

O Caso dos Exploradores de Caverna e o que se pode aprender com ele



Imaginamos que o leitor (jurista ou acadêmico de Direito) conheça ou já

tenha ao menos ouvido falar a respeito da clássica obra *O caso dos Exploradores de Caverna* (*The Case of the Speluncean Explorers*)[\[1\]](#), publicada em 1949 pelo jurista britânico Lon L. Fuller. Por vários motivos decidimos tematizar a obra na coluna deste sábado, um deles é o fato de acreditarmos na riqueza conteudística que pode ser extraída do texto, cujo reconhecimento não lhe parece ser proporcional. Sim, até os clássicos podem ser mal interpretados. Mais do que apenas ser uma forma literária de representação das complexidades do Direito, ou da variedade de interpretações que um mesmo caso pode ocasionar — pois esse é um dos maiores motivos por ela ser recordada —, a obra, através das decisões de vários ministros fictícios acerca de um caso concreto, considerado um *hard case*, resgata escolas do pensamento jurídico, diferentes conceitos sobre o que é o Direito e, principalmente, é uma grande denúncia àquilo que o Direito não deve ser.

Essa, portanto, é a real genialidade do *Caso dos Exploradores de Caverna*, digna de um escritor como Lon Fuller. Nosso ensaio para o "Diário de Classe" de hoje tentará demonstrar isso e, ao mesmo tempo, pode ser considerado uma singela homenagem ao jusfilósofo britânico, de cujas obras literárias e teóricas somos grandes admiradores. Pelo respeito à lisura e à honestidade intelectual de Fuller, apresentá-lo-emos aos leitores, na expectativa de provocar ao menos uma perspectiva diferente e mais aprofundada do texto, compatível com a trajetória acadêmica do autor.

Em resumo, o caso jurídico se passa no ano de 4.300[\[2\]](#), na localidade de Newgarth, cidade fictícia que fazia parte da *Commonwealth*, em que quatro acusados, membros de uma sociedade que explorava cavernas, foram condenados pelo homicídio de um quinto membro, chamado Roger Wethmore, no interior de uma caverna de rocha calcária. O assassinato se consumou pois, enquanto os cinco exploradores estavam vivenciando a sua aventura e explorando a caverna, ocorreu um deslizamento de terras que fechou a única entrada, impossibilitando-os de sair, de maneira a permanecerem presos sem comida e sem água por muito tempo. Os exploradores decidiram, então — por ideia de Roger Wethmore — que um deles iria servir de comida para os outros quatro, pois só assim conseguiriam sobreviver, e a escolha do membro seria feita por meio da sorte, jogando-se com os dados que um deles havia levado consigo. Wethmore, após conseguir convencer os colegas, desistiu da ideia, no entanto, os dados o escolheram e, no 23º dia em que estavam presos, foi morto pelos demais.



O primeiro a proferir seu voto foi o ministro presidente Truepenny, que condenou todos eles à sentença de morte, porque é assim que está na lei positivada. Esse seria o “único curso a ser tomado sob a lei vigente”. Aqui já podemos identificar aquilo que costumamos chamar de positivismo exegético, que pressupõe a lei positiva como sendo a única fonte de Direito. *Lex* se confunde com *jus* e é nesse sentido que o ministro direciona o seu esforço interpretativo. Por considerarmos já superado o velho positivismo exegético, nos termos “o juiz é boca da lei”, poupemos essa parte da história e pulemos logo ao que interessa.

Interessa-nos a decisão do segundo votante, o ministro Foster. Isto por estar eivada de discricionariedades. Por entender que o caso é constrangedor e trágico, Foster rende-se ao solipsismo judicial (nos termos propostos por Lenio Streck^[3]) e julga o caso conforme a sua própria convicção moral, afinal, nas palavras do ministro, “se este tribunal declarar que sob a nossa lei estas pessoas cometeram um crime, então nossa lei será condenada no tribunal do senso comum”^[4]. Fuller, genialmente, em 1949, denunciava, por meio da literatura, o juiz da voz das ruas, aquele que ignora o que o Direito tem a dizer em relação ao caso por entender que a sua resposta não corresponde às expectativas criadas pelo senso comum. Seu entendimento é que “algo mais está em julgamento neste caso”, diz o ministro, “que excede a sorte desse infortunado grupo de exploradores, que é a lei deste *Commonwealth*”. Aqui, é possível identificar o que hoje vivenciamos no contexto jurídico brasileiro: o protagonismo judicial. Poder Judiciário que, erroneamente, age como se Legislativo fosse. “O tribunal do senso comum” e o protagonismo judicial são dois fenômenos que não raramente se misturam, essa é, de fato, uma denúncia que tem sido constantemente feita, como se pode ler [aqui](#) e [aqui](#).

Ocorre que, com a pretensão de superar o positivismo do presidente, Foster acaba por tomar uma atitude também positivista, ainda que não exegética, pois separa o Direito entre o que ele *é* e o que ele *deveria ser*, a partir de seu próprio critério de moralidade. Uma vez que deixa de aplicar a lei, não por uma questão de Direito, mas por uma questão de moral, incorre em discricionariedade.

