

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO – DIMITRI DIMOULIS.....	7
1. Lon Fuller: dos Exploradores de Cavernas aos Denunciantes Invejosos	7
2. Punir ou perdoar os crimes de uma ditadura?	9
2.1 A justiça de transição	9
2.2 Experiências estrangeiras de justiça de transição	10
2.3 A justiça de transição no Brasil	13
3. Direito positivo ou direito justo?	15
4. Origem e finalidade desse livro	20
BIBLIOGRAFIA	23

PRIMEIRA PARTE

O CASO DOS DENUNCIANTES INVEJOSOS – LON L. FULLER	29
Primeiro Deputado.....	32
Segundo Deputado.....	34
Terceiro Deputado	36
Quarto Deputado	38
Quinto Deputado	40

SEGUNDA PARTE

CINCO NOVAS OPINIÕES SOBRE O CASO DOS DENUNCIANTES INVEJOSOS – DIMITRI DIMOULIS	43
---	----

Opinião do Prof. Goldenage.....	44
Opinião do Prof. Wendelin.....	49
Opinião da Prof ^a . Sting.....	54
Opinião do Prof. Satene	59
Opinião da Prof ^a . Bernadotti	64
BIBLIOGRAFIA	71
OUTRAS OBRAS DO AUTOR.....	77

APRESENTAÇÃO

Dimitri Dimoulis

1. Lon Fuller: dos Exploradores de Cavernas aos Denunciantes Invejosos

Lon¹ Luvois Fuller (1902-1978) nasceu em Hereford no Estado do Texas.² Estudou economia e direito em Stanford e atuou como professor de teoria geral do direito, inicialmente nas Faculdades de Direito de Oregon, Illinois e Duke e, a partir de 1940, na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, onde trabalhou até 1972.

Fuller publicou muitas obras de direito civil, de filosofia e de teoria do direito. Deve sua fama a um breve ensaio intitulado *O caso dos exploradores de cavernas*. Esse trabalho, publicado em 1949, foi lido e comentado por estudantes e professores de direito em todo o mundo, tendo sido inclusive traduzido para vários idiomas. A tradução para o português, publicada em 1976, obteve um considerável sucesso editorial.³

Fuller apresenta um caso imaginário. Cinco cientistas ficam presos em uma caverna sem alimentos suficientes para sobreviver até que o resgate desobstrua a entrada. Eles decidem matar um entre eles para que possam se alimentar, sendo esta a única possibilidade para salvar as próprias vidas. Será que eles devem ser punidos por homicídio doloso?

A história lembra mais o roteiro de um filme do que um sóbrio estudo de filosofia do direito. Na realidade, Fuller não quer divertir nem apavorar o leitor. Seu objetivo é provocar uma discussão sobre o que é justo e injusto, ou

¹ Agradeço a leitura crítica e as preciosas sugestões dos colegas Ana Lucia Sabadell, André Ramos Tavares, Flávio Viana Filho, Soraya Gasparetto Lunardi e Theodomiro Dias Neto.

² Sobre a vida e a atuação acadêmica de Lon Fuller, cf. SUMMERS, 1984, p. 3-13.

³ FULLER, 1976.

seja, uma discussão sobre *o que é direito*. O autor não oferece uma resposta definitiva. Limita-se a expor várias opiniões sobre a possível condenação dos quatro exploradores e nos convida a refletir sobre o caso, discutindo estas opiniões.

Fuller publicou, em 1964, o livro *The morality of law (A moralidade do direito)*. É o seu trabalho mais denso e original, comentado pelos mais importantes filósofos do direito e reeditado diversas vezes.⁴

A obra oferece uma inovadora análise das relações entre o direito e a moral. Fuller adota uma posição moralista, propondo definir e aplicar o direito positivo à luz das aspirações morais. Segundo o autor, as normas de conduta e de sanção que são criadas pelo Estado só merecem o nome “Direito” quando satisfazem certos requisitos de qualidade que ele denominou de moralidade interna do direito (publicidade das normas, generalidade, estabilidade no tempo, não retroatividade etc.). Fuller foi um dos principais contestadores do filósofo do direito Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) que sustentava, no mesmo período, as teses do positivismo jurídico.⁵

Nessa obra, Fuller incluiu um texto intitulado *O problema do Denunciante Invejoso*. O autor informa que utilizou esse texto como material de apoio em seus cursos de teoria do direito e também como introdução à problemática jurídica, distribuindo-o aos alunos de primeiro ano da Faculdade de Direito de Harvard, na qual ministrava a disciplina de introdução ao direito.⁶

Fuller apresenta nesse texto um caso bastante diferente daquele narrado nos “Exploradores de Cavernas”. Durante uma ditadura, muitas pessoas denunciaram seus inimigos sabendo que os tribunais do país, aplicando a legislação da época, pronunciarão a pena de morte para delitos que, objetivamente, não eram graves. Após a queda do regime ditatorial, os denunciante, que Fuller chama de invejosos, foram objeto de execração popular. Ainda que os denunciante não tivessem cometido nenhum delito, pois só levaram a

⁴ Utilizamos a segunda edição: FULLER, 1969. Sobre a produção jurídica de FULLER cf. SUMMERS, 1984; ALDAY, 2000; RUNDLE, 2012.

