

O CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNAS À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY*

Wilson Coimbra Lemke**

Cláudia Alexandra Dolabella Pessanha Franco***

Resumo: Neste artigo, analisamos “O Caso dos Exploradores de Cavernas”, a partir de um novo olhar, fruto das considerações trazidas pela teoria constitucional alemã, cujos pontos centrais têm sido, também, adotados pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira. Objetiva-se, com isso, verificar se a fundamentação dessa decisão foi juridicamente consistente à luz do ordenamento jurídico do Condado de Stowfield e racionalmente coerente em face da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Para alcançarmos estes objetivos, os votos de cada ministro foram expostos e criticamente analisados, utilizando-se, para tanto, do método dialético de análise. Mas, antes disso, fizemos uma breve digressão dos paradigmas constitucionais e, em seguida, apresentamos os principais aspectos da concepção de Robert Alexy acerca da ponderação e do exame de proporcionalidade. Sendo assim, no presente trabalho, a teoria de Robert Alexy foi adotada como marco teórico para análise da coerência da decisão proferida pela Suprema Corte de Newgarth, no caso dos exploradores de cavernas. Ao final, concluímos que, se esse

* Artigo apresentado à disciplina de Teoria dos Direitos Fundamentais do Curso de Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para avaliação. Orientador: Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura.

** Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Advogado.

*** Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória. Defensora Pública do Estado do Espírito Santo.

mesmo fato se repetisse nos dias de hoje, no imaginário Condado de Stowfield, e que um dos exploradores tivesse sido morto e comido pelos companheiros, sendo esse caso levado à Suprema Corte de Newgarth, o veredicto seria pela absolvição dos réus, caso o Presidente do Tribunal tivesse proferido seu voto com base na teoria alexyana porque, mesmo nos casos em que a colisão entre princípios já fora reduzida a regra positivada pela autoridade competente, fica ressalvado o cabimento do exame de proporcionalidade.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Literatura. Robert Alexy. Lon Fuller.

THE CASE OF CAVERNOUS EXPLORERS IN THE LIGHT OF ROBERT ALEXY'S THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Abstract: In this article, we analyze "The Case of the Cave Explorers", from a new look, fruit of the considerations brought by the German constitutional theory, whose central points have also been adopted by the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court. The purpose of this paper is to ascertain whether the reasoning of that decision was legally consistent in the light of the Stowfield County legal system and rationally consistent with Robert Alexy's theory of fundamental rights. In order to achieve these objectives, the votes of each minister were exposed and critically analyzed, using the dialectical method of analysis. But before that, we briefly toured constitutional paradigms, and then we present the main aspects of Robert Alexy's conception of weight and proportionality. Thus, in the present work, Robert Alexy's theory was adopted as a theoretical framework for analysis of the coherence of the decision pronounced by the Supreme Court of Newgarth in the case of cave explorers. In the end, we conclude that if this same fact were repeated today in the

imaginary County of Stowfield, and that one of the explorers had been killed and eaten by his companions, and that case was brought to the Newgarth Supreme Court, the verdict would be absolution of the defendants had the President of the Court given his vote on the basis of the Alexian theory because, even in cases where the collision between principles had already reduced the rule adopted by the competent authority, the proportionality test would have to be excluded.

Keywords: Fundamental Rights. Literature. Robert Alexy. Lon Fuller.

1 INTRODUÇÃO



onsiderado um dos mais importantes filósofos do século XX, Lon Luvois Fuller (1902-1978) ganhou notoriedade internacional com a publicação de sua obra-prima, intitulada “O caso dos explorados de cavernas”, sendo o precursor e um dos grandes representantes da literatura como instrumento didático para a compreensão do Direito.

Ao longo das décadas, essa obra tem sido utilizada como um recurso valioso para mostrar aos alunos principiantes no estudo do Ciência Jurídica, a multiplicidade de fatores envolvidos na aplicação da norma ao caso concreto, tais como: os fatos, a lei vigente, os precedentes jurisprudenciais, e a corrente filosófica do direito com base na qual a demanda será apreciada.

Neste artigo, todavia, a utilizaremos para mostrar qual a metodologia jurisprudencial mais adequada para casos que envolvam conflitos entre Direitos Fundamentais. Sendo assim, no presente trabalho, a teoria de Robert Alexy será empregada como marco teórico para análise da coerência da decisão proferida pela Suprema Corte de Newgarth no caso dos exploradores de cavernas.

Objetiva-se, portanto, verificar se a fundamentação dessa decisão foi juridicamente consistente à luz do ordenamento jurídico do Condado de Stowfield e racionalmente coerente em face da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Para alcançarmos estes objetivos, os votos de cada ministro serão expostos e criticamente analisados, utilizando-se, para tanto, do método dialético de análise. Mas, antes disso, faremos uma breve digressão dos paradigmas constitucionais e, em seguida, apresentaremos os principais aspectos da concepção de Robert Alexy acerca da ponderação e do exame de proporcionalidade.

Neste artigo, portanto, estudaremos “O Caso dos Exploradores de Cavernas”, a partir de um novo olhar, fruto das considerações trazidas pela teoria constitucional alemã, cujos pontos centrais têm sido, também, adotados pela jurisprudência da Suprema Corte brasileira.

Aliás, algumas variações dessa alegoria jurídica ocorreram, de fato, na realidade. A mais recente delas foi o caso dos meninos e do técnico de futebol que ficaram presos numa caverna da Tailândia, após fortes chuvas que os isolaram da entrada principal.

