



ESCOLA DE
HUMANIDADES

INTUITIO

Intuitio, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 1-11, jan.-dez. 2022
e-ISSN: 1983-4012

<http://dx.doi.org/10.15448/1983-4012.2022.1.43571>

SEÇÃO: ÉTICA E FILOSOFIA POLÍTICA

O furto famélico a partir dos pensamentos de Hegel e Kant

The starving theft from the thoughts of Hegel and Kant

Inacio Helfer¹

orcid.org/0000-0001-6809-9009
helfer@unisinis.br

Leandro de Mello

Schmitt¹

orcid.org/0000-0001-9658-284X
lmschmitt@unisinis.br

Recebido em: 19/07/2022.

Aprovado em: 02/08/2022.

Publicado em: 22/12/2022.

Resumo: O presente artigo parte de uma notícia que foi veiculada na mídia, no ano de 2021, em plena pandemia de COVID-19, e que diz respeito ao furto de dois pacotes de massa de preparo instantâneo da marca Miojo, dois refrigerantes da marca Coca-Cola e um suco em pó, totalizando o valor de R\$ 21,69. A mulher acusada deste furto foi presa no dia 29 de setembro de 2021, e solta por ordem do Ministro Joel Paciornik, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 12 de outubro do mesmo ano. Apresentados os fatos, pretendemos enfrentar o seguinte problema: como Hegel e Kant se posicionariam caso tivessem que examinar esta situação, ou seja, para estes filósofos, há ou não a escusabilidade da conduta atribuída a esta mulher, mãe de cinco filhos, considerando se tratar de furto famélico? A título de resultados, verificamos que os posicionamentos destes filósofos vão a direções opostas, sendo que para Hegel, por se tratar de uma exceção e que a lei é relativa frente à Justiça, é possível justificar a ação injusta na presença do "direito de emergência" (*Notrecht*), isto a fim de se evitar uma injustiça ainda maior; enquanto que para Kant "reconhecer a validade universal da lei moral e abrir uma exceção a seu favor é incorrer numa contradição", logo, para ele deve prevalecer o formalismo da sua moral, sem exceções.

Palavras-chave: justiça; crime; furto famélico; Hegel; Kant; direito de emergência.

Abstract: This article starts from a news that was published in the media, in the year 2021, during the COVID-19 pandemic, and which concerns the theft of two packages of instant preparation pasta from the Miojo brand, two Coca-Cola brand soft drinks and a powdered juice, totaling the value of R\$ 21.69. The woman accused of this theft was arrested on September 29, 2021, and released by order of Minister Joel Paciornik, of the Superior Court of Justice (STJ), on October 12 of the same year. Having presented the facts, we intend to face the following problem: how would Hegel and Kant position themselves if they had to examine this situation, that is, for these philosophers, is there or is there not the excusability of the conduct attributed to this woman, mother of five children, considering that it is of starving theft? As a result, we verified that the positions of these philosophers go in opposite directions, and for Hegel, because it is an exception and that the law is relative in relation to Justice, it is possible to justify the unjust action in the presence of the "right of emergency" (*Notrecht*), this in order to avoid an even greater injustice; while for Kant "to recognize the universal validity of the moral law and to make an exception in its favor is to incur a contradiction", therefore, for him, the formalism of the moral law must prevail, without exceptions.

Keywords: justice; crime; starving theft; Hegel; Kant; emergency law.

Introdução

Não é recente o debate que se estabelece acerca da Justiça, aqui, especialmente, a Justiça Criminal. Notadamente, no Ocidente, após o crescimento da dogmática cristã, e, já na modernidade, com o surgimento dos Estados Nacionais, estes últimos estabelecendo codificações que



Artigo está licenciado sob forma de uma licença
Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.

¹ Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil.

buscaram positivar muitas das normas que já existiam e que são defendidas pela Igreja até os tempos atuais (e que decorrem de ensinamentos bíblicos, *v. g.*, não matar, não roubar, não praticar adultério, dentre outros), os governantes, até para afastar ameaças ao Poder secular, mantêm uma preocupação constante quanto ao cumprimento das regras sociais com vistas à preservação da ordem e da paz social. Isto possibilitou o desenvolvimento de diversos estatutos normativos, mas nenhum deles com o alcance do Direito Penal, ou, como ocorre na maioria dos países de *Civil Law*, das regras previstas à legislação criminal, em particular, o Código Penal. Tal Lei estabelece sanções (penas) para aquelas condutas que, pela sua gravosidade e reprovabilidade, foram definidas como crimes. Um exemplo bastante simples é o que se encontra no artigo 121, do Código Penal brasileiro, *verbis*:

Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, ou juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço (BRASIL, [1940]).

O que o Estado pretende com a juridicização de uma conduta (e o conseqüente estabelecimento da pena, sendo a hipótese de figura delitiva), caso esta seja verificada no mundo dos fatos, é que uma ação seja praticada (ex.: crime de omissão de socorro), ou que seja evitada (ex.: matar alguém). Para fazer prevalecer o *dever-ser* o Estado estabelece o Direito Positivo (formando um ordenamento jurídico), e este, por sua vez, faz uso da sanção. A sanção, ou pena, é o aspecto da norma jurídica que mais a afasta de uma norma exclusivamente moral, ou seja, as regras jurídicas impõem o seu cumprimento compulsoriamente (a pena incide sobre a pessoa e/ou patrimônio do administrado, mesmo contra a sua vontade); as normas de caráter meramente moral, diversamente, uma vez desrespeitadas,

não acarretam qualquer consequência na esfera jurídica do sujeito (patrimonial, ou pessoal), mas, no máximo, a sua reprovabilidade *interna corporis* a um dado grupo (*e.g.*: frequentar ou não a Igreja aos domingos é irrelevante para o Estado, porém pode ser objeto de reprovação para uma ordem qualquer de crentes).

