

LON L. FULLER

Professor de “*Jurisprudence*” da Harvard Law School

O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNAS

Tradução do original inglês e introdução por
PLAUTO FARACO DE AZEVEDO

Professor adjunto e pesquisador da Faculdade de Direito da UFRGS; doutor em direito
pela Universidade Católica de Louvain, Bélgica

Sergio Antonio Fabris Editor
Porto Alegre, 1976. Reimpresso: 1993.

Titulo do original
Copyright, O. by HARVARD LAW REVIEW
"THE CASE OF THE SPELUNCEAN EXPLORERS"

FICHA CATALOGRÁFICA

(Elaborada pela equipe da Biblioteca do Tribunal de Justiça do RS.)

Fuller, Lon L

O caso dos exploradores de cavernas. Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976.

77 p. 16cm.

1. Filosofia do direito. 2. Introdução à ciência do direito. I. Azevedo, Plauto Faraco de, trad. II. Título.

CDU 340.12
340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Introdução à ciência do direito 340.11 Filosofia do direito 340.12

Reservados todos os direitos de publicação em língua portuguesa.

Sergio Antonio Fabris Editor
R. Miguel Couto, 745 - Telefone (051) 233-2681 90850-050
Porto Alegre, RS - Brasil
ou Caixa Postal 4001
90631-970 Porto Alegre, RS - Brasil

INTRODUÇÃO

Nenhuma disciplina jurídica é tão problemática, tão suscetível de abordagens diversas - o que, alias, a própria discussão que até hoje persiste quanto a seu objeto testemunha - do que a Introdução à Ciência do Direito, e, no entanto, nenhum ensino é tão fecundo e mesmo eventualmente tão fecundante quanto aquele que se ministra aos que se iniciam no estudo do Direito. Por paradoxal que à primeira vista possa parecer, é este o momento em que o aprendizado, desde que convenientemente conduzido, pode penetrar de maneira indelével nos espíritos, aguçando a curiosidade, levando o aluno a primeiro ordenar as noções informes e esparsas que possui e, posteriormente, a complementá-las, mercê do estudo e da meditação. Neste sentido, nada mais fascinante ao professor do que participar deste processo formativo que não deve conduzir a uma concepção reduzida, mas completa, em que o Direito seja percebido e reconhecido dentro de uma totalidade cultural de que é a um tempo quadro e produto.

Quer-se significar com isto que não se pode pretender exauri-lo na dogmática jurídica e muito menos que se possa esta restringir ao conceptualismo puro, sem dúvida muitas vezes atraente ao espírito, mas despido de importância e mesmo nocivo - porque alienante - ao regramento da realidade social. É de todo imperioso que a dogmática jurídica e a pesquisa em geral, representada pela Filosofia, pela História, pela Sociologia Jurídica, pela Ciência Política (e aqui a enumeração é meramente exemplificativa), guardem aquela íntima vinculação sem a qual não se poderá verdadeiramente apreender o jurídico.

Dando por assente a premência deste relacionamento, pena de desvirtuar o objeto do conhecimento buscado, tropeça-se, contudo, no ensino da Introdução à Ciência do Direito, na dificuldade de comunicá-lo ao estudante, sobretudo quando se cogita da variabilidade da noção de direito no curso da história.

Jusnaturalismo, historicismo, positivismo, "direito livre", realismo - (e aqui também a enumeração não é evidentemente exaustiva) - e a corresponsável atitude ou papel do juiz em conformidade com cada uma destas concepções, ensejando o problema, não menos relevante, da criatividade maior ou menor do Direito pela via jurisprudencial - tudo isto são noções que necessitam de concretude, indispensável ao iniciante no estudo do Direito. Fecundada deste modo sua inteligência, fácil lhe será, ao depois, alçar-se das noções apreendidas aos grandes temas da Filosofia do Direito, disciplina tradicionalmente colocada em etapa mais avançada nos currículos jurídicos.

Justamente na realização deste objetivo temos comprovado a importância inestimável do trabalho do Professor Lon L. Fuller, da Universidade de Harvard - O Caso dos Exploradores de Cavernas (*"The Case of the Speluncean Explorers"*), que bem poderia levar o subtítulo de "Uma Introdução à Argumentação Jurídica".

Desde a primeira vez em que o utilizamos em aula, apresentando-o a

nos primórdios do curso jurídico, é que poderão solver tais dificuldades, não confundindo o Direito com a Lei, e nem esta com a Justiça.

Resta externar à Harvard Law Review o devido reconhecimento por haver permitido esta tradução, cujos frutos, confiamos, hão de ser os mais profícuos.

Plauto Faraco de Azevedo

O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNA

O Caso dos Exploradores de Cavernas Suprema Corte de Newgarth - Ano de 4300

Processados e condenados à morte pela força, os acusados recorreram da decisão do Tribunal do Condado de Stowfield à Suprema Corte de Newgarth. Os fatos em que se louvou a sentença condenatória são os que a seguir enuncia o Presidente desse alto Tribunal em seu voto.

Presidente Truepenny, C. J.

Os quatro acusados são membros da Sociedade Espeleológica - uma organização amadorística de exploração de cavernas. Em princípios de maio do ano de 4299, penetraram eles, em companhia de Roger Whetmore, à época também membro da Sociedade, no interior de uma caverna de rocha calcária do tipo que se encontra no Planalto Central desta Commonwealth. Já bem distantes da entrada da caverna, ocorreu um desmoronamento de terra: pesados blocos de pedra foram projetados de maneira a bloquear completamente a sua única abertura. Quando os homens aperceberam-se da situação difícil em que se achavam, concentraram-se próximo à entrada obstruída, na esperança de que uma equipe de socorro removesse o entulho que os impedia de deixar a prisão subterrânea. Não voltando Whetmore e os acusados às suas casas, o secretário da Sociedade foi notificado pelas famílias dos acusados. Os exploradores haviam deixado indicações, na sede da Sociedade, concernentes à localização da caverna que se propunham visitar. A equipe de socorro foi prontamente enviada ao focal.

A tarefa revelou-se extremamente difícil. Foi necessário suplementar as forças de resgate originais mediante repetidos acréscimos de homens e máquinas, que tinham de ser transportados à remota e isolada região, o que demandava elevados gastos. Um enorme campo temporário de trabalhadores, engenheiros, geólogos e outros técnicos, foi instalado. O trabalho de desobstrução foi muitas vezes frustrado por novos deslizamentos de terra. Em um destes, dez operários contratados morreram. Os fundos da Sociedade Espeleológica exauriram-se rapidamente e a soma de oitocentos mil *frelares*, obtida em parte por subscrição popular e em parte por subvenção legislativa, foi gasta antes que os homens pudessem ser libertados, o que só se conseguiu no trigésimo segundo dia após a sua entrada na caverna.

Desde que se soube que os exploradores tinham levado consigo apenas escassas provisões e se ficou também sabendo que não havia substância animal ou vegetal na caverna que lhes permitisse subsistir, temeu-se que eles morressem de inanição antes que o acesso até o ponto em que se achavam se tornasse possível. No vigésimo dia a partir da ocorrência da avalanche soube-se que os exploradores tinham levado consigo para a caverna um rádio transistorizado capaz de receber e enviar mensagens. Instalou-se prontamente um aparelho semelhante no acampamento, estabelecendo-se deste modo a comunicação com os desafortunados homens no interior da montanha. Pediram estes que lhes informassem quanto tempo seria necessário para liberá-los. Os engenheiros

responsáveis pela operação de salvamento responderam que precisavam de pelo menos dez dias, à condição que não ocorressem novos deslizamentos. Os exploradores perguntaram então se havia algum médico no acampamento, tendo sido postos em comunicação com a comissão destes, à qual descreveram sua condição e as razões de que dispunham, solicitando uma opinião acerca da probabilidade de subsistirem sem alimento por mais dez dias. O presidente da comissão respondeu-lhes que havia escassa possibilidade de sobrevivência por tal lapso de tempo. O rádio dentro da caverna silenciou a partir daí durante oito horas. Quando a comunicação foi restabelecida os homens pediram para falar novamente com os médicos, o que conseguiu, Whetmore, falando em seu próprio nome e em representação dos demais, indagou se eles seriam capazes de sobreviver por mais dez dias se se alimentassem da carne de um dentre eles. O presidente da comissão respondeu, a contragosto, em sentido afirmativo. Whetmore inquiriu se seria aconselhável que tirassem a sorte para determinar qual dentre eles deveria ser sacrificado. Nenhum dos médicos se atreveu a enfrentar a questão. Whetmore quis saber então se havia um juiz ou outra autoridade governamental que se dispusesse a responder à pergunta. Nenhuma das pessoas integrantes da missão de salvamento mostrou-se disposta a assumir o papel de conselheiro neste assunto. Whetmore insistiu se algum sacerdote poderia responder àquela interrogação, mas não se encontrou nenhum que quisesse fazê-lo. Depois disto não se receberam mais mensagens de dentro da caverna, supondo-se (erroneamente como depois se evidenciou) que as pilhas do rádio dos exploradores tinham -se descarregado. Quando os homens foram finalmente libertados soube-se que, no trigésimo terceiro dia após sua entrada na caverna, Whetmore tinha sido morto e servido de alimento a seus companheiros.