Imaginando-se, então, que aquele fato tivesse ocorrido nos dias de hoje, no imaginário Condado de Stowfield, e que um dos garotos tivesse sido morto e comido pelos companheiros, sendo esse caso levado à Suprema Corte de Newgarth, qual seria o veredicto caso o Presidente do Tribunal tivesse proferido seu voto com base na *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy?

2 BREVE DIGRESSÃO DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

O conceito de direito, a hermenêutica constitucional e, por fim, a própria prestação jurisdicional são elementos que

precisam ser compreendidos como insertos em um contexto vinculante que abrange significações apreendidas do tempo, do espaço, das limitações do conhecimento, dentre outros condicionantes.

Este fenótipo de fatores enquadra-se no que é concebido por Thomas Kuhn como paradigma, como realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.¹

A compreensão dos paradigmas permite apreender os parâmetros a que se submete a ciência, tal como os pressupostos e os motivos de sua superação. Vislumbra-se que esta compreensão pode ser transposta ao direito, particularmente no que tange aos paradigmas constitucionais.

Os paradigmas constitucionais demonstram intensa relevância para a descrição de conjunturas relacionadas com a teoria e a prática do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, bem como a fundamentação - tanto interna, quanto externa - de suas decisões. Neste sentido, mister ainda quanto ao tema do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e da legitimidade das decisões judiciais.²

Inicialmente o Estado enfeixava em si os poderes como ente religioso e político, sob o manto de uma legitimidade sacra que proclamava o direito. Entretanto o fortalecimento da burguesia, como nova classe social emergente das atividades mercantis, impôs ao absolutismo significativa restrição de poderes, como consubstanciação de seu poder econômico também como poder político. O prelúdio dessa contenção dos poderes monárquicos pode ser vislumbrado com os documentos ingleses como a *Magna Carta* confeccionada em 1215 e, posteriormente, com

¹ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 16.

² Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Revista de Direito Comparado, vol. 03. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

o *Bill of Rights* datado de 1658.

Identifica-se então o paradigma constitucional primevo, o Estado Liberal, inaugurando a consagração de direitos de liberdade, fundamentalmente de negação de atuação estatal, com essência protetiva do homem frente ao Estado que passa a ser limitado pela lei, consagradora de direitos, e pela separação de poderes, que define competências de edição, efetividade geral e concreta das leis a entes diversos que se vigiam entre si em um equilíbrio harmônico.

A bandeira da liberdade hasteada pelas Revoluções Liberais tremulou para a burguesia capitalizada que foi fortalecida politicamente, ignorando o clamor da maioria da população que permanecia excluída da produção de capital e do suprimento das necessidades básicas de subsistência.

A neutralidade do Estado não era mais suficiente, sendo agora primordial que o mesmo atuasse no esforço de superar o déficit de eficácia de direitos ao volume populacional, posto ao largo da primeira geração de direitos fundamentais.

O Estado do Bem-Estar Social então posta-se como paradigma subsequente, afeto aos direitos de segunda geração, elegendo a igualdade, bem como as vertentes materiais dos direitos fundamentais, como rumos de atuação de um Estado ativo, inclusive no aspecto econômico e social.

Tal contexto, que apresenta como marco as Constituições Mexicanas (1917) e de Weimar (1919), exorta o Poder Judiciário com atribuição de poderes de atuação para a consagração dos direitos fundamentais então conclamados, sendo-lhe atribuída, como função do Estado, atuação de interpretação e realização das garantias constitucionais.

Este arquétipo assevera a necessidade de sua superação com o soerguimento da Segunda Guerra Mundial, a partir da qual se instaura então o terceiro paradigma, o Estado Democrático de Direito, sob os pilares da terceira geração de direitos fundamentais representados pelos direitos difusos e coletivos, além

da ressignificação dos direitos de primeira e segunda geração.

Se no Estado Liberal o juiz estava adstrito a mera subsunção do fato à lei, no Estado do Bem-Estar Social desenvolve-se a hermenêutica jurídica, com destaque ao positivismo jurídico proporcionado por Hans Kelsen, tem-se que no Estado Democrático de Direito a notoriedade se opera por meio da densificação jurídica frente aos casos concretos assim como pela integração e legitimação dos textos constitucionais através da identificação das normas como regras e princípios.

As Constituições promulgadas no paradigma do Estado Democrático de Direito evidenciam o princípio da dignidade da pessoa humana como valor basilar do ordenamento jurídico, constituindo seu vetor axiológico-interpretativo. A Constituição Federal do Brasil de 1988 alude a isso quando elenca em seu primeiro artigo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, corroborando evidente exemplo deste modelo.

Esta seara abriga teóricos em busca de soluções para elaborar tal construção frente aos temas de normatividade das constituições, efetividade dos direitos fundamentais e legitimidade do Estado, em especial, do Poder Judiciário. Insere-se também neste âmbito a construção de métodos eficazes e equitativos para oferecer uma resposta justa e adequada ao caso jurídico concreto, contemplando a segurança jurídica.

Dentre todos, destaca-se Robert Alexy em razão da capilaridade que a sua teoria alcançou no ordenamento jurídico brasileiro, sendo usada amplamente como marco teórico, ao menos como referência,³ pelo Supremo Tribunal Federal, que expressamente conclamou como a metodologia adequada a fundamentar decisões nos casos em que se demonstre conflitos entre direitos fundamentais no *Habeas Corpus* 82.424/RS.⁴

³ Cf. COURA, Alexandre de Castro. ROCHA, Lívia Avance. Tutela jurisdicional do meio ambiente e fenômeno da colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do STF e do STJ. *Revista de Direito Ambiental*, v.19, b. 76, out/dez 2014.

