

Lon L. Fuller
Professor da Harvard Law School

**O CASO DOS
EXPLORADORES
DE CAVERNAS**



Tradução e Notas por Ivo de Paula, LL. M.
Mestre em Direito Internacional Bancário e Comércio Exterior pela
American University em Washington, DC, nos Estados Unidos

Introdução e Apêndice por João Paulo Rossi Júlio
Advogado



Sumário

Introdução.....
O caso dos exploradores de cavernas
Posfácio
Apêndice - Esboço de trabalho com sugestões para os professores



Introdução

Pretende-se com a leitura da presente obra aguçar a curiosidade dos acadêmicos que adentram à Universidade, inaugurando-os no pensamento jurídico, levando-os, gradativamente, à formação de uma consciência crítica, a partir do contato com os mais atraentes temas da Ciência do Direito ,suscitados pela obra “O Caso dos Exploradores de Cavernas”.

A leitura do texto não pressupõe um conhecimento do direito ou de filosofia legal e deverá ser, não só pouco penosa, mas sim uma agradável Introdução à Ciência do Direito.

O caso jurídico narrado no livro foi escrito por Lon L. Fuller e inicialmente publicado sob o título “*The Case of the Speluncean Explorers*”, na revista *Harvard Law Review*, vol. 62, no. 4 (1949) pp. 616-645. Fuller descreve em sua obra cinco votos da Suprema Corte, proferidos pelos seus membros ao analisar o caso, os quais exploram o feito de perspectivas factuais diferentes e sob princípios legais distintos. O Prof. Lon L. Fuller (1902-1978) nasceu no Texas, cursou Direito na Universidade de Stanford e lecionou na Harvard Law School. Foi autor de oito livros e de vários artigos, quase sempre ligados à Filosofia do Direito, revelando-se um dos principais filósofos do direito norte-americano, na segunda metade do século XX. Crítico da Teoria do Positivismo, escreveu em 1964 a obra intitulada “*The Morality of Law*”, onde defende sua posição jusnaturalista. Como apêndice a esta obra Fuller incluiu o seu segundo caso, bem menos famoso que o primeiro: “*The Case of the Grudge Informer*”.

Fuller inspirou-se para a criação de seu caso fictício em dois casos reais, polêmicos às suas épocas: *U.S. v. Holmes* (1842) e *Regina v. Dudley & Stephens* (1884). Ambos os casos se originaram de naufrágios em alto mar e têm como local de acontecimento os botes salva-vidas, onde os sobreviventes se envolvem em homicídios, que mais tarde são levados à apreciação da Justiça. No caso “*U.S. v. Holmes*”, os homicídios foram praticados para aliviar a carga do bote salva-vidas, que estava ameaçado pela superlotação dos sobreviventes embarcados. Já no processo “*Regina v. Dudley & Stephens*”, os homicídios foram praticados como forma de obter alimento para os sobreviventes a beira da morte pela fome.

Pode-se facilmente perceber que os fatos que enriquecem a obra de Fuller foram emprestados destes dois casos: o estado de desespero e da falta de esperança dos envolvidos, a escolha da vítima pela sorte, o homicídio seguido de canibalismo (em um dos casos), a simpatia dos réus e a comoção popular provocadas na sociedade, defesas baseadas no estado de necessidade, condenações no júri e até a possibilidade de perdão.

A este verdadeiro inventário de fatos e situações, a criatividade de Fuller acrescentou ainda outros, como a mudança do cenário para as cavernas de Newgarth e levantou interessante questão de jurisdição, opiniões de *experts* médicos e de engenheiros que fundamentaram o quadro negro que se desenhava sobre os exploradores: a morte por inanição. Junte-se a este quadro as grandes dificuldades que envolveram todos os trabalhos de resgate, inclusive com elevadas baixas.

Não se esquece o autor, inclusive, de detalhar a participação da vítima, Whetmore, nas definições do processo de eleição daquele que seria sacrificado em benefício da sobrevivência dos demais.

Em suma, os fatos e seus detalhes prendem a nossa atenção em uma leitura atraente e envolvente. Quando o leitor inicia a formação de seu juízo de valor, a favor ou contra os exploradores sobreviventes, seu julgamento é posto à prova frente aos argumentos concretos e convincentes dos diferentes votos proferidos pelos membros da Suprema Corte.

Esta diversidade de julgamentos demonstra ao leitor a amplitude do campo do direito e sua aplicação na defesa dos valores humanos, em confronto com as leis locais, os valores morais vigentes e os apelos da sociedade.

Como na valiosa lição do Mestre André Franco Montoro¹, a ficção de Fuller nos ensina que, ao nos depararmos com um caso jurídico complexo, não devemos nos prostrar escravos dos ditames da norma posta, mas sim ter a consciência que “... *a realidade social e a justiça, como valor fundamental, estão presentes em todos os momentos da vida do direito: na elaboração de normas, na sua interpretação e aplicação, nas sentenças, pareceres, petições e recursos. Aceitar as normas jurídicas estabelecidas como inexorável imposição dos detentores do poder é negar ao jurista outra tarefa, que não seja a de executor mecânico das mesmas, significa desnaturar o direito e, mais do que isso, traí-lo.*”

O Caso dos Espeleólogos narra de forma intensa, mas ao mesmo tempo esquemática, a complexidade dos fatos e a flexibilidade da argumentação jurídica quando os enfrenta. Os cinco votos enfocam distintos detalhes dos fatos e se socorrem de precedentes

¹ In “Introdução à Ciência do Direito” - Ed. Revista dos Tribunais – 24ª edição - pág. 8

legais e jurisprudenciais diversos, com o intuito de estruturar a argumentação jurídica que embasa os seus veredictos. Por meio desse recurso, Fuller possibilita a ilustração, na prática, das principais escolas da Filosofia do Direito, passeando pelas teorias do historicismo, jusnaturalismo e positivismo, entre outras, introduzindo o aluno ao estudada Ciência do Direito.

Exatamente pela sua riqueza é que este pequeno livro tem se revelado um grande aliado aos Professores da cadeira de Introdução à Ciência do Direito, permitindo que Mestre e Alunos participem de discussão fecunda, onde poderão ser dados os primeiros passos dos futuros bacharéis na arte da argumentação jurídica, introduzindo-os nas principais correntes do pensamento jurídico que convivem ria Ciência do Direito.

No intuito de colaborar com a discussão e os trabalhos que possam ser desenvolvidos com esta obra, atrevi-me a esboçar algumas idéias que se encontram no final do livro, as quais devem apenas inspirar, e jamais conduzir, os trabalhos que podem ser desenvolvidos em classe com este fascinante livro.

Por fim, além de agradecer à LEUD - Livraria e Editora Universitária de Direito, a honra do convite e o privilégio de poder escrever esta modesta introdução a esta grande obra, gostaria de cumprimentá-la pela iniciativa de sua publicação, bem como externar minha admiração ao cuidadoso trabalho de tradução feito pelo Dr. Ivo de Paula, que procurou preservar a essência do texto original, introduzindo valiosas notas que não só explicam as diferentes facetas do direito norte-americano, como também socorrem o leitor na correta interpretação dos termos empregados pelos membros da Suprema Corte, na redação de seus votos.

João Paulo Rossi Júlio
Advogado
Maio de 2003.



O Caso dos Exploradores De Cavernas¹

Na Suprema Corte de Newgarth,
no ano de 4300

¹ (Nota do tradutor) Publicado por Lon L. Fuller na 62 Harv. L. Rev. (1949); ver o posfácio.

Os réus, tendo sido indiciados pelo crime de assassinato, sendo condenados e sentenciados a serem enforcados pelo Tribunal de Primeira Instância do Condado² de Stowfield³. Tais réus apelam para este tribunal alegando vício. Apresentando os argumentos e fatos necessários para a apreciação desta apelação perante este Tribunal, segue a decisão do Presidente do Tribunal⁴.

Truepenny, C.J. (Presidente): Os quatro réus são membros da Sociedade Espeleológica, doravante, simplesmente Sociedade, uma organização composta de pessoas amadoras, com o interesse específico de exploração de cavernas. No princípio de maio de 1849, os quatro réus, na companhia de Roger Whetmore, também membro de tal Sociedade, adentraram o interior de uma caverna formada por pedras calcárias do tipo encontrado no planalto central desta comunidade⁵ - Commonwealth. Enquanto se encontravam, remotamente, à entrada da caverna, ocorreu um deslizamento de terra. Em decorrência, grandes pedras caíram, de tal maneira que bloquearam, completamente, a única entrada conhecida da caverna. Quando os espeleologistas perceberam a sua situação, posicionaram-se perto da entrada obstruída e aguardaram até que o resgate pudesse remover todo o entulho que os impedia de sair de tal “prisão” subterrânea. Do não retorno de Whetmore e dos réus às suas casas, o secretário da Sociedade foi notificado pelos familiares. Existem informações que os exploradores deixaram indicações do local da expedição e a caverna a ser explorada na sede da Sociedade. Imediatamente uma expedição de resgate foi enviada para o local.

O grupo de resgate encontrou dificuldades extremas e foi necessário a suplementação do número de pessoas, e tal incremento foi complementado com máquinas, que demandaram grandes gastos para sua locomoção para região erma e isolada, aonde a caverna estava localizada. Um considerável campo temporário foi armado, onde se encontravam trabalhadores, engenheiros, geologistas e outros especialistas. O esforço do grupo responsável pela remoção dos escombros foi, várias vezes, frustrado por outros desmoronamentos. Em um desses deslizamentos, dez trabalhadores foram mortos limpando a entrada da caverna. Todos os recursos da tesouraria da Sociedade Espeleológica logo se

² (Nota do tradutor) No caso da aplicação da lei em um caso real, os condados são de jurisdição político-administrativa, onde várias cidades pequenas se reúnem para obter melhor administração pública, na questão da administração da justiça; pode-se comparar os condados às comarcas brasileiras.

³ Court of General Instances of the County of Stowfield.

⁴ (Nota do tradutor) Na organização do judiciário norte-americano, o Presidente do Tribunal, sendo o Chief of Justice, não se apresenta na administração da justiça do direito da “common law” como um elemento transitório, ou mandatário. Sua condição é a de chefe entre pares, sendo o mais experiente ou mais respeitado ministro entre os que têm assento no tribunal. Sua designação é por nomeação da autoridade competente e é vitalícia.

⁵ (Nota do tradutor) Commonwealth é um termo normalmente usado para designar a união das nações britânicas, também sendo o título oficial de quatro estados estadunidenses, a saber: Kentucky, Massachusetts, Pennsylvania e Virginia.

exauriu no esforço de resgate, e a soma de oitocentos mil frelars⁶, levantados, parcialmente, por subscrição popular e outra parte por concessão legislativa, foram gastos antes que os homens presos na caverna fossem resgatados. Sucesso no resgate foi obtido após trinta e dois dias depois que os espeleólogos entraram na caverna.