Das declarações dos acusados, aceitas pelo júri, evidencia-se que Whetmore foi o primeiro a propor que buscassem alimento na carne de um dentre eles, sem o que a sobrevivência seria impossível. Foi também Whetmore quem primeiro propôs a forma de tirar a sorte, chamando a atenção dos acusados para um par de dados que casualmente trazia consigo. Os acusados inicialmente hesitaram adotar um comportamento tão desatinado, mas, após o diálogo acima relatado, concordaram com o plano proposto. E depois de muita discussão com respeito aos problemas matemáticos que o caso suscitava, chegaram por fim a um acordo sobre o método a ser empregado para a solução do problema: os dados.

Entretanto, antes que estes fossem lançados, Whetmore declarou que desistia do acordo, pois havia refletido e decidido esperar outra semana antes de adotar um expediente tão terrível e odioso. Os outros o acusaram de violação do acordo e procederam ao lançamento dos dados. Quando chegou a vez de Whetmore um dos acusados atirou-os em seu lugar, ao mesmo tempo em que se lhe pediu para levantar quaisquer objeções quanto à correção do lançamento. Ele declarou que não tinha objeções a fazer. Tendo-lhe sido adversa a sorte, foi então morto.

Após o resgate dos acusados e depois de terem permanecido algum tempo em um hospital onde foram submetidos a um tratamento para desnutrição e choque emocional, foram denunciados pelo homicídio de Roger Whetmore. No julgamento, depois de ter sido concluída a prova, o porta-voz dos jurados (de profissão advogado) perguntou ao juiz se os jurados podiam emitir um veredicto especial, deixando ao juiz dizer se, em conformidade com os fatos provados, havia culpabilidade ou não dos réus. Depois de alguma discussão, tanto o representante do Ministério Público quanto o advogado defensor dos réus, manifestaram sua concordância com tal procedimento, o qual foi aceito

pelo juiz. Em um longo veredicto especial o júri acolheu a prova dos fatos como acima a relatei e ainda que se, com fundamento nos mesmos, os acusados fossem considerados culpados, deveriam ser condenados. Com base neste veredicto o juiz de primeira instância decidiu que os réus eram culpados do assassinato de Roger Whetmore. Em consequência sentenciou-os à forca, não lhe permitindo a lei nenhuma discricção com respeito à pena a ser imposta. Dissolvido o júri, seus membros enviaram uma petição conjunta ao chefe do Poder Executivo pedindo que a sentença fosse comutada em prisão de seis meses. O juiz de primeira instância endereçou uma petição similar à mesma autoridade. Até o momento, porém, nada resolveu o Executivo, aparentemente esperando pela nossa decisão no presente recurso.

Parece-me que, decidindo este extraordinário caso, o júri e o juiz de primeira instância seguiram um caminho que era não somente correto e sábio mas, além disto, o único que lhes restava aberto em face dos dispositivos legais. O texto da nossa lei é bem conhecido: "Quem quer que intencionalmente prive a outrem da vida será punido com a morte". N.C.S.A. (n.s.) § 12-A. Este dispositivo legal não permite nenhuma exceção aplicável à espécie, embora a nossa simpatia nos incline a ter em consideração a trágica situação em que esses homens foram envolvidos.

Em um caso desta natureza o princípio da clemência executiva parece admiravelmente apropriado para mitigar os rigores da lei, razão por que proponho aos meus colegas que sigamos o exemplo do júri e do juiz de primeira instância, solidarizando-nos com as petições que enviaram ao chefe do Poder Executivo. Há razão de sobejo para acreditar que estes requerimentos de clemência serão deferidos, vindo como vêm daqueles que estudaram o caso e tiveram a oportunidade de familiarizar-se cabalmente com todos os seus aspectos. É atualmente improvável que o chefe do Poder Executivo denegue estas solicitações, a menos que ele próprio fosse realizar investigações pelo menos tão extensas como aquelas efetuadas em primeira instância, que duraram três meses. A realização de tais investigações (que, de fato, equivaleriam a um novo julgamento do caso) seria dificilmente compatível com a função do Executivo, como é normalmente concebida. Penso que podemos, portanto, presumir que alguma forma de clemência será concedida aos acusados. Se isto for feito, será realizada a justiça sem debilitar a letra ou o espírito da nossa lei e sem se propiciar qualquer encorajamento à sua transgressão.

Foster, J.

Espanta-me que o presidente do Tribunal, em um esforço para escapar às dificuldades deste trágico caso, tenha adotado e proposto a seus colegas uma solução simultaneamente tão sórdida e tão simplista. Eu acredito que há algo mais do que o destino destes desafortunados exploradores em juízo neste caso; encontra-se em julgamento a própria lei desta Commonwealth. Se este Tribunal declara que estes homens cometeram um crime, nossa lei será condenada no tribunal do senso comum, inobstante o que aconteça aos indivíduos interessados neste recurso de apelação. Pois, para que nós sustentemos que a lei que fazemos observar e enunciamos nos compele a uma conclusão da qual nos envergonhamos e da qual apenas podemos escapar apelando a uma exceção que se encontra na dependência do capricho pessoal do chefe do Executivo, parece-me equiva-

ler a admitir-se que ela não pretende realizar a justiça.

No que me concerne, não creio que nossa lei conduza obrigatoriamente à monstruosa conclusão de que estes homens são assassinos. Creio, ao contrário, que ela os declara inocentes da prática de qualquer crime. Fundamenta-se a conclusão sobre duas premissas independentes, cada uma das quais é por si própria suficiente para justificar a absolvição dos acusados.

A primeira, é certo, é suscetível de oposição enquanto não for considerada de modo imparcial. Afirmando que o nosso direito positivo, incluindo todas as suas disposições legislativas e todos seus precedentes, é inaplicável a este caso e que este se encontra regido pelo que os antigos escritores da Europa e da América chamavam "a lei da natureza" (direito natural). Funda-se este entendimento na proposição de que o nosso direito positivo pressupõe a possibilidade da coexistência dos homens em sociedade. Surgindo uma situação que torne a coexistência impossível, a partir de então a condição que se encontra subjacente a todos os nossos precedentes e disposições legislativas cessou de existir. Desaparecendo esta condição, minha opinião é de que a coercibilidade do nosso direito positivo desaparece com ela. Nós não estamos habituados a aplicar a máxima *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex* ao conjunto do nosso ordenamento jurídico, mas creio que este é um caso em que esta máxima deve ser aplicada.

A proposição segundo a qual todo o direito positivo fundamenta-se na possibilidade de coexistência dos homens parece insólita não porque a verdade que ela contém seja estranha, mas simplesmente em razão de que se trata de uma verdade tão óbvia e tão abrangente que raramente temos a ocasião de expressá-la em palavras. A semelhança do ar que respiramos ela penetra de tal modo a nossa vida que nos esquecemos de sua existência até que dela somos subitamente privados. Quaisquer que sejam os objetivos buscados pelos vários ramos do nosso direito, mostra-nos a reflexão que todos eles estão voltados no sentido de facilitar e de melhorar a coexistência dos homens e de regular com justiça e equidade as relações resultantes de sua vida em comum. Quando a suposição de que os homens podem viver em comum deixa de ser verdadeira, como obviamente sucedeu nesta extraordinária situação em que a conservação da vida apenas tornou-se possível pela privação da vida, as premissas básicas subjacentes a toda a nossa ordem jurídica perderam seu significado e sua coercibilidade.

Se os trágicos acontecimentos deste caso tivessem tido lugar a uma milha dos nossos limites territoriais, ninguém pretenderia que nossa lei lhes fosse aplicada. Reconhecemos que a jurisdição tem base territorial. As razões desse princípio não são de nenhum modo óbvias e raramente são examinadas. Penso que esse princípio baseia-se na suposição de que só é possível impor-se uma única ordem jurídica a um grupo de homens se eles vivem juntos dentro dos limites de uma dada área da superfície da terra. A premissa segundo a qual os homens devem coexistir em um grupo encontrase, portanto, à base do princípio territorial, bem como de todo o direito. Pois bem, eu sustento que um caso pode ser subtraído da esfera de abrangência coercitiva de uma ordem jurídica tanto por razões de ordem moral quanto por razões de ordem geográfica. Atentando aos propósitos do direito e do governo e às premissas subjacentes a nosso direito positivo, concluímos que estes homens, quando tomaram sua trágica decisão, estavam tão distantes de nossa ordem jurídica como se estivessem a mil milhas além de nossas fronteiras. Mesmo em um sentido físico, sua prisão subterrânea estava separada dos nossos tribunais e dos nossos oficiais de justiça por uma sólida cortina de rocha que só pôde ser

removida depois dos maiores dispêndios de tempo e de esforço.

Concluo, portanto, que no momento em que Roger Whetmore foi morto pelos réus, eles se encontravam não em um "estado de sociedade civil" mas em um "estado natural", como se diria na singular linguagem dos autores do século XIX. A consequência disto é que a lei que lhes é aplicável não é a nossa, tal como foi sancionada e estabelecida, mas aquela apropriada a sua condição. Não hesito em dizer que segundo este princípio eles não são culpados de qualquer crime.

O que estes homens fizeram realizou-se em cumprimento de um contrato aceito por todos e proposto em primeiro lugar pela própria vítima. Desde o momento em que se evidenciou que a situação extraordinariamente difícil em que se achavam tornava inaplicável os princípios usuais à regulação das relações entre os homens, tornou-se necessário para eles elaborar, por assim dizer, uma nova constituição apropriada a sua peculiar situação.

Tem sido reconhecido desde a antigüidade que o princípio fundamental do direito ou governo deve ser encontrado na noção de contrato ou convênio. Pensadores antigos, especialmente durante o período que medeia entre 1600 e 1900, tinham por hábito estabelecer as bases do próprio governo em um suposto contrato social. Os céticos ressaltaram que esta teoria contradizia os fatos históricos conhecidos e que não havia nenhuma evidência científica capaz de apoiar a noção de que qualquer governo em qualquer tempo tivesse sido estabelecido em conformidade com esta teoria. Os moralistas replicaram que, se o contrato era -uma ficção do ponto de vista histórico, esta noção fornecia a única justificação ética sobre que os poderes do governo, inclusive aquele de privar da vida, podia ser fundado. Os poderes do governo só podem ser justificados moralmente tendo como razão de ser a circunstância de que homens razoáveis por-se-iam de acordo e os aceitariam se se vissem frente à necessidade de construir novamente alguma ordem capaz de tornar possível a vida em comum.

Felizmente, porém, as perplexidades que assediavam os antigos não atingem nosso país. É fato historicamente comprovado que nosso governo foi fundado mediante um contrato livremente assentido. A prova arqueológica é conclusiva no sentido de que no período subsequente à Grande Espiral os sobreviventes da hecatombe voluntariamente reuniram-se e redigiram uma carta política. Escritores sofistas tem questionado o poder desses remotos contratantes de obrigar futuras gerações, mas permanece o fato de que nosso governo remonta em uma linha ininterrupta àquela constituição original.

Se portanto nossos verdugos têm o poder de pôr fim à vida dos homens, se nossos oficiais de justiça tem o poder de determinar o despejo dos locatários em mora, se nossa polícia tem o poder de encarcerar o pândego embriagado, estes poderes encontram sua justificação moral naquele contrato originário celebrado pelos nossos antepassados. Se nós não podemos encontrar fonte mais elevada para nossa ordem jurídica, que outra mais alta deveríamos esperar que estes infortunados famintos estabelecessem para o ordenamento que adotaram para si próprios?

Acredito que a linha de argumentação que termino de expor não admite nenhuma contestação racional. Dou-me conta que ela será provavelmente recebida com uma certa inquietação por muitos que venham a lê-la, os quais inclinar-se-ão a suspeitar que algum sofisma oculto deve encontrar-se à base de uma demonstração que conduz a tan-

tas conclusões tão pouco comuns. A fonte desta intranquilidade é, no entanto, fácil de identificar. As condições usuais da existência nos inclinam a considerar a vida humana um valor absoluto, que não pode ser sacrificado em nenhuma circunstância. Há muito de ilusório nesta concepção, mesmo quando aplicada às relações normais ocorrentes na vida social. Tivemos um exemplo desta verdade no próprio caso que ora examinamos. Dez trabalhadores morreram no trabalho de remoção das rochas à entrada da caverna. Não sabiam os engenheiros e os funcionários públicos que dirigiam a operação de salvamento que os esforços que estavam empreendendo eram perigosos e envolviam um sério risco para as vidas dos trabalhadores que os estavam executando? Se é justo que estas dez vidas tenham sido sacrificadas para salvar as dos cinco exploradores, a que título diremos ter sido injusto que estes exploradores executassem um acordo para salvar quatro vidas em detrimento de uma?

Qualquer rodovia, túnel ou edifício que nos projetamos envolve um risco à vida humana. Tomando estes projetos em conjunto podemos calcular com certa precisão quantas mortes a sua construção irá demandar; os estatísticos podem dizer o custo médio em vidas humanas de mil milhas de uma rodovia de concreto de quatro pistas. Entretanto, deliberada e conscientemente incorremos neste risco e pagamos este custo na suposição de que os valores resultantes para aqueles que sobrevivem sobrepujam a perda. Se estas coisas podem ser ditas em uma sociedade desenvolvendo-se normalmente sobre a superfície da terra, o que se deverá dizer do suposto valor absoluto da vida humana na situação de desespero em que os réus e seu companheiro Whetmore foram colhidos?

Com isto dou por concluído o primeiro fundamento do meu voto. O segundo vai mais além, rejeitando hipoteticamente todas as premissas que formulei até o momento. Concedo, para fins de argumentação, que eu esteja errado dizendo que a situação destes homens os subtrai à incidência do nosso direito positivo, e suponho que nossas Leis Consolidadas tenham o poder de penetrar quinhentos pés de rocha e impor-se sobre estes homens famintos e amontoados em sua prisão subterrânea. Nestas condições é perfeitamente claro que estes homens praticaram um ato que viola a expressão literal da lei que declara que aquele que intencionalmente mata a outrem é um assassino. Mas um dos mais antigos aforismas da sabedoria jurídica ensina que um homem pode infringir a letra da lei sem violar a própria lei. Toda proposição de direito positivo, quer contida em uma lei ou em um precedente, deve ser interpretada de modo racional, segundo seu propósito evidente. Isto é uma verdade tão elementar que é, a rigor, desnecessário alongar-me a este respeito. Os exemplos de sua aplicação são inumeráveis e se encontram em todos os setores do ordenamento jurídico. No caso *Commonwealth v. Staymore* o acusado foi condenado tendo em vista uma lei que considera delituoso estacionar os automóveis, em certas áreas, por um período superior a duas horas. O réu tinha tentado retirar o seu carro, mas foi impedido de fazê-lo porque as ruas encontravam-se obstruídas por uma demonstração política na qual ele não tomara parte, nem pudera prever. Este Tribunal reformou a sentença, rejeitando a condenação, embora o caso se enquadrasse perfeitamente dentro do enunciado literal da lei. Também no caso de *Fehler v. Neegas* esteve perante este Tribunal, para ser interpretado, um dispositivo legal em que a palavra "não" fora evidentemente transposta da posição em que devia estar. Esta transposição encontrava-se em todas as redações sucessivas do dispositivo legal, não tendo, aparentemente, sido notada pelos elaboradores ou pelos demais responsáveis pela legislação. Embora ninguém fosse capaz de explicar como o erro ocorrera, era manifesto que, tendo em conta as disposições da lei em seu conjunto, um erro tinha sido cometido, uma

vez que a leitura literal de sua parte final tornava-a incompatível com tudo o que a precedia e com o, objetivo deste texto tal como enunciado em seu preâmbulo. Este Tribunal recusou-se a aceitar a interpretação literal da lei, e, de fato, retificou sua linguagem, transpondo a palavra "não" para o seu lugar exato.

O dispositivo legal cuja interpretação devemos realizar nunca foi aplicado literalmente. Há séculos estabeleceu-se que matar em legítima defesa é escusável. Não há nada no texto legal que sugira esta exceção. Várias tentativas tem sido feitas para conciliar a aceitação jurisprudencial da legítima defesa com o texto da lei, embora em minha opinião não constituam senão engenhosos sofismas. A verdade é que a exceção em favor da legítima defesa não é conciliável com as *palavras* da lei, mas somente com seu propósito.

A verdadeira conciliação da excludente da culpabilidade em razão da legítima defesa com o dispositivo legal segundo o qual constitui crime matar a outrem deve ser encontrada na seguinte linha de raciocínio. Um dos principais objetivos subjacentes a qualquer legislação penal é o de dissuadir os homens da prática do crime. Ora, é evidente que se a lei tivesse declarado que o assassinato em legítima defesa constitui crime, tal regra não poderia atuar de maneira preventiva. Um homem cuja vida é ameaçada repelirá seu agressor não importa o que diga a lei. Atentando, pois, para os objetivos principais da legislação penal, podemos seguramente declarar que esta lei não se destinava a ser aplicada nos casos de legítima defesa.

Quando o fundamento lógico da excludente da legítima defesa é assim explicado, torna-se evidente que, precisamente, a mesma razão é aplicável ao caso *sub judice*. Se no futuro qualquer grupo de homens venha a encontrar-se na trágica situação dos acusados, nós podemos estar certos de que sua decisão de viver ou morrer não será re-freada pelas normas do Código Penal. Portanto, se nós lermos este texto legal inteligentemente, é manifesta a sua inadequação a este caso. A subtração desta situação da incidência da lei justifica-se precisamente pelas mesmas considerações que foram apresentadas pelos nossos colegas, séculos atrás, ao caso da legítima defesa.

Há os que protestam em altas vozes, dizendo tratar-se de usurpação judicial, sempre que um tribunal, depois de analisar o propósito de uma lei, dá às suas palavras um significado não imediatamente perceptível pelo leitor apressado, desatento aos objetivos que ele busca atingir. Seja-me permitido dizer enfaticamente que eu aceito sem reserva a proposição segundo a qual esta Corte deve obediência às leis do país e que ela exerce seus poderes em subordinação à vontade devidamente expressa pela Câmara de Representantes. A linha de raciocínio de que me utilizei acima não põe a questão de fidelidade às disposições legais, embora possa talvez colocar a questão da distinção entre fidelidade inteligente e fidelidade não inteligente. Ninguém deseja um empregado incapaz de ler nas entrelinhas. A mais estúpida doméstica sabe que quando lhe é ordenado "descascar a sopa e tirar a escuma dos tomates", sua patroa não quer significar o que está dizendo. Ela também sabe que quando seu patrão lhe diz para "soltar tudo e vir correndo", ele não tem em mente a possibilidade de que, neste momento, ela esteja salvando uma criança prestes a afogar-se. Certamente nós temos o direito de esperar a mesma pequena porção de inteligência de parte do Poder Judiciário. A correção de óbvios erros ou equívocos legislativos não importa em suplantar a vontade do poder legislativo, mas em fazê-la mais efetiva. Nestas condições concluo que, sob qualquer aspecto que este caso possa ser considerado, os réus são inocentes do crime de homicídio contra Roger

Whetmore e que a sentença de condenação deve ser reformada.

