



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA

LETÍCIA GÓES BRAGA

**O DEBATE HART-FULLER E O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA FRENTE
À COMPREENSÃO SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**

FORTALEZA

2017

O DEBATE HART-FULLER E O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA FRENTE À
COMPREENSÃO SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira
Magalhães Filho.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

B794d Braga, Letícia.

O DEBATE HART-FULLER E O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA
FRENTE À COMPREENSÃO SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO / Letícia
Braga. – 2017.
46 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.

1. Debate Hart-Fuller. 2. Justiça de Transição. 3. Informante rancorosa. I. Título.

CDD340

O DEBATE HART-FULLER E O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA FRENTE À
COMPREENSÃO SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará como requisito
parcial para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Glauco Barreira
Magalhães Filho.

Aprovada em: __/__/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Gretha Leite Maia de Messias
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior

Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará (ESMP)

A Deus.

Aos meus pais, Ricardo e Eveline.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu Amado. A Ele devo tudo.

Aos meus pais, Ricardo e Eveline, por serem meu alicerce construído sobre a rocha firme de amor paternal/filial. E ao meu irmão, Caleb, por todo carinho.

Ao Centro Cultural Mar Alto por ter contribuído fortemente para minha formação humana.

Aos meus amigos, grandes tesouros em minha vida.

Ao Professor Glauco, por todo o auxílio ao longo da minha vida acadêmica de graduanda por meio de suas orientações.

Aos professores participantes da banca examinadora, Professora Gretha e Professor Tarcísio, por ser uma imensa alegria contar com a assistência deles.

“Justiça é dar a cada um o que é seu. Mas eu acrescentaria que isso não basta. Por muito que cada um mereça, é preciso dar-lhe mais, porque cada alma é uma obra-prima de Deus”

São Josemaria Escrivá

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo compreender, por meio da análise conceitual e filosófica, os impasses enfrentados em uma justiça de transição na perspectiva delineada pelo debate Hart-Fuller, especialmente no que se refere à validade ou não de leis injustas e sua aplicação em julgamentos realizados logo após regimes de exceção. Para tanto, revisita-se os principais argumentos traçados por Hart e por Fuller em seus artigos publicados no Harvard Law Review em 1958, focando na maneira com enfrentam o caso da Informante Rancorosa, uma vez que esse tratamento proporciona subsídios para melhor examinar o impasse de se restaurar o respeito à lei e à justiça após o colapso de um regime que não os respeitavam, como ocorreu no regime nazista. Por justiça de transição, em conformidade com o defendido por Ruti Teitel, entende-se a compreensão de justiça assumida em meio a um contexto de mudança política caracterizada pelas respostas legais para enfrentar os erros de regimes repressivos antecessores. Em resposta a essas questões, Hart, por entender que a separação entre direito e moral permite-nos ter uma visão mais clara das leis ditas imorais, defende a criação de nova disposição que, de forma retroativa, converta em delito o ato que anteriormente não o era, caso se queira punir os abusos perpetrados durante um regime totalitário. Enquanto Fuller defende que a validade de um sistema jurídico dependerá de uma moralidade interna, apontando critérios formais para averiguá-la. O impasse girará em volta, ademais, da possibilidade de existência de uma lei moralmente má. De todo modo, a teoria de Fuller parece enfrentar mais apropriadamente os dilemas de uma justiça de transição, mormente o desenvolvimento de bases para se construir o que hoje denominamos por Estado de Direito.

Palavras-chave: Debate Hart-Fuller. Justiça de Transição. Informante rancorosa.

ABSTRACT

The present research aims to understand, through conceptual and philosophical analysis, the impasses faced in a transitional justice in the perspective delineated by the Hart-Fuller debate, especially with regard to the validity or not of unjust laws and its application in judgments performed after exception regimes. To that end, it revisits the main arguments drawn by Hart and Fuller in their articles published in the Harvard Law Review in 1958, focusing on the way they deal with the case of the Grudge Informant, since this treatment provides subsidies to better examine the impasse of to restore respect for law and justice after the collapse of a regime that did not respect them, as it happened in the Nazi regime. Transitional justice, according to Ruti Teitel, means a justice assumed in a context of political change characterized by legal responses to face the errors of repressive regimes predecessors. In response to these questions, Hart, because he understands that the separation of law and morals allows us to have a clearer view of the so-called immoral laws, advocates the creation of a new law that retroactively transforms the act that was previously illegal into legal, if it were to punish abuses perpetrated during a totalitarian regime. While Fuller argues that the validity of a legal system will depend on an internal morality, pointing out formal criteria to find out. The impasse will revolve, in addition, of the possibility of a morally bad law. In any case, Fuller's theory seems to face more appropriately the dilemmas of transitional justice, especially the development of bases for building what we now call the Rule of Law.

Keywords: Hart-Fuller debate. Transitional Justice. Grudge Informer.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – O DEBATE HART-FULLER EM 1958	13
2 NOVAS NUANCES AO EMBATE ENTRE POSITIVISMO E JUSNATURALISMO	13
3 ANÁLISE E RECONSTRUÇÃO DO DEBATE HART-FULLER DE 1958	15
3.1. Explorando os argumentos do artigo de Hart: positivismo e a separação entre Direito e Moral	15
3.2. A Resposta de Fuller: Fidelidade a Lei	19
CAPÍTULO 2 – JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	
4 CONCEITO DE TRANSIÇÃO	23
5 CONCEITO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	24
6 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL	26
7 DEBATE HART-FULLER FRENTE À JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	28
CÁPITULO 3 - O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	
8 ENTENDENDO O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA	31
8.1. Como Hart e Fuller interpretaram o caso de informante rancorosa	34
8.2. A solução do caso da informante rancorosa e implicações na justiça de transição.	37
9 A CONTINUAÇÃO DO DEBATE.	39
CONCLUSÃO	41
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Os artigos de Hart e Fuller tornaram-se um referencial acadêmico para a oposição entre o positivismo jurídico e a teoria do direito natural. Em termos genéricos, enquanto o trabalho de Hart entende que qualquer sistema bem organizado de ordem centralizada e articulado com prescrições e proibições é direito¹, Lon Fuller insiste na distinção entre o direito como um modo de ordenação social do modelo de gestão pelo terror, como o foi o regime nazista².

É preciso observar, ademais, que esse diálogo foi estabelecido em um contexto bem específico, notadamente o esforço por enfrentar, em termos jurídicos, os abusos de legalidade que marcaram o episódio do regime nazista. Motivo pelo qual se constata uma preocupação de ambos em defender uma disposição de lei - positivista ou jusnaturalista – que melhor prepara uma sociedade para resistir à tirania.

Por esses motivos, parece tão útil voltar ao debate Hart-Fuller e confrontá-los novamente a fim de melhor entender os encadeamentos de suas teorias na problemática da validade das leis em julgamentos realizados durante uma justiça de transição.

O termo “transitório” é frequentemente usado para se referir a sociedades que acabavam de sair de um governo ditatorial ou totalitário e estão tentando reconstruir um novo regime e, por justiça de transição, entende-se como o exercício do Direito durante esse período.

Ao longo de uma transição, verifica-se um processo de redefinir e estender direitos, surgindo uma série de questionamentos paralelos ao de como lidar com a indeterminação dos eventos envolvidos. Além da instabilidade de encontrar a legitimidade para formular uma nova consolidação, assoma-se a dificuldade de julgar os responsáveis pelo regime passado e os crimes por eles cometidos, especialmente quando suas condutas estavam legitimadas pelo direito da época em que foram perpetradas.

¹ HART, H. L. A., “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, 1958, p 624.

² FULLER, Lon L. ‘*Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, 1958, p. 645.

Desse modo, o presente estudo debruça-se sobre o debate Hart-Fuller na esperança de encontrar respostas para as principais questões em jogo dentro dos dilemas vividos por uma justiça de transição, o que o faz sob o enfoque no caso da informante rancorosa.

A monografia será dividida em três capítulos. No primeiro, considera-se o contexto em que o debate ocorreu, a constar o período de transição pós-Segunda Guerra Mundial, em que grandes teorias do direito se mostravam insuficientes para responder os novos desafios que surgiam sobre a legitimidade do direito e sua ligação com a moralidade. Trata-se, ainda, dos termos iniciais em que se desenvolveu esse debate, recorrendo especialmente aos argumentos traçados nos artigos paradigmáticos do debate publicados por ambos no Harvard Law Review em 1958. A reconstrução do debate nesse momento tem o intuito de familiarizar o leitor com esse.

Ao longo do segundo capítulo, pretendemos desenvolver os conceitos de “transição” e “justiça de transição” para, então, entendê-los na perspectiva do debate Hart-Fuller. Um dos tópicos discorrerá de modo breve sobre as circunstâncias de transição vivenciadas pelo Brasil após ditadura militar, com a intenção de alertar sobre a proximidade do problema tratado com nossa realidade, ainda que o foco da pesquisa repouse sobre as condições encontradas no pós-regime nazista. Isso nos ajudará a perceber como o dilema levantado pela justiça criminal sucessora a um regime autoritário leva a questões mais amplas sobre a teoria da natureza e do papel do Direito na transformação para o estado dito democrático.

Por fim, no terceiro capítulo, trataremos do caso da Informante Rancorosa, que se trata de uma situação que ocorreu no período do regime nazista. No caso, uma mulher denuncia seu esposo por tecer comentários negativos a Hitler, o que ensejou a prisão e condenação à morte de seu marido. Posteriormente ela foi julgada e condenada por um tribunal da Alemanha Ocidental. Hart suscitou tal caso com o intuito de ilustrar os fundamentos adotados pelos tribunais alemães para punir casos de criminosos de guerra locais, espíões e informantes sob o regime nazista, e, assim, levantar questões sobre as "leis" de regimes verdadeiramente malignos e sobre quais respostas adequadas a tais experiências poderiam exigir, tendo Fuller, ao responder às colocações de Hart, enfrentado também tais questionamentos.

CAPÍTULO 1 – O DEBATE HART-FULLER EM 1958

É válido, em um primeiro momento, delinear o contexto e as principais linhas em que se desenvolve o debate Hart-Fuller, pois, a despeito da grande riqueza argumentativa que carrega, pouco tem sido explorado no Brasil, merecendo ser melhor trabalhado. Na realidade, o nome de H. L. A. Hart parece um tanto mais familiar aos estudantes de teoria geral e filosofia do direito do que o de Lon L. Fuller³. De todo modo, é sintomático o baixo número de trabalhos traduzidos ao português sobre a disputa entre ambos.

O marco inicial do debate se deu com a publicação de Hart na *Harvard Law Review* em 1958, intitulada “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, após ter proferido palestra em sua *Holmes Lecture*. Como réplica, Fuller publicou no mesmo volume o artigo “*Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*”. Pode-se dizer, ainda, que o debate se estende com a publicação das principais obras de cada autor, pois em “*The concept of Law*” publicado em 1961⁴ Hart retoma ao assunto, enquanto Fuller trata da temática em “*The morality of Law*” em 1964⁵. Por fim, os argumentos do debate é tido por encerrados com o lançamento do *Book Review* “Lon L. Fuller: A moralidade do Direito” por Hart no mesmo ano⁶.

2 NOVAS NUANCES AO EMBATE ENTRE POSITIVISMO E JUSNATURALISMO

Olhando para o campo da Teoria do Direito ao longo da história, não é difícil notar que, muitas vezes, ele se estrutura ao redor de debates. A polêmica sobre a dicotomia entre Direito Natural e Direito Positivo, por exemplo, permeia o âmbito do Direito desde a Grécia antiga, como já se faz notar em *Antígona* de Sófocles⁷.