⁵ HART, 1994 e 2009. A polêmica iniciou-se com HART, 1958. Resposta em: FULLER, 1958. Recentes reflexões sobre o debate em: CANE (org.), 2010. Sobre a controvérsia em relação à validade do direito injusto, cf. MERTENS, 2002; HALDEMANN, 2005; DYZENHAUS, 2008.

⁶ FULLER, 1969, p. VII.

conhecimento das autoridades fatos puníveis segundo a legislação em vigor, muitos exigiram que fossem punidos.

2. Punir ou perdoar os crimes de uma ditadura?

2.1 A justiça de transição

O caso dos Denunciantes Invejosos é imaginário. Mas foi elaborado com base na experiência das ditaduras do século XX e, principalmente, do regime nazista na Alemanha.⁷ Essas ditaduras se apresentavam formalmente como Estados de Direito, possuindo uma Constituição e leis não muito diferentes daquelas dos países democráticos.

Os regimes democráticos que sucederam às ditaduras enfrentaram o dilema que aponta Fuller no caso dos Denunciantes Invejosos: perdoar ou punir os crimes, os excessos de violência e as injustiças ocorridas durante as ditaduras? Temos aqui um problema conhecido como *justiça de transição* (*transitional justice*).

A justiça de transição se define como “um processo de julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime político para um outro”.⁸ Suas finalidades são três:

Satisfazer as vítimas da violência e da atuação arbitrária do Estado. Para tanto, é oferecida reparação material (indenizações, aposentadorias, reintegração ao serviço público, anulação de condenações) ou moral (pedido de desculpas por autoridades estatais, abertura de arquivos, identificação dos agentes de repressão).

Pacificar a sociedade, eliminando tensões e animosidades entre grupos políticos que continuam apoiando o regime anterior e as forças ligadas ao novo governo. Medidas como a anistia promovem a conciliação e “fecham a conta” com um compromisso.

Tomar providências políticas para *evitar que tal experiência se repita*: “Nunca Mais!”. Para tanto, são feitas reformas do Estado, campanhas de esclarecimento da opinião pública e realizam-se atos simbólicos de resgate da memória (monumentos, museus, exposições, instituição de datas comemorativas).

⁷ Cf. a análise de casos similares que foram levados a julgamento na Alemanha após a queda do nazismo em: MERTENS, 2002, p. 186-205; FREUND, 2006, p. 129-134.

⁸ ELSTER, 2004, p. 1.

2.2 Experiências estrangeiras de justiça de transição

Dependendo do país e do momento histórico, foram adotadas várias soluções, analisadas em uma longa série de estudos⁹ e refletidas em produções artísticas.¹⁰ Em alguns países os responsáveis decidiram “esquecer” o passado, colocando “um ponto final”. Foi assim concedida uma ampla anistia, ou seja, um perdão geral aos responsáveis e aos colaboradores dos regimes ditatoriais. Esse foi o caminho seguido em alguns países da América Latina, incluindo o Brasil, e da Europa (Espanha, Polônia).

Em outros países, foi decidido processar os golpistas e os responsáveis pelos males causados durante as ditaduras (Argentina, Alemanha, Grécia). Quem defendeu os colaboradores do regime apresentou os seguintes argumentos:

- o réu simplesmente aplicava o direito em vigor (argumento da *legalidade*);
- o réu acatava ordens dadas por seus superiores hierárquicos, cumprindo com seus deveres; não cabia a ele examinar a legalidade das ordens ou as intenções de seus superiores (argumento do *dever legal*);
- se o réu não tivesse colaborado com o regime, teria sido gravemente sancionado e mesmo exposto a perseguições junto a seus familiares, algo que ninguém pode exigir de uma pessoa comum (argumento da *inexigibilidade de conduta diversa*);
- se o réu não tivesse executado as ordens, os ditadores encontrariam facilmente outras pessoas que teriam atuado da mesma forma ou até com maior rigor (argumento da *fungibilidade*);
- o dano causado pelo acusado é um verdadeiro detalhe diante das incontáveis atrocidades de uma ditadura; sua punição significaria castigar um bode expiatório (argumento da *insignificância*).

