

UMA ANÁLISE SOBRE “O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNA” SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA-JURÍDICA

Coryanny Cerqueira¹

Prof. Esp. Rosival Oliveira de Carvalho²

RESUMO: Este artigo científico tem como escopo dissertar sobre a importância de uma análise crítica no âmbito das nuances interpretativas do Direito. Esse tema é inerente à Hermenêutica-Jurídica e diz respeito à perspectiva casuística nesse ambiente cuja prática implica diretamente na conduta a ser empregada após sua utilização. A importância e o mérito de se abordar um fenômeno como a hermenêutica é, justamente, trazer à tona a relativização da norma e explicar o motivo das divergências jurisprudenciais tão comuns no âmbito jurídico. Pode-se enquadrar a hermenêutica em uma realidade literária tão rica que se impede de mensurar em nota; desta forma, no intuito de monopolizar tal matéria de uma maneira mais objetiva, foi escolhida a obra “O Caso dos Exploradores de Caverna”, escrita pelo, hoje falecido, professor do curso de Direito de Harvard, Lon Fuller, em 1949.

Palavras-chave: Hermenêutica-Jurídica. O Caso dos Exploradores de Caverna. Interpretação. Jusnaturalismo. Juspositivismo.

ABSTRACT: This article aims to discuss the importance of a critical analysis within the interpretive nuances of Law. This theme is related to the Legal Hermeneutics and concerns the casuistic perspective in this environment whose practice directly implies the conduct to be used after its use. The importance and merit of approaching a phenomenon such as hermeneutics is precisely to bring to the fore the relativization of the norm and explain the reason for the divergences of jurisprudence so common in the legal sphere. Hermeneutics can be framed in a literary reality so rich that it is prevented from measuring in a note; in this way, in order to monopolize this matter in

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador - UCSal. (2018.2).

² Licenciado em Filosofia pela Universidade Católica do Salvador. Pós graduado em Psicopedagogia aplicada ao desenvolvimento de recursos humanos, pela Faculdade de Educação da Bahia. Extensão em bioética, pela Universidade Católica do Salvador. Orientador.

a more objective way, the work "The Case of the Cave Explorers" was written by the now deceased professor of the Harvard law course, Lon Fuller, in 1949.

Keywords: Legal Hermeneutics. The Case of Cave Explorers. Interpretation. Legal Naturalism. Legal Positivism.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 HERMENÊUTICA: BREVE HISTÓRICO 2 HERMEUNÊUTICA-JURÍDICA: CONCEITO 3 "O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNA": CASO CONCRETO À ANÁLISE SOB A ÓTICA HERMENÊUTICA. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Ao dar início à extensão das ciências jurídicas, desenvolve-se a progressiva necessidade à interpretação das normas, tornando-as célebres em sua totalidade quanto ao seu sentido e abrangência.

Sobre tal feito, acabamos por nos deparar com a hermenêutica-jurídica, ciência que, ao valer-se de recursos interpretativos, finda por nortear uma aplicação mais satisfatória do Direito, não se restringindo, destarte, à rigidez literal do legislador.

Acredita-se na relevância deste tema diante do alcance de sua definição; que pode agrupar uma série de fatores norteadores de positivo caráter quanto a necessidade impositiva da lei; especialmente àquelas situações extraordinárias onde os parâmetros condutores são escassos e uma análise além da satisfatória requer ser adotada.

Isto posto, tal artigo julga interessante: discorrer brevemente sobre o histórico da hermenêutica-jurídica, explicando as peculiaridades satisfatórias quanto a justificação da obra sugerida para análise; explicar os elementos caracterizadores do jusnaturalismo e do juspositivismo; apresentar os efeitos da interpretação, demonstrando as ramificações possíveis a serem seguidas, bem como a responsabilidade do executor quanto à aplicação da lei no tempo e espaço da realidade tratada.

Com isso espera-se demonstrar a validade interpretativa na ocasião em que a justiça é tida como finalidade.

1 HERMENÊUTICA: BREVE HISTÓRICO

A hermenêutica, no decurso do tempo, foi abrangendo seus heterogêneos enfoques de custódia. Primeiramente, "a arte da interpretação", originou-se na Grécia Antiga, *hermeneuein*, pela sua relação à gramática, à retórica, à dialética e, especialmente, com o método alegórico que permite a conciliação da tradição com a consciência.

Por conseguinte, tempos mais tarde, houve a necessidade da decodificação bíblica, fazendo com que a *hermeneuein*, batizada agora por hermenêutica, fosse assumida por teólogos, cristãos, islâmicos, além de ser aplicada a interpretação do *corpus juris canonici* (corpo de leis canônicas), na tradição da jurisprudência; expondo que a hermenêutica, já entendida como a arte de interpretar, se tornava cada vez mais necessária, sobretudo na época da Reforma Protestante. Tal necessidade de interpretação gerou teoria e método contundentes àquela; até que Dilthey (1999) – filósofo-hermenêutico e sociólogo, docente da faculdade de Filosofia da Universidade de Berlim, à época, expandiu os horizontes desta ciência para a explicação de todas as criações e atos humanos, compreendendo a interpretação da vida humana e a sua história.

Este compreender abrange desde a apreensão do balbuciar infantil até a de Hamlet ou a da crítica da razão. O mesmo espírito humano nos fala a partir de pedras, mármore, tons em forma musical, gestos, palavras e escrita. De comportamentos, ordens e situações econômicas - e necessita de interpretação (DILTHEY, 1999).

Dilthey (1999) defendia que o processo de compreensão necessita possuir, independentemente da situação estabelecida, características comuns à medida que o mesmo é determinado pelos mesmos meios e condições.