Tatting, J.

No cumprimento de meus deveres como juiz deste Tribunal, tenho sido normalmente capaz de dissociar os aspectos emocionais e intelectuais de minhas reações e decidir o caso *sub judice* inteiramente baseado no último. Examinando este trágico caso, sinto todavia que me faltam os recursos habituais. Sob o aspecto emocional sinto-me dividido entre a simpatia por estes homens e um sentimento de aversão e revolta com relação ao monstruoso ato que cometeram. Alimentei a esperança de que seria capaz de pôr estas emoções contraditórias de lado como irrelevantes e, assim, decidir o caso com base em uma demonstração convincente e lógica do resultado reclamado por nossa lei. Infelizmente não alcancei esta liberação. Ao analisar o voto que terminou de enunciar meu colega Foster, sinto que está minado por contradições e falácias. Começamos pela sua primeira proposição: estes homens não estavam sujeitos à nossa lei porque não se encontravam em um "estado de sociedade civil" mas em um "estado de natureza". Não me parece claro porque isto seja assim, se em virtude da espessura da rocha que os aprisionou ou porque estavam famintos ou porque tinham estabelecido uma "nova constituição", segundo a qual as regras usuais de direito deviam ser suplantadas por um lanço de dados. E outras dificuldades fazem-se sentir. Se estes homens passaram da jurisdição da nossa lei para aquela da "lei da natureza", em que momento isto ocorreu? Foi quando a entrada da caverna se fechou? Quando a ameaça de morte por inanição atingiu um grau indefinido de intensidade? Ou quando o contrato para o lanço de dados foi celebrado? Estas incertezas que emergem da doutrina proposta pelo meu colega são capazes de causar reais dificuldades. Suponha-se, por exemplo, que um destes homens tenha feito seu vigésimo primeiro aniversário enquanto estava aprisionado no interior da montanha. Em que data teríamos que considerar que ele completou a maioridade - quando atingiu os vinte e um anos, no momento em que se achava, por hipótese, subtraído dos efeitos de nossas leis, ou quando foi libertado da caverna e voltou a submeter-se ao império do que o meu colega denomina nosso "direito positivo". Estas dificuldades, no entanto, servem para revelar a natureza fantasiosa da doutrina que é capaz de originá-las.

Mas não é necessário explorar mais estas sutilezas para demonstrar o absurdo da posição do meu colega. O senhor Ministro Foster e eu somos os juízes designados do Tribunal de Newgarth, com o poder-dever de aplicar as leis deste país. Com que autoridade nos transformamos em um tribunal da natureza? Se esses homens na verdade se encontravam sob a lei natural, de onde vem nossa autoridade para estabelecer e aplicar aquela lei? Certamente nós não estamos em um estado de natureza.

Mas, examinemos o conteúdo deste código de leis naturais que meu colega propõe que adotemos e o apliquemos a este caso. Que código desordenado e odioso é este! É um código em que as normas reguladoras dos contratos assumem maior importância do que aquela referente ao homicídio. É um código segundo o qual um homem pode estabelecer um contrato válido, conferindo poderes a seus semelhantes de comer seu próprio corpo. Além disso, segundo os seus dispositivos, uma vez feito, tal contrato é irrevogável, e, se uma das partes tenta rescindi-lo, as outras podem tomar a lei em suas próprias mãos e executá-lo pela força - pois embora meu colega não refira, por conveni-

ência, o efeito da rescisão unilateral do contrato feita por Whetmore, esta é uma inferência necessária de sua argumentação.

Os princípios expostos por meu colega contêm outras implicações que não podem ser toleradas. Meu colega argumenta que quando os acusados lançaram-se sobre Whetmore e o mataram (nós não sabemos como, talvez golpeando-o com pedras), eles estavam somente exercitando o direito que lhes fora conferido pelo contrato. Suponha-se, entretanto, que Whetmore tivesse escondido sob suas roupas um revólver e que, quando visse os réus lançarem-se sobre si para trucidá-lo, os tivesse matado a tiros a fim de salvar sua própria vida. O raciocínio de meu colega aplicado a estes fatos transformaria Whetmore em um homicida, de vez que a excludente da legítima defesa teria que ser-lhe denegada. Se seus atacantes estavam atuando legalmente procurando ocasionar sua morte, então, evidentemente, ele não mais poderia excusar-se argumentando que estava defendendo sua própria vida, da mesma forma que não poderia fazê-lo um prisioneiro condenado que abate o verdugo enquanto tenta legalmente colocar o nó em seu pescoço.

Todas estas considerações tornam impossível para mim aceitar a primeira parte dos argumentos de meu colega. Não posso nem aceitar sua noção de que estes homens encontravam-se regidos por um código de leis naturais, que este Tribunal estaria obrigado a aplicar-lhes, nem posso admitir as regras odiosas e desnaturadas que ele pretende que este código contenha. Chego agora à segunda parte do voto do meu colega em que ele busca demonstrar que os réus não violaram os dispositivos legais do N. C. S. A. (n. s.) § 12-A. Neste ponto o raciocínio, ao invés de ser claro, parece-me nebuloso e ambíguo, embora meu colega não pareça consciente das dificuldades inerentes às suas demonstrações.

A essência da argumentação de meu colega pode ser enunciada nos seguintes termos: nenhuma lei, qualquer que seja seu texto, deveria ser aplicada de modo a contradizer seu propósito. Um dos objetivos de qualquer norma penal é a prevenção. A aplicação da lei, qualificando como crime matar a outrem, neste caso peculiar contradiria seu propósito, pois é impossível crer que os dispositivos do código penal pudessem atuar de maneira preventiva relativamente a homens colocados em face da alternativa de viver ou morrer. O raciocínio segundo o qual esta exceção é encontrada na lei é, segundo observa o meu colega, o mesmo que conduz à admissibilidade da excludente da legítima defesa.

A primeira vista esta demonstração parece bastante convincente. A interpretação feita por meu colega do fundamento lógico da excludente da legítima defesa encontra-se, de fato, em conformidade com a decisão deste Tribunal - *Commonwealth v. Parry* - um precedente que encontrei estudando este caso. Embora o caso de *Commonwealth v. Parry* pareça ter sido geralmente omitido nos textos e decisões subseqüentes, encontra-se, sem dúvida alguma, de acordo com a interpretação que meu colega deu à excludente da legítima defesa.

Entretanto, seja-me agora permitido resumir rapidamente as perplexidades que me ocorrem quando examino de modo mais atento o raciocínio de meu colega. É verdade que uma lei deve ser aplicada segundo seu propósito e que *um* dos propósitos reconhecidos da legislação penal é a prevenção. A dificuldade é que outros objetivos são também imputados à lei penal. Afirma-se que um de seus propósitos é assegurar uma

descarga ordenada à instintiva necessidade de retribuição: *Commonwealth v. Scape*. Também se afirma, que o seu escopo é a reabilitação do delinqüente: *Commonwealth v. Makeover*. E outras teorias têm sido propostas. Supondo-se que nós devamos interpretar uma lei à luz de seu propósito, o que deveremos fazer quando tiver vários propósitos ou quando estes forem questionados?

Uma dificuldade similar é apresentada pela circunstância de que, embora haja fundamento jurisprudencial para a interpretação dada por meu colega à excludente da legítima defesa, também há outro critério jurisprudencial conferindo a esta excludente um fundamento lógico diverso. Na verdade, ate ter tomado conhecimento da decisão no caso de *Commonwealth v. Parry* eu nunca tinha ouvido a explicação dada por meu colega. A doutrina ensinada em nossas escolas, memorizada por gerações de estudantes de direito, diz o seguinte: a lei referente ao homicídio requer um ato "intencional". O homem que atua para repelir uma ameaça agressiva a sua própria vida não age "intencionalmente", mas em resposta a um impulso profundamente enraizado na natureza humana. Suponho que dificilmente exista um jurista neste país que não esteja familiarizado com esta linha de raciocínio, especialmente porque este é um dos pontos preferidos nos exames visando o exercício da advocacia.

Mas a explicação familiar para a excludente da legítima defesa que terminei de expor obviamente não pode ser aplicada por analogia aos fatos deste caso. Estes algum auxílio inesperado talvez pudesse ter chegado. Dou-me conta de que esta observação apenas reduz a distinção a uma questão de grau, sem que a destrua completamente. É certamente verdade que o elemento de prevenção seria menor neste caso do que aquele que normalmente decorre da aplicação da lei penal.

Ainda há uma outra dificuldade na proposta de meu colega Foster de estabelecer uma exceção na lei em favor deste caso, embora novamente nenhuma dúvida transpareça em seu voto. Qual será o alcance da exceção? No caso, os homens tiraram a sorte e a própria vítima no início concordou com o que foi contratado. O que decidiríamos se Whetmore tivesse recusado desde o começo a participar do plano? Permitir-se-ia que uma maioria decidisse contra a sua vontade? Ou suponha-se que nenhum plano fosse adotado e que' os outros simplesmente conspirassem para causar a morte de Whetmore, e à guisa de justificativa dissessem que ele estava em condição física mais débil. Ou, ainda, que um plano de seleção, baseado numa justificação diferente daquela aqui adotada, fosse seguido, como por exemplo se os outros fossem ateus e insistissem que Whetmore deveria morrer porque era o único que acreditava na vida além da morte. Estes exemplos poderiam ser multiplicados, mas já se sugeriu o suficiente para revelar as inúmeras dificuldades ocultas contidas no raciocínio de meu colega.