O furto, por sua vez, está dentre as condutas estabelecidas como crime no Código Penal e isto porque, desde tempos remotos, em especial em Estados patrimonialistas, a posse e a propriedade são objeto especial de proteção Estatal. No sistema penal brasileiro, poucos são os valores que foram juridicizados pelo Estado que se comparam à severa proteção que gozam a posse e a propriedade. Praticar um furto simples, do ponto de vista da pena cominada ao crime, é muito mais grave do que cometer o crime de lesão corporal. A título de exemplo, no Código Penal Brasileiro (CP), a pena para o crime de lesão corporal leve (art. 129), varia de três meses a um ano de detenção, enquanto para o crime de furto simples (conforme o artigo 155, do CP, que é aquele no qual a vítima sequer se dá conta no momento da prática do delito que teve um objeto subtraído, ou seja, não há qualquer emprego de violência ou ameaça à pessoa), a pena pode ser de um a quatro anos de reclusão e multa.²

Portanto, em sistemas nos quais se protege mais o patrimônio do que a própria vida humana, como é a realidade nacional, não deveria causar tanta espécie quando alguém é preso por furtar objetos, inclusive os de pequeno valor. Mas a pergunta que devemos fazer é: há Justiça quando alguém furta algo para saciar a sua fome e/ou a da sua prole? Ou, de outro modo: quando ocorre o furto famélico (que é aquele que o furto recai sobre gêneros alimentícios de primeira necessidade), seria justo aplicar a pena atribuída a qualquer outro furto àquele que busca apenas, por estado de necessidade, aplacar a sua fome e/ou a de seus filhos? Como Hegel e Kant se posicionariam frente a esta discussão?

² "Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa"; já no crime de roubo (que é aquele no qual existe a grave ameaça ou violência contra a vítima), a pena é mais severa ainda: "Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa" (BRASIL, [1940]).

Como se pretende demonstrar ao longo deste artigo, as posições dos dois filósofos são colidentes entre si, parecendo, a nosso sentir, a de Hegel mais adequada que a de Kant, tendo em vista o alcance da paz social, a manutenção dos preceitos de justiça estabelecidos em um Estado de Direito e o melhor convívio das pessoas em sociedade.

1 O caso do furto da Miojo

No objetivo de contextualizar a discussão e buscar tornar a leitura deste artigo mais agradável, pretendemos utilizar um episódio recente, do ano de 2021. Uma mulher, de quarenta e um anos de idade, desempregada, moradora de rua e com cinco filhos, foi presa após furtar, de um supermercado, dois pacotes de macarrão instantâneo, dois refrigerantes e um pacote de refresco em pó, totalizando este furto a quantia de R\$ 21,69. No dia 29 de setembro de 2021, tendo sido presa em flagrante, esta mulher foi levada para o Centro de Detenção Provisória Feminino de Franco da Rocha, região metropolitana da cidade de São Paulo. À Polícia Militar, no momento da prisão, a mulher teria respondido: "Roubei porque estava com fome".³ A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, por sua vez, tão logo realizada a prisão, impetrou um *Habeas Corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido negada a ordem de soltura, em decisão de relatoria do Desembargador Farto Salles. Em recurso contra esta decisão, endereçado ao STJ – Superior Tribunal de Justiça – a ordem de *Habeas Corpus* foi concedida pelo Ministro Joel Paciornik que entendeu pela aplicação do princípio da insignificância que, aqui neste artigo, tratar-se-á como fundamento do furto famélico.

Rawls (1997), por exemplo, defende que as democracias contemporâneas se deram conta de que um sistema de Justiça é básico em qualquer sociedade organizada. No entanto, se for feita uma comparação da estrutura do sistema

de Justiça estabelecida por Hegel em relação à de Kant, a conclusão é a de que este último filósofo foi criticado por Hegel por seu excessivo formalismo. Os indivíduos têm liberdade para agirem ou deixar de agirem de acordo com os seus valores morais, porém, quando inseridos em um Estado de Direito, precisam adequar as suas condutas às regras jurídicas, sob pena de incidirem na sanção.

De qualquer modo, há situações nas quais o indivíduo, mesmo sabendo que está a praticar uma conduta que em circunstâncias diversas poderia se caracterizar como ilícito (ou como crime), por razões mais elevadas, algumas vezes até mesmo reconhecida pelo Direito Positivo e inserida na regra jurídica de exceção (ex.: estado de necessidade, inexigibilidade de conduta diversa, legítima defesa, embriaguez involuntária...), caracterizarão excludentes da ilicitude. O próprio furto famélico embora não expressamente previsto no Código Penal, aproxima-se da figura que se encontra ao § 2º, do artigo 155, deste Estatuto:

Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

[...] § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa (BRASIL, [1940]).