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *HC 82.424/RS*. Tribunal Pleno. Rel. Min Moreira Alves, rel. para acórdão Min. Maurício Correia, dia de julgamento: 17.09.2003,

A teoria de Alexy de ponderação de princípios soergue-se no contexto de crise do positivismo jurídico, com a identificação da insuficiência das regras como regulamentação social, em especial, pela percepção de que as normatividades jurídicas não são capazes de emitir respostas uníssonas e seguras aos *hard cases*, que permitem que as decisões judiciais acabem por ser permeáveis a discricionariedade judicial.

Não obstante constar como uma reação à crise do positivismo, a teoria de Alexy, por deturpação metodológica, equivocadamente figura-se associada a crise do direito positivo, o que não cabe prosperar posto que esta pressupõe normatização em que os direitos fundamentais são assegurados legislativamente por meio de regras e princípios.⁵

3 A TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY

Robert Alexy desenvolve a sua teoria de ponderação de princípios usando pressupostos delineados pelo Tribunal Constitucional Federal alemão quando, na aplicação de direitos fundamentais, realiza o sopesamento de valores como postulados eleitos pela Constituição, passíveis de conflito nos casos concretos.

Infere-se que a sua construção teórica demanda o reconhecimento da Constituição como fonte de validade do ordenamento jurídico, no que os direitos fundamentais nesta certificada compõem o núcleo daquela validade, corroborando sua efetividade de forma abrangente em todo direito.

A norma é então percebida como gênero que comporta a subdivisão em regras em princípios, distinção esta qualitativa posto se tratem de espécies essencialmente distintas. Neste sentido:

publicado: 19.03.2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 28 dez. 2018

⁵ Cf. COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In)constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2018.

O fato de que, por meio das disposições de direitos fundamentais, sejam estatuídas duas espécies de normas – as regras e os princípios – é o fundamento do caráter duplo das disposições de direitos fundamentais [...], mas as normas de direitos fundamentais adquirem um caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nela reunidos.⁶

O autor continua esclarecendo:

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.⁷

Regras são discernidas como espécies normativas que prescrevem sua aplicação aos fatos sob a perspectiva do “tudo ou nada” uma vez que expressam determinações peremptórias de aplicação automática a partir da satisfação do suporte fático delimitado.

No caso de eventualmente se demonstrar uma colisão entre regras, o ordenamento jurídico lança mão de critérios de integração legislativamente pré-determinados. Esta regulamentação normativa no direito brasileiro é realizada por meio da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que define que a regra posterior revoga norma anterior, bem como determina a aplicação da lei específica no lugar de lei geral:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior⁸.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 141.

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 144.

⁸ BRASIL. Decreto-lei n° 4.657, *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] Brasília, DF, 1942. Disponível

Caso estes critérios não sejam capazes de solucionar a colisão de regras apresentada, resta a análise da dimensão de validade destas normas. Assim, é exigida a apreciação de invalidade de uma destas regras ou inserção de uma cláusula de exceção que deslinde a questão.

Por sua vez, os princípios se adjetivam como mandados de otimização uma vez que devem ser realizados na maior medida possível sinalizando uma prescrição *prima facie* e não rígida, limitados pelas condições fáticas e jurídicas dos elementos concretos e dos demais princípios aplicáveis ao caso.

Considerando-se o seu grau de generalidade e de permeabilidade do ordenamento jurídico, os princípios tendem a entrar em conflito em casos práticos, quando são capazes de justificar decisões em sentidos opostos.

Nesta monta, o fenômeno de conflito de princípio de direitos fundamentais, pela teoria apresentada pelo Alexy, demanda a apreciação do balanceamento por meio do qual de identifica, pelo condicionamento do caso concreto em tela, qual dos princípios terá precedência sobre o outro em razão da atribuição de maior peso.

Nas lições de Alexy, “segundo a lei do sopesamento, a medida permitida da não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro”.⁹

Corroborando-se que o âmbito de incidência de um princípio não é definido em si mesmo, sendo restringido pelas possibilidades fáticas e jurídicas de outro princípio, por meio da precedência condicionada ao caso concreto.

Essa precedência é obtida por meio da ponderação de princípios que deve estar atenta ao respeito a três subprincípios: da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Assim se elucida:

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 dez. 2018.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 167.

A proporcionalidade (em sentido amplo) compreende três máximas parciais: a adequação (ou idoneidade), a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Adequação representa a adoção de um meio idôneo a fomentar a aplicação de um determinado princípio, apesar de afetar negativamente a realização de outro princípio. A necessidade implica na escolha do meio menos gravoso entre os adequados. Na ponderação entre princípios, avaliar a proporcionalidade em sentido estrito significa observar o grau de afetação de um dos princípios, a importância da satisfação do outro princípio e se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.¹⁰

A aplicação da lei da colisão demonstra que as submáximas de adequação e necessidade se adstringem as limitações fácticas aos princípios, cabendo a proporcionalidade em sentido estrito a limitação jurídica. O resultado obtido com o sopesamento molda a norma do caso concreto explicitando uma regra de preferência, sendo que a construção jurisprudencial de demais regras de preferências constituem também um fundamento racional para outros balanceamentos. Conforme enuncia-se:

Os princípios como ordens ideais a serem otimizadas requerem a sua realização mediante esquemas de sopesamento, transformando a sua condição de comando máximo, ideal, em comandos condicionais, reais, na produção de uma regra de precedência ou lei de colisão. Essa regra de precedência condicionada forneceria à aplicação do Direito o suporte fáctico necessário para sua incidência como norma de direito fundamental atribuída.¹¹

Ressalta-se que a ponderação realizada entre os princípios em conflitos se justifica racionalmente em função da adoção de um modelo fundamentado em que o enunciado de preferência tem a sua eleição com esteio racional pela atribuição de

¹⁰ LUDWIG, Guilherme Guimarães. Pós-positivismo e os princípios em Robert Alexy. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2740, 1 jan. 2011, p. 12. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18164>>. Acesso em: 19 out. 2018.