Era sabido que os exploradores carregavam com eles escassas provisões, e desde que, também, não estariam disponíveis animais ou vegetação dentro de tal caverna, nos quais eles poderiam subsistir, ansiedade existiu desde o começo de que eles teriam encontrado a morte devido à desnutrição, antes que o acesso a eles pudesse ser obtido. No vigésimo dia de sua prisão na caverna, foi descoberto, pela primeira vez, que foi levada uma máquina sem fio, capaz de enviar e receber mensagens. Um instrumento similar foi instalado no campo de resgate e a comunicação verbal foi estabelecida com os infelizes exploradores dentro da montanha. Eles solicitaram para serem informados de quanto tempo demoraria para serem liberados. Os engenheiros responsáveis pelo projeto responderam que pelo menos dez dias seriam necessários, mesmo que nenhum outro desmoronamento ocorresse. Os exploradores, então, perguntaram se haviam médicos presentes, sendo colocado em comunicação um comitê de especialistas médicos. Os espeleologistas presos dentro da caverna descreveram a sua condição e as rações que foram levadas com eles, e perguntaram uma opinião médica se eles teriam uma chance de sobreviver sem comida por dez dias. O chefe do comitê médico afirmou que haviam poucas possibilidades de sobrevivência. O comunicador ficou em silêncio por oito horas. Quando as comunicações foram restabelecidas, os exploradores presos pediram para falar com os médicos novamente. O chefe dos médicos foi posto em frente ao comunicador e Whetmore, falando portados, inclusive por ele mesmo, perguntou se eles teriam condições de sobreviver por mais de dez dias consumindo carne do corpo de um deles. O médico, com relutância, respondeu de forma afirmativa a questão. Whetmore perguntou se seria aconselhável para eles tirarem a sorte para determinar qual deles seria usado para tal fim⁷. Nenhum dos médicos presentes disponibilizou-se para responder a pergunta. Whetmore, então, perguntou se havia entre os presentes um juiz, ou outro oficial do governo que pudesse responder tal questão. Nenhum dos presentes no resgate apresentou-se como conselheiro em tal questão. Ainda, perguntou se um padre ou ministro poderia responder tal questão, e nenhuma pessoa foi achada que se qualificasse para tal. Após isso, nenhuma mensagem foi recebida de dentro da caverna, e assumiu-se, erroneamente, que as baterias do comunicador dos exploradores haviam se extinguido. Da liberação dos exploradores presos, descobriu-se

⁶ (Nota do tradutor) Medida de valor monetário fictícia.

⁷ "... which of them should be eaten."

que no vigésimo terceiro dia, após entrarem na caverna, Whetmore foi morto pelos seus companheiros de exploração.

Dos depoimentos dos réus, que foi aceito pelos jurados, parece que foi Whetmore quem, primeiramente, propôs que deveriam usar como nutrientes, sem o qual a sobrevivência seria impossível, a carne de um dos presentes na expedição. E, também, foi Whetmore quem primeiro propôs de se usar algum método para tirar a sorte, chamando a atenção dos réus para um par de dados que ele teria consigo. Os réus, inicialmente, relutaram em adotar tal procedimento desesperado, mas após as comunicações, relatadas acima, eles finalmente concordaram no plano proposto por Whetmore. Após muita discussão sobre questões matemáticas envolvidas, chegou-se a um acordo sobre o método para se solucionar a questão, usando-se os dados.

Antes dos arremessos dos dados e computação dos resultados, porém, Whetmore retirou-se de tal acordo, pois, decidiu-se, devido a reflexão, a aguardar por mais uma semana, antes de se resolver a tal expediente temerário e odioso. Os outros exploradores acusaram Whetmore de quebra de boa vontade e continuaram arremessando os dados. Quando chegou a vez de Whetmore, os dados foram lançados por um dos réus, e ele foi inquirido a levantar quaisquer objeções que ele teria quanto a justiça do arremesso. Whetmore afirmou que ele não teria nenhuma objeção. O resultado foi contrário a Whetmore, e ele foi morto e consumido⁸ pelos seus companheiros;

Depois do resgate dos réus, e depois de completada a convalescência no hospital, onde foram tratados por desnutrição e choque, todos foram indiciados pelo assassinato de Roger Whetmore. Durante o julgamento, após os depoimentos⁹ foram concluídos, o representante do júri (que era um advogado por profissão), inquiriu o tribunal se os jurados não poderiam emitir um veredicto especial, deixando para o tribunal decidir, baseado nos fatos, achar os réus culpados. Após alguma ponderação, tanto o Promotor de Justiça como o Advogado de Defesa indicaram sua aceitação para tal procedimento, o que foi adotado pelo tribunal. Em um longo e especial veredicto, os jurados acharam que os fatos, como relatados acima, e, ainda, decidiram que se, baseado em tais fatos, os réus fossem culpados, e o crime imputado a eles, então os jurados considerariam os réus culpados. Com base nesse veredicto, o juiz, presidindo a seção, achou por bem exarar a sentença de que os réus eram culpados pela morte de Roger Whetmore. Assim, o juiz sentenciou que eles deveriam ser enforcados, sendo

⁸ “... eaten ...”

⁹ (Nota do tradutor) No sistema da *commonlaw*, o processo penal real não apresenta inquérito como no Brasil; como muito se vê nos filmes de Hollywood, a inquirição e acareação do réu e das testemunhas são feitas perante o juiz e jurados.

que a lei do nosso Commonwealth não permite discricção com respeito à pena a ser imputada. Depois da liberação dos jurados, todos os membros, conjuntamente, enviaram comunicação para o Chefe do Executivo, solicitando comutação da pena para prisão de seis meses. Tal comunicação foi, similantemente, feita pelo juiz que presidiu o julgamento. Com respeito a tal pedido, nenhuma ação foi tomada, pois o chefe do executivo está, aparentemente, aguardando decisão deste tribunal sobre esta apelação - *petition of error*.

Parece-me que, em se tratando de um caso tão extraordinário, o júri e o juiz seguiram o curso que não foi simplesmente justo e criterioso, mas o único curso a ser tomado sob a lei vigente. A linguagem do estatuto é bem conhecida: “Qualquer um que, de própria vontade, retira a vida de outrem, deverá ser punido com a morte”¹⁰. Esse estatuto não permite exceção aplicável a este caso, muito embora nossas simpatias possam nos inclinar a fazer concessões, devido à trágica situação na qual essas pessoas estavam envolvidas.

Em um caso como este, o princípio da clemência exercida pelo poder executivo parece-me, admiravelmente, casado com a intenção de mitigar os rigores da lei, e eu proponho para os meus colegas que juntem-se para seguir o exemplo dos jurados do juiz presidente do julgamento, na comunicação que eles enviaram para o Chefe do Executivo. Há todas as razões para se acreditar que tais solicitações de clemência serão atendidas, vindo de quem estudou o caso e teve a oportunidade de se tornar profundamente conhecedor das circunstâncias do caso. É pouco provável que o Chefe do Executivo negue estas solicitações, a não ser que ele mesmo estabeleça audiências tão extensivas como aquelas que - envolveram o julgamento abaixo, que duraram três meses. O estabelecimento de tais audiências, o que montaria virtualmente a um novo julgamento, seria, dificilmente, compatível com a função do executivo, como é usualmente concebido. Eu acho que nós devemos de alguma forma assumir que clemência será estendida a esses réus. Se esta for concedida, far-se-á justiça sem se ofender a letra ou espírito de nossos estatutos e sem oferecer encorajamento pelo desrespeito à lei.

Foster, J. (Ministro): Estou chocado que o Presidente do Tribunal, em um esforço de escapar do constrangimento deste trágico caso, ter adotado, e ter proposto para seus colegas, um expediente tão sórdido e tão óbvio: Acredito que algo mais está em julgamento neste caso, que excede a sorte desse infortunado grupo de exploradores, que é a lei deste Commonwealth. Se este tribunal declarar que sob a nossa lei estas pessoas cometeram um crime, então, nossa lei será condenada no tribunal do senso comum, não importa o que aconteça com os indivíduos envolvidos nesta apelação. Para que possamos estabelecer que a lei

¹⁰ “Whoever shall willfully take the life of another shall be punished by death. N.C.S.A. (n.s.) § 12-A”.

que defendemos e nos compele a uma conclusão que devemos nos envergonhar, e da qual só poderemos escapar apelando para uma dispensa que repousa dentro da disposição pessoal do poder executivo, parece-me uma admissão de tal monta que a lei deste Commonwealth não mais pretende incorporar a justiça.

Do meu entendimento, não acredito que nossa lei nos compele a conclusões monstruosas, que tais pessoas sejam assassinos. Acredito, muito pelo contrário, que ela declara que eles devam ser inocentados de qualquer crime. Apresento minha conclusão baseada em duas bases independentes, ambas as quais são, sozinhas, suficientes para justificar a absolvição de tais réus.

A primeira repousa na premissa que poderá levantar oposição até ser examinada imparcialmente. Tomo a posição de que a lei positiva e promulgada deste Commonwealth, incluindo todos os seus estatutos e precedentes, são inaplicáveis a este caso, e que o caso é governado por escrituras antigas da Europa e América, chamadas de “lei natural”¹¹.

A conclusão repousa na premissa que nossa lei positiva declara a possibilidade da existência das pessoas em sociedade. Quando tal situação se apresenta, tal coexistência das pessoas se torna impossível, então a condição que se apresenta para todos os nossos precedentes e estatutos deixa de existir. Quando tal condição desaparece, então é minha opinião que a força da nossa lei positiva desaparece com ela. Nós não estamos acostumados a aplicar a *maxim cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*¹² para toda a nossa lei promulgada, mas acredito que este é o caso onde devemos aplicar a *maxim*.

A proposição de que toda a lei positiva é baseada na possibilidade da coexistência das pessoas soa estranhamente, não simplesmente porque a verdade que contém é, também, estranha, mas porque simplesmente a verdade é tão óbvia e penetrante que raramente temos a oportunidade de nomeá-la. Como o próprio ar que nós respiramos, que se espalha pelo nosso meio ambiente, e que esquecemos que ele existe, até o momento em que somos privados dele. Sejam quais forem os objetos que possamos procurar nas várias áreas do nosso direito, fica aparente em uma reflexão mais profunda, que todos eles foram direcionados no sentido de facilitar e incrementar a coexistência humana, regulando com justiça e equidade as relações da vida em comum. Quando a premissa de que pessoas vivendo em comunidade, juntos perde-se a verdade, mesmo perante a óbvia e extraordinária circunstância, quando a vida somente seria possível em se retirando a própria vida, então as premissas básicas que suportam toda a nossa ordem legal perderão seu sentido e sua força.

¹¹ “*the law of nature*”.

¹² (Nota do tradutor) A razão da lei cessa e a lei em si cessa os seus efeitos.

Se tais eventos tivessem ocorrido uma milha além dos limites territoriais do nosso Commonwealth, ninguém acharia que nossa lei se aplicaria para os réus. Nós reconhecemos que a jurisdição repousa na territorialidade. A base desse princípio da territorialidade de forma alguma é óbvio, sendo examinado com certa freqüência. Eu tomo que este princípio é suportado por uma asserção de que ele é possível para impor uma ordem legal única sobre um grupo de pessoas, somente viver juntos dentro dos limites de uma dada área do planeta Terra. A premissa de que as pessoas devam coexistir em grupo denota, então, o princípio da territorialidade, como toda a lei o faz. Agora eu disputo que um caso poderá ser removido, moralmente, do jugo de uma ordem legal, bem como ser, também, removido geograficamente. Se nós olharmos os objetivos da lei e governo, e para as premissas que fundamentam a lei positiva, essas pessoas, quando tomaram a decisão fatídica, estavam removidos da nossa ordem legal, como

se estivessem a milhares de milhas das nossas fronteiras. Mesmo considerando-se a questão da presença física, pois a sua prisão subterrânea estava separada dos nossos tribunais e oficiais de justiça por uma sólida cortina de pedras, que foram removidas somente após gastos extraordinários de tempo e esforço.

Assim, concluo que na hora que a vida de Roger Whetmore foi terminada por esses réus, eles estavam usando a singular linguagem dos autores do século XIX, fora do "estado da sociedade civil", mas no "estado natural". Isto tem a conseqüência de que a lei aplicável a eles não é a promulgada e estabelecida pelo Commonwealth, mas sim, da lei derivada daqueles princípios que eram apropriados para a condição em que eles se apresentavam. Não hesito em dizer que sob tais princípios eles são inocentes de qualquer crime.

O que essas pessoas fizeram foi realizado em consecução a um acordo por todos eles, e primeiramente proposto pelo próprio Whetmore. Mesmo porque era aparente que a situação extraordinária tomou inaplicável os princípios usuais que regulam as relações pessoais; pois, foi necessário para eles estabelecerem, como aconteceu, a instituição de um governo apropriado para a situação na qual eles se encontravam.

Vem da antigüidade e tem sido reconhecido desde então que o princípio mais básico da lei e do governo é encontrado na noção de contrato ou acordo. Pensadores da antigüidade, especialmente durante o período de 1600 a 1900, usando como base de governo em uma suposição original social - o contrato. Céticos avisam que essa teoria é contraditória aos fatos da história e que não existem evidências científicas que suportem a noção de que qualquer governo, alguma vez, tenha sido fundado de uma maneira proposta por uma teoria.

Moralistas retrucaram que, se a forma de contrato era uma ficção de um ponto de vista histórico, a noção ou contrato fornecia a única justificativa ética na qual os poderes de governo, que incluem o término de uma vida por ordem do governo, poderia repousar. Os poderes do governo somente poderão ser justificados moralmente com base nesses poderes, que pessoas razoáveis concordariam e aceitariam, se eles fossem confrontados com a necessidade de construir, novamente, alguma ordem para fazer sua vida comunitária possível.

Felizmente, nosso Commonwealth não se preocupou com as perplexidades que acozavam nossos ancestrais. Sabemos, como uma questão de verdade histórica, que nosso governo foi fundado sob um contrato ou livre vontade das pessoas. A prova arqueológica é conclusiva, que o primeiro período seguinte à grande espiral evolucionária¹³, os sobreviventes daquele holocausto, voluntariamente, reuniram-se para desenhar e instituir governo. Escritores sofisticados têm levantado questões sobre o poder desses contratantes remotos de comprometer gerações futuras, mas o que prevalece é que o nosso governo traça uma linha contínua para o passado até a época da formação de tal governo original.

Se, então, nossos carrascos têm o poder de dar cabo à vida das pessoas, se nossos xerifes têm o poder de colocar inquilinos inadimplentes na rua, se nossa polícia tem o poder de encarcerar ébrios libertinos, esses poderes acham sua justificativa moral no contrato social dos nossos ancestrais. Se nós não podemos achar nenhuma fonte melhor para a nossa ordem legal, que fonte melhor poderíamos esperar daqueles desafortunados, famintos, que acharam a mesma ordem que eles puderam adotar para a situação que se apresentava?

Acredito que a linha mestra do argumento que explanei não dá espaço para explicação racional. Percebi que isto, provavelmente, será recebido com um certo desconforto por muitos que lerem esta decisão, principalmente aqueles que estejam inclinados a suspeitar que algum sofisticado sofisma esteja escondido, baseando uma demonstração que leva a tantas conclusões pouco familiares. A fonte desse desconforto é, todavia, fácil de identificar. As condições usuais da existência humana nos inclinam a pensar que a vida humana tem um valor absoluto, e que não poderá ser sacrificada em nenhuma circunstância. Aí, muito disso é pura ficção, principalmente sobre a concepção, mesmo quando este conceito é aplicado às relações ordinárias da sociedade. Nós temos uma ilustração dessa verdade neste mesmo caso. Dez trabalhadores foram mortos no processo de retirada das pedras para a abertura da caverna. Não estavam os engenheiros e servidores públicos, que dirigiam a operação de salvamento, a par dos sérios riscos para a vida dos trabalhadores que efetuavam o resgate? Se

¹³ Great Spiral.

foi apropriado que a vida de dez trabalhadores fosse sacrificada para salvar a vida de cinco espeleólogos presos, porque, então, estão nos dizendo que foi errado para esses mesmos exploradores conduzir o acordo pelo qual salvaram-se a vida de quatro à custa de uma?

Toda estrada, todo túnel, todo edifício que nós projetamos envolve um risco à vida humana. Pegando esses projetos como um todo, podemos calcular com certa precisão quantas mortes mais sua construção irá cobrar; estatísticos podem nos dizer a média de custo de vidas humanas em mil milhas de uma estrada de quatro pistas de concreto. Ainda, nós, deliberadamente, e conscientemente, incorremos e pagamos esses custos na premissa de que os valores obtidos para aqueles que sobreviveram superam a perda. Se essas coisas podem dizer sobre o funcionamento de uma sociedade, sobre a terra, em condições normais e ordinárias, o que poderia ser dito por nós sobre o suposto valor absoluto da vida humana em uma situação desesperada, na qual os réus e seu companheiro Whetmore se encontravam?

Isto conclui a exposição da primeira justificativa da minha decisão. A segunda base prossegue rejeitando, hipoteticamente, todas as premissas nas quais usei até agora. Vou conceder, para dar força ao argumento, que esteja errado em dizer que a situação em que os exploradores estavam possa ser removida do efeito da lei positiva, e assumo que os estatutos consolidados¹⁴ têm o poder de penetrar quinhentos pés dentro de pura pedra e imporem-se sobre pessoas famintas em sua prisão subterrânea.

Assim, naturalmente, é perfeitamente claro que essas pessoas agiram de forma a violar a formulação literal do estatuto que declara que “aquele que de vontade própria retira a vida de outrem” comete assassinato. Mas um dos mais antigos fragmentos da sabedoria jurídica está no fato de que uma pessoa poderá violar a letra da lei, sem violar a própria lei. Todas as proposições da lei positiva, contidas em um estatuto ou na jurisprudência, deverão ser interpretadas, razoavelmente, sob a luz das evidências propostas. Esta é uma verdade tão elementar que não há a necessidade de pormenorizar tal conceito. Sendo que exemplos da sua aplicação são inúmeros e estão presentes em todas as áreas do direito. No caso *Commonwealth v. Staymore*, o réu foi condenado sob um estatuto que tornava crime deixar um carro estacionado em certas áreas por um período superior a duas horas. O réu havia tentado remover seu carro, mas não pôde fazê-lo porque as ruas estavam bloqueadas por uma demonstração policial, na qual ele tomou parte e não tinha como antecipar tal bloqueio. Sua condenação foi anulada por este tribunal, mesmo considerando-se que seu caso não se ajustava dentro da redação do estatuto. Novamente, em *Fehler v. Neegas*, existiu perante este

¹⁴ Consolidated Statutes.

Tribunal com o propósito da construção de um estatuto no qual a palavra “não” foi claramente transposta da sua posição pretendida, no final e na mais crucial seção do ato. Sua transposição estava em todas as minutas sucessivas do ato, onde foi negligenciada pelos minutas e patronos da legislação. Ninguém conseguiu provar como o erro apareceu, mas ainda estava presente que, em se considerando o conteúdo do estatuto como um todo havia um erro, pois a leitura literal da cláusula final denotava inconsistência com tudo que havia sido tratado antes e com o objeto a ser promulgado, como estava descrito em seu preâmbulo. Este Tribunal recusou-se a aceitar a interpretação literal do estatuto e, de fato, retificou sua linguagem lendo-se a palavra “não” no lugar onde deveria ter sido colocada.

O estatuto perante nós para interpretação nunca foi aplicado literalmente. Há séculos atrás ficou estabelecido que matar em legítima defesa é uma escusa para a punição. Não há nada no estatuto que sugira essa exceção. Várias tentativas foram feitas para reconciliar O tratamento legal da legítima defesa com as palavras do estatuto, mas na minha opinião, estes são somente sofismas ingênuos. A verdade é que a exceção em favor da legítima defesa não pode ser reconciliada com as palavras do estatuto, mas somente com o seu objetivo.

A verdadeira reconciliação da escusa de legítima defesa com o estatuto, tornando crime matar outrem, só poderá ser achada na seguinte linha de raciocínio. Um dos principais objetivos sustentando qualquer legislação criminal é o de deter pessoas de cometerem crimes. Agora, é aparente que se foi declarado como lei que matar alguém em legítima defesa é, também, crime, tal regra não poderá operar como restritivo. Uma pessoa que tenha a vida ameaçada irá repelir seu agressor, não importa o que a lei diga. Observando-se, então, os objetivos mais amplos da legislação criminal, nós poderemos, seguramente, declarar que este estatuto não pretendia ser aplicado para os casos de legítima defesa.

Quando o racional da escusa da legítima defesa é explicado, torna-se aparente, que, precisamente, o mesmo racional se aplica ao caso presente na barra do tribunal. Se, no futuro, qualquer grupo de pessoas achar-se na trágica situação que se acharam os réus, podemos nos assegurar que a sua decisão de viver ou morrer não será controlada pelo estabelecido em nosso Código Penal. Conseqüentemente, se lermos tal estatuto criteriosamente, o estatuto não se aplicará a este caso. A retirada dessa situação dos efeitos do estatuto é justificada, precisamente, pelas mesmas considerações que foram aplicadas para os nossos ancestrais, que exerciam o ofício da justiça, nos séculos passados, para os casos de legítima defesa.

Existem aqueles que levantaram a questão de usurpação judicial, toda vez que um tribunal analisar o objetivo do estatuto, dando à sua redação um sentido que não é o aparente para o leitor casual, que não tenha estudado o estatuto mais detalhadamente, ou examinado os objetivos que pretende alcançar. Gostaria de, enfaticamente, declarar que aceito sem qualquer reserva a proposta de que este tribunal está obrigado por esses estatutos do nosso Commonwealth e que exercita seus poderes subordinado pelo desejo legal da Câmara dos Representantes¹⁵. O arrazoado que apliquei acima não levanta nenhuma questão quanto à fidelidade da lei promulgada, porém, poderá levantar uma questão sobre a distinção entre a fidelidade racional e irracional. Nenhuma pessoa na posição de superior quer um subordinado que não tenha a capacidade de ver as entrelinhas. A mais estúpida empregada doméstica sabe que quando lhe é dito “descascar a sopa e esfolar as batatas”¹⁶, sua patroa não queria dizer o que disse. Ela também saberá que quando seu patrão lhe disser “largue tudo e venha correndo”, ele poderá estar negligenciando a possibilidade de que ela esteja, naquele momento, salvando o bebê de cair em um barril de água¹⁷. Certamente, nós temos o direito de esperar a mesma racionalidade no judiciário. A correção de erros legislativos ou negligências não é para suplantar o desejo do legislativo, mas, sim, para fazê-lo efetivo.

Assim, concluo que em todos os aspectos sob os quais este caso poderá ser visto, esses réus são inocentes do crime de assassinato de Roger Whetmore, e que a condenação deverá ser negada.

Tatting, J. (Ministro): No desempenho das minhas funções como ministro deste tribunal, normalmente sou capaz de dissociar os lados emocional e racional das minhas reações, e decidir o caso apresentado, unicamente, com base na racionalidade. Em revendo este trágico caso, acho que meus recursos usuais falham-me. No lado emocional, acho-me dividido entre a simpatia por essas pessoas e um sentimento de aborrecimento e repugnância para com o ato monstruoso que elas cometeram. Tenho esperança de que seria capaz de colocar estas emoções contraditórias de lado, como irrelevantes, e decidir o caso com base em uma demonstração lógica e convincente como resultado requerido pela nossa lei. Infelizmente, essa possibilidade não me foi concedida.

Ao analisar a opinião do meu colega Foster, acho que está crivada de contradições e falácias. Vamos começar com a sua primeira proposição: estas pessoas não estariam sujeitas à nossa lei porque eles não estariam no “estado da sociedade civil” e sim em “estado natural”.

¹⁵ Chamber of Representatives.

¹⁶ “to peel the soup and skim the potatoes”.

¹⁷ ... rain barrel...

Não estou certo do porquê de tal situação, se é por causa da grossura das rochas que os prendiam, ou da fome, ou, ainda, porque “estabeleceram um novo governo”, que as regras usuais seriam suplantadas pelo arremesso de dados; ou outras dificuldades que se apresentavam para eles. Se essas pessoas passaram da jurisdição da nossa lei para a “lei natural”, em qual momento isto ocorreu? Aconteceu quando a entrada da caverna foi bloqueada, ou quando a ameaça de desnutrição e fome atingiu um certo grau de intensidade indefinida, ou quando o acordo para o arremesso dos dados foi feito? Essas incertezas na doutrina proposta pelo colega são capazes de produzir dificuldades reais para definição. Suponhamos, por exemplo, que uma dessas pessoas tenha completado seus 21 anos de idade, enquanto preso nas montanhas. Em tal data ele seria considerado como atingindo sua maioridade - pois completou 21 anos, nesse momento ele estava, por hipótese, alheio aos efeitos da nossa lei, ou somente quando ele foi libertado da caverna e passou, novamente, a estar sujeito ao que meu amigo chama de nossa “lei positiva”? Estas dificuldades podem parecer obra da imaginação, mas elas somente servem para mostrar a natureza fantasiosa da doutrina que se está levantando para eles.

Mas isto não é necessário para explorar essas amenidades, ainda mais para demonstrar o absurdo da posição do meu colega de ofício. O Ministro Foster e eu somos juízes indicados para o tribunal do Commonwealth de Newgarth, e fizemos juramento e fomos empossados para administrar as leis deste Commonwealth. Por qual autoridade poderemos nós decidir em um “Tribunal Natural”? Se tais pessoas estiveram, realmente, sob a lei natural, então como virá nossa autoridade para explicar e aplicar tal lei? Pois, certamente, nós não estamos no estado natural.

Vamos examinar o conteúdo desse código natural que meu colega propõe que nós adotemos como nosso e aplicá-lo para este caso. Que atrapalhado e odioso esse código é! É um código no qual a lei de contratos é mais fundamental do que a lei de crime contra a vida. É um código sob o qual uma pessoa poderá fazer um acordo válido, dando poderes para seus companheiros consumirem seu próprio corpo¹⁸. Sob as provisões deste código, ainda mais, tal acordo uma vez feito é irrevogável, e se uma das partes pretender retirar-se, os outros poderão fazer justiça com as suas próprias mãos, e fazer valer o contrato pela violência - o que meu velho amigo ignora através de um conveniente silêncio ao fato da retirada de Whetmore, sendo necessário a implicação disto no seu argumento (Foster)¹⁹.

¹⁸ ... empowering his fellows to eat his ...

¹⁹ (Nota do tradutor) Nome entre parênteses adicionado ao texto para melhor compreensão.

Os princípios que o meu colega de câmara explana contém outras implicações que não podem ser toleradas. Argumenta que, quando os réus voltaram-se para Whetmore e mataram-no (nós não sabemos como, talvez apedrejando-o), eles estariam somente exercitando os direitos conferidos a eles por barganha. Suponha, muito embora, que Whetmore tivesse escondido com ele um revólver; e, que quando ele viu os réus prontos para a carnificina, teria atirado neles e os matado para salvar a sua própria vida. A argumentação do meu amigo aplicada a estes fatos poderia colocar Whetmore sob a acusação de assassino, desde que a escusa de legítima defesa seria a ele negada. Se os *assailants* estavam agindo corretamente em matá-lo, então, naturalmente, ele não poderia peticionar pela escusa que estaria defendendo sua vida, então poderá um condenado, que tenha derrubado seu executor, que, legalmente, estaria tentando colocar o laço em seu pescoço, alegá-la.

Por estas considerações faz-se impossível para que possa aceitar a primeira parte do argumento do meu colega. Também não posso aceitar sua noção de que essas pessoas estariam sob o código natural, com o qual este Tribunal estaria obrigado a aplicar para eles, nem posso aceitar as regras odiosas e perversas que ele estaria lendo em tal código. Chego, agora, na segunda parte da opinião do meu colega, na qual ele pretende demonstrar que os réus não violaram as disposições do N.C.S.A. (n.s.) § 12-A. Aqui, o caminho, ao invés de se tornar claro, torna-se para mim nublado e ambíguo, porque meu colega parece desatento às dificuldades inerentes de suas demonstrações.

A essência de seu argumento poderia ser colocada nos seguintes termos: Nenhum estatuto, indiferente da linguagem, deverá ser aplicado de maneira que esteja em contradição à sua proposta. Uma das propostas de qualquer estatuto penal é o de dissuadir. A aplicação do estatuto tornando crime um ato de matar outrem, na peculiaridade dos fatos deste caso estaria em contradição com esta proposta, pois é impossível acreditar que o conteúdo do código penal poderia operar de maneira dissuasiva em pessoas com alternativa de escolher a vida ou a morte. O racional pelo qual uma exceção poderá ser lida no estatuto é, na posição de meu colega, a mesma na qual é aplicada para oferecer uma desculpa para a legítima defesa.

Na verdade, observando-se as circunstâncias, a sua demonstração parece muito convincente. O racional da interpretação do meu amigo para a legítima defesa é, de fato, suportada por este tribunal, em *Commonwealth v. Parry*, um precedente que se encontra na minha pesquisa para este caso. Mesmo que, *Commonwealth v. Parry* parece, em sua generalidade, ter sido negligenciado no texto das decisões subseqüentes, ele suporta, ambigüamente, a interpretação que meu colega deu sobre a escusa da legítima defesa.

Agora, deixe-me listar, rapidamente, porém, as perplexidades que me assaltam, quando examino mais detidamente a demonstração de meu colega. É verdade que o estatuto deverá ser aplicado sob a ótica de sua proposta, e que uma das propostas da legislação criminal é, reconhecidamente, para ser um impedimento. A dificuldade é que outras propostas são também atribuídas à lei criminal. Tem sido dito que um dos seus objetos é o de providenciar uma saída ordeira para o instintivo sentimento humano de demandar retribuição. *Commonwealth v. Scape*. Também tem sido dito que o objeto é a reabilitação do perpetrante. *Commonwealth v. Makeover*. Outras teorias têm sido promulgadas. Assumindo que nós devemos interpretar um estatuto sob a luz de sua proposta, o que devemos fazer quando existem várias propostas ou quando suas propostas são disputadas?

Uma dificuldade similar se apresenta pelo fato de que, a despeito, existe autoridade para a interpretação da escusa de legítima defesa de meu caro colega, existe outra autoridade que designa para que tal escusa um racional diferente. Assim, até encontrar *Commonwealth v. Parry*, eu nunca tinha ouvido a sua explanação. A doutrina lecionada em nossas escolas de direito, memorizada por gerações de estudantes de direito, discorre-se nos seguintes termos: O estatuto concernente a assassinato requer um ato pensado, premeditado. A pessoa que age para repelir uma ameaça de agressão à sua vida não age, premeditadamente, mas em resposta a um impulso profundamente inerente à natureza humana. Suspeito que dificilmente acharemos advogados neste *Commonwealth* que não estejam familiarizados com essa linha de raciocínio, especialmente por que o ponto é um grande favorito dos examinadores do exame da ordem.

Agora, a explicação familiar para a escusa para legítima defesa não poderá, obviamente, ser aplicada, por analogia, aos fatos deste caso. Essas pessoas não somente agiram premeditadamente, mas com grande deliberação e após horas de discussão do que eles deveriam fazer. Novamente encontramos uma bifurcação, com uma linha de raciocínio levando-nos em uma direção e outra em uma direção totalmente oposta. Esta perplexidade, neste caso, é composta, assim como era, para que nós possamos aceitar uma só explicação, que está incorporada em um precedente, virtualmente desconhecido deste Tribunal contra outra explanação, que forma parte da tradição legal, ensinada nas nossas escolas de direito, mas que, até onde tenho conhecimento, nunca foi adotada em qualquer decisão judicial.

Reconheço a relevância dos precedentes citados pelo meu colega no tocante ao “não” esquecido e do léu que ficou estacionado por mais tempo que o permitido, mas o que temos nós a ver com um caso jurisprudencial de tal relevância, um verdadeiro marco do direito, o qual, outra vez, meu colega passa em silêncio? Isto é o caso *Commonwealth v.*

Valjean. A despeito do fato do caso estar obscuramente reportado, parece que o réu foi indiciado por roubo de um filão de pão, e ofereceu defesa que estaria em condição famélica. Se fome não pode justificar roubo de comida, como podemos justificar matar e consumir²⁰ uma pessoa. Novamente, se nós olharmos a questão em termos de dissuasão, é provável que uma pessoa poderá passar fome até a morte para evitar ser sentenciado por roubo de um filão de pão? As demonstrações de meu colega nos compelem a desconsiderar *Commonweath v. Valjean*, e muitos outros precedentes que foram construídos sobre aquele caso.

