

UMA CONEXÃO ENTRE A MORALIDADE E O DIREITO POR MEIO DA VIRTUDE DA JUSTIÇA TESTEMUNHAL E HERMENÊUTICA

João Victor Rosauero¹

RESUMO: o objetivo do presente trabalho é propor uma conexão necessária entre a moralidade e o direito por meio da virtude da justiça testemunhal e hermenêutica. Essa conexão servirá de contraponto a tese do positivismo normativo e do desacordo moral. Para atingir meu objetivo o trabalho será dividido em três partes: primeiro, apresentarei a tese de Miranda Fricker (2007) sobre a injustiça testemunhal e hermenêutica, após, irei expor a tese do positivismo normativo juntamente com a necessidade de o direito incorporar a moralidade em seus processos para evitar danos e atingir seus fins e, por fim, responderei à objeção de Jeremy Waldron (1999) de que a moralidade não deve participar do direito por haver muitos desacordos morais.

PALAVRAS-CHAVE: Moral. Direito. Positivismo. Virtude da Justiça Testemunhal. Virtude da Justiça Hermenêutica.

A CONNECTION BETWEEN MORALITY AND LAW THROUGH THE VIRTUE OF TESTIMONIAL AND HERMENEUTICAL JUSTICE

ABSTRACT: the article aims to give a necessary connection between morality and law through the virtue of testimonial and hermeneutical justice. This connection will oppose the thesis of normative positivism and the moral disagreement objection. To achieve my aim, the article will follow these three parts: first, I will show Miranda Fricker's thesis (2007) on testimonial and hermeneutical injustice, after that, I will present the thesis of normative positivism together with the need for the law to incorporate morality to avoid injures and achieve its ends and, by the end, I will answer to Jeremy Waldron's objection (1999) about the many morals disagreements on morality to be encompass as a part of the law.

KEYWORDS: Moral. Law. Normative Positivism. Virtue of Testimonial Justice. Virtue of Hermeneutical Justice.

¹ Mestre em filosofia formado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). E-mail: joaorosauero@gmail.com

Introdução

A moralidade e o direito demonstram certas similaridades, por exemplo, ambas se apresentam como sistemas normativos que visam regular práticas individuais e coletivas. No direito, nos deparamos com alguns artigos, como o 121 (Decreto Lei n.º 2848/40) que estabelece pena de reclusão de seis a vinte anos em caso de homicídio. Vemos que nesse caso apesar de não aparecer na sentença “*proibido matar*”, claramente a lei exerce um peso em regular as práticas dos indivíduos, ainda mais se formos analisar pela punição. Por outro lado, matar alguém, de modo geral, também é tomado como algo moralmente errado, despertando emoções e comportamentos reativos de censura, conseqüentemente, também há uma regulação das práticas. Além disso, também com certa frequência encontramos exigências de que o direito deve ser justo, denotando uma conexão entre as duas esferas. Por exemplo, quando, no Brasil, se argumentava ser injusta a maioria penal de dezoito anos, exigindo-se que a idade fosse reduzida para dezesseis anos. É possível citar casos, como nos Estados Unidos, onde há Estados que jovens maiores de 12 anos estão no escopo da responsabilidade penal adulta e estão suscetíveis a penas como a prisão perpétua e pena capital (UNISEF, 2007). Facilmente alguém poderia dizer ser imoral punir jovens dessa faixa etária por esses meios, alegando sua falta de desenvolvimento como agentes maduros.

Entretanto, também destacamos algumas diferenças entre os dois sistemas, por exemplo, Dworkin (2011, p. 400-401) pondera que numa visão ortodoxa o direito se restringe a comunidades, é constituído por decisões pessoais e contingentes, enquanto a moralidade tende a ser universalizada, não é feita por alguém e suas práticas são necessárias. Por exemplo, pense no Código Brasileiro de Trânsito, artigo 140 (Lei 9503/97), que estabelece a idade mínima para tirar a carteira de habilitação de dezoito anos e em como essa idade mínima muda entre países. Nitidamente essa lei, como as outras, é feita por pessoas e é contingente. Já a moralidade tende a sofrer uma relativização menor e não conseguimos encontrar um autor (salvo alguns casos como sistemas de moral religiosa que as leis morais derivam de uma entidade divina). Tomamos como moralmente errado matar inocentes, descumprir promessas, trair um amigo, etc., tais exigências não são tidas como contingentes, mas sim como necessárias. E, do mesmo modo que identificamos antes conexões entre a moral e o direito, é possível identificar

demandas que exijam que ambas as esferas se afastem. Por exemplo, quando há reivindicações feministas de que o direito ao aborto não seja tratado como uma questão de moralidade, mas sim de saúde pública. Ou também, suponha, em como ficaríamos insatisfeitos se o direito começasse e punir certos vícios privados como a covardia, não ser caridoso, ser mentiroso, insensível à dor do próximo e por aí vai.