¹¹ MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Coordenador Lenio Luiz Streck. 2. ed. rev e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 64.

pesos aos princípios mensurados quanto a seus graus de satisfação e de não afetação.¹²

Os juízos de valores operados quanto aos pesos definidos e a pretensão de correção afastam da lei de colisão o decisionismo e intuicionismo não comportados em um Estado Democrático de Direito, que demanda a fundamentação racional como fator de legitimação e conseqüentemente de validade das decisões.

No ordenamento jurídico pátrio, é relevante apontar o mandamento constitucional que demonstra essa necessidade:

Art. 93, IX, da Constituição Federal - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.¹³

Assim, por intermédio da teoria apresentada é possível aferir o direito fundamental a ser aplicado aos litígios sociais, em função do resultado racional de balanceamento de conflitos de regras ou colisão entre princípios, podendo se demonstrar como esforço metodológico a evidenciar ainda o estudo de casos pilares da construção filosófica e jurídica, conforme o dos exploradores de caverna insculpido por Lon L. Fuller.

4 RELEITURA DO CASO DOS EXPLORADORES DE CAVERNAS A PARTIR DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

4.1 INTROITO

¹² Cf. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2, junho de 2003.

¹³ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.

O *Caso dos Exploradores de Cavernas*¹⁴ narra a história de quatro réus que, após terem sido denunciados pelo crime de homicídio, foram processados e condenados, em primeira instância, pelo Tribunal do Condado de Stoeffield, à pena de morte por enforcamento.

Inconformados com essa decisão, eles recorreram à Suprema Corte de Newgarth, alegando vício. Os fatos que fundamentaram a sentença condenatória estão suficientemente descritos no relatório e no voto do Ministro Truepenny, Presidente daquela Suprema Corte.

4.2 BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Depois de trinta e dois dias de prisão subterrânea, quatro espeleólogos confessaram haver sacrificado a vida do colega Roger Whetmore, após terem tirado na sorte para ver quem deveria ser morto e comido – conforme sugestão dada pelo próprio Roger Whetmore, apesar de ter se retirado do arranjo antes de lançarem os dados.

Após um polêmico e empatado julgamento, em grau de recurso, na Suprema Corte de Newgarth, a condenação e a sentença de primeiro grau foram confirmadas, acabando os quatro réus sendo punidos com a pena capital.

Diante destes fatos, analisaremos abaixo os votos de cada ministro, confrontando-os com os pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, de forma a verificar suas incompatibilidades e coerências.

4.3 VOTO DO MINISTRO TRUEPENNY

Na fundamentação do voto condutor do julgamento, o

¹⁴ FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.851-1.875, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

Ministro Presidente buscou verificar se a situação objeto da *petition of error* se enquadrava à regra que tipifica o crime de homicídio doloso, nos termos do art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoefield-Newgarth, mediante aplicação da norma positivada pelo legislador.

Em seu voto, Truepenny baseou-se, unicamente, na situação fática e no dispositivo legal supracitado, cuja redação era por demais conhecida: “Quem, intencionalmente, tirar a vida de outro, será punido com a morte”.¹⁵ Contudo, no seu entendimento, “este estatuto não permitia nenhuma exceção aplicável a este caso”.¹⁶

À primeira vista, o Ministro Truepenny parece ter fundamentado sua decisão de forma consistente com o sistema legal infraconstitucional e coerente com a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Isso porque, de acordo com o entendimento do próprio Alexy, a aplicação das normas positivadas devem ter caráter preponderante no exercício da jurisdição, já que tais regras representam uma decisão do legislador, autoridade legitimada democraticamente para eleger preferências da sociedade.¹⁷

Assim, ao verificar que o caso dos exploradores de cavernas se amoldava ao suporte fático do art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoefield-Newgarth, o Ministro Presidente aplicou esta regra, obedecendo a preferência previamente estabelecida pelo legislador.

Em seu raciocínio, o art. 12-A do Código Penal do

¹⁵ No original: “Whoever shall willfully take the life of another shall be punished by death”. FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.853, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁶ No original: “This statute permits of no exception applicable to this case”. FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.853, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 140.

Condado de Stoeffield-Newgarth teria validade jurídica, razão pela qual deveria fazer exatamente aquilo que ele prescreve, ou seja, condenar à morte aquele que dolosamente tirou a vida de outrem, mantendo, assim, o veredicto do júri, com base no qual, o juiz de primeira instância considerou os réus como culpados pelo homicídio de Roger Whetmore.

Com efeito, após relatar o extraordinário caso dos exploradores de cavernas, o Ministro Presidente votou por manter a sentença do juiz de primeira instância, que acolheu a decisão soberana do corpo de jurados, condenando os réus à pena de encarceramento, e solicitando que esta fosse convertida em pena de prisão, por seis meses, conforme posterior pedido de clemência dirigido pelos jurados ao Chefe do Poder Executivo.

Ocorre que, mesmo nos casos em que a restrição a Direito Fundamental encontra-se vinculada a alguma regra criada pelo legislador, o magistrado poderá desconsiderá-la, a partir do exame de proporcionalidade.¹⁸

Aliás, considerando a situação trágica que envolvia os exploradores de cavernas, o Ministro Truepenny argumentou que, em casos semelhantes, o *princípio de clemência executiva* parecia perfeitamente adequado para mitigar os rigores da lei; fazendo-se, com isso, justiça sem ofender a letra e o espírito da lei, e sem oferecer qualquer tipo de encorajamento para o seu descumprimento.

Contudo, sem recorrer ao exame de proporcionalidade, o Ministro Truepenny fundamentou sua decisão de forma incoerente com os pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

4.4 VOTO DO MINISTRO FOSTER

Ao contrário do Presidente da Suprema Corte de

¹⁸ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 179.

Newgarth, o Ministro Foster deixou transparecer no seu voto uma hipótese de conflito entre Direitos Fundamentais a requerer ponderação de interesses concorrentes: de um lado, o direito de punir do Estado (interesse coletivo), fundamentado na necessidade de defender a liberdade pública, confiada aos seus cidadãos, da usurpação por indivíduos; do outro, o direito à vida (interesse individual), enquanto fonte primária de todos os outros bens jurídicos.

O Ministro Foster foi o que melhor *nutriu* seu voto com os pressupostos da teoria constitucional de Robert Alexy, revelando ser o juiz mais bem preparado daquela Suprema Corte para o julgamento de questões que envolvam colisão de Direitos Fundamentais.

Inicialmente, fez oportunas observações acerca do Direito Natural e o Direito Positivo, analisando os diferentes ramos do Direito, bem como a competência e a jurisdição da Justiça local.

Após dar uma verdadeira aula para todos os seus ilustres pares no que diz respeito à Teoria do Contrato Social, de Jean Jacques Rousseau, deixou assente, no seu voto, que a Lei é a fonte primária do Direito.

Chamando à colação os princípios gerais do Direito, entendeu que todos os quatro acusados se encontravam sob o manto da excludente de ilicitude (mais especificamente, do *estado de necessidade*).

Procedendo ao exame de proporcionalidade, Foster soluciona o conflito entre regras (direito de punir *versus* direito à vida), introduzindo no art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoeffield-Newgarth uma *cláusula de exceção*, tal como proposto na teoria constitucional de Robert Alexy.

Foster sustenta sua conclusão em dois fundamentos independentes: na primeira parte de seu voto, ele argumenta que os exploradores de cavernas não estavam sujeitos à lei positivada, já que, naquelas circunstâncias, eles se encontravam num

verdadeiro “estado de natureza”; ao passo que, na segunda parte de seu voto, ele busca demonstrar que os réus não violaram as disposições do art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoeffield-Newgarth – ambos, todavia, suficientes para justificar a absolvição dos réus.

O primeiro desses fundamentos repousa na premissa de que o Direito Positivo vigente na Commonwealth, incluindo todos os dispositivos legais e precedentes jurisprudenciais, seria inaplicável a este caso, pois este estaria regido pelo Direito Natural. No entendimento de Foster:

Essa conclusão repousa na proposição de que nossa lei positiva se baseia na possibilidade da coexistência dos homens na sociedade. Quando surge uma situação em que a coexistência de homens se torna impossível, então uma condição subjacente a todos os nossos precedentes e estatutos deixou de existir. Quando essa condição desaparece, então é minha opinião que a força de nossa lei positiva desaparece com ela. Não estamos acostumados a aplicar a máxima *cessante racione legis, cessat et ipsa lex* a toda a nossa lei promulgada, mas acredito que este é um caso em que a máxima deveria ser aplicada.¹⁹

Assim, o art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoeffield-Newgarth perderia sua validade jurídica diante do surgimento de uma situação extraordinária que impossibilitou a coexistência daqueles homens em sociedade, aplicando, assim, a máxima *cessante rationes legis, cessat et ipsa lex* (“cessando a razão da lei, cessa também os seus efeitos”).

Este primeiro argumento repousa na premissa alexyana de que quando as normas incompatíveis forem regras e a

¹⁹ No original: “This conclusion rests on the proposition that our positive law is predicated on the possibility of men’s coexistence in society. When a situation arises in which the coexistence of men becomes impossible, then a condition that underlies all of our precedents and statutes has ceased to exist. When that condition disappears, then it is my opinion that the force of our positive law disappears with it. We are not accustomed to applying the maxim *cessante racione legis, cessat et ipsa lex* to the whole of our enacted law, but I believe that this is a case where the maxim should be so applied”. FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.854, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

incompatibilidade for total, deverá ser declarada a invalidade de uma delas, a partir dos critérios hierárquico, da especialidade, e cronológico.²⁰

Convém ressaltar, todavia, que quando o conflito entre regras envolve mais de um desses critérios (*antinomia de segundo grau*), o critério hierárquico deverá sempre prevalecer sobre os demais. Sendo assim, na perspectiva jusnaturalista adotada pelo Ministro Foster, a norma superior (*Direito Natural*) revoga a norma inferior (*Direito Positivo*) quando houver incompatibilidade absoluta entre elas.

Procedendo ao *exame de proporcionalidade*, Foster desconsidera a regra legislativa insculpida no art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoeffield-Newgarth, aplicando, assim, os princípios concorrentes no caso em análise.

Não obstante esse dispositivo legal tenha sido resultado de sopesamento entre princípios realizado pelos legisladores do Condado de Stoeffield-Newgarth, Foster aplica a ponderação e desconsidera essa regra legislativa, garantindo, assim, com que aqueles princípios se realizem na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso dos exploradores de cavernas.

