



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

PAMELA CRISTINA PEREIRA

**A ÉTICA SELETIVA E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA
POLÍTICA BRASILEIRA**

**ASSIS
2021**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

PAMELA CRISTINA PEREIRA

**A ÉTICA SELETIVA E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA
POLÍTICA BRASILEIRA**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientanda: Pamela Cristina Pereira
Orientador: Sergio Augusto Frederico
Co-orientadora: Elizete Mello da Silva**

**ASSIS
2021**

FICHA CATALOGRÁFICA

P436e PEREIRA, Pamela Cristina
A ética seletiva e a teoria da cegueira deliberada na política
brasileira / Pamela Cristina Pereira. – Assis, 2021.

45p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-
cional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Sérgio Augusto Frederico

1.Ética 2.Valores-ética

CDD 174
Biblioteca da FEMA

A ÉTICA SELETIVA E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA POLÍTICA BRASILEIRA

PAMELA CRISTINA PEREIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Sergio Augusto Frederico

Examinador: _____
Gisele Spera Maximo

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de realizar meus agradecimentos aos meus familiares que desde o início me apoiaram e me incentivaram de alguma maneira para que nunca desistisse de meus sonhos.

Em seguida, gostaria de agradecer aqueles que deixaram o caminho até aqui mais leve e prazeroso, apesar de árduo muitas vezes, os meus amigos do S.H. e agregados, o apoio de vocês nessa jornada, que está apenas começando, foi crucial em muitos momentos, momentos que achei que não conseguiria superar meus próprios limites, mas vocês estavam lá para me mostrar o contrário e que eu era sim, capaz. Aqui então vão os meus mais singelos e sinceros agradecimentos a vocês.

Não poderia me esquecer dos meus orientadores, que em meio à adversidade devido à pandemia se fizeram presentes e dispostos a me auxiliar no que eu necessitasse, período em que tivemos que nos reinventar, muito obrigada pelo suporte.

Todas essas figuras narradas, que fizeram parte dessa trajetória de alguma maneira, terão sempre um espaço de muito carinho em minha vida, pois sei que sozinha eu até poderia ir mais rápido, mas com vocês eu fui e irei muito mais longe do que jamais consegui imaginar.

Aprofundei-me no mais íntimo da construção do pensamento humano, buscando as raízes de sua ética, de sua moral e de seus princípios. Encontrei muita conveniência e fantasia, então sorri e vim embora. - *Augusto branco*

RESUMO

No presente trabalho será explorado a ideia de ética, o dever-ser de Reale, os valores e conceitos axiológicos e objetos da deontologia. Valores culturais e suas construções sócias, suas origens e conceitos. A formação e influencia das ideias de Rousseau e Sade a respeito da construção de valores humanos, onde pode-se observar respingos de suas ideias nos dias atuais em nossa sociedade. Por ultimo fora abordado o tema da teoria da cegueira deliberada, sua origem histórica, sua aplicabilidade e, a maneira como fora adotada no Brasil. Foram utilizados casos julgados pelo Supremo Tribunal de Federal onde tal teoria se fez presente como base para realizar a abordagem do tema. Tendo como finalidade evidenciar a relação da ética seletiva e a teoria da cegueira deliberada com casos atuais da política brasileira, como por exemplo o processo do Mensalão.

Palavras-chave: ética, valores, cegueira deliberada.

ABSTRACT

In the present work, the idea of ethics, Reale's should-be, the axiological values and concepts and objects of deontology will be explored. Cultural values and their social constructions, their origins and concepts. The formation and influence of ideas and Rousseau and Sade regarding the construction of human values, where one can observe splashings of their ideas nowadays in our society. Finally, the theme of the willful blindness theory, its historical origin, its applicability and the way it was adopted in Brazil had been addressed. Cases judged by the Supreme Court Federal were used where such a theory was present as a basis for addressing the subject. Aiming to highlight the relationship between selective ethics and the willful blindness doctrine with current cases of Brazilian politics, such as the Mensalão process.

Keywords: ethics, value, willful blindness

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ANÁLISE HISTÓRICA DA ÉTICA NA POLÍTICA.....	10
1.1 A ÉTICA DO “DEVER SER”	10
1.1.1 Características dos Valores.....	13
1.2 O ENTENDIMENTO ÉTICO, JUSNATURALISMO E POSITIVISMO.....	15
2. A MODERNIDADE E O ESTADO DE DIREITO.....	19
2.1. A COMPLEXIDADE DA MODERNIDADE	19
2.2. PRESSUPOSTOS SOCIAIS DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO.....	20
2.3. OS DOGMAS DO DIREITO MODERNO	22
3. CRÍTICAS ACERCA DA NATUREZA HUMANA SEGUNDO ROUSSEAU E SADE	24
4. AS CORTINAS DA ÉTICA SELETIVA.....	29
5. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	31
5.1. A ORIGEM DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	31
5.2. DO CONCEITO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA	33
5.3. A APLICAÇÃO DA DOUTRINA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

A escolha do presente tema para ser objeto de pesquisa se deu pelo meu fascínio à filosofia e história e a relevância da ética em nossas vidas, já que esta se faz presente muitas vezes inconscientemente em nosso cotidiano.

Sendo esta trabalhada no primeiro capítulo com a ética culturalista de Miguel Reale, que retrata a ética como um sentimento e não como um fator biológico, visto que está ligada diretamente ao campo racional de nossa vida, sendo derivada do juízo de valores construído ao longo dos séculos pelas sociedades que por certo tempo aqui habitavam. No decorrer dos anos muitos valores sofreram modificações, mas Reale afirma que apesar das inúmeras adaptações que a humanidade passou, a base da ética como valores centrais sem mantiveram intactos, como por exemplo, “não matar”.

É trabalhado neste primeiro capítulo também a axiologia, parte da deontologia responsável pelo estudo dos valores, compreendendo sua origem, características e a necessidade da dualidade, com a noção de valor e desvalor, visto que é imprescindível a existência de ambos, já que sem a noção de desvalor não seríamos capazes de identificar o valor.

Caminhando para o fim do primeiro capítulo, encontramos a relação da ética com o jusnaturalismo e o positivismo, sendo observável a relação da política, ética, justiça, religião e moral em nosso estado e vidas cotidianas, o jusnaturalismo sendo um conhecimento adquirido a partir de situações empíricas e o positivismo, sendo a intervenção estatal nas relações interpessoais, inclusive as mais íntimas como a de pais e filhos.

No segundo capítulo, é abarcada a formação estatal e sua complexidade, e a ideia trazida por Adeodato de que o estado em si sempre existiu mesmo em seus moldes mais simplificados como no antigo Egito. O autor sustenta a ideia de que para um estado ser considerado moderno, mais complexo o mesmo será. A separação entre ilícitos e lícitos, religiosos, morais, políticos e positivados se dá em estados complexos, visto que com a evolução social se fez extremamente necessário a divisão destes grupos, deixando o ilícito religioso de ser considerado crime, passando a ser aceitas juridicamente algumas

situações que anteriormente seriam condenadas pela religiosidade, tirando o poder da igreja e dando vez a democracia e voz ao povo.

Já no terceiro capítulo, encontramos as ideias de Rousseau e Sade referentes a natureza humana, onde Rousseau defende a ideia de que o homem em sua natureza mais profunda é bom, quando este é inserido no âmbito social acaba por se corromper, já Sade vem com ideais de que o homem para atingir o seu prazer máximo e gozar da vida da melhor maneira deve se render aos vícios, já que para o filósofo somos por natureza seres egoístas. Viver de maneira ética seria apenas obedecer a dogmas criados por quem esta no poder.

No capítulo seguinte é lançado a ideia de ética seletiva, utilizando como base um raciocínio mesclado das ideias de Rousseau e Sade, trazendo a referência do ser ético apenas em situações convenientes.

Por ultimo é tratado a Teoria da cegueira deliberada, a qual veio para discussões processuais no Brasil há menos de 20 anos, sendo uma teoria recente, esta tem o proposito de complementar a legislação brasileira para combater crimes contra o capital, como a lavagem de dinheiro.

A teoria traz à tona a culpabilidade do agente que de maneira proposital se abstém de tomar conhecimento da origem ou ilicitude de algo ou de algum ato, visto que este estaria de acordo com o que objetivo dos autores de fato do crime.

Concluindo então a necessidade de uma legislação mais rigorosa e sua aplicação, além da necessidade da manifestação e conhecimento popular acerca da politica, o incentivo e ensino político necessário, para que a população tenha capacidade identificar, conhecer funcionalidades politicas e possa assim cobrar de seus representantes maior transparências, pois, quando há o desequilíbrio ético governamental a democracia por sua vez se encontra ameaçada.

1. ANÁLISE HISTÓRICA DA ÉTICA NA POLÍTICA

1.1 A ÉTICA DO “DEVER SER”

Em prima face, quando falamos na relação de direito e ética, devemos compreender suas origens, para que assim entendamos conseqüentemente a formação do Estado que se dará em torno dessa relação.

Para Miguel Reale (Edipurcs, 2011), quem nos elucida com a filosofia da ética culturalista, neste modelo ético o bem é tido como um valor, não como o produto finalista da ética. Na axiologia Realiana, os seus aspectos marcantes são justamente a caracterização dos valores e a teoria dos objetos.

Ou seja, aponta-se que a vida do ser humano no modelo ético culturalista, é pautado por valores que norteiam suas escolhas, entretanto, em momentos que a sociedade se encontra em crises, essas escolhas ficam mais difíceis de serem tomadas.

Reale (Edipurcs, 2011) enfatiza que apesar desses períodos conturbados, os valores culturais que foram construídos pelas civilizações, tendem a permanecer firmes, não sofrendo um impacto significativo, visto que, uma vez compreendido como bem ético, este servirá como referências para o indivíduo e para a sociedade inserida naquele âmbito.

Claudio Souto, em seu livro *Ciência e Ética no Direito Uma Alternativa de Modernidade* (Sergio Antonio Fabris, 2002), traz alguns pontos importantes quando tratamos da valoração do bem ético, mas, afinal, como seria possível identificar a eticidade de uma maneira concreta?

No livro retro mencionado, salienta a ideia de que os valores se originam do sentimento. Quando falamos de sensações estamos abordando questões biológicas, como por exemplo, dor, fome, prazer, calor, frio, etc. já quando lidamos com sentimentos, é algo mental, diretamente ligado ao raciocínio, podendo inclusive oscilar entre os polos básicos agradáveis e desagradáveis (euforia/disforia).

Conceitos morais e éticos, sempre estão ligados ao “dever ser”, o que nada mais é que aquilo cujo julgamento pessoal do indivíduo como correto em determinadas

situações, onde em seu juízo de valor considera agradável agir de determinada maneira, pois se encaixaria em padrões aceitos no referido contexto.

