
INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO I

AUTOR: FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL
COLABORAÇÃO: MARIA EDUARDA SKOWRONSKI E KATARINA PITASSE

Sumário

Introdução ao Estudo do Direito I

APRESENTAÇÃO	3
VISÃO GERAL DO PROGRAMA	5
MÓDULO I: AS BASES DO RACIOCÍNIO JURÍDICO	7
1º TEMA: HÁ UM RACIOCÍNIO ESPECIFICAMENTE JURÍDICO?	7
2º TEMA: DECISÃO, RACIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO. EM QUE SENTIDO A DECISÃO JURÍDICA É LÓGICA?	22
3º TEMA: EM QUE MEDIDA SE PODE FALAR EM NEUTRALIDADE NO DIREITO?	26
4º TEMA: O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO	41
MÓDULO II: NORMA JURÍDICA, A ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO E O CONTEÚDO DOS CRITÉRIOS DE JURIDICIDADE	89
5º TEMA: NORMATIVIDADE E NORMA JURÍDICA	89
6º TEMA: OS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA E AS FONTES DE DECISÃO. DIREITO OBJETIVO E SUBJETIVO.	91
7º TEMA: COMPETÊNCIA	95
8º TEMA: VALIDADE, EFICÁCIA E O PROBLEMA DO PERTENCIMENTO. INÍCIO E TÉRMINO DE VIGÊNCIA DAS LEIS	107
9º TEMA: A TENSÃO ENTRE AS DIMENSÕES REAL E IDEAL DO DIREITO E A INCLUSÃO DE ELEMENTOS MORAIS ENTRE OS CRITÉRIOS DE VALIDADE. BREVE NOTA SOBRE O DEBATE ENTRE POSITIVISTAS E NÃO-POSITIVISTAS.	109
MÓDULO III: CRIAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES JURÍDICOS DECISÓRIOS	113
10º TEMA: REGRAS: ESTRUTURA E IMPLICAÇÕES	113
11º TEMA: REGRAS: PROBLEMAS DE INCIDÊNCIA E DE APLICAÇÃO	125
12º TEMA: TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS. REGRAS, PRINCÍPIOS E PROPÓSITOS/POLÍTICAS.	127
13º TEMA: A DECISÃO COM BASE EM REGRAS. CÂNONES TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES.	129
14º TEMA: ANALOGIA	131
15º TEMA: O TRABALHO COM PRECEDENTES ENTRE O RACIOCÍNIO ANALÓGICO E A APLICAÇÃO DE REGRAS	143
16º TEMA: O TRABALHO COM PRINCÍPIOS JURÍDICOS	159
17º TEMA: DOGMÁTICA JURÍDICA E SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DECISÓRIO. ARGUMENTO DE AUTORIDADE OU AUTORIDADE DO ARGUMENTO?	181
GLOSSÁRIO JURÍDICO	182



APRESENTAÇÃO

Seja bem-vindo a Introdução ao Estudo do Direito I (IED I). Ao longo do semestre lidaremos com temas considerados fundamentais para o desenvolvimento do raciocínio jurídico. Esses temas, por sua vez, orbitarão permanentemente em torno de uma preocupação fundamental do direito, que, muitas vezes, também envolve aspectos problemáticos. Servindo-nos de um neologismo, podemos dizer que essa preocupação está vinculada à *decidibilidade de conflitos*, questão que pode levar ao que designaremos como o *problema da decisão jurídica*. Mas o que isso significa precisamente?

Antes de esclarecer o que será visto na disciplina, é importante dizer aquilo de que IED I *não* se ocupa. E a razão é simples. O título da disciplina pode criar a falsa expectativa de que IED I é um curso destinado a lidar com questões imediatamente relacionadas a assuntos típicos do direito penal, civil, empresarial e administrativo, como se a palavra “introdução” sugerisse que a disciplina se resumisse a um grande conjunto de manchetes ou a um amplo resumo dos temas que serão enfrentados ao longo de toda a graduação em direito. Na mesma linha, podemos dizer que IED I tampouco se propõe a aprofundar temas filosóficos complexos, como o conceito de direito ou o significado de justiça, ou mesmo servir como o ponto de partida para o estudo posterior do direito público e do direito privado. Na verdade, não é bem assim. Esses são certamente assuntos importantes, mas que serão trabalhados em outras disciplinas.

Que tipo de desafio, então, propõe o curso de IED I? A chave para entender este curso é percebê-lo, desde já, como uma introdução às estruturas fundamentais do direito e ao pensamento jurídico. IED I levanta, assim, uma pretensão de lidar com assuntos que aparecerão em todas as outras disciplinas da graduação em direito, mas não com os temas que serão especificamente trabalhados em cada uma delas. Essa é uma ideia já descartada. Isso exigirá de você algum esforço de abstração e de percepção analítica, habilidades que serão gradativamente desenvolvidas na medida em que formos nos aprofundando nas discussões da disciplina.

O olhar de IED I está voltado para aquilo que está por trás das leis e da prática daqueles que produzem e aplicam o direito. Discutiremos, nesse sentido, temas como o que é uma norma, como decisões jurídicas são e deveriam ser tomadas, o que garante o caráter sistemático das normas do direito e o que fazer quando o direito não dá uma resposta imediata para determinado problema.

Como anunciado, o foco de IED está prioritariamente voltado para o raciocínio jurídico. Os primeiros contatos que você manterá com o direito destinam-se, assim, menos a fornecer informações gerais e sistematicamente desconexas sobre a natureza do direito e alguns componentes da ordem jurídica, e mais a desenvolver elementos para a formação de um jurista capaz de



identificar e solucionar problemas a partir do conhecimento da estrutura das normas jurídicas, do sistema jurídico e dos diferentes tipos de argumentos com base nos quais as decisões jurídicas são fundamentadas.

O curso proposto não é, por isso, nem uma introdução geral ao direito privado e tampouco uma iniciação em questões filosóficas complexas. Ele não segue, assim, as linhas gerais dos cursos mais tradicionais sobre o assunto. Temas daquelas naturezas são, ao contrário, enfrentados apenas na medida em que são úteis para o desenvolvimento de reflexões em torno do problema da decisão jurídica, centro das preocupações da disciplina.

O curso de IED I é composto por três grandes módulos organizados em torno das seguintes preocupações: as bases do raciocínio jurídico, a estrutura do sistema jurídico e a aplicação de normas jurídicas. Esses módulos foram organizados em temas e em torno deles este material foi construído. Não há – é bom que se diga – qualquer relação entre temas e aulas. Uma aula pode envolver discussões de temas diferentes e um único tema pode exigir mais de uma aula. Tudo dependerá da complexidade dos assuntos e do andamento dos debates.