Mas, como afirmado, "aproxima-se", porque o enunciado normativo apenas possibilita, na melhor das hipóteses, a comutação da pena privativa da liberdade em pena de multa, ou seja, não isenta o praticante da conduta de pena. A questão em torno da qual este artigo pretende se debruçar vai além: é possível isentar o indivíduo da pena, qualquer que seja ela, incluindo a de multa, quando o furto recai sobre bens de natureza alimentícia de pequeno valor monetário? Thadeu Weber faz uma análise certeira da ideia de justiça para Hegel⁴:

³ RODRIGUES, Rodrigo. STJ concede habeas corpus e manda soltar mulher que furtou Miojo, Coca-Cola e suco em pó de supermercado na Zona Sul de SP. In: *G1*. São Paulo, 13 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/10/13/stj-concede-habeas-corpus-e-liberta-mulher-que-furtou-coca-cola-miojo-e-suco-em-po-de-supermercado-na-zona-sul-de-sp.ghtml>. Acesso em: 16 dez. 2021.

⁴ WEBER, Thadeu. Direito, Justiça e Liberdade em Hegel. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 20-30, jan./jun. 2014. p. 4.

A exposição da ideia de justiça na concretização da ideia da liberdade no "direito abstrato", como primeira figura da Filosofia do Direito, parte de um pressuposto fundamental: a pessoa de direito. Pessoa é sujeito consciente de si; implica "capacidade jurídica". Ser pessoa significa ser sujeito de direitos subjetivos e implica o dever de ser reconhecido como tal. É a manifestação mais abstrata e indeterminada e, como tal, estabelece a fundamental igualdade de todos os seres humanos. Indica que o homem vale como homem. Ele tem direito a ter direitos. Deve ser reconhecido e respeitado como livre e igual. Daí a afirmação categórica: "Seja pessoa e respeite os outros como pessoas".

Aproveitando estes conceitos formulados por Hegel, é preciso lembrar que somente pode ser considerável imputável o sujeito maior de idade e com pleno discernimento acerca dos seus atos. Pode ser aplicada a pena à pessoa humana que seja considerada plenamente capaz, ao passo que o incapaz apenas estará sujeito à medida de segurança.⁵ E sendo o indivíduo capaz, é a este reconhecida a liberdade, sendo o próprio Estado quem deverá garantir a preservação deste direito. Como afirmado por Thadeu Weber, "o justo/ injusto pressupõe atos livres".⁶ Se o indivíduo, mediante coação irresistível, é obrigado a praticar um crime, o sistema de justiça criminal estabelece que ele estará isento de pena.

Um exemplo é o do gerente de banco que está com os seus familiares mantidos como reféns de criminosos e com armas apontadas para as suas cabeças e que é obrigado, logo pela manhã, ao chegar à agência bancária, sem nada deixar transparecer aos seus colegas e muito menos avisar as autoridades policiais, e, ato contínuo, efetivar uma transferência eletrônica para uma conta indicada pelos bandidos. Apenas após a soltura de seus familiares, geralmente horas depois, com estes já em segurança, é que o gerente, ainda em estado de choque, comunica aos seus superiores acerca do ocorrido. Em situação diversa, este gerente teria praticado um crime, mas a maioria das pessoas em seu lugar provavelmente teria

agido como o mesmo agiu. Pode-se pensar que o indivíduo deste exemplo, o gerente de banco, tinha, formalmente, a liberdade para decidir como agir, até mesmo ter se negado a fazer a transferência bancária e assumir o risco que seus entes queridos estavam a correr. Porém, se for considerado que ele não era livre para, naquele momento, decidir como agir, ou então, que não se esperava dele conduta diversa da adotada, isto por colocar ele, naquele instante, o valor à vida mais acima do valor dinheiro, também não há, ao menos para Hegel, como se considerar injusta esta ação: "É importante enfatizar que o injusto é resultado da vontade livre".⁷

Logo, pressupõe-se a vontade livre para que o ato seja tido como injusto. Não há que se atribuir injustiça ao ato praticado de forma não livre, claro, para isto é necessário primeiro estabelecer qual o conjunto de valores de uma sociedade que deve ser protegido e, na impossibilidade de, em dada situação particular, protegerem-se a todos estes valores, qual, ou quais, deverão prevalecer em detrimento de outros. Para isto, o sistema jurídico se vale também dos princípios. A ordem jurídica não apenas contém regras, como também normas, e dentre estas últimas, estão os princípios normativos. Enquanto a regra é rígida, *a priori*, impessoal e universal, o princípio jurídico é flexível, interpretado à luz do caso concreto e incide a uma dada situação em particular. Ademais, princípios não colidem entre si, mas, por vezes, podem não incidir simultaneamente a uma mesma hipótese fática, os quais deverão, a fim de se buscar uma harmonização, sofrerem uma análise através dos princípios da razoabilidade e o da proporcionalidade. Afasta-se, momentaneamente e naquele caso, o princípio menos adaptado, para então incidir o mais apropriado. É o que se dá, por exemplo, nas situações de réus condenados em Segunda Instância, ou mesmo em Primeira Instância em decisão condenatória

⁵ Este aspecto não passou despercebido a Hegel: "Esse direito ao discernimento traz consigo a inimputabilidade total ou menor das crianças, dos imbecis, dos loucos etc. em suas ações" (HEGEL, G. W. F. *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio*. Traduzido por Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010. p. 137).

⁶ Op. cit., p. 4.

⁷ Idem, *ibidem*.

pelo Júri Popular⁸, que, embora previsto na Constituição Federal que somente será o indivíduo considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (ou seja, após esgotados todos os recursos), pode ser este recolhido preso, antes disso, para que se mantenha a ordem pública, dentre outras razões.