Todo ser humano opta por aquilo cujo resultado lhe será hegemonicamente agradável, em um certo momento, mesmo que por vezes isso possa lhe provocar dor física. Melhor dizendo, se o sujeito priorizar por realizar um dever doloroso, seja se dispondo de bens materiais ou em casos extremos, dispondo da própria vida, este o fará, dado que em seu consciente a ação será mais agradável do que desagradável.

Isso está intimamente ligado aos conceitos de Reale (Edipurcs, 2011), visto que este aborda e defende a ideia de que todo ser humano é movido por escolhas, escolhas estas, que devem vir munidas de valores, o que nada mais é que o sentimento retratado no livro de Claudio Souto (Sergio Antonio Fabris, 2002), sendo os fundamentos mais concretos do ético no geral.

Todavia, nem todos os valores humanos tem sua natureza na eticidade, para entrarmos neste viés, seriam inclusas apenas as escolhas cujo valor seria calcado no “bem”. Destarte, Reale (Edipurcs, 2011) traz a reflexão sobre como a mudança do sentido de ética como um produto finalista (ética deontológica do bem), para a teoria dos valores.

Entretanto, como dito anteriormente, nem todas as escolhas possuem valor ético, como por exemplo, quando decido se irei comer uma maçã ou uma laranja, a minha escolha possui um valor, porém não um valor moral.

Já em uma situação onde sei a verdade, e alguém está mentindo, no instante em que decido contá-la, minha escolha está moldada em valores morais. Visto que mentir é “mal” e conseqüentemente desagradável e prejudicial o convívio social.

Compreendendo isto, entendemos que o estudo do ser do homem, está conectado a um exame de valores. A ética culturalista junto a ontologia têm como objetivo comum estudar justamente esse ser do homem, considerando todos os fatores singulares da vida pessoal de cada individuo como um guia para o juízo de valor.

Reale (Saraiva, 2003) faz um breve apontamento a cerca deste entendimento:

Cada homem é guiado em sua existência pelo primado de determinado valor, pela supremacia de um foco de estimativa que dá sentido à sua concepção de vida. Para uns, o belo confere significado a tudo quanto existe, de maneira que um poeta ou um escultor, por exemplo, possui uma concepção estética, e outro ainda são levados a viver segundo uma concepção utilitária e econômica à qual rigidamente se subordinam (p. 27)

A axiologia é a parte da filosofia responsável pelo estudo de valores, entretanto esta depende das condições de conhecimento, quando este é adquirido o ser humano será capaz de realizar a aplicação de valores. Este fato faz com que as questões relacionadas aos valores também estejam conectadas a ontognoseologia.

A teoria dos Objetos de Reale (Edipurcs, 2011) explica de maneira mais clara estes conceitos. Miguel considera que os valores são um objeto da consciência humana. De início a divisão realizada era entre objetos naturais e ideias, sendo os naturais estudados pela ciência e as ideias serviriam para a compreensão da criação humana.

Com o surgimento dos estudos a cerca de ciências sociais e humanas, este conceito tornou-se insuficiente, além do mais, insuficiente também para o Direito. Fazendo-se necessária a ampliação desta teoria.

Reale (Edipurcs, 2011) compreende separadamente os objetos relacionados aos valores, onde criou-se um terceiro setor de estudo além dos naturais e ideias, onde fora desenvolvida uma noção de experiência, onde se pensa de maneira universal, além do ser único e individual.

O primeiro setor, onde se encontram os objetos naturais e das ciências da natureza, sendo o segundo setor composto por objetos de ideias que independem de validação empírica, não fazem menção nem a espaço nem a tempo, estando relacionada à lógica e matemática; por ultimo e não menos importante, o ramo dos objetos culturais, tema abordado de maneira impar por Carvalho (EDUEL, 2011):

Os objetos culturais ajudam a entender o modo humano de ser fazem-no primeiro porque explicam a singularidade do tempo histórico penetrado pelo conteúdo axiológico, e também porque ao focar a experiência dos valores aponta para sua importância nas escolhas e seleções que fazem (p.29)

Os valores pertencem a uma modalidade especial de objetos da consciência, os culturais, no qual uma de suas características principais é o “ser” quando “dever ser”, detendo uma maneira particular de existir em relação aos objetos naturais e objetos ideias.

Sendo a percepção de valor tida de maneira autônoma, apesar de não possuir os preceitos do objeto ideias de temporalidade e espacialidade, os valores possuem características impares, pois só podem existir a partir de eventos que o antecedam, a qual são coisas valiosas.

Outro ponto a divergir entre os objetos ideias e valores, é o fato de que os de primeiro tipo podem ser quantificados, já os de segundo tipo, não possuem essa característica. A quantificação ou numeração são completamente estranhos à axiologia e aos valores, não podemos dizer que “Maria da Silva vale quatro vezes mais que Maria de Souza”. No olhar filosófico de Reale (Saraiva, 1989) é quase impossível realizar essa mensuração, já que tanto o ser como o valer, são importantes características da realidade.

No artigo *Os valores em Miguel Reale* escrito por Alexandre Marques da Silva Martins (2008), ao tratar do tema, o autor discorre que:

Disso deflui que, à luz do entendimento realeano, tanto o ser como o valor são indefiníveis. O máximo que se pode afirmar, como faz Reale é que “ser é o que é” e que “valor é o que vale”. Na verdade, a realidade resume-se a juízos sobre o ser ou juízos de valor. Outras alegações do tipo “o homem transforma-se na sociedade” sempre consistirão num daqueles dois juízos. “transformar-se na sociedade” significa ser evoluído na escala temporal. (p.3)

Voltamos assim, a ideia de que o objeto cultural, como dito retro “é enquanto deve ser”, onde cada ser singular é visto e entendido sob um prisma de valores, motivos pelo qual o “ser” não é apenas compreendido no viés de “ser” mas, também no do “dever ser”, o qual, a partir desse juízo é composto por valores.

1.1.1 Características dos Valores

Como já tratado anteriormente, a axiologia é o ramo incorporado na ontognoseologia, que estuda os valores. Ao longo da história a ideia de valor foi se desenvolvendo a partir de dogmas religiosos, filosóficos, normas legais, os quais foram escolhidos e aceitos pela própria sociedade.

No decorrer temporal, estes valores reconhecidos pelo social como o certo, acabaram por se tornar universais e passados por gerações, tornando-se invariantes axiológicas, norteando a vida cotidiana singular.

Mas afinal, de que são formados os valores? Bom, assim como quase tudo que conhecemos, os valores são compostos pela dualidade, ou bipolaridade, como preferir. Ou seja, para todo valor existe um desvalor, para certo o duvidoso, seriam dois polos contrários.

Destarte, é indispensável que haja o sentido de desvalor para que haja um sentido de valor. Neste cenário de pares, os valores se implicam simultaneamente, levando a característica da implicação do valor, maneira qual, existem outras como, a referibilidade, posto que há a referencia a um sujeito em cada valor; a preferibilidade, visto que existe uma ordem hierárquica de preferência.

Ainda seguindo esta de linha de pensamento, o Prof. Dr. José Maurício de Carvalho, faz uma análise extremamente relevante para o tópico.

O valor é, ainda objetivo, refere-se ao objeto, é histórico, já que é reconhecido no tempo e inexaurível, pois uma vez reconhecido não se esgota no objeto ideais. O valor existe nas coisas que são reconhecidas valiosas e se situa na ordem do dever-ser. Ele não é um fato mas é necessário para avalia-lo. (p. 159)

Compreendendo isto, podemos concluir que os valores sejam positivos ou negativos, estarão eternamente em conflitos entre si, se refletindo inclusive na esfera jurídica, onde esses polos e sua bipolaridade são constantemente estudados e sendo responsáveis pelo entendimento do lícito e ilícito.

Esta dualidade vai além do direito material, abrangendo também o direito adjetivo, como por exemplo no código penal há o valor vida, no qual, o código existe com a finalidade de preservá-lo, entretanto caso este bem seja desrespeitado, o direito vem para penalizar o tal ato que infrinja os valores positivados.

Já no código de processo penal, temos a figura do autor, responsável pela acusação, e, a figura do réu, com o intuito de comprovar sua inocência ou se defender das acusações.

Visto isso, a dialética presente no direito vem para a proteção dos valores tidos como indispensáveis pela sociedade para que haja a harmonia coletiva.

À vista disso, podemos concluir ante o exposto, que os valores são como bússolas sociais, a qual influencia diretamente nossas escolhas e nosso cotidiano, com base em uma construção cultural do que compreende-se como correto. Todavia, em ocasiões de crises da civilização, o curso para tomada de decisões embasadas em valores, torna-se dificultoso, mas apesar disto os valores nucleares mantêm-se resguardados, mesmo que sua compreensão e seu entendimento se modifiquem.

1.2 O ENTENDIMENTO ÉTICO, JUSNATURALISMO E POSITIVISMO

Para que compreendamos a evolução da ética até a política moderna, entender a sua etimologia pode ser de grande relevância, sabe-se que a palavra “ética” vem do grego, *ethos*, próxima a *pathos* e *logos*, o que na Grécia antiga representava dimensões ontológicas fundamentais para a vida humana.

Podemos entender a ética como algo que transcende o conceito de “bem e mal”, abrangendo os âmbitos do saber, teorias do conhecimento. Não se limitando apenas a moral e seus costumes, mas também engloba o que conhecemos hoje como político e jurídico.

Entretanto, isso não significa que as normas sociais, normas morais, normas políticas, normas jurídicas e normas religiosas não se distinguem, apenas possuem um elo de origem em comum e funções sociais análogas.

Por muito tempo tentou-se desvincular o político, moral, religioso e jurídico, com o intuito de contribuir para a autonomia do estado moderno utilizando-se da instrumentalização do direito, isolando sua origem comum.

Essa separação só é possível em forma de um mecanismo metodológico e objetivo, não se trata de nenhuma realidade que possa servir como construção ontológica de paradigmas científicos. Esse desmembramento acaba por perder o real sentido da ética na cultura, visto que sempre haverá a ligação original entre a moral, a política e o jurídico.

Partido para o viés do jusnaturalismo, no livro *Ética e Retórica para uma teoria da dogmática política* de João Mauricio Adeodato (Saraiva, 2002), o autor faz menção a dicotomia jusnaturalismo e juspositivismo, se embasando em Max Weber, para conceituar os tipos ideais para descrever os fenômenos sociais.