É claro que, refletindo, me dou conta de que estou lidando com um problema que nunca mais ocorrerá, pois é improvável que outro grupo de homens seja levado a cometer novamente a terrível ação que ora julgamos. De qualquer forma, continuando a reflexão, mesmo se nós estamos certos de que um caso similar não ocorrerá novamente, não é claro que os exemplos que dei demonstram a falta de qualquer princípio coerente e racional na decisão que meu colega propõe? Não se deve aferir a correção de um princípio pelas conclusões que ele acarreta, sem que se faça referencia a eventuais problemas decorrentes de um litígio futuro? Entretanto, se assim é, porque nós juízes deste Tribunal, discutimos tão amiúde se é provável que tenhamos que aplicar no futuro um princípio que a solução do caso que ora julgamos reclama? É esta uma situação em que

uma linha de raciocínio, originariamente inadequada, chegou a sancionar-se por via de um precedente, de modo que daí por diante estejamos obrigados a aplicá-la?

Quanto mais examino este caso e penso sobre ele, mais profundamente envolvido emocionalmente me sinto. Minha mente fica enredada nas malhas das redes que eu próprio arremesso para salvar-me. Creio que quase toda consideração que interesse à solução do presente caso é contrabalançada por outra oposta, conduzindo em uma direção também oposta. Meu colega Foster **não me** propiciou, nem eu pude descobrir por mim próprio, nenhuma fórmula capaz de resolver as dúvidas que por todos os lados me acossam.

Dei a este caso a maior atenção de que sou capaz. Tenho dormido muito pouco desde que nos foi apresentado à decisão. Quando me sinto inclinado a aceitar o ponto de vista de meu colega Foster, detém-me a impressão de que seus argumentos são intelectualmente infundados e completamente abstratos. De outro lado, quando me inclino no sentido de manter a condenação, choca-me o absurdo de condenar estes homens à morte quando a salvação de suas vidas custou as de dez heróicos operários. Lamento que ao Representante do Ministério Público tenha parecido adequado acusá-los de homicídio. Se tivéssemos um dispositivo legal capitulando como crime o fato de comer carne humana, esta teria sido uma acusação mais apropriada. Se nenhuma outra acusação adequada aos fatos deste caso podia ser formulada contra os acusados, teria sido preferível, penso, não tê-los pronunciado. Infelizmente, entretanto, estes homens foram processados e julgados e, em decorrência disto, nós nos vemos envolvidos por este infeliz litígio.

Uma vez que me revelei completamente incapaz de afastar as dúvidas que me assediam, lamento anunciar algo que creio não tenha precedentes na história deste Tribunal. Recuso-me a participar da decisão deste caso.

Keen, J.

Eu gostaria de começar deixando de lado duas questões que não são da competência deste Tribunal.

A primeira delas consiste em saber-se se a clemência executiva deveria ser concedida aos réus caso a condenação seja confirmada. Esta é, porém, segundo o nosso sistema constitucional, uma questão da competência do chefe do Poder Executivo e não nossa. Desaprovo, portanto, aquela passagem do voto do presidente deste Tribunal em que ele efetivamente dá instruções ao chefe do Poder Executivo acerca do que deveria fazer neste caso e sugere alguns inconvenientes que adviriam se tais instruções não fossem atendidas. Isto é uma confusão de funções governamentais - uma confusão em que o judiciário deveria ser o último a incorrer. Desejo esclarecer que se eu fosse o chefe do Poder Executivo, iria mais longe no sentido da clemência do que aquilo que lhe foi solicitado. Eu concederia a estes homens perdão total, pois creio que eles já sofreram o suficiente para pagar por qualquer delito que possam ter cometido. Quero que seja entendido que esta observação é feita na minha condição privada, como cidadão que, em razão de seu ofício, adquiriu um íntimo conhecimento dos fatos deste caso. No cumpri-

mento dos meus deveres como juiz não me incumbe dirigir instruções ao chefe do Poder Executivo, nem tomar em consideração o que ele possa ou não fazer, a fim de chegar à minha própria decisão que deverá ser inteiramente guiada pela lei desta Commonwealth.

A segunda questão que desejo deixar de lado diz respeito a decidir se o que estes homens fizeram foi "justo" ou "injusto", "mau" ou "bom". Esta é outra questão irrelevante ao cumprimento de minha função, pois, como juiz, jurei aplicar não minhas concepções de moralidade, mas o direito deste país. Pondo esta questão de lado penso que posso também excluir sem comentário a primeira e mais poética porção do voto do meu colega Foster. O elemento de fantasia contido nos argumentos por ele desenvolvidos revelou-se de maneira flagrante na tentativa um tanto solene do meu colega Tatting de encará-los seriamente.

A única questão que se nos apresenta para ser decidida consiste em saber se os réus, dentro do significado do N.C.S.A. (n.s.) § 12-A, privaram intencionalmente da vida a Roger Whetmore. O texto exato da lei é o seguinte: "Quem quer que intencionalmente prive a outrem da vida será punido com a morte". Devo supor que qualquer observador imparcial, que queira extrair destas palavras o seu significado natural, concederá imediatamente que os réus privaram "intencionalmente da vida a Roger Whetmore".

De onde, pois, surgem as dificuldades do caso e a necessidade de tantas páginas de discussão a respeito do que deveria ser tão óbvio? As dificuldades, qualquer que seja a forma angustiada por que se apresentem, todas convergem a uma única fonte, consistente na indistinção dos aspectos legais e dos morais do presente litígio. Para dizer-lo claramente, meus colegas não apreciam o fato de exigir a lei escrita a condenação dos acusados. Também a mim isto não causa prazer, mas, à diferença de meus colegas, eu respeito as obrigações de um cargo que requer que se deixem as predileções pessoais de lado, ao interpretar e aplicar a lei deste país. Todavia, naturalmente, meu colega Foster não admite que ele seja motivado por uma aversão pessoal à lei escrita. Ao contrário, ele desenvolve uma linha de argumento familiar, de acordo com a qual o Tribunal pode desrespeitar o enunciado de uma lei, quando algo nela não contido, denominado seu "propósito", pode ser empregado para justificar o resultado que o Tribunal considera adequado. Tendo em vista que se trata de uma longa controvérsia que há muito entretemos, meu colega e eu, gostaria, antes de discutir a aplicação particular deste ponto de vista aos fatos do presente litígio, de dizer algo acerca do fundo histórico deste controvertido tema, bem como de suas aplicações relativamente ao direito e ao governo em geral.

Tempo houve_ neste país, em que os juízes efetivamente legislaram livremente e todos nós sabemos que durante esse período algumas de nossas leis foram praticamente reelaboradas pelo Poder Judiciário. Isto ocorreu em um momento em que os princípios aceitos pela ciência política não designavam de maneira segura a hierarquia e a função dos vários poderes do Estado. Todos conhecemos a trágica consequência desta indistinção através da breve guerra civil que resultou do conflito entre o Poder Judiciário, de um lado, e os Poderes Executivo e Legislativo, de outro. Não há necessidade de enumerar novamente aqui os fatores que contribuíram para esta malsinada luta pelo poder, embora seja sabido que entre eles se incluíam o caráter pouco representativo da Câmara, resultante de uma divisão do país em distritos eleitorais que não mais correspondiam à

real distribuição da população, bem como à forte personalidade e à vasta popularidade daquele que era então o presidente do Tribunal. É suficiente observar que aqueles dias passaram e que, em lugar da incerteza que então reinava, nos agora temos um princípio bem determinado consistente na supremacia do ramo legislativo do nosso governo. Desse princípio decorre a obrigação do Poder Judiciário de aplicar fielmente a lei escrita e de interpretá-la de acordo com seu significado evidente, sem referência a nossos desejos pessoais ou a nossas concepções individuais da justiça. Não me cabe indagar se o princípio que proíbe a revisão judicial das leis é certo ou errado, desejado ou indesejado; observo simplesmente que este princípio tornou-se uma premissa tácita subjacente a toda ordem jurídica que jurei aplicar.

No entanto, embora o princípio da supremacia do Poder Legislativo tenha sido aceito em teoria durante séculos, tão grande é a tenacidade da tradição profissional e da força dos hábitos de pensamento estabelecidos, que muitos juízes ainda não se adaptaram ao papel restrito que a nova ordem lhes impõe. Meu colega Foster pertence a este grupo; sua maneira de lidar com as leis é exatamente aquela de um juiz vivendo no século quarenta.

Nós estamos familiarizados com o processo segundo o qual se realiza a reforma dos dispositivos legais que desagradam aos juízes. Qualquer um que tenha seguido os votos escritos do ministro Foster terá oportunidade de ver sua utilização em qualquer setor do direito. Pessoalmente, estou tão habituado com o processo que, se meu colega se encontrasse eventualmente impedido, estou certo de que poderia escrever um voto satisfatório em seu lugar sem qualquer sugestão sua, bastando conhecer se lhe agradaria ou não o efeito da lei a ser aplicada ao caso em questão.

O processo de revisão requer três etapas. A primeira delas consiste em adivinhar algum "propósito" único ao qual serve a lei, embora nenhuma lei em uma centena tenha um propósito único e embora os objetivos de quase todas as leis sejam diferentemente interpretados pelos diferentes grupos nelas interessados. A segunda etapa consiste em descobrir que um ser mítico chamado "o legislador", na busca deste "propósito" imaginado, omitiu algo ou deixou alguma lacuna ou imperfeição em seu trabalho. Segue-se a parte final e mais reconfortante da tarefa - a de preencher a lacuna assim criada. *Quod erat faciendum*.

A inclinação de meu colega Foster para encontrar lacunas nas leis faz lembrar a história, narrada por um antigo autor, de um homem que comeu um par de sapatos. Quando lhe perguntaram se os havia apreciado, ele replicou que preferira os buracos. Não é outro o sentimento de meu colega com respeito às leis; quanto mais buracos (lacunas) elas tenham, mais ele as aprecia. Em resumo, não lhe agradam as leis.

Não se poderia desejar um caso melhor para ilustrar a natureza ilusória deste processo de preenchimento de lacunas do que aquele ora pendente de julgamento. Meu colega pensa que sabe exatamente o que se buscou ao declarar-se o assassinato um crime. Segundo ele seria algo que se denomina "prevenção". Meu colega Tatting já mostrou quanto é omissa esta interpretação. Mas penso que a dificuldade jaz mais profundamente. Duvido muito que nossa lei, qualificando o assassinato como crime, tenha realmente um "propósito" em qualquer sentido ordinário desta palavra. Antes de mais nada, tal lei reflete uma convicção humana profundamente arraigada, segundo a qual o assassinato é injusto e que algo deve ser feito ao homem que o comete. Se nós fôssemos

forçados a ser mais explícitos acerca do problema, provavelmente nos refugiaríamos nas mais sofisticadas teorias dos criminologistas, as quais, por certo, não se encontravam na mente dos nossos legisladores. Nós poderíamos também observar que os homens executariam seu trabalho de maneira mais eficaz e viveriam mais felizes se fossem protegidos contra a ameaça de agressão violenta. Tendo em mente que as vítimas de homicídios são freqüentemente pessoas desagradáveis, nós poderíamos ajuntar a sugestão de que a eliminação de pessoas indesejáveis não deva ser uma função apropriada à iniciativa privada, mas, ao revés, constituir um monopólio estatal. Tudo isto lembra-me um advogado que, certa ocasião, argumentou perante este Tribunal que uma lei sobre o exercício da medicina era uma boa coisa porque levaria à diminuição dos prêmios de seguro de vida, eis que elevaria o nível geral de saúde. Há quem pretenda que o óbvio deve ser explicado.

Se nós não sabemos o propósito do § 12A, como podemos dizer que haja uma lacuna nele? Como podemos nós saber o que pensaram seus elaboradores acerca da questão de matar homens para comê-los? Meu colega Tatting revelou uma repulsão compreensível, embora talvez um tanto exagerada, relativamente ao canibalismo. Como podemos nós saber que seus remotos antepassados não sentiram a mesma repulsa em um grau mais elevado? Os antropólogos afirmam que o temor sentido em relação a um ato proibido pode crescer quando as condições de vida tribal criam tentações especiais à sua prática: é o que ocorre com o incesto, que é mais severamente condenado entre aqueles cujas relações comunitárias o tornam mais provável. Certamente, o período subsequente à Grande Espiral trazia consigo implícitas tentações à antropofagia. Talvez fosse em virtude disso que nossos antepassados expressaram essa proibição de forma tão larga e irrestrita. Tudo isto é, por certo, conjectura, mas fica suficientemente claro que nem eu nem meu colega Foster sabemos qual seja o propósito do § 12-A. Considerações similares às que acabei de delinear são também aplicáveis à excludente da legítima defesa que desempenha um papel tão importante no raciocínio dos colegas Foster e Tatting. É, sem dúvida, verdade que em *Commonwealth v. Parry* um ponto de vista expresso incidentalmente, sem força de precedente, justificou esta exceção, presumindo-se que o propósito da legislação penal é a prevenção. Também pode ser verdade que se tenha ensinado a várias gerações de estudantes que a verdadeira explicação da excludente reside na circunstância segundo a qual um homem que atua em legítima defesa não age "intencionalmente", e que os mesmos estudantes tenham sido considerados habilitados ao exercício da advocacia repetindo o que os seus professores lhes ensinaram. Naturalmente, pude rejeitar estas últimas observações como irrelevantes pela simples razão que os professores e examinadores ainda não tem delegação de poderes para elaborar nossas leis. Mas, insisto, o problema real é mais profundo. Tanto no que se refere à lei, como no que respeita à exceção, a questão não está *no suposto propósito* da lei, mas no seu alcance. No que concerne à extensão da legítima defesa, tal como tem sido aplicada por este Tribunal, a situação é clara: ela se aplica aos casos de resistência a uma ameaça agressiva à própria vida de uma pessoa. É, portanto, bastante claro que este caso não se situa no âmbito da exceção, posto que é evidente que Whetmore não fez nenhuma ameaça contra a vida dos réus.

O caráter essencialmente ardiloso da tentativa do meu colega Foster de encobrir sua reformulação da lei escrita com uma aparência de legitimidade mostra-se tragicamente no voto de meu colega Tatting. Neste, o juiz Tatting debate-se ardorosamente para combinar o vago moralismo de seu colega com seu próprio sentimento de fidelidade à lei escrita. O resultado desta luta não podia ser outro senão o que ocorreu - um

completo fracasso no desempenho da função judicial. É de todo impossível ao juiz aplicar uma lei tal como está redigida e, simultaneamente, refazê-la em consonância com seus desejos pessoais.

Bem sei que a linha de raciocínio que terminei de expor neste voto não será aceitável por aqueles que cogitam tão somente dos efeitos imediatos de uma decisão e ignoram as implicações que poderão advir no futuro em consequência de assumir o judiciário o poder de criar exceções à aplicação da lei. Uma decisão rigorosa nunca é popular. Juizes tem sido exaltados na literatura por seus ardilosos subterfúgios destinados a privar um litigante de seus direitos nos casos em que a opinião pública julgava errado fazê-los prevalecer. Mas eu acredito que a exceção ao cumprimento das leis, levada a efeito pelo Poder Judiciário, faz mais mal a longo prazo do que as decisões rigorosas. As sentenças severas podem até mesmo ter um certo valor moral, fazendo com que o povo sinta a responsabilidade em face da lei, que, em última análise, é sua própria criação, bem como relembrandolhe que não há nenhum princípio de perdão pessoal que possa mitigar os erros de seus representantes.

Na verdade, irei mais longe e direi que os princípios por mim expostos são os melhores para as nossas condições atuais; e, mais, que nós teríamos herdado um melhor sistema jurídico dos nossos antepassados se estes princípios tivessem sido observados desde o início. Por exemplo, com respeito à excludente da legítima defesa, se nossos tribunais tivessem permanecido firmes na letra da lei, o resultado teria sido, sem dúvida alguma, a sua revisão legislativa. Tal revisão teria suscitado a colaboração de cientistas e psicólogos, e a regulamentação da matéria, daí resultante, teria tido um fundamento compreensível e racional, ao invés da miscelânea de verbalismos e distinções metafísicas que emergiram de seu tratamento judicial e acadêmico.

Essas conclusões finais estão, por certo, além dos deveres que devo cumprir relativamente a este caso, mas as enuncio porque sinto de modo profundo que meus colegas estão muito pouco conscientes dos perigos implícitos nas concepções sobre a magistratura defendidas pelo meu colega Foster.

Minha conclusão é de que se deve confirmar a sentença condenatória.

Handy, J.

Ouvi com estupefação os angustiados raciocínios que este caso trouxe à tona. Nunca deixo de admirar a habilidade com que meus colegas lançam uma obscura cortina de legalismos sobre qualquer problema que lhes seja apresentado para decidir. Nesta tarde ouvimos arrazoados sobre as distinções entre direito positivo e direito natural, a letra e o propósito da lei, funções judiciais e executivas, legislação oriunda do judiciário e do legislativo. Minha única decepção foi que ninguém levantou a questão da natureza jurídica do contrato celebrado na caverna - se era unilateral ou bilateral, e se não se poderia considerar que Whetmore revogou a sua anuência antes que se tivesse atuado com fundamento nela.

O que é que todas essas coisas tem a ver com o caso? O problema que temos que

decidir é o que nós, como funcionários públicos, devemos fazer com esses acusados. Esta é uma questão de sabedoria prática a ser exercida em um contexto, não de teoria abstrata, mas de realidades humanas. Quando o caso é examinado sob essa luz, torna-se, segundo me parece, um dos mais fáceis de decidir dentre os que já foram argüidos perante este Tribunal.

Antes de enunciar minhas próprias conclusões acerca do mérito, eu gostaria de discutir brevemente alguns dos problemas essenciais que o litígio traz à tona - questões sobre as quais meus colegas e eu temos estado divididos desde que me tornei juiz.

Nunca fui capaz de convencê-los de que o governo é um assunto humano, e que os homens são governados não por palavras sobre o papel ou por teorias abstratas, mas por outros homens. Eles são bem governados quando seus governantes compreendem os sentimentos e concepções do povo. E são mal governados quando não existe esta compreensão.

De todos os ramos do governo, é o Judiciário o que tem maiores possibilidades de perder o contato com o homem comum. As razões para isto são, naturalmente, bastante óbvias. Ao passo que as massas reagem diante de uma situação conforme ela se apresenta em seus traços mais salientes, nós juízes dividimos em pequenos fragmentos cada situação que nos é apresentada. Juristas são contratados pelos antagonistas a fim de analisar e dissecar. Juízes e advogados rivalizam em ver quem é capaz de descobrir o maior número de dificuldades e distinções em um só conjunto de fatos. Cada litigante tenta encontrar casos reais ou imaginários, _que irão causar embaraço às demonstrações do lado oposto. Para escapar a esta dificuldade, ainda outras distinções são inventadas e introduzidas na situação. Quando um conjunto de fatos é exposto a tal espécie de tratamento por um tempo suficiente, toda sua vida e essência tê-lo-á abandonado, dele não restando senão um punhado de poeira. Percebo que, sem dúvida alguma, sempre que haja regras e princípios abstratos, os juristas poderão fazer distinções. Até certo ponto esta espécie de coisas que estou descrevendo é um mal necessário, ligado a qualquer regulação formal dos negócios humanos. Todavia, penso que a área que realmente necessita de tal regulação é grandemente superestimada. Há, naturalmente, algumas regras de jogo fundamentais que devem ser aceitas como condição de existência do próprio jogo. Eu incluiria entre elas aquelas relativas à regulação das eleições, à nomeação de funcionários públicos e ao tempo de exercício nos respectivos cargos. Nestas matérias, eu concedo que seja essencial certa restrição na discricão e na possibilidade de excepcionar, certa adesão à forma, um certo escrúpulo quanto ao que cai e o que não cai na esfera de incidência da norma.

Mas, fora destes domínios, acredito que todos os funcionários públicos, inclusive os juízes, cumpriram melhor seus deveres se considerassem as formalidades e os conceitos abstratos como instrumentos. Penso que deveríamos tomar como nosso modelo o bom administrador, que adapta os métodos e princípios ao caso concreto, selecionando dentre os meios de que dispõe os mais adequados à obtenção do resultado colimado.

A mais óbvia vantagem deste método de governo é que ele nos permite cumprir nossas tarefas diárias com eficiência e senso comum. Minha adesão a esta filosofia tem, entretanto, raízes mais profundas. Creio que apenas com o discernimento que ela propicia podemos preservar a flexibilidade essencial se quisermos manter nossas ações em

uma conformidade razoável com os sentimentos daqueles que se acham submetidos à nossa autoridade. Mais governos soçobraram e mais miséria humana foi causada pela ausência deste acordo entre governantes e governados do que por qualquer outro fator que se possa discernir na história. Desde o momento em que se introduz uma cunha entre a massa do povo e aqueles que dirigem sua vida jurídica, política e econômica, a sociedade é destruída. Então nem a lei da natureza de Foster, nem a fidelidade à lei escrita de Keen, não servirão de mais nada.

Aplicando estas concepções ao caso *sub judice*, sua decisão se torna, conforme referi, bastante fácil. A fim de demonstrar isso terei que divulgar certas realidades que meus colegas, como pudico decoro, julgaram adequado omitir, ainda que delas tenham tanta consciência quanto eu próprio.

A primeira delas é que este caso despertou um enorme interesse público tanto no país quanto no exterior. Quase todos os jornais e revistas publicaram artigos a seu respeito; colunistas compartilharam com seus leitores informações confidenciais referentes ao próximo passo do Poder Executivo; centenas de cartas aos editores foram publicadas. Uma das grandes cadeias de jornais fez uma sondagem de opinião pública acerca da questão - "que pensa você que a Suprema Corte deveria fazer com os exploradores de cavernas?" Cerca de noventa por cento expressaram a opinião de que os acusados deveriam ser perdoados ou deixados em liberdade, com uma espécie de pena simbólica. Portanto, é perfeitamente claro o sentimento da opinião pública frente ao caso. Alias, poderíamos tê-lo sabido sem a sondagem, com base no senso comum ou mesmo observando que neste Tribunal há manifestamente quatro homens e meio, ou seja noventa por cento, que partilham da opinião comum.

Isto torna óbvio não somente o que deveríamos, mas o que devemos fazer, se desejamos preservar entre nós e a opinião pública uma harmonia razoável e decente. O fato de declararmos estes homens inocentes não nos envolve em nenhum subterfúgio ou ardil pouco digno. Tampouco é necessário qualquer princípio de interpretação legal que não esteja de acordo com o modo de proceder deste Tribunal. Certamente nenhuma pessoa leiga pensaria que, absolvendo estes homens, nós tivéssemos desvirtuado a lei mais do que nossos predecessores o fizeram quando criaram a excludente da legítima defesa. Se uma demonstração mais detalhada do método seguido para harmonizar nossa decisão com o dispositivo legal fosse julgada necessária, contenter-me-ia em fixar-me nos argumentos desenvolvidos na segunda e menos fantasiosa parte do voto do meu colega Foster.

Estou convicto de que meus colegas se horrorizarão por eu ter sugerido que este Tribunal leve em conta a opinião pública. Eles dirão que a opinião pública é emocional e caprichosa, que se baseia em meias verdades e que ouve testemunhas que não estão sujeitas a novo interrogatório. Eles dirão ainda que a lei cerca o julgamento de um caso como este de cuidadosas garantias, destinadas a assegurar que a verdade será conhecida e que qualquer consideração racional referente às possíveis soluções do caso será tomada em consideração. Advertirão que todas estas garantias de nada servem se for permitido que a opinião pública, formada fora deste quadro, tenha qualquer influência na decisão.

Mas detenhamo-nos imparcialmente em algumas das realidades da aplicação da nossa lei penal. Quando um homem é acusado de ter cometido um crime há, de maneira

geral, quatro modos segundo os quais ele pode escapar da punição. Um deles consiste na decisão do juiz, de acordo com a lei aplicável, de que ele não cometeu nenhum crime. Esta é, por certo, uma decisão que tem lugar em uma atmosfera bastante formal e abstrata. Mas consideremos os outros três modos segundo os quais ele pode escapar da punição. Estes são: (I) uma decisão do Representante do Ministério Público não solicitando a instauração do processo; (II) uma absolvição pelo júri; (III) um indulto ou comutação da pena pelo Poder Executivo. Pode alguém pretender que estas decisões sejam tomadas dentro de uma estrutura formal, rígida, de regras que impeçam o erro de fato, excluam fatores emocionais e pessoais e garantam que todas as formalidades legais serão observadas? É verdade que no caso do júri procuramos restringir suas deliberações ao âmbito daquilo que é juridicamente relevante, mas não nos podemos iludir acreditando que esta tentativa seja realmente bem sucedida. Normalmente, o caso de que ora nos ocupamos deveria ter sido julgado pelo júri sob todos os seus aspectos. Se isto tivesse ocorrido, podemos estar certos, de que teria havido uma absolvição ou pelo menos uma divisão que teria impedido uma condenação. Se se tivesse dado instruções ao júri no sentido de que a fome dos réus e o convênio que firmaram não constituem defesa à acusação de homicídio, seu veredicto as teria quase que certamente ignorado, torcendo a letra da lei mais do que qualquer um de nós seria tentado a fazer. É evidente que a única razão que impediu que isto sucedesse foi a circunstância fortuita de ser o porta-voz do júri um advogado. Seus conhecimentos capacitaram-no a imaginar uma fórmula verbal que permitisse ao júri furtar-se de suas usuais responsabilidades.

Meu colega Tatting expressa contrariedade por não ter o Representante do Ministério Público decidido o caso por si, abstendo-se de requerer a instauração do processo. Estrito como é no cumprimento das exigências da teoria jurídica, ficaria satisfeito em ver o destino destes homens decidido fora do Tribunal pelo Representante do Ministério Público, fundado no senso comum. O presidente do Tribunal, de outro lado, desejaria que a aplicação do senso comum ficasse para o final, embora, como Tatting, não queira dele participar pessoalmente.

Isto me leva à parte conclusiva de minhas observações, referente à clemência executiva. Antes de discutir este tópico diretamente quero fazer uma observação conexa acerca da sondagem de opinião pública. Como disse, noventa por cento das pessoas pretende que a Suprema Corte deixe os acusados em inteira liberdade ou que se lhes aplique uma pena meramente nominal. Os dez por cento restantes constituem um grupo de composição singular com as mais curiosas e divergentes opiniões. Um dos nossos especialistas universitários fez um estudo deste grupo e descobriu que seus membros dividem-se em padrões determinados. Uma porção substancial deles é assinante de excêntricos jornais de circulação limitada, os quais deram aos seus leitores uma versão destorcida dos fatos em causa. Alguns pensam que "espeleólogo" significa "canibal" e que a antropofagia constitui um princípio adotado pela Sociedade. Mas, o ponto sobre que desejo chamar a atenção é este: embora quase todas as variedades e matizes de opiniões concebíveis estivessem representadas neste grupo, não havia, tanto quanto sei, ninguém nele, nem no grupo majoritário dos noventa por cento, que dissesse: "penso que seria de bom alvitre que os tribunais condenassem estes homens à força e que, em seguida, outro poder do Estado os absolvesse". No entanto, esta é uma solução que de certo modo dominou nossas discussões e que o presidente deste Tribunal propõe como um caminho através do qual nós podemos evitar de cometer uma injustiça e ao mesmo tempo preservar o respeito à lei. Pode o senhor Presidente estar certo de que, se ele está preservando a moral de alguém, esta não é senão a sua própria, e não a do público, que

nada sabe a respeito das distinções por ele empregadas. Menciono este problema porque desejo enfatizar mais uma vez o perigo de nos perdermos nos esquemas de nosso próprio pensamento e esquecer que estes esquemas freqüentemente não projetam a mais tênue sombra sobre o mundo exterior.