Hegel também aborda a "injustiça de boa-fé". Através desta, ocorre a violação da vontade de uma parte, porém de forma involuntária pela outra. Pensa-se estar praticando um ato justo, embora na sua essência seja injusto. É a aparência de justiça que leva à prática do ato. O bem da vida agredido se dá apenas no plano particular, não no universal.

Como exemplo, uma pessoa encontra um livro em um banco da praça. Não há ninguém por perto. Ela toma este livro para si por acreditar que ele houvesse sido esquecido ou abandonado. Espera por alguns minutos e ninguém aparece reivindicando a sua propriedade. Horas mais tarde, o proprietário se dá conta da perda do objeto e retorna ao local na esperança de encontrá-lo, mas ele não está mais lá. Em algumas culturas, talvez aqui, uma vez encontrado um objeto perdido, dever-se-ia buscar encontrar o dono (publicando em redes sociais, ou mediante a fixação de um cartaz com o número de contato de quem achou o objeto), ou então levá-lo a uma delegacia, ou a algum local de achados e perdidos (em universidades, por exemplo, é comum a existência deste serviço), mas no caso de um livro de pequeno valor monetário, talvez o agente simplesmente tome o livro para si, por acreditar, realmente, que fora abandonado. É difícil reprovar

esta conduta, talvez não se aproximando ela da violência e do delito. Diferentemente, se a pessoa tivesse encontrado uma mala com dinheiro, neste caso, impõem as normas de conduta social, e até o próprio Código Penal, que esta deverá procurar uma delegacia de polícia e comunicar o achado.⁹ Já a violência e o delito, para Hegel, nas palavras de Thadeu Weber¹⁰,

É a forma mais intensa de lesar a vontade alheia. O delituoso quer ser injusto. Não respeita o direito em si nem como aparece a ele (cf. Rph § 90). Não reconhece o direito do outro, pois a intenção é ferir a liberdade de alguém. A violação de um contrato, a lesão dos deveres jurídicos da família e do Estado são exemplos de violência.

No exemplo do gerente de banco, acima apresentado, os criminosos que mantêm os familiares do gerente sob a ameaça de morte estão praticando um delito, e dos mais graves, isto porque estão a empregar a violência em sua ação. A única maneira de lograrem êxito em seu crime é ameaçando a vida daqueles que são caros ao gerente de banco. E a regra violada já existe antes mesmo da ação criminosa, até porque, em Direito Penal, deve-se observar o princípio da estrita legalidade (ou da reserva legal): "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".¹¹ A ordem jurídica busca, através da prévia estipulação de quais são as condutas reprováveis e, sendo elas graves, consideradas crimes, que os indivíduos, mesmo possuindo o livre-arbítrio para praticá-las, que não as pratiquem. Contudo, uma vez praticadas, por ter sido violada a ordem pública, receberão como resposta do Estado a aplicação da pena.

⁸ Caso recente, ocorrido em 14 dez. 2021, foi a revogação, por ordem do Min. Luiz Fux, do STF, dos *Habeas Corpus* concedidos pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em favor dos réus condenados pelo Júri Popular envolvendo a tragédia na Boate Kiss, em Santa Maria – RS. Durante a leitura da sentença pelo Juiz Presidente do Júri Popular, foi este surpreendido pela comunicação de que o TJRS havia concedido *Habeas Corpus* preventivo aos réus do caso; contudo, em recurso interposto pelo Ministério Público poucas horas depois, o STF revogou os *Habeas Corpus* para que se efetivasse a prisão imediata dos réus condenados. Ver: LOPES, Janaina; BECK, Matheus. Fux suspende habeas corpus e manda prender condenados da boate Kiss. In: G1. Rio Grande do Sul, 14 dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/12/14/stf-acata-recurso-do-mp-rs-que-pedia-suspensao-do-habeas-corpus-dos-condenados-no-juri-da-kiss.html>. Acesso em: 16 dez. 2021.

⁹ Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza. Art. 169 - Apropriar-se alguém de coisa alheia vinda ao seu poder por erro, caso fortuito ou força da natureza: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Na mesma pena incorre: Apropriação de tesouro. I - quem acha tesouro em prédio alheio e se apropria, no todo ou em parte, da quota a que tem direito o proprietário do prédio.

¹⁰ WEBER, Thadeu. Direito, Justiça e Liberdade em Hegel. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 20-30, jan./jun. 2014. p. 5.

¹¹ É o teor do artigo 1º, do Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Na Constituição Federal o princípio da legalidade se encontra ao inciso II, do artigo 5º: "II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

E Hegel vê isto como consequência natural¹²:

Por isso, o direito está autorizado a coagir. O castigo imposto ao delituoso é uma forma de restabelecer o pacto e restituir o dano causado. O castigo não é uma vingança da sociedade, mas deve ser entendido como uma forma de fazer justiça ao malfeitor. Visa restabelecer a ordem jurídica constituída. O delito é objetivo e como tal deve ser anulado com a aplicação da pena. Ele não é algo irracional, mas "expressão de uma vontade particular livre que, livremente, se opõe ao direito". É por isso que ele pode ser castigado.

Com a prática do delito, o criminoso viola, agride a ordem pública. Se não houver uma punição, a mensagem que o Estado estaria a passar seria a de impunidade e isto poderia levar ao caos social. A ordem pública violada precisa ser restaurada, restabelecida. Somente quando o criminoso "paga" pelo seu crime é que a sociedade, incluindo a vítima ou os seus familiares (principalmente), encontram a paz. O direito aplicado na forma de sanção, desde que garantidas ao acusado a ampla defesa e o devido processo legal, não é o legitimador de uma vingança, mas sim o garantidor da justiça. Tanto que são limitadíssimas as hipóteses previstas no ordenamento jurídico para o "exercício arbitrário das próprias razões", ou, dito de outro modo, para a "justiça pelas próprias mãos". Via de regra, a Justiça é um monopólio do Estado, ainda mais em matéria Penal.

