolvem de boa vontade viver intensamente o Direito. E viver a possibilidade de aproximação uns com os outros e com nossos alunos.

Os texto é pensado e dedicado à primeira turma ingressante do Curso de Direito do CESUCA. É o resultado de uma proposta de diálogo que visa estabelecer bases para o conhecimento uns dos outros, e do desejo de construir juntamente com o Curso de Direito uma memória, para que mais tarde possamos olhar para trás e ver nossas pegadas pelo caminho. É uma expressão de desejo no sentido de um convite, para que possamos por muitas outras oportunidades que nos são oferecidas, expor e aprender. Os professores estão continuamente aprendendo e ao partilhar, tornam possível a multiplicação do próprio aprendizado, para os demais, mas também para si mesmos. Suas idéias e conclusões são ouvidas e ponderadas, sendo ainda um modo pelo qual os estudantes podem conhecer melhor seus mestres. E claro, com isso, todos são convidados a participar.

Certamente o diálogo não termina aqui, pelo contrário, ele aqui começa. Os projetos seguem e novos diálogos se estabelecerão em torno de outras obras que nos auxiliam a pensar o Direito. Certamente este primeiro passo tem um valor próprio, pois vem vinculado às leituras e debates do semestre, e ainda, tornou possível um excelente diálogo entre todos os professores das disciplinas. É possível imaginar que o que aqui se escreveu, nem de longe espelha o que se viu nos corredores, nas salas de aula, nos jardins, é apenas uma mostra, perfumada, do quanto o Direito envolveu a todos nós. Que os frutos sejam colhidos por todos, e novas sementes plantadas.