Tendo em vista a importância da moralidade e do direito para regular nossas práticas e, sobre tudo essa zona cinzenta de conexão entre as esferas, é válido se perguntar se realmente há conexão entre os dois discursos. Essa pergunta se deflagra em mais indagações, como, por exemplo, se há conexão, de que modo ela existe? E se ela existe, é desejável que ela se mantenha ou deve ser evitada? Com essas questões norteando o texto, meu objetivo será argumentar a favor de uma conexão entre a moralidade e o direito, sendo tal conexão desejável e necessária. Usarei o fenômeno da injustiça testemunhal e hermenêutica, destacados por Miranda Fricker (2007), para evidenciar fatores morais que tangem processos do direito e que, se forem ignorados, prejudicam que o direito atinja seus fins. A escolha de tal objetivo visa também responder à tese do positivismo normativo, em que é negada que a relação entre a moral e o direito seja algo bom e que deva ser mantido. Mantendo que o direito deve se restringir a questões de fato e não questões de mérito. Por fim, um segundo objetivo do artigo será o de responder às objeções de Jeremy Waldron (1999) sobre a arbitrariedade da participação da moralidade no direito, que se baseia em um argumento sobre desacordos morais e a falta de uma epistemologia comum entre moralistas.

Para atingir meus objetivos, o trabalho segue a seguinte divisão: (i) expor como o fenômeno da injustiça testemunhal e hermenêutica; (ii) expor a tese do positivismo normativo destacando a relação entre a injustiça testemunhal e hermenêutica no direito, bem como a necessidade de o direito englobar suas virtudes; e por fim, (iii) responder à objeção de que a moralidade não deve participar do direito devido aos inúmeros desacordos que tangem nosso discurso moral ordinário.

1. Injustiça Epistêmica e o Direito

Miranda Fricker, em seu livro *Epistemic Injustice: the power and the ethics of knowing* (2007), trata do diagnóstico de que as pessoas podem ser injustamente tratadas

em aspectos epistêmicos de suas vidas, mais especificamente, na troca de conhecimentos (testemunho) e ao dar sentido as suas experiências (hermenêutica). Considerando agentes socialmente situados, Fricker analisa como as relações de poder na epistemologia, por vezes, dão origem a danos causados a certos grupos. Esses danos causados em alguns casos são decorrentes de um tipo específico de poder, o poder de identidade. Tal poder forma no imaginário social, estereótipos e construções preconceituosas de determinadas pessoas, conseqüentemente, quando membros desses grupos se envolvem em práticas epistêmicas de testemunho e de compreensão de suas experiências, têm a credibilidade de suas falas e suas fontes coletivas de compreensão prejudicadas. Veremos agora como essas injustiças epistêmicas se apresentam.

A injustiça testemunhal se forma quando o testemunho do falante é descredibilizado pelo preconceito do ouvinte. Esse preconceito do ouvinte se deriva de um imaginário social que fornece uma identidade do falante e de seu grupo preconceituosa, elucidando, então, o preconceito identitário. Para a autora:

Eu introduzo a noção de *preconceito identitário* como um rótulo para os preconceitos contra pessoas *qua* tipo social, e isso me permite abrigar o caso central de injustiça testemunhal: a injustiça que o falante sofre ao receber um crédito deflacionado por parte do ouvinte devido ao preconceito identitário da parte do ouvinte [...]. Assim o caso central da injustiça testemunhal pode ser definido (embora telegraficamente) como *déficit de crédito identitariamente preconceituoso (identity-prejudicial credibility deficit)* (FRICKER, 2007, p. 16-17).

Mas como a identidade social de um grupo pode ser alvo de preconceitos e prejudicar o testemunho de seus membros? Para ilustrar essa categoria do fenômeno, pensem em como o testemunho de uma mulher em posições de autoridade como professora, médica ou empresária é, por vezes, desqualificado pelo preconceito identitário que a sociedade tem de que mulheres só conseguem altos postos por serem bonitas ou por fazerem favores sexuais, que suas falas são passionais, que são histéricas, que não têm “pulso firme” para o comando, etc. O que ocorre é um entendimento social sobre a identidade de um grupo, entendimento esse que é preconceituoso e danoso, muitas vezes irreflexivo e fora de nosso controle, mas que permeia a prática epistêmica de troca/transmissão de conhecimento, gerando uma injustiça com o grupo prejudicado. O dano sofrido por esses agentes é materializado na forma da perda de credibilidade, ou valor de verdade de seu testemunho, ou seja, injustiça testemunhal.

Partindo para a outra forma de injustiça epistêmica, a saber, a injustiça hermenêutica, Fricker (2007, p.147-175) estabelece que esse fenômeno ocorre quando há uma lacuna nas fontes coletivas de conhecimento nas quais um determinado grupo procura para dar sentido a sua experiência. O exemplo que a autora fornece é de uma mulher, Carmita Wood, de quarenta e quatro anos, que sofria assédio sexual em seu local de trabalho, sendo que para evitar as situações de abuso teve que recorrer ao uso de escadas e caminhos mais longos durante sua jornada de trabalho. Consequentemente, devido a todo estresse e empenho físico de evitar os assédios, ela acabou desenvolvendo dores crônicas no pescoço e nas costas, se vendo obrigada a pedir demissão e a procurar outro emprego. O que há de relevante nesse exemplo, para o debate da injustiça hermenêutica, é que não havia sido criado o conceito de “assédio sexual”, o que acabou gerando na vítima uma dificuldade de entender o comportamento de seu superior como errado. Tanto foi o caso que Carmita teve seus direitos decorrentes do desemprego negados, pois só conseguiu alegar que saiu do antigo emprego por razões pessoais, devido à vergonha e ao constrangimento de sua situação e a falta de recursos conceituais para interpretar a circunstância. Logo, o modo como diversas mulheres davam sentido e metabolizavam as práticas de assédio sexual, em um tempo sem esse desenvolvimento conceitual, era defasado.