A velha polêmica entre jusnaturalismo e o positivismo jurídico gira em torno da relação entre direito e moral, em que o jusnaturalismo reconhece conexão entre ambos, enquanto o positivismo a nega com veemência.⁸

De certo modo, tal debate histórico, durante muito tempo, limitou-se entre essas

³ Cujo o conhecimento se dá quase exclusivamente por meio da obra “*Exploradores de Cavernas*”.

⁴ HART, Herbert L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997

⁵ FULLER, Lon. *The Morality of Law*. Edição revisada, New Haven: *Yale University Press*, 1964.

⁶ HART, Herbert L. A. “*Book Review: Lon Fuller, The Morality of Law*”, *Harvard Law Review*, 78, 1965.

⁷ *Antígona* é uma tragédia que explora o conflito entre as leis divinas, encarnadas pela protagonista *Antígona* e as leis humanas determinadas pelo arbítrio de Creonte.

⁸ NINO, Santiago. Introdução à análise do direito. Tradução de Elza Maria Gasparotto, 2010, p. 19.

duas doutrinas: lei natural substantiva por um lado e positivismo ideológico por outro. Atualmente, no entanto, os debates têm alcançado novas perspectivas. É o que acontece, por exemplo, com o debate que vou examinar agora, que, embora verse especialmente sobre a separação entre direito e moral, traz a tona argumentos até então ignorados.

É interessante notar que nem Hart foi um positivista ideológico, nem Fuller um jusnaturalista substantivo. O primeiro era um positivista jurídico e o segundo um jusnaturalista formal, e as diferenças entre os dois são facilmente discerníveis. Hart pensou que a lei positiva poderia ser descrita sem a ajuda da moral, enquanto Fuller acreditava que a lei positiva, para ser tal, devia conter certos princípios formais, independentemente do seu conteúdo.⁹

Essas novas visões estão relacionadas, em grande medida, ao fenômeno de renascimento na teoria do direito natural testemunhado no século 20, evidenciado especialmente com o reconhecimento dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial e sua expressão em várias declarações, como a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse contexto, a lei natural é concebida não como uma "lei superior" no sentido constitucional de invalidar o direito comum, mas como referência para medir o direito positivo.¹⁰ Isso fica patente nos julgamentos realizados em Nuremberg, em que juízes, ainda que não apelassem explicitamente para a teoria da lei natural, reconheceram que a lei não é necessariamente o único determinante do que é certo à medida que fundamentavam suas decisões no princípio de que certos atos constituem "crimes contra a humanidade", mesmo que não violem disposições de direito positivo¹¹.

Por oportuno, previne-se que, embora estejamos sublinhando as teorias de Hart e Fuller¹² como inovadoras para a época em que se localizam, não se pode negar a profunda relação de ambos com a tradição positivista e jusnaturalista, respectivamente.

Hart e Fuller foram grandes interlocutores a tratar da relação entre direito e moral, enfrentando vários nuances envolvidos nessa questão. É possível dizer que seu debate não impactou apenas a clássica controvérsia entre positivismo jurídico e o jusnaturalismo, como

⁹ FARREL, Martín Diego. *Enseñando Ética*, 2015, p. 291. Tradução livre.

¹⁰ WACKS, Raymond. *Philisophy of Law – Very Short Introduction*, 2006, p. 10.

¹¹ *Ibid.*, p. 10.

¹² MARTINS, Ângela V. S. *A Moralidade do Direito como condição de liberdade em Lon Fuller*, 2012, p. 35.

reorientou as críticas ao positivismo para além do âmbito do direito natural clássico¹³.

3 ANÁLISE E RECONSTRUÇÃO DO DEBATE HART-FULLER DE 1958

Cumprido, por ora, delinear como ambos os autores desenvolvem seus respectivos pensamentos e como se contrapõem, para melhor entender os argumentos que estão em jogo durante essa discussão e, a partir de então, enfrentar nossos questionamentos.

3.1. Explorando os argumentos do artigo de Hart: positivismo e a separação entre Direito e Moral

O artigo do Professor Hart que inaugura o debate, conforme o título sugere, “Positivismo e a Separação entre o Direito e a Moral”, debruça-se sobre os argumentos positivistas de que a lei não deve ser confundida com a moralidade, de modo a defender a escola de jurisprudência positivista de muitas críticas que vinham sendo formuladas contra a sua insistência em distinguir a lei que é da lei que deve ser¹⁴.

Em um primeiro momento, ele destaca os erros e acertos do pensamento utilitarista de Austin e Betham enquanto propõe a separação entre lei e moral. A preocupação observada é a de demonstrar que os críticos confundem esta distinção com outros pontos das teorias positivistas sobre direito que realmente mereceriam críticas, pois, em suas palavras, os utilitaristas combinaram sua insistência na separação do direito e da moral com duas outras doutrinas igualmente famosas, mas distintas¹⁵. Os outros dois elementos da corrente positivista/utilitarista a qual Hart se referia eram (i) a importância de um estudo puramente analítico dos conceitos jurídicos e (ii) a teoria imperativa da lei, entendendo a lei como um comando.

Dentre essas duas, é possível perceber uma convergência entre o ponto do estudo analítico com o que defende Hart, o que, de certo modo têm ligação com a influência da análise linguística que sofrera¹⁶. Evidência disso está na sua constante preocupação em resgatar a filosofia do direito de uma série de maus entendidos sobre a linguagem. Inclusive, essa é a linha por ele adotada ao longo do citado artigo à medida que busca descrever o direito

¹³ HART, H. L. A.; FULLER, Lon L. *El debate Hart-Fuller*. Tradução de Jorge Gozález Jácome. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

¹⁴ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 593. Do original: “*e law that is from the law that ought to be*”.

¹⁵ *Ibid.*, p. 602.

¹⁶ Hart se destaca por trazer o contributo de introduzir a chamada virada linguística na teoria e na filosofia do direito, sob forte influência da filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein.

como é, em contraponto às investigações teóricas que buscam prescrever como o direito deveria ser.

Sua maior crítica repousa, entretanto, na Teoria Imperativa do Direito¹⁷, devido, em meio a outros aspectos, à distorção que se causa na compreensão do sistema jurídico visto por essa perspectiva, alertando para o equívoco dos críticos que, frente às insuficiências da teoria do comando, acharam-nas suficientes para demonstrar a falsidade da separação da lei e da moral, enquanto nas palavras de Hart:

É possível endossar a separação entre a lei e a moral e valorizar as investigações analíticas sobre o significado de conceitos legais e, no entanto, pensar que é errado conceber o direito como um comando essencialmente. Uma fonte de grande confusão na crítica da separação do direito e da moral era a crença de que a falsidade de qualquer uma dessas três doutrinas na tradição utilitarista mostrava os outros dois a serem falados; E pior foi a falta de visão de que havia três doutrinas muito diferentes nesta tradição.¹⁸

Com isso, Hart nega a acusação anti-positivista de que a debilidade da teoria de Austin deveu-se à omissão de algum elemento moral necessário da lei, mas sim da sua compreensão de lei como comando. Em outras palavras, conclui que a rejeição da teoria imperativa da lei não implica na rejeição da tese de separação.

Seguidamente, o Professor Hart evidencia outra crítica ao positivismo jurídico, dessa vez formulada pelos realistas¹⁹ ao descreverem a operação de tomada de decisões nos processos judiciais como algo totalmente lógico. Importante notar que Hart, ao esquivar-se da crítica dos realistas aos formalistas, não refuta tal tese, mas apenas a recusa enquanto comprova que o uso da dedução não seria suficiente para resolver os casos em que aplicação da norma jurídica não esteja clara, o que designa de “casos de penumbra”²⁰.

Se uma penumbra de incerteza deve cercar todas as regras legais, a sua aplicação a casos específicos na área penumbral não pode ser uma questão de dedução lógica e, portanto, o raciocínio dedutivo, que por gerações tem sido apreciado como a perfeição do raciocínio humano, não pode servir

¹⁷ A Teoria Imperativa do Direito, em termos gerais, baseia-se na ideia de que o direito é originado pelo comando apoiado em ameaças por parte de um comandante, tendo John Austin como maior expoente dessa teoria.

¹⁸ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 601. Tradução livre.

¹⁹ Realismo jurídico é um conjunto de correntes doutrinárias da filosofia do direito que entendem o sistema jurídico como fato e, assim, consideram que para conhecer o direito é necessário considerar, além das normas individuais, o fato ou relação social regulados pela lei.

²⁰ BENNETT, Mark J. *Legal Positivism and the Rule of Law: the Hartian Response to Fuller's Challenge*. 2013.

como um modelo para o que os juízes, ou mesmo qualquer um, deveriam fazer ao trazer casos particulares de acordo com as regras gerais.²¹

Isso porque as questões penumbricas “nos mostra que as regras legais são essencialmente incompletas e que, quando não conseguem determinar as decisões, os juízes devem legislar e exercer uma escolha criativa entre as alternativas”²², o que abriria espaço para dizer que as escolhas dos juízes podem ser orientadas por políticas sociais.

Nesse ponto, ao acusar os realistas de propor a aplicação mecânica da lei, ele acaba por reconhecer a existência de objetivos, propósitos e políticas sociais nas decisões judiciais em que haja zona de penumbra. Isso, contudo, não justificaria, em suas palavras, o abandono da distinção utilitarista²³. É o que contesta nas seguintes palavras:

Isto não é porque não há distinção a ser feita entre a lei como ela é e deve ser. Longe disso. É porque a distinção deve ser entre o que é e o que por muitos pontos de vista diferentes deveriam ser. A palavra "deveria" apenas reflete a presença de algum padrão de crítica; Um desses padrões é um padrão moral, mas nem todos os padrões são morais.²⁴

Assim, embora Hart considere um avanço que o estudioso do direito reflita sobre as zonas obscuras e a necessidade de se recorrer a campos externos ao direito para julgá-las, reitera que isso em nada comprova a ligação entre direito e moral. Tudo isso apenas exporia a exigência de criatividade judicial para preencher as lacunas na lei, em vez de permitir que o juiz descubra algo que já está "latente" dentro da lei, ou seja, uma moral inerente²⁵. Além disso, para ele, alegar o contrário seria sugerir que todas as questões legais são fundamentalmente como as da penumbra, o que não condiria com a realidade.

O terceiro argumento levantado por Hart será central no debate travado com o Fuller, ao versar sobre o cognitivismo e não-cognitivismo na moral²⁶. Ele reconhece que essa crítica, ao contrário do que alertava nas anteriores, realmente enfrenta o ponto particular que Bentham e Austin tinham em mente ao defender a separação da lei como é e como deve ser.²⁷

²¹ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 608.

²² Ibid., p. 610.

²³ DAUD, Felipe T. A separação entre ser e dever ser na filosofia do direito de Herbert Hart.

²⁴ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 611.

²⁵ LAVIS, Simon. *The Conundrum of Nazi Law: An Historiographical Challenge to the Anglo-American Jurisprudential Representation of the Nazi Past*, 2015, p 58.

²⁶ Por cognitivismo nos referimos à corrente que sustenta a existência de uma realidade moral objetiva, uma instância a partir da qual juízos de certo e errado sobre a ação humana podem ser produzidos e comunicados com alguma inteligibilidade e, portanto, dotados de alguma objetividade. Já o não cognitivismo, negaria a possibilidade de se conhecer objetivamente juízo de certo ou errado.