Novamente, tenho dificuldade em dizer que nenhum efeito de dissuasão poderá ser atribuído a uma decisão que estas pessoas são culpadas de assassinato. O estigma da palavra assassino é tal que é bem provável, acredito, que se estas pessoas soubessem que seu ato seria considerado pela lei como assassinato, eles teriam esperado por alguns dias, pelo menos, antes de executar o seu plano. Durante esse tempo alguma ajuda inesperada poderia chegar. Compreendo que essa observação somente reduz a distinção da questão em certo grau, e não a desautoriza totalmente. Com certeza, é verdadeiro que o elemento de dissuasão seria menor neste caso que o normalmente aplicado pela lei penal.

Ainda há uma outra dificuldade na proposta de meu colega Foster de ler uma exceção no estatuto favorecendo este caso, porém, novamente, uma dificuldade que não foi anunciada em sua decisão. Qual será o escopo dessa exceção? Neste, pessoas tiram a sorte e a vítima era, ela mesma, parte do acordo. Como nós decidiríamos, se Whetmore desde o começo tivesse se recusado a participar do plano? Seria permitido que uma maioria decidisse sobre a sua posição? Ou, ainda, suponha que nenhum plano tenha sido adotado, e que os outros, simplesmente, conspiraram para causar a morte de Whetmore, justificando seus atos dizendo que ele estava em condições físicas mais fracas. Ou, novamente, que o plano para a seleção foi seguido, mas baseado em uma justificação diferente da adotada aqui, como se, sendo os outros ateus, insistiram que Whetmore morresse porque ele era o único que acreditava na vida depois da morte. Estas ilustrações podem ser multiplicadas, mas o suficiente foi sugerido para revelar que uma situação pantanosa de inúmeras dificuldades escondidas estão contidas no arrazoado de meu colega.

Naturalmente, concluo sobre reflexão que, talvez, possa estar me preocupando com um problema que jamais acontecerá de novo, pois é pouco provável que algum grupo de pessoas, novamente, será obrigado a cometer tal ato horroroso, que é o objeto aqui proposto. Ainda seguindo mais tal reflexão, mesmo se nós estivéssemos certos que nenhum caso similar

²⁰ ... killing and eating ...

fosse acontecer novamente, as ilustrações que demonstrei não denotam a falta de princípios coerentes e racionais na decisão que meu colega propõe? Não deveria a solidez dos princípios ser testada pelas conclusões que impõe, sem referência aos acidentes da história processual posterior? Ainda, se a afirmação anterior procede porque nós, deste Tribunal, com tanta frequência, discutimos a questão se poderíamos ter outra oportunidade para aplicar os princípios necessários para a solução do caso que nos apresenta? É este o caso onde a linha de raciocínio não é, originalmente, própria, tornou-se um precedente, então nós estamos aptos a aplicá-la e poderíamos estar sob a obrigação de fazê-lo?

Por mais que examino este caso e penso sobre ele, mais profundamente me envolvo. Minha mente se torna emaranhada na armadilha das redes que eu mesmo lanço para o meu resgate. Acho que quase todas as considerações que pesam na decisão do caso é contrabalançada por uma consideração oposta apontando para uma direção contrária. Meu colega Foster não me forneceu, nem posso descobrir sozinho, qualquer fórmula capaz de resolver os equívocos que me acoçam por todos os lados.

Tenho dado a este caso os melhores pensamentos que sou capaz. Tenho dormido pouco desde que este caso foi argüido perante nós. Quando me sinto inclinado a aceitar o ponto de vista do meu colega Foster, sou repellido por um sentimento que os seus argumentos são, intelectualmente, sem base e se aproximam somente de mera racionalização. Por outro lado, quando estou inclinado a manter a condenação, sou atingido pelo absurdo de mandar estas pessoas para as suas mortes, quando as suas vidas foram salvas pelo custo de dez heróicos trabalhadores. É, com muito pesar, que sinto a decisão do Promotor de Justiça de pugnar pelo indiciamento por assassinato. Se nós tivéssemos uma provisão nos nossos estatutos tornando crime consumir carne humana, poderia ter sido mais apropriada para ser imputada. Se nenhuma outra imputação é cabível para os fatos neste caso, que poderia ser apresentada contra os réus, seria melhor, acho eu, não tê-los indiciado, inicialmente. Infelizmente, porém, as pessoas foram indiciadas e julgadas, e nós, por conseqüência, fomos trazidos à esta situação desafortunada.

Assim, como estou absolutamente incapaz de resolver as dúvidas que me assaltam sobre a lei a ser aplicada neste caso, lamento anunciar um passo que é, acredito, inédito na história deste tribunal, declarando a minha incapacidade de proferir uma decisão sobre este caso.

Keen, J. (Ministro): Gostaria de começar por estabelecer, por um lado, duas questões que não estavam antes perante este Tribunal.

A primeira delas é se clemência pelo poder executivo poderia ser estendida a esses réus se a condenação for confirmada. Sob o nosso sistema de governo, que é questão para o Chefe do Executivo, como ele deveria agir, neste caso, sugerindo que alguma impropriedade existiria, se tais instruções não forem cautelosas. Esta é uma confusão de funções governamentais - uma confusão pela qual o judiciário é o menos culpado. Gostaria de afirmar que se fosse o Chefe do Executivo, iria além, no sentido da direção da clemência, do que as petições endereçadas a ele. Perdoaria todas essas pessoas conjuntamente, porque acredito que elas já sofreram o bastante para pagar por qualquer ofensa que possam ter cometido. Gostaria, também, que essa afirmação fosse entendida como feita na minha capacidade de cidadão, que por acidente de seu ofício, tornou-se familiarizado, intimamente, com os fatos deste caso. No cumprimento das minhas funções como juiz, nunca seria minha função endereçar instruções para o Chefe do Executivo, nem tomar em consideração o que ele poderá ou não fazer, para chegar a minha conclusão, que deverá ser controlada, unicamente, pela lei deste Commonwealth.

A segunda questão que gostaria de colocar é a de que decidindo se os atos dessas pessoas foram “certos” ou “errados”, “iníquos” ou “bons”. Também é uma questão irrelevante para o cumprimento do meu ofício como juiz, que fez juramento para aplicar, não os meus conceitos de moralidade, mas a lei do país. Em se colocando essa questão de uma só maneira, penso que posso, também, seguramente rejeitar, sem comentários, a primeira e mais poética porção da opinião do meu colega Foster. O elemento fantasioso contido no desenvolvimento de sua argumentação foi, suficientemente, revelado pelo meu colega Tatting, que de alguma forma tentou solenemente tomar tais argumentos seriamente.

A única questão que nos apresenta para decisão é a de se estes réus cometeram, dentro do sentido do N.C.S.A. (n.s.) § 12-A, premeditadamente, a morte de Roger Whetmore. A linguagem exata do estatuto é a que se segue: “Aquele que premeditadamente retirar à vida de outrem deverá ser punido com a morte”. Agora, eu poderia supor que qualquer observador inocente, imbuído de extrair o sentido natural dessas palavras, poderia conceder, pelo menos, que estes réus realmente “tiraram premeditadamente a vida” de Roger Whetmore.

Muito embora todas as dificuldades deste caso, então, qual é a necessidade de tantas páginas para a discussão sobre o que deveria ser tão óbvio? As dificuldades, sejam quais forem as formas tortuosas em que se possam apresentar, apontam todas para uma simples fonte, que é a falha de distinguir os aspectos legais dos morais, neste caso. Colocando-se, claramente, meus colegas não gostam do fato que a lei escrita requer a convicção destes réus. Tampouco eu, mas ao contrário dos meus colegas, respeito as obrigações deste ofício que

requer que coloque minhas predileções pessoais de lado quando é chegado o momento de se aplicar a lei deste Commonwealth.

Agora, naturalmente, meu colega Foster não admite que ele esteja agindo por força de sua não apreciação da lei escrita. Ao contrário, ele desenvolve uma linha familiar de argumentação, estabelecendo que o tribunal deveria desconsiderar a lei expressa do estatuto, quando alguma coisa, não contida no próprio estatuto, chamada de proposta, poderia ser considerada para justificar o resultado que este mesmo tribunal não considera próprio. Porque isto é uma velha questão entre meu colega e eu, gostaria antes de discutir a particular aplicação do argumento aos fatos deste caso, de fazer algumas considerações sobre a história desta questão e suas implicações genéricas para a lei e para o governo.

Existiu um período neste Commonwealth quando os juízes realmente legislavam livremente, e todos nós sabemos que durante aquele período alguns de nossos estatutos eram integralmente feitos pelo judiciário. Era esse o tempo em que princípios aceitos de ciência política não eram designados em nenhuma ordem hierárquica ou função nos vários braços do estado. Nós sabemos da trágica questão de uma incerteza de uma curta guerra civil que levantou os conflitos entre o judiciário de um lado e o executivo e legislativo de outro. Não há a necessidade de se lembrar aqui os fatores que contribuíram para que uma singular luta pelo poder, mesmo quando incluímos o caráter não representativo da Câmara, resultante de uma divisão do país em distritos eleitorais, que não mais estão de acordo com a atual distribuição da população, e a personalidade forte e sua grande popularidade que sucedia o então Presidente do Tribunal. É o suficiente de se observar que aqueles dias já passaram e que no lugar da incerteza que então reinava, nós temos princípios claros que estão na supremacia do ramo legislativo do nosso governo. Desses princípios flui a obrigação do judiciário de se fazer cumprir lealmente a lei escrita, e de interpretar-se a lei de acordo com o seu significado mais simples, sem qualquer referência aos nossos desejos pessoais ou concepções individuais de justiça. Não estou preocupado com a questão de se o princípio que proíbe a revisão judicial dos estatutos está certo ou errado, que é aceitável ou não; observo, simplesmente, que esse princípio tomou-se uma tácita premissa sob toda a ordem judicial e governamental que jurei administrar.

Ainda que o princípio da supremacia da legislatura tenha sido aceito por séculos, em teoria, tal é a tenacidade da tradição profissional e a força do hábito de pensamento que muitos do judiciário ainda não se acomodaram ao papel restrito que a nova ordem impõe. Meu colega Foster é um dos que pertence a este grupo; sua forma de lidar com os estatutos é exatamente a de um juiz vivendo nos anos 3900's.

Todos nós estamos familiarizados com o processo pelo qual a reforma judicial de leis desfavoráveis promulgadas pelo legislativo é feito. Qualquer um que tenha visto as decisões do Ministro Foster terá a oportunidade de ver seu funcionamento em cada ramo do direito. Pessoalmente, estou familiarizado com o processo que na possibilidade da incapacidade de meu colega, tenho certeza que poderia escrever uma opinião satisfatória para ele, porém, sem qualquer indução, além de ter sido informado se ele gostou dos efeitos dos termos do estatuto como foi aplicado no caso apresentado.

O processo de reforma judicial requer três estágios. O primeiro deles é o de se adivinhar alguma “proposta” simples, a qual o estatuto serve. Isto é feito, porém, considerando-se que nem um estatuto em cem tem uma única proposta, e a despeito dos objetivos de quase todo estatuto serem, diferentemente, interpretados por uma vasta gama de patronos. O segundo estágio é o de se descobrir que um místico chamado de “o legislador”, em perseguição de sua imaginária “proposta”, tenha negligenciado algo, ou deixou alguma lacuna ou imperfeição em seu trabalho. Então, vem, a final e mais refrescante parte do trabalho, que é, naturalmente, preencher os espaços do estatuto criado. *Quod erat faciendum*.

A propensão do meu colega Foster em achar buracos nos estatutos recorda-me de uma história de um autor antigo sobre um homem que amarrava os cordões dos seus sapatos. Perguntado como ele preferia, respondeu que a parte que ele mais gostava era a dos buracos. Esta é a forma que meu colega se sente com relação aos estatutos; quanto mais buracos existirem, mais ele os apreciará. Ou seja, ele não gosta de estatutos.

Ninguém poderia desejar um caso melhor para ilustrar a natureza especial de preencher as lacunas, do que este que se apresenta. Meu colega pensa que ele sabe, exatamente, o que se pretendia quando assassinato se tornou crime, e que existe algo chamado “dissuasão”. Meu colega Tatting tem também demonstrado quão tem se passado sobre essa interpretação. Mas, penso que o problema vai ainda mais fundo. Duvido muito se o nosso estatuto, tornando assassinato em crime, realmente tem uma “proposta”, no significado ordinário do termo. Principalmente, tal estatuto reflete um sentimento profundo da convicção humana que assassinato é errado e que alguma coisa deveria ser feita à pessoa que o cometesse. Se fossemos forçados a ser mais articulados sobre a matéria, provavelmente nos refugiaríamos em teorias mais sofisticadas dos criminologistas, que naturalmente não estariam, certamente, nas mentes daqueles que escreveram os estatutos. Nós devemos observar também que as pessoas farão seu trabalho melhor, e viverão mais felizes se estiverem protegidas contra a ameaça de serem assaltadas violentamente. Levando isso em consideração, que as vítimas de assassinatos são, geralmente, pessoas desagradáveis, nós

deveríamos adicionar algumas sugestões que a questão de se livrar de pessoas desagradáveis não é função cabível para a iniciativa privada, mas que deve ser monopólio do estado. Tudo isso me recorda de um advogado que uma vez, apresentando sua sustentação perante este Tribunal, colocou que um estatuto licenciando médicos era positivo porque levaria a diminuição das taxas de seguro, pois isto melhoraria o nível da saúde em geral. É verdade que existe tal coisa como explicando, redundantemente, o óbvio.

Se nós não sabemos a proposta do § 12-A, como poderíamos dizer que existe uma “lacuna”? Como poderemos saber os pensamentos das pessoas que elaboraram o estatuto sobre a questão de matarem-se pessoas com o intuito de consumi-las? Meu colega Tattng tem revelado uma compreensível, porém um pouco exagerada, repulsão ao canibalismo. Como nós saberemos esse nosso remoto ancestral não sentia a mesma repulsão, ou mesmo em um grau superior? Antropólogos afirmam que o temor sentido a um ato proibido poderia ser aumentado pelo fato aliado às condições da vida da tribo, e das tentações especiais, ou seja, o incesto era severamente condenado dentre aqueles da tribo onde tais relações poderiam ocorrer. Certamente, o período seguinte à Grande Espiral (evolucionária)²¹ foi um que, implicitamente, tinha suas tentações à antropofagia. Talvez tenha sido por esta razão que nossos ancestrais expressaram sua proibição em tal forma larga e desqualificada. Naturalmente, tudo isto é mera conjectura, mas continua abundantemente claro que nem eu nem meu colega Foster sabemos qual era a “proposta” do parágrafo 12-A.

Considerações similares a estas que descrevi, também, são aplicáveis à exceção em favor da legítima defesa, que faz um grande papel no arrazoado dos meus colegas Foster e Tattng. É verdade que no caso *Commonwealth v. Parry* um *obiter dictum*²² justificava tal exceção, assumindo-se que a proposta da legislação criminal era a de deter. Também isto poderá ser verdade que gerações de estudantes de direito têm sido ensinados que a verdadeira explanação da exceção está no fato de que uma pessoa que age em legítima defesa não age “premeditadamente”, e que os mesmos estudantes têm passado seus exames da ordem repetindo o que seus professores lhes ensinaram. Estas últimas observações poderiam desconsiderar, naturalmente, como irrelevantes pela simples razão de que professores e examinadores da ordem ainda não estão comissionados a elaborar nossas leis. Mas novamente o problema real é uma questão mais profunda. Não tanto como se tratar com o estatuto, mas

²¹ Termo entre parênteses adicionado pelo tradutor.

²² (Nota do tradutor) Palavras ou opiniões inteiramente desnecessárias para a decisão do caso. Um comentário feito ou opinião expressada por um juiz, na sua decisão sobre um caso, que é incidentalmente, ou colateral, e não diretamente sobre a questão presente a ser decidida, ou um ponto não necessariamente envolvido na determinação da causa, simplesmente introduzido por força de uma ilustração. Definição surgida no caso *Noel v. Olds*, 78 U.S. App. D.C. 155, 138 F.2d 581, 586.

como tratar-se a exceção em favor da legítima defesa, simplesmente, como tem sido aplicada por este Tribunal: ou seja, é aplicada para casos de resistência a uma ameaça agressiva à vida da pessoa. Assim sendo, é bem claro que o argumento da legítima defesa não se encaixa dentro do escopo da exceção, desde que é sabido que Whetmore não fez nenhuma ameaça contra as vidas dos réus.

A tentativa esfarrapada do meu colega Foster de tentar esconder sua reedição da lei escrita com um ar de legitimidade, essencialmente vem tragicamente à tona na decisão de meu outro colega Tatting. Em sua opinião, o Ministro Tatting luta corajosamente para combater a perda dos moralismos de seu colega e o seu próprio senso de fidelidade à lei escrita. Essa questão referente ao seu embate poderia ser somente a que ocorreu, a completa falta de ação da função judicial. Não se pode simplesmente aplicar um estatuto como ele está escrito e refazê-la para que supra a sua própria vontade ao mesmo tempo.

Agora sei que a linha de raciocínio que desenvolvi nesta decisão não será aceita por aqueles que olham somente para os efeitos imediatos da decisão e ignoram as implicações de longo prazo para o judiciário, das assumidas funções de ministrar a justiça. Uma decisão difícil nunca será uma decisão popular. Juízes têm sido celebrados na literatura por sua artilosa coragem em armar algum sofisma, no qual um litigante poderia ter seus direitos retirados, quando o público pensou que seria errado para tal réu usufruir de tais direitos. Mas acredito que a administração da justiça cria mais dano a longo prazo do que decisões difíceis. Casos graves podem, mesmo, ter um certo valor moral, lembrando as pessoas de suas responsabilidades com a lei, que finalmente é sua própria criação, e deixando claro a eles que não existe nenhum princípio de indulto pessoal que possa liberá-las dos erros de seus representantes.

Na verdade, gostaria de ir mais longe e dizer que não são somente os princípios que tenho explanado, aqueles mais sólidos para a nossa presente condição, mas que nós herdaríamos um sistema legal melhor se nossos antepassados tivessem observado esses princípios desde o começo. Por exemplo, com respeito à escusa da legítima defesa, se nossos tribunais tivessem se mantido firmes quanto a linguagem do estatuto, o resultado seria, indubitavelmente, a sua revisão legislativa. Tal revisão poderia ser desenhada com a assistência de filósofos e psicólogos naturais e o regulamento, resultante da matéria, poderia ter sido uma base racional e compreensível, ao invés desta confusão de termos e distinções metafísicas que emergiram do tratamento acadêmico e judicial.

Isto conclui meus comentários, que são, naturalmente, além das minhas funções, nas quais devo ministrar com relação a este caso, mas incluo-os aqui porque sinto

profundamente que meus colegas não estão, suficientemente, a par dos perigos implícitos nas concepções do ofício judicial advogados pelo meu colega Foster.

Eu concluo que a condenação deverá ser confirmada.

Handy, J. (Ministro): Tenho ouvido com espanto os raciocínios atormentadores que este simples caso tem levantado. Nunca deixo de me surpreender com a habilidade dos meus colegas de atirar uma cortina obscurescente de legalismos em todas as questões apresentadas para a sua decisão. Nós temos ouvido, esta tarde, disquisições aprendidas na distinção entre o direito positivo e o direito natural, a linguagem do estatuto e a proposta do estatuto, as funções do judiciário e as funções do executivo, legislar-se através do judiciário e legislar-se pelo legislativo. Meu único desapontamento foi que, de alguma forma, alguém não levantou a questão da natureza legal da barganha que se entabulou na caverna - se foi unilateral ou bilateral, e se as ações de Whetmore não poderiam ter sido consideradas como revogatórias da oferta antes da ação ter sido tomada.

O que todas essas circunstâncias têm haver com o caso? O problema que se apresenta para nós é o que, nós oficiais do governo, devemos fazer com estes réus. Essa é uma questão de bom senso a ser exercitada no contexto, não em alguma teoria abstrata, mas para realidades humanas. Quando o caso é abordado sob esta luz torna-se, penso eu, um dos casos mais simples para decidir dos que foram apresentados para este Tribunal.

Antes de colocar minhas conclusões sobre os méritos deste caso, gostaria de discutir brevemente algumas das questões mais fundamentais envolvidas, questões estas que meus colegas e eu dividimos desde que assumi minha posição no judiciário.

Nunca consegui convencer meus colegas de que o governo é uma questão de tratar com pessoas e sua humanidade, e que as pessoas são governadas, não por palavras no papel ou teorias abstratas, mas por outras pessoas. Eles são governados bem quando os governantes entendem os sentimentos e concepções das massas. Eles são mal governados quando este entendimento não está presente.

De todos os ramos do governo, o judiciário é o mais propenso a perder o contato com o homem comum. As razões para isso são, naturalmente, bastante óbvias. Onde as massas reagem a uma situação em termos de poucas saliências visíveis, nós pegamos cada um dos pequenos pedaços da situação apresentada. Advogados são contratados por ambos os lados para analisar e dissecar tais fatos. Juízes e advogados competem entre eles para ver quem descobre o maior número de dificuldades e distinções em um único fato. Cada lado tenta achar casos, reais ou imaginários, que poderiam complicar as explicações do outro lado. Para escapar de tal constrangimento, ainda mais distinções são inventadas e importadas para a

situação sendo apreciada. Quando um conjunto de fatos foi sujeito a esse tipo de tratamento por um tempo razoável, toda a vida e vitalidade perdeu-se, e nós terminamos por ter como resultado somente pó.

Agora chego à conclusão que não importa quantas regras ou princípios abstratos existam, advogados sempre estarão em condições de fazer distinções. Algumas, de tal forma, acredito que sejam o mal necessário, que vêm ligado a qualquer forma de regulamentação dos negócios humanos. Penso, também, que a área na qual a regulamentação se assenta tem sido amplamente superestimada. Existem, naturalmente, algumas regras fundamentais que devem ser aceitas, se o jogo deve continuar. Incluo, dentre elas, aquelas que regulam a condução das eleições, a indicação de servidores públicos e o termo durante o qual tal mandato é exercido. Sendo essencial que haja certa discricção e comedimento, quanto à aderência, à forma, bem como escrúpulo para decidir o que cai ou não dentro de tais regras. Porém, a área básica de princípios deveria ser expandida para incluir algumas outras regras, como aquelas desenhadas para preservar o sistema de liberdade civil.

Porém, fora desses campos, acredito que todos os servidores governamentais, incluindo os juízes, deverão fazer o melhor possível para que eles tratem as formas e os conceitos abstratos como instrumentos. Deveríamos tomar como modelo, penso eu, o bom administrador, que acomoda os procedimentos e princípios do caso em questão, selecionando as regras e casos existentes, aqueles mais apropriados a chegar a um resultado satisfatório.

A mais óbvia vantagem desse método de governo é o que nos permite conduzir nossos negócios diários com eficiência e bom senso. Minha aderência a essa filosofia tem, todavia, raízes profundas. Acredito que somente aprendendo esta filosofia, que ela nos dará o que precisamos para preservar a flexibilidade essencial, se pretendemos manter as nossas ações, razoavelmente, de acordo com os sentimentos daqueles sujeitos ao nosso governo. Vários governos foram destroçados e muita miséria foi causada, mais por falta desse acordo o governante e governado do que por qualquer outro fator que possa ser discernido durante a história da humanidade. Uma vez estabelecido uma segura separação entre as massas e aqueles que dirigem os aspectos legais, políticos e econômicos de suas vidas, e nossa sociedade estará arruinada. Assim, nem a lei natural de Foster nem a fidelidade de Keen à lei escrita nos darão qualquer coisa.

Agora, quando essas concepções são aplicadas para este caso, sua decisão se torna, como já disse, muito simples. Para demonstrar isso gostaria de introduzir certas questões materiais que meus colegas, com seu decoro, decidiram passá-las, em silêncio, mesmo estando tão alertados como eu.

A primeira delas é a de que este caso causou enorme interesse público, tanto aqui como no estrangeiro. Praticamente todos os jornais e revistas têm impresso artigos sobre o fato. Colunistas têm dividido com os seus leitores informações confidenciais de qual seriam os próximos passos do governo, centenas de cartas ao editor têm sido impressas. Uma das grandes redes de jornais fez uma pesquisa de opinião que perguntava:

“O que você pensa que a Suprema Corte deveria fazer com os espeleólogos?”. Mais ou menos 90% expressaram sua opinião de que os réus deveriam ser perdoados ou liberados com uma punição simbólica. Está perfeitamente claro como o público se sente sobre este caso. Nós poderíamos saber sem esta pesquisa de opinião, naturalmente, somente baseados no senso comum, ou mesmo, em observando este Tribunal que está, aparentemente, quatro juízes e meio, ou seja, noventa por cento a favor da opinião pública.

Torna-se óbvio não somente o que deveríamos fazer, mas o que devemos fazer se pretendemos preservar entre a opinião pública e esta Corte um razoável e decente acordo. Ou seja, declarar essas pessoas inocentes não envolverá, necessariamente, qualquer sofisma ou truque indigno. Nenhum princípio de hermenêutica das leis é necessário para que não seja consistente com as práticas jurisdicionais deste Tribunal. Certamente, nenhum leigo pensaria que, deixando estas pessoas livres, nós estaríamos esticando o estatuto mais do que nossos antepassados fizeram quando criaram a legítima defesa. Se, porém, uma demonstração de um método para reconciliar nossa decisão com os estatutos for necessária, eu me contentaria em repousar meus argumentos nos argumentos desenvolvidos na segunda e menos visionária parte da opinião do meu colega Foster.

Agora, sei que os meus colegas ficarão horrorizados com a minha sugestão de que este Tribunal deveria considerar a opinião pública. Eles nos dirão que a opinião pública é emocional e caprichosa, que é baseada em falsas verdades e ouvem testemunhas que não foram acareadas. Eles nos dirão que a lei que cerca o julgamento de um caso como este pressupõe salvaguardas, desenhadas para garantir que a verdade será conhecida e que toda consideração racional aplicável às questões deste caso foram tomadas em consideração. Eles nos alertarão que estas salvaguardas tornar-se-ão sem valor se a opinião das massas, formada fora deste arcabouço, influenciarem a nossa decisão.

Mas vamos, honestamente, olhar as realidades da administração da lei penal. Quando uma pessoa é acusada de um crime, existem, genericamente, quatro caminhos nos quais ele poderá fugir da sua punição. Um deles é a determinação por um juiz que, sob a lei aplicável, ele não cometeu crime algum. Isto, naturalmente, é uma determinação que é tomada em uma atmosfera formal e abstrata. Mas vamos considerar os outros três caminhos pelos

quais tal pessoa se livrará da punição. Que são: (1) a decisão do Promotor de Justiça de não pedir sua condenação; (2) uma absolvição pelo júri; (3) perdão ou comutação da pena pelo executivo. Poderá alguém pretender que estas decisões sejam tomadas dentro de um arcabouço de regras rígidas e formais que previnam o erro, excluam fatores emocionais e pessoais, e garantam que todas as formas da lei serão observadas?

Em um caso apresentado ao júri, nós devemos, para ter certeza, tentar enquadrar as suas deliberações dentro da área do legalmente relevante, mas não há nenhuma necessidade de nos enganarmos, tentando acreditar que isto seja uma tentativa realmente possível. No curso normal dos eventos, o caso agora apresentado teria ido, com todas as suas questões, diretamente para o júri. Tendo isto ocorrido, nós poderíamos estar certos de que uma absolvição ou, pelo menos, uma divisão que preveniria uma condenação. Se o júri foi instruído para que o enforcamento deles e o acordo feito entre eles não poderia ser considerado como defesa para este caso de assassinato, o seu veredicto, provavelmente, ignoraria tal instrução e envolveria um certo grau de forçar a lei mais do que nós gostaríamos. Naturalmente, a única razão por que isto não ocorreu, neste caso, foi o de uma circunstância fortuita de que o representante do júri era um advogado. Sua educação o habilitou a uma forma especial de usar as palavras, que permitiu ao júri evitar as suas usuais responsabilidades.

Meu colega Tating expressou seu desgosto pelo Promotor de Justiça, que decidiu o caso por ele, com efeito, ao pedir o indiciamento. Estrito como ele é em seguir os reclamos da teoria legal, ele está bem contente em ter a sorte destas pessoas decidida fora do tribunal, pelo Promotor de Justiça, com base no bom senso. O Presidente do Tribunal, por outro lado, quer que a aplicação do bom senso seja adiada para o último momento, porém, como Tating, ele não quer ter nenhuma participação nisso.

Isto me traz à conclusão de porção de meus comentários, que tem relação com a clemência do executivo. Antes de discutir o tópico diretamente, gostaria de fazer uma observação relacionada com a pesquisa de opinião pública. Como mencionei, noventa por cento das pessoas desejam que a Suprema Corte deixe essas pessoas irem, ou os puna com uma simples reprimenda nominal. Os dez por cento restantes constituem-se em um grupo muito estranho, com as mais curiosas e divergentes opiniões. Um dos nossos especialistas universitários tem feito um estudo desse grupo e achou que seus membros caem em certos padrões. Uma porção substancial desse grupo são assinantes de pasquins “rabugentos”, de circulação limitada, que dão a seus leitores uma versão distorcida dos fatos deste caso. Alguns pensam que “espeleólogo” significa “canibal” e que “antropofagia” é um dos mandamentos

da Sociedade. Mas o ponto que pretendo fazer, porém, é este: muito embora quase toda variedade concebível ou sombra de opinião está representada nesse grupo, ou seja, não existia, pelo que me foi dito, nenhum deles, nem um simples membro da maioria dos noventa por cento, que disse, “eu acho que seria boa coisa se as sentenças dessas pessoas fossem enforcamento e que outro braço do governo viesse e os perdoasse”. E, ainda, essa foi a solução que tem, mais ou menos, dominado as nossas discussões, e que o nosso Presidente propõe como sendo o caminho pelo qual, nós podemos evitar que se cometa uma injustiça e ao mesmo tempo preservar o respeito pela lei. Ele pode me assegurar que se ele está preservando a moral de alguém, é a sua própria, e não a do público, que não sabe nada sobre as suas distinções. Menciono esta questão porque pretendo enfatizar mais uma vez que o perigo a que nós podemos estar expostos é o de perder os padrões do nosso raciocínio e esquecer que esses padrões normalmente não lançam nenhuma dúvida sobre o mundo externo.

Chego agora ao fato mais crucial deste caso, um fato conhecido por todos nós neste Tribunal, porém, um que meus colegas têm achado apropriado manter coberto sob os mantos do judiciário. Isto é uma possibilidade preocupante, pois se a questão fosse deixada para ele, o Chefe do Executivo recusaria o perdão dessas pessoas e não comutaria suas sentenças. Como todos nós sabemos, nosso Chefe do Executivo é um homem de certa idade, com noções muito arraigadas. O clamor público, normalmente, provoca um efeito reverso do esperado. Como disse aos meus colegas, acontece que a minha sobrinha é amiga Íntima de sua secretária. Tive conhecimento indireto, mas acredito, que seguramente, ele está firmemente determinado a não comutar a sentença, se estas pessoas foram consideradas como violadoras da lei vigente.

Ninguém se arrepende mais do que eu da necessidade de se acreditar que tão importante informação possa ser caracterizada como fofoca. Se o meu jeito fosse possível, isto não aconteceria, pois eu adotaria um curso sensível de conferenciar com o Chefe do Executivo, para revisar o caso com ele, descobrindo-se quais seriam as suas opiniões, e talvez chegando com ele a um programa comum para resolver a questão. Mas, naturalmente, meus colegas nunca ouviram falar de tal coisa.

Os seus escrúpulos sobre adquirir informações acuradas, diretamente, não os previnem de ficar muito perturbados sobre o que eles obtiveram indiretamente. Sua familiaridade com os fatos, já relatei, explicando que o Presidente do Tribunal é, ordinariamente, o modelo de *decorum*, que se ajuste à sua opinião de esbofetear com sua toga a face do executivo e ameaçá-lo com a excomunhão, se ele falhar em comutar a sentença. Isto explica, suspeito, a elaborada sessão de levitação do meu colega Foster, pela qual toda a

biblioteca de livros de direito foi tirada dos ombros desses réus. Isto explica, também, porque mesmo o meu colega legalista Keen emulou o Pooh-Bah na comédia antiga ao pular para o outro lado do palco para endereçar comentários ao Executivo “em sua capacidade como simples cidadão.” (Poderia fazer comentários, incidentalmente, que os conselhos do cidadão Keen aparecerão nos relatórios deste tribunal, que serão impressos com o dinheiro do contribuinte.)

Devo confessar que ao envelhecer tornei-me mais e mais perplexo à recusa das pessoas de aplicar o seu bom senso a problemas do direito e do governo, sendo que este caso muito trágico tem aprofundado o meu desencorajamento e apreensão. Gostaria somente de convencer meus colegas da sabedoria de tais princípios e de aplicá-los ao ofício do judiciário, desde que o assumi. Aliás, devido a um certo círculo vicioso, encontrei questões como aquelas envolvidas neste mesmo caso, no primeiro caso que decidi como juiz do Tribunal Geral de Apelações do Condado de Fanleigh.

Uma seita religiosa tinha um sacerdote perdido que, eles afirmavam, tinha se entregado às crenças e práticas de uma seita rival. O sacerdote circulava um panfleto fazendo acusações contra as autoridades da seita, que o haviam expulso. Certos membros leigos da igreja anunciaram em um encontro público as razões e explicaram a posição da igreja. O sacerdote estava presente nessa reunião, alguns disseram que ele entrou sorrateiramente com um disfarce e passou despercebido, porém, em seu testemunho, afirmou que havia entrado, abertamente, como parte do público. De qualquer forma, quando os discursos começaram, ele os interrompeu com certas questões sobre os *affairs* da igreja e fez afirmações em defesa de seus pontos de vista. Ele foi atacado por membros da audiência e lhe deram uma considerável surra de socos, recebendo, entre outros ferimentos, uma mandíbula quebrada. Ele apresentou queixa por danos contra a associação que promoveu o encontro e contra dez indivíduos, que ele alegou serem seus agressores.

Quando chegamos ao julgamento, o tal caso, a princípio me parecia muito complicado. Os advogados levantaram uma série de questões legais. Existiam várias questões sobre a admissibilidade de provas, e, em conexão com a ação contra a associação, alguma dificuldade em se estabelecer se o sacerdote era licenciado ou invasor. Como iniciante na função jurisdicional, estava pronto para aplicar todo o meu conhecimento aprendido na escola de direito e comecei a estudar aquelas questões, detidamente, lendo toda a jurisprudência e preparando decisões muito bem documentadas. Estudando os casos, tornei-me mais e mais envolvido em suas intrincadas questões legais e comecei a tomar a posição do estado que o meu colega Tattling tomou neste caso. De repente, porém, despertou-me que todas essas

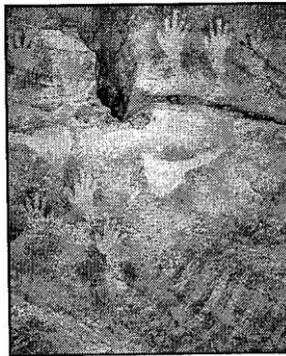
questões realmente não tinham nada a ver com o caso, e comecei a examiná-las sob a luz do bom senso. O caso, então, ganhou uma nova perspectiva, e vi que somente uma coisa seria necessária para que pudesse passar meu veredicto a favor dos réus, por falta de provas.

Fui levado a esta conclusão pelas seguintes considerações. A escaramuça na qual o reclamante foi ferido tinha sido uma questão muito confusa, com algumas pessoas tentando chegar ao centro do distúrbio, enquanto outros estavam tentando afastar-se; alguns estavam batendo no reclamante e outros tentando defendê-la. Teria levado semanas para se descobrir a verdade dos fatos. Assim, decidi que nenhuma mandíbula quebrada valeria tanto trabalho para o Commonwealth (Ademais, as feridas do sacerdote, incidentalmente, neste período tinham cicatrizado sem nenhuma seqüela para as suas funções normais). Ainda tinha a forte impressão que o reclamante, em grande extensão, havia trazido tal agressão sobre si mesmo. Ele sabia quão inflamadas estavam as paixões sobre a questão discutida na reunião e poderia achar facilmente outro fórum para expressar seus pontos de vista. Minha decisão foi largamente aprovada pela imprensa e opinião pública, ambas que não tolerariam os pontos de vista e práticas que o sacerdote expulso estava tentando defender.

Agora, trinta anos depois, graças ao ambicioso Promotor de Justiça e a um representante do júri com formação jurídica, estou me confrontando com um caso que levanta questões, que no fundo, são muito parecidas com aquele caso. O mundo não parece ter mudado muito, com exceção que dessa vez não é uma questão de um julgamento sobre cinco ou seis mil frelars, mas sobre a vida ou morte de quatro pessoas que já tinham sofrido mais tormento e humilhação que a maioria de nós seria capaz de suportar por milhares de anos. Concluo que os réus são inocentes do crime apresentado, e que a sentença de condenação deva ser anulada.

Tatting, J. (Ministro): Perguntei ao Presidente do Tribunal se, depois de ouvir as duas opiniões apresentadas, gostaria de reexaminar a minha posição prévia. Gostaria de afirmar que depois de ouvir estas opiniões, muito se fortaleceram minhas convicções que não devo participar na decisão deste caso.

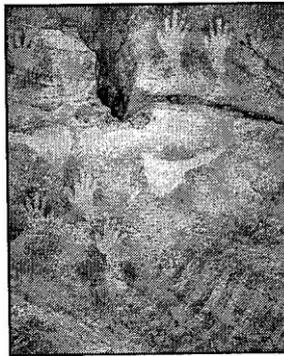
A Suprema Corte, estando igualmente dividida, a convicção e sentença do Tribunal de Apelações foi mantida. E foi ordenado que a execução da sentença deveria ocorrer às 6:00 da manhã de sexta-feira, 2 de abril de 4300, quando o Carrasco foi intimado a proceder com o enforcamento dos réus pelo pescoço até as suas mortes.



POSFÁCIO

Agora que o tribunal proferiu o julgamento, o leitor intrigado pela escolha da data poderá se satisfazer com a lembrança de que os séculos que nos separam do ano 4300 são, aproximadamente, iguais aos que se passaram desde a época de Péricles. Não há necessidade de se observar que o Caso dos Espeleólogos não é um trabalho satírico ou uma previsão do futuro na interpretação ordinária do termo. Pelos juízes, que são integrantes do tribunal do Presidente Truepenny, são todos, naturalmente, ficcionais, como os fatos e precedentes com os quais eles trabalham. O leitor que se recusar a aceitar esse ponto de vista, e que procure buscar traços com semelhanças contemporâneas, onde nunca foi pretendido ou contemplado, deveria ser avisado que está se engajando em uma folia própria, que poderá levá-lo a não perceber as modestas verdades que estão contidas nas opiniões exaradas pela Suprema Corte de Newgarth. O caso foi construído com a única proposta de trazer à baila certas filosofias divergentes sobre o direito e o governo. Estas filosofias apresentam a humanidade com questões ainda vivas sobre escolhas feitas nos dias de Platão e Aristóteles. Talvez elas continuem a existir quando a nossa era tiver uma posição final sobre elas. Se houver qualquer elemento de predição neste caso, não deve se considerar além da sugestão que as questões envolvidas estão dentre os problemas permanentes da raça humana.

APÊNDICE



Esboço de Trabalho com
Sugestões para os Professores

O projeto clássico de trabalho é a discussão do caso e a formulação dos diferentes veredictos. A proposta é o desenvolvimento da argumentação jurídica que embasa a decisão (ou decisões), com os fatos expostos no caso e os parâmetros dos precedentes legais e jurisprudenciais que o autor nos traz. Obviamente o veredicto deverá se limitar a culpado ou inocente, sob pena de se deturpar o exercício por sermos excessivamente criativos.

A idéia de se criar um júri simulado é sempre bem popular entre os alunos, mas o professor deve estar atento para que a apresentação siga os propósitos didáticos por ele delineados (introdução às diferentes correntes filosóficas da ciência do direito, discussão de cada uma, e a estruturação da argumentação jurídica).

Ambos os trabalhos acima também podem (e na minha opinião, devem) ser elaborados tendo-se por base a legislação brasileira, introduzindo o aluno na manipulação de nossos códigos de lei e nos procedimentos locais.

Algumas variações nas propostas acima poderão ser introduzidas, com o intuito de se aumentar o grau de dificuldade ou sofisticação do exercício:

- ❖ Decida o caso do ponto de vista essencialmente moral, ignorando a lei. Qual seria, então o veredicto? Caso este seja distinto daquele a que chegaram os membros da Suprema Corte de Newgarth, discuta quais alterações deveriam ser introduzidas na lei, para que esta reflita a nova decisão.
- ❖ Devido aos ataques terroristas sofridos nos Estados Unidos, em 11 de setembro de 2001, o Presidente daquele país autorizou o comando das Forças Aéreas, mesmo nos casos em que não haja tempo de se obter a permissão do Chefe do Estado, a derrubar aviões civis, ainda que latadas com passageiros, no caso dos mesmos virem a apresentar uma ameaça a alguma cidade americana e se recusarem a alterar seu curso de navegação. Imaginando-se que Presidente de Newgarth tenha tomado a mesma decisão e que o caso de uma aeronave abatida nessas circunstâncias seja levado à Suprema Corte, qual seria o veredicto, tendo-se por base o precedente jurisprudencial do Caso dos Espeleólogos?

Pode-se, ainda, criar variações nos principais fatos, no intuito de se alterar o resultados dos veredictos. Tome-se, por exemplo as seguintes variações nos acontecimentos:

- ❖ E se os homens não tivessem eleito um método aleatório (sorteio) para escolher a vítima, mas decidido matar Whetmore porque ela era o único sem família ou era o único que acreditava em reencarnação? (Esta variação foi sugerida pelo Juiz Foster)

- ❖ E se Whetmore não tivesse afirmado que o lançamento dos dados em seu nome seria considerado justo e por ele aceito?
- ❖ E se Whetmore tivesse tentado se defender, mas mesmo assim os sobreviventes tivessem conseguido matá-la? No mesmo cenário, supondo-se que Whetmore tivesse conseguido se defender e, ao fazê-la, matasse Smith, e este, por sua vez, fosse a fonte de sobrevivência para os sobreviventes, quais seriam os desdobramentos em termos do processo?

Na realidade, as sugestões acima não estão sendo propostas de forma a esgotar as possibilidades de variações do caso, mas sim como sugestões de se incrementar o exercício por meio da alteração dos principais fatores do caso: os seus fatos, a lei vigente e a corrente filosófica do direito sob a qual o processo será julgado.

O objetivo a ser perseguido é provocar a participação dos alunos, abrindo seu espírito para a análise crítica e fecunda da argumentação jurídica, propiciando com isso uma forma dinâmica de iniciá-las na Ciência do Direito.

<http://www.esnips.com/user/direito-unisulma>