Pensemos em mais exemplos, como no que diz respeito ao estupro, que foi um conceito que passou por diversos modos distintos de entendimento. Inicialmente, o termo “estupro” só surge no Código Penal Brasileiro em 1890, artigo 268, aplicando punições diferentes dependendo do perfil da vítima estuprada, no caso, o criminoso receberia uma pena maior se sua vítima fosse uma mulher honesta, e menor se fosse uma mulher pública, ou meretriz. Antes disso, no Código Penal de 1830, dependendo do “caráter” feminino da vítima em questão, o criminoso ficaria livre da punição se se cassasse com a mulher (MACHADO, 2016). Feita essa descrição, percebemos limitações conceituais: primeiro, no código penal de 1830, não há o conceito de estupro, depois, no código penal de 1890, ainda há uma falta de entendimento na igual dignidade sobre a liberdade sexual feminina, independentemente de sua atividade sexual ou de seu histórico tido como promíscuo.

Logo, o que esses exemplos nos mostram é que alguns grupos sofrem uma desvantagem epistêmica para entender as experiências que vivem. Tal desvantagem é

causada pela injustiça das relações de poder que permeiam entendimentos coletivos. Essa desvantagem pode ser conceitual, fatural, informativa, educacional, etc. Para Miranda Fricker:

Nós podemos agora definir a injustiça epistêmica do tipo sofrido por mulheres como Carmita Wood. É: *a injustiça de ter alguma área significativa da experiência social obscurecida por um entendimento coletivo devido a uma ampla marginalização hermenêutica* (2007, p. 154).

2. Positivismo Normativo diante da Moralidade

A partir do que foi explorado na seção passada, a saber, o esclarecimento dos fenômenos morais e epistêmicos da injustiça testemunhal e hermenêutica, já é possível tensionarmos a relação entre moral e direito. Esse tensionamento fica mais claro quando temos uma posição rival destacada, que será o positivismo jurídico, mais precisamente o positivismo normativo. Ao verificarmos como essa posição se desdobra, ficará mais fácil entender a dificuldade de sustentar um direito sem conexões necessárias com a moralidade. Todavia, antes de partimos para as subdivisões do positivismo, é válido destacar que a tese de forma geral nega conexões necessárias entre a moralidade e o direito. O direito deve pautar suas regras nos fatos sociais, sendo que após a lei entrar em exercício não há mais espaço para “nenhum exercício de julgamento moral para sua identificação, interpretação ou aplicação” (WALDRON, 1999, p. 166).

O positivismo normativo é mais interessante, pois, ele não nega relações entre a moralidade e o direito, mas sim que essa relação seja boa para o direito. Logo, apesar da moralidade interferir nos processos, esse não é um caminho desejável, é algo que deve ser evitado. Para Waldron:

Essa é a tese [positivismo normativo] que a lei *deve* ser de tal modo que as decisões possam ser feitas sem o exercício de julgamento moral. [...] O positivismo normativo é por si só uma afirmação moral: é de fato uma afirmação moral sobre fazer afirmações morais na área particular da vida social que nós chamamos de *direito*. Ele identifica a contaminação da decisão legal pelo julgamento moral como uma desvantagem moral; diz que perdemos algo de valor. É de longe a forma mais interessante do positivismo legal [...] (1999, p. 167).

Para respondermos ao positivista normativo, não basta apenas demonstrar as relações entre a moralidade e o direito, mas sim demonstrar que essa conexão é desejável. Para atingir esse objetivo, procurarei mostrar a relação inicial das injustiças testemunhal

e hermenêutica com o direito, partindo para implicações mais verticais relacionadas aos danos causados pelas práticas dos fenômenos estudados. A conclusão será de que se o direito não assimilar sua conexão com certo conjunto de virtudes, arriscará perpetuar danos e não atingir seus fins.

Dito isso, estamos aptos para vermos as relações que a injustiça epistêmica apresenta no direito, destacando as primeiras conexões com a moralidade. Inicialmente, ambos os fenômenos epistêmicos vistos acima perpassam diversas esferas do direito. Sobre a injustiça testemunhal, Miranda Fricker destaca o caso de Tom Robinson (2007, p. 23-27), do livro *O Sol é Para Todos*, condenado culpado pelo crime de estupro a uma criança. Apesar de Tom ser nitidamente inocente das acusações, há um problema: ele é negro, vivendo em uma época extremamente racista e julgado por juízes racistas. A injustiça testemunhal se materializa quando Tom tem seu testemunho descredibilizado por ser negro. Ademais, a identidade social de negros era constituída diversos estereótipos preconceituosos. Consequentemente, o testemunho de Tom não era credibilizado como algo que tinha possibilidade de ser verdade, ocasionando em sua sentença injusta.

Estendendo o problema, como vimos no começo da história penal do estupro, era possível fazer um juízo sobre o caráter da vida sexual da mulher que, consequentemente, poderia ter implicações diferentes em como o crime era tratado. Apesar de ser um caso de injustiça hermenêutica, não é difícil supor que uma vítima que tenha seu caráter posto em dúvidas, vá ter seu testemunho desqualificado.

Sobre a injustiça hermenêutica, aqui podemos pensar em uma limitação que sempre pode estar presente na criação e execução de leis. Se há sempre a possibilidade de estarmos consultando uma fonte coletiva de entendimentos preconceituosas, logo, é prudente termos um cuidado quanto a rigidez do sistema de leis. Do mesmo modo, há de se ter uma sensibilidade há novos conceitos, grupos marginalizados, etc., que surgem e reivindicam um melhor entendimento das práticas atuais, sejam elas morais, epistêmicas ou sociais.

Essas relações são potencializadas na medida em que os danos das injustiças testemunhais e hermenêuticas são destacados. Começando pelo dano na troca/transmissão de conhecimento, Miranda Fricker (2007, p. 43), avalia que os danos epistêmicos pelo conhecimento não chegar ao ouvinte, ou seja, a verdade do falante não conseguir atingir

um *status* de relevância, ou de consideração, como é possível notar no caso de Tom Robinson, ocasionam em uma falha de comunicação e transmissão de conhecimento. O dano epistêmico toma maiores dimensões se considerarmos como o ouvinte ficará em uma desvantagem epistêmica, por não receber o conhecimento do falante, ou em como o sistema epistêmico e a sua prática ficará fragilizado, e como a liberdade política do falante ficará prejudicada por não conseguir que seu discurso atinja a esfera pública.

Continuando a reflexão, um dos ganhos da observação da prática epistêmica em agentes socialmente situados é a ressalva dos aspectos éticos de nossas práticas intelectuais. Dito isso, Fricker (2007, p. 44-46) joga luz aos danos éticos causados pela injustiça testemunhal, entendidos aqui como danos imediatos causados pelo ouvinte ao falante durante a troca de informações. São distintos do dano anterior, pois, não são causados ao sistema epistêmico do agente ou as fundações da política. Com esses esclarecimentos, a autora distingue danos éticos primários e secundários. Danos primários se referem a prejuízos ao agente como sujeito de conhecimento, ou seja, danos as capacidades do sujeito como capaz de ser alguém que conhece. Se concebermos o conhecimento um valor essencial dos seres humanos, negar a capacidade de alguém de transmitir e ter conhecimento é causar a pessoa uma injustiça intrínseca. Também, se pensarmos na capacidade de fornecer conhecimento em conjunto com a capacidade de racionalidade, e pensarmos na capacidade racional como essencial para a espécie humana, o dano primário da injustiça testemunhal ataca a humanidade do falante ao separá-lo dessas funções. Para a autora:

Mas, nos casos em que a injustiça testemunhal, guiada por estereótipos preconceituosos, envolve explicitamente a ideia de que o tipo social em questão é humanamente inferior (pense no tipo de racismo recaído sobre Tom Robinson – ‘*todos os crioulos (negroes) mentem*’), a dimensão da degradação *qua* ser humano não é simplesmente simbólica; em vez disso é parte literal do insulto epistêmico central (2007, p. 44-45).

Além disso, há um dano na confiabilidade epistêmica (*epistemic trustworthiness*), também, que envolve a sinceridade e competência, dois componentes que são claramente postos em xeque quando a injustiça testemunhal está em jogo. Ao longo da história da humanidade é notável a exclusão de mulheres, por exemplo, de diversas esferas da ação

humana, como a política e a ciência, devido à falta de crédito que lhes eram atribuídas em áreas de confiabilidade epistêmica.

Em respeito a danos secundários (FRICKER, 2007, p. 47-58), decorrentes dos primários, são destacados os danos práticos, pois, ao ser excluído ou desvalorizado da esfera do conhecimento, o agente pode, como no caso de Tom Robinson, ser alvo de um julgamento injusto e receber uma punição injusta. Entretanto, danos práticos da injustiça testemunhal tomam outras formas como, por exemplo, uma mulher em uma posição administrativa, em uma empresa cercada por homens, que não consegue fazer com que sua palavra seja ouvida, devido aos preconceitos correntes, pode ter sua carreira profissional prejudicada. Ela não conseguirá expressar suas ideias, será desvalorizada e, conseqüentemente, receberá menos oportunidades de reconhecimento e promoção. Também é possível estender esses danos a resultados psicológicos, pois, se submeter a um ambiente de injustiça epistêmica pode gerar estresse e frustrações as pessoas que são alvos dos preconceitos. Ademais, há traumas psicológicos deixados por experiências de injustiça testemunhal, quando como, por exemplo, grupos e indivíduos negros são frequentemente abordados pela polícia e têm seu testemunho e sua palavra desacreditada pelos profissionais, ocasionando um trauma de insegurança, instabilidade e medo. Esse trauma pode levar a pessoa a evitar transitar em certos lugares e certas horas, deixando sua rotina prejudicada. Ainda nos danos práticos, é possível destacar os de tipo puramente epistêmicos, pois após ser alvo sucessivo de injustiça testemunhal, o agente pode perder a confiança em suas capacidades, crenças, justificações, etc. Conseqüentemente, o agente alvo da injustiça para de atender as condições necessárias para o conhecimento, ou para de se desenvolver epistemologicamente. O que ocorre é que a pessoa em questão literalmente perde conhecimento. Para Fricker:

A injustiça testemunhal pode, dependendo do contexto, exercer um poder constitutivo social real e, uma vez enraizada, o dano primário da injustiça é severamente aumentado – o insulto epistêmico é também um momento no processo de construção social que constrange quem a pessoa pode ser. Colocando o dano primário juntamente com os danos secundários, temos um quadro de uma injustiça que mostra ser capaz de percorrer profunda e amplamente na vida psicológica e prática da pessoa. Onde não é somente persistente, mas sistemática, a injustiça testemunhal apresenta a face da opressão (2007, p. 58).

A respeito do dano causado pela injustiça hermenêutica, Fricker cita (2007, p. 162-169) um dano primário que consiste no sujeito estar numa desvantagem cognitiva e não conseguir se comunicar adequadamente, por exemplo, como alguém vai conseguir comunicar efetivamente que sofreu assédio sexual, se não há o conceito de assédio sexual? Como resultado, grupos marginalizados em suas fontes coletivas de entendimento são prejudicados já que não conseguem comunicar suas experiências devido a lacunas hermenêuticas. Os exemplos são estendidos se pensarmos na época em que o conceito de estupro não havia sido criado, bem como o de racismo ou o de homofobia. A falta desses recursos conceituais que explicam de modo preciso o significado de uma determinada vivência ou experiência, impede o grupo marginalizado de conseguir efetivar acontecimentos importantes em seus assuntos. Fricker ainda reflete sobre o dano primário da injustiça testemunhal e da injustiça hermenêutica:

O dano causado da injustiça testemunhal é infligido de indivíduo para indivíduo, então, há questões imediatas para serem respondidas a respeito da culpa do ouvinte ou de sua inocência (*non-culpability*) e, de modo mais geral, a respeito da virtude que precisamos cultivar em nós como ouvintes. Alternativamente, a injustiça hermenêutica não é causada por um agente, mas, ao invés disso, é causada por uma característica nas fontes coletivas hermenêuticas – um ponto cego (em casos incidentais), ou (em casos sistemáticos) uma lacuna gerada por uma estrutura identitária preconceituosa no repertório hermenêutico” (2007, p. 168).

O dano secundário da injustiça hermenêutica deriva do dano primário, e diz respeito a consequências práticas e epistêmicas. Por exemplo, se a pessoa não consegue ter um entendimento do significado de suas práticas, ela pode sofrer estresse, insegurança, ansiedade e por aí vai, ou perder a confiança em suas próprias capacidades cognitivas, fruto da falta de recursos apropriados para tornar elas efetivas.

Familiarizados com os danos da injustiça testemunhal e hermenêutica, a pergunta que fica é como esses fenômenos nos ajudam na contraposição a tese positivista normativa do direito. Mais precisamente, por que a moralidade deve participar do direito e por que isso é algo bom? Como procurei argumentar até aqui, os danos das injustiças vistas estão em constante relação com o direito. Pense, por exemplo, na campanha “Justiça para Inocentes” da OABRJ, em parceria com 342Artes e a Mídia Ninja, que buscou conscientizar e denunciar que 70% das acusações injustas em falhas do

reconhecimento fotográfico atingem negros. Há diversos relatos de casos que seguem esse padrão de injustiça, por exemplo, o jovem Ramon Carlos de Souza. O jovem foi preso preventivamente em fevereiro de 2020, após ter sido reconhecido por fotografia e acusado de ter dirigido um carro usado em um assalto a residência. As injustiças ocorreram na medida em que Ramon, durante o acontecimento do crime que foi acusado, estava no velório de seu avô, também não colheram suas digitais, ele não sabia dirigir e não tinha bigode, como a vítima havia descrito (PASSI, 2020).

Relembremos também a decisão unânime do STF votando pela inconstitucionalidade do recurso de legítima defesa da honra, visando a frequência que o recurso era utilizado para aliviar réus em casos de feminicídio. Com suas raízes no Brasil colonial, em que era garantido o direito ao marido de matar a esposa em casos de adultério, o recurso se perpetuou em nosso sistema sendo utilizado para tentar afrouxar punições a réus de feminicídio. O que fica no pano de fundo da antiga lei é a defesa de que o crime cometido contra a mulher, é culpa da própria mulher, que feriu a honra do homem. Como argumenta o ministro do STF e relator do caso, Dias Toffoli:

[...] a chamada ‘legítima defesa da honra’ corresponde, na realidade, a recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões graves contra mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões, contribuindo imensamente para a naturalização e a perpetuação da cultura da violência contra as mulheres no Brasil (ADPF 779).

Pensemos também, ainda no tópico de violência contra a mulher, que durante o ano de 2019, segundo o levantamento de dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, foram registradas 66.123 denúncias de estupro e estupro de vulneráveis (um caso a cada oito minutos), em que 85,7% dos casos as vítimas são mulheres. A situação fica pior se pensarmos que se estima que esse número seja dez vezes maior, já que muitos casos de estupro não são reportados pelo medo que as vítimas apresentam, bem como sentimentos de culpa e vergonha. (BUENO; SOBRAL, 2020, p. 132).