⁹ Panorama das soluções dadas em vários países em: KRITZ, (org.), 1995. 3 vol.; ESER et al (orgs.). 2000-2012, 14 vol.; ANDRIEU, 2012. Cf. as informações em [<http://www.ictj.org>]. Reflexões em: ELSTER, 2004; TEITEL, 2000; MINOW, 1999; RETTBERG (org.), 2005; GREIFF, DUTHIE (orgs.), 2009; OLSEN et al, 2010; HINTON (org.), 2010; NEUMANN et al (orgs.), 2013; BUCKLEY-ZISTEL et al (orgs.), 2014. Ver também as revistas especializadas: Revista anistia política e justiça de transição; International Journal of Transitional Justice.

¹⁰ Um exemplo é o relato biográfico da filósofa judia Hannah Arendt que argumentou pela “banalidade do mal” no nazismo, questionando a decisão de punir colaboradores do regime (“Hannah Arendt”, dir. Margarethe von Trotta, Alemanha, 2012).

Quem aceita tais argumentos deveria absolver praticamente todos os acusados, considerando como únicos culpados o restrito grupo dos chefes da ditadura dos quais emanavam as ordens iniciais!

A problemática foi tratada na Alemanha em uma ampla jurisprudência após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945. A maioria dos tribunais descartou a tese da legalidade do regime nazista com base em dois argumentos. Em primeiro lugar, foi considerado que as normas jurídicas que contrariam o sentimento de humanidade e de justiça não possuem validade jurídica. Em segundo lugar, foi considerado que tribunais nacionais e internacionais devem julgar graves violações dos direitos humanos, principalmente, crimes de guerra e crimes contra a humanidade: genocídio; perseguição por motivos religiosos, étnicos, políticos ou de orientação sexual; guerra imperialista. Para viabilizar esses processos foi necessário criar leis penais *retroativas*, violando o princípio da legalidade e criando Tribunais, como o de Nuremberg, que faziam propaganda moral e política e aplicavam o direito que eles mesmos criavam. Mesmo assim, as estatísticas indicam que a maioria dos colaboradores do regime permaneceu impune, já que grande parte dos políticos e dos integrantes do poder judiciário não considerou adequada a punição, em parte porque tinham simpatias pelo regime nazista, em parte porque consideravam preferível pacificar o país.¹¹

Situação semelhante verificou-se após a queda do regime socialista da Alemanha Oriental em 1989 e a incorporação daquele país na Alemanha Ocidental. Os tribunais ocidentais decidiram sobre centenas de casos de responsáveis políticos, militares, juízes, outros funcionários e colaboradores do regime socialista, acusados de terem provocado a morte, privado a liberdade ou causado graves prejuízos materiais e morais a opositores políticos.

O caso mais notório foi aquele dos “atiradores do Muro” (*Mauerschützen*). Tratava-se de soldados responsáveis pela guarda do Muro de Berlim que separava a parte ocidental da parte oriental da cidade. Os soldados do Muro recebiam ordem de atirar contra qualquer pessoa que tentasse passar, sem autorização, para o setor ocidental da cidade de Berlim. Dezenas de pessoas morreram ou foram feridas na tentativa de atravessar esta fronteira sem autorização legal.

Processados após a anexação da Alemanha Oriental, os soldados defenderam sua inocência alegando que: executavam ordens de seus superiores;

¹¹ GONÇALVES, 2001; NINO, 1998; RATNER, ABRAMS, 2001; REDAKTION KRITISCHE JUSTIZ (org.), 1998, p. 265-322 e 383-687; MIQUEL, 2004.

a obrigação de atirar contra quem tentasse fugir do país era prevista em lei; eventual descumprimento dos deveres militares os exporia a duras punições.

Mesmo assim, muitos tribunais da Alemanha Ocidental, incluindo o Tribunal Constitucional Federal, consideraram que as leis e as ordens dadas nesse sentido eram nulas. Primeiro, porque eram manifestadamente injustas. Segundo, porque violavam tratados internacionais assinados pela Alemanha Oriental e assegurando o direito à vida e à livre circulação das pessoas. Houve assim condenações de soldados e funcionários do regime socialista.

Esses casos reanimaram o debate acerca da postura do aplicador do direito perante “leis injustas” e provocaram novas polêmicas entre os estudiosos. Existe um direito superior ao direito legislado (direito supralegal) ou mesmo um direito superior a todo o direito positivo (direito suprapositivo)? O que ocorre se esse direito entrar em conflito com o direito positivo?

Alguns juristas aplaudiram a postura dos tribunais alemães por terem posto a justiça acima do direito em vigor. Outros se mostraram mais céticos, considerando que seria preferível perdoar. Como podia o soldado que acatava ordens legais pensar que após uma mudança de regime viria a ser punido por ter obedecido às leis de seu país?