Outros pensadores tiveram intuição semelhante, mas foi Weber quem sistematizou claramente a metodologia de tipos ideais na descrição dos fenômenos sociais. Esses tipos não existem na realidade mas parecem inevitáveis ao funcionamento do pensar humano, como mostra em outro contexto, a antiga e sempre atual discussão sobre os universais. Está aí a perspicácia de Weber: transformar em método essa característica de relação entre o homem e o meio ambiente. Certamente de fundo biológico, genético, a atitude humana de conhecer o mundo – o ato gnosiológico – tendem a generalizações diante de realidades causídicas. Este é o primeiro dado, primeiro fato. O segundo é que essas generalizações são linguísticas, quer dizer acontecem dentro de uma linguagem. (p. 187)

Seguindo esta linha de raciocínio o autor complementa.

Assim, o sujeito cognoscente chama de “livro” um “algo” que não se identifica com nenhum dos livros particulares que conhece, nem com os que está para conhecer. (...) em outras palavras, os conceitos gerais mesmo sem terem correspondência real, pois só o particular, o individualizado, é real, são indispensáveis à aquisição e transmissão de conhecimentos. Mais ainda, são também imprescindíveis na relação entre o ser humano e o meio em que vive. (p. 187).

Sendo assim, como poderíamos definir o jusnaturalismo? Podemos conceituar o jusnaturalismo de duas maneiras. A primeira forma é uma ordem jurídica natural, não criada pelo homem, mas adquirida a partir do empirismo. A segunda maneira aborda os casos onde se há um conflito entre a ordem positivada e a ordem “natural”, onde deve-se prevalecer a natural.

Entretanto, em alguns estados de direito, essa definição pode se tornar mais complexa, em lugares onde o estado tem a divisão entre direito, religião, política, moral, economia, entre outros fatores, são chamados de sociedades complexas. Nestes casos se torna mais abstruso a definição da “natureza” o que outrora gera conflito entre os próprios jusnaturalistas.

Também existem as sociedades primitivas, onde o ilícito jurídico se funde com o ilícito moral e pecaminoso, isso ocorre quando o aglomerado de subsistemas sociais acaba por interferir uns nos outros.

O entender do jusnaturalismo com o observar da evolução cultural ocidental, passou por cinco fases distintas, sendo a primeira fase a da indiferenciação, onde não havia a separação do direito positivado e o direito natural, essa diferenciação só pode ocorrer onde se há a complexificação e sofisticação social.

Adeodato (Saraiva, 2002) em seu livro retrata essa evolução trazendo como exemplo, Sófocles com sua obra *Antígona*, como podemos observar a seguir.

Um dos primeiros registros na direção desta que pode ser dita uma das características da modernidade é relatado por Sófocles, em sua celebre tragédia *Antígona* (...). Para *Antígona* já está perfeitamente clara a ideia de que o direito que o tirano quer e o direito que ela quer são inteiramente diferentes: o dele é auto-referente, baseia-se em sua vontade de chefe; o que ela quer tem por base uma força maior qualquer vontade, vem dos próprios deuses. Começava a diferenciação de legalidade e legitimidade, embora não se possa dizer que a sociedade grega clássica separou funcionalmente direito e religião. (p. 189)

Destarte, outro fator que a história nos evidencia, foi um período marcado pela grande influencia da igreja, o cristianismo na fase indiferenciada teve grande avanço no período do império Romano, período este onde a igreja obteve muito poder jurídico,

fundindo o julgamento deste mundo e do mundo divino, o que gerou por sua vez grande conflito com a ética e seus poderes seculares.

Já na segunda fase, a Irracionalista, tendo como um dos principais pensadores desta época, Santo Agostinho, este íterim foi marcado pela intenção da igreja em impor sua ortodoxia, por conta de seu papel não estar definido perante a interpretação do Direito Divino e sua transposição ao Direito Positivo.

Sabe-se que o direito de Deus não se confunde com o direito dos homens, para Agostinho, todos os seres humanos estavam fadados desde seu nascimento a queimarem no fogo do inferno, entretanto o ser superior em sua infinita misericórdia elegeu alguns para os dar a salvação. Os ideais para que essa salvação ocorresse ganhou sentido posteriormente, em uma época que a igreja se encontrava forte.

Agostinho foi importante neste desenvolver pois foi o primeiro a separar a “cidade dos homens” e a “cidade de Deus”, sua influencia fez-se definitiva mais tarde na cultural do Ocidente da Europa. Assim como aponta Adeodato (Saraiva, 2002) em sua obra

A terceira fase ainda sob as influencias da igreja, é a fase Teológica, sendo representada pela Escolástica, com uma visão imutável do direito, incorporado na harmonia medieval.

Segundo Adeodato (Saraiva,2002) a hierarquia eclesiástica, era o que determinava a interpretação da vontade divina, tendo influencia no direito divino, empírico, natural, real e efetivo. Para Tomas de Aquino permanece imutável o direito divino em essência (lex aeterna). Todavia, o direito divino por participação (lex naturalis) serviu de base para o que hoje conhecemos como direito positivo (lex humana).

A separação da ética dos liames morais religiosos dos entenderes jurídicos e políticos do estado, foi a queda do poder secular que a igreja detinha, a enfraquecendo e dando força para o estado de direito, gerando autonomia entre o direito natural e o direito positivo.

Entramos assim na terceira fase, para Adeodato (Saraiva, 2002), o jusnaturalismo antropológico, onde não se nega a influencia das leis divinas no direito, entretanto, seu principal fundamento para o direito é a razão. Trazendo a ideia de que até mesmo Deus estaria sujeito a ser julgado perante o direito natural, visto que nem mesmo ele seria

capaz de modificar que dois mais dois não sejam quatro. Sendo seu princípio máximo o *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos).

Nesta fase a tradição da religião e sua maturidade, dão espaço ao racional, observa-se que nem a fase teológica nega a existência da razão e nem a antropológica nem a divindade, mas o racional passa a ser utilizado como fonte do direito.

Mas a compreensão e a distinção de moral e religião sem a interferência do divino só ocorreu na era moderna.

Adentrando a penúltima fase, a fase do jusnaturalismo democrático, vem com um de seus principais pensadores Immanuel Kant, quem vem para questionar essa imutabilidade do direito. Kant traz em suas indagações o sentido de que o direito não pode ser universal para todo tempo e espaço, mesmo que houvesse uma ordem única jurídica e um único conceito de direito. Utilizando desse viés do historicismo, por conta dos homens discordarem sobre questões cruciais, mesmo com a ideia de todos os homens são iguais, a unanimidade em muitos casos é quase utópica, assim sendo, prevalece então a ideia da maioria.

Por ultimo, temos a fase do jusnaturalismo de conteúdo variável, que vem para defender a ideia de que há uma ordem jurídica justa. Adeodato (Saraiva, 2002) em seu livro explica que:

(...) o jusnaturalismo de **conteúdo variável** defende a tese de que há uma ordem jurídica justa, que não se confunde com o direito aplicado pelo poder efetivamente obedecido, a qual brotaria espontaneamente – “naturalmente” – das características da comunidade, por isso mesmo variando no tempo e no espaço. Ele não se confunde com o positivismo, pois o direito posto em força e forma pode desviar-se do caminho justo e legítimo da comunidade em questão também não se confunde com o jusnaturalismo aqui dito democrático, vez que a maioria pode não se comportar de acordo com os preceitos naturais. O próprio Rousseau defensor dos mais radicais do princípio democrático, faz diferença entre vontade geral (que seria o fruto social do direito natural) e a vontade da maioria, esta meramente quantitativa. (p. 193)

Antes de iniciarmos a discussão sobre o juspositivismo, é mister ter em mente que existem alguns filósofos que seus ideais transitam entre os pensamentos jusnaturalistas e juspositivistas, encontrando um meio termo entre eles, como faz Hobbes.

Conceituar o juspositivismo, pode ser tão complexo quanto entendermos o direito natural, mas a priori e a grosso modo o juspositivismo só considera direito o fato empiricamente observável, tendo certa autonomia quando levantadas questões morais,

visto que em uma única sociedade é possível observar diversos valores morais, o positivismo, vem e elege uma única como “vencedora”.

As raízes do positivos são encontradas no iluminismo e no empirismo, sendo seus percussores Francis Bacon, Berkeley Hume, D’Almbert e August Comte, onde este último foi responsável por inaugurar o positivismo moderno no século XIX. No positivismo diz-se que o direito deriva de um ato realizado por poder competente. É possível argumentar que quanto ao conteúdo o positivismo jurídico é certa maneira irracional, ao negar um padrão externo que poderia servir como uma matéria ética necessária.

Ao que tange o debate interno do juspositivismo, averígua-se três modalidades, sendo elas o legalismo, normativismo, realismo. Iniciando os debates pelo legalismo e a posteriori sofistica-se no normativismo e chegando até o realismo.

Seguindo este liame, Adeodato (Saraiva, 2002) aponta:

O conceito de racionalidade aparece como um complicador para a dicotomia metodológica simplificada entre jusnaturalismo e juspositivismo, proposta aqui, pois “a razão” aparece, de um lado, como fundamento externo do sistema jurídico, critério superior e aferidor de sua legitimidade, mas por outro lado, pretende ao mesmo tempo ser “positiva”, isto é, demonstrável, sistematizável, transmissível. É assim que são pressupostos postulados de ética materiais. tais como um conjunto coerente de preferências, uma hierarquia conforme colocação de John Rawls. Apresentam-se acima do paradigma direito natural *versus* direito positivo, posições híbridas como as de Jürgen Habermas e Robert Alexy, que, apesar de porem em relevo o procedimento argumentativo, como alguns positivistas, mantém um conteúdo de racionalidade externo, que não é autonomamente determinado pelo direito posto, efetivo (...). (p. 196)

Visto isso, podemos concluir que a razão é objeto fundamental para o direito, seja em sua modalidade naturalista ou positivada, exercendo sua função em cada uma dessas linhas, seja como “caminho” para o direito ou como objeto do próprio direito.

2. A MODERNIDADE E O ESTADO DE DIREITO

2.1. A COMPLEXIDADE DA MODERNIDADE

A modernidade para o direito refere-se a um sistema de valores positivados que correspondem a um certo nível de complexidade adquirido pelas civilizações. Em um

olhar epistemológico e didático, podemos afirmar que quanto mais avanças as relações jurídicas, estas servirão como apontamento de maior modernidade no direito.

Esta complexidade esta intrinsecamente ligada a maneira em que o direito se organiza. Quanto mais primitivo o sistema jurídico de uma civilização for, mais indiferença ele terá, mas afinal em qual sentido isso se aplica?

Bom, tomemos como um exemplo o Egito antigo onde o ilícito jurídico se perfazia também como ilícito moral, uma ilegalidade também era considerado algo pecaminoso; não há essa distinção do ilícito religioso, ilícito moral, ilícito jurídico, ilícito dos usos sociais, onde justamente a diferenciação entre eles faz com que o sistema normativo positivado se torne mais complexo.