Por isto, quando ocorre uma lesão a direito de um particular causada por outro particular, para que o universal possa reencontrar o equilíbrio, o Estado, não apenas está autorizado, como deve aplicar o castigo. Em situações como a dos criminosos que mantiveram os familiares do gerente de banco em cárcere privado e com armas apontadas para as suas cabeças, isto é até mais fácil de compreender. Afinal, estes criminosos empregaram de violência ao praticarem o delito. Precisam ser responsabilizados pelo seu crime e a resposta do Estado e da sociedade será,

provavelmente, a pena privativa de liberdade (o encarceramento, a subtração destes criminosos do convívio social, mesmo que apenas por algum tempo, será o castigo aplicado).

No entanto, há casos que se encontram em uma zona cinzenta, que podem ser considerados mais difíceis (*hardcases*). Podemos encontrá-los no que Hegel chamou de "direito de emergência". E é exatamente neste ponto, como será trabalhado a partir do próximo parágrafo, que se pretende realizar o cotejo de posições filosóficas de Hegel e Kant.

2 O direito de emergência em Hegel

O direito de emergência para Hegel insere-se na discussão sobre a moralidade que se encontra na segunda parte da sua obra *Filosofia do Direito*.¹³ Para Hegel "a prescrição jurídica, segundo sua determinação fundamental, é apenas proibição"¹⁴, porém o discernimento se a ação é boa ou má, se o indivíduo está a praticar um ilícito ou não, importa não somente à consciência moral, como pode, por tal razão, interferir na ordem jurídica. Ensina Hegel:

Além disso, como o Bem é abstrato, o mal é, com isso, desprovido de conteúdo, que recebe sua determinação de minha subjetividade; e segundo esse aspecto, daí resulta também o fim moral, [que é] odiar e exterminar o mal indeterminado. – Roubo, covardia, homicídio etc., enquanto ações, isto é, de modo geral, enquanto são realizados por uma vontade subjetiva, têm imediatamente a determinação de ser a *satisfação* da tal vontade, de ser, com isso, *algo positivo*, e para fazer da ação uma boa ação, apenas importa saber que, por ocasião dessa ação, o aspecto positivo é minha *intenção*, e para a determinação da ação, segundo a qual ela é boa, esse é o aspecto *essencial*, porque eu sei que ele é, em minha intenção, o Bem. Roubar para fazer o bem aos pobres, desertar do combate por causa da obrigação de cuidar de sua vida, de sua família (talvez também pobre)... faz-se dessa maneira por causa do aspecto positivo de seu conteúdo pela boa intenção e, com isso, uma boa ação.¹⁵

Como se percebe do pensamento de Hegel, há

¹² Op. cit., p. 5.

¹³ A edição utilizada neste artigo é a publicada pela Editora Unisinos (2010), traduzida por Paulo Meneses e outros.

¹⁴ HEGEL, G. W. F. Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio. Traduzido por Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010. p. 133.

¹⁵ Idem, p. 56-57.

situações que, embora *a priori* possam ser tidas como más ações, ilícitos, por decorrerem de uma boa intenção, comportam exceção quanto à sua classificação como lícito/ilícito. Uma delas é o caso de extrema necessidade. Uma necessidade atual "pode justificar uma ação injusta, pois, com sua omissão, se cometeria, por sua vez, uma injustiça, e na verdade a maior injustiça, a total negação da existência da liberdade".¹⁶ De forma alguma as situações praticadas em estado de emergência retiram a validade, ou mesmo a eficácia da lei, porém, naquele caso em particular, por existirem elementos capazes de afastar a ilicitude da conduta, a pena não incidirá. Mais do que o afastamento da pena, em uma linguagem utilizada no Direito Penal, haverá a excludente da ilicitude. O ato seria, *a priori*, crime, mas por ter sido praticado em estado de necessidade afasta-se a sua reprovabilidade e o indivíduo fica isento de pena. Um exemplo bastante comum nas obras jurídicas é aquele no qual existem dois naufragos, porém apenas uma boia salva-vidas. Já lançados ao mar, os naufragos lutam até a morte de um deles para ver quem conseguirá ficar com a boia.

Outro exemplo bastante famoso é o retratado na obra *O Caso dos Exploradores de Cavernas*, de Lon L. Fuller (2006). Embora seja uma obra de ficção, representa bem o estado de necessidade e como os seres humanos são capazes de ações inimagináveis quando a sua sobrevivência é colocada à prova. Assim, e de acordo com Hegel, situações haverá nas quais a lei deverá ser mitigada, relativizada, para que a justiça prevaleça. Thadeu Weber (2014, p. 25) faz uma leitura precisa do pensamento de Hegel:

A defesa da vida justifica qualquer ação contra a lei. Desse direito de emergência decorre "o benefício de competência pelo qual se deve deixar ao devedor instrumentos de trabalho, roupas e em geral a porção de seus bens que, embora sendo propriedade do credor, são necessários para sua manutenção, de acordo com sua posição social" (Rph § 127). A dignidade da vida humana é inviolável. Não há outro direito que se possa sobrepor a ela. As condições necessárias para mantê-la devem ser preservadas

a qualquer custo. O direito de propriedade pode, obviamente, ser sacrificado em nome dela.