Outros formularam duras críticas contra essa jurisprudência. Sustentaram que, quando há mudança de regime, os atuais donos do poder querem simplesmente se vingar de seus adversários derrotados e aplicam uma justiça dos vencedores (*Siegerjustiz*) com o pretexto de que só eles criam e aplicam o verdadeiro direito, o direito justo. Os processos contra os expoentes do regime derrotado não passariam de encenações que só formalizavam a decisão condenatória. Seriam “processos de fachada” (*Scheinprozesse*) que procuram estigmatizar os acusados e causar impacto na opinião pública sem apurar responsabilidades individuais ou procurar as causas que levaram ao regime ditatorial.¹²

Na Argentina, durante a ditadura militar (1976-1983), foi vivenciado um terrorismo de Estado com grande número de vítimas. Entre 10.000 e 30.000 pessoas foram assassinadas e as vítimas de tortura, prisões arbitrárias e perseguições políticas foram incontáveis. Com decisões tomadas em 1989 e 1990, o governo democrático argentino anistiou os responsáveis e os colaboradores da ditadura. Essa decisão nunca foi aceita pela população e, após

¹² Sobre as posições sustentadas na doutrina e na jurisprudência alemã cf.: NEUMANN, 2010, p. 129-156; ALEXY, 2000, p. 197-230; JAKOBS, 1994, p. 137-158; MARXEN, WERLE (orgs.). 1999; MCADAMS, 2001.

longas e intensas controvérsias políticas, o Congresso Nacional declarou, em 2003, que as leis de anistia eram “insanavelmente nulas”.¹³

Em 2005, a Suprema Corte argentina confirmou a constitucionalidade dessa declaração de nulidade e abriu o caminho para processar penalmente os responsáveis.¹⁴ Passados mais de trinta anos após o fim da ditadura, estão em andamento 500 processos e já foram condenadas 700 pessoas por crimes de “lesa humanidade”, incluindo muitos comandantes militares.¹⁵

Tanto o Congresso Nacional da Argentina como a Suprema Corte decidiram que a impunidade contraria tratados internacionais que vigoravam no país, dando destaque ao direito internacional.¹⁶ Um caminho semelhante foi seguido no Chile¹⁷ e no Uruguai¹⁸ que iniciaram tardiamente processos penais contra agentes das ditaduras. Veremos que há semelhantes propostas no Brasil.

2.3 A Justiça de transição no Brasil

No Brasil prevaleceu por décadas a opção política de “esquecer” a repressão dos opositores durante a ditadura militar, instalada após o golpe de 1964. No final da ditadura, a Lei 6.683 de 1979 anistiou a maioria dos crimes de natureza política cometidos durante o regime.¹⁹ Os Tribunais consideraram que essa lei beneficiava tanto os opositores como os agentes da ditadura. Por isso ninguém foi condenado após o fim da ditadura.

Nos últimos anos foi fortemente questionada a validade e a interpretação da Lei de Anistia de 1979. Organizações de vítimas da perseguição política e grupos de esquerda pediram o esclarecimento de fatos ocorridos durante a ditadura (direito à verdade) e a identificação dos responsáveis por crimes estatais (“fim da impunidade”). Há mesmo autores que consideram

¹³ Lei 25.779. Fonte: [<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anejos/85000-89999/88140/norma.htm>].

¹⁴ A decisão da Suprema Corte da Argentina encontra-se em: [<http://www.derechos.org/nizkor/arg/doc/nulidad.html>].

¹⁵ Dados extraídos de: [<http://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/wp-content/uploads/sites/4/2016/03/Ver-Informe-Estadistico1.pdf>].

¹⁶ VÍTOLO, 2005; GOTI, 2000.

¹⁷ BASUALTO, 2013.

¹⁸ PALERMO, 2013.

¹⁹ Histórico sobre os crimes da ditadura e a anistia em: MEZAROBBA, 2006; SWENSSON JR., 2007; SABADELL et al, 2009; PEREIRA, 2010.

a Lei de Anistia “extremamente injusta” e por isso inválida,²⁰ apesar de ter sido aprovada de maneira consensual e sem violar o direito da época.²¹

O Governo Federal teve uma posição ambivalente. Por um lado, indenizou vítimas do regime²² e publicou uma ampla pesquisa sobre os acontecimentos e as vítimas da ditadura.²³ O mais recente passo nessa direção foi a atuação da Comissão Nacional da Verdade (2012-2014) com a principal tarefa de esclarecer graves violações de direitos humanos durante a ditadura.²⁴ Por outro lado, o governo quis evitar conflitos com grupos de militares que não admitem questionamentos da atuação das forças de segurança durante a ditadura e muitos acontecimentos do período são ainda considerados “segredo de Estado”.