2.2. PRESSUPOSTOS SOCIAIS DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO

Para se ter uma sociedade moderna é necessário tornar o direito positivo ou dogmático, como preferir. O primeiro pressuposto para que isso ocorra é a pretensão de monopólio pelo estado em ditar as normas jurídicas, entretanto isso não significa que o estado de direito é o único a produzir as normas jurídicas, mas é o responsável por regulá-las caso venham de outra fonte.

Segundo Adeodato (Saraiva, 2002), diz que o Estado em si, sempre existiu mesmo em suas nuances menos complexas, como por exemplo no Egito antigo e em Roma, todavia sua modalidade moderna, não. Esta foi se construindo no decorrer da história. O que marcou esta passagem e evolução do Estado foi justamente a reivindicação estatal na produção das normas jurídicas. Anterior a elas como por exemplo em Roma, o que ditava o “direito” era o *pater familias* (o poder do pai na família, ele era o “chefe” dentro de casa, quem mandava).

Adeodato (Saraiva, 2002), aponta que na Roma medieval, o pai, por deter o pátrio poder, poderia inclusive vender seu próprio filho e, ainda sim mantê-lo sob seu domínio. Na instituição moderna do direito, a emancipação dos filhos se dá no decorrer do tempo, limitando inclusive as ações punitivas dos pais enquanto forem responsáveis legais por seus filhos.

A intervenção do direito nestes casos vem para garantir a mínima dignidade de vida da criança e do adolescente, ocasiões na historia como a narrada anteriormente

serviram como fundamento para que normas jurídicas de proteção fossem criadas, mesmo que para as mais íntimas relações, incluindo nas relações conjugais, no Brasil por exemplo, temos o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), criado em 13 de julho de 1990, para garantir a proteção dos menores, o que historicamente falando é muito recente.

A noção de Estado moderno não é recente apenas no Brasil, Adeodato (Saraiva, 2002) alega que também em países europeus como a Alemanha, país tido como moderno, os chamados crimes contra honra, poderiam ser solvidos com duelos, há cerca de dois séculos, período em que o Estado não detinha o monopólio do direito.

Ora, não é necessário irmos muito longe, no Uruguai, até o início deste século vigorava uma lei que permitia ao cidadão duelar quando sua honra fosse ameaçada, servindo esta inclusive como atenuante referentes a lesões corporais graves e homicídios, desde que tenham sido obedecidos os critérios dogmáticos estabelecidos pelo tribunal de honra uruguaio, conforme aponta Adeodato (Saraiva, 2002) em seu livro.

O segundo pressuposto para a caracterização de uma sociedade moderna, e por consequência derivou do primeiro, é o crescimento da relevância das fontes estatais. Em desfavor de fontes extra estatais. O costume serviu como importante ferramenta para regular as interações sociais no direito antigo, destarte, hoje compreende-se que a norma positivada, restada a termo, possui mais relevância para a prolação de uma sentença do que o costume. Visto isso, todo advogado sabe que para ter mais chances de seus pedidos serem deferidos ter a lei ao seu lado é essencial, quando esta não o fizer, este então será o momento de se recorrer aos costumes.

A terceira característica será a capacidade de dominar a relativa emancipação da ordem jurídica. Levando em consideração como já dito anteriormente, no direito antigo não se realizava a separação de direito e religião, direito e moral, moral e religião, etc. vindo nesta era moderna com a autorreferência (denominada de *autopoiese*), que em suma significa que os critérios para definir o lícito e ilícito, possuem autonomia em relação às maneiras de organização social, com as normas jurídicas, “definindo e tratando o que é juridicamente relevante (fechamento), ainda que em permanente interação com os demais subsistemas (abertura)” (ADEODATO, 2002, p. 209).

Ao que trata esses subsistemas, Adeodato (Saraiva, 2002) aponta:

(...) Pois bem: o direito de uma sociedade será tão mais complexo quanto mais nitidamente separado desses subsistemas, quanto mais esteja ele imunizado contra as interferências deles, entre outras varias características. E, ao contrário, uma sociedade pode ser dita mais indiferenciada à medida que ocorre essa interferência, como, por exemplo, quando o fato de alguém pertencer ao grupo dos amigos (subsistema de contato, de boas relações) do presidente de determinado tribunal interfere na afirmação *juris dictio*, no dizer do direito. (p. 210)

Nas sociedades menos diferenciadas, a interferência desses subsistemas é denominada de alopoiese. Um exemplo da alopoiese no Brasil é referente ao subsistema jurídico-penal carcerário. Adeodato (Saraiva, 2002) relata que:

(...) se, digamos, metade da população brasileira é economicamente carente (não importando os critérios usados para definir a carência) e noventa e cinco por cento dos condenados encarcerados ajuntam-se ao mesmo conceito, esta havendo interferência da condição econômica na decisão sobre o lícito e o ilícito, pois a distribuição de assistência judiciária a todos não cumpre seu papel. Se se argumenta, por outro lado que uma maior proporção de condenados pobres se deve ao fato de estes estarem mais sujeitos a ingressar na criminalidade, sendo o procedimento jurídico igualmente aplicado a quaisquer classes, a alopoiese é diferente, mas ainda clara: não ter certas condições econômicas interferem e corrompem o código jurídico em nível material, pelo menos. Mas se esta segunda hipótese pode funcionar quanto aos crimes contra a vida e o patrimônio, há ilícitos penais praticados em proporção semelhante por ricos e pobres, sem serem correspondentes os índices de condenação. Quanto ao subsistema de boas relações, basta lembrar o dito “aos amigos tudo, aos inimigos nada”. Isso pode gerar problemas graves de legitimação, os quais, em sistemas menos complexos, são tratados e contornados por outras estratégias extra-jurídicas que não cabem examinar aqui, assim, não se deve pensar que um sistema alopoiético não se legitima, mas apenas que sua legitimação não é “moderna” do ponto de vista da autoipoiese, processando-se por outras vias. (210-211)

Podemos concluir então, partindo deste viés onde, mesmo com a menor complexidade dos subsistemas alopoiéticos, estes não perdem sua validação, apenas não possuem relações abstrusas quanto aos autopoieticos.

2.3. OS DOGMAS DO DIREITO MODERNO

Para caracterizarmos o direito dogmático dentre as varias linhas de pensamento, iremos utilizar duas características, sendo a primeira a inegabilidade dos pontos de partida, onde um argumento jurídico só será aceito caso ele venha se embasar em normas jurídicas positivas, normas estas que constituem o dogma.

Dando um exemplo para que fique mais claro este raciocínio, no caso de um processo onde o autor peticiona que seu inquilino seja despejado do imóvel por inadimplemento do aluguel, visto que este em sua contestação alega não ter o feito por conta de não possuir recursos para executar o pagamento, pois se encontra sem

emprego. Enfim, no caso em tela, o autor é proprietário de inúmeros imóveis, ou seja, reivindica o imóvel, mas não irá utilizá-lo para sua própria moradia.

Ainda seguindo nesta situação hipotética, um juiz alternativo pode não despejar o inquilino inadimplente, visto que devedor não teria para onde ir, mas não poderia o juiz alegar isto apenas porque em seu íntimo julgou como certo, mas deve o mesmo demonstrar perante o ordenamento jurídico, motivos pelo qual sua decisão é legal.

Hora, vale ressaltar que em nenhum de nossos códigos jurídicos é ilegal que alguém possua inúmeros imóveis e afins, no código civil é resguardado o direito que o proprietário tem sobre a cobrança de seu locatário, todavia para que um juiz alternativo fundamente sua decisão, este recorrerá a Constituição Federal, sendo ela responsável por resguardar o direito e a dignidade da pessoa humana, fazendo com que neste caso narrado, a lei prevalecer para o inquilino.

Observando a situação narrada retro, é possível concluir que o argumento não terá validade por ser empírica, racionalmente ou cientificamente demonstrável, este deverá ter obrigatoriamente o fundamento nas normas jurídicas, formando assim a ciência jurídica.

Outro exemplo que podemos ter é o que a biologia traz como pai, cientificamente falando, este deverá ser que participa com o espermatozoide para a fecundação do óvulo, destarte, no direito o reconhecimento paterno leva em consideração outros fatores, podendo um terceiro, registrar um filho que cientificamente não é seu, mas por conta de laços afetivos criados com a criança este se torna pai juridicamente falando ao registrar a criança. Assim resta claro que algumas definições científicas não serão aplicadas em todos os casos como uma fonte, desta maneira podemos compreender melhor como é o dogma.

Kelsen traz no bojo de suas ideias o fato de que a dogmática é a única ciência puramente jurídica, posto que as normas se sobrepõem aos fatos. Kelsen ainda afirma que as normas em sentido literal, fazem os fatos.

Os fatos por sua vez não são dados puros da realidade. “fatos são versões linguísticas sobre eventos. Assim um fato jurídico para a dogmática, é aquilo que a norma determina como tal” (ADEONTADO, 2002, p.216).

A segunda característica do direito dogmático é a obrigatoriedade de decidir. Segundo Adeontado (Saraiva, 2002):

Só com o moderno Leviatã, o Estado passa a decidir, sempre, tudo o que é juridicamente relevante, pretendendo o monopólio da violência legítima e do dizer o direito, em última instância. É esse o drama do magistrado brasileiro e do magistrado de maneira geral, o ter que entender de tudo para decidir sobre tudo. (p. 217)

O direito é além de tudo uma ciência humana, onde o estudo da axiologia se torna extremamente relevante para que juízes possam tomar uma decisão sobre o caso em que estão trabalhando, visto que este não se trata de um filme onde é travada uma luta do bem contra o mal, como o senso comum tende a interpretar o direito penal. Todavia o direito é a observância de vidas reais, conflitos reais e lides muitas vezes mais complexas do que aparentam, como em processos de guarda de filhos menores, pois neste caso afetará todo o desenvolvimento da criança ou crianças, mas não é este o objetivo do presente trabalho, mas no capítulo em questão apenas demonstrar a necessidade de decisões para a dogmática do direito.

3. CRÍTICAS ACERCA DA NATUREZA HUMANA SEGUNDO ROUSSEAU E SADE

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi um filósofo de grande importância para as reflexões da natureza humana, o que de maneira genérica e bem resumida, para ele a natureza humana trata-se de um conjunto de características intrínsecas do ser humano, ou seja, o ser humano para Rousseau era dominado por seus sentimentos e suas paixões primitivas. Sendo estas características presentes no ser individual, independente de sua cultura, sociedade em que está inserido e tampouco o seu momento histórico.

Rousseau em 1753 assume o grande compromisso de tentar explicar a origem da desigualdade moral entre os homens e se esta seria autorizada pela lei natural. O filósofo por sua vez dividiu sua ideia em duas partes, sendo a primeira registrada como “o discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, onde o francês alega de maneira metodológica que o homem livre seguiria apenas seus instintos e sentimentos, derivados do estado natural de seu ser.

O desafio que o iluminista assumiu, foi fundamental para que se após a criação desta tese se compreendesse a origem da desigualdade física e moral. Em prima face a desigualdade física de certa maneira não é de difícil entendimento, visto que não passam de fatores biológicos.

Como por exemplo, todos nós carregamos uma linhagem biológica diferente, possuindo heranças genéticas que nos dá fenótipos distintos, algumas pessoas são mais altas, outras mais baixas, uns mais fortes e com mais facilidade para adquirir força, outros possuem mais dificuldade; ou seja, fatores que nenhum ser humano é capaz de controlar visto que não nos cabe escolher como iremos vir, claro que ao longo de nossa vida é possível realizar algumas modificações, todavia nem tudo é passível de mudança.

Entretanto estes fatores físicos não seriam os principais responsáveis pela desigualdade entre os seres humanos. Sendo assim partiremos então para o fator moral ou político, origem dos maiores males da humanidade.

A hipótese de estado natural que Rousseau defende, apesar de o próprio filósofo admitir que esta possivelmente jamais existiu, a utiliza para dar base filosófica a suas reflexões acerca do tema.

O homem em seu estado mais puro da natureza viveria e seria como os demais animais, posto que não seria provido ainda de razão, sem preocupações filosóficas, jurídicas, econômicas e tampouco se preocuparia com as noções de tempo (presente e passado), este viveria no topo das árvores, não teria interações sociais, muito menos linguagens.

Entretanto possuiria todos os recursos essenciais para sua sobrevivência, vivendo e se adaptando ao meio ambiente. Essa ideia e capacidade de adaptação do ser humano, Rousseau chamou de perfectibilidade, pois o ser perfeito para ele seria aquele capaz de se desenvolver e se transformar a partir de estímulos.

Os animais ao contrario da raça humana, são espécies intelectualmente fixas, pois não possuem a mesma capacidade de raciocínio que nós, assim sendo, não possuem a possibilidade de aperfeiçoamento da espécie.

Segundo o francês o dois sentimentos primários anteriores a razão foram o amor a si e a piedade; o amor a si diz respeito à autoconservação, sentimento este que exprime o instinto de o homem agir conforme o que julga melhor para garantir sua sobrevivência.

Para Rousseau, quando o indivíduo é inserido na sociedade civil, este perde o amor de si e passa ao amor próprio, onde o sentido de autopreservação dá espaço ao orgulho.

Por sua vez o sentimento de piedade visto em outras espécies de animais, foi o que ao identificar-se uns com os outros, fez com que cada ser humano se solidarizasse com o próximo, a piedade é o que impede os homens se machuquem entre si; o que de certa forma contribuiu para a sobrevivência da espécie.

Para o francês, a racionalidade é ativada pela perfectibilidade, sendo efetivada quando o ser humano se depara com algum obstáculo externo, fazendo com que este se aperfeiçoe e se adapte. Sendo esta característica única do homem.

Por sinal, o que nos distingue dos demais animais para Rousseau, é a capacidade de liberdade e perfectibilidade. Comparado aos outros animais da natureza, o homem seria o único verdadeiramente livre, já que a natureza pode até ditar impulsos, entretanto, o ser humano será livre para decidir que concordará ou resistirá a estes impulsos, agindo da maneira que julga mais favorável para si.

Voltando agora para a visão do homem inserido em sociedade, o filósofo faz menção ao fato de que o indivíduo perde suas características de sua natureza como o amor de si e piedade, dando espaço como dito anteriormente ao orgulho, egoísmo, passando a se importar com o que outrem pensa sobre sua persona, deixando de lado o que de fato é, as relações tem caráter superficial, pois as trocas profundas são raras, já que o amor próprio, a adoração da própria imagem e a noção de superioridade, é despertada na alma do homem.

Concluimos com isso que a sociedade corrompe o indivíduo, visto que desde seu nascimento este é exposto e ensinado a indiferença, orgulho e ao egoísmo. Deixando de lado suas vertentes naturais, não se encontrando no outro, pois em seu complexo de superioridade, a piedade que o outro lhe pede, não é importante. Rousseau ainda aponta que essa troca de valores torna a persona um animal degenerado, pois não escuta mais seus instintos da alma (“coração”). Julgando vícios como algo mais valioso que as próprias virtudes.

Em contra mão Marquês de Sade, traz ideais totalmente contrários aos que Rousseau trabalha, para Sade, a natureza em sua forma pura é amoral, ou seja, a única

lei universal é de que haverá apenas o ciclo de criar para destruir e destruir para criar, sendo este curso cego e espontâneo, que de maneira ou outra será concluído.

Nos ideais defendidos pelo Marquês, não existiria um bem ou um mal, vício e virtude não passariam de noções criadas por convenções sociais. Assim como nos afirma no seu livro *A filosofia na Alcova (Circulo do Livro, 1995)*:

Não há nenhuma ação, por mais estranha que a considereis que seja verdadeiramente criminosa; nenhuma que possa se chamar realmente de virtuosa. Tudo está de acordo com os nossos costumes e o clima em que vivemos; o que é crime aqui é muitas vezes virtude algumas léguas mais abaixo. (SADE, 1995, p. 47-48)

Para o francês o crime era apenas uma maneira de assegurar o curso natural das coisas, mais especificamente o crime de homicídio, pois devolveria para a natureza matéria que dela mesmo veio, para que o novo se criasse. Para a natureza seria indiferente a maneira como esta matéria voltaria até ela, tampouco sua forma.

Acredita o filósofo que “a bondade não passa de uma fraqueza da qual a ingratidão e a impertinência dos fracos forçam sempre as pessoas honradas a se arrependerem” Sade (Circulo do Livro, 1995, p.47). Este, por ventura até acredita que possa haver inclinações a bondade no coração humano, todavia, indica que este sentimento deva ser reprimido, já que o ser que pratica a boa ação nada irá ganhar.

Argumenta ainda que os instintos de bondade do coração são os mais falsos, e que um bom observador deve calcular os perigos de ser piedoso. Sade sustenta que basta observar as vantagens advindas da bondade, e as do egoísmo. Coloquemos esta balança em um caso hipotético para facilitar a compreensão.

Para Sade, caso tenhamos que escolher entre leves cócegas a nós imputadas e a mais forte dor imputada a um semelhante, optaremos pelo que nos incomodará menos, pois, “a dor do outro, por mais profunda que seja, não tem o poder de causar sequer um leve desconforto em nós” (Circulo do livro, 1995, p.206), para os que preferem a libertinagem, o prazer físico sempre irá se sobrepor em relação ao prazer moral.

Marquês aponta as invenções morais da religião, a decência e o entender virtuoso apenas como uma ferramenta criada pelos próprios homens para controlar pessoas ao seu redor, visando a própria vantagem.

Todavia, também defende a liberdade de cada indivíduo escolher qual caminho irá seguir, se irá preferir se render a destruição da natureza e assim se instalar no vício e

suas prosperidades ou se irá seguir o caminho virtuoso e moral criado pelo homem, destarte, independente do escolhido a lei da natureza se fará valer de qualquer jeito, você apenas terá escolha sobre como irá ocupar o tempo em que guarda matéria antes que ela se destrua.

Rousseau trazia sua ideia de liberdade divergente, para ele o livre arbítrio é o que nos distingue dos demais animais e é o que demonstra a espiritualidade de nossa alma. Novamente, Sade (Circulo do Livro, 1995) vem com uma visão cética acerca da temática, este não acredita no ideal do espírito ou da alma, seu olhar é estritamente fisiológico, pois todos os seres humanos estão fadados ao mesmo destino natural.

O sentido de liberdade para ele não passa de uma mera ilusão, já que defende o sentido de que até mesmo o libertino terá influencias de uma força maior em suas ações. O “homem soberano”, para Sade (Circulo do Livro, 1995), seria aquele que não deixa ser influenciado pelas paixões da natureza. Para um libertino gozar de sua liberdade de fato, este deveria se tornar apático,

O nível mais alto de liberdade seria aquele em que se resiste às próprias vontades, a apatia seria uma maneira de buscar o absoluto prazer. É necessário possuir muito sangue frio para o crime, e Sade (Circulo do Livro, 1995) explica que para o libertino, ser livre é resistir às paixões cegas, de maneira que isto fara com que maximize ainda mais o prazer final, pois aí então terá ultrapassado os obstáculos da natureza.

Para o francês o único modo de se vencer as diferenças que a sociedade submete os que nela estão inseridos, é se rendendo ao vício, momento em que o oprimido deixa este papel e assume o de seu opressor dando liberdade a sua submissão e ocupando o lugar de um déspota, mas esta visão não tem como objetivo sanar toda a desigualdade que aflige o âmbito social, mas apenas uma superação utilizando-se do egoísmo.

O filósofo francês argumenta em seu livro *Filosofia na Alcova* (Circulo do Livro, 1995) que o que entendemos por sociedade não passa de um mecanismo criado por homens hábeis e inteligentes. Aqueles que detêm maior poder no âmbito social, são os que se rendem aos prazeres do vício, pois em sua linha de raciocínio os virtuosos acabam ficando presos a valores impostos pelos responsáveis em legislar.

Os virtuosos seriam como “objetos” para servir ao prazer daqueles que possuem poder. Para Sade (Circulo do Livro, 1995), os libertinos, por se tratarem muitas vezes de pessoas poderosas na sociedade em que estão inseridos, como políticos, ricos, comerciantes, padres, bispos, etc. utilizam-se de “véus” em sua vida social como um disfarce para poder burlar as leis dos homens e gozar dos prazeres do vício.

Apesar dos dois filósofos se divergirem em aspectos sobre a natureza humana, Rousseau defendendo a ideia de que a sociedade corrompe o homem, e prezando pela transparência e apontando uma natureza exclusiva humana, Sade em contra partida defendendo uma natureza geral, e que para viver em sociedade se faz necessário o uso de cortinas. O ponto em comum entre eles é a afirmação de que a sociedade não passa de aparências e no cotidiano social ninguém mostra sua verdadeira face, seja ela virtuosa como em Rousseau ou de libertinagem como em Sade.

4. AS CORTINAS DA ÉTICA SELETIVA

Retomando as noções de ética do início deste trabalho, onde o seu conceito é dado pelo sentimento de prazer ao agir de determinada maneira, pois seria a maneira correta ditada pelo bem comum, vem totalmente de encontro com o conceito sadeano de do ser ético, ao contrario de tudo que a axiologia e Reale trazem em suas definições, o francês sustenta que os conceitos de ética virtuosa seria apenas uma maneira utilizada por homens astutos para possuir controle sobre seus semelhantes.

Mas afinal, isso tem ligação com o tema do trabalho? Se formos refletir acerca da nossa politica e formação de estado, seja ele brasileiro ou não, a origem de tudo é apenas caos, motivo pelo qual elegemos um ponto de partida na história para conta-la.

A formação de Estado no Brasil, que inicialmente se fez pela monarquia coligada com a igreja cristã e, toda a violência por traz do historicismo nacional, deixaram marcas e raízes as quais vemos até hoje em nossa política, mesmo em um sistema governamental totalmente distinto.

A corrupção escancarada e algumas vezes mascarada, deixa evidente que a violência contra o patrimônio nacional não deixou de existir no momento em que no foi

declarada a independência da república, esta herança cultural se faz efetiva, e possivelmente acreditar que ela deixe de existir algum dia seria quase utópico.

Poderíamos dizer então que a corrupção no Brasil tem suas influências sadeanas, pois é justamente o crime motivado pelo prazer de ter poder, riquezas, como Sade deixa registrado em *A filosofia na Alcova* (Circulo do Livro, 1995) o que da liberdade para o ser é render-se ao vício, já que as virtudes morais ou positivadas reconhecidas pela sociedade, para o filósofo não passaria de uma maneira de controlar o povo.

Sendo os mais fracos (aqueles em que optam pela virtude ética, segundo Sade) controlados pelos mais poderosos. Todavia quando entramos no bojo da ética novamente e a aplicação da lei, é observável o fenômeno de que no Brasil, claramente as leis não se fazem valer da mesma maneira para todos, não sendo a justiça tão cega quanto deveria.

A aplicabilidade da lei no Brasil se faz muito seletiva quando as personas em questão são em sua maioria pobres, um exemplo disto é o caso do catador de materiais recicláveis que em 2013 foi preso por portar em sua mão um frasco de água sanitária e outro de desinfetante, onde fora denunciado e condenado por descumprir a lei do desarmamento.

Em contra partida, casos como de políticos que andam com malas recheadas de dinheiro seguem o devido curso do processo legal, onde estaria a equidade que a Constituição Federal nos reserva?

Sade não seria apenas mais um filósofo com uma visão cética e possivelmente utópica, já que seus argumentos são refletidos de certa maneira em nossa sociedade contemporânea, o que seriam os governantes que desviam dinheiro público senão libertinos que optaram por gozar do prazer do vício.

Poderia, com uma outra visão utópica, complementar meu argumento dizendo que estes governantes controlam o povo virtuoso, todavia, sabemos que a corrupção é uma cultura criada em nosso país desde sua colonização, e o seu ciclo não envolve apenas um setor da sociedade. Vivemos em uma democracia onde, a vontade da maioria prevalece. Nossos políticos nada mais são do que o reflexo de uma sociedade doente.

Tanto Rousseau quanto Sade concordaram em suas obras de que o homem não revela sua verdadeira face perante a sociedade, o ser humano demonstra apenas pequenas facetas que estão por trás de suas cortinas, expondo apenas as que convém

para seu próprio ego, e para Sade como dito anteriormente, é a maneira mais fácil para agir em desacordo com os preceitos virtuosos sem que caia na lei criada pelos homens, sendo uma forma de burlar as próprias leis.

Abordado este tema, seguiremos então para o próximo capítulo onde será tratado de maneira mais aprofundado no viés da legislação brasileira acerca dos crimes de lavagem de capitais.

5. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Em 1988, a convenção de Viena, estabeleceu pela primeira vez uma normativa acerca do branqueamento de dinheiro, tornando crime a lavagem de capitais, o que refletiu no Brasil com a Lei n.º 9.613/98, onde se estabeleceram as diretrizes para o combate e prevenção de tal conduta.

Posteriormente, no Brasil por força de atualização da redação legal, foi instaurada nova lei, Lei n.º 12.683/12, que serviu para aprimorar a tipificação da conduta contra os capitais. Prevendo a necessidade de um crime antecedente e a conduta por dolo eventual para todos os crimes elencados nela.

A teoria da cegueira deliberada para a seara criminal vem para punir os agentes que estiverem envolvidos na lavagem de capitais, e propositalmente se absterem de tomarem conhecimento dos bens que ali estão envolvidos.

5.1. A ORIGEM DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria do avestruz, teoria da ignorância deliberada ou teoria da cegueira deliberada, independente de sua denominação, o seu sentido é o mesmo. Teve origem em países cujo sistema judiciário se baseiam no *common law*.

Segundo Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019), o surgimento da teoria da cegueira deliberada, se teve em meados de 1861, no julgamento inglês Regina vs Sleep.

O processo tinha como finalidade revisar a condenação do ferrageiro Sleep, os fatos narrados na época apontavam que o acusado haveria embarcado em um navio mercante alguns parafusos de cobre com o sinal de uma flecha, símbolo que representava que a mercadoria era de propriedade da Coroa Britânica.

O júri o considerou culpado pelo desvio de bens públicos, pois o conhecimento de que os itens desviados pertenciam ao estado configuraria elemento do próprio tipo penal. O ferrageiro fora condenado em primeiro grau, entretanto este recorreu da decisão, alegando que não tinha consciência de que seriam de propriedade da Coroa os bens que havia embarcado.

O juiz por sua vez acatou a tese oferecida pela defesa, posto que não estava registrado nos autos que o júri teria apreciado o fato do desconhecimento acerca da ilicitude dos bens embarcados, ou que o réu teria de maneira deliberada se manteve inerte a tomar conhecimento de tal.

Todavia, caso restasse comprovado que Sleep se absteve de tomar conhecimento de maneira intencional da origem criminosa dos bens, nesta ocasião caberia a aplicação das penalidades idênticas às atribuídas a quem age com dolo direto.

As decisões das cortes inglesas, não deixaram claro se para aplicar a equiparação do precedente mencionado, seria necessário que devesse ser demonstrado que o sujeito suspeitasse ao menos da possibilidade de que os bens derivariam de atividade ilícita, ou se a equiparação poderia então ser utilizada para possibilitar que acusados que alegassem desconhecimentos evitáveis fossem punidos.

O que nos é relevante aqui é o fato de quem no século XIX já se era prevista pelo ordenamento inglês, ilícita a conduta que por crime antecedente um agente terceiro que se faça omisso quanto ao conhecimento do mesmo de maneira proposital, poderia sofrer as sanções legais, devido sua conduta de ignorância deliberada.

Em 1899, nos Estados Unidos, onde a teoria da cegueira deliberada fora analisada no caso *Spurr vs. United States*. Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019) aponta:

No precedente, o Acusado buscava a reversão de uma condenação por ter certificado, quando era presidente do Commercial National Bank of Nashville, grande quantidade de cheques cujas contas correspondentes não possuíam fundos para arcar com os pagamentos. No caso, o preceito primário do delito em questão considerava penalmente relevante tão somente a violação dolosa dos

procedimentos bancários ignorados (GEHR, 2012). O Tribunal deliberou que, se uma autoridade bancária certifica cédulas para que o emissor obtenha dinheiro do banco, mesmo sem a existência de fundos para provimento, tal certificação pode ser equiparada à conduta de violação à lei penal, seja pela ação deliberada de fraudar os registros bancários, seja pela omissão qualificada consistente em se furto, intencionalmente, ao conhecimento (informação) sobre a real situação creditícia da conta relacionada aos cheques. (p. 112-113)

O argumento sustentado pela suprema corte no caso em tela respaldou-se no cargo em que o réu ocupava, visto que como presidente do banco, este deveria ter ciências das operações que ali estariam sendo realizadas. Configurando omissão qualificada devido a sua indiferença e ignorância deliberada.

Dando um salto na história, no Brasil a teoria apesar de já ter sido citada em alguns julgamentos, fora difundida em maior proporção por sua aplicação no julgamento acerca do crime de lavagem de dinheiro e outros crimes contra o patrimônio, no Banco Central de Fortaleza.

5.2. DO CONCEITO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

A teoria consiste em um mecanismo do direito penal, criado para ampliar as noções de autor e partícipe, para aqueles que agem de maneira deliberada ao propositalmente optarem pelo desconhecimento de determinada conduta ilícita da qual concordam.

A teoria também conhecida por instruções de avestruz (*ostrich instructions*), traduzida do inglês, tem essa denominação por conta de um costume do animal em esconder sua cabeça na terra em situações de risco, ignorando a situação com uma falsa esperança de que se estiver escondendo sua cabeça o que o ameaça não poderá se fazer mal.

Para que a teoria possa ser aplicada, é necessário que alguns preceitos sejam observados, formas que Gehr (monografia, UFPR, 2012) traz de maneira objetiva, como podemos atestar a seguir:

De início, vale analisar o estudo feito por Husak e Callender em 1994, no qual apontam que a cegueira deliberada se caracteriza por três fatores. Em primeiro lugar, o sujeito deve ter uma suspeita justificada acerca da concorrência de elementos típicos em sua conduta. Os autores, assim, restringem a teoria àqueles que tem boas razões objetivas para suspeitar, afastando os casos em que a suspeita é infundada, ou seja, “pessoas que sofrem paranoias ou outros delírios”. Em segundo lugar, a informação de que o sujeito prescinde deve estar disponível, podendo ele acessá-la por meios “viáveis, rápidos e ordinários”. Por último, Husak

e Callender trazem um requisito motivacional, exigindo que o sujeito tenha um motivo para se manter alienado: o desejo consciente de se reservar uma causa de exoneração de culpa ou responsabilidade caso seja descoberto. Restam afastados, assim, os casos em que o desconhecimento é fruto de mera estupidez ou falta de curiosidade. (p. 07)

A partir deste raciocínio, podemos notar a semelhança que há entre o instituto do dolo eventual previsto em nosso Código Penal em seu artigo 18º, inciso I, tornando quase que inevitável a analogia entre a *ostrich instuction* onde o agente por se priva de tomar conhecimento acerca da ilicitude de uma conduta que consente.

O dolo eventual consiste na ação em que o agente assume o risco da produção do fato típico e ilícito. Visto isso, a equiparação entre o previsto pelo artigo 18 do Código Penal e a teoria da cegueira deliberada torna-se inevitável com a finalidade da aplicação da lei penal.

Esta equiparação se dá pelo fator cognitivo ligado ao dolo eventual, pois o autor tem conhecimento e consciência sobre os riscos que permeiam o fato, assumindo-os, servindo como elemento para aplicação de penalidade. A *Willful Blindness* (cegueira deliberada) tem sua aplicação no momento em que existe uma suspeita justificada dos bens que estão sendo movimentado pelo agente ativo ou da ilicitude da ação; o fato de a informação estar disponível e a ignorância do sujeito de facultada.

Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019), com base em Pierpaolo alega que:

Parte da doutrina e da jurisprudência equiparou o dolo eventual a chamada cegueira deliberada (*willfull blindness*). Trata-se de instituto de origem jurisprudencial norte-americana pelo qual se aceita como dolosos os casos em que o agente se coloca em uma situação proposital de erro de tipo. Assim, tem dolo de lavagem de dinheiro não apenas o agente que conhece (dolo direto) ou suspeita (dolo eventual) da origem ilícita do capital, mas também aquele que cria conscientemente uma barreira para evitar que qualquer suspeita sobre a origem dos bens chegue ao seu conhecimento (PIERPAOLO apud SOARES)

Assim, Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019) comenta que os institutos possuem uma semelhança inegável, possibilitando o enquadramento da suspeita justificada e a disponibilidade de informações que levem ao conhecimento, ou consciência do fato que constitua uma conduta relevante penalmente, onde a manutenção da ignorância de forma deliberada representa a assunção do risco.

Portanto a Teoria da Cegueira Deliberada tem-se apoiada legalmente para sua aplicação em nosso ordenamento penal no Art. 18, I, do Estatuto Repressivo, incluindo ainda os delitos econômicos *lato sensu*.

Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019) traz ainda em seu entendimento que a cegueira deliberada tem equiparação ao

dolo eventual (quando o agente assume o risco de produzir o resultado), por conta do sujeito, evitar o conhecimento da origem dos bens ou valores que estejam vinculados ao negócio em questão, visto que o resultado lesivo de sua conduta seja previsível, mas prefere abster-se.

Podemos tomar como exemplo o crime de lavagem de dinheiro, tipificado pela Lei n.º 9.613/98, onde se exige uma infração penal anterior, na hipótese do agente desconhecer a origem ilícita dos valores, não haveria o dolo da lavagem, o que resultaria na atipicidade da conduta do agente, posto que não se reconhece a modalidade culposa (Art. 20 do CP)

Por esta razão, é corriqueiro que o terceiro responsável pela lavagem do dinheiro, propositalmente, se abstenha de tomar conhecimento da origem ilícita dos valores que por ele passam, visto que no caso de ser acusado do referido delito, poderá se apoiar na ausência de dolo alegando ignorância,

Nota-se assim a relevância da aplicação de tal teoria na penalização do agente que possui consciência da alta probabilidade dos bens, direitos ou valores (mascarados, ocultados, dissimulados) ter sua origem ilícita, e mesmo assim **escolhe** não furtar-se à ciência dos fatos.

Sendo assim, a *wilfull blindness*, considerando a renúncia do agente acerca da consciência ilicitude para tentar se proteger da penalidade da ação em modalidade dolosa do crime, no fim responderia pela infração como se conhecimento tivesse.

Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019) aponta ainda:

Ora, não se pode dizer que o sujeito que atua em situação de cegueira deliberada lança mão de mera previsibilidade do resultado: o fato de ter ele optado por ignorar dados penalmente relevantes demonstra que consegue antever a realização do ilícito naquela situação. (p. 116-117)

Apesar de a doutrina ser aceita nos supremos tribunais norte-americanos, sendo inclusive grande parte dos artigos acerca do tema em inglês, no Brasil sua interpretação ainda esta passando pelo processo de construção pelos tribunais, para sua aplicação, o judiciário nacional tem como espelho o modelo americano.

5.3. A APLICAÇÃO DA DOCTRINA NOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Conforme expõe Silva (Cadernos do Ministério Público do Ceará, 2016) a lavagem de capitais entende operações financeiras ou transações comerciais que visam ocultar ou dissimular a incorporação, de caráter transitório ou permanente, “na economia ou no sistema financeiro do país, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado de outros crimes, e a cujo produto ilícito se pretende dar licita aparência” (p.117)

Apesar de não haver um consenso entre os doutrinadores a respeito da lavagem de capitais, o ponto em comum acordo é a aquisição de bens e valores lícitos, porém a maneira em que estes foram adquiridos tem sua origem viciada.

Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019) aponta:

De acordo com as edificadas lições de Callegari (2001, p.49), lavagem de capitais “é a atividade de investir, ocultar, substituir ou transformar e restituir o dinheiro de origem sempre ilícita aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-o a qualquer tipo de negócio como se fosse obtido de forma lícita”. Temos ainda a definição legal extraída do Art. 1º, da Lei 9.613/1998, in verbis: “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)”. (p.118)

Ainda seguindo a linha de raciocínio de Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019), não é pacífica na doutrina e jurisprudências brasileiras, a incidência das disposições gerais da Lei 9.613/98 à aqueles que se mantêm de maneira deliberada a desinformação referente a procedência ilícita dos bens movimentados. “Em que pese constituir maioria a corrente da aceitação, há quem pondere a necessidade de uma reforma legislativa para recepcionar expressamente a willful blindness.” (2019, p.118).

Posterior à alteração da Lei. 9.613/98, ocorrida pela Lei 12.683/12, os receios quanto a utilização da instrução do avestruz, diminuíram, visto que a maioria doutrinadora, converteu-se em admitir o dolo eventual para tal imposição.

O principal argumento para a modificação, foi o de que, na redação anterior da lei, apenas se aceitava a conduta de dolo direto, onde o autor deveria agir de maneira ativa no crime de branqueamento de valores.

A antiga redação da lei, deixa a interpretação da conduta do agente mais dificultada, pois era necessário uma análise muito minuciosa acerca da deliberação da ignorância, pois seu texto se assimilava ao do artigo 180 do Código Penal onde diz “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar em proveito próprio ou alheio, coisa que **sabe** ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.” (BRASIL, 1940)

No prisma da nova redação Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019), aponta:

Ao passo que na novel redação “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”, houve por bem o legislador suprimir a expressão “que sabe”, possibilitando assim a punição de qualquer pessoa, empresário profissional ou não, que deixe, propositadamente, de se inteirar sobre a origem ilícita dos bens utilizados em sua atividade, desde que presente a alardeada tríade de requisitos: suspeita justificada, disponibilidade da informação e manutenção intencional do estado de ignorância, ou a dupla condição: elevada possibilidade de que os bens envolvidos serem provenientes de crime e ter o agente atuado de modo indiferente a esse conhecimento, a depender da corrente sobre os requisitos para aplicação da teoria. (p.119)

Visto isso, entendemos a importância da atualização da legislação pátria para que a omissão proposital também fosse devidamente punida, maneira qual a suspeita justificada lhe fosse suficiente para ser investigada e punida, caso sua comprovação no âmbito penal.

Em 2005, com o assalto ao Banco Central de Fortaleza, a teoria da cegueira deliberada teve sua primeira aparição de fato no Brasil, onde fora subtraída do banco uma quantia de 160 milhões de reais. Entretanto, não passou de uma aparição visto que foi alegada sua semelhança com o caso inglês de Regina vs. Sleep, de 1861, onde em primeiro grau de jurisdição a hipótese da teoria fora acolhida, mas refutada em segundo grau.

O processo penal foi movido contra vinte e dois réus, Soares (Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019), aborda que, dentre os réus acusados por branqueamento de capitais, estavam os sócios e irmãos José Elizomarte Fernandes Vieira e Francisco Dermival Fernandes Vieira proprietários de uma

revendedora de automóveis, registrada no nome de Brilhe Car. A teoria da cegueira deliberada foi a principal base de acusação dos irmãos.

A petição realizada pelo ministério público para a condenação dos irmãos, que se deu em primeiro grau de jurisdição, teve como principal argumento a relação entre a organização criminosa e os revendedores. Além do fato de logo após o furto, os acusados realizaram a compra de 11 veículos, da Brilhar Car, cada carro comprado transportava aproximadamente 4 milhões de reais em cédulas, em compartimentos abertos nas laterais dos automóveis. Ademais, houvera movimentações suspeitas para custear futuras compras de automóveis.

Estas transações segundo a sentença condenatória do processo n.º 2005.81.00.014586-0, juntas restavam no montante de R\$ 980.000,00, sendo R\$ 730.000,00 destinados para a aquisição dos onze automóveis e, os R\$ 250.000,00 restantes para compras futuras de carros aleatórios.

Outro ponto que fez com que suspeitas fossem levantadas contra os sócios, fora o fato de estes pagamentos terem sido realizados por meio de notas de R\$ 50,00 em sacolas de náilon.

À frente desta situação, o magistrado da 11ª Vara Federal do Ceará, condenou os irmãos pelo crime de lavagem de dinheiro, ainda sob a redação da Lei 9.613/98, visto as condições suspeitas dos pagamentos recebidos, o perfil dos compradores e a proximidade de tempo e lugar das ações.

Afirmando o magistrado de primeiro grau em sua sentença:

310 – Assim, como já mencionado, resta incontroverso que ocorreu a venda de onze veículos por parte da Brilhe Car e com a intervenção de José Charles, sendo que este sabia que o numerário utilizado tinha origem no furto ao Banco Central (art. 1º, V e VII, §1º, I, §2º, I e II da Lei 9.613/98), não sendo o caso dos irmãos José Elizomarte e Francisco Dermival que, ao que tudo indica, não possuíam tal percepção, mas certamente sabiam ser de origem ilícita. Conclui-se, assim, como fato incontroverso, que foi o réu JOSÉ CHARLES MACHADO DE MORAIS quem efetuou o pagamento de R\$ 980.000,00 em notas de cinquenta reais, referente aos onze veículos adquiridos da Brilhe Car, tendo os réus JOSÉ ELIZOMARTE FERNANDES VIEIRA E FRANCISCO DERMIVAL FERNANDES VIEIRA recebido tal importância sem questionamento, nem mesmo quando R\$ 250.000,00 foi deixado por José Charles para compras futuras (primeira conduta de lavagem de José Charles e única dos irmãos José Elizomarte e Francisco Dermival art. 1º, V e VII, §1º, I, §2º, I e II da Lei 9.613/98, bem como art. 9º e 10º e seguintes da mesma lei). 311 – Outrossim, foi José Charles quem entregou oito dos onze veículos escolhidos e adquiridos por ele com numerário furtado pelo Banco Central para outros integrantes da quadrilha, bem como foi preso em flagrante quando transportava os outros três veículos restantes, escolhidos e adquiridos da

mesma forma, sendo que, em ditos três veículos, foram encontrados ocultados R\$ 3.956.750 (três milhões, novecentos e cinquenta e seis mil, setecentos e cinquenta reais) também proveniente do furto ao Banco Central, sendo certo, como já mencionado, que apenas uma pessoa de extrema confiança dos demais integrantes da organização criminosa responsável pelo furto ao Banco Central seria encarregada de tal mister (segunda conduta de lavagem art. 1º, incs. V e VII, § 1º, II e § 2º, I e II. da Lei 9613/98 - independente e com desígnios próprios com relação à primeira conduta de lavagem c/c art. 288 do Código Penal). (processo n.º 2005.81.00.014586-0)

Todavia a condenação dos réus fora revogada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em síntese, o que levou o tribunal a tal acórdão fora a redação do artigo 1º, §2º, inciso I, da Lei anti-lavagem, que não previa a conduta por dolo eventual. Para que houvesse a condenação seria necessário a comprovação de que os sócios possuíssem conhecimento acerca da origem do dinheiro, o que não se fez no caso em tela.