²⁷ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 616

E relaciona-a ao apelo de pensadores alemães após terem vivido na Alemanha nazista, como Gustav Radbruch²⁸, que era positivista e mudou de posição depois por considerar que os horrores perpetrados pelo regime sobrevieram da exploração da subserviência à lei.

Suas reflexões consideradas levaram-no à doutrina de que os princípios fundamentais da moral humanitária faziam parte do próprio conceito de Direito ou Legalidade e que nenhuma promulgação ou estatuto positivo, por mais claro que fosse expresso e, contudo, era conforme com os critérios formais de validade de um determinado sistema jurídico, poderia ser válido se violasse os princípios básicos de moralidade.²⁹

Inclusive, sublinha que esse fundamento foi recebido como resposta para considerar inválidas as leis que se fundavam a revelia de princípios fundamentais e da moralidade nos tribunais alemães do pós-guerra. Hart, porém, acredita que, se adotarmos a visão de Radbruch de que certas regras não podem ser leis por causa de sua iniquidade moral, “confundimos uma das mais poderosas, porque é a mais simples, formas de crítica moral”³⁰.

O que Hart tinha em mente então – assim como ao longo de todo o discurso -, é que a insistência de utilitaristas como Austin e Bentham em separar direito e moral, apesar dos defeitos que possam apresentar, é válida intelectualmente e moralmente contra a confusão que se faz desses termos³¹. Na realidade, Hart parece combater, com isso, os argumentos de que um sistema jurídico, como um todo, terá necessariamente algum tipo de conexão com a moralidade, como a afirmação de que existem certas necessidades baseadas na natureza humana que todo sistema jurídico conhecido tem protegido em uma extensão mínima ou o entendimento de que um conteúdo moral mínimo baseado na ideia de generalidade do direito deve se manifestar nos sistemas legais por inteiro.

Então, ele questiona: se aceitarmos o cognitivismo, o que aconteceria com a distinção entre o que o direito é o que ele deveria ser? E sua resposta é que não aconteceria nada³². Poderíamos demonstrar racionalmente que certa lei iníqua é iníqua, mas isso não retiraria seu caráter de lei.

A conexão entre lei e padrões morais e princípios de justiça é, portanto, tão

²⁸ Gustav Radbruch é um jurista alemão que viveu entre 1878 e 1949 e tornou-se crítico do positivismo jurídico por convencer-se de que a postura positivista legitimou o direito nazista, e adotando uma compreensão mais humana do Direito, no sentido de reconhecer a justiça como fundamento para o direito.

²⁹ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 617

³⁰ Ibid., p. 620

³¹ Ibid., p. 621

³² DAUD, 2014

pouco arbitrária e "necessária" como a conexão entre lei e sanções, e a busca da questão de saber se essa necessidade é lógica (parte do "significado" da lei) ou meramente factual ou causal pode ser deixado como um passatempo inocente para os filósofos.³³

Dessa análise prévia de seu artigo, pode-se tirar que, embora Hart aceite que alguns argumentos nos permita falar de certa necessidade de conexão entre direito e moral, ele assevera de forma inflexível que isso não é contraditório a tese de separação, porque haverá casos onde o conteúdo substantivo da lei pode não concordar com o que a moral exige³⁴.

3.2. A Resposta de Fuller: Fidelidade a Lei

A resposta de Fuller às provocações levantadas por Hart foi formulada com rapidez suficiente para ser publicada na mesma edição do Harvard Law Review imediatamente em seguida a seu artigo. Em seu ensaio encontramos uma reação explícita a defesa proposta por Hart do positivismo jurídico enquanto condenava a lei natural por meio da reformulação da questão da lei e da moral com a proposição de uma "moralidade de ordem" interna necessária à criação de todas as leis. Nesse quadro, vários são os pontos rebatidos por Fuller, mas buscaremos focar agora nos que nos parecem mais centrais.

Salta aos olhos a forma como Fuller enxerga na teoria de Hart algo além das estipulações de definição esterilizadas sobre lei como se observava anteriormente no positivismo, em que se propunha uma definição do Direito como é sem reconhecer outra pretensão disso a não ser descrever com precisão a realidade social que corresponde à palavra "direito"³⁵. Isso porque, por várias vezes, identifica na sua distinção entre direito e moral uma preocupação em defender um "precioso moral", o de fidelidade ao Direito. Desse modo, pode-se dizer que Fuller vislumbra na teoria de Hart um ponto de interseção entre o positivismo e jusnaturalismo³⁶:

É uma virtude cardinal do argumento do Professor Hart que, pela primeira vez, abre o caminho para uma troca de pontos de vista verdadeiramente rentável entre aqueles cujas diferenças se centram na distinção entre lei e moralidade. Até então, não houve uma verdadeira discussão entre os campos

³³ HART, H. L. A., 1958, op. cit., 622.

³⁴ BENNETT, Mark J., 2013, op. cit., p. 27.

³⁵ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 632.

³⁶ Visto de hoje, quase 60 anos após o debate, a suposição de Fuller parece se confirmar, como se observa os próprios alunos de Hart travando debates icônicos com ele, a exemplo do debate Hart-Dworkin, ou desenvolvendo teorias de cunho visivelmente jusnaturalista, a exemplo John Finnis em seu livro "A lei natural e o direito natural".

opostos.³⁷

Essa virtude a que se refere é a preocupação agora explícita do positivismo com o ideal de fidelidade ao Direito³⁸ e a possibilidade de novo rumo nas discussões em Teoria do Direito se dá pelo reconhecimento de ambos os lados da necessidade de debater como definir e melhor servir esse ideal de fidelidade ao Direito³⁹.

Por "fidelidade ao Direito", Fuller refere-se à obrigação moral e legal de ser fiel à lei, que se aplica, de maneiras diferentes, tanto a cidadãos comuns como a funcionários legais, como juízes⁴⁰. O que nos dá uma pista disso ao afirmar que:

A lei, como algo que merece lealdade, deve representar uma conquista humana; não pode ser um simples fiat de poder ou um padrão repetitivo discernível no comportamento de funcionários do estado.⁴¹

Por outro lado, Fuller assinada que essa percepção encontrada no ensaio de Hart sofre profunda contradição com sua insistência em distinguir Direito de Moral.⁴² Mais especificamente, diz que a conclusão de Hart ao combater a teoria do comando é contraditória com o restante da proposta que desenvolve, pois teria reconhecido que a base de um sistema legal não é um poder coercivo, mas certas regras fundamentais aceitas que especificam os procedimentos essenciais de legislação⁴³, e estas regras derivariam não da lei, mas da moralidade ou, mais especificamente, de uma eficácia dependente de uma aceitação geral. Não faria, portanto, sentido em continuar a negar a relação entre direito e moral.

Partindo dessa acusação, Fuller abordou alguns problemas de definição preliminares que considerara defeituosos na tese do Professor Hart, começando com a própria definição de lei. Alegou que ela, tal como até então formulada, encontrava-se incompleta, pois deveria melhor desenvolver uma definição de Direito que torne significativa a obrigação de fidelidade ao Direito, caso queira atingir os objetivos que parece buscar⁴⁴. Como se vê, não foi por acaso que Hart incrementou posteriormente sua tese de modo a melhor estruturar sua

³⁷ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 632. Tradução livre.

³⁸ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 670.

³⁹ Ibid., p. 630.

⁴⁰ O conteúdo do ideal de fidelidade à lei é contestado, porque podem ser tomadas diferentes posições sobre o que a "lei" é a qual deve ser fiel; O conceito de direito positivista é muito diferente do próprio conceito de Direito de Fuller, que é um ideal moral de legalidade, também conhecido como o Estado de Direito. (Bennett, p. 24)

⁴¹ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 632.

⁴² Ibid., p. 630.

⁴³ Ibid., p. 639.

⁴⁴ Ibid., p. 635.

teoria do direito em seu livro “O Conceito de Direito”, onde, inclusive, reconheceu a necessidade de uma moralidade mínima no Direito, como veremos no próximo capítulo.

Ademais, Fuller ler a obstinação do Hart em nos lembrar de que existem muitos padrões de "o que deve ser" que dificilmente pode ser chamado de moral⁴⁵ ou que podem constituir uma moral imoral como um aviso dirigido aos que desejam "infundir mais moral na lei":

Considero que se trata de um aviso dirigido aos que desejam "infundir mais moral na lei". O professor Hart está lembrando-lhes que, se seu programa for adotado, a moralidade que realmente é infundida pode não ser do seu agrado. Se este é o seu ponto de vista, certamente é válido, embora se deseje que tenha sido feito de forma mais explícita, pois levanta a questão mais fundamental de todo o seu argumento.⁴⁶

Nesse sentido, Hart assumiria que objetivos do mal podem ter tanta coerência e lógica interna quanto os bons. Fuller irá, então, recusar sua suposição, defendendo a existência de uma maior afinidade entre a coerência e a bondade do que a coerência e o mal.⁴⁷

Com esse raciocínio, Fuller parece alertar que a obrigação de fidelidade ao Direito não é uma razão moral conclusiva para que os cidadãos obedeçam ou os juízes apliquem a lei. Assim, reconhece que, que governos que pretenda regar a população através da lei, terá necessidade de conferir ao seu governo uma legitimidade moral.⁴⁸

A resposta de Fuller aos argumentos de Hart parece ter articulado os postos-chave de sua teoria da lei natural. Defende ele que o Direito – ou melhor, o processo de submeter a conduta humana à governança das regras - deve ser formado por uma "moralidade interna" (*inner morality of Law*), tendo inclusive traçado oito critérios para formular leis posteriormente em seu livro “A Moralidade do Direito”.

Esses critérios são compreendidos por muito como os requisitos do Estado de Direito, e fornece alguns fundamentos normativos para pensar que os cidadãos têm a obrigação moral de obedecer à lei. Para ilustrar sua posição, assevera:

Devemos pensar em nossa constituição como o estabelecimento de um quadro

⁴⁵ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 636.

⁴⁶ Ibid., p. 636.

⁴⁷ Ibid., p. 636.

⁴⁸ BENNETT, Mark J., 2013, op. cit., p. 27.

processual básico para a ação governamental futura na promulgação e administração de leis. As limitações substantivas sobre o poder do governo devem ser reduzidas ao mínimo e, em geral, devem ser confinadas àqueles para os quais uma necessidade pode ser geralmente apreciada. Na medida do possível, os objetivos substantivos devem ser alcançados de forma processual, com base no princípio de que, se os homens forem obrigados a agir da maneira correta, eles geralmente farão as coisas certas.⁴⁹

A teoria de Fuller apoia-se na ideia de que subsiste uma influência mútua entre a moralidade externa e interna do direito. Logo, por lógica, uma vez desrespeitada a moralidade interna, a moralidade externa também sairia afetada. No entanto, o que Fuller chama de "moralidade interna do direito" parece ser quase completamente negligenciado pelo professor Hart.

Desse modo, a despeito de Hart sublinhar constantemente que uma avaliação moral do Direito entorpeceria seu fim por tratar de uma realidade que não lhe compete, a crítica de Fuller repousará especialmente no apontamento de que sua teoria não é puramente descritiva, pois está carregada de valor⁵⁰. Fuller pensou que Hart não conseguiu cumprir seu argumento, porque seu conceito de lei não incorporava um ideal moral de legalidade que poderia explicar essa obrigação moral.

CAPÍTULO 2 – SOBRE A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Uma das questões de pano de fundo do debate Hart-Fuller é saber se a lei nazista era uma lei válida. Esse ponto segue até hoje sendo fonte de estudos na Filosofia do Direito por diferentes pesquisadores, e repousa na ideia de que há uma relevância substancial do passado nazista para as preocupações teóricas legais atuais⁵¹, especialmente em relação a temas relacionados às condições de validade da lei e a natureza da relação entre lei e moral.

Ruti G. Teitel alerta, no entanto, que essas teorizações não costumam reconhecer os problemas excepcionais envolvidos no domínio da Teoria do Direito transitória, pois

⁴⁹ FULLER, Lon L, 1958, op. cit., p. 642- 643. Tradução livre.

⁵⁰ Ibid., p. 637.

⁵¹ LAVIS, Simon. *The Conundrum of Nazi Law: An Historiographical Challenge to the Anglo-American Jurisprudential Representation of the Nazi Past*, 2015.

haveria uma necessidade em distinguir os entendimentos do Estado de Direito nos tempos ordinários e de transição:

No debate pós-guerra, as questões surgiram no contexto político extraordinário que seguiu o domínio totalitário. No entanto, as conclusões abstraem do contexto e generalizam como se descrevessem atributos essenciais e universais do Estado de Direito, não reconhecendo como o problema é particular para o contexto de transição.⁵²

Embora seja questionável até que ponto haja uma real diferença entre a Teoria do Direito “ordinária” da “transitória”, uma vez que a Teoria do Direito se propõe a estudar o Direito em uma perspectiva global, sua provocação parece-nos interessante por impelir-nos a investigar mais a fundo às peculiaridades de uma justiça transitória afim de analisar os conceitos desenvolvidos ao longo do debate Hart-Fuller levando em consideração também essa perspectiva.

Como o debate escolhido versa mais diretamente sobre o período pós-regime nazista, a tendência de nosso estudo é se dedicar mais atentamente a esse contexto. No entanto, cumpre destacar a existência de muitos outros casos de sociedades transitórias, dentre os quais muitos deles explodiram ou implodiram por volta do final da década de 1980 e início dos anos 90, a exemplo da Ditadura Militar vivenciada no Brasil. Nessas circunstâncias, muitas pessoas alimentavam a esperança de que o pior do passado pudesse ser deixado para trás e um futuro novo e melhor poderia se desenvolver ou mesmo ser trabalhado. A "transição" passou, então, a ser usada para caracterizar um espaço social transformador entre o passado lamentado e o futuro esperado.⁵³

4 CONCEITO DE TRANSIÇÃO

Em *lato sensu*, o termo "Transição" adotado ao longo do presente trabalho significa a mudança de um tipo de regime não democrático para um democrático, ou seja, refere-se a todo um processo de conquista de liberdade após um regime autoritário, e não apenas a uma simples mudança de governador.

A palavra poderia, naturalmente, ser aplicada de forma muito mais ampla. No entanto, ela passou a ser usada de tal predecessor social sucessor formações nas quais muita

⁵² TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*, 2000, p. 15.

⁵³ KRYGIER, Martin. *The Hart-Fuller Debate, Transitional Societies and the Rule of Law*, 2010, p. 107.

recuperação, reparação, reconstrução e inovação foram tentadas, ou pelo menos prometidas.⁵⁴

É certo que é possível encontrar diferentes possibilidades de ação de acordo com o tipo de transição e peculiaridades vivenciadas por aquela sociedade em específico⁵⁵. Ressalta-se, no entanto, que está além dos nossos interesses específicos adentrar a abundante literatura sobre os tipos de transições pelas quais as sociedades podem passar. Como dito em alhures, nossa investigação recai sobre algo anterior a isso, e diz respeito aos limites entre o envolvimento do Direito e da Moral nos julgamentos posteriores de crimes perpetrados ao longo de um regime autoritário, mas que eram ditos legais na época em que cometidos.

5 CONCEITO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Seguindo essa linha, Justiça de Transição⁵⁶ pode ser definida como a "concepção da justiça associada a períodos de mudança política, caracterizada por respostas legais para enfrentar os erros de regimes repressivos antecessores"⁵⁷. Em outras palavras, entende-se que Justiça de Transição inclui o conjunto de práticas, mecanismos e preocupações que surgem após um período de conflitos ou que visam diretamente confrontar e lidar com violações passadas dos direitos humanos.

O Conselho de Segurança da ONU - UN Security Council elaborou um documento com o título de “O Estado de Direito e a Justiça de Transição em sociedades em conflito ou pós conflito”, em que conceitua Justiça de Transição de forma mais detalhada, ao elucidar que ela consistiria no conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado, para atribuir responsabilidades, para exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, para fortalecer as instituições com valores democráticos e garantir a não repetição das atrocidades.⁵⁸

Dito isso, é preciso observar que, do modo como abordamos, o termo “Justiça Transitória” está sendo utilizado em sua definição mais restrita, pois, se encarada mais amplamente, envolveria um universo de planejamentos feitos pela sociedade em transição

⁵⁴ Ibid., p. 107.

⁵⁵ WHITEHEAD, Laurence. *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing*, 2001.

⁵⁶ O termo *transitional justice* (justiça de transição) foi cunhado pela professora de direito na University of San Francisco, Estados Unidos, Ruti Teitel em 1991. Embora seus estudos e análises nesse tema sejam referências essenciais, seus trabalhos permanecem sem tradução no Brasil.

⁵⁷ TEITEL, Ruti G., “*Transitional Justice Genealogy*” *Harvard Human Rights Journal*, 2003, v. 16, p. 69. Tradução livre.

⁵⁸ UN Security Council- *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*.

para lidar com um legado de conflitos e/ou violações generalizadas dos direitos humanos, desde mudanças nos códigos criminais até os livros de ensino médio, desde a criação de memoriais, museus e dias de luto, até polícia e reforma judicial. Ao falar em “justiça de transição”, nesse sentido restrito, estaremos nos referindo, sobretudo, a processos criminais com vistas à apuração da responsabilidade penal dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, como destaca Juan Méndez⁵⁹.

Ademais, a definição de Justiça de Transição é um pouco problemática. Além da questão da dimensão temporal mais complexa, pois o termo transitório implicaria período de fluxo definido após o qual um estado transição cessaria, enquanto, na realidade, dificilmente teríamos parâmetros concretos para identificar esse momento, há casos em que os mesmos governos que realizaram repressão ou guerra instituem medidas de transição⁶⁰. O que nos faz questionar se se trataria de uma justiça verdadeiramente "transitória", como veremos adiante que foi o caso do Brasil.

Por estas razões, algumas pessoas preferem falar sobre a justiça "pós-conflito". Esse rótulo, no entanto, parece um tanto inadequado para nossos propósitos, pois faz alusão mais especificamente a conflitos que envolvam duas ou mais facções armadas, enquanto estamos considerando a repressão maciça por um governo contra sua próprias pessoas desarmadas⁶¹, o que estaria melhor contido na ideia de Justiça Transitória, ainda que com as ressalvas apresentadas acima.

Pode-se identificar sociedades adotando políticas de transição em vários pontos da história, como em Atenas em 403 A.C. após a derrota da Tirania dos Trinta e busca por reestabelecer a democracia ateniense⁶². Entretanto, embora sociedades de transição não seja uma invenção do século XX, maior tem sido a atenção demandada a elas após a Segunda Guerra Mundial, especialmente com o surgimento do Tribunal de Nuremberg e de novos mecanismos e formas jurídicas de resposta a esses eventos.

Na realidade, Teitel identifica, em sua genealogia da justiça de transição de três fases vivenciadas desde o final da II Guerra Mundial: a primeira, que é marcada pelos Tribunais de Nuremberg; a segunda fase manifesta pelas transições para a democracia na

⁵⁹ MÉNDEZ, Juan E., *In Defense of Transitional Justice*, 2001.

⁶⁰ ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. 2006, p.1

⁶¹ *Ibid.* p. 2.

⁶² WHITEHEAD, 2001, *op. cit.*, p. 3.

América Latina e queda do comunismo no bloco soviético a partir dos anos 80; e a terceira e atual fase caracterizada pela normalização e globalização do paradigma de justiça de transição, com um consenso em torno da necessidade de se lidar com o passado.⁶³

Assim, o período pós-Segunda Guerra Mundial é considerado o antecessor das iniciativas mais modernas de justiça de transição, e é sobre ela que recai o nosso estudo. É interessante, todavia, fazer aqui um pequeno parêntese para tratar sobre a segunda onda por se tratar de uma realidade na história brasileira.

6 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

A onda de justiça de transição vivenciada na América Latina foi marcada especialmente por esforços para reconquistar a democracia após transições do governos ditatoriais no Cone Sul entre meados da década de 1980 e a década de 1990⁶⁴.

No Brasil, mais especificamente, o período de ditadura militar ocorreu enquanto as forças armadas viram sua missão como uma transformação fundamental da política e da sociedade, a fim de conter a instabilidade que tinha atormentado os sistemas democráticos anteriores. Esse ideal político, todavia, veio acompanhado de uma postura extremamente repreensiva e inúmeras violações dos Direitos Humanos, como se faz notar nas denúncias de torturas, cárceres e exílios descritas no livro *Brasil Nunca Mais*⁶⁵.

Apesar disso, o período de transição brasileira apresentou certas peculiaridades, destacando-se uma ausência de ação oficial para combater abusos militares⁶⁶. Tal constatação se justifica, em grande parte, por, quando concordaram em abandonar o poder, os militares terem ditado significativamente os termos da transição.⁶⁷ Além do grande número de crimes

⁶³ SANTOS, C. M. *Memória na Justiça: A mobilização dos direitos humanos e a construção da memória da ditadura no Brasil*, 2010, p.131.

⁶⁴ ⁶⁴ WHITEHEAD, 2001, op. cit, p. 7.

⁶⁵ Don Paulo Evaristo Arns. *Brasil: Nunca Mais*. Vozes. São Paulo: 1985. Esse livro foi resultado de uma ampla pesquisa realizada pela sociedade civil, com iniciativa do Conselho Mundial de Igrejas e da Arquidiocese de São Paulo, sobre a tortura política no país, tendo eles trabalhado sigilosamente durante cinco anos sobre 850 mil páginas de processos do Superior Tribunal Militar.

⁶⁶ WHITEHEAD, 2001, op. cit, p. 125. Ela narra que o presidente eleito, Tancredino Neves morreu antes de assumir o cargo, e que durante o governo de seu vice-presidente, José Sarney, nenhuma ação foi tomada para abordar a repressão. Apenas em 1998, quando assumiu o presidente Henrique Cardoso, o passado tornou-se parte da agenda governamental.

⁶⁷ WIEBELHAUS-BRAHM, Eric. 2001, op. cit, p. 72.

perpetrados naquela época encobertos, fora aprovada uma lei de anistia em agosto de 1979, retirando a punibilidade dos abusos aos direitos humanos cometidos pelos militares e pela resistência.⁶⁸

Outro fator apontado no livro “*The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies*” de Laurence Whitehead⁶⁹ foi o número relativamente baixo de desaparecidos – principalmente se comparado com regimes ditatoriais de outros países sul-americanos da mesma época. Além disso, o caso do Brasil seria um exemplo de que, a aceitação social da violência sob uma nova democracia como uma parte "normal" da vida cotidiana pode levar a uma redução das respostas à repressão passada, reduzindo as demandas de punição e responsabilidade⁷⁰.

De todo modo, essa ausência de um esforço formal para processar os abusos militares pode ser vista como geradora de um rastro e sentimento de impunidade, porquanto a responsabilização penal pelos atos cometidos é considerada essencial para atenuar o sentimento de injustiça e pode contribuir para cicatrizar as feridas e para consolidar a democracia e a cultura de respeito aos direitos humanos. Alguns grupos de vítimas e ativistas de direitos humanos buscaram, ainda, reivindicar por uma justiça de transição e até tiveram alguns sucessos, como aprovada a criação de um programa de reparações para os assassinados ou desaparecidos pelo governo militar⁷¹. Entretanto, muitos indicam que grande parte dos processos para a aplicação de reparações foram tortuosos em favor dos agentes do regime de exceção e que a investigação das acusações de abusos de direitos humanos foram bem deficientes⁷².

Nesse breve relato é possível perceber que o Brasil experimentou um modelo de Justiça de transição que se afasta do processo penal e do enfoque punitivo dos autores das atrocidades. Apontamentos como esse revelam que a chamada Justiça de Transição é um processo peculiar de cada sociedade, pois precisa encarar a violência do passado considerando as condições sócias culturais próprias para conseguir elaborar mecanismos que garantam com efetividade o direito à memória e à verdade.

⁶⁸ Ibid., p. 73.

⁶⁹ WHITEHEAD, 2001, op. cit, p. 310.

⁷⁰ Ibid, p. 311.

⁷¹ Ibid, p. 72

⁷² Ibid, p. 73

7 DEBATE HART-FULLER FRENTE À JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Como vinha sendo exposto, não se consegue identificar na prática um modelo único para o processo de justiça de transição. A Comunidade Internacional e a doutrina mencionam de modo sistemático, porém, algumas obrigações próprias das Sociedades em Transição, dentre as quais se destacam⁷³ medidas de prevenção de novas violências aos direitos humanos, criação de um aparato legal que possibilite julgamento e responsabilização dos agentes que tenham praticado as violações, e a busca por garantir reparação das vítimas.

Nada obstante, a punição continua sendo um elemento-chave no arcabouço conceitual da justiça de transição, e é esse aspecto que nos interessa ao longo de nossa pesquisa. Mais especificamente, o impasse sobre a relação do Direito e a Moral enquanto se julga o antigo regime, o qual levanta o questionamento de em que medida existiria um conflito inerente entre as visões de justiça antecessoras e sucessoras e qual seria a melhor maneira de superá-lo.

Parte do debate Hart-Fuller, por sua vez, decorreu de reflexões como essas. Hart aponta, na quarta parte de seu artigo⁷⁴, que a terceira crítica à separação entre Direito e Moral apresentada por ele pode ser encarada mais como um lembrete de uma terrível experiência do que um argumento intelectual. Tratar-se-ia do testemunho composto por aqueles “*que desceram ao Inferno e, como Ulysses ou Dante, trouxe uma mensagem para os seres humanos*”⁷⁵. Fazia alusão, assim, às sociedades de transição, enquanto abaladas pelo passado sombrio de quem vive um governo totalitário.

Como se faz notar pelo contexto em que se insere o debate, o testemunho referido seria o dos sobreviventes ao regime nazista e, ao adentrar essa temática, Hart levanta questões sobre as “leis” de regimes verdadeiramente malignos e sobre quais respostas adequadas a tais experiências poderiam exigir.⁷⁶ Fuller, em resposta às colocações de Hart, também enfrentará tais questões e, como alegoria, afirma que teremos que “*nos aproximar um pouco mais perto da distância do caldeirão cheio de bruxas a que fomos trazidos pelo professor Hart*”⁷⁷ para entender o contexto das decisões nos julgamentos do período de transição.

⁷³ BICKFORD, Louis, ‘*Transitional Justice*,’ in *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, 2004, p. 1045-1047.

⁷⁴ HLA HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 615.

⁷⁵ Ibid., p. 615.

⁷⁶ KRYGIER, Martin, 2010, op. cit., p. 107.

⁷⁷ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 650.

Por óbvio – uma vez que esse termo é bastante recente –, nem Hart e nem Fuller utilizam a expressão Justiça de Transição. E, como bem destaca Teitel⁷⁸, o debate não se concentrou no problema distintivo do direito no contexto de transição. De todo modo, por o dilema enfrentado por eles ter surgido quanto à extensão da continuidade legal do regime nazista, o debate Hart-Fuller muito tem a dizer sobre essas sociedades de transição, ou, mais especificamente, sobre a justiça de transição enquanto trata do julgamento e responsabilização dos “malfeitores do passado”.

No mesmo sentido parece se posicionar Martin Krygier que, por sua vez, a medida em que faz conexões com o cenário nazista do debate visando fornecer um bom relato sobre a abordagem de Hart e Fuller para as Sociedades de Transição e Estado de Direito, é bem crítico ao apontar uma série de problemas vivenciados por uma sociedade de transição que são ignorado por ambos, mais patentemente por Hart. No entanto, Martin acredita que o debate nos oferece um arcabouço teórico relevante para entender as sociedades de transição, especialmente Fuller⁷⁹.

A realidade é que os tribunais têm muitas limitações ao lidar com males anteriores sistemáticos e institucionalizados, e é por isso que muitas sociedades de transição optaram por fazê-lo de maneiras diferentes de judiciais⁸⁰. No entanto, um dos grandes méritos do debate Hart-Fuller está, exatamente, em empenhar-se em superar os problemas relacionados com o embate Direito e Moral, o que, conseqüentemente, traz luzes significativas para aqueles que tentam gerar ou regenerar uma ordem jurídica satisfatória, como na persecução da justiça transitória.

Desse modo, o desenrolar do debate entre os dois foi, então, aprofundando-se nos impasses jurídicos / morais dos juízes na Alemanha pós-guerra, diante de queixas de atos reprováveis cometidos em aparente conformidade com as leis ou "leis" aprovadas pelo regime anterior.⁸¹ Nesse quadro, uma das questões centrais para os tribunais alemães do pós-guerra era a de aceitar as defesas que dependiam da lei nazista. Seriam elas válidas? Na hipótese de uma resposta afirmativa, teriam, então, sido legítimos abusos cometidos? Se legítimos, deveriam puni-los? E, se ilegítimos, como fundamentar isso? No caso de uma resposta

⁷⁸ TEITEL, Ruti G., 2000, op. cit, p. 14 .

⁷⁹ KRYGIER, Martin, 2010, op. cit, p. 109

⁸⁰ Ibid., p. 109.

⁸¹ Ibid., p. 108.

negativa, estariam reconhecendo uma notória ligação entre Direito e Moral? Quais os parâmetros para delimitar até que ponto a lei do antigo regime poderia ser aceita ou não?

Deparando-se com uma série de casos envolvendo as perseguições de colaboradores nazistas na Alemanha pós-guerra em busca de aclarar esses dilemas, debate Hart-Fuller pretendia, em última análise, aprofundar-se na controvérsia sobre a natureza do Direito. Afinal, tais dilemas levantados pela justiça de transição criminal levam a questões mais amplas sobre a Teoria do Direito em si. Se a justiça sucessora implica processar comportamentos que eram legais sob o regime anterior, nada mais adequado do que compreender antes em que consistiria o Direito e o que o valida. Sobre isso, bem coloca Teitel:

O contexto de transição combina essas múltiplas questões sobre a legalidade dos dois regimes e suas relações entre si. No debate pós-guerra, tanto a lei natural como as posições positivistas tomaram como ponto de partida certas presunções sobre a natureza do regime legal anterior sob o domínio não liberal. Ambas as posições obtêm força justificativa do papel do Direito no regime anterior; no entanto, eles diferem sobre o que constitui um princípio transformador da legalidade.⁸²

Enfim, alguém familiarizado com as sociedades em transição procura o debate Hart-Fuller mais com um interesse acadêmico. As questões gerais discutidas ali, é claro, diziam respeito às relações entre lei e moral. Esses não são assuntos desconhecidos ou sem importância para sujeitos e sobreviventes de regimes despóticos ou guerras civis, por exemplo, mesmo que seu principal interesse raramente seja conceitual.⁸³ Na realidade, o que se observa sobre as conclusões de Hart e Fuller ao versarem sobre a Alemanha pós-nazista, trazem assuntos que não nos parece tão pontuais ao regime, mas se estendem sobre o debate mais amplo em relação aos problemas enfrentados por uma justiça de transição.

CÁPITULO 3 - O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA E A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Fazendo-se um apanhado do que foi dito até esse momento na presente pesquisa, em que estávamos traçando as bases conceituais para desenvolver o que propusemos com problema, podemos nos deparar com a seguinte pergunta: O que, afinal, o debate Hart-Fuller tem a nos dizer sobre justiça de transição?

⁸² TEITEL, Ruti G., 2000, op. cit, p. 14. Tradução livre.

⁸³ KRYGIER, Martin, 2010, op. cit, p. 107.

Na realidade, quando falamos de justiça de transição temos em mente diferentes abordagens e meios concretos que visam alcançar a justiça dentro do contexto específico ao qual se localizam com base em uma centralidade na lei, o que, em última análise, levanta questionamentos em relação às concepções de Direito transmitidas por esses próprios projetos. Hart e Fuller, por sua vez, apresentam possibilidades distintas de se responder a essas questões ao longo do debate.

Enquanto para Hart a maior preocupação é um direito desprovido de moralidade, Fuller se preocupará em delinear requisitos pelos quais se confere validade ao direito. Em outros termos, o trabalho de Hart entende que qualquer sistema bem organizado de ordem centralizada e articulado com prescrições e proibições é direito⁸⁴, ao passo que Lon Fuller insiste na distinção entre o direito como um modo de ordenação social do modelo de gestão pelo terror, como o foi o regime nazista⁸⁵.

Tais perspectivas vão delinear uma concepção teórica de Direito capaz de distinguir entre um sistema legal legítimo e seu oposto. O que, no tocante a justiça de transição, ajuda-nos a enfrentar o passado em cotejo com a extensão dos efeitos jurídicos de seu sistema legal.

Para os tribunais alemães do pós-guerra, por exemplo, um grande desafio era aceitar as defesas que dependiam da lei nazista, pois é controverso se um regime sucessor poderia trazer um colaborador à justiça e, em caso afirmativo, se isso implicaria na invalidação das leis antecessoras em vigor no tempo que os atos foram cometidos.⁸⁶

Nesse ponto, muito temos a tirar do debate Hart-Fuller especialmente na parte que ambos autores se confrontam acerca do contributo de Radbruch e do caso da informante rançosa.

8 ENTENDENDO O CASO DA INFORMANTE RANCOROSA

Com o intuito de ilustrar os fundamentos adotados pelos tribunais alemães para punir casos de criminosos de guerra locais, espiões e informantes sob o regime nazista, Hart trouxe a tona um processo real bastante interessante, ao qual chamaremos de “caso da

⁸⁴ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p 624.

⁸⁵ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 645.

⁸⁶ TEITEL, Ruti G., 2000, op. cit, p. 13.

informante rancorosa”⁸⁷. Ele buscava, como esse exemplo, evidenciar como a concepção de Radbruch sobre o Direito contendo em si o princípio moral essencial do humanitarismo foi aplicada na prática.⁸⁸

Basicamente, Hart descreve o caso como se tratando de uma mulher que, por querer se ver livre do marido, denunciou-o em 1944 por tecer comentários negativos a Hitler, o que ensejou a prisão e condenação à morte de seu marido, embora ele tenha morrido após ter sido mandado na linha de frente em uma batalha. Ocorre que, em 1949, essa mulher foi processada e condenada por um tribunal da Alemanha Ocidental (Corte de Apelos de Bamberg) ser responsável pela “privação ilegal de liberdade”⁸⁹ do marido, crime abrigado pelo Código Penal alemão de 1871, e que havia permanecido em vigor continuamente desde a sua promulgação⁹⁰.

Para Hart, as razões que levaram o Tribunal a condenar aquela esposa informante foram a negação de validade às leis nazistas. Há, no entanto, uma polêmica de que Hart teria mal compreendido o caso, como apontou Pappe⁹¹. Motivo pelo qual se faz apropriado valer-se diretamente da decisão proferida no caso em 27 de julho de 1949 em sede recursal para entender como de fato se apresenta o sucedido. Primeiramente, verifica-se que os nuances do caso seguem descritos do seguinte modo:

Seu marido a visitou por um dia em que ele estava a caminho de sua unidade de reserva e fez observações derogatórias sobre Hitler e outros líderes políticos socialistas nacionais. Ele expressou seus arrependimentos, "que Hitler não foi ao diabo em 20 de julho de 1944". O acusado informou isso ao líder do grupo local porque acreditava que "um homem que diz essas coisas não é adequado para viver entre humanos". O relatório chamou a atenção do líder do distrito e levou a um julgamento por tribunal marcial. Ela repetiu seu testemunho incriminatório como testemunha no processo que culminou em seu marido sendo condenado à morte. Após mais de uma semana de custódia, ele foi colocado em liberdade condicional e enviado à frente e, portanto, a pena de morte não foi realizada.⁹²

Seguindo a fundamentação, o Tribunal observou que o caso era de privação de

⁸⁷ O caso ficou conhecido no original inglês como “*The Grudge Informer Case*” que, se traduzido literalmente, seria “o caso da informante rancorosa”.

⁸⁸ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p.618

⁸⁹ Em alemão esse crime recebe o nome de *Rechtswidrige Freiheitsberaubung*.

⁹⁰ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p.619

⁹¹ On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era, M. L. R., n. 23, 1960. Pappe explica que o Tribunal em questão, assim como outros tribunais que tratavam de questões similares, não adotaram explicitamente um argumento de “lei superior”, preferindo se concentrar na interpretação da lei.

⁹² OLG Bamberg in SJZ 1950, 207. Tradução livre.

liberdade por perpetração indireta e, segundo a doutrina majoritária da época, não entendia ser punível quando o perpetrador direto atua legalmente⁹³. No entanto, decidiu seguir o entendimento de que se pode cometer uma infração criminal por meio de perpetração indireta mesmo quando o resultado proscrito é causado diretamente por um instrumento disponível, desde que não se possa conferir legalidade ao resultado causado por esse instrumento justificado⁹⁴.

Em outras palavras, a decisão fazia referência aos juízes enquanto julgavam com base no chamado "Ato da Traição" que, embora tenham sido perpetradores diretos do crime, não agiram ilegalmente. E, em contrapartida, um informante que decida livremente denunciar ato de outrem que cumpra os requisitos de uma ofensa em termos de tal lei, sabendo das consequências disso, age ilegalmente.

De mais a mais, o arrazoado delineado ao longo da decisão é bastante intrigante, sendo pertinente transcrever algum de seus pontos:

Essas disposições⁹⁵ explicitamente serviram apenas a proteção dos governantes socialistas nacionais e, sem dúvida, eram estatutos extremamente injustos. A maior parte do povo alemão percebeu estes como estatutos do terror, particularmente por causa das sanções criminais que as leis ameaçavam, o que permitia punições severas que, em qualquer caso, poderiam ser cruéis. No entanto, essas leis não podem ser rotuladas como leis que violam a lei da natureza (o que obrigaria a inferência de que o juiz que as aplica atua ilegalmente e é, portanto, culpável). Pois essas leis não prescreveram nenhuma conduta afirmativa que seja proibida por ser de lei divina ou humana na opinião de todas as nações civilizadas.⁹⁶

Assim, o Tribunal foi construindo toda uma argumentação de que a denúncia da esposa era ilegal em termos da opinião moral, pois ela se utilizou intencionalmente do exercício de autoridade formal e positiva para gerar consequências graves que viole o senso de justiça comum. Além de enquadrar o ato ao art. 239 do Código Penal Alemão (StGB⁹⁷).

Como se percebe, de fato o caso real apresenta diferenças expressivas em relação ao breve relato de Hart, uma vez que sustentou que a lei nazista em questão não violava o

⁹³ Ibid.

⁹⁴ OLG Bamberg in SJZ 1950, 207

⁹⁵ Referência aos enunciados sobre as ofensas de soldados que constituíam uma infração sob o chamado "Ato de Traição" de 20 de dezembro 1934 ou do § 5 do Decreto relativo à Lei Penal de Guerra Especial, de 11 de agosto de 1938.

⁹⁶ OLG Bamberg in SJZ 1950, 207. Tradução livre.

⁹⁷ Abreviação de *Strafgesetzbuch*, que é a palavra alemã para designar o Código Penal.

Direito Natural⁹⁸, mas que a esposa informante era culpada por ter delatado ainda que não houvesse nenhum dever de fazê-lo e isso fosse contrário a uma consciência de sentido de justiça.

O próprio Hart reconheceu em parte a crítica de Pappe, indicando que o caso poderia, então, ser estudado de maneira hipotética.⁹⁹ Cabe aqui, no entanto, a observação feita por David Dyzenhaus enquanto revisava o presente caso de que a resposta de Hart fora inadequada por não apreciar que os problemas expostos por Pappe foram bem além dos fatos de um caso hipotético. Pappe não apenas corrigiu o relato de Hart sobre o caso, mas tratou de pontos jurisprudenciais profundos, que são em grande parte consistentes com a resposta de Fuller em 1958 a Hart.¹⁰⁰

De todo modo, o Tribunal reconheceu, em meio a sua fundamentação, mesmo não sendo como algo próprio do caso, a possibilidade da lei ser ilegal em hipótese de violação ao Direito Natural. Logo, sendo esse o ponto central enfrentado por Hart, que buscava saber na prática qual a relação entre imoralidade e validade da lei, e sendo o debate muito mais amplo do que esse equívoco cometido por Hart, continua fazendo-se oportuno confrontar as reflexões de Hart e Fuller sobre o caso, mesmo que o adotando de forma estritamente hipotética.

8.1. Como Hart e Fuller interpretaram o caso de informante rancorosa

A questão filosófica era se os cidadãos podiam ser posteriormente processados por atos imorais que eram legais ou mesmo legalmente obrigatórios sob as leis de seu país. O que Hart pretendia sinalizar era que o raciocínio de se conferir ilegitimidade a leis anteriormente legais por ir de encontro a algum caráter moral foi seguido em muitos casos no pós-regime nazista¹⁰¹. Para o autor, considerar isso como um triunfo das doutrinas do direito natural frente ao positivismo não passaria de histeria.

Hart se insurge contra a postura adotada pelos tribunais e que seria a defendida por Radbruch por fazer a lei depender de um teste moral: se uma regra é extremamente

⁹⁸ HART, H. L. A. O Conceito do Direito, 2003, p. 289.

⁹⁹ DYZENHAUS, David. *The Grudge Informer Case Revisited*. New York: New York University School of Law, 2008, p. 1015.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 1016.

¹⁰¹ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 618.

injusta, ela não pode ser legalmente válida¹⁰². É preciso observar que, por trás dessa rejeição, está a visão hartiana de que a validade legal - e, portanto, as obrigações legais - deve ser determinada de acordo com as regras realmente reconhecidas como legais pelos funcionários na ordem jurídica específica efetiva na sociedade, o que segue a tradição jurídica positivista de Bentham e Austin.¹⁰³

Seguindo seu raciocínio, o argumento de Radbruch não nos permitiria descrever com precisão a situação legal e moral geral das leis injustas,

Pois, se adotarmos a visão de Radbruch, e com ele e os tribunais alemães o nosso protesto contra a lei do mal sob a forma de uma afirmação de que certas regras não podem ser leis por causa de sua iniquidade moral, confundimos uma das mais poderosas, porque é a mais simples, formas de crítica moral. Se com os utilitaristas falarmos claramente, nós diremos que as leis podem ser lei, mas muito malignas para serem obedecidas. Esta é uma condenação moral que todos podem entender e fazer uma reivindicação imediata e óbvia para a atenção moral. Se, por outro lado, formulamos nossa objeção como uma afirmação de que essas coisas más não são leis, aqui é uma afirmação que muitas pessoas não acreditam, e se elas estiverem dispostas a considerá-la, pareceria aumentar toda uma série de questões filosóficas antes que possa ser aceita.¹⁰⁴

Em outras palavras, Hart acredita que, ao invés de dizer como Radbruch que certas leis injustas não são leis, deveríamos falar claramente que as leis podem ser leis, mas podem ser muito malignas para serem obedecidas¹⁰⁵. Para ele, essa abordagem, devidamente compreendida, permitiria a resistência de lei do mal porque mostrou que a afirmação "lei é lei" não pode responder a questão final do que um moralmente deve fazer¹⁰⁶.

Hart propôs, então, duas outras diferentes opções para o caso da informante invejosa¹⁰⁷, além daquela dada pelo Tribunal que teria punido a mulher por entender que os dispositivos citados em defesa eram inválidos por irem contra o Direito Natural. A primeira opção seria deixá-la impune, tendo dito Hart que "isso poderia ter sido uma coisa ruim a fazer". Enquanto a terceira seria puni-la por meio de legislação retroativa. Hart descreveu isso como "odioso" e "sacrificando um princípio muito precioso de moralidade", mas parecendo ser favorável por "pelo menos tiver os méritos da sinceridade".

¹⁰² Ibid., p. 616.

¹⁰³ BENNETT, Mark J., 2013, op. cit, p. 19

¹⁰⁴ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 620.

¹⁰⁵ Ibid., p. 618

¹⁰⁶ BENNETT, Mark J., 2013, op. cit, p. 20

¹⁰⁷ HART, H. L. A., 1958, op. cit., p. 619

Com isso, Hart coloca que, enquanto jusnaturalismo obscurece o dilema moral envolvido no caso, positivismo jurídico melhor esclarece-o, deixando claro que se trata de escolher entre os erros morais de (i) não punir uma conduta abominável, e (ii) punir as pessoas retrospectivamente.¹⁰⁸

Fuller, por sua vez, contesta que o Professor Hart condena sem qualificação as decisões judiciais em que os próprios tribunais se comprometeram a declarar nulo alguns dos estatutos nazistas¹⁰⁹. Considera, também, que Hart sugeriu um estatuto criminal retroativo como a solução mais adequada ao problema para o problema¹¹⁰. Este estatuto teria punido o informante e marcado como criminoso por um ato que o professor Hart consideraria ter sido perfeitamente legal quando o cometeu.¹¹¹

Para Fuller, esses pontos levantados por Hart novamente reforçaria a principal questão presente em suas ideias, que seria a fidelidade ao direito. E traduz a forma como Hart tratou o problema de modo que “*a questão não parece mais ser se o que foi uma vez lei agora pode ser declarado como não ter sido lei, mas sim quem deve fazer o trabalho sujo, os tribunais ou a legislatura*”¹¹². E comenta:

Espero não ser injusto com o Professor Hart quando digo que não consigo encontrar nenhuma maneira de descrever o dilema como ele vê, mas usar algumas palavras como as seguintes: De um lado, temos um datário amoral chamado lei, que tem a qualidade peculiar de criar um dever moral para obedecê-la. Por outro lado, temos o dever moral de fazer o que achamos correto e decente. Quando somos confrontados com um estatuto, acreditamos ser completamente malvados, temos que escolher entre esses dois deveres.¹¹³

Fazendo essa leitura, Fuller enxerga as críticas de Hart ao Radbruch como sendo centradas na questão sobre a natureza do dilema em que estão enfrentando. Seria possível até mesmo identificar a consideração de uma semelhança entre ambas posições por parte de Fuller, pois tanto Hart quanto Radbruch recorrem à ideia de uma lei moral superior para lidar com os problemas criados pela injustiça legal passada. Para eles, a lei superior é uma lei que

¹⁰⁸ BENNETT, Mark J., 2013, op. cit, p. 20

¹⁰⁹ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 649

¹¹⁰ Ibid., p. 656: Certamente, a confusão moral atinge o auge quando um tribunal se recusa a aplicar algo que admite ser lei, e o professor Hart não recomenda nenhum "enfrentamento da verdadeira questão" pelos próprios tribunais. Ele teria preferido um estatuto retroativo. (Tradução livre)

¹¹¹ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p.. 649

¹¹² Ibid., p. 649

¹¹³ Ibid., p. 656

tem o poder ou força para invalidar outra lei. Assim, ambos, de fato, preferem que a solução legal venha sob a forma de uma decisão francamente retroativa. A única diferença é que Radbruch está preparado para permitir que os juízes façam o que a legislatura não fez ou não fará.¹¹⁴

Pelas críticas de Fuller, o que Hart e Radbruch parecem compartilhar é uma incapacidade de apreciar a complexidade moral e jurídica da situação dos juízes com uma lei injusta. A questão seria muito complicada para uma teoria que só pode lidar com um choque claro entre o que a lei exige e a consciência.

Teremos também de considerar um aspecto do problema ignorado em seu ensaio, ou seja, o grau em que os nazistas observaram o que eu chamo de moral interna da própria lei. Ao longo de sua discussão, o professor Hart parece assumir que a única diferença entre a lei nazista e, digamos, o direito inglês é que os nazistas usaram suas leis para alcançar fins que são odiosos para um inglês. Esta suposição é, penso eu, seriamente enganada, e a aceitação do Professor Hart por ele parece-me fazer com que sua discussão não responda ao problema que pretende abordar.¹¹⁵

8.2. A solução do caso da informante rancorosa e implicações na justiça de transição

A diferença de soluções ao caso da informante rancorosa se dá especialmente pela distinta forma como ambos enxergam o conceito de Direito. Em resumo, Hart sustentou que a melhor resposta ao problema é reconhecer a disposição como válida e castigar a mulher com base em nova disposição que, de forma retroativa, converta em delito o ato que anteriormente não o era. Por trás de sua posição estava o entendimento de que a separação entre direito e moral permite ter uma visão mais clara das leis ditas imorais. Sua crítica a Radbruch era, portanto, direcionada ao modo como ele vinculava o direito à moral, transformando um problema moral em jurídico e, por consequência, encobrindo a real natureza do problema¹¹⁶.

Fuller, por sua vez, insistiu que as violações grosseiras de uma moralidade interna ajudam a determinar quando uma regra ou um sistema jurídico deixam de ser jurídicos, recorrendo a essa moralidade interna do direito como suficiente para declarar que as

¹¹⁴ DYZENHAUS, David, 2008, op. cit., p.

¹¹⁵ FULLER, Lon L. 1958, op. cit., p. 650

¹¹⁶ HALDEMAN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazy Law, 2005, p. 171.

disposições Nazistas eram inválidas¹¹⁷, e, assim, poder-se punir a informante. Encara, desse modo, o recurso à invalidade propiciado pelo pensamento de Radbruch como a melhor opção para interpretar as leis nazistas¹¹⁸.

Esses contrastes entre as posições de Hart e Fuller, enquanto destoam sobre a relação entre imoralidade e invalidade da lei, muito dizem respeito sobre suas defesas positivistas e jusnaturalistas, respectivamente. Entretanto, como questiona Nicola Lacey¹¹⁹, até que ponto suas proposições se limitariam a um desacordo meramente filosófico, ou melhor seriam compreendidas por uma perspectiva de desentendimento moral e prático sobre quais arranjos institucionais são susceptíveis de maximizar a realização de fins ou ideais sociais valorizados em condições sociais e históricas específicas?

Conforme alertado por Teitel e já colocado acima no capítulo terceiro, o contexto de transição envolve problemas particulares, uma vez que proveniente contexto político extraordinário que seguiu o domínio totalitário¹²⁰. E, como crítica ao debate Hart-Fuller, a despeito de ter ocorrido no pós-guerra e supor encarar as questões próprias dessa circunstância, formulam conclusões abstraídas do contexto e generalizadas como se descrevessem atributos essenciais e universais do Estado do Direito¹²¹.

De fato, é possível reconhecer um caráter excessivamente abstrato e universalista em que grande parte do debate Hart-Fuller foi conduzido; em particular, a maneira pela qual a discussão de Hart analisa, suaviza e homogeneiza as variáveis conceituais, morais, políticas e institucionais a que se propõe¹²². Isso porque, ao que parece, a preocupação de Hart estava mais limitada em desenvolver conceitos mais centrais e universais em sua teoria.

Fuller estava muito mais disposto à investigação social do que Hart. Martin Krygier, aponta isso como uma maior sensibilidade sociológica por sua parte¹²³, o que lhe serviu bem às vezes, embora o tenha deixado subjugado em argumentos contra o formidável arsenal analítico de Hart. E concluindo, aponta:

¹¹⁷ Juan Vega Gómez, *Ensayos de filosofía jurídica analítica*, p.33

¹¹⁸ HALDEMAN, 2005, op. cit, p. 171.

¹¹⁹ Nicola Lacey, *Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, 2008) 83 New York University Law Review 1062.

¹²⁰ TEITEL, Ruti G., 2000, op. cit, p. 14.

¹²¹ Ibid., p. 15.

¹²² KRYGIER, Martin, 2010, op. cit, p. 124.

¹²³ Ibid., p. 126.

Ele também sabia mais sobre o que ambos discutiam no debate sobre a lei nazista. E, no entanto, seus relatos sobre o que pode levar à fidelidade à lei, e mais amplamente ao Estado de Direito, ou qual é a conexão entre a "moral interna do direito" e a possibilidade de um Estado maléfico, tudo isso tão importante para ele para as diferenças que eles fizeram no mundo, são curiosamente zonas de livres investigação: completamente mais ricas em assunção e afirmação do que em evidência.¹²⁴

Até os dias de hoje, o relato de Fuller sobre moral interna do direito tem sido levado a soletrar os elementos centrais do Estado de Direito. Embora pouco se ouça falar sobre a moralidade interna do direito de Fuller quando se trata da justiça de transição, há um apoio generalizado, ou pelo menos um entusiasmo retórico generalizado sobre o Estado de Direito, pela noção de que a lei deve governar¹²⁵.

Por motivos como esse, a Teoria de Fuller vai mostrando-se mais adequada para responder aos problemas da justiça de transição¹²⁶, principalmente por trazer a ideia de Estado de Direito, ainda que as provocações de Hart sejam extremamente pertinentes.

9 A CONTINUAÇÃO DO DEBATE

Para melhor entender o que seria essa moralidade interna de Fuller, faz-se mais adequado recorrer ao seu livro "Moralidade do Direito", por este melhor desenvolvê-la.

Um dos postos-chave de sua teoria de Direito Natural do Fuller, está em defender que a lei – ou melhor, o processo de submeter a conduta humana à governança das regras - deve ser formada por uma "moralidade interna" (*inner morality of Law*). Os critérios por ele apontados referem-se que lei deve ser¹²⁷: "(I) suficientemente geral, (II) promulgada publicamente, (III) prospectiva, (IV) clara, (V) livre de contradições, (VI) constante em tempo suficiente para que os indivíduos consigam se adequar, (VII) de possível cumprimento, e (VIII) administrada em conformidade com a redação para que os indivíduos possam obedecê-las. E em sua percepção, essa ligação seria condicional: caso legisladores ou funcionários do governo desrespeitassem rotineiramente tais requisitos ou, em outras palavras, violassem o Estado de Direito, os cidadãos já não teriam o dever de secundar os ditames de tal governo.¹²⁸

Assim, Fuller fornece alguns fundamentos normativos para pensar que os cidadãos

¹²⁴ KRYGIER, Martin, 2010, op. cit, p. 126.

¹²⁵ Ibid., p. 127.

¹²⁶ Ibid., p. 128.

¹²⁷ FULLER, Lon L. *The Morality of Law*, 1969, p. 39.

¹²⁸ Ibid., p. 40.

têm a obrigação moral de obedecer à lei, que acabaria por traduzir as linhas centrais da compreensão de um Estado de Direito.

Nesse ponto, Hart contra-argumenta que, embora Fuller insista em ser morais os oito princípios por ele traçados, estes não passariam de um roteiro para construir um sistema jurídico efetivo, não significando, necessariamente, um suporte moral de um sistema legal¹²⁹. Assim, por exemplo, seria possível que regimes como o nazista satisfizessem os critérios de Fuller e funcionassem bem como um sistema legal, mesmo mantendo-se completamente imoral.

Fuller, por sua vez, recusa a suposição de Hart ao assumir que objetivos do mal podem ter tanta coerência e lógica interna quanto os bons. Em suas palavras, defende a existência de uma maior afinidade entre a coerência e a bondade do que a coerência e o mal.¹³⁰ Essa afirmação aparentemente ingênua de Fuller apoia-se na ideia de que subsiste uma influência mútua entre a moralidade externa e interna do direito. Logo, por lógica, uma vez desrespeitada a moralidade interna, a moralidade externa também sairia afetada. Mas qual é o sustentáculo dessa influência?

Interessante que, mais adiante, quando Hart trata do conteúdo mínimo do direito natural¹³¹ em “O Conceito do Direito”, afirma que pode até aceitar a posição de moralidade interna de Fuller se ela se encaixar naquilo que defende como conexão necessária entre o direito e a moral¹³².

O ponto a ser sublinhado, entretanto, é que Fuller, ao defender a mitigação da fidelidade à lei nos casos de desrespeito aos critérios por ele apontados, tinha em mente o homem como agente livre e responsável, capaz de entender e seguir as regras, desde que estas respeitassem o seu *status* como portador de dignidade.¹³³ Esse seria, então, o sustentáculo para conexão entre a moralidade externa e interna do direito que antes eu questionara. Pela construção de uma moralidade que respeite a liberdade constitutiva dos sujeitos aos quais se endereça a lei, possibilitou-se um modo de governança que funciona a partir de uma adesão racional, e não por meio de abuso de poder ou imposição de terror. Essa proposta nos parece,

¹²⁹ WACKS, Raymond., 2006, op. cit, p. 12.

¹³⁰ FULLER, Lon L, 1958, op. cit., p. 636.

¹³¹ HART, H. L. A. O Conceito do Direito, 2003, p. 223. Nesse trecho, ao falar de conteúdo mínimo da lei natural, Hart reconhece o fato de que, para sobreviver como comunidade, devem existir certas regras. Traça, nesse sentido, cinco características da condição humana a fundamentá-las. Insiste sempre no sinal de contingência em todas elas, repisando a inexistência de relação conceitual necessária entre direito e moral. Também não está sugerindo que, se aceitarmos o "conteúdo mínimo" da lei natural, isso garantirá uma sociedade justa.