Tramitam judicialmente ações de familiares de vítimas e do Ministério Público Federal com a finalidade de conseguir a abertura de arquivos estatais, de identificar os responsáveis pelos crimes da ditadura, de indenizar as vítimas e de perseguir penalmente agentes da ditadura por atos que, segundo certos entendimentos, não prescreveram ainda.²⁵

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal que julgou em 2010 a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, confirmando a validade da Lei de Anistia.²⁶ Alguns meses depois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, julgando o caso 11.552, condenou o Brasil pela sua inércia em perseguir os responsáveis da ditadura e pela falta de esclarecimento dos acontecimentos durante o período. A mesma sentença declarou a invalidade da lei de anistia na parte que beneficia a criminalidade estatal.²⁷ Essas decisões contrárias criaram um impasse

²⁰ WEICHERT, 2013, p. 501-506.

²¹ SABADELL, DIMOULIS, 2011, p. 86-87. Sobre a “legalidade autoritária” da ditadura no Brasil, ver PEREIRA, 2010, p. 51-146.

²² Lei 9.140 de 1995, muitas vezes modificada.

²³ Secretaria Especial dos direitos humanos (org.), 2007.

²⁴ TORELLY, 2013; ANTONIO, 2015. Ver o extenso relatório final da Comissão em: [<http://www.cnv.gov.br/index.php/outros-destaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>].

²⁵ Informações em: [<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/roteiro-atuacoes/docs-cartilhas/RelatorioJusticadeTransicao-Novo.pdf/view>].

²⁶ ADPF 153, rel. Min. Eros Grau, julgada em 29.04.2010. Acórdão em: [<http://www.stf.jus.br>].

²⁷ Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, julgado em 24.11.2010. Sentença em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf].

político. No entanto, do ponto de vista legal, a decisão do STF é vinculante para todos no Brasil.²⁸

Constatamos, assim, as tentativas de inverter no Brasil a opção de “esquecimento” da criminalidade estatal. Procura-se, por um lado, responsabilizar os agentes da ditadura (*opção punitiva*) e, por outro lado, esclarecer o passado político do país e conscientizar as novas gerações (*opção da memória*).²⁹

3. Direito positivo ou direito justo?

O texto de Fuller discute a rica e complexa temática da “justiça de transição” e pode ser de grande utilidade para os estudantes de direito. O problema dos Denunciantes Invejosos permite refletir sobre uma questão de particular importância, analisada nas aulas de introdução ao estudo do direito e, com maior profundidade, nos cursos de filosofia e de teoria do direito. Trata-se da relação entre direito, justiça e moral.

Em torno da definição da justiça e da moral se desenvolvem intermináveis controvérsias.³⁰ Mesmo assim, a maioria dos doutrinadores modernos considera que a questão da justiça se confunde com a questão da moral. A moral estabelece os comportamentos “justos”, ou seja, os comportamentos adequados e aceitos em determinada sociedade. Nesse sentido, a moral impõe aos membros da sociedade determinados padrões de comportamento, seguindo o critério do justo. Por sua vez, a pessoa que é moralmente correta deve fazer o justo adotando regras de comportamento conforme o ideal da justiça social.³¹ Em palavras mais simples: a moral se identifica com a justiça no campo jurídico porque nunca aquilo que é imoral pode ser considerado

²⁸ Profundos comentários em ROTHENBURG, 2012. A validade da anistia foi novamente questionada pelo PSOL na ADPF 320 de 2014, mas o STF não se pronunciou ainda. Igualmente sem resposta permanecem os Embargos Declaratórios na ADPF 153 apresentados em 2011 pela OAB para que o Tribunal adapte sua jurisprudência à decisão da Corte Interamericana.

²⁹ Reflexões a favor e contra a punição dos agentes da ditadura no Brasil em: SOARES, KISHI (orgs.), 2009; SANTOS et al (orgs.), 2009; DIMOULIS et al (orgs.), 2010; TELES, SAFATLE (orgs.), 2010; AMBOS et al, 2010; GOMES, MAZZUOLI, 2011; TORELLY, 2012; MEYER, 2012; JUSTINO, 2013; DUARTE NETO, 2015 (org.); SWENSSON JR., 2015.

³⁰ DIMOULIS, 2007. p. 104-118, 130-155.

³¹ DAUCHY, 1999. p. 506-508.

justo, nem aquilo que é visto como injusto pode ser considerado como moralmente correto.

Dessa maneira, um problema central da teoria e da filosofia do direito diz respeito às relações entre o comportamento legalmente imposto (ou permitido) e o comportamento que é considerado moralmente justo. O que deve acontecer quando uma norma jurídica se revela injusta porque contraria as opiniões da sociedade sobre o correto e o adequado? O que deve fazer o intérprete do direito quando as normas em vigor levam a resultados injustos ou inaceitáveis? O que deve ocorrer quando o direito do passado passa a ser considerado como injusto ou imoral? Seria adequado responsabilizar quem criou e aplicou esse direito?

Muitas vezes constatamos um forte descompasso entre os mandamentos do legislador e a solução que é considerada justa pelo intérprete do direito ou pela maioria da população.