Desta forma de conhecimento, afirmando que basicamente o processo é o mesmo. “Se eu quero, por exemplo, conhecer Leonardo, então, ao mesmo tempo age a interpretação de suas ações, pinturas, figuras e obras literárias; e isto num processo unitário e homogêneo” (DILTHEY, 1999). A compreensão, afirma Dilthey (1999), demonstra uma grande diversidade de níveis que, por sua vez, são determinados pelo interesse. Ou seja, uma vez que o interesse age de maneira limitada, a compreensão se apresenta de modo proporcional a este.

Quando, impacientemente, ouvimos muitas discussões; delas apenas registramos algum ponto importante para nossa prática, sem ter

interesse na vida anterior da pessoa que fala. Em outros casos, pelo contrário. Buscamos com esforço penetrar no interior da pessoa que fala através de cada feição de seu rosto e de cada palavra. Mas mesmo a atento mais enforcada só pode se tornar um processo artístico, no qual é alcançado um grau controlável de objetividade, quando a expressão vivencial está fixada e podemos, portanto, voltar sempre de novo a ela (DILTHEY, 1999).

Destarte, abrangendo as possibilidades da realidade fática, e, deste modo, apontando alternativas a serem seguidas como um ponto analítico inaugural, Dilthey (1999) modificou completamente o modo de se encarar um fato; de modo que nada mais é uma tela em branco a menos que se queira.

Hans Georg Gadamer, por sua vez, alguns anos após Dilthey (1999) expandiu o horizonte da ciência hermenêutica. Em sua obra *Verdade e Método*, afirma que “a hermenêutica não é um processo para se chegar a verdade e que o problema hermenêutico não é, por sua vez, um problema de método”. De acordo com Gadamer (STEIN, 2011), a hermenêutica não seria uma metodologia das ciências humanas, mas uma busca de entender a mesma.

Na obra intitulada “*Verdade e Método*”, Gadamer (STEIN, 2011), o autor, atesta que a percepção das coisas e crítica apropriada não se restringem à ciência, mas à experiência humana, sobretudo no que se concerne ao fenômeno da linguagem como experiência humana de mundo, já que a língua é matéria plenamente mutável recorrendo tal mutação à época referente.

Desta forma, tomando o supracitado como verdade, no que tange a hermenêutica-jurídica, Gadamer (STEIN, 2011) se propôs desvendar a distinção entre o comportamento do historiador jurídico e o do jurista diante de um texto. Seu interesse estava em desvendar se a diferença entre o interesse dogmático e o interesse histórico se constituía num contraste unívoco.

Segundo Gadamer (STEIN, 2011), em sua conclusão, a diferença encontrada foi notória, observando que o jurista apodera-se do espírito da lei em virtude e a partir de um caso dado determinado. O historiador jurídico, pelo contrário; não tem nenhum caso de que partir, mas busca estabelecer o sentido da lei na medida em que dispõe construtivamente o todo do âmbito de aplicação da lei perante os olhos. Sendo assim; somente agrupando tais aplicações faz-se efetiva a lógica de uma lei.

2 HERMENÊUTICA-JURÍDICA: CONCEITO

De proveniência grega, a hermenêutica, originalmente conhecida pela nomenclatura "*hermeneuein*", é abalizada como a filosofia da interpretação, tendo - por associação - o deus mitológico Hermes, o mensageiro dos deuses, cujo dom era atribuído à linguagem e à escrita. Considerado, então, o patrono da comunicação e o responsável por traduzir tudo àquilo considerado de impossível compreensão pela mente humana; sendo, deste modo, insigne o "deus intérprete" e o responsável indireto pela origem da hermenêutica.

No âmbito jurídico ela é empregada quanto a análise fidedigna do desígnio do autor afim da mais satisfatória adequação da norma ao fato ocorrido de modo que assim haja uma promoção responsável e justa no que se refere a aplicação do Direito.

Por possuir, como tradição, o dever de decifrar as normas e leis jurídicas, discriminando mecanismos para a sua compreensão legal, pode ser considerada um sistema humanal de averiguação; deste modo, o praticante do Direito, lidando com a extensão hermenêutica, pode confrontar os elementos compositores do texto com os elementos extratextuais para, assim, alcançar um entendimento íntegro do objeto inquirido.

A hermenêutica jurídica manifesta-se por intermédio da linguagem e em seu decurso estabelece a interpretação textual da norma. A linguagem é, portanto, um dispositivo que proporcionará ao jurista a clareza do texto averiguado; sendo indispensável que todos os elementos inclusos na norma jurídica sejam ponderados na compreensão do texto jurídico como um todo. Ao analisar o texto legal, é necessário procurar a compreensão do sentido que ele revela, dentro de um argumento coerente. O uso da hermenêutica refere-se a busca da definição e o abarcamento das normas jurídicas. Com a hermenêutica, o jurista pode localizar a saída que mais se apropria à aplicação do direito, além de lhe oportunizar argumentos pertinentes para fundamentar sua deliberação. Toda lei e todos os fatos podem comportar interpretações, uma vez que são ponderados fenômenos sociais e jurídicos. A compreensão deste agrupamento de ideais que concebe a interpretação do Direito manifesta o desenvolvimento de sua biografia.

À vista do supracitado, então, aspirando a Hermenêutica-Jurídica em *lato sensu* (em sentido amplo), é certo afirmar que tal ciência divide-se em interpretação,

incorporação e execução do Direito. A vista disso cumpre ressaltar que é imensurável sua relevância pra que se consiga compreender melhor o Direito e sua observância.