De acordo com a teoria de Robert Alexy, o exame da proporcionalidade serve para avaliar tais condições por meio de três subregras: a adequação, a necessidade, e a proporcionalidade em sentido estrito.

O exame da *adequação* serve para avaliar se a medida adotada realiza um fim legítimo, qual seja: a realização de outro princípio.²¹ A esse propósito, vale mencionar um trecho do voto proferido pelo Ministro Foster, de cuja dicção depreende-se a rigidez dos argumentos ora apresentados na teoria de Robert Alexy:

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 170.

[...] no momento em que Roger Whetmore foi morto por esses réus, eles estavam, para usar uma a linguagem singular dos escritores do século XIX, não em um “estado da sociedade civil”, mas em um “estado de natureza”. Isto tem a consequência de que a lei que lhes é aplicável não é a lei promulgada e estabelecida desta Commonwealth, mas a lei derivada daqueles princípios que eram adequados à sua condição. Não hesito em dizer que, sob esses princípios, eles eram inocentes de qualquer crime.²²

Nesse sentido, o exame da adequação revela que a medida adotada realiza um fim legítimo. Quer dizer, com isso, que realiza aqueles princípios que eram adequados ao “estado de natureza” em que se encontravam os exploradores de cavernas.

O exame da *necessidade* permite, por sua vez, identificar, dentre dois meios aproximadamente adequados, qual deles intervém de modo menos gravosos no princípio não prevalente. Nesta etapa, a necessidade de uma medida estatal é avaliada por meio de um teste comparativo. É altamente ilustrativo transcrever, nesse sentido, os clarividentes excertos de seu voto:

Se os trágicos acontecimentos deste caso tivessem acontecido uma milha além dos limites territoriais da nossa Commonwealth, ninguém fingiria que nossa lei lhes era aplicável. Reconhecemos que a jurisdição depende de uma base territorial. Os fundamentos deste princípio não são de modo algum óbvios e raramente são examinados. Assumo que este princípio é apoiado por uma suposição de que é possível impor uma única ordem legal a um grupo de homens somente se eles viverem juntos dentro dos limites de uma determinada área da superfície da Terra. A premissa de que os homens devem coexistir em um grupo está subjacente, então, ao princípio

²² No original: “[...] at the time Roger Whetmore's life was ended by these defendants, they were, to use the quaint language of nineteenth-century writers, not in a “state of civil society” but in a “state of nature.” This has the consequence that the law applicable to them is not the enacted and established law of this Commonwealth, but the law derived from those principles that were appropriate to their condition. I have no hesitancy in saying that under those principles they were guiltless of any crime”. FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.855, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

territorial, como faz todo o direito. Agora afirmo que um caso pode ser removido moralmente da força de uma ordem legal, bem como geograficamente. Se olharmos para os propósitos da lei e do governo e para as premissas subjacentes à nossa lei positiva, esses homens, quando tomaram sua decisão fatídica, estavam tão distantes de nossa ordem legal quanto se estivessem a mil milhas além de nossos limites. Mesmo em um sentido físico, sua prisão subterrânea foi separada de nossos tribunais e oficiais de justiça por uma sólida cortina de rocha que só pôde ser removida depois dos mais extraordinários gastos de tempo e esforço.²³

Neste caso, Foster mostra que dentre os meios mais adequados, este interviria de modo menos gravoso no princípio (não prevalente) da territorialidade.

Por último, o exame da *proporcionalidade em sentido estrito*, torna viável a análise das condicionantes jurídicas do caso concreto. Nesta última etapa, o magistrado deve sopesar a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que fundamenta a adoção da medida restritiva em questão. Nesse sentido, oportuna a citação de um trecho do seu voto, quando aduz que:

As condições usuais da existência humana nos inclinam a pensar na vida humana como um valor absoluto, a não ser

²³ No original: “Had the tragic events of this case taken place a mile beyond the territorial limits of our Commonwealth, no one would pretend that our law was applicable to them. We recognize that jurisdiction rests on a territorial basis. The grounds of this principle are by no means obvious and are seldom examined. I take it that this principle is supported by an assumption that it is feasible to impose a single legal order upon a group of men only if they live together within the confines of a given area of the earth’s surface. The premise that men shall coexist in a group underlies, then, the territorial principle, as it does all of law. Now I contend that a case may be removed morally from the force of a legal order, as well as geographically. If we look to the purposes of law and government, and to the premises underlying our positive law, these men when they made their fateful decision were as remote from our legal order as if they had been a thousand miles beyond our boundaries. Even in a physical sense, their underground prison was separated from our courts and writ-servers by a solid curtain of rock that could be removed only after the most extraordinary expenditures of time and effort”. FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.855, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

sacrificado em nenhuma circunstância. Há muito do que é ficção sobre essa concepção, mesmo quando ela é aplicada às relações comuns da sociedade. Nós temos uma ilustração desta verdade no mesmo caso diante de nós. Dez operários foram mortos no processo de remoção das rochas da abertura para a caverna. Os engenheiros e funcionários do governo que dirigiram o esforço de resgate não sabiam que as operações que estavam realizando eram perigosas e envolviam um sério risco para as vidas dos trabalhadores que os executavam? Se fosse apropriado que essas dez vidas fossem sacrificadas para salvar a vida de cinco exploradores presos, por que nos disseram que era errado para esses exploradores realizar um arranjo que salvaria quatro vidas ao custo de uma?²⁴

Com efeito, fica demonstrado, à saciedade, o alto grau de restrição ao direito fundamental atingido (no caso, o direito à vida) quando comparado com a importância da realização do direito fundamental (mais especificamente, das liberdades públicas garantidas pelo direito de punir do Estado) que fundamenta a adoção da medida restritiva em questão (ou seja, da pena de morte). Isto conclui a exposição do primeiro fundamento de sua decisão.