Em primeiro lugar, o descompasso pode ser devido às insuficiências do legislador. Isso ocorre quando o regulamento genérico não se ajusta a um caso concreto³² ou quando a evolução social tornou insatisfatório o próprio regulamento.³³

Em segundo lugar, o descompasso entre o legalmente imposto e aquilo que é considerado justo pode ser devido a uma legislação que protege os interesses políticos e econômicos de determinados grupos sociais, prejudicando a maioria da população.³⁴

Finalmente, esse descompasso pode ser devido ao exercício do poder por governos autoritários que oprimem os direitos fundamentais da maioria. Esse é o caso das ditaduras do século XX, que causaram injustiças e discriminações por meio de leis e decisões administrativas.³⁵

³² Exemplo: o legislador pune o furto mesmo quando o valor da coisa é pequeno (art. 155, § 2.º, do Código Penal). Devemos considerar que comete esse crime mesmo quem furta um objeto de valor ínfimo, por exemplo, um chiclete?

³³ Exemplo: o art. 124 do Código Penal de 1940 pune o aborto mesmo quando for realizado a pedido de uma gestante que enfrenta sérios problemas psicológicos ou financeiros e não pode criar o filho. Em nossos dias, as autoridades do Estado praticamente deixaram de perseguir quem realiza aborto em tais condições.

³⁴ A legislação tributária é criticada por distribuir os impostos de forma injusta, sendo que, no Brasil, os trabalhadores assalariados assumem a maior parte da carga tributária.

³⁵ Exemplo: o Ato Institucional 5, de 1968, deu ao Presidente da República o poder de “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de

Os problemas não terminam por aqui. Mesmo quando as decisões do legislador parecem justas e adequadas, encontramos na sociedade opiniões divergentes sobre o exato conteúdo das leis. Todos concordam, por exemplo, que o homicídio é um ato de extrema gravidade e o legislador atuou corretamente quando o tipificou como crime. Não há, porém, acordo geral sobre a pena adequada. Cada vez que a mídia noticia um homicídio grave, parte das autoridades políticas e dos cidadãos pede punição muito mais dura do que aquela prevista pela lei penal, havendo mesmo propostas de introduzir a prisão perpétua e a pena de morte, ambas vetadas no Brasil pela Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, XLVII).

Segundo outra opinião, as penas criminais não resolvem os problemas sociais. Impõem aos condenados inúteis sofrimentos, não ressocializam e, muitas vezes, o meio carcerário transforma o condenado em criminoso profissional. Por isso, sustenta-se que, mesmo em caso de crimes graves, seria necessário aplicar penas alternativas, priorizando a reeducação dos infratores. Seria também necessário oferecer apoio às vítimas e, sobretudo, aplicar políticas sociais para diminuir a marginalização de certos grupos da população, que em última instância, é o que propicia ações violentas e desesperadas. Nessa perspectiva, o único que não resolve os problemas e os conflitos é a punição.

Constatamos, assim, que em muitos casos o sentimento de justiça encontra-se em desconformidade com as previsões legais. Isso pode decepcionar quem inicia o estudo do direito, tendo o desejo de atuar para que a justiça triunfe e para que os conflitos sociais sejam resolvidos da melhor forma possível. Esse desejo de justiça é louvável, mas não pode ser realizado na vida real. Vivemos em sociedades complexas, em que se constatam contínuos conflitos entre interesses e ideologias. É impossível encontrar soluções que satisfaçam a todos: a solução que é considerada justa (e agradável) por determinadas camadas da população recebe, necessariamente, as críticas das demais...

Isso não deve causar estranheza, já que as leis são editadas após negociação política e votação nas casas legislativas, existindo uma minoria que “perde” e, portanto, tem seus interesses prejudicados. O legislador deve sempre decidir. E decidir significa escolher entre opiniões contrárias, des-

10 anos e cassar mandatos”, quando isso estivesse “no interesse de preservar a Revolução” (os militares denominavam a ditadura de “Revolução”).

contentando uma parte dos cidadãos, ao impor uma opção. É isso que faz o direito quando positiva, logo formaliza, uma decisão política.³⁶

Sempre haverá descompasso entre o direito vigente (direito positivo, posto e imposto) e as opiniões de cada pessoa ou grupo sobre a justiça. O problema torna-se mais agudo quando a aplicação de uma lei não só desagrada alguns, mas se revela claramente injusta ou inadequada. O que fazer, por exemplo, quando uma ditadura priva os cidadãos de suas liberdades, quando um governo conservador cria leis que discriminam os negros ou as mulheres ou, ainda, quando um governo, na tentativa de enfrentar uma verdadeira ou suposta “crise econômica”, corta os benefícios sociais dos trabalhadores, aumentando a miséria?