3 "O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNA" DE LON FULLER: CASO CONCRETO À ANÁLISE

Segundo Fuller (1976), em sua obra intitulada "O Caso dos Exploradores de Caverna", são acusados de homicídio doloso quatro membros da Sociedade Espeleológica (organização amadorística de exploração de cavernas).

De acordo com a narrativa, em meados do mês de maio, do ano de 4299, os quatro exploradores, em companhia de Roger Whetmore - à época também membro da Sociedade - penetraram no interior de uma caverna de rocha calcária. Bem distante da entrada da caverna, houve um desmoronamento de terra, onde blocos de pedra bastante pesados foram projetados de uma forma que chegou a bloquear totalmente a sua única abertura. Quando os homens aperceberam-se da situação difícil em que se achavam, concentraram-se próximo à entrada obstruída, na esperança de que uma equipe de socorro removesse o entulho que os impedia de deixar a prisão subterrânea.

Sem o retorno de Whetmore e os acusados às suas casas, o secretário da Sociedade foi notificado pelos familiares dos acusados. Os exploradores tinham deixado na sede da Sociedade indicações concernentes à localização da caverna que se propunham visitar. Foi prontamente enviada ao local a equipe de socorro.

A tarefa foi considerada muito difícil, sendo necessário suplementar as forças de resgate originais conforme acréscimos repetidos de homens e máquinas que tinham de ser transportados à remota e isolada região, o que demandava gastos elevados. Foi instalado um campo enorme temporário de trabalhadores, geólogos, engenheiros e outros técnicos. O trabalho de desobstrução foi muitas vezes frustrado por novos deslizamentos de terra, causando a morte de dez operários contratados. Os fundos da Sociedade Espeleológica exauriram-se rapidamente e a soma de 800.000 frelares, obtida em parte por subscrição popular e em parte por subvenção legislativa, foi gasta antes que os homens pudessem ser libertados, o que só se conseguiu no 32º dia após a sua entrada na caverna.

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

Pediram estes que lhes informassem quanto tempo seria necessário para liberá-los. Os engenheiros, responsáveis pela operação de salvamento responderam que precisavam de pelo menos dez dias, à condição que não ocorressem novos deslizamentos. Os exploradores perguntaram então se havia algum médico no acampamento, tendo sido postos em comunicação com a comissão destes, à qual descreveram sua condição e as rações de que dispunham, solicitando uma opinião acerca da probabilidade de subsistirem sem alimento por mais dez dias.

O presidente da comissão respondeu-lhes que havia escassa possibilidade de sobrevivência por tal lapso de tempo. O rádio dentro da caverna silenciou a partir daí durante oito horas. Quando a comunicação foi restabelecida os homens pediram para falar novamente com os médicos, o que conseguido, Whetmore, falando em seu próprio nome e em representação dos demais, indagou se eles seriam capazes de sobreviver por mais dez dias se se alimentassem da carne de um dentre eles. O presidente da comissão respondeu, a contragosto, em sentido afirmativo. Whetmore inquiriu se seria aconselhável que tirassem a sorte para determinar qual dentre eles deveria ser sacrificado.

Nenhum dos médicos se atreveu a enfrentar a questão. Whetmore quis saber então se havia um juiz ou outra autoridade governamental que se dispusesse a responder à pergunta. Nenhuma das pessoas integrantes da missão de salvamento mostrou-se disposta a assumir o papel de conselheiro neste assunto. Whetmore insistiu se algum sacerdote poderia responder àquela interrogação, mas não se encontrou nenhum que quisesse fazê-lo. Depois disto não se receberam mais mensagens de dentro da caverna, supondo-se que as pilhas do rádio dos exploradores tinham se descarregado. Quando os homens foram finalmente

libertados soube-se que, no trigésimo terceiro dia após sua entrada na caverna, Whetmore tinha sido morto e servido de alimento a seus companheiros.

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

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

Após o resgate dos acusados e depois de terem permanecido algum tempo em um hospital onde foram submetidos a um tratamento para desnutrição e choque emocional, foram denunciados pelo homicídio de Whetmore.

Por isto posto o caso cuja ambientação dá-se por norma penal concreta onde seu texto de lei suporta a previsão de que "quem quer que voluntariamente tire a vida de outro será punido com a morte" remetendo-nos, instantaneamente, à rigorosa reciprocidade entre o crime e a pena, apropriadamente chamada por "retaliação", que se basta do preceito à punição proporcional ao crime cometido, representado, historicamente, pela expressão "olho por olho, dente por dente", faz de seus protagonistas, ora réus, seres munidos de uma esperança sem propósito - vez que a culpa os toma por definição mesmo antes de finalizada a narrativa, induzindo os telespectadores a julgarem o cenário nocivo àqueles, diante de uma norma taxativa e ausente de lacunas.

No entanto, após real absorção dos fatos, cuja interpretação vai além do âmbito categórico e/ou passional daquele que os analisa à primeira vista; a conjugação do verbo "enxergar" altera-se de tal modo que o sujeito que os toma por

análise não mais apenas enxerga, mas vê. E, assim como o verbo, o modo de olhar modifica-se a ponto de ramificações de uma mesma análise surgirem; metamorfoseando-se, assim, na arte da interpretação.

De acordo com o enredo apresentado ao caso concreto, os exploradores sobreviventes foram julgados e condenados à morte pela força, pelo assassinato de Whetmore; de forma que os réus recorreram da decisão e, então, quatro juízes estavam no caso: dois votaram a favor dos réus (Foster, Handy), um juiz os condenou (Keen) e outro juiz recusou-se a participar (Tatting).