Em cada encontro serão discutidos casos, hipotéticos ou reais, de modo a facilitar a apreensão das intuições fundamentais de cada módulo e permitir a visualização imediata do sentido prático das discussões desenvolvidas em sala de aula. Alguns deles serão indicados antes das aulas. É importante que você manifeste as suas opiniões, dúvidas e impressões sobre os assuntos discutidos ao longo da aula. Elas serão fundamentais para o seu aprendizado e certamente contribuirão para a formação dos seus colegas.

Leituras serão sugeridas visando à apresentação, à sedimentação e ao aprofundamento dos assuntos. Elas poderão ser passadas antes ou depois das discussões tendo em vista a complexidade dos temas trabalhados e os objetivos didáticos imediatamente perseguidos. Quando indicadas *após* a realização da discussão em sala de aula sobre determinado assunto, será dedicada uma parte da aula subsequente para a discussão específica dos seus temas principais. Mas atenção: independentemente do momento sugerido para que você entre em contato com os textos, é essencial para o adequado aproveitamento do curso que você leia os casos e os textos indicados.

Os textos nem sempre serão simples, especialmente porque você começará a lidar com tópicos que poderão soar como novos, ainda que façam parte do seu dia a dia. Mas não se assuste. Tampouco se sinta desmotivado. Essa aparente dificuldade vai se dissipando ao longo do tempo de estudos. Quanto mais você mantiver contato com os temas discutidos, mais fácil se tornará o processo de compreensão dos textos passados. É como estudar um idioma novo. Um belo dia você perceberá que estará bem familiarizado com a linguagem e certos conceitos. E, além de tudo, você sempre poderá contar comigo para esclarecer pontos obscuros da matéria, seja durante os debates travados em sala de aula, seja nos horários reservados para atendimento aos alunos.

Boas leituras e bom curso!



VISÃO GERAL DO PROGRAMA

PARTE I – AS BASES DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

- Apresentação do curso: o problema da decisão jurídica como eixo orientador das discussões
- Há um raciocínio especificamente jurídico? O que diferenciaria o procedimento jurídico de tomada de decisão dos procedimentos de outros domínios?
- Decisão, racionalidade e fundamentação. Em que sentido a decisão jurídica é *lógica*? Justificação interna e externa. O problema da subsunção.
- O mito da neutralidade. O elemento volitivo na decisão judicial e a importância da observância de padrões preexistentes.
- O caráter argumentativo do direito. Uma tipologia geral de argumentos jurídicos.

PARTE II – NORMAS JURÍDICAS, A ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO E O CONTEÚDO DOS CRITÉRIOS DE JURIDICIDADE

- Normatividade e norma jurídica. Normas como razões. Texto e norma.
- Os elementos fundamentais da relação jurídica e as fontes de decisão. Direito objetivo e direito subjetivo.
- Competência.
- Validade, eficácia e o problema do pertencimento. Início e término de vigência de leis.
- A tensão entre as dimensões real e ideal do direito e a inclusão de elementos morais entre os critérios de validade. Breve nota sobre o debate entre positivistas e não positivistas.



PARTE III – CRIAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES JURÍDICOS DECISÓRIOS

- Diferenciação estrutural entre normas jurídicas. Regras, princípios e propósitos/políticas. Caracterização.
- A importância das regras no sistema jurídico. Estrutura normativa: antecedente/predicado fático, consequente e justificação subjacente. Transparência e opacidade no trabalho com regras.
- Criando e aplicando regras: problemas de linguagem, sobreinclusão e subinclusão. Inevitabilidade.
- Decidindo com regras: interpretação extensiva, restritiva, analogia. O uso dos cânones tradicionais de interpretação: limites e possibilidades.
- O trabalho com precedentes entre o raciocínio analógico e a aplicação de regras.
- Conflitos entre princípios e ponderação.
- Dogmática jurídica e simplificação do procedimento decisório. Argumento de autoridade v. autoridade do argumento.



MÓDULO I: AS BASES DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

1º TEMA: HÁ UM RACIOCÍNIO ESPECIFICAMENTE JURÍDICO?

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Casos fáceis e difíceis

Raciocínio jurídico

Especificidade do raciocínio jurídico

2. CASOS PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)

REsp 514.350 e Apelação Cível no. 2009.001.41668 TJ/RJ

Questões para orientação da leitura

- a) Os casos analisados são parecidos com os casos discutidos na aula anterior?
Em caso negativo, onde está a diferença? (dica: pense nas relações entre os fatos de cada caso e as respostas que o direito fornece para lidar com eles).
- b) Como cada tribunal decidiu a questão?
- c) Quais argumentos cada tribunal usou para sustentar as suas posições?
- d) Os julgadores se serviram apenas de argumentos jurídicos para fundamentar as suas decisões?
- e) Qual decisão lhe parece mais correta? Tente formular dois contra-argumentos para desqualificar a visão com a qual você não concorda.
- f) Qual decisão lhe parece mais bem fundamentada?

3. LEITURA OBRIGATÓRIA

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Introdução.



Questões para orientação da leitura obrigatória

- a) (*Questão prévia*): você acha que existe um modo de pensar que diferencia aqueles que lidam com o direito de outras pessoas sem formação jurídica?
- b) (*Questão prévia*): o que poderia caracterizar um raciocínio tipicamente jurídico?
- c) É possível, para o autor, pensar na existência de um raciocínio tipicamente jurídico?
- d) Quais são as bases a que comumente as pessoas se referem quando afirmam que existe um traço especificamente distintivo do raciocínio jurídico? Elas são realmente capazes, para o autor, de diferenciar o raciocínio de quem trabalha com o direito?
- e) Quais são os traços que aparecem predominantemente no modo de pensar de juízes, advogados e demais pessoas que têm o direito como objeto de estudo ou de trabalho? O que justificaria a predominância de certos fatores no modo de pensar dessas pessoas?
- f) O autor se refere, em certo momento do texto, a certa “estranheza específica” que caracterizaria o raciocínio jurídico? Em que consiste essa estranheza?

**CASOS PARA DISCUSSÃO:**

REsp 514.350

RECURSO ESPECIAL Nº 514.350 - SP (2003/0020955-3)**RELATÓRIO**

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: R. A. da S. interpõe, pela letra “a” do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 182):

“DANOS MORAIS - Condenação em investigação de paternidade julgada procedente - Inadmissibilidade - Hipótese em que só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, e dessa forma, antes disto não existia filiação reconhecida, e, conseqüentemente, não poderia o apelado descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai - Recurso provido.” Alega o recorrente que a decisão violou os arts. 159, 1.537 e 1.553 do Código Civil anterior, porquanto o investigado, cuja paternidade foi reconhecida e com isso se conformou, sabia da sua condição de genitor e, mesmo assim, furtou-se *“a dar carinho, atenção e presença ao filho, deixando-o à mercê do cruel repúdio”* (fl. 223); que restou comprovado nos autos que o réu *“namorava duas mulheres ao mesmo tempo, a genitora do recorrente e a pessoa com quem a despeito disso, o Recorrido casou-se e teve outros dois filhos, que sempre exibiram condição social e financeira de alto padrão e invejável à classe média”*; que sofreu *“sérios danos, tanto morais quanto patrimoniais, intelectuais e afetivos”*, daí porque postula a reforma parcial do acórdão para que o recorrido seja condenado *“ao pagamento de um salário mínimo por mês de vida do Recorrente, por sua recusa ilícita em reconhecer-lhe “ a paternidade.*

Sem contrarrazões (fl. 243)

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 249/251.

Parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, pelo Dr. Henrique Fagundes, no sentido do conhecimento e provimento do recurso, para restabelecer-se a sentença (fls. 257/262).

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

(Relator): Trata-se de ação de investigação de paternidade movida por R. A. da S., ora recorrente, contra J. L. N. de B., julgada parcialmente procedente em grau de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com o reconhecimento do estado de filiação, porém excluídos os danos morais obtidos em primeiro grau.

O voto condutor do acórdão, de relatoria do eminente Desembargador Leite Cintra, traz a seguinte fundamentação (fls. 183/185):

“Dá-se provimento ao recurso e afasta-se a condenação em danos morais como posto na r. sentença atacada. Ante a sucumbência parcial, arcará o réu apelante com 60% das custas do processo e com honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, devidamente corrigidos a partir desta data.

Não obstante merecedor de encômios, o digno Magistrado Clóvis Ricardo de Toledo Junior, ao ver da Turma Julgadora, não se houve com o melhor direito quando abraçou a tese da possibilidade de aplicação de danos morais em investigatória de paternidade julgada procedente, quando movida por filho maior de vinte e um anos, que, por se auto-sustentar e ante a impossibilidade de pleitear alimentos pretéritos, termina por compensar este pedido que lhe é negado com a verba estipulada a título de danos morais.

No caso dos autos, como já ressaltado no relatório, conformou-se o apelante com o reconhecimento da paternidade pelo julgado atacado, rebelando-se apenas contra a condenação no pagamento de 180 salários mínimos a título de danos morais.

Tem razão neste passo o ilustre Subscritor do recurso quando realça que fundamento fático da ação no que tange à referida condenação, é a assertiva de que o apelante teria fugido aos seus compromissos, furtando-se a lhe dar carinho, atenção e presença ao filho, deixando-o à mercê do cruel repúdio’.

Esta última colocação deixa claro que a indenização decorreria precisamente da prática dos atos acima que se constituiriam em atos ilícitos, supedâneo, aliás, para pedido de qualquer indenização, seja material, seja moral, como assentado no artigo 159 do Código Civil.

Ora, o próprio festejado Yussef Said Cahali, citado pelo digno Magistrado (‘Dano moral’, 2ª ed., pág. 662), quando alude à preexistência



da 'paternité de fait' à 'partenité de droit', em oposição à tese acima ali apontada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que negou dano moral porque só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, e dessa forma, 'antes disto, não existia filiação reconhecida, e, conseqüentemente, não poderia o apelado descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai', mais adiante, no terceiro parágrafo de fls. 663, afirma:

'Não se nega que, em função da simples 'paternité de fait', haveria deveres de criação e sustento do filho pelo genitor, mas simples dever moral, e não obrigação juridicamente exigível, que só nasce com a 'paternité de droit', com o reconhecimento voluntário ou judicial.

Afastada a configuração de 'abandono material' pelo não pagamento de alimentos pretéritos, restaria apenas uma difícil configuração de dano moral, já que o próprio 'abandono moral' não dispensaria o requisito do pátrio poder, que somente se constitui com o reconhecimento.'

Anote-se, por derradeiro, que o acima disposto não fere, ao ver da Turma Julgadora, seja o artigo 1º, inc. III, seja o artigo 5º, inc. V e X, da Constituição Federal.

Ante a sucumbência parcial, arcará o réu apelante com 60% das custas do processo e com honorários advocatícios fixados em R\$ 2.000,00, devidamente corrigidos a partir desta data.

Ante o expendido, dá-se provimento ao recurso e afasta-se a condenação em danos morais como posto na r. sentença atacada."

É apontada ofensa aos arts. 159, 1.537 e 1.553 do Código Civil anterior.

Tenho, entretanto, que a irresignação não prospera, posto que a decisão objurgada se harmoniza com o entendimento desta 4ª Turma no julgamento do Resp n. 757.411/MG, de relatoria do ilustre Ministro Fernando Gonçalves, cujo judicioso voto condutor, ao qual aderi naquela oportunidade, transcrevo, **verbis**:

"A questão da indenização por abandono moral é nova no Direito Brasileiro. Há notícia de três ações envolvendo o tema, uma do Rio Grande do Sul, outra de São Paulo e a presente, oriunda de Minas Gerais, a primeira a chegar ao conhecimento desta Corte.

A demanda processada na Comarca de Capão da Canoa – RS foi julgada precedente tendo sido o pai condenado por abandono moral abandono moral e afetivo da filha de nove anos, ao pagamento de indenização no valor correspondente a duzentos salários mínimos.

A sentença, proferida em agosto de 2003, teve trânsito em julgado, vez que não houve recurso do réu, revel na ação. Cumpre ressaltar que a representante do Ministério Público que teve atuação no caso entendeu que 'não cabe ao Judiciário condenar alguém ao pagamento de indenização por desamor', salientando não poder ser a questão resolvida com base na reparação financeira.

O Juízo da 31ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo- SP, a seu turno, condenou um pai a indenizar sua filha, reconhecendo que, conquanto fuja à razoabilidade que um filho ingresse com ação contra seu pai, por não ter dele recebido afeto, 'a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia'.

A matéria é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais, dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência humana e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como 'fatos da vida', hoje são tratadas como danos que merecem a atenção do Poder Judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa.

*Os que defendem a inclusão do abandono moral como dano indenizável reconhecem ser impossível compelir alguém a amar, mas afirmam que 'a indenização conferida nesse contexto não tem a finalidade de compelir o pai ao cumprimento de seus deveres, mas atende duas relevantes funções, além da compensatória: a punitiva e a dissuasória. (Indenização por Abandono Afetivo, Luiz Felipe Brasil Santos, *in* ADV - Seleções Jurídicas, fevereiro de 2005).*

*Nesse sentido, também as palavras da advogada Cláudia Maria da Silva: 'Não se trata, pois, de 'dar preço ao amor' – como defendem os que resistem ao tema em foco -, tampouco de 'compensar a dor' propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave.' (Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho, *in* Revista Brasileira de Direito de Família, Ano VI, nº 25 – Ago-Set 2004)*

*No caso de abandono ou do descumprimento injustificado do dever de sustento, **guarda e educação** dos filhos, porém, a legislação prevê como punição a perda do poder familiar, antigo pátrio-poder, tanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 24, quanto no Código Civil, art. 1638, inciso II.*

Assim, o ordenamento jurídico, com a determinação da perda do poder familiar, a mais grave pena civil a ser imputada a um pai, já se encarrega da função punitiva e, principalmente, dissuasória, mostrando eficientemente aos indivíduos que o Direito e a sociedade não se compadecem com a conduta do abandono, com o que cai por terra a justificativa mais pungente dos que defendem a indenização pelo abandono moral.

Por outro lado, é preciso levar em conta que, muitas vezes, aquele que fica com a guarda isolada da criança transfere a ela os sentimentos de ódio e vingança nutridos contra o ex-companheiro, sem olvidar ainda a questão de que a indenização pode não atender exatamente o sofrimento do menor, mas também a ambição financeira daquele que foi preterido no relacionamento amoroso.

*No caso em análise, o magistrado de primeira instância alerta, **verbis**:*

‘De sua vez, indica o estudo social o sentimento de indignação do autor ante o tentame paterno de redução do pensionamento alimentício, estando a refletir, tal quadro circunstancial, propósito pecuniário incompatível às motivações psíquicas noticiadas na Inicial (fls. 74)

(...)

Tais elementos fático-probatórios conduzem à ilação pela qual o tormento experimentado pelo autor tem por nascedouro e vertedouro o traumático processo de separação judicial vivenciado por seus pais, inscrevendo-se o sentimento de angústia dentre os consectários de tal embate emocional, donde inviável inculpar-se exclusivamente o réu por todas as idiossincrasias pessoais supervenientes ao crepúsculo da paixão.’ (fls. 83)

Ainda outro questionamento deve ser enfrentado. O pai, após condenado a indenizar o filho por não lhe ter atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso?

Quem sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo do amor dos filhos, valendo transcrever trecho do conto ‘Para o aniversário de um pai muito ausente’, a título de reflexão (Colocando o ‘T’ no pingo... E Outras Idéias Jurídicas e Sociais, Jayme Vita Roso, RG Editores, 2005):

‘O Corriere della Sera, famoso matutino italiano, na coluna de Paolo Mieli, que estampa cartas selecionadas dos leitores, de tempos em tempos alguma respondida por ele, no dia 15 de junho de 2002, publicou uma, escrita por uma senhora da cidade de Bari, com o título ‘Votos da filha, pelo aniversário do pai’.

Narra Glória Smaldini, como se apresentou a remetente, e escreve: ‘Caro Mieli, hoje meu pai faz 67 anos. Separou-nos a vida e, no meu coração, vivo uma relação conflitual, porque me considero sua filha ‘não aproveitada’.



Aos três anos fui levada a um colégio interno, onde permaneci até a maioridade. Meu pai deixara minha mãe para tornar a se casar com uma senhora. Não conheço seus dois outros filhos, porque, no dizer dele, a segunda mulher 'não quer misturar as famílias'.

Faz 30 anos que nos relacionamos à distância, vemo-nos esporadicamente e presumo que isso ocorra sem que saiba a segunda mulher. Esperava que a velhice lhe trouxesse sabedoria e bom senso, dissipando amigos rancores. Hoje, aos 39 anos, encontro-me ainda a esperar. Como meu pai é leitor do Corrier, peço-lhe abrigas suas páginas meus cumprimentos para que meu pai não aproveitei.

Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Nesse contexto, inexistindo a possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do Código Civil de 1916, não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de indenização.

Diante do exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para afastar a possibilidade de indenização nos casos de abandono moral.”

O acórdão restou assim ementado:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido.”

(4ª Turma, REsp n. 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005)

Portanto, achando-se a decisão do Tribunal estadual na linha de pensamento desta Turma julgadora, que ora se reitera, não conheço do recurso especial.

É como voto.



Apelação Cível 2009.001.41668 TJ/RJ

OITAVA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.001.41668

APELANTE: FERNANDO GONÇALVES DE ALMEIDA

APELADA: MARIA APARECIDA CIRINO CORRÊA DE SÁ

RELATOR: DES. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

Responsabilidade civil. Ação de indenização por dano moral que a Autora teria sofrido em razão do abandono material e afetivo por seu pai que somente reconheceu a paternidade em ação judicial proposta em 2003, quando ela já completara 40 anos. Procedência do pedido, arbitrada a indenização em R\$ 209.160,00. Provas oral e documental. Apelante que tinha conhecimento da existência da filha desde que ela era criança, nada fazendo para assisti-la, diferentemente do tratamento dispensado aos seus outros filhos. Dano moral configurado. Quantum da indenização que adotou como parâmetro o valor mensal de 2 salários mínimos mensais que a Apelada deixou de receber até atingir a maioridade. Indenização que observou critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Desprovimento da apelação.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível Nº 2009.001.41668, em que é Apelante, FERNANDO GONÇALVES DE ALMEIDA, e Apelada, MARIA APARECIDA CIRINO CORRÊA DE SÁ.

ACORDAM, por unanimidade de votos, os Desembargadores que compõem a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em negar provimento à apelação.

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por MARIA APARECIDA CIRINO CORRÊA DE SÁ em face de FERNANDO GONÇALVES DE ALMEIDA, alegando, em resumo: que, através de ação de investigação de paternidade, teve sua paternidade reconhecida pelo Réu em processo ajuizado em 2003 e concluído em 2006; que, desde a infância, passou por graves dificuldades financeiras, e atualmente vive em área de favela; que não teve suas necessidades materiais e afetivas atendidas pelo genitor, o qual sempre teve conhecimento desua existência, e que não recebeu a instrução proporcionada à outra filha do Réu, advinda de seu casamento, o que prejudicou substancialmente seu desenvolvimento. Ao final, requereu indenização por dano moral no valor de R\$ 1.000.000,00.



O Réu, em contestação (fls. 31/44), arguiu prejudicial de prescrição. No mérito, disse: que manteve relacionamento amoroso com a mãe da Autora no ano de 1960, tendo a relação terminado por vontade mútua; que não estão presentes os pressupostos necessários para a caracterização do dever de indenizar; que o dano alegado é hipotético; que inexistente obrigação de afeto; que a Autora litiga de má-fé; que o não reconhecimento da paternidade não caracteriza conduta ilícita e que o valor pleiteado é excessivo.

Em audiência realizada conforme ata de fl. 64, a conciliação não foi alcançada, ocasião em que foi saneado o feito, afastada a prescrição, e deferida a produção de provas documental superveniente, testemunhal, bem como, o depoimento pessoal das partes.

Na audiência de instrução e julgamento, frustrada a conciliação, foram colhidos os depoimentos das partes e de três testemunhas arroladas pela Autora, e, não havendo outras provas, foi dada por encerrada a instrução (fls. 88/96).

Na sentença (fls. 98/116), foi julgado parcialmente procedente o pedido para condenar o Réu ao pagamento de R\$ 209.160,00, a título de indenização por dano moral, corrigidos a contar da sentença e acrescidos de juros moratórios, a partir da citação, além das custas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação.

Foram opostos embargos de declaração pelo Réu, às fls. 119/120, os quais foram rejeitados, à fl. 121.

Houve apelação do Réu (fls. 123/132), alegando em resumo: que a ação proposta tem o escopo único de auferir vantagem material e que a afetividade não é obrigação, mas sim, opção, posto que ninguém é obrigado a gostar de alguém, principalmente quando nunca existiu convivência.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 142/145, prestigiando a sentença recorrida.

É o relatório.

Inicialmente é preciso salientar que a questão do abandono afetivo é matéria polêmica e controvertida, razão pela qual é preciso cautela e prudência na análise do caso concreto.

Ressalte-se, no entanto, que a presente demanda, ao contrário do alegado pelo Apelante, não se resume ao pedido de indenização por abandono



afetivo, devendo ser analisado, ainda, o abandono intelectual e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo o disposto no artigo 186 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, é preciso salientar que toda atividade humana pode acarretar o dever de indenizar, desde que a ação ou omissão praticada pelo agente provoque danos, material ou moral, na esfera jurídica de outrem, e exista nexos de causalidade ligando o comportamento do agente ao dano.

No caso dos autos, a Apelada sustenta que sofreu grandes danos em razão da falta de assistência material e moral do pai, ora Apelante, a qual comprometeu seu desenvolvimento, pois foi submetida, além do abandono afetivo, ao abandono intelectual, tendo em vista que não foi regularmente alfabetizada, por sequer possuir registro de nascimento, o qual só foi feito às expensas de seu trabalho, quando a mesma era adolescente.

O Apelante, por sua vez, afirma que o dano alegado pela Apelada é hipotético, que jamais o procurou para dar-lhe ou receber afeto, mas apenas para tentar auxílio financeiro, e que a afetividade não é uma obrigação e, sim, uma opção, não constituindo o não reconhecimento da paternidade conduta ilícita, a gerar dano moral.

Evidente que inexiste a obrigação do pai de sentir afeto pelo filho, sendo impossível a imposição de laço sentimental. Devem, no entanto, os genitores propiciar aos filhos o desenvolvimento sadio de seu caráter, não apenas os amparando materialmente, mas também resguardando sua integridade psicológica e moral, para que ocorra seu crescimento emocional.

Atualmente a legislação está voltada ao bem-estar da criança e do adolescente, tutelando sua formação saudável, a fim de que o menor seja inserido positivamente na sociedade.

Entretanto, quando a Apelada nasceu, em abril de 1961, ainda vigorava em nosso ordenamento jurídico a distinção entre os filhos resultantes do casamento, aqueles advindos de pessoas não unidas pelo matrimônio e os filhos adotivos.

Os filhos ilegítimos dividiam-se em duas grandes classes: os naturais, que nasciam de pessoas que podiam consorciar-se no momento em que



foram concebidos, e os espúrios, nascidos de pessoas impedidas de casar, os quais poderiam ser filhos adúlteros e incestuosos.

Apesar de inexistir prova concreta nos autos, as partes admitem que o Apelante era casado quando do nascimento da Apelada, e, por isso, à época, era considerada filha adúltera.

O Código Civil de 1916, em seu artigo 358, proibia de forma absoluta, o reconhecimento do filho adúltero, tendo a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, passado a permitir o reconhecimento, voluntário ou forçado, dos filhos havidos fora do matrimônio, mas apenas depois de dissolvida a sociedade conjugal.

A condição jurídica do filho adúltero suscitava profundas divergências entre os juristas, havendo quem sustentasse que seu reconhecimento não devia ser admitido para proteção da família, visando desestimular a prática de uniões contrárias aos costumes.

A propósito, vale citar os ensinamentos de Gabriel Antônio Rebêlo, quando se manifesta a respeito da matéria:

“... O filho adúltero, como indivíduo que é, tem o mesmo direito de viver que qualquer outro produto da espécie humana. E o autor de sua vida, pelo fato de o haver trazido para o mundo, assume a responsabilidade de garantir-lhe, em toda a sua plenitude, as condições de vida, traduzidas na sua criação, educação, subsistência e bem estar no seio da coletividade.

.....

Ele, o filho, não pode ter nome, não pode ter pai, é relegado pela sociedade, não tem, enfim, direito à vida, como ela deve ser vivida. E essa situação é tanto mais injusta e revoltante quanto é certo que ele nada fez para merecê-la, é uma vítima inocente do próprio ambiente social que lhe tranca as portas, deshumanamente, impiedosamente.

.....

Afastado do convívio do filho, fruto de uma infração ao imperativo da lei, o pai, que não tem por ele nenhuma afeição, negligencia também por esse motivo, no que tange à declaração do seu dever de dar-lhe alimentos.



É princípio universal, incontroverso, que à pena somente esta sujeito o responsável pela infração quando tenha tido consciência das conseqüências do ato, prevendo-as ou querendo-as.

O indivíduo quando procura relações sexuais fora da sociedade conjugal, infringindo assim a norma proibitiva da lei, tem a perfeita e inteira compreensão de que seu ato pode acarretar, como consequência, a procriação.

A sua responsabilidade pelas conseqüências desse ato voluntário e conscientemente praticado não sofre, não pode sofrer a menor objeção. Ela existe íntegra, ineludível, a reclamar a sanção do poder público.

.....

Sem pai, sem assistência, abandonado de todos, não lhe é permitido, normalmente e em igualdade de condições com seus semelhantes, colaborar para o bem estar e prosperidade da comunidade...” (In, A FAMÍLIA BRASILEIRA E O RECONHECIMENTO DO FILHO ADULTERINO. Ed. A Manhã – 1943 , págs. 133/136)

Com efeito, o fato do reconhecimento do filho adúltero não ser permitido quando do nascimento da Apelada, não eximia o Apelante de cumprir o dever de assistência inerente à paternidade, principalmente se consideradas as questões sociais e morais da época.

Ressalte-se que o Apelante sabia da existência da filha, se não desde seu nascimento, pelo menos desde quando a Apelada era ainda uma criança, pois o mesmo afirmou em seu depoimento pessoal “...que teve uma irmã, já falecida, de nome Alda, que conheceu a menina ainda criança e que o informou de sua existência e de que sua filha era muito parecida com ele réu. Afirmou, ainda, que seus empregados comentavam que a criança era sua filha e confessou que via a menina na casa de sua irmã, que era em local próximo à sua empresa de ônibus...”, conforme assinalado na sentença (fl. 113).

É inquestionável que a conduta omissiva do Apelante teve repercussão na esfera jurídica da Apelada, que além de sofrer discriminação pelo estigma de ser filha adúltera, viu-se privada, injustamente, de amparo material. O fato torna-se ainda mais grave se considerado que a Apelada sempre viveu na miséria enquanto o Apelante é homem abastado, dono da Viação Flores, empresa do Município de São João do Meriti, e sócio majoritário de mais três concessionárias de transporte público de passageiros no Estado do Rio de Janeiro.



O ato do abandono paternal, no presente caso, impôs à Apelada, além de escassez de meios de subsistência, limitação intelectual, sem justo motivo para tanto, em razão da condição econômica de seu pai, sendo verossímil sua frustração com relação ao desejo de completar seus estudos, cursar uma faculdade de direito e quiçá ingressar no serviço público, como alegado na inicial.

Além disso, consta dos autos e foi assinalado pela sentenciante, que o Apelante “... tem outros dois filhos que foram por ele educados e cuidados, com acesso a todos os recursos materiais, a quem foram dadas todas as oportunidades de crescimento pessoal e realização, sem que igual direito fosse dado à autora...” (fl. 115).

Assim, o abandono afetivo sustentado pela Apelada extrapola os limites da recusa de amor, o qual não pode ser imposto, pois independe da vontade do indivíduo, sendo escolha do inconsciente.

O fundamento da pretensão da Apelada é o respeito à dignidade da pessoa humana que compreende substratos de igualdade e solidariedade, pois, ainda que não haja amor, a paternidade gera obrigação de cuidado, com o que foi negligente o Apelante, principalmente se considerado o tratamento desigual dispensado a seus filhos, sendo inequívoco o dano moral dele decorrente.

Saliente-se as palavras da MM Juíza a quo, a qual presidiu a instrução e colheu as provas constantes dos autos:

“... Na presente hipótese, ficou convencido o Juízo de que a autora atua na mais pura boa fé, imbuída de nobres valores, e tem o único interesse de melhor cuidar da própria família, cumprindo dever sublime do qual ela própria, quando criança e adolescente, não pôde usufruir. Mostrou-se, ao curso das audiências com o Juízo, extremamente respeitosa para com o seu pai, já idoso e, nas tentativas de acordo entre as partes, pretendeu apenas adquirir uma casa modesta e receber módica pensão mensal para o pagamento da faculdade de sua filha, que não estuda por falta de recursos financeiros.

Portanto, é a autora alguém que merece todo o respeito humano. Conseguiu casar-se, cuidar de seus dois filhos já adultos, trabalhando como empregada doméstica e pagando aluguel, apesar de ser filha de um homem muito rico. Demonstrou equilíbrio pessoal e senso de superação, mas ainda hoje é analfabeta e sofre as conseqüências de tal circunstância. “ (fl.112)



Portanto, caracterizada a conduta do agente, além do nexo causal entre o comportamento danoso e a alegada lesão, elementos esses que se assementam na teoria subjetiva da culpa, ficou configurado o dever de indenizar decorrente de ato ilícito, corretamente reconhecido na sentença ao impor ao Apelante o dever de indenizar.

O valor de R\$ 209.160,00 (duzentos e nove mil e cento e sessenta reais), equivalente a 504 salários mínimos, que corresponderiam a dois salários mínimos por cada mês de vida da Apelante até completar a idade de 21 anos, deve ser mantido, pois observou critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sendo compatível com a repercussão dos fatos em discussão, principalmente se considerado que o Apelante conhecia a Apelada desde criança e sabia que ela era sua filha, nada tendo feito para assisti-la, diferentemente do que ocorria com seus outros filhos.

Diante do exposto, **nega-se provimento à apelação.**

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2009.

DES. ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

Relator



2º TEMA: DECISÃO, RACIONALIDADE E FUNDAMENTAÇÃO. EM QUE SENTIDO A DECISÃO JURÍDICA É LÓGICA?

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Silogismo prático

Subsunção

Qualificação de fatos

Justificação interna vs. justificação externa

2. CASO PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)

http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/juiza_eua_decidiu_x-men_nao_sao_humanos

Questões para orientação da leitura

- a) Qual era a questão jurídica envolvida no caso? O caso pode ser considerado difícil?
- b) Como o tribunal decidiu a questão? Você concorda com a decisão?
- c) Indique um argumento favorável e um argumento contrário à sua posição assumindo que as regras jurídicas aplicáveis previam alíquotas diferentes de importação para “bonecas/bonecos” (12%) e “brinquedos em geral” (6,8%).
- d) Com base na leitura indicada, com que tipo de dificuldade relacionada à aplicação de regras jurídicas se depararam os juízes do caso?

3. LEITURAS

3.1 Obrigatória

DEWEY, John. Logical Method and Law. Cornell Law Review. Vol.10. Issue 1 December 1924.



3.2 Complementares

DIMOULIS, Dimitri. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 122-129 (com edições).

PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, PP. 45-50 (§§ 23 e 24).

Questões para orientação da leitura obrigatória

- a) (**Questão prévia**): em que sentido podemos nos referir ao caráter *lógico* de um pensamento ou decisão? Você consegue imaginar dois exemplos?
- b) (**Questão prévia**): você acha que o direito é lógico? Em qual dos diferentes sentidos pensados para a palavra “lógica” na questão anterior você acha que o direito é lógico? Você acha importante que o direito seja lógico?
- c) Qual é a relação existente entre lógica e silogismo judiciário?
- d) De acordo com o texto, como se dá a utilização de princípios gerais na tomada de decisão judicial?
- e) Tendo como base o conceito de lógica elaborado pelo autor, por que, para ele, deveriam os princípios gerais ser mutáveis?
- f) A que conclusão o autor chega sobre o caráter lógico do direito?
- g) Em que medida a previsão de probabilidades e resultados feitas pelo magistrado conflitam (se é que conflitam) com o raciocínio lógico descrito pelo autor?
- h) Qual é a importância da dimensão lógica do direito para a justificação da estranheza específica do raciocínio jurídico?



CASO PARA DISCUSSÃO:

PARA JUSTIÇA DOS ESTADOS UNIDOS, X-MEN NÃO SÃO HUMANOS

21 de maio de 2003, 16h04

Por Omar Kaminski

A juíza Judith Barzilay, da Corte norte-americana de Comércio Internacional, (U.S. Court of International Trade), em Nova Iorque, deparou-se com uma questão jurídica inusitada. Teve que decidir se diversos heróis das revistas em quadrinhos são humanos ou não. Trata-se de uma batalha tributária que já dura seis anos, entre a Marvel Enterprises Inc. e a alfândega norte-americana (U.S. Customs Service), segundo apurou Neil King Jr., repórter do Wall Street Journal.

A decisão de 32 páginas deixou os fãs radicais da Marvel atônitos. Os famosos X-Men, heróis fictícios que lutam contra o racismo e a intolerância para proteger um mundo que os teme e odeia, não são humanos, decretou a juíza. Tampouco os vilões que brigam com o Homem Aranha e o Quarteto Fantástico. São todos “criaturas não-humanas”, concluiu a juíza Barzilay, embora tenha descrito que os X-Men são mutantes que se utilizam “de seus poderes extraordinários e não naturais... para o bem ou para o mal”.

A Toy Biz Inc., subsidiária da Marvel, pressionou a juíza para que declarasse que seus heróis são “inumanos”. Assim poderia obter uma tarifação mais branda em bonecos importados da China na metade dos anos 90. Naquela época, as taxas eram maiores para bonecas (*dolls*) do que brinquedos (*toys*) em geral. De acordo com o código tributário dos EUA, figuras humanas são bonecas enquanto figuras representando animais ou “criaturas”, como monstros e robôs, são considerados brinquedos.

A questão parece fácil se analisarmos a Barbie e o Ursinho Puff como bonecas. Mas que tal o Wolverine, o herói de aparência humana que possui garras retráteis de metal e poder de auto-regeneração? Segundo o primeiro filme dos X-Men, ele não passava de um caipira canadense até ingressar no grupo liderado pelo telepata Professor Xavier. Portanto, seria ele um humano?

Para a Toy Biz, os bonecos não representam humanos, afinal, alguns possuem “tentáculos, garras, asas e membros robóticos”. O governo, convidado a intervir na causa, ironicamente mostrou-se mais sensível. Para os procuradores estatais, cada figura possui “uma personalidade individual distinta”. Alguns são russos, japoneses, negros, brancos, mulheres, até mesmo deficientes físicos.



Para o governo, o personagem Wolverine é simplesmente “um homem com próteses nas mãos”.

Antes de decidir e para sopesar estas questões, a juíza Barzilay se debruçou sobre um rol de documentos e mais de 60 bonecos de plástico, incluindo Wolverine, Tempestade e Vampira, além de outros heróis e vilões da Marvel. Consta que os examinou detalhadamente, e até removeu a vestimenta de algumas figuras para uma melhor análise.

Fãs veteranos ironizaram a decisão, estendendo-a também a personagens de outras editoras. “E quanto ao próprio Super-Homem? O fato de ele trocar de roupa em uma cabine telefônica e sair voando faz dele um animal?”, retrucou um deles.



3º TEMA: EM QUE MEDIDA SE PODE FALAR EM NEUTRALIDADE NO DIREITO?

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Neutralidade

Imparcialidade

Influência de referências pessoais no processo de decisão

2. CASOS PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/439_CNJdecisesde1ae2ainstncias.pdf

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=89917&caixaBusca=N>

<http://www1.folha.uol.com.br/poder/947489-ministro-do-stf-viaja-para-a-italia-a-convite-de-advogado.shtml>

3. LEITURAS

3.1 Obrigatória

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Capítulo 7 “O Desafio do Realismo”. (Ler versão traduzida por Noel Struchiner, Fabio Shecaira e Diego Werneck Arguelhes até o item 7.3, inclusive)..

3.2 Complementar

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião das promessas*. Trad. Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1996, pp. 243-246.

Questões para orientação da leitura obrigatória

1. Em que medida é possível prever as decisões judiciais?



2. De acordo com a tese realista exposta pelo autor, quais são os outros fatores capazes de influenciar a decisão do juiz?
3. Se existem, então, outros fatores que influenciam as decisões, como se dá o uso das regras jurídicas formais?
4. Por que, de acordo com as teses expostas pelo autor, as regras jurídicas formais, além de raramente determinarem resultados, também impõem poucas limitações aos resultados influenciados por outros fatores e considerações?
5. É possível imaginar qual seria o impacto em se decidir com base em regras não jurídicas?
6. O que significa dizer que “o direito limita mesmo quando não guia”?
7. De acordo com o autor, o realismo jurídico consegue descrever adequadamente como se desenvolve a prática judicial?



CASOS PARA DISCUSSÃO:

Decisão referente à Lei Maria da Penha proferida pelo Juiz de Direito de Sete Lagoas/MG

“DECISÃO

Autos nº 222.942-8/06 (“Lei Maria da Penha”)

Vistos, etc...

O tema objeto destes autos é a Lei nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”. Assim, de plano surge-nos a seguinte indagação: devemos fazer um julgamento apenas jurídico ou podemos nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto tem ou não autoridade?

No caso dos anencéfalos, lembro-me que Dr. Cláudio Fonteles — então Procurador-Geral da República — insistia todo o tempo em deixar claro que sua apreciação sobre o tema (constitucionalidade ou não do aborto dos anencéfalos) baseava-se em dados e em reflexões jurídicas, para, quem sabe, não ser “acusado” de estar fazendo um julgamento ético, moral, e portanto de significativo peso subjetivo.

Ora! Costumamos dizer que assim como o atletismo é o esporte-base, a filosofia é a ciência-base, de forma que temos de nos valer dela, sempre.

Mas querem uma base jurídica inicial? Tome-la então! O preâmbulo de nossa Lei Maior: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundadas na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” — grifamos.

Diante destes iniciais argumentos, penso também oportuno — e como se vê juridicamente lícito — nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto, afinal, tem ou não autoridade. Permitam-me, assim, tecer algumas considerações nesse sentido.

Se, segundo a própria Constituição Federal, é Deus que nos rege — e graças a Deus por isto — Jesus está então no centro destes pilares, posto que, pelo mínimo, nove entre dez brasileiros o têm como Filho Daquele que nos rege. Se isto é verdade, o Evangelho Dele também o é. E se Seu Evangelho — que por via de consequência também nos rege — está inserido num



Livro que lhe ratifica a autoridade, todo esse Livro é, no mínimo, digno de credibilidade — filosófica, religiosa, ética e hoje inclusive histórica.

Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta.

Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem.

Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse: “(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)”. Já esta lei diz que aos homens não é dado o direito de “controlar as ações (e) comportamentos (...)” de sua mulher (art. 7º, inciso II). Ora! Que o “dominar” não seja um “você deixa?”, mas ao menos um “o que você acha?”. Isto porque o que parece ser não é o que efetivamente é, não parecia ser. Por causa da maldade do “bicho” Homem, a Verdade foi então por ele interpretada segundo as suas maldades e sobreveio o caos, culminando — na relação entre homem e mulher, que domina o mundo — nesta preconceituosa lei.

Mas à parte dela, e como inclusive já ressaltado, o direito natural, e próprio em cada um destes seres, nos conduz à conclusão bem diversa. Por isso — e na esteira destes raciocínios — dou-me o direito de ir mais longe, e em definitivo! O mundo é masculino! A idéia que temos de Deus é masculina! Jesus foi Homem! Á própria Maria — inobstante a sua santidade, o respeito ao seu sofrimento (que inclusive a credenciou como “advogada” nossa diante do Tribunal Divino) — Jesus ainda assim a advertiu, para que também as coisas fossem postas cada uma em seu devido lugar: “que tenho contigo, mulher!?”.

E certamente por isto a mulher guarda em seus arquétipos inconscientes sua disposição com o homem tolo e emocionalmente frágil, porque foi muito também por isso que tudo isso começou.

A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides — assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. Tanto isto é verdade — respeitosa — que aquela que encontrar o homem de sua vida, aquele que a complete por inteiro, que a satisfaça como ser e principalmente como ser sensual, esta mulher tenderá a abrir mão de tudo (ou de muito), no sentido dessa “igualdade” que hipocritamente e demagógicamente se está a lhe conferir. Isto porque a mulher quer ser amada. Só isso. Nada mais. Só que “só isso” não é nada fácil para as exigências masculinas. Por isso que as fragilidades do homem tem de ser reguladas, assistidas e normatizadas, também. Sob pena de se configurar um desequilíbrio que, além de inconstitucional, o mais grave, gerará desarmonia, que é tudo o que afinal o Estado não quer.



Ora! Para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas desta lei absurda o homem terá de se manter tolo, mole — no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões — dependente, longe portanto de ser um homem de verdade, másculo (contudo gentil), como certamente toda mulher quer que seja o homem que escolheu amar.

Mas poder-se-ia dizer que um homem assim não será alvo desta lei. Mas o será assim e o é sim. Porque ao homem desta lei não será dado o direito de errar. Para isto, basta uma simples leitura do art. 7^a, e a verificação virá sem dificuldade.

Portanto, é preciso que se restabeleça a verdade. A verdade histórica inclusive e as lições que ele nos deixou e nos deixa. Numa palavra, o equilíbrio enfim, Isto porque se a reação feminina ao cruel domínio masculino restou compreensível, um erro não deverá justificar o outro, e sim nos conduzir ao equilíbrio. Mas o que está se vendo é o homem — em sua secular tolice — deixando-se levar, auto-flagelando-se em seu mórbido e tolo sentimento de culpa.

Enfim! Todas estas razões históricas, filosóficas e psicossociais, ao invés de nos conduzir ao equilíbrio, ao contrário vêm para culminar nesta lei absurda, que a confusão, certamente está rindo à toa! Porque a vingar este conjunto normativo de regras diabólicas, a família estará em perigo, como inclusive já está: desfacelada, os filhos sem regras — porque sem pais; o homem subjugado; sem preconceito, como vimos, não significa sem ética — a adoção por homossexuais e o “casamento” deles, como mais um exemplo. Tudo em nome de uma igualdade cujo conceito tem sido substituído em nome de uma “sociedade igualitária”.

Não! O mundo é e deve continuar sendo masculino, ou de prevalência masculina, afinal. Pois se os direitos são iguais — porque são — cada um, contudo, em seu ser, pois as funções são, naturalmente diferentes. Se se prostitui a essência, os frutos também serão. Se o ser for conspurcado, suas funções também o serão. E instalar-se-á o caos.

É portanto por tudo isso que de nossa parte concluímos que do ponto de vista ético, moral, filosófico, religioso e até histórico a chamada “Lei Maria da Penha” é um monstro tenebroso. E essas digressões, não as faço à toa — este texto normativo que nos obrigou inexoravelmente a tanto. Mas quanto aos seus aspectos jurídicoconstitucionais, o “estrago” não é menos flagrante.

Contrapondo-se a “Lei Maria da Penha” com o parágrafo 8º do art. 226 da C.F. vê-se o quanto ela é terrivelmente demagógica e fere de morte o princípio da isonomia em suas mais elementares apreciações.

“O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” — grifos nossos.



Este é o que é o art. 226, parágrafo 8º, da Constituição federal de nossa República! A “Lei Maria da Penha” está longe de constitucionalmente regulamentá-lo, ao contrário do que diz, logo no seu art. 1º: “(...) nos termos do parágrafo 8º do art. 226 da Constituição federal (...)”. Ora! A clareza desta inconstitucionalidade dispensa inclusive maiores digressões: o parágrafo 8º diz — “(...) cada um” dos membros que a integram e não apenas um dos membros da família, no caso a mulher.

Esta Lei não seria em nada inconstitucional não fosse o caráter discriminatório que se vê na grande maioria de seus artigos, especialmente o art. 7º, o qual constitui o cerne, o arcabouço filosófico-normativo desta “Lei Maria da Penha”, na medida em que define ele o que vem a ser, afinal, “violência doméstica e familiar”, no âmbito da qual contempla apenas a mulher. Este foi o erro irremediável desta Lei, posto que continuou tudo — ou quase tudo — até os salutares artigos ou disposições que disciplinam as políticas públicas que buscam prevenir ou remediar a violência — *in casu* a violência doméstica e familiar — na medida em que o Poder Público — por falta de orientação legislativa — não tem condições de se estruturar para prestar assistência também ao homem, acaso, em suas relações domésticas e familiares, se sentir vítima das mesmas ou semelhantes violências. Via de consequência, os efeitos imediatos do art. 7º — e que estão elencados especialmente no art. 22 — tornaram-se impossíveis de ser aplicados, diante do caráter discriminatório de toda a Lei. A inconstitucionalidade dela, portanto, é estrutural e de todas as inconstitucionalidades, a mais grave, pois fere princípios de sobrevivência social harmônica, e exatamente por isso preambularmente definidos na Constituição Federal, constituindo assim o centro nevrálgico de todas as suas supremas disposições.

A Lei em exame, portanto, é discