4

O Aspecto Moral e Legal do Livro: “o caso dos exploradores de cavernas”, de Lon Fuller

Um resumo da obra de Fuller

O Livro “O caso dos exploradores de caverna” do escritor Leon L. Fuller, nos conta uma história um tanto quanto intrigante.

É uma obra de ficção jurídica que relata o drama de homens membros da sociedade espeleológica uma organização amadorística de exploração de cavernas. Já de início podemos notar a base patológica da ciência jurídica (ficção jurídica).

No ano de 4.299, um grupo de homens adentrou uma caverna no intuito de explorá-la, mas um desmoronamento acabou bloqueando a única passagem que havia. O resgate enfrentou diversas dificuldades, entre elas a falta de recursos, nesse período ocorreu também um acidente que acabou matando dez trabalhadores. Depois de alguns dias foi possível fazer contato com os exploradores, podendo assim ter uma dimensão da real situação daqueles homens.

Um dos espeleólogos indaga sobre a possibilidade de tirar a vida de um dos cinco que estavam na caverna para que assim eles pudessem se alimentar, haja vista que a retirada deles da caverna não era nada animadora, pois foi dado um prazo pra que isso pudesse acontecer, e, neste ponto podemos notar o alto grau de egoísmo de um dos membros, pois, pensa em salvar sua vida em detrimento de outro, como revelando sua psicopatologia.

No momento do resgate descobriram que Roger Whetmore teria sido escolhido para morrer e servir de alimento a seus maus-amigos. Depois do resgate se abriu uma grande discussão sobre a atitude daqueles homens, teriam eles cometido um assassinato?

Ou a situação em que se encontravam os obrigou a tomar aquela atitude? Aqui torna-se claro a sociopatologia da ciência jurídica. Usando uma dialética errônea. Querendo transformar o errado (o assassinato) em correto (salva a própria vida em detrimento de outra). Vale salientar, que o juiz de primeira instância era um positivista, ou seja, para ele a lei deveria ser aplicada conforme o estatuto.

O texto é bem claro e diz que, “quem quer que intencionalmente prive a outrem da vida, será punido com a morte” então essa foi a posição dele em relação

aos exploradores. O juiz parece correto na sua decisão, mas, continua com a dialética errônea. Para aplicar a justiça, ele usou o mesmo princípio dos exploradores, transformar o injusto no justo quebrando o 1º princípio da realidade, que é, “o injusto é a negação, a privação e a deturpação do justo”.

O caso foi levado para a corte no qual outros quatro Juízes deram suas opiniões sobre o caso, onde os homens foram a julgamento e assim foram condenados por assassinato em primeira instância.

O Juiz Truepenny, presidente da corte, ele narra os acontecimentos vividos pelos exploradores: após trinta e dois dias presos numa caverna, descobriu-se que os quatro sobreviventes, após um acordo com o outro explorador, mataram e comeram sua carne para conseguir sobreviver aos vários dias de aprisionamento.

Após colocar o leitor ciente da situação do caso, em que os exploradores foram condenados pelo tribunal de primeira instância, inicia-se a discussão. O voto deste Ilustríssimo presidente foi pela extinção da execução penal e argumentou que não havia elementos na lei que poderiam excluir a culpabilidade dos exploradores. Porém, dada a circunstância excepcional em que se encontraram esses homens e o clamor público em torno do caso, o melhor seria a clemência executiva, ou seja, o perdão da pena por parte do Poder Executivo.

O Juiz Foster, usando argumentos fortes, emocionais e apelativos, o juiz alega que os réus se encontraram em uma situação crítica de sobrevivência, sem recursos, água ou alimentos, em uma espécie de estado de natureza, onde a vida se sobrepuja ao seguimento das leis estipuladas pelo que ele chamava de direito positivo. O voto deste juiz foi sobre a absolvição e não configuração de crime, sob os argumentos de que, primeiramente, a situação da caverna, o risco de morte em que se encontravam os exploradores, se configurou como um momento de exceção da vigência da lei. Cessada a razão da lei, cessada a letra da lei. A lei, assim, é incapaz de prever toda a complexidade das relações humanas.

Assim, este desenvolveu um argumento baseado na analogia. Por não existir em Newgarth exceções ao dispositivo legal, ele invocou a tradição e o princípio da legítima defesa, única exceção prevista na lei que os condenava para o seu não cumprimento. Por fim, o juiz afirma que os réus devem ser considerados inocentes.

Já o Juiz Tatting, se mostrando indeciso, afirma que apesar de seus sentimentos implorarem pela absolvição dos réus, ele sabia que isso seria

completamente contra o código positivado, e que, como juiz, tinha a obrigação de não deixar suas emoções atrapalharem seu julgamento, já que era seu dever deixar a lei prevalecer sobre suas convicções.

Ao afirmar que não poderia aceitar o julgamento de Foster, por este ter opiniões infundadas intelectualmente e abstratas, e também não conseguindo aceitar que os réus fossem condenados à morte, visto que sua salvação resultou na morte de dez operários, Tating se recusa a participar da decisão do caso. Assim, o voto deste Magistrado, foi omissivo, por questões de cunho moral, cujo argumento usado, era de que não seria possível estabelecer o momento da ruptura com a normalidade legal. A admissão da hipótese de um Estado de natureza colocaria em cheque todo o ordenamento.

Desta feita, este juiz desmontou o argumento da legítima defesa, pois segundo ele, se houve uma ruptura do estado de direito, um elemento do direito não pode ser invocado como elemento para a defesa dos réus.

Por sua vez, o Juiz Keen, se mostra bastante imperativo e sem dúvidas sobre sua decisão. Ao afirmar que a lei está escrita e emoções não pode atrapalhar o veredito final, Keen ridiculariza os argumentos de Foster, dizendo que os mesmos são infundados e sem qualquer embasamento e decreta categoricamente que, pela lei vigente, os réus são culpados. O voto deste juiz foi pela condenação com base na lei e, seu argumento se baseou num ataque frontal ao argumento do Juiz Foster, argumentando que não existe lacuna na lei no caso analisado, o que por sua vez, excluiria a possibilidade de aplicar a analogia (inclusão do princípio da legítima defesa), bem como reforçou a idéia de que a motivação de Foster foi de ordem moral e pessoal e defendeu a idéia de que o papel do Direito é julgar conforme à lei.

Assim, o juiz Keen apresenta o termo “intencionalidade”, o qual tem uma interpretação específica na lei de Newgarth. Nas situações em que ela se aplicou, seria necessário uma reação espontânea e impossível de ser evitada. De forma diferente, os exploradores tinham consciência do ato que estavam praticando.

Entretanto, o Juiz Handy, mostra-se bastante diferente dos outros três, ao afirmar que, apesar de existir um código positivado e que ele deve ser respeitado, esse caso deveria ser executado sobre um ponto de vista mais humano e menos teórico. Este magistrado teve seu voto totalmente diferente dos demais, pois julgou os réus inocentes e seu argumento foi desenvolvido sob a alegação de que

o direito deve se aproximar dos usos e costumes dos povos, bem como deve existir uma correspondência nas expectativas morais e éticas dos povos com as decisões e o papel exercido pelo judiciário. O seu voto foi fundamentado com o pedido de apelo à figura do Júri, mostrando este, que a própria lei penal prevê a possibilidade do julgamento pelos seus próprios pares.

De acordo com os seus desenvolvimentos, se o Júri não tivesse sido desenvolvido de forma especial e não contasse com um profissional da área do Direito, certamente ele (o Júri) teria absolvido os exploradores.

Handy afirma que o conhecimento abstrato e as formalidades deveriam ser considerados ferramentas para a construção de suas decisões, ou seja, deveriam ser adaptadas ao caso concreto, e não fazer com o que o caso se adequa a elas.

O juiz também cita que, em uma pesquisa feita por uma grande cadeia de jornais, noventa por cento dos entrevistados se mostraram a favor de uma pena simbólica ou, até mesmo, inocência aos réus. Assim, por conseguinte, Handy declara que os julgados são inocentes das acusações. Como houve empate técnico na decisão do caso, se fez valer a decisão do tribunal de primeira instância e os quatro exploradores foram condenados a morrer na forca.

Assim, desde o tendencioso jusnaturalismo de Foster, o humanismo de Handy, seguindo até o positivismo exacerbado de Keen, diante de todos os extremos que o caso poderia ter, mostrando a argumentação de cada parte e provando que o direito definitivamente não é uma área exata.

Em conclusão fica claro que a ciência jurídica, que pode ser entendida como o Direito, foi elaborada pelo homem para o homem, ou seja, “um conjunto de regras dotadas de sanção que regem as relações dos homens que vivem em sociedade” e, assim como todas as organizações e sistemas humanos, encontra-se em total desajuste com a realidade.

Os próprios juristas têm sentido que o “raciocínio jurídico deixou de corresponder às realidades sobre as quais se edificara, decorrendo desse desajustamento a impressão de decadência dos próprios institutos jurídicos e até de declínio do direito” onde salientamos que é importante saber que a única saída para a situação caótica em que se encontra não apenas o direito, mas toda a humanidade é pela vontade do indivíduo, pois “não é possível conscientizar algo e permanecer passivamente. Atacar, negar ou alterar a consciência do mal é defendê-lo, para ficar nele; acata-lo é sair dele”.

Os juristas e o princípio da ação do Duplo Efeito

Os juristas, em sua maioria, não fazem distinção entre “meio” e “efeito”, quando se trata de “estado de necessidade”. Para muitos deles, é indiferente provocar o aborto para salvar a vida da mãe (aborto como meio) ou aplicar uma terapia na mãe que provoque indiretamente a morte do nascituro (aborto como efeito).

A expressão “Duplo Efeito” ocorre na Suma Teológica (II-II, q.64,a.7) quando Tomás de Aquino (1225-1274) justifica a morte do injusto agressor, se ela é necessária para a salvação da própria vida.

De acordo com a Doutrina do Duplo Efeito, precisa-se levar em conta a “intencionalidade”, tendo o cuidado de interrogar se *é lícito matar alguém, defendendo-se* (“*utrum licita alicui occidere hominem seipsum defendendo*”) e não *se é lícito matar alguém para se defender* (“*ut seipsum defendat*”).

Do modo como é exposta e respondida a questão, a defesa de si mesmo e a morte do agressor aparecem como dois efeitos que decorrem simultaneamente do “*ato*” defensivo.

“A defesa legítima das pessoas e das sociedades não é uma exceção à proibição de matar o inocente que constitui o homicídio voluntário. Do ato de defesa pode seguir-se um duplo efeito: um, a conservação da própria vida; outro, a morte do agressor. Nada impede que um ato possa ter dois efeitos, dos quais só um esteja na intenção, estando o outro para além da intenção”¹⁹⁴

Na verdade, o princípio desta doutrina afirma que é lícito atuar uma causa boa ou indiferente, da qual imediatamente se seguem dois efeitos: um bom, outro mau, desde que haja uma razão proporcionalmente grave e o fim do agente seja honesto, ou seja, não deseje o efeito mau e, a razão desse princípio é que, se tal ação não fosse lícita, o agente pecaria ou por desejar o efeito mau, ou por atuar a causa, ou por prever o efeito mau.

Portanto:

O fim deve ser bom, isto é, o agente não deve desejar o efeito mau, porque senão o efeito seria em si voluntário. Por isso, de nenhum modo ele deve comprazer-se do efeito mau.

¹⁹⁴ Catechismus Catholicae Ecclesiae..., n. 2263

A causa, por sua vez, deve ser boa ou, pelo menos, indiferente, ou seja, não deve ser oposta a nenhuma lei, onde, portanto, razão é evidente. Se a causa fosse má em si mesma, tornaria ação culpável.

Já o efeito bom, deve seguir imediatamente a causa. A razão é que, se a causa tivesse direta e imediatamente um efeito mau e se o efeito bom socorresse mediante o efeito mau, então o bem seria desejado por meio do mal.

Mas nunca é lícito fazer o mau, ainda que leve, para obter um bem; pois, conforme conhecido axioma do Apóstolo Paulo na sua Carta aos Romanos, “*nunca se deve fazer o mal para que daí decorra o bem*”¹⁹⁵

Por conseguinte, deve haver uma razão proporcionalmente grave para atuar a causa, pois a equidade natural obriga-nos a evitar os males e impedir os danos ao próximo, quando podemos fazê-lo sem um dano proporcionalmente grave.¹⁹⁶

A moralidade da Ação Humana

A moralidade da ação humana, como pudemos observar na análise do texto tomasiano, depende da vontade, das escolhas que fazemos, uma vez que decorre diretamente do objeto (nossa meta principal) e do fim (nossa finalidade; onde se quer chegar).

Além disso, percebemos que a vontade está intimamente relacionada com a razão, pois é por meio da reflexão que restabelecemos o que está na vontade e se constitui como motores de nossas ações. Se atualizar a vontade significa agir efetivamente, atualizar o intelecto significa escolher, optar por uma coisa ou outra.

O ato de pensar na obra tomasiana, não é algo especulativo, ao contrário, é algo eminentemente prático, cotidiano, tem a ver com o que fazemos diariamente, tanto no espaço privado quanto no espaço público, assim, o ato humano se caracteriza fundamentalmente por ser livre, ou seja, praticado com liberdade, a capacidade da vontade de se dirigir por si mesma ao bem que a razão lhe apresenta.

¹⁹⁵ Bíblia Sagrada, Carta aos Romanos: 3:8

¹⁹⁶ J.P. Gury, *Compendium theologiae moralis*, I, Typogr. Polygl.

A vida moral do homem possui um evidente caráter teleológico, porém, a ordenação ao fim último não é uma dimensão subjetivista, que dependa apenas da intenção, mas pressupõe que os atos sejam em si ordenáveis a tal fim.

A bondade ou malícia do ato moral, portanto, não pode ser julgada apenas porque destinada a alcançar este ou aquele objetivo ou simplesmente porque a intenção do agente era boa. Se o objeto da ação concreta não estiver em consonância com o verdadeiro bem da pessoa, a escolha da ação torna a vontade e o agente moralmente maus.

No artigo 7 da questão 64 da II-II da summa Teológica, Tomás de Aquino se pergunta acerca da ilicitude de matar a outrem para se defender, concluindo que nada impede que um mesmo ato tenha dois efeitos, dois quais apenas um esteja na intenção do agente, estando o outro fora dela, sendo meramente accidental.

Do ato de quem se defende podem resultar dois efeitos: um, a conservação da própria vida, e, outro, a morte do agressor, onde o ato de visar a conservação da própria vida, desde que é bom e lícito, pois é natural buscar a conservação da própria vida, desde que de modo proporcional ao fim (daí a necessidade de se empregar a violência na medida certa)¹⁹⁷.

A morte do agressor, ao contrário, não foi diretamente desejada pelo agente e tampouco foi meio para obter o fim bom, mas apenas uma sua consequência. Não se pode, portanto, falar aqui de homicídio.

Sendo assim, o também chamado ato voluntário indireto se dá quando, ao praticar uma ação, além do efeito diretamente procurado, se segue outro, adicional, não pretendido, mas que apenas se tolera por vir unido ao primeiro.

Portanto, é um ato do qual se seguem um efeito bom e outro mal, daí a expressão "duplo efeito". Deve-se ressaltar de que não se trata de um ato com fim duplo, ou seja, não um duplo fim e sim um duplo efeito¹⁹⁸.

Há, portanto, ocasiões, em que, sob certas condições, será lícito praticar atos dos quais se seguirá um efeito mau (voluntário indireto) de um efeito bom (voluntário direto, diretamente desejado). As condições para a licitude desse ato - a serem explicadas abaixo. São:

(1) Que a ação da qual se segue o efeito ruim seja boa em si mesma ou pelo menos indiferente; (2) que o efeito imediato, o primeiro que se produz, seja o

¹⁹⁷ Cf. AQUINO, Tomás de. STb II-II, q. 64, a. 7, r.

¹⁹⁸ Cf. SADA R. ET MONROY, A. *Curso de Teologia Moral*, Lisboa: Rei dos Livros, 1992, p. 27.

bom efeito, e o mau não seja mais do que consequência necessária; (3) que a pessoa tenha como propósito o fim bom, ou seja, o bom efeito, e não o mau, somente tolerado; e (4) que exista um motivo proporcionalmente grave para se admitir o efeito mau¹⁹⁹.

Para saber se uma ação é boa ou indiferente deve-se olhar primeiramente para o *finis operis*, o fim o qual o ato tende por sua própria natureza, dele inseparável: é o efeito necessário do ato. É indiferente do *finis operantis*, que é o fim a que o sujeito se propõe, subjetivo e separável do ato mesmo.

O tomismo põe uma grande ênfase na intensão do agente e, não seria correto afirmar que é “*praeter intentionem*” é indiferente ou quase irrelevante.

Podemos ver, então que o tomismo disse acerca da legítima defesa. No caso de uma defesa homicida legítima por parte de uma pessoa privada, o tomismo permite a agressão do agressor quando essa agressão resulta de um uso da força proporcionada como a própria defesa e não pela força intencional.

Portanto, a verdadeira questão é a de saber como é que alguém delimita em determinado caso se uma determinada serie de atos imperados são “proporcionados” ao objeto da intenção, e são, portanto, “essencialmente determinados” por ele [...] ou se eles por si próprios formam um objeto moral separado?

Segundo o tomismo, essa “relação desproporcionalidade entre meios e fim determina se os meios participam ou não a especificação que vem do fim [...], ou se tem a sua própria essência moral²⁰⁰.

Por exemplo, no caso da legítima defesa afirmar que o uso da força é o meio que imediatamente realiza a intenção da legítima defesa e por sua vez, implica também reconhecer que há uma diferença moral essencial entre a decisão de matar e a decisão de salvar e defender a vida através de atos que no próprio processo de salvar a vida, podem causar ou causam a morte.

O tomismo esclarece que a liberdade da consciência não se exerce necessariamente na elaboração da lei, mas na sua ponderação e aplicação a situações concretas.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp.27-8; FERNANDEZ, A., *Manuale Theologiae Moralis secundum S. Thomae Aquinatis*. Tomo I. 11 ed Friburgo; 1953, pp. 45-6

²⁰⁰ AQUINO, Tomas de. *Suma Teológica*, volume III

Nesse momento, ou seja, no momento de sua ponderação íntima, se a consciência, com boa disposição, não consegue admitir o teor da lei e submeter-se a ele, fica desobrigada a obedecer-lhe. Sua primeira obrigação consiste em manter-se fiel a si mesma, pois, segundo o tomismo, a consciência segue a luz de sua razão para gerar o agir. Se ela perde essa luz, não pode pretender mover-se²⁰¹.

A Doutrina do Duplo Efeito e sua aplicabilidade no “Caso dos Exploradores de Caverna”

Como já dissemos em capítulos anteriores, a Doutrina do Duplo Efeito é uma tese da filosofia moral, normalmente atribuída a São Tomás de Aquino. Ela visa explicar em que circunstâncias é permitido tomar uma ação tendo ao mesmo tempo consequências positivas e negativas (ou seja, um duplo efeito). Ela enuncia diversas condições necessárias para que uma ação possa ser moralmente justificada mesmo quando comporte um efeito ruim:

A ação deve ser ela mesma boa ou moralmente neutra;

O efeito positivo deve resultar do ato e não do efeito negativo;

O efeito negativo não deve ter sido diretamente desejado, mas deve ter sido previsto e tolerado;

O efeito positivo deve ser mais forte que o negativo, ou ainda, ambos devem ser iguais.

Em suma, esta tese sustenta que existem situações onde é justificado produzir uma consequência ruim se ela é apenas um efeito colateral da ação e não intencionalmente buscado.

Tomemos como exemplo a aceitabilidade de provocar um aborto (matando o feto em consequência) para evitar a morte da mãe é uma das suas aplicações.

Todas as causas das definições são altamente controversas, mas é sobretudo a segunda que dá origem a profundos problemas no que diz respeito à relação entre ação, consequência e intenção.

²⁰¹ AQUINO, Tomas de. *Suma teológica*. Parte I, questão 82, art. 4, São Paulo: Loyola; 2002, v. II

Outro exemplo relevante seria matar alguém por legítima defesa, que foi o caso fictício do Livro de Lon Fuller, ou seja, “O caso dos exploradores de caverna”²⁰².

Na narrativa do livro o efeito positivo resultou do ato de se deixar matar em favor dos companheiros e não do efeito negativo do homicídio em si, ali, a intencionalidade foi a de se manterem vivos os que não foram escolhidos para morrer.

Na verdade, tudo tender-se-ia a se conservar no ser enquanto pode, isso é natural e é moralmente lícito para São Tomás, sendo assim, importante ressaltar é que a doutrina não se aplica quando efeito bom se faz a partir do efeito mau, ou seja, o efeito bom não pode ser produzido pelo efeito mau.

No caso do livro citado acima, o efeito mau, que seria matar um dos exploradores, que teve sua sorte recaída para a escolha fatídica, configuraria para a Doutrina do Duplo efeito como não intencional em si mesmo, ou seja, o ato em si, não era mau, pois a sua intenção seria o “bem” em manter vivos aqueles sobreviventes da tragédia do desabamento, que por sua vez, caracterizava um infortúnio.

A morte de Roger Wheltnore que caracterizava o efeito mal, não foi diretamente desejada, mas sim, previsto e tolerado, por ocasião da deliberação de lançar a sorte para escolher quem deveria ser sacrificado em prol da vida dos sobreviventes restantes.

Por outro lado, o efeito positivo foi mais forte que o efeito negativo, haja vista que a morte de um, preservou a vida dos outros. Assim, tomando como base a Doutrina do Duplo Efeito, os sobreviventes não deveriam ter sido julgados culpados.

A Visão Penal Brasileira diante do “Caso dos Exploradores de Caverna”

Vimos, portanto, que os réus foram culpados por homicídio doloso na qual reproduzo: “... o juiz de primeiro grau decidiu que os réus eram culpados de homicídio doloso cometido contra Roger Wheltnore”²⁰³:

²⁰² FULLER, L.Fuller. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução e notas por Ivo de Paula, LL. M.São Paulo.2008

Bem como nessa legislação – Código Penal do Condado de Stoeffield - Newgarth – não obstante a legislação brasileira também defende a vida como um direito fundamental previsto em nossa Carta Magna no art. 5º, na qual através do Código Penal em seu art.121 tipifica o crime de homicídio, punindo aquele que intencionalmente mata alguém.

Porém não basta a conduta típica para que exista o crime, pois para que este se configure faz-se necessário que nosso ordenamento reprove tal conduta, considerando fato ilícito e anti-jurídico.

Geralmente os casos típicos são anti-jurídicos, porém há nesse caso (o do homicídio) uma das causas de excludentes da ilicitude, conforme prevê o art. 23 CP, como nesse caso convém o inciso I que diz respeito ao Estado de Necessidade.

Classifico tal conduta, como estado de necessidade como assim define o art. 23 CP, “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.” Vislumbro então explicar o motivo de tal classificação neste art. 23 , I, do CP.

Caso os réus, realmente, fossem culpados pelo crime de homicídio doloso, pela legislação brasileira não seria condenado à pena de morte, assim como fora condenado pela legislação de Newgarth.

Pois nossa Carta Magna de 1988 não prevê pena de morte em caso de homicídio ou em quaisquer outros crimes, salvo em caso de guerra declarada. Cumpririam tão somente os condenados à pena de reclusão, de seis a vinte anos, em caso de homicídio simples ou até poderiam cumprir uma pena mais rigorosa, caso seja qualificado a conduta típica, reclusão, de doze a trinta anos.

Em Newgarth a competência de julgamento pelo crime de homicídio doloso, assim denunciado pelo Ministério Público, era de competência do Tribunal do Júri. Desde a análise da fase probatória até o julgamento final à condenação dos acusados cabe competência ao Tribunal do Júri.

O Júri em acordo com o Ministério Público e o advogado de defesa “preferiu proferir um veredicto especial, deixando ao arbítrio do judicial, de

²⁰³ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *O caso dos exploradores de caverna de Lon Fuller à luz do ordenamento penal brasileiro*. 3a. edição São Paulo. Qcuartier Latin, 2006

acordo com prova coligida, decidir se houvera, ou não, dolo por parte dos réus”, o juiz de imediato deferiu²⁰⁴.

Portanto o júri ficou somente com a competência de acolher ou não as provas, no qual, optou por acolher as provas e pedir, casos fossem os réus culpados, a condenação. E assim o juiz togado decidiu que os réus eram culpados e sentenciou-os à pena de morte por enforcamento.

Este é um ponto processual muito interessante, pois em nosso ordenamento jurídico é de competência exclusiva do Tribunal do Júri julgar os crimes dolosos contra a vida.

Porém há ressalvas a este procedimento processual, pois o Tribunal somente terá sua participação na segunda fase do procedimento, após efetiva pronúncia do juiz togado, ou seja, quando o juiz decidir se há crime doloso contra a vida.

Assim, não há em que se falar de participação do Tribunal do Júri em fase probatória no processo, pois este somente participará em segunda fase do procedimento para julgar o caso de acordo com seus conhecimentos naturais, não havendo necessidade de obter conhecimento jurídico para julgar.

Nesse sentido nos ensina Guilherme de Souza Nucci “Jurados decidem de acordo com a sua consciência e não segundo a lei. Aliás, esse é o juramento que fazem (art. 472, CPP), em que há a promessa de seguir a consciência e a justiça, mas não as normas escritas e muito menos os julgados do País”. Também não poderá o Tribunal do Júri brasileiro delegar sua competência a outro órgão, pois esta competência é exclusiva deste tribunal²⁰⁵.

Outro ponto importante se destaca quando os réus condenados apelaram da decisão proferida em primeiro grau pelo juiz togado (que na verdade deveria ser proferida pelo Tribunal Popular) à Suprema Corte de Newgarth.

Em nosso ordenamento jurídico quando o assunto é de competência exclusiva do Tribunal do Júri não cabe apelação para discussão do mérito da causa, pois existe um princípio Constitucional conferido ao Júri que veda tal procedimento.

Falamos do princípio da Soberania dos Veredictos, este princípio indica que as decisões proferidas pelo Tribunal do Júri não podem ser substituídas por

²⁰⁴ FULLER, Lon. *O caso dos exploradores de caverna*

²⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prática Forense Penal*. Editora Método- Grupo Gen.2012

decisões de juízes togados. Nesse sentido Guilherme de Souza Nucci: “Não é possível que, sob qualquer pretexto, cortes togadas invadam o mérito do veredicto, substituindo-o.

Se houver erro judiciário, basta remeter o caso a novo julgamento pelo Tribunal Popular. Porém em hipótese alguma, pode-se invalidar o veredicto, proferindo outro, quanto ao mérito”. Exceção os casos do art. 593, III do CPP.

Ocorreu também o pedido de graça, pelos membros do Júri e pelo juiz togado, ao Chefe do Poder Executivo, esta conduta também foi acompanhada pelo voto do Ministro Truepenny.

Esse pedido visava que a pena de morte por enforcamento fosse convertida em pena de prisão por seis meses. O pedido de graça está previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 107, II do CP. A graça, porém denominada, pela Lei de Execução Penal, “Indulto Individual” poderá ser provocada por petição, por iniciativa do Ministério Público, do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, conforme prevê o art. 188 da LEP.