Os protagonistas há pouco considerados, tão rapidamente, culpados, agora possuem o benefício da dúvida e a possibilidade de liberdade, uma vez que a culpabilidade torna-se relativa.

Os juízes Foster, Keen, Handy e Tatting responsáveis pelo julgamento do fato, optam por abusar, então, da discrepância entre duas vertentes interpretativas da norma: jusnaturalismo e juspositivismo, revelando, destarte, o relativismo jurídico; relativismo este desconhecido pelos leigos já que o ideal inflexível da lei é sustentado pelo senso comum; fato bastante restritivo ao poder especulativo que se detém. À vista disso, Fuller (1976) compôs uma possibilidade de discurso lacunar, transformando a previsibilidade taxativa da lei em uma realidade faraônica de questionamentos e de possíveis desfechos, humanizando a norma e evidenciando a maleabilidade da mesma haja vista carência de.

Analisemos, então: o juiz Foster, abraçando o viés jusnaturalista, fundamenta sua decisão, de pronto, defendendo que uma vez existente o bom senso, tais acusados não poderiam ser considerados culpados por crime algum e que, deste modo, a lei deveria tomar por consideração a realidade fática de maneira mais flexível.

Vista disso, Foster, posiciona-se ao fronte defensor da ideia de que o direito é fato natural, inerente a vontade humana, ancestral as leis dos homens, enraizado de pressupostos orgânicos; buscando, dessa forma, um ideal de justiça.

O jusnaturalismo defende a ideia de que o direito é imposto pela natureza e que, sob tal condição, é universal, inalterável e intangível à todos aqueles submersos em um estado de natureza. Sua concepção foi consequência das transformações socioeconômicas, durante a evolução do homem com a maneira de relacionar-se com o outro. Diante tais mudanças, com referenciais originários do surgimento capitalista, o Estado tornou-se uma instituição criada para o controle das

massas, como meio de organização, sob anuência dos indivíduos, mediante o contrato social. Em resumo, é válida a informação de que, assim como a relação do homem com o externo modifica-se ao passar do tempo, de acordo com suas necessidades contemporâneas, fazendo-o um ser social, mutável e de constante evolução; sua relação cognitiva modifica-se de maneira semelhante; tornando-o cada vez mais crítico, de certo, um ser político.

Daí a preocupação com o surgimento do Estado e sua influência ao estado natural do ser; pois, uma vez existente o Estado, não houve a exclusão da natureza humana quanto ao seu instinto natural de sobrevivência, apenas uma contenção paliativa à necessidade de se reprimir o caos. Visão claramente abarcada por Foster quando diz considerar que a norma promulgada, ou positiva, de sua Confederação, o que inclui todos os seus estatutos e precedentes, é inaplicável ao caso em questão, sendo ele governado, em vez disso, pelo que os escritores antigos na Europa e na América denominaram "lei da natureza".

Não fomentando hiato gerador de lacunas ao entendimento abarcado por Foster, destarte, cumpre-se salientar que o jusnaturalismo resume-se no preceito de um direito absoluto, estabelecido pela natureza, fundamentada na plena existência do ser e sua ânsia por sobrevivência.

Hobbes (2004), teórico político e filósofo inglês; contemporâneo do século XVII e um dos estudiosos defensores do contratualismo jusnaturalista, em sua obra denominada "Leviatã", parte do princípio de que no estado natural, ainda que alguns possam ser mais resistentes ou mais capazes do que outros, nenhum se põe em posição tão elevada aos outros a ponto de estar imune ao medo de que outro lhe possa fazer mal. Desta forma, cada um de nós possui direito ilimitado e, considerando que todas as coisas são escassas, há um incessante enfrentamento entre todos contra todos. Todavia, também existe o desejo comum de findar tal conflito e, por esse motivo, as sociedades são criadas através de um contrato social.

A natureza faz o homem tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito, que, embora por vezes se encontre um homem manifestadamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vido do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isso em conjunto, a diferença de um e outro homem não é o suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele (HOBBS, 2004, p.74).

Hobbes (2004), em sua idealização sobre a natureza do ser, reconhece a presente tensão na comunhão humana, bem como sua essência falha e egocêntrica.

Reconhece o ser humano, suas paixões, discórdias e, principalmente, suas motivações para com isso. Competição, desconfiança e a busca incessante pela glória são suas apostas na justificação de tal viés ideológico. Hobbes (2004, p.76) sugere ao homem o conhecimento sobre si, fazendo-o analisar seus próprios atos, alegando que: “Quando vai dormir, fecha as portas; que mesmo quando está em casa tranca seus cofres; isto, mesmo sabendo que existem leis e funcionários públicos armados, prontos a vigiar qualquer injúria que lhe possa ser feita”.

Dando por continuidade, então, o abarcamento sobre tal teoria, torna-se válido o exercício imaginativo ao colocar-se em um estado de natureza. Consideremos um local ausente de soberania onde os indivíduos estão em condição de conformidade e independência de modo a utilizar seu próprio poder; além de todos possuírem a liberdade da possibilidade ilimitada; confirmando, com convicção, que a angústia e o pânico atormentaria a todos e o homicídio não seria nada além do que a própria conservação reivindica.

De certo, Hobbes (2004) não foi/é o único tutor do naturalismo jurídico; haja vista um pensamento intensamente complexo e atemporal como este, então, pelo menos, mais um nome há de ser considerado à conclusão da análise do Juiz Foster (ROUSSEAU, 1757). O filósofo e teórico político suíço, defensor da causa jusnaturalista e autor da obra "O Contrato Social" que, ao discorrer seu pensamento, alegou:

Renunciar a sua liberdade é renunciar à sua qualidade de ser humano, aos direitos da humanidade, mesmo aos seus deveres. Não há compensação possível para alguém que renuncie a tudo. Tal renúncia é incompatível com a natureza do ser humano e despojar sua vontade de toda liberdade é idêntico a despojar suas ações de toda moralidade. Enfim, trata-se de uma convenção vã e contraditória estipular de um lado uma autoridade absoluta e, de outro, uma obediência ilimitada (ROUSSEAU, 1757, p. 17).

Foster indaga, então, sobre a coexistência entre o homem e a sociedade, aduzindo que tal concorrência anulou-se no instante em que foram privados de coincidir com o mundo externo. Segundo ele, a lei positiva se fundamenta no contrato social que é o suporte para a possibilidade da coexistência entre os homens na sociedade; então, no surgimento de uma circunstância em que a coexistência torna-se inconcebível, a condição que respalda todos os nossos precedentes e disposições legais deixa de existir. Quando essa condição desaparece, em sua opinião, a força do direito positivo suprime com ela.

Ora, se o contrato social firmou-se com a única finalidade próspera de coexistência Homem *versus*. Sociedade e tal coexistência não mais existe, qual seria, agora, o motivo de mantê-lo?!

A hipótese de sobrevivência, sem dúvida, é uma boa justificativa. Mas e quando a sobrevivência torna-se cada vez menos palpável e cada vez mais tangível, exclusivamente, no mundo das ideias?!

O questionamento é o fenômeno que persegue o homem durante toda a sua vida. Durante cada um de seus 86.400 segundos diários, o homem se pergunta "e se?!". O questionamento é inerente ao homem.

A primeira coisa que o homem faz, conscientemente, em vida, é questionar-se; assim como a última. Homem *versus*. Questões coexistem para além de qualquer que seja a relação Homem *versus*. Sociedade. Agora, questiona-se: E se a minha única maneira de sobreviver for tirar a vida de alguém?! Um alguém cuja ideia partiu. Um alguém que poderia ser eu em benefício alheio - um jogo de azar. "E se?." Questionar-se é sobrevivência. Sobrevivência é o desejo mais intrínseco ao homem. Sobreviver. O desejo de permanecer coexiste anatomicamente, compõe cada partícula atômica do corpo humano. Muito antes de Sociedade *versus*. Estado. Sobrevivência é estado de natureza latente. E o Estado nada mais é que a natureza humana em seu anseio por sobrevivência.

E se o estado de natureza for o próprio Estado?! Em uma caverna, sem matéria animal ou vegetal para subsistência, durante dias a fio, sem água ou luz do Sol, é. Estado de Natureza e Estado Social fundem-se. São um. E Foster afirma ao alegar que: quando a conjectura de que os homens são capazes de coexistir deixa de ser verdadeira, como obviamente aconteceu na extraordinária situação em que a preservação da vida só se tornou possível pela privação da vida, então as premissas básicas subjacentes a toda nossa ordem jurídica perdem seu significado e força.

Sua primeira lei é cuidar de sua própria conservação, seus primeiros cuidados são os que deve a si mesmo e, uma vez tenha atingido a idade da razão, sendo ele, apenas, o juiz dos meios adequados à sua conservação, se torna, em função disso, seu próprio senhor (ROUSSEAU, 1757, p. 13).

Foster, em sua tese, defende toda a realidade fática do enredo; partindo do princípio de isolamento. Ele remonta uma realidade não civilizada; dessa maneira sem os direitos civis ou normas penais. Ressalta o ser humano em sua totalidade;

sem qualquer amarra social. Foster vê o *homo habilis*, que viveu há 2,4 milhões de anos atrás e o habita em seu reflexo. Empatia. Ele põe o homem em sua forma mais real possível e o deixa livre pra sobreviver; concluindo que no momento em que a vida de Whetmore foi encerrada pelos réus, eles estavam, para usar a língua singular dos escritores do século XVII, não em um "estado da sociedade civil", mas em um "estado de natureza". Isso tem como consequência que a lei que lhes é aplicável não é aquela sancionada e estabelecida nesta Confederação, mas a lei derivada desses princípios, os quais se adequavam à sua condição. Não hesito em dizer que, sob esses princípios, não são culpados de qualquer crime.

O pacto social tem por fim a conservação dos contratantes. Quem deseja o fim deseja também os meios e esses meios são inseparáveis de alguns riscos, até de algumas perdas. Quem deseja conservar sua vida a expensas dos outros deve também doar a eles a vida quando necessário. Ora, o cidadão deixa de ser juiz do perigo ao qual a lei deseja que ele se exponha e quando o Príncipe lhe diz: "Convém ao Estado que tu morras", ele deve morrer, pois foi precisamente graças a essa condição que ele sobreviveu em segurança até agora, sua vida não sendo mais uma mera dádiva da natureza, mas um dom condicional do Estado (ROUSSEAU, 1757, p. 39).

E, desta forma, o juiz Foster, baseado no viés naturalista, toma decisão indubitavelmente positiva aos réus.

Em contraponto, temos o juiz Keen que abraça o viés juspositivista, fundamentando, em tempo, sua decisão defendendo que a obrigação do Poder Judiciário é a de se fazer cumprir fielmente a lei escrita e de interpretar tal lei de acordo com seu significado mais simples, sem referência aos nossos desejos pessoais ou nossas concepções individuais de justiça.

O juspositivismo é a corrente de pensamento que trabalha em defesa da norma em sua interpretação literal, exercendo, assim, total influência no pensamento jurídico interpretativo quanto a fidelidade elucidativa da doutrina que analisa.

Para o positivismo jurídico, o direito e a justiça só persistem por meio de normas positivadas, isto é, de normas emitidas pelo Estado, aliadas ao poder coercitivo. Podendo-se dizer, então, que são todas as normas escritas, confeccionadas pelos homens por intercessão do Estado.

Denomina-se Direito Positivo o conjunto de normas jurídicas reconhecidas e aplicadas pela autoridade pública, ou o sistema de normas coercitivas que regularam ou regulam a convivência humana pacífica. É o direito que se revela nas leis escritas, nos costumes jurídicos, nos princípios gerais de Direito e cuja observância pode ser exigida por quem quer que tenha um interesse legítimo a proteger. É, principalmente, direito formulado

voluntariamente, de modo racional, e que rege a vida de uma determinada comunidade (NOGUEIRA, 2007, p. 23).

O sustentáculo do juspositivismo é a discriminação entre o "ser" e o "dever", que são respectivamente: a realidade natural estudada pelas ciências da natureza, tendo o empirismo como base ideológica e o respeito ao domínio das ciências sociais e a imputação da mesma; validando, então, a ótica normativa (dever) instituído superior à conduta humana (ser). Em outras palavras, o positivismo jurídico contrapõe a relatividade humana e a matemática criando sua própria fórmula sociológica de comportamento: o "dever-ser"; tomando tal princípio como preceito à análise do certo e errado quanto à conduta humana sob sua relação com o mundo exterior, desconsiderando a condicionalidade existente entre a causa e o efeito de convivência do homem com qualquer que seja o fator de convívio, partindo da premissa de que os meios de todo resultado são iguais.

Uma personalidade imensuravelmente importante para que se possa adentrar um pouco mais no mundo do jus positivismo é o austríaco Hans Kelsen; jurista e filósofo considerado um dos mais influentes estudiosos na história do Direito. Kelsen (1998), em sua obra intitulada "Teoria Pura do Direito", levanta uma visão bastante clara do que deve ser a norma e qual o papel do homem quanto a ela.

Em "Teoria Pura do Direito", houve, sob uma clareza de ideias bastante oportuna quanto a pretensão de tornar o Direito uma ciência objetiva e exata, quase matemática; afastando-a assim do viés filosófico e sociológico cujo é atrelada.

De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem se confundido com a psicologia e a sociologia, com a técnica e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente tem uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, falo não por ignorar ou, muito menos, por enganar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (KELSEN, 1998, p. 34).

Seguindo, então, tal tendência, o juiz Keen expõe:

Questão que desejo deixar de lado é a de decidir se o que esses homens fizeram foi "correto" ou "errado", "mal" ou "bom". Trata-se, também, de uma inquirição irrelevante para a realização do meu ofício de juiz que jurou aplicar, não as minhas concepções de moralidade, mas a lei da terra.

Keen é taxativo quanto a lei que assegura defender, não deixando alternativa aos acusados, concluindo seu arrazoado confirmando a sentença condenatória de primeira instância.

Indaga-se: mas não haveria teoria alguma a reunir jusnaturalistas e juspositivistas?! A legítima defesa está prevista em lei e serve como teoria bastante contundente de embasamento à liberdade dos julgados; desta forma, sendo norma jurídica - como o jus positivismo espera - e, possivelmente, absolvendo os réus, como o jus naturalismo busca. Ela, então, não conseguiria agradar, talvez, gregos e troianos?! Ou melhor: *jusnaturalistas e juspositivistas*?! Bom, o juiz Foster tentou tal façanha, alegando que:

A verdadeira reconciliação da tese de legítima defesa com a lei, que reza ser crime matar outro, encontra-se na linha de raciocínio a seguir: um dos principais propósitos implícitos a qualquer legislação penal é o de dissuadir os homens a cometerem crimes. Desse modo, é evidente que, se a lei declarasse que matar em legítima defesa é crime, tal regra não poderia funcionar de forma dissuasiva. Um homem cuja vida é ameaçada irá repelir o agressor, qualquer que seja a lei. "Observando, portanto, o propósito maior da legislação penal pode declarar com segurança que esta lei não se destina a ser aplicada em ocorrências de legítima defesa." concluindo que "Quando a justificativa da tese de legítima defesa é assim aplicada, torna-se evidente que precisamente o mesmo raciocínio é aplicável ao litígio em discussão".

E, dessa maneira, Foster defende o estabelecimento da ideia de que cometer homicídio em prol de defesa própria é legitimamente perdoável e que não há nada na letra da lei que surgira exceção que condene os acionados do caso. Contudo, o Juiz Keen rebate, esclarecendo que

Ora, o escopo da exclusão de legítima defesa, como foi aplicado por esse tribunal, é claro: aplica-se a casos de resistência a uma ameaça agressiva à vida do sujeito. Por conseguinte, é demasiado claro que este caso não se enquadra no âmbito da exceção, uma vez que é evidente que Whetmore não ameaçou a vida desses réus.

Gregos e troianos, então, ainda não satisfeitos; considerando tamanha ramificação entre tais vieses jurídico-interpretativos, conduzem a esperança de um desfecho gestáltico do caso aos dois juízes remanescentes: Handy e Tattling.

O juiz Handy, então, dá início seu parecer criticando seus colegas por se prenderem de maneira exacerbada a legalismos; argumentando que quando o povo e aqueles que administram sua vida econômica, política e jurídica estão em desacordo, a sociedade é arruinada. Então, nem o direito natural de Foster, nem a fidelidade à letra da lei proposta por Keen nos servirão pra nada, posicionando-se de maneira mais flexível quanto a prática da norma jurídica.

Seguindo uma visão muito mais flexível, chegando assim à horizontes mais amplos de pensamento, Handy, enxerga a imperfeição da norma, considerando que

seu criador é o homem e que todo homem é imperfeito. Sendo o homem desprovido de perfeição, nada do que faz, por certo, insuperável é.

Demonstrada a consciência de que o sistema não passa de uma idealização que, por mais próxima ao plano real, nunca corresponderia de maneira integral à justiça, o juiz Handy é consciente de sua missão no cargo público que ocupa. Ele crê que o foco principal é, justamente, um ponto que os juizes anteriores deixaram de considerar: o cargo público e o que ela representa.

Na concepção de Handy, a base de toda a pirâmide governamental não é representada pelas normas ou por conceitos filosóficos abstratos, mas sim pelas pessoas e que, ironicamente, o poder judiciário possui um enorme potencial de distanciar-se do cidadão comum, mesmo servindo a ele.

Jamais fui capaz de demonstrar a meus colegas que o governo é um assunto humano e que os homens são governados, não por palavras postas no papel ou por teorias abstratas, mas por outros homens. O povo é bem governado quando seus governantes compreendem seus sentimentos e anseios; e é malconduzido quando não há tal compreensão. Diz o Juiz Handy.

Decidindo, então, não ponderar os tópicos já explanados pelos árbitros que o procederam, tomando a opinião pública como seu referencial analítico sobre o caso concreto.

Handy, pois, esclarece que o juiz, sendo consoante a uma categoria de cargo público, deveria possuir formalidades e conceitos mais condizentes ao seu lugar de fala. Ou seja: uma vez representando o ser humano, sujeito dotado de particularidades existenciais, o juiz teria de conduzir-se á uma linha mais flexível; podendo, assim, satisfazer uma parcela maior de seus homens, em sua representatividade ao senso comum. Tal método, segundo ele, aproximaria o poder popular, fator essencial para a manutenção da legitimidade e da ordem, muito mais do que o direito natural de Foster ou o direito positivo de Keen. "Sou consciente de que de que os meus colegas horrorizar-se-ão diante de minha sugestão de que esse tribunal deve levar em conta a opinião pública" Juiz Handy.

Desta maneira, seguindo o caminho que considera mais democrático, Handy nos coloca em frente à reflexão do poder midiático sobre as decisões judiciais.

Reconhecido, de maneira universal e unanima, o sistema midiático é o meio mais prático e poderoso de se transmitir informações; assim como o mais perigoso.

Tal poder de propagação faz com que dados transmitam-se como vírus, causando, muitas vezes, um telefone sem fio desgovernado, alienando seus consumidores.

Não se vale negar que a mídia desempenha um papel bastante positivo em sua função de informar, já que é possuidora de um acervo invejável sobre qualquer que seja o assunto; trazendo, de certo, bons frutos. Porém, seu poder de persuasão que, por vezes, distorce; ultrapassa a linha informativa; deformando-a.

O argumento baseado na liberdade de expressão garantida pelo artigo quinto, inciso IV, da Constituição, de certo, faz com que os meios de veiculação informativa julguem tudo poder proferir e produzir em nome dessa tal liberdade. Um fato preocupante; principalmente quando se traz à tona a ideologia de Joseph Goebbels, ministro da propaganda na Alemanha Nazista, que defendia a ideia de uma mentira dita por mil vezes transformando-se em verdade.

A grande mídia, infelizmente, ao se deparar com a possibilidade, sempre pecará ao utilizar de sua liberdade conquistada para, assim, influenciar seus fregueses, irresponsavelmente, com suas alegações e prejulgamentos; colocando em cheque a liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito.

Sabe-se que homem algum é uma ilha. Milhares de informações são obtidas, entendidas e absorvidas, fazendo da mídia um terreno bastante tortuoso quando o assunto é o julgamento de outrem. A opinião deve ser sempre a do telespectador; nunca do transmissor da informação e, desta forma, parafraseando Platão, em seu livro “A República”: não há liberdade na ausência da responsabilidade.

Handy busca aliar-se à vontade pública para validar seu veredicto de absolvição aliando-se a uma crença quase religiosa de justiça, desenterrando na mente do telespectador o ditado popular que alega a voz do povo ser a voz de Deus.

Deus, por sua vez, representante da mais íntegra justiça, neste caso, estaria realmente sendo representado?! Tal voz, de fato, seria voz divina ou a apropriação midiática terminaria por tomar a voz de Deus corrompendo a voz do povo?! E, sendo corruptível, a voz do homem seria mesmo confiável?!

Handy, então, despreocupado com seu papel no empoderamento popular quanto voz de fala e com o fato de ter criado uma ideia de Tribunal do povo; como também desconsiderando a ausência de conhecimento técnico daqueles que deu voz, em sua tese, absolve os julgados.

Por fim, a esperança de um desfecho baseado em uma tese mais clara e objetiva é posta sobre o juiz Tatting que, por sua vez, opta por abster-se de votação.

Bom, a questão que se levanta logo que instantaneamente sobre a abstenção de Tating vem precedida pela corrente de pensamento do arcebispo vencedor do Nobel da Paz, Desmond Tutu que, certa vez, apontou a ideia de que quando se escolhe neutralidade em uma situação de injustiça, o lado do opressor é o lado escolhido.

Tating, indeciso entre as opções de condenar ou inocentar os exploradores, considerou-se incapaz de levar seu julgamento à diante, uma vez que reconheceu ter criado uma esperança ilusória quanto sua capacidade de aplicar as leis positivas e não outras.