O segundo fundamento segue rejeitando hipoteticamente todas as premissas que Foster formulou até o momento. Admite, então, somente para fins de argumento, que ele estivesse errado em dizer que a situação daqueles homens os removia da incidência do Direito Positivo, e supõe que os Estatutos Consolidados

²⁴ No original: “The usual conditions of human existence incline us to think of human life as an absolute value, not to be sacrificed under any circumstances. There is much that is fictitious about this conception even when it is applied to the ordinary relations of society. We have an illustration of this truth in the very case before us. Ten workmen were killed in the process of removing the rocks from the opening to the cave. Did not the engineers and government officials who directed the rescue effort know that the operations they were undertaking were dangerous and involved a serious risk to the lives of the workmen executing them? If it was proper that these ten lives should be sacrificed to save the lives of five imprisoned explorers, why then are we told it was wrong for these explorers to carry out an arrangement which would save four lives at the cost of one?”. FULLER, Lon L. *The Case of the Speluncean Explorers*. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.856-1.857, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

pudessem penetrar quintos pés de rochas e impor-se sobre esses homens famintos amontoados em sua prisão subterrânea.

Ainda assim, Foster mostra que toda proposição de Direito Positivo, quer contida numa lei ou em um precedente jurisprudencial, deve ser interpretada de modo racional, à luz de seu propósito evidente.²⁵

Para solucionar, então, esse conflito de regras, Foster introduz, numa dela, uma cláusula de exceção (no caso, a excluída de ilicitude do estado de necessidade), ajustando-se, assim, aos pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.²⁶

4.5 VOTO DO MINISTRO TATTING

Ao analisar este trágico caso, o Ministro Tattling, ao contrário do que ele mesmo imaginava, não conseguiu dissociar suas íntimas emoções do necessário tecnicismo jurídico para decidir o caso baseado numa demonstração convincente e lógica do resultado exigido ao se interpretar e aplicar a lei daquele país.

Com isso, Tattling desconsiderou, por completo, a regra legislativa, não conseguindo articular a discussão sobre juízos de dever e juízos de valor, de acordo com parâmetros formais de racionalidade, portanto, de objetividade, tal como proposto na *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy.²⁷

Apesar de discorrer, com facilidade, sobre o contrato social e sobre o direito natural, fez inúmeros rodeios jurídico durante sua exposição, criticando as opiniões dos colegas que os antecederam no voto. Admitindo que perplexidades o

²⁵ FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.875, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

²⁶ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

²⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

acometiam, reconheceu que se sentia forçado a aceitar o ponto de vista de Foster; mas, ao mesmo tempo, inclinava-se no sentido de manter a condenação.

Tatting também criticou a atuação do Ministério Público por haver oferecido a denúncia inaugural, trazendo, antes, à baila, o trágico processo de Jean Valjean, que fora equivocadamente analisado por Vitor Hugo, agora não mais aceito naquela Suprema Corte como precedente jurisprudencial.

Por fim, não conseguindo conciliar o vago moralismo de seu colega com seu próprio sentimento de fidelidade à lei escrita, Tatting recusou-se a participar da decisão daquele caso, negando-se à prestação da atividade jurisdicional, por duas vezes, revelando, assim, a inexistência, naquele país, do instituto da exceção de suspeição, por motivo de foro íntimo.

4.6 VOTO DO MINISTRO KEEN

O Ministro Keen, demonstrando conhecer a doutrina e a jurisprudência pátria, procurou saber, estritamente dentro do espírito do art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoeffield-Newgarth, se os quatro réus haviam, ou não, ceifado dolosamente a vida de Roger Whetmore.

Em seu voto, Keen criticou a postura de Foster de sempre procurar lacunas na lei, bem como o rendilhado jurídico de Tatting. Entendeu, também, que a excludente de ilicitude (mais especificamente, a legítima defesa) não se aplicaria àquele caso, lamentando não haver ocorrido, antes, uma reforma legislativa que previsse outro fundamento compreensível e racional, como, por exemplo, o estado de necessidade, que pudesse favorecer, agora, os réus do caso dos exploradores de cavernas.

Reconhecendo, implicitamente, que nesse caso a colisão entre princípios já fora reduzida a regra positivada pela autoridade competente, o Ministro Keen entendeu que a sentença de primeiro grau deveria ser confirmada, decidindo, assim, o

conflito com a aplicação do disposto na literalidade do art. 12-A do Código Penal do Condado de Stoeffield-Newgarth.

Nesse julgamento, o Ministro Keen frisou a preponderância dos critérios jurídicos extraídos das regras positivadas pelo legislador, com base no *princípio da supremacia do Poder Legislativo*, e fundamentou seu voto demonstrando a adequação da aplicação da regra do art. 12-A do Código Penal ao caso dos exploradores de cavernas. Dessa forma, destacou que: “Daquele princípio decorre a obrigação do Judiciário de aplicar fielmente a lei escrita e de interpretá-la de acordo com seu significado evidente, sem referência aos nossos defesos pessoais ou às nossas concepções individuais de justiça”.²⁸

À primeira vista, poderíamos imaginar que essa decisão se coadunaria com os pressupostos da teoria de Robert Alexy, para quem as regras se realizam de forma absoluta.²⁹ Aliás, a restrição a direito fundamental (no caso, direito à vida) encontrar-se-ia vinculada à regra criada pelo legislador (mais especificamente, ao art. 12-A do Código Penal) e, sendo ela válida, deveria ser cumprida.