Compete privativamente ao Presidente da República conceder a graça, porém poderá delegar essa competência de atribuir a graça aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, conforme art. 84, parágrafo único da CF/88.

O que fora pedido pelos membros do Júri e pelo juiz togado foi a conversão da pena, na qual em nosso ordenamento chamamos de “graça parcial”, pois trata de comutação da pena, ou seja, substituição de uma pena de maior gravidade por outra de menor gravidade.

Como supra mencionado o Ministro Truepenny acompanhou o pedido de graça feito pelos membros do júri e pelo juiz togado, deixando, portanto, de analisar e julgar a causa que lhe fora apresentada, que de forma implícita delegava seu poder de julgar ao Chefe do Poder Executivo.

Tal atitude em nosso ordenamento jurídico brasileiro é inaceitável, seguindo um princípio próprio de jurisdição denominado “indelegabilidade”.

Pois a Carta Maior “fixa as atribuições do Poder Judiciário, de modo que, nem à lei, nem aos próprios membros deste, é dado dispor de outra forma, por conveniência ou critérios próprios, suas funções a outro órgão”²⁰⁶.

²⁰⁶ CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código Penal Comentado*. 6a edição. 2015

O Ministro Tating recusou-se a julgar o processo, dizendo ser incapaz de afastar as dúvidas que o assediavam, pois não havia precedentes semelhantes a este caso na história daquele Tribunal, portanto não participou da decisão daquele processo.

No Brasil tal ato é também é inaceitável, pois fere princípio constitucional assim descrito em nossa Carta Magna em seu art. 5º, XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No processo é denominado como princípio da “indeclinabilidade da jurisdição”, portanto é obrigação do órgão constitucionalmente investido no poder de jurisdição de prestar a tutela jurisdicional. Também está previsto a indeclinabilidade no art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.

No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito”. Não se pode sob a alegação de inexistência de lei específica regulamentadora, ou por qualquer outro motivo, restringir-se a plena aplicação da garantia constitucional da indeclinabilidade da jurisdição, erigida à categoria de princípio.

Dilemas Morais são passíveis de solução racional?

Tanto A Doutrina do Duplo Efeito, de Tomas de Aquino, como o Livro de Fuller: “O caso dos exploradores de cavernas”, nos chamaram a atenção sobre a questão dos Dilemas morais. Apesar de não ser nosso objeto central deste trabalho, gostaríamos de falar um pouco sobre a ética da responsabilidade, vez que nosso objeto central fala de “responsabilidade moral e responsabilidade legal”.

A ética da responsabilidade expressa que somos responsáveis por aquilo que fazemos, ou seja, não segue princípios já estabelecidos, não tendo como resultados de uma tomada de decisão, um resultado dedutivo, mas sim indutivo. À referida ética avaliam-se os efeitos previsíveis que uma ação produzirá. Procura sempre obter resultados positivos, abrangendo a coletividade. Preconiza os termos “dos males, o menor” ou visa “fazer mais bem ao maior número possível de pessoas”. Em geral, o critério para resolver um dilema moral em qualquer decisão

tomada, envolve dificuldades , deve-se escolher a opção que promove um mal menor.

Vimos que os dilemas apresentados na Doutrina do Duplo Efeito, como o “Dilema do Trólei” bem como o “Problema da Ponte”, os quais exigiu que se tomasse decisões em momentos críticos, revela-nos um exemplo claro de “Dilemas morais”.

No caso da obra fictícia do Livro de Fuller: “O Caso dos exploradores de cavernas”, vimos que não foi fácil ou simples a tarefa de determinar o que seria extremamente injusto, dada a multiplicidade de dilemas morais que envolvem a sociedade, por isso, foi difícil a decisão dos juízes.

Baseada na Doutrina do Duplo Efeito e na obra de Fuller, ambos como exemplos aqui dados de Dilemas Morais, poderíamos concluir que não seriam estes, meios para uma solução racional, vez que levando em conta o pensamento dos consequencialistas, estes poderiam responder a esta questão dizendo que só as consequências das ações determinam a sua correção moral.