O que notamos com esses casos de racismo, feminicídios e machismo, é que os danos causados pela injustiça testemunhal e hermenêutica perpassam as preocupações do direito e da sociedade. O que não é nada novo e possivelmente não seria negado por um positivista normativo. O problema, entretanto, é que esses casos podem sofrer de uma inércia muito grande do direito ao não incorporarem de forma reflexiva a moralidade em

seus processos e interpretações. Dito de outro modo, o direito não pode se restringir a questões de fato se a sociedade é marcada por preconceitos estruturais que poluem a análise de fatos, ele atrasaria sua capacidade reflexiva e corretiva. Se o imaginário social sobre o negro, mulheres e homossexuais é preconceituoso, como é possível perceber de forma quase que intuitiva, mas os dados acima nos ajudam a formalizar o fenômeno, as fontes sociais seriam muitas vezes enviesadas e não perceberiam como apenas perpetuam estereótipos de opressão. Em tal cenário, os danos da injustiça testemunhal e hermenêutica continuariam a ocorrer e continuaríamos durante muito tempo marginalizando e excluindo grupos da sociedade. Sem uma capacidade moral e reflexiva, incorporada ao direito de modo que ele consiga questionar e revisar os fatos sociais, inúmeros danos epistêmicos e morais demorariam para serem corrigidos, como, por exemplo, o recurso da legítima defesa da honra, que nasceu no Brasil colonial e só foi posto em xeque recentemente. De modo geral, a participação da moralidade no direito seria boa por fornecer recursos que achatariam a curva das injustiças testemunhais e hermenêuticas, ao passo que sua exclusão seria ruim, pois orientar o direito por fatos sociais é insuficiente, já que os fatos sociais podem expressar apenas preconceitos identitários danosos.

Mas como o direito deve incorporar a moralidade a fim de evitar os danos da injustiça epistêmica? Com a virtude da justiça testemunhal e hermenêutica. Aqui seguirei a descrição de ambas as virtudes ofertadas por Fricker. Começando pela virtude da justiça testemunhal, tal disposição se caracteriza por sua característica de “neutralizar o impacto do preconceito em juízos de credibilidade”² (FRICKER, 2007, p. 92). Essa virtude necessita que o agente se poste de maneira reflexiva para ser sensível aos possíveis preconceitos identitários que podem estar operando na hora em que pré-avaliações são feitas com base em estereótipos. Tal disposição seria essencial em julgamentos e criação de leis, isto é, se perguntar em que medida a avaliação de um testemunho está sendo prejudicada por um preconceito, ou até que ponto certa lei criada prejudica a posição de

² Aqui a autora, reconhecendo a força da má sorte circunstancial, opta pelo caminho de “neutralizar” a injustiça em questão, ao invés de extirpá-la completamente. É reconhecido em que agentes podem se encontrar em uma circunstância epistêmica e moral muito desfavorável para o reconhecimento dos preconceitos de seu tempo. Consequentemente, uma exigência de que as pessoas agissem e pensassem de forma diferente seria muito forte, bem como a censura seria uma resposta inadequada.

um indivíduo como sujeito que transmite conhecimento e que seja capaz de depoimentos confiáveis e seguros. Ademais, também joga luz na importância de se ouvir o que pessoas que são mais afetadas por certas medidas legais têm a dizer dos efeitos e das práticas legais em suas vidas. Por exemplo, o que os moradores de favelas pensam do excludente de ilicitude por parte dos policiais, tendo em vista os inúmeros conflitos e operações policiais que ocorrem em tais lugares.

Sobre a virtude da justiça hermenêutica (FRICKER, 2007, p. 169-175) também é destacada a característica corretiva de sua estrutura, no sentido de que visa corrigir danos de um ambiente epistêmico viciado. E, do mesmo modo que a virtude da justiça testemunhal, também exige da pessoa sensibilidade e atenção reflexiva para identificar possíveis erros e preconceitos nas fontes epistêmicas que estão sendo consultadas³. Precisamente, a virtude da justiça hermenêutica é caracterizada por “neutralizar o impacto estrutural do preconceito de identidade no juízo de crédito” (FRICKER, 2007, p. 173). O exercício de tal virtude no direito se adequaria mais propriamente a criação e revisão de leis, reconhecendo que os fatos sociais podem estar sujeitos a vieses em suas interpretações e limites do conhecimento disponíveis, logo, uma sensibilidade a essas condições é imprescindível a fim de evitar erros. Sobre o testemunho, vale ressaltar que a virtude hermenêutica também tem o seu papel, pois o ouvinte deve estar atento a possíveis tentativas de comunicação do falante que podem estar prejudicadas devido às fontes de consulta disponíveis para ele dar sentido a sua experiência. Consequentemente, é válido ter um cuidado maior quando grupos marginalizados tentam expressar seus depoimentos.

Entretanto, uma dúvida que ainda pode surgir é a respeito da natureza da virtude da justiça testemunhal e hermenêutica, isto é, se ela é moral ou epistêmica. Se for somente epistêmica o problema claro é que a conexão entre moralidade e direito é perdida. Todavia, como bem destaca Fricker (2007, p. 120-128; 169-175), tais virtudes são híbridas, tendo aplicações morais e epistêmicas de modo conjunto, ou separado. O que

³ A diferença mais clara entre as virtudes, como foi dito, é que a virtude da justiça hermenêutica é sempre corretiva. A virtude da justiça testemunhal pode ocorrer de modo inocente em alguns casos como, por exemplo, em crianças que não partem descredibilizando testemunhos com base em preconceitos, logo, a virtude não será corretiva nesse sentido. Entretanto, devido às lacunas das fontes hermenêuticas do falante, na injustiça hermenêutica as falhas comunicativas sempre estão presentes, logo, o ouvinte precisa estar em um estado de constante correção (2007, p. 98-108; 169-175).

potencializa ainda mais sua relevância para o direito, pois há possibilidade de um risco duplo aos sujeitos, bem como sua excelência apresenta benefícios duplos.

Começando pela caracterização da justiça testemunhal, se formos analisar qual é o seu fim imediato em termos epistêmicos, teremos a resposta de que é neutralizar o preconceito em juízos de credibilidade, enquanto seu fim último é a verdade. De modo similar, o fim imediato da virtude em termos morais também é neutralizar o preconceito em juízos de crédito, enquanto seu fim último é a justiça. Logo, a virtude da justiça testemunhal é híbrida devido a seu caráter motivacional ser o mesmo, neutralizar preconceitos em juízos de crédito. Sendo que seu fim último dependerá do contexto, isto é, por vez o fim último da virtude da justiça testemunhal será moral, atingir a justiça, e por vezes será epistêmico, atingir a virtude. Para Fricker:

Assim, a justiça testemunhal considerada como uma virtude intelectual ou uma virtude moral, ambas, contém a mesma motivação individualizadora: neutralizar o preconceito em julgamentos de crédito. Eu concluo que elas são uma e a mesma virtude, mesmo enquanto o fim último que é mais apropriadamente endereçado (verdade ou justiça) mudará conforme o contexto (2007, p. 122).

Já a virtude da justiça hermenêutica, segue um padrão parecido com o da justiça testemunhal, mudando apenas o conteúdo. Nesse caso, o fim imediato compartilhado é neutralizar o preconceito estrutural de identidade em juízos de crédito, enquanto os fins últimos, a verdade e a justiça, irão depender dos contextos práticos.

3. O Desacordo Moral como uma Objeção

Uma das objeções feitas à conexão da moralidade no direito, é que tal relação deve ser evitada devido a uma série de desacordos morais que apresentamos em nosso dia a dia. Jeremy Waldron (1999, p. 164-187) faz essa linha de argumentação para destacar as vantagens de um positivismo normativo.

O ponto está em que sabendo das divergências morais que temos em princípios, virtudes, modelos teóricos, etc., a participação da moralidade no direito seria arbitrária⁴, tendo em vista que não haveria um critério para escolher como (e que tipo de) moralidade

⁴ Waldron estabelece os três sentidos de arbitrariedade que ocorrem na relação moral e direito por parte da moral. Tais sentidos dizem respeito a imprevisibilidade, a irracionalidade e a falta de legitimidade política (1999, p. 167-168).

entraria no direito. A arbitrariedade da moralidade estaria basicamente no fato de que mesmo que uma posição moral fosse verdadeira, a moralidade ainda não conseguiria apresentar uma epistemologia adequada sobre como todos teriam acesso a fatos morais, conseqüentemente, mesmo com uma posição moral verdadeira, os desacordos ainda ocorreriam. Havendo desacordos, se um juiz pautar uma decisão legal em algum critério moral, ele não conseguiria explicar porque sua abordagem é a mais correta diante das demais posições.

Entretanto, diferentemente do que diz Waldron, não vejo tantos desacordos morais em princípios e virtudes, apenas em como devemos preenchê-los. Por exemplo, não parece haver grandes desacordos que a virtude da justiça é uma virtude, que o princípio de respeitar a dignidade humana é um princípio que não é arbitrário, ou que o dever de cumprir promessas também deve ser valorado. De certo modo, há um amplo acordo sobre avaliações morais. Quando ficamos sabendo de um assassinato causado por motivos torpes, maus tratos aos animais, desvio de verba pública a hospitais, etc., temos uma reação comum de desaprovação e de identificação sobre o que foi violado. O fato de ter teorias morais distintas explicando de modos distintos tais reações, não significa que a moralidade seja arbitrária. Nosso discurso ordinário moral não é tão confuso quanto uma torre de Babel, por mais que possa haver desacordos de outras dimensões.

Conseqüentemente, se há acordo em alguns princípios e virtudes mais compartilhados, a questão da epistemologia, de como podemos saber que esses princípios e virtudes existem como fatos e são verdadeiros, perde importância, pelo menos sobre a objeção de arbitrariedade. De modo pragmático, ou no modo como o conhecimento moral nas comunidades contemporâneas é transmitido, esses princípios e virtudes atingem seu grau de compreensão por parte dos agentes morais. Mesmo alguém que assuma posições mais extravagantes, como os cétricos, por exemplo, não vão se recusar de morar em uma comunidade que tome esses valores como valores morais mais robustos.