Diante desses problemas os filósofos do direito adotam duas posições principais: alguns optam pela “tese da separação” entre o direito e a moral; outros consideram que existe uma forte relação entre o direito e a moral, abraçando a “tese da conexão”.³⁷

A *tese da separação* encontra-se nas *abordagens positivistas*. O positivismo jurídico afirma que o direito é um fenômeno normativo diferente das obrigações morais. Quando o operador do direito interpreta as normas jurídicas não deve levar em consideração as exigências morais. Deve interessar-se exclusivamente pelas normas que possuem validade dentro do sistema jurídico, fundamentando-se na Constituição e nas demais normas criadas pelas autoridades estatais. Em outras palavras, o direito em vigor deve ser aplicado de forma rígida, sem que o operador jurídico se deixe influenciar pela sua opinião pessoal ou mesmo pela opinião da maioria da sociedade sobre o correto, o justo e o adequado.

Os partidários do positivismo jurídico lembram que, em cada sociedade, existem muitos sistemas de regras morais e muitas opiniões divergentes sobre o justo e o correto. Isso significa que se o direito fosse aplicado conforme a opinião de cada intérprete, teríamos um verdadeiro caos, sendo destruída a segurança jurídica.³⁸ Cada um aplicaria o direito

³⁶ O verbo “decidir” provém do latim *decido*, que significa cortar. Quem decide toma uma posição definitiva no conflito de interesses e de opiniões. “Dá um corte” e põe um termo às controvérsias.

³⁷ Para uma apresentação da distinção entre positivismo e moralismo jurídico com indicação de autores e obras, cf. DIMOULIS, 2006, p. 85-165. Para uma análise das escolas jurídicas com base nessa distinção, cf. SABADELL, 2008, p. 21-50.

³⁸ A segurança jurídica é uma característica importante dos sistemas jurídicos modernos que prometem a aplicação das normas de forma coerente, evitando surpresas e descompassos na prática do direito.

segundo sua visão subjetiva. Os positivistas pensam que, quando o direito se revela injusto ou inadequado, a solução está na sensibilização do legislador e na luta política para que sejam reformadas ou abolidas as leis injustas ou inadequadas.

A *tese da conexão* entre direito e moral caracteriza as *abordagens moralistas*. Seus partidários entendem que o operador do direito deve harmonizar os preceitos morais com as normas jurídicas, já que a finalidade do sistema jurídico é encontrar em cada caso uma solução justa e aceita pelos membros da sociedade. Segundo essa visão, o direito não é simplesmente um conjunto de normas criadas pelo legislador, mas integra os mandamentos morais aceitos pela sociedade.

Os moralistas chegam a duas conclusões. Primeiro, sustentam que uma norma jurídica é válida somente quando respeita os princípios básicos da moral. Em caso de forte contradição entre a norma jurídica e as exigências de justiça, a norma deve ser considerada inválida. Esse é o *moralismo da validade*, que faz depender a validade de uma norma jurídica de sua concórdância com as exigências básicas da moral.

Segundo, consideram que o direito deve ser interpretado em conformidade com os preceitos morais. Fica a cargo do intérprete, sobretudo do juiz a harmonização das normas em vigor com as exigências da moral e com os ideais da justiça. Esse é o *moralismo da interpretação* que propõe interpretar e aplicar as normas jurídicas segundo exigências morais.

Existe, também, uma terceira abordagem sobre o direito, que é conhecida como *realismo jurídico*.³⁹ Os realistas concordam em um ponto fundamental com o positivismo jurídico. Admitem que a aplicação do direito não constitui assunto da moral, mas depende da vontade de quem tem o poder para impor determinada decisão. Ao mesmo tempo, os realistas criticam a tese positivista tradicional, segundo a qual o juiz deve simplesmente aplicar as leis. Na opinião dos realistas, os juízes possuem ampla liberdade de decisão: aplicam o direito conforme suas opiniões pessoais, recebem pressões do meio social no qual vivem e também são influenciados pela situação social e política do momento histórico.

Os partidários do realismo jurídico sustentam, pois, que direito é aquilo que os juízes consideram como direito, não se vinculando nem pela suposta justiça, nem pela vontade do legislador, que muitas vezes é formulada de maneira abstrata e obscura e impossibilita a aplicação objetiva da norma.

³⁹ Sobre essa visão cf. MICHAUT, 1999, p. 667-670; SABADELL, 2008, p. 39-41.

Os doutrinadores e os filósofos do direito discutem com paixão sobre esses problemas, existindo uma contínua polêmica entre os partidários das várias abordagens. Essas controvérsias podem parecer muito abstratas e de difícil entendimento para quem inicia o estudo do direito. Justamente aqui está o grande mérito do texto de Lon Fuller sobre os Denunciante Invejoso que traduzimos em seguida. Em vez de se limitar a análises teóricas, o jurista apresenta um caso concreto em que a aplicação do direito positivo leva a resultados injustos.