Ocorre que, mesmo nos casos em que a colisão entre princípios já fora reduzida a regra positivada pela autoridade competente, fica ressalvado o cabimento do exame de proporcionalidade.³⁰

Não obstante isso, considerando apenas a boa regra de conduta (não tirar, dolosamente, a vida de outrem) distinguida pela utilidade que poderia proporcionar a um indivíduo em particular (no caso, a Roger Whetmore) e, por extensão, à toda

²⁸ No original: “From that principle flows the obligation of the judiciary to enforce faithfully the written law, and to interpret that law in accordance with its plain meaning without reference to our personal desires or our individual conceptions of justice”. FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.865, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.

²⁹ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. 4. ed. México: Fontamara, 2010, p. 14.

³⁰ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 179.

coletividade, o Ministro Keen entendeu que a sentença de primeiro grau deveria ser mantida.

Assim, sem recorrer ao exame de proporcionalidade, o Ministro Keen fundamentou sua decisão de forma consistente com o sistema legal infraconstitucional, mas incoerente com os pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

4.7 VOTO DO MINISTRO HANDY

O Ministro Handy, estupefato com o conteúdo das decisões adotadas pelos colegas que o antecederam, proferiu extenso voto, trazendo a lume sua experiência de trinta anos na magistratura.

Buscou os fundamentos do seu voto nos desdobramentos da mídia e da opinião pública, censurando a atuação do Ministro Tatting, bem como o distanciamento de todos os ramos do Governo, especialmente o Poder Judiciário, em relação ao povo.

Contudo, ao se deixar ser influenciado pelo sentimento da opinião pública frente ao caso, o Ministro Handy não fundamentou racionalmente sua decisão, não observando, assim, os critérios que se impõem a discursos práticos e especialmente ao discurso jurídico, em que há questões valorativa em debate, de modo que possam ser esses discursos chamados racionais à luz da *Teoria da Argumentação Jurídica*, de Robert Alexy.³¹

Negando legitimidade ao Chefe do Poder Executivo para dar a palavra final naquele caso concreto, seguiu, na esteira do Ministro Foster, entendendo que os réus eram inocentes da prática do crime que constituía o objeto da acusação e que a sentença de primeira instância deveria ser reformada.

5 CONCLUSÃO

³¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Na decisão do caso dos exploradores de cavernas há três ideias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional vigente no Condado de Stowfield-Newgarth, de acordo com os pressupostos da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

A primeira ideia seria a de que a garantia constitucional de direitos individuais (mais especificamente, do direito à vida) não corresponde simplesmente a uma garantia dos direitos fundamentais de primeira geração – os clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Na verdade, os direitos constitucionais incorporam, ao mesmo tempo, uma ordem principiológica objetiva.

Assumindo essa linha de raciocínio, podemos dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso dos exploradores de cavernas, caso se repetisse no contexto atual, seria a afirmação de que os princípios constitucionais se aplicam não somente à relação entre cidadão e Estado; mas, também, à todas as áreas do Direito, inclusive na área criminal.

Sob essa óptica, os direitos constitucionais possuem uma aplicabilidade ampla, exercendo, assim, um efeito irradiante sobre todo o sistema jurídico. Neste sentido, os direitos constitucionais assumiriam até mesmo um caráter onipresente.

A terceira ideia estaria implícita na estrutura mesma dos princípios constitucionais. Princípios tendem a colidir, e uma colisão entre princípios, de acordo com o entendimento de Robert Alexy, só poderia ser resolvida por meio do balanceamento.

Com efeito, a grande lição que podemos extrair da decisão do caso dos exploradores de cavernas, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano dos Ministros da Suprema Corte, seja a de que um balanceamento de princípios, muitas das vezes, se mostra necessário para que haja uma maior racionalidade no controle de constitucionalidade.

Imaginando-se, então, que aquele fato tivesse ocorrido

nos dias de hoje, no imaginário Condado de Stowfield, e que um dos garotos tivesse sido morto e comido pelos companheiros, sendo esse caso levado à Suprema Corte de Newgarth, o veredicto seria pela absolvição dos réus, caso o Presidente do Tribunal tivesse proferido seu voto com base na *Teoria dos Direitos Fundamentais* de Robert Alexy.

Isso porque, mesmo nos casos em que a colisão entre princípios já fora reduzida a regra positivada pela autoridade competente, fica ressaltado o cabimento do exame de proporcionalidade.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*. Vol. 16, nº 2, junho de 2003.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- _____. *Derecho y razónpráctica*. 4. ed. México: Fontamara, 2010.
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]* Brasília, DF, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 dez. 2018.
- _____, Decreto-lei nº 4.657, *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. *Diário Oficial [da República*

- Federativa do Brasil]* Brasília, DF, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 dez. 2018.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. *Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In Revista de Direito Comparado, vol. 03. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- COURA, Alexandre de Castro. *Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In)constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2018.
- _____. ROCHA, Lívia Avance. Tutela jurisdicional do meio ambiente e fenômeno da colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do STF e do STJ. *Revista de Direito Ambiental*, v. 19, b. 76, out/dez 2014.
- FULLER, Lon L. The Case of the Speluncean Explorers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 112, n. 8, p. 1.851-1.875, jun. 1999. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1342397>>. Acesso em: 30 jan. 2019.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães. Pós-positivismo e os princípios em Robert Alexy. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2740, 1 jan. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18164>>. Acesso em: 19 out. 2018.
- MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Coordenador Lenio Luiz Streck. 2. ed. rev e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.