O próximo desafio é mostrar que as virtudes da justiça testemunhal e hermenêutica fazem parte de um sistema moral mais robusto. Para isso, basta pensarmos na relação muito próxima que ambas as virtudes têm com o direito, como já foi visto mais acima. Ademais, não parece ser um ponto problemático afirmar ser moralmente desejável que evitemos danos da injustiça testemunhal e hermenêutica, pois, como foi observado, há

danos morais relativos a diminuir o valor de pessoa humana dos falantes, sendo certamente um princípio moral valorado. Alternativamente, há razões epistêmicas para as leis adotarem essas virtudes, pois através delas os ouvintes do direito terão mais mecanismos para avaliarem de maneira correta os testemunhos e as questões de fatos que tangem o direito.

Alternativamente, poderia se ser argumentado que o direito recairia em uma arbitrariedade se se pautasse apenas por fatos sociais, pois, como vimos, sujeitos socialmente situados sofrem preconceitos e danos relativos a fatores arbitrários, como, por exemplo, sua raça, religião, sotaque, gênero, etc. Conseqüentemente, se pautar apenas em fatos sociais apenas replicaria essas arbitrariedades, ao passo que considerar virtudes morais reflexivas e corretivas incorporadas no direito e seus processos, ajudaria a corrigir essas arbitrariedades por critérios mais sólidos e robustos⁵.

Considerações Finais

Ao longo do trabalho procurei defender o argumento de que deve haver uma conexão necessária por meio da moralidade no direito e que tal relação é desejável. A maneira como a moralidade deve ser assimilada é pela virtude da justiça testemunhal e hermenêutica, duas virtudes híbridas e com fortes implicações no direito. Por um lado, incorrer no erro de não considerar tais virtudes resulta em uma prática do direito que causa danos aos sujeitos e que inocentemente acredita que fatos sociais não precisam de um escrutínio mais preciso e de interpretação. Por outro lado, as objeções a respeito do desacordo moral, que ameaçam a relação pretendida, não parecem se sustentar frente a um acordo intersubjetivo bem definido que temos sobre o que valorar na moralidade. Ademais, as virtudes da justiça testemunhal e hermenêutica fazem parte das virtudes mais robustas que o direito deve incorporar, tendo em vista suas implicações e fortes conexões.

⁵ Denis Coitinho também recentemente trabalhou na conexão da moralidade e do direito por meio de uma interpretação da autoridade normativa da moralidade em segunda pessoa, analisando como o fenômeno da injustiça epistêmica, juntamente a desobediência civil, ajudam na compreensão das conexões entre os fenômenos. Para mais detalhes ver seu artigo “Moral e Direito: uma conexão peculiar” (2021).

Referências

BUENO, Samira; SOBRAL, Isabela. Um estupro a cada oito minutos. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**, ano 14, p.132-138, 2020.

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro. Lei nº 9503, de 23 de setembro de 1997.

República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm#:~:text=Junto%20a%20cada%20órgão%20ou,contra%20penalidades%20por%20eles%20impostas.>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. Código Penal. Decreto Lei nº 2848 de 7 de dezembro de 1940. **República Federativa do Brasil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779.** Brasília, 15 de março de 2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6081690>>. Acesso em: 21 abr. 2021.

COITINHO, Denis. Moral e Direito: uma conexão peculiar. **Educação e Filosofia**, v. 35, n. 73, p. 131-158, jan/abr., 2021.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs.** Cambridge Massachusetts: Harvard University Press, 2011.

FRICKER, Miranda. **Epistemic Injustice: the Power and the ethics of knowing.** New York: Oxford University Press, 2007.

GREEN, Leslie. Legal Positivism. **Stanford Encyclopedia of Philosophy.** Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>>. Acesso em: 28 dez, 2020.

MACHADO, Naiara. Artigos: Uma breve história do crime de estupro. **Jus**, jul/2016.

Disponível em:<<https://jus.com.br/artigos/51014/uma-breve-historia-sobre-o-crime-de-estupro#:~:text=O%20estupro%20só%20foi%20denominado,Prostituta%20a%20pena%20era%20diminuída.&text=No%20Código%20Penal%20de%201940,mulheres%20poderiam%20ser%20sujeito%20passivo.>>. Acesso em: 03 jan, 2021.

PASSI, Cassi. Conheça a história de Ramon Carlos de Souza, tema do 2º vídeo da campanha 'Justiça para os Inocentes'. **AOBRJ**, 2020. Disponível em: <<https://oabrij.org.br/noticias/conheca-historia-ramon-carlos-souza-tema-2o-video-campanha-justica-os-inocentes>>. Acesso em: 18 fev. 2021

PASSI, Cassi. Veja o primeiro vídeo e conheça a campanha 'Justiça para os inocentes'. **AOBRJ**, 2020. Disponível em: <<https://www.oabrij.org.br/noticias/veja-primeiro-video-conheca-campanha-justica-os-inocentes>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

UNISEF. **Porque dizer não à redução da maioria penal**. Nov. 2007. Disponível em:

<https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/idade_penal/unicef_id_penal_nov2007_completo.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.