O caso dos Denunciante Invejoso é um dos chamados “casos difíceis” (*hard cases*). A solução não pode ser dada pela simples aplicação de uma norma jurídica. É necessário fazer uma profunda reflexão que envolve o problema da definição do direito em suas relações com a moral e a justiça.

Fuller apresenta várias opiniões sobre o problema da punição dos Denunciante Invejoso para introduzir o leitor ao debate teórico e filosófico, convidando-o a elaborar *sua própria solução*. Esse exercício permite refletir sobre a definição do direito, sobre suas funções na sociedade e sobre os caminhos que permitem sanar possíveis injustiças, causadas pela aplicação do direito.

Para responder a essas questões não há receita pronta e certa. Cada um deve formar e defender sua própria opinião.

4. Origem e finalidade desse livro

A primeira parte do livro compreende a tradução do texto de Fuller. O autor apresenta o caso dos Denunciante Invejoso e elabora cinco diferentes propostas de solução. Na segunda parte do livro, incluímos cinco novos pareceres sobre o mesmo caso, todos de nossa autoria.

A ideia de redigir novos pareceres sobre um problema formulado por Fuller não é original. Nas últimas décadas, vários autores de língua inglesa se prestaram ao exercício de estudar o caso dos Exploradores de Cavernas, propondo novas análises. A *Stanford Law Review* publicou, em 1980, três novas opiniões sobre o tratamento dos exploradores homicidas, de autoria de Anthony D’Amato.⁴⁰ Em 1993, sete estudiosos apresentaram na *George Washington Law Review* suas opiniões sobre o mesmo caso, tendo modificado alguns dos dados originais.⁴¹ Peter Suber publicou, em 1998, um livro

⁴⁰ D’AMATO, 1980 e 1996, p. 21-35.

⁴¹ CAHN et al, 1993.

sobre o caso dos Exploradores, tendo redigido nove pareceres.⁴² Logo em seguida, a *Harvard Law Review*, que tinha publicado em 1949 o texto original de Fuller, convidou em 1999, na ocasião do quinquagésimo aniversário desta publicação, seis juristas para redigir novos pareceres, publicados com uma introdução de David Shapiro.⁴³ No total, foram publicados 24 pareceres sobre o caso dos Exploradores de Cavernas, acrescidos aos cinco originais de Fuller, além de um extenso trabalho de apresentação e comentário de muitos pareceres.⁴⁴

O caso dos Denunciantes Invejosos não recebeu a mesma atenção. Tentamos remediar essa lacuna, elaborando novos pareceres que o leitor encontra na segunda parte deste livro com os nomes de cinco imaginários professores de direito. Recomenda-se ler também um parecer jurídico redigido por Aduino Suannes.⁴⁵

O caso retoma a antiga controvérsia sobre a validade e a moralidade do direito. Nas últimas décadas foram propostas novas abordagens dos problemas clássicos da teoria e da filosofia do direito. Mesmo os adeptos de tradicionais correntes, como o positivismo e o moralismo jurídico, enriqueceram suas argumentações, tendo publicado novos estudos e formulado novas propostas. Os nossos cinco pareceres propõem soluções do caso dos Denunciantes Invejosos a partir de abordagens teóricas que encontramos em recentes obras de filosofia e teoria do direito, sobretudo na Alemanha e nos Estados Unidos.

Após ter lido as diferentes opiniões sobre o caso dos Denunciantes Invejosos, o leitor terá entendido que nada é pacífico no campo jurídico, não sendo possível encontrar uma única resposta certa nem uma solução simples e justa.

Em paralelo, os pareceres mostram que somente a fundamentação detalhada de cada opinião em elementos jurídicos e, eventualmente, sociais e políticos permite convencer a opinião pública e os julgadores sobre seu acerto. Após o décimo parecer apresentamos questões que devem enfrentar um parecer fundamentado sobre a eventual punição dos Denunciantes Invejosos.

⁴² SUBER, 1998, p. 35-107.

⁴³ SHAPIRO et al, 1999.

⁴⁴ ISBELL, 2009.

⁴⁵ SUANNES, 2011. Ver também os pareceres a favor e contra da aplicação da Lei de Anistia no Brasil em LIMA, 2011. Duas obras didáticas apresentam o caso, repetindo os argumentos de Fuller: NINO, 1983, p. 18-27; ATIENZA, 2003, p. 96-99.

Quem deseja acompanhar o debate contemporâneo sobre a teoria e filosofia do direito e realizar pesquisas próprias encontrará, nas últimas páginas do livro, uma lista bibliográfica com obras que estudam o problema da definição do direito em suas relações, nem sempre harmônicas, com os ideais da moral e da justiça.