Agora chego ao ponto mais decisivo deste caso. Um ponto conhecido de todos nós neste Tribunal, embora meus colegas tenham julgado conveniente ocultá-lo sob suas togas. Trata-se da probabilidade alarmante de que, se a solução do caso for deixada ao Chefe do Poder Executivo, ele se recusará a perdoar estes homens ou comutar sua sentença. Como todos nós sabemos o Chefe do Poder Executivo é um homem hoje de idade avançada e de princípios muito rígidos. O clamor público normalmente produz nele um efeito contrário ao esperado. Como disse a meus colegas, acontece que a sobrinha de minha esposa é íntima amiga de sua secretária. Fui informado por esta via indireta, mas, segundo me parece, completamente fidedigna, que ele está firmemente determinado a não comutar a sentença se nós julgarmos que estes homens transgrediram a lei.

Ninguém lamenta mais do que eu, a necessidade de amparar-me, em um assunto tão importante, em informação que poderia ser caracterizada como falatório. Se dependesse de mim, isto não ocorreria, posto que eu adotaria a conduta sensata de reunir-me com o Executivo e examinar conjuntamente o caso, descobrindo quais são seus pontos de vista e talvez elaborando um programa comum para resolver o assunto. Entretanto, naturalmente meus colegas jamais acederiam em resolver-se o problema desta maneira.

Seus escrúpulos em obter diretamente informações exatas não os impede de estarem muito perturbados com o que souberam de maneira indireta. Seu conhecimento dos fatos que acabei de relatar explica porque o presidente deste Tribunal, normalmente um modelo de decoro, julgou conveniente agitar sua toga na face do Executivo e ameaçá-lo de excomunhão se não comutasse a sentença. Suspeito que por isso se explica a proeza de levitação, empreendida pelo meu colega Foster, pela qual toda uma biblioteca de livros jurídicos foi removida de sobre os ombros dos acusados. É o que explica igualmente porque também meu colega legalista Keen imitou Pooh-bah na comédia antiga, caminhando até o outro lado do palco para dirigir algumas observações ao Poder Executivo em sua "condição de cidadão privado" (permitome observar, incidentalmente, que o conselho do cidadão privado Keen será publicado na coletânea de jurisprudência deste Tribunal às expensas dos contribuintes).

Devo confessar que, quanto mais velho me torno, mais perplexo fico ante a recusa dos homens em aplicar o senso comum aos problemas do direito e do governo; e este caso verdadeiramente trágico aprofundou meu sentimento de desânimo e consternação a este respeito. Desejaria apenas poder convencer meus colegas da sabedoria dos princípios que tenho aplicado à função judicial desde que a assumi. A propósito, por uma espécie de um triste fechar de um círculo, deparei-me com problemas semelhantes aos que ora aqui se esboçam, justamente no primeiro caso que julguei como juiz de primeira instância do Tribunal do condado de Fanleigh.

Uma seita religiosa expulsara um sacerdote que, segundo se dizia, tinha se convertido aos princípios e práticas de uma seita rival. O sacerdote difundiu uma nota acusando os chefes da seita. Certos membros leigos dessa igreja anunciaram uma reunião pública em que se propunham explicar a posição da mesma. O sacerdote assistiu a essa reunião. Alguns afirmaram ter-se ele introduzido furtivamente, utilizando-se de um dis-

farce; o sacerdote declarou em seu testemunho que tinha entrado normalmente como um membro do culto. De qualquer forma, quando os discursos começaram, ele os interrompeu aludindo a certas questões respeitantes aos negócios do culto e fez algumas declarações em defesa de seus próprios pontos de vista. Foi atacado por participantes da reunião que lhe deram uma enorme surra, do que lhe resultou, dentre outros ferimentos, uma fratura na mandíbula. O sacerdote intentou uma ação de indenização contra a associação patrocinadora da reunião e dez indivíduos que alegava terem sido seus agressores.

Quando chegamos à fase de julgamento, o caso pareceu-me, a princípio, muito complicado. Os advogados levantaram múltiplos problemas legais. Havia difíceis questões concernentes à admissão da prova e relativamente à demanda contra a Associação, alguns problemas girando em torno da questão de saber-se se o sacerdote havia se insinuado ilicitamente na reunião ou se havia recebido autorização para dela participar. Como noviço na magistratura, sentia-me impaciente por aplicar meus conhecimentos adquiridos na Faculdade, e logo comecei a estudar estas questões atentamente, lendo todas as fontes mais autorizadas e preparando considerandos bem fundamentados. À medida que estudava o caso envolvia-me progressivamente mais em suas perplexidades jurídicas, tendo chegado a aproximar-me de um estado semelhante àquele de meu colega Tatting neste caso. Subitamente, porém, apercebi-me claramente de que todas estas intrincadas questões realmente nada tinham a ver com a questão, e comecei a examiná-la à luz do senso comum. Imediatamente o litígio ganhou uma nova perspectiva e dei-me conta de que a única coisa que me incumbia fazer era absolver os acusados por falta de provas.

Cheguei a esta conclusão pelas seguintes considerações. O conflito em que o autor fora ferido tinha sido muito confuso, com algumas pessoas tentando chegar ao centro do tumulto, enquanto outras procuravam afastar-se dele; algumas golpeando o sacerdote, ao passo que outras aparentemente tentando protegê-lo. Teriam sido necessárias algumas semanas para apurar a verdade. Decidi então que nenhuma mandíbula fraturada era tão importante para a Commonwealth (os ferimentos do sacerdote, seja dito de passagem, tinham se curado neste meio tempo, sem que o desfigurassem e sem qualquer diminuição de suas faculdades normais). Ademais, convenci-me profundamente de que o autor tinha, em larga medida, dado causa ao conflito. Ele sabia quão inflamadas estavam as paixões e podia facilmente ter encontrado outro lugar para exprimir seus pontos de vista. Minha decisão foi amplamente aprovada pela imprensa e pela opinião pública, as quais não podiam tolerar as concepções e práticas que o sacerdote expulso tentava defender.

Agora, depois de trinta anos, graças a um ambicioso Representante do Ministério público e a um porta-voz do júri legalista, encontro-me diante de um caso que suscita problemas que, no fundo, são muito semelhantes àqueles contidos no litígio que terminei de expor. O mundo não parece mudar muito, mas desta vez não se trata de um julgamento por quinhentos ou seiscentos *frelares* e sim da vida ou morte de quatro homens que já sofreram mais tormento e humilhação do que a maioria de nós suportaria em mil anos. Concluo que os réus são inocentes da prática do crime que constitui objeto da acusação e que a sentença deve ser reformada que acabam de ser enunciados, eu desejaria reexaminar a posição que assumi anteriormente. Quero expressar que depois de ouvi-los sinto-me bastante fortalecido em minha convicção de que não devo participar do julgamento.

Ocorrendo, destarte, empate na decisão, foi a sentença condenatória do Tribunal de primeira instância confirmada. E determinou-se que a execução da sentença tivesse lugar às 6 horas da manhã da sexta-feira, dia 2 de abril do ano 4300, ocasião em que o verdugo público procederia com toda a diligência até que os acusados morressem na forca.

Tatting, J.

O presidente do Tribunal perguntou-me se, depois dos dois votos que acabam de ser enunciados, eu desejaria reexaminar a posição que assumi anteriormente. Quero expressar que depois de ouvi-los sinto-me bastante fortalecido em minha convicção de que não devo participar do julgamento.

Ocorrendo, destarte, empate na decisão, foi a sentença condenatória do Tribunal de primeira instância confirmada. E determinou-se que a execução da sentença tivesse lugar às 6 horas da manhã da sexta-feira, dia 2 de abril do ano 4300, ocasião em que o verdugo público procederia com toda a diligência até que os acusados morressem na forca.

POST SCRIPTUM

Tendo o Tribunal pronunciado seu julgamento, o leitor intrigado pela escolha da data pode desejar ser lembrado que os séculos que nos separam do ano 4300 são aproximadamente os mesmos que se passaram desde a Época de Péricles. Não há provavelmente nenhuma necessidade de observar que o Caso dos Exploradores de Cavernas não pretende ser nem um trabalho de sátira, nem uma profecia em qualquer sentido comum do termo. No que concerne aos juízes que compõem o Tribunal do Presidente Truepenny, eles são naturalmente tão fictícios quanto os fatos e precedentes com os quais lidam. O leitor, que se recusa a aceitar este ponto de vista e que procurar descobrir semelhanças contemporâneas onde nada disso foi buscado ou considerado, deveria ser advertido de que se mete numa aventura sob sua própria responsabilidade, a qual pode levá-lo a desviar-se das verdades enunciadas nos votos emitidos pela Corte Suprema de Newgarth. O caso foi imaginado com o único propósito de focalizar certas posturas filosóficas divergentes a respeito do direito e do governo. Posturas estas que são hoje ainda as mesmas que se agitavam nos dias de Platão e Aristóteles. E talvez elas continuem a apresentar-se mesmo depois que a nossa era tenha pronunciado a propósito a sua última palavra. Se há alguma espécie de predição no caso, não vai além da sugestão de que as questões nele versadas encontram-se entre os problemas permanentes da raça humana.