Dividido entre sua lealdade ao juspositivismo e a empatia criada com o caso, quanto ao sofrimento passado pelos exploradores, Tating abre mão do seu voto, deixando a seguinte reflexão: caso apuradas as votações terminassem por empatadas, seria mantida a sentença condenatória de primeira instância. Sendo assim, Tating conseguiria manter o seu conservadorismo positivista e, simultaneamente, não sofreria qualquer repreensão por meio da população, mídia, Estado e/ou Igreja. Deste modo, exemplificando de uma forma quase poética a frase de Desmond Tutu; mostrando que àquele que se abstém sempre tem um lado, bastando que se olhe atentamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por mais que um epílogo seja uma aspiração conjunta; uma conclusão referente ao tema abordado não é possível. Pelo menos não em uma ideia absoluta. Em momento algum, no decorrer das ideias, houve qualquer tentativa de sustentação de uma hipótese. Ao invés disso, uma história foi contada, propositalmente.

O enredo apresentado, assim como algumas de suas possíveis ramificações conclusivas, foram postos como objetos de análise no intuito de induzir que horizontes fossem abertos de tal forma que não pudessem mais retornar ao seu ponto inicial.

A Hermenêutica Jurídica exerce uma atribuição fundamental no Direito. O organismo do ordenamento jurídico, por si só, não assegura a justiça. Caso contrário, já haveriam computadores recolhendo os casos concretos e lhes aplicando as leis pertinentes à ponto das profissões protetoras do Direito tornarem-

se descartáveis. Todavia a natureza humana não pode ser tratada como uma equação matemática. Deste modo, é a Hermenêutica Jurídica o pilar que aproxima o Direito da justiça.

Quando mal conduzida, porém, a Hermenêutica Jurídica torna-se um dos maiores meios de influência e controle já existentes no mundo político-jurídico, auxiliando, deste modo, uma cumplicidade corrupta.

A obra de Fuller (1976), "O Caso dos Exploradores de Caverna", demonstrou, brilhantemente, o papel do jurista como um fator indispensável, indo muito além da aplicação da norma prevista ao caso concreto; uma vez que o que realmente importa é ser capaz de interpretá-la de modo a alcançar o justo. Tal interpretação deve considerar, indispensavelmente, o homem visto como um ser humano em sua totalidade. Deste modo, a norma deve, por finalidade, servir ao homem e não o homem à norma.

No decorrer da leitura do presente artigo, a título de exemplo, dois vieses de grande importância interpretativa para o Direito foram discutidos - o jusnaturalismo e o juspositivismo - além de expostos caminhos alheios à estes. Fuller (1976) cumpriu com maestria sua intenção de demonstrar a riqueza da interpretação jurídica e a de trazer consigo discussão pertinente a respeito da relatividade humana quanto a análise de uma realidade fática.

Mas, afinal, os exploradores realmente mereciam a execução de sua pena? Seria mesmo necessário? A lei é realmente justa? A aplicação da norma fria é sinônimo de justiça? Bom, matar é crime independentemente do que se acredita; sendo uma verdade absoluta. Contudo, nas circunstâncias onde foram inseridos, será mesmo?! Ética e moral são postos em cheque e trazem consigo toda a angústia de Antígona.

Antígona, personagem de uma das tragédias gregas mais famosas de Sófocles, desrespeita a lei que proíbe o funeral de seu irmão, considerado traidor da pátria, porque tem a obrigação ética de providenciar que o irmão seja enterrado dignamente, de modo que sua alma não vagas pela eternidade; ou seja: para realizar uma ação ética, com relação ao seu irmão morto, Antígona comete uma imoralidade ao desobedecer a lei; pelo que é severamente punida.

É desta forma que o jusnaturalismo, o juspositivismo e qualquer outro viés interpretativo trabalha. A natureza humana coexiste com a lei e, de certo, há de haver um equilíbrio; mas nem sempre tal equilíbrio é viável e/ou racional. Então,

como se escolhe entre a ética e a moral? Como se escolhe entre o certo e o errado em situações completamente atípicas que fazem com que a razão seja quase irracional?

O homem é fruto de suas experiências, isto posto, suas escolhas são construções de um mundo completamente particular; bem como a existência da empatia na vida de cada ser. Talvez ninguém realmente saiba, em seu interior, o significado de certo e errado em toda sua magnitude; seguindo apenas sua natureza condicionada a aceitar a finalidade do bem comum de acordo com o contrato social de coexistir.

Conclui-se, então, que a obrigação de permanecer está presente em cada célula humana, de forma irracional. Em contraponto, há a necessidade de pertencer, uma vez que a realidade humana o tornou um ser social, racionalmente. Permanecer e pertencer tornam-se aliados de naturezas opostas. O jusnaturalismo defende a permanência, o juspositivismo, o pertencimento intuitivo de permanência. Um conhece o homem e toda a sua complexidade natural de ser, o outro conhece a natureza humana e toda a sua complexidade em coexistir, assim, impondo limites racionais para que a coexistência permita a permanência. Independentemente do caminho escolhido, a sobrevivência sempre estará sendo posta em cheque.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto (1909). **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

DILTHEY, Wilhelm (1900). O Surgimento da Hermenêutica. **Revista de estudos e pesquisa da religião**. v. 2. n. 1, 1999.

FULLER, Lon L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Tradução do original inglês e introdução por Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre, Fabris, 1976, 77p.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans (1881-1973). **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo, Noeses, 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROQUE, Sebastião José. **História do Direito**. Coleção Elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. Coleção L&PM E-books. Paris: Gallimard, 1757, 211p.

STEIN, Ernildo. **Gadamer e a Consumação da Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.