O julgador pontuou:

Entendo que a aplicação da teoria da cegueira deliberada depende da sua adequação ao ordenamento jurídico nacional. No caso concreto, pode ser perfeitamente adotada, desde que o tipo legal admita a punição a título de dolo eventual. [...] No que tange ao tipo de utilizar “na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo” (inciso I do § 2º), a própria redação do dispositivo exige que o agente SAIBA que o dinheiro é originado de algum dos crimes antecedentes. O núcleo do tipo não se utiliza sequer da expressão DEVERIA SABER (geralmente denotativa do dolo eventual). Assim sendo, entendo que, ante as circunstâncias do caso concreto, não há como se aplicar a doutrina da willful blindness. As evidências não levam a conclusão de que os sócios da BRILHE CAR sabiam efetivamente da origem criminosa dos ativos. Não há a demonstração concreta sequer do dolo eventual. (processo n.º 2005.81.00.014586-0, fls. 3.866)

Posteriormente na ação penal n.º 470, julgada pela Supremo Tribunal Federal; o caso do mensalão, a teoria da cegueira deliberada pode novamente entrar em cena para a condenação de diversos acusado do crime de lavagem de dinheiro. Apesar da suma maioria dos Ministro entrarem em um consenso acerca da aplicação da ostrich instruction, alguns ainda se fizeram resistentes quanto a sua aplicação por conta do elencado na Lei n.º 9.613/98, todavia os demais utilizaram-se do disposto na Lei n.º 12.683/12, pois o dolo eventual já era reconhecido por esta.

Neste diapasão o Ministro Luiz Fux prolatou o seguinte acórdão acerca do caso (2014):

O Direito Comparado favorece o reconhecimento do dolo eventual, merecendo ser citada a doutrina da cegueira deliberada construída pelo Direito anglo-saxão (willful blindness doctrine). Para configuração da cegueira deliberada em crimes de lavagem de dinheiro, as Cortes norte-americanas têm exigido, em regra, (i) a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime, (ii) o atuar de forma indiferente do agente

a esse conhecimento, e (iii) a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa. Nesse sentido, há vários precedentes, como US vs. Campbell, de 1992, da Corte de Apelação Federal do Quarto Circuito, US vs. Rivera Rodriguez, de 2003, da Corte de Apelação Federal do Terceiro Circuito, US vs. Cunan, de 1998, da Corte de Apelação Federal do Primeiro Circuito. Embora se trate de construção da common law, o Supremo Tribunal Espanhol, corte da tradição da civil law, acolheu a doutrina em questão na Sentencia 22/2005, em caso de lavagem de dinheiro, equiparando a cegueira deliberada ao dolo eventual, também presente no Direito brasileiro. Na hipótese sub judice, há elementos probatórios suficientes para concluir por agir doloso - se não com dolo direto, pelo menos com dolo eventual - , quanto a Pedro Corrêa, Pedro Henry, Valdemar da Costa Neto, Jacinto Lamas, estes dois na extensão do voto do Revisor, Enivaldo Quadrado e a Breno Fischberg (AP 470/MG, op.cit.. p. 1273)

Visto o apontado pelo ministro e a aplicação da teoria da cegueira deliberada, podemos concluir que esta tem seu enquadramento de maneira sinônima e conceitual ao dolo indireto, mesmo que seja a *willful blindness* configurada como uma maneira de tipificação especial de dolo por assentimento.

Para finalizar a ideia central do presente trabalho acadêmico é observável perante todo o exposto neste capítulo, a relevância da inovação e constante modificação do nosso ordenamento jurídico e suas inúmeras aplicações visto, a destreza humana em intentar burlar a legislação com condutas que anterior a reforma que ocorreu com a Lei 12.683/12, onde não se considerava o dolo eventual como conduta culpável em crimes de cunho econômico.

A lei citada no parágrafo anterior foi crucial para a penalização de agentes que de maneira deliberada se cegavam para propositalmente manter desconhecimento acerca de um fato criminoso o qual estariam de acordo, afim de usufruir de vantagens derivadas do ato delituoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objeto central deste trabalho foi discutir acerca da ética em nossas vidas, trazendo reflexões que vão além do âmbito do direito, para assim então podermos adentrar ao mundo jurídico.

Pode compreender que a ética ultrapassa os limites que o senso comum nos ensina, analisando e entendendo o sentimento e sentido ético, não deixando de observar a moral e os valores que lado a lado estão.

É crucial a compreensão de que para uma sociedade se tornar mais justa, democrática e ética, é essencial que seja identificada a relação de co-dependência que existe entre a população e seus representantes que se encontram no poder.

A democracia é justamente essa relação entre estes dois polos de um estado, quando há o desequilíbrio ético de um dos lados, esta se encontra ameaçada de certa maneira, principalmente em ocasiões onde poderosos, mascaram atos ilícitos, deixando transparecer apenas atitudes eticamente aceitáveis no social para manipular a população de maneira que os favoreça.

Poderia dizer que se trata da famosa politicagem. O exemplo anterior reflete de maneira simplificada a relação entre a ética seletiva e a cegueira deliberada. Termos adotados no Brasil há pouco tempo, mas que elucida e espelha muito bem a relação estatal brasileira com a responsabilidade pública.

As reformas na legislação foram cruciais para que atitudes de desconhecimento deliberado não passassem impunes, porém devido a raízes de nossa cultura, onde podemos encontrar a origem da corrupção em nosso país, já nos mostra que esta luta não é de hoje e tampouco se findará amanhã ou em 5 anos, acreditar que isso seria possível é acreditar em uma utopia.

Para sermos realistas as medidas possíveis a serem tomadas, é a devida aplicação da legislação de maneira justa e uniforme por parte dos magistrados, é a cobrança de transparência feita pela própria população; ser contra atos que encubram atividades de dirigentes.

O povo detém o maior poder estatal, é ele quem pode por ou tirar alguém do poder, basta apenas que este tenha conhecimento básico, aqui esbarramos em outro obstáculo, mas que fica para outra discussão, que é acerca da educação pública brasileira.

É crucial que o conhecimento de qualidade seja ofertado para sua população, pois quanto mais conhecimento e senso crítico tivermos, mas será difícil de se deixar no poder pessoas desqualificadas para cargos públicos elegíveis, mais transparência será

cobrada, mais ativa a sociedade será, e conseqüentemente valores éticos serão explorados.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica para uma Teoria da Dogmática Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2002
- AUGUSTO, Igor A. M. *O que é a Teoria Tridimensional do Direito*. In **Âmbito Jurídico [online]**, 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-101/o-que-e-a-teoria-tridimensional-do-direito/>>
- BRASIL. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Catete, 1940
- BRASIL. **Processo nº 2005.81.00.014586-0**. Brasília: Justiça Federal, 2007.
- BRASIL. **Lavagem de dinheiro: um Problema Mundial**. Brasília: COAF, 2015.
- BRASIL. **Lei nº. 12.683**. Brasília: Congresso Nacional, 2012
- BRASIL. **Habeas Corpus nº 137.628**. Brasília: STJ, 2010
- BRASIL. **Ação Penal nº 470**. Brasília: STF, 2013
- BRASIL. **Habeas Corpus nº 93.368**. Brasília: STF, 2011
- BRASIL. **Apelação Criminal nº 5520**. Brasília: Justiça Federal, 2005.
- BRASIL. **Lei nº 9.613**. Brasília: Congresso Nacional, 1998
- CALLEGARI, André Luís. **Imputação Objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- CARVALHO, José Mauricio de. **Contribuições contemporâneas à história da filosofia brasileira**. Londrina: EDUEL, 2001
- CARVALHO, José Mauricio de. *Momentos fundamentais e novos desafios do culturalismo brasileiro*. IN **Revista Portuguesa de Filosofia**, Braga, n. 67, 2011 p. 255-274
- _____. *A ética culturalista de Miguel Reale*. In **Revista Estudos Filosóficos**. São João del Rei: n. 11, 2013. P. 156-166
- GARCIA, Janaina. **Preso com “Pinho Sol” em protesto de 2013 vira símbolo e inspira mobilização em SP e Rio**. São Paulo: UOL Notícias, 2017. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/06/07/preso-com-pinho-sol-em-protesto-de-2013-vira-simbolo-e-inspira-mobilizacao-em-sp-e-rio.htm>>

GEHR, Amanda. **Aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Brasileiro**. Curitiba: UFPR, 2012. Trabalho de conclusão de curso

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

MARTINS, Alexandre Marques da S. *Os valores em Miguel Reale*. In **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: vol. 45, n. 180. Out/dez. 2008. P. 263-277

PIERPAOLO, Cruz Bottini. **Crimes de omissão imprópria**. Editora Marcial Pons Brasil, 2018.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 2 ed., São Paulo, 1989

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

REALE, Miguel; **Ética e filosofia no direito**. Porto Alegre: Edipurcrs, 2011.

ROUSSEAU J-J. **Discurso sobre a Origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**, Porto Alegre: L&PM, 2009

SADE, M. **A filosofia na alcova**. São Paulo: Circulo do Livro, 1995.

SADE, M. **Diálogo entre um padre e um moribundo: e outras diatribes e blasfêmias**. São Paulo: Iluminuras, 2009.

SILVA, Aldones Nino Santos da. *Luzes e natureza, uma comparação: o homem segundo Rousseau e Sade*. In **Filogenese**. Marília, vol. 6, n. 1, 2013. P. 156-167

SILVA, Livia Cristina Araújo e. *Lei de Lavagem de Capitais e as Principais Alterações Promovidas pela Lei n. 12.683/12* in **Cadernos do Ministério Público do Estado do Ceará**. Fortaleza, vol. 1, n. 1. 2012. P. 109-144

SOARES, Jucelino O. *A teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade aos crimes financeiros*. In **Revista Acad. Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Fortaleza. n. 12, 2019 – p. 109-128

SOUTO, Cláudio. **Ciência e ética no direito uma alternativa de modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002

URUGUAI. **Código Penal Uruguaio**. Montevidéu, 1933.

WOLKMER, A. Carlos. **Ideologia, estado e direito**. São Paulo: RT, 2000.