Assim, quando se trata de furto, a propriedade de alguém está sendo subtraída por outrem. Lembre-se, como visto acima, que no furto simples não há o emprego de ameaça ou de violência à pessoa que teve seus objetos subtraídos por ação do agente criminoso. A questão que se coloca é: seria justo colocar em um mesmo plano aquele que furta para levar uma vida fácil, cheia de confortos, objetivando normalmente bens de elevado valor (dinheiro, joias, automóveis...), e outro que furtou um item alimentício, destinado a saciar a sua fome e a de seus filhos, isto porque está desempregado? À mulher do caso da Miojo deve ser conferido o mesmo tratamento que o de um ladrão que assalta uma agência bancária à noite? Para Thadeu Weber, "O direito de emergência é, na verdade, um recurso contra a injustiça ou contra as consequências injustas da aplicação da lei".¹⁷ Ele fala de ponderação e hierarquização no conflito de direitos. Afirma ainda que "A garantia e a proteção à vida justificam qualquer exceção à lei".

E o que não é o furto famélico que não uma tentativa de sobreviver, principalmente em um país tão desigual como o Brasil, no qual poucos têm muito, e a grande maioria muito pouco? Um país que, em pleno Século XXI, ainda não conseguiu erradicar a fome e a pobreza extrema? Assim, para Hegel, há, como já asseverado anteriormente, uma possibilidade de tratamento excepcional diante da necessidade atual do agente de preservar a sua vida, ainda que para isto tenha que praticar um ilícito. Ilícito este que será escusável diante da grandiosidade do bem que se pretende tutelar: a vida humana.

Kant, por sua vez, não reconhece esta possibilidade. Embora Kant tenha como presumidos os direitos à necessidade e à equidade, sua moralidade não comporta exceções. A lei deve ser defendida e prevalecer desde sempre (*a priori*), pouco importando as circunstâncias nas quais se

¹⁶ WEBER, Thadeu. Op. cit., p. 6.

¹⁷ Idem, ibidem.

encontrava o agente quando incorreu em sua violação. Assim, Kant vai estabelecer uma autonomia entre lei e liberdade, e entre liberdade e bem. Somente o homem possui a capacidade de agir segundo as normas por ele mesmo adotadas (sendo estas leis que não aquelas impostas pela natureza), e a sua grandeza reside, justamente, na capacidade de se autodeterminar a partir da razão prática.¹⁸

A filosofia moral de Kant se estabelece sobre três pilares fundamentais e que vão moldar a sua ética: o conceito de liberdade, conceito de boa vontade e o princípio de universalização da lei moral (o "imperativo categórico"), expresso em sua frase amplamente conhecida: "devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal".¹⁹ A inclinação imediata, ou a intenção egoísta, podem acarretar uma deficiência da vontade racional, sendo o imperativo da moralidade um instrumento de caráter objetivo apto a sanar esta deficiência. Segundo Rauber²⁰:

Necessidade de se estabelecer uma lei prática ordenada pela própria razão, capaz de determinar o que é bom conforme à razão e não conforme às paixões humanas, movidas pelas inclinações sensíveis. Dar-se-á ênfase, pois, ao imperativo que expressa a necessidade objetiva de uma ação por si, independente de qualquer intenção ou finalidade. Esse imperativo também é denominado por Kant de imperativo da moralidade (*Imperativ der Sittlichkeit*).

Mas o que vai mesmo marcar a filosofia kantiana é a construção do conceito de razão (razão prática pura), "que cria suas leis *a priori*, a despeito de quaisquer objetivos empíricos".²¹ E como a razão poderá interferir na vontade? Para isto Kant estabelece dois tipos diferentes de imperativos: o imperativo categórico e o hipotético. O primeiro será apresentado a partir do exemplo do suicídio. Por amor próprio, o indivíduo põe fim a sua própria

vida com o intuito de evitar a prolongação do seu sofrimento. A ação foi praticada tendo em vista um benefício particular, egoísta (só o agente se beneficia da sua ação). Não visou ele qualquer bem universal. Logo, através do imperativo hipotético, o indivíduo não age de acordo com uma lei moral que atua como regra universal, age somente para si (instrumental e subjetivamente).

Diferentemente, no imperativo categórico, inexistente qualquer conteúdo subjetivo, "há sim uma forma racional objetiva sem finalidade".²² Este será para Kant, portanto, o princípio supremo da moralidade. Uma ação será considerada boa se estiver de acordo com princípios objetivos válidos para todos os homens racionais. Expressa uma lei moral universal. Assevera Francisco Eliandro Souza do Nascimento: "enquanto formulação da lei moral, o imperativo categórico é estritamente formal, pois não indica exatamente o conteúdo do dever, apenas indica o caminho a ser seguido para o agir com mérito moral".²³

Logo, levando-se em conta o sistema da moralidade kantiana, o juiz não poderá decidir a não ser através da aplicação fria do texto da lei, sem preocupações de cunho axiológico, nem mesmo considerar as singularidades do caso que justificariam a não aplicação da sanção ao agente (ex.: furtou para matar a fome). No sistema kantiano importa apenas se a conduta está descrita na lei: subtrair a propriedade de outrem... pena tal; já pelo sistema hegeliano, o juiz não está obrigado a aplicar a lei que, consideradas as peculiaridades do caso concreto, impõe um resultado que não se justifica através de princípios que também se encontram no ordenamento jurídico (v.g., a preservação da vida).

Assim, na colisão entre regras e princípios, tendo em vista a finalidade de preservação de valores mais elevados a uma determinada sociedade em uma dada época, poderá o juiz fazer

¹⁸ NASCIMENTO, Francisco Eliandro Souza do; SANTOS, Francisco Rogelio dos. A estrutura da moral kantiana. *Griot: Revista de Filosofia*, Amargosa, Bahia, v. 17, n. 1, p. 61-84, jun. 2018.

¹⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2009. p. 17.

²⁰ RAUBER, Jaime José. *O problema da universalização em ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. p. 23.

²¹ SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Traduzido por Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 151.

²² APOLINÁRIO, José Antônio Feitosa. *Nietzsche e Kant: sobre a crítica e a fundamentação da moral*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. p. 45.

²³ Op. cit., p. 20.

uso destes últimos, afastando-se as primeiras, evidentemente, que em decisão devidamente fundamentada²⁴, isto em virtude do previsto ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. Todavia, não é qualquer situação que ensejará o afastamento da lei. A lei serve para conferir segurança jurídica às relações sociais. O juiz somente poderá afastar a sua incidência em casos plenamente justificáveis e, como lembrado acima, através de decisão fundamentada. O próprio princípio requer uma argumentação fundamentada, sob pena de se caracterizar mero arbítrio judicial e, assim, ferir a garantia prevista na Constituição de fundamentação das decisões. Segundo Thadeu Weber (2014, p. 25):

É claro que o direito de emergência refere-se a situações de séria ameaça à vida. É, na verdade, um direito que completa o direito de moralidade; isto é, o direito de saber e querer, enquanto condições da responsabilidade subjetiva. A emissão de um juízo moral não pode ignorar esses direitos ou deixar de avaliá-los.

Portanto, no caso específico do furto da Miojo, ponderadas todas as circunstâncias, e partindo-se da premissa de que o direito à vida estava em risco de perecimento, forçoso concluir que Hegel encontraria uma exceção à regra que prevê que subtrair coisa alheia para si caracteriza o crime de furto, isentando de pena o sujeito que furta alimento para saciar a sua fome e/ou a de seus filhos, isto face ao seu estado atual de extrema necessidade; Kant, por outro lado, não trilhará este caminho, pois, para ele, uma regra universal deve ser aplicada independentemente das razões (subjetivas) que levaram o agente a praticar a conduta.

Em Hegel, diferentemente de Kant, deve-se avaliar o grau de liberdade do agente quando da prática do ato (*a priori*) caracterizador de um delito: o agente era realmente livre para praticar ou deixar de praticar a ação? Axel Honneth ensina que "o sujeito só é realmente livre sob a condição de, em seu agir, ele se limitar a intenções

ou fins livres de qualquer coação".²⁵ Não parece ser a hipótese da mãe que furtou a Miojo. Qual a sua liberdade de agir ou não agir aqui? Passando fome, desempregada, quais as chances de obter, pelos seus próprios méritos, condições financeiras para o seu sustento e de sua prole?

Parece fácil ao observador distante condenar a conduta desta mulher, ainda mais quando se vive em um Estado patrimonialista e no qual ainda impera a hipocrisia social. Aqueles que a acusam de criminosa, será que nunca praticaram um crime também? Nunca sonegaram tributos? Nunca passaram no semáforo com o sinal vermelho?

É necessário um exercício de consciência e também de empatia caso se pretenda fugir dos juízos hipócritas. E se nós, pessoas de classe média, com empregos estáveis, residência fixa, plano de saúde e condições de pagar por educação particular para os nossos filhos, de uma hora para outra, perdêssemos a nossa renda e a nossa capacidade de trabalhar, quem sabe até, como esta mulher do exemplo, nossa dignidade, será que aceitaríamos o julgamento feito pela sociedade, acusando-nos de ladrões? E aqueles que praticam crimes econômicos e financeiros, com efeitos muito mais deletérios que o simples furto de dois pacotes de massa Miojo e de duas latas de refrigerantes, desviando somas bilionárias dos cofres públicos, estão eles na prisão?

Considerações finais

O caso do furto dos pacotes de Miojo, por uma mãe brasileira, foi apenas utilizado neste artigo para ilustrar o debate em torno do estado de emergência defendido por Hegel para justificar uma exceção à aplicação da lei em determinadas situações particulares, quando esta se apresentaria injusta, ou então, colocado de outra forma, situações nas quais a incidência da lei acarreta uma injustiça ainda maior que a injustiça decorrente do ato ilícito, ao que deve o juiz se valer de princípios normativos que lhe permitem "criar

²⁴ Artigo 93, CF/88: "[...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação".

²⁵ HONNETH, Axel. *O Direito da Liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 67.

a lei para o caso concreto", sem com isto violar a moral universal, pois a justiça se faz também no particular. Importante também considerar o que disse esta mulher ao ser presa: "roubei para matar a fome".

É provável que, do ponto de vista do sentimento moral, esta mulher sinta vergonha, ou até mesmo culpa pela ação praticada. Ela não queria praticar o furto, ou então, ao tê-lo praticado tem uma sensação de culpa, de remorso, porém, foi a única alternativa encontrada para se manter viva. Rawls, em sua obra "Uma Teoria da Justiça", defende que "Sentimentos de culpa e vergonha têm diferentes contextos e são superados de formas distintas, e essas variações refletem os princípios definidores aos quais se vinculam e as suas bases psicológicas peculiares".²⁶

Como bem examinado por Thadeu Weber, a crítica de Hegel ao sistema moral de Kant parece pertinente, pois há circunstâncias particulares, isto no caso concreto, que nem sempre foram pensadas, *a priori*, pelo legislador, sendo que, nestas situações, caberá ao intérprete avaliar se a regra alcançará um resultado justo ou não. Ai reside a importância dos princípios normativos e também dos precedentes jurisprudenciais, tanto que podemos aqui lembrar a afirmação de Thadeu Weber, amparado em Hegel, de que o juiz apenas aplica a lei injusta se quiser.

E mesmo querendo, considerando que o sistema constitucional brasileiro prevê o duplo grau de jurisdição, ou seja, as decisões das instâncias inferiores do Judiciário estão sujeitas a recurso e eventual modificação pelas instâncias superiores, não significa que uma decisão injusta prevalecerá por muito tempo. Exemplo disto foi verificado neste artigo mesmo: a decisão que ordenou a prisão da mulher no caso do furto da Miojo, ordenada pelo juízo de Primeiro Grau, mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi reformada por decisão do STJ – Superior Tribunal de Justiça.

Acredita-se, salvo equívoco, que o mundo seja muito complexo para depender somente de juízos absolutos, muito plural e pouco equitativo para

se socorrer de máximas universais, não obstante existam alguns direitos supremos, como os direitos humanos (estes defendidos veementemente por Kant), a exemplo do próprio direito à vida. Posições extremadas tendem a descambar para o arbítrio e para a injustiça.

É mais prudente e menos arriscado permitir ao intérprete da norma se valer de princípios gerais para conformar a sua decisão às especificidades do caso concreto, do que aprisioná-lo com regras *a priori* estabelecidas, ainda mais se considerado que o legislador não sabe tudo e não pode tudo prever. Se houver algum erro, ou mesmo alguma arbitrariedade na aplicação dos princípios gerais, sirva-se a sociedade do sistema recursal. O que se deve evitar é a prática de uma injustiça como resultado da incidência de uma lei literalmente aplicada, que nem sempre se mostra justa em todas as circunstâncias.

Em suma, o modelo defendido por Hegel, ao menos para nós, apresenta-se mais adequado do que aquele formulado por Kant, não obstante a importância, a maestria e a genialidade com que este filósofo examinou estas questões.

Referências

APOLINÁRIO, José Antônio Feitosa. *Nietzsche e Kant: sobre a crítica e a fundamentação da moral*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012.

BRASIL. *Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Brasília: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 9 set. 2022.

FULLER, Lon Luvois. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Tradução de Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito, ou, Direito Natural e Ciência do Estado em Compêndio*. Tradução de Paulo Meneses et al. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010.

HONNETH, Axel. *O Direito da Liberdade*. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2009.

LOPES, Janaína; BECK, Matheus. Fux suspende habeas corpus e manda prender condenados da boate Kiss. *In: G1*. Rio Grande do Sul, 14 dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/>

²⁶ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Traduzido por Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 537.

[2021/12/14/stf-acata-recurso-do-mp-rs-que-pedia-suspensao-do-habeas-corpus-dos-condenados-no-juri-da-kiss.ghtml](https://www.stj.jus.br/portal/ver/2021/12/14/stf-acata-recurso-do-mp-rs-que-pedia-suspensao-do-habeas-corpus-dos-condenados-no-juri-da-kiss.ghtml). Acesso em: 16 dez. 2021.

NASCIMENTO, Francisco Eliandro Souza do; SANTOS, Francisco Rogelio dos. A estrutura da moral kantiana. *Griot: Revista de Filosofia*, Amargosa, BA, v. 17, n. 1, p. 61-84, jun. 2018.

RAUBER, Jaime José. *O problema da universalização em ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RODRIGUES, Rodrigo. STJ concede habeas corpus e manda soltar mulher que furtou Miojo, Coca-Cola e suco em pó de supermercado na Zona Sul de SP. *In: G1*. São Paulo, 13 out. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/10/13/stj-concede-habeas-corpus-e-liberta-mulher-que-furtou-coca-cola-miojo-e-suco-em-po-de-supermercado-na-zona-sul-de-sp.ghtml>. Acesso em: 16 dez. 2021.

SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

WEBER, Thadeu. Direito, Justiça e Liberdade em Hegel. *Textos & Contextos*, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 20-30, jan./jun. 2014.

Inácio Helfer

Doutor em Filosofia pela Université de Paris I/ Panthéon-Sorbonne, em Paris, França; com pós-doutorado em Filosofia na Université de Montréal, em Montreal, Província de Quebec, Canadá; mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em Porto Alegre, RS, Brasil. Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), em São Leopoldo, RS, Brasil.

Leandro de Mello Schmitt

Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), em São Leopoldo, RS, Brasil; Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), em São Leopoldo, RS, Brasil.

Endereço para correspondência

Inácio Helfer

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Av. Unisinos, 950, Prédio das Humanidades, Posto de Atendimento

Cristo Rei, 93022-750

São Leopoldo, RS, Brasil

Leandro de Mello Schmitt

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Av. Unisinos, 950, Prédio E, Posto de Atendimento da Escola de Direito

Cristo Rei, 93022-750

São Leopoldo, RS, Brasil

Os textos deste artigo foram revisados pela Poá Comunicação e submetidos para validação do(s) autor(es) antes da publicação.