¹³² HART, H. L. A, 2003, op. cit., p. 223.

¹³³ Conforme Fuller aponta em *The Morality of Law*, p.192, violar os princípios da moral interna da lei seria uma afronta à dignidade do homem como agente responsável.

então, mais apropriada para responder aos desafios de um justiça de transição, uma vez que dialoga mais profundamente com uma das maiores preocupações presentes nessa realidade, tal seja o confronto com violações passadas dos direitos humanos e resgate de confiança ao Direito e a justiça.

4 CONCLUSÃO

Como levantado no início do artigo, o debate Hart- Fuller conferiu novas nuances para o antigo embate entre positivismo e jusnaturalismo à medida que Hart não consegue ser enquadrado como positivista ideológico e nem Fuller como um jusnaturalista substantivo, mas sim como positivista jurídico e jusnaturalista formal, respectivamente. Dado a importância precursora na forma como ambos autores tratam uma série de controvérsias da Filosofia do Direito, o debate Hart-Fuller têm sido encarado pela academia por um olhar mais histórico. Sublinha-se, no entanto, que muitos dos argumentos por eles levantados traçam um panorama interessante para se defrontar com problemas, sejam teóricos ou práticos, fundamentais para o status do direito contemporâneo, como os limites da legislação retroativa e os fundamentos para criminalização do passado.

Ao ler-se com maior extensão o debate Hart-Fuller, fica mais claro que o real e central impasse dele repousa na possibilidade de existência de uma lei moralmente má. Nesse sentido, Hart, enquanto busca defender a escola de Teoria do Direito positivista das críticas que vinham sendo formuladas contra sua insistência em distinguir a lei que é da lei que deve ser, entende que a separação entre direito e moral permite ter uma visão mais clara das leis ditas imorais. Insiste, também, que ainda que conseguíssemos identificar uma lei iníqua, isso não retiraria sua validade como lei.

Fuller enxerga nessa posição uma revelação explícita da preocupação do positivismo com o ideal de fidelidade à lei e, conseqüentemente, um reconhecimento de interseção entre direito e moral, motivo pelo qual considera contraditória a proposta desenvolvida por Hart. Vislumbra, então, uma intercessão entre ambos os lados - positivismo e jusnaturalismo- por meio de debate de como definir e melhor servir esse ideal de fidelidade à lei. Ademais, Fuller, por entender o homem como agente livre e responsável capaz de entender e seguir as regras, desde que estas respeitassem o seu *status* como portador de dignidade, vai defender uma conexão entre o direito e a moral a fim de respeitar essa condição.

Todo esse debate, por seu turno, muito diz respeito aos processos de justiça de

transição. Para começar, pelo contexto em que se insere, percebe-se uma preocupação em formular uma concepção de Direito que respondesse apropriadamente aos desafios de se reestabelecer uma ordem democrática, longe das atrocidades vivenciadas durante o regime nazista.

Tratava-se, portanto, de uma sociedade de transição, em que busca-se encontrar processos para conquista de liberdade após um regime autoritário. E isso passa, necessariamente, por uma reconstrução de confiança na lei, por meio do que chamamos de justiça de transição.

Desse modo, encontra-se uma necessidade em se enfrentar o passado, motivo pelo qual o processo criminal com vistas à apuração da responsabilidade penal dos responsáveis por graves violações de direitos humanos trata-se de um dos pontos-chaves a serem abordados pela justiça de transição, ao qual, inclusive, demos maior ênfase ao longo do presente trabalho. E era exatamente essa a questão que Hart e Fuller estavam enfrentando enquanto tratavam do caso da informante rancorosa.

Em meio a esse caso, confrontando a teoria de Radbruch, as posições de Hart e Fuller irão se desdobrar da seguinte forma: Hart defende a criação de dispositivos retroativos caso se queira punir alguém, uma vez que a iniquidade não consistiria em argumento hábil para afastar sua validade, enquanto Fuller argumenta que as violações grosseiras de uma moralidade interna ajudam a determinar quando uma regra ou um sistema jurídico deixam de ser jurídicos, recorrendo a essa moralidade interna do direito como suficiente para declarar que as disposições Nazistas eram inválidas, e, assim, poder-se punir a informante.

Ademais, ainda quando Hart passou a reconhecer a existência de conexões necessárias entre direito e moral, o que chamava de conteúdo mínimo do direito natural, continuou a insistir que os sistemas jurídicos seriam compatíveis com injustiças. Para Fuller, isso significava que Hart assumira que objetivos do mal podem ter tanta coerência e lógica interna quanto os bons. Ele, por sua vez, irá recusar sua suposição, defendendo a existência de uma maior afinidade entre a coerência e a bondade do que a coerência e o mal, chegando à conclusão de que a preservação da moral interna do direito refletiria em uma moral externa boa, pois as morais internas e externas se influiriam de forma recíproca.

Em contraponto à adequação do debate Hart-Fuller como modo de tratar sobre justiça de transição, alerta Teitel de que ambos não parece reconhecer os problemas

excepcionais envolvidos no domínio da Teoria do Direito transitória, tendo abstraído conclusões generalizadas sem reconhecer o que se trataria de problemas particulares de um contexto de transição.

De mais a mais, se considerarmos que o melhor modo de se estabelecer uma justiça de transição for adotando uma concepção teórica de Direito capaz de distinguir entre um sistema legal legítimo e seu oposto para, então, conseguir superar a presença de sistemas legais essencialmente repressivos, Fuller parece responder a essa proposição mais adequadamente.

A resposta de Fuller, pelo o que foi visto, articulou, ao delinear os requisitos da "moralidade interna" (*inner morality of Law*), os postos-chave do que se entende hoje por Estado de Direito. Por óbvio que entender o que seria "Estado de Direito" e com que eficiência ele responderia aos problemas de uma justiça de transição nos exigiria uma nova pesquisa, o que fica como sugestão. No entanto, sublinham-se, por ora, dois pontos de evidência da propriedade da resposta de Fuller pelo que já fora abordado no presente estudo: o primeiro seria a constatação de que há um apoio, ou ao menos um entusiasmo, generalizado à ideia de Estado de Direito ao se tratar sobre justiça de transição; e o segundo, de ordem mais substancial, seria que a teoria de Fuller, principalmente se compreendida para além do contexto do debate com o Hart, propiciaria a construção de uma moralidade que respeite a liberdade constitutiva dos sujeitos aos quais se endereça a lei, possibilitando, caso respeitado os requisitos mínimos da moralidade interna, um modo de governança que funciona a partir de uma adesão racional, e não por meio de abuso de poder ou imposição de terror.

REFERÊNCIAS

ARNS, Dom Paulo E. Brasil: Nunca Mais. Vozes: São Paulo, 1985.

BENNETT, Mark J. *Legal Positivism and the Rule of Law: the Hartian Response to Fuller's Challenge*. Tese, University of Toronto, 2013. Disponível em: https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/35776/1/Bennett_Mark_J_201306_SJD_thesis. Acessado em 23/10/2017.

CANE, Peter (Editor). *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Sydney: Hart Publishing, 2010.

BICKFORD, Louis, 'Transitional Justice,' em *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, ed. Dinah Shelton, Detroit: Macmillan Reference USA, 2004, v.3, p. 1045-1047.

DAUD, Felipe T. A separação entre ser e dever ser na filosofia do direito de Herbert Hart. Brasília: Revista Jurídica da Presidência, v. 16 n. 109, 2014. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/21>. Acessado em 01/12/2017.

DYZENHAUS, David. *The Grudge Informer Case Revisited*. New York: New York University School of Law, 2008, v.83, n. 4. Disponível em: <http://www.nyulawreview.org/issues/volume-83-number-4/grudge-informer-case-revisited>. Acessado em 17/11/2017.

FARREL, Martín D. *Enseñando Ética*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2015. Disponível em: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/coleccion-ciencias-juridicas/EnsenandoEtica_15.pdf. Acessado em 05/11/2017.

FULLER, Lon L. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, *Harvard Law Review* 71, 1958.

_____. *The Morality of Law*. Edição revisada, New Haven: Yale University Press, 1964.

GÓMEZ, Juan V. *Ensayos de filosofía jurídica analítica*. Librería-Editorial Dykinson, 2014.

HALDEMAN, Frank. *Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on Nazi Law*. *Ratio Juris*, Oxford, v. 18, n. 2, p. 162-178, 2005.

HART, Herbert L. A. “Book Review: Lon Fuller, *The Morality of Law*”, *Harvard Law Review*, 78, 1965.

_____. *Essays on Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983

_____. “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71, 1958. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/5088/e4542b8dcbd1312f2250f3c50217c7a6e9cf.pdf>.

Acessado em 14/10/2017.

_____. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1997 - Trad. port. O Conceito de Direito. 3a . ed. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.

HART, H. L. A.; FULLER, Lon L. El debate Hart-Fuller / traducción de Jorge Gozález Jácome. – Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

KRYGIER, Martin. *The Hart–Fuller Debate, Transitional Societies and the Rule of Law*, 2010.

LACEY, Nicola. *Philosophy, Political Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, 83 *New York University Law Review*, v. 83, 2008.

LAVIS, Simon. *The Conundrum of Nazi Law: An Historiographical Challenge to the Anglo-American Jurisprudential Representation of the Nazi Past*. Tese de Doutorado. University of Nottingham. Nottingham, 2015. Disponível em: http://eprints.nottingham.ac.uk/29061/1/Thesis_Final_April%202015_Hardbound%20Final_4118996.pdf Acessado em 26/11/2017.

MARTINS, Ângela V. S. A Moralidade do Direito como condição de liberdade em Lon Fuller. Dissertação de Mestrado. UFRGS – Porto Alegre, 2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo P. O método de leitura estrutural, in *Cadernos Direito GV*, número 16, 2007.

NINO, Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

OLG Bamberg in SJZ 1950. Disponível em: http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/grudge%5B1%5D.pdf. Acessado em 10/11/2017.

HO, Pappé. *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era*, M. L. R., n. 23, 1960. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1091619?seq=1#page_scan_tab_contents> Acessado em 10/11/2017.

TEITEL, Ruti G. *Transitional Justice*. New York: Oxford University Press, 2000.

_____. “Transitional Justice Genealogy” *Harvard Human Rights Journal*, 2003, v. 16.

MÉNDEZ, Juan E. (2001), *In Defense of Transitional Justice*, in A. James McAdams (org.), SANTOS, C. M. *Memória na Justiça: A mobilização dos direitos humanos e a construção da memória da ditadura no Brasil*. In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 88. 2010. Disponível em: <<http://rccs.revues.org/1719>; DOI 10.4000/rccs.1719.> Acessado em 15/10/2017.

ROHT-ARRIAZA, Naomi. *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. New York: Cambridge University Press, 2006.

UN Security Council- *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*, S/2004/616. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/the-rule-of-law-and-transitional-justice-in-conflict-and-post-conflict-societies-report-of-the-secretary-general/> Acessado em 15/11/2017.

WACKS, Raymond. *Philisophy of Law – Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press, 2006.

WHITEHEAD, Laurence. *The Politics of Memory: Transitional Justice in Democratizing Societies* - New York: Oxford University Press Inc., 2001.

WIEBELHAUS-BRAHM, Eric. *Truth Commissions and Transitional Societies*. New York: Routledge, 2010.