Fuller, na pretensão de demonstrar qual o funcionamento de um juiz solipsista — ainda que, à época, ele não nomeasse dessa forma —, demonstrou, por meio do voto de Foster, como o uso indiscriminado da linguagem no Direito resulta em um postura anti-hermenêutica. Explicamos: uma de suas fundamentações para deixar de aplicar a lei do estatuto foi a de que há séculos o tribunal teria fixado a exceção de legítima defesa e, por esse motivo, entendeu que ela poderia ser aplicada ao caso por meio analógico. No entanto, não explicou de que maneira essa analogia seria possível nem reconstruiu o conceito que a corte teria construído sobre a legítima defesa, ignorando, dessa forma, a tradição semântica produzida pelo Direito em relação ao instituto excepcional. As lições de Gadamer em *Verdade e Método* ajudam a compreender essa questão tão bem formulada por Fuller, pois, na proposta daquele autor, a linguagem ocupa o centro de suas concepções sobre hermenêutica metodológica, não podendo ser reduzida à manipulação de uma técnica, de um instrumento que possa ser manejado a favor do sujeito. Por isso a importância de considerar a tradição (no sentido gadameriano), pois só com ela se mantém a autonomia do Direito. No círculo hermenêutico, sempre há a pré-compreensão de algo. Veja-se, a questão que Fuller desenvolve não é em relação ao resultado de absolvição, mas a sua fundamentação. Demonstra que toda a questão gira em torno da linguagem e do mau uso dela.



Aproveitando o gancho da tradição semântica dos conceitos, é válido ressaltar que a comunidade jurídica entende Foster como sendo um jusnaturalista, pois uma de suas fundamentações foi no sentido de aplicação de leis naturais (sem especificar quais). No entanto, não é esse o nosso posicionamento, tendo em vista que a moralidade subjacente ao Direito natural não é a moralidade do próprio juiz, muito menos a da voz das ruas, é, pois, a moralidade própria do Direito natural, que deve ser respeitada por quem julga.

O personagem Foster acredita que o texto jurídico não deve ser interpretado conforme a sua literalidade, ainda que não se tenham outros elementos que assim o possibilitem. Esse diagnóstico é feito a partir do trecho que segue:

A mais estúpida empregada doméstica sabe que, quando lhe é dito “descascar a sopa e esfolar as batatas”, sua patroa não quer 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 água. Certamente, nós temos o direito de esperar a mesma racionalidade no judiciário.

Hoje, sabemos que esse posicionamento é perigoso no Direito — ainda que ele seja utilizado de forma constante —, pois, nas palavras do personagem, “[...] a linha mestra do argumento que explanei não dá espaço para explicação racional”[\[5\]](#).

Em seguida, é a vez de outro personagem votar, o ministro Tatting, que, de forma coerente, denuncia todas as falácias de Foster. Segundo ele, os agentes teriam agido conforme a intencionalidade descrita no tipo penal, no entanto, absteve-se de proferir decisão sobre o caso, pois não havia dispositivo que se referia ao canibalismo. Nessa parte do livro, poder-se-ia discorrer acerca de questões como as ditas lacunas das legislações (se é, de fato, uma lacuna) e o princípio do *non liquet*.

O próximo voto foi do Ministro Keen, que também faz duras críticas ao Ministro Foster, no sentido de que não seria de seu ofício discutir se a atitude dos canibalistas foi boa ou ruim. Sustentou que a sua opinião pessoal é a de que os réus já haviam sofrido demais e deveriam ser perdoados, mas, ao julgar o caso, em respeito à legislação, condenou-os. Sua fundamentação é mais ou menos nos mesmo termos do Ministro Presidente, que também é discutível.

O Ministro Handy Jr. foi quem proferiu o último voto, que, assumidamente, decidiu conforme a imprensa e a população gostaria: absolveu os réus e reformou a sentença de primeira instância. É, também, o magistrado da voz das ruas. Apresentou estatísticas da opinião da comunidade em relação ao resultado do caso e fundamentou no interesse público (sem dizer o que é, de fato, interesse público). É o juiz que acredita na representatividade do Poder Judiciário.

Por fim, a história termina com votos em empate e, caso o leitor ainda não tenha lido, mas tiver interesse em saber o final, recomendamos a leitura da obra.



O Direito é mesmo feito de linguagem, possibilitando interpretações. O que precisa estar claro é que nem todas as interpretações estão corretas. Poderíamos ficar aqui por horas discorrendo acerca das nuances que o texto possui, apontando o que ele tem a nos ensinar sobre o Direito, o que está por trás da fundamentação, o que é, de fato, o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. O que significa dizer que não se pode interpretar a lei em sua literalidade. O que são princípios e precedentes. O que é o Direito e o que ele deve ser (as duas coisas se confundem?). Como a hermenêutica enxergaria essas questões? Todas elas são muito atuais e podem ser identificadas nas cortes do país. No entanto, o espaço é curto e, caso o leitor tenha chegado até aqui, agradecemos pela atenção.

[1] FULLER, Lon L. **O Caso dos Exploradores de Caverna**. Tradução e notas por Ivo de Paula, LL.M. São Paulo: Editoria Leud, 2008, 70 p.

[2] No posfácio do livro, o autor explica que escolheu essa data para que ela não seja comparada a nenhum contexto histórico, limitando a interpretação do leitor aos elementos trazidos no texto. Dessa mesma forma, a jurisprudência e os precedentes utilizados pelos Ministros para fundamentarem suas decisões também são fictícios.

[3] É válida a leitura de Verdade e Consenso: STRECK, L. L. **Verdade e Consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. v. 1. 712p.

[4] FULLER, op. cit., p. 23.

[5] FULLER, op. cit., p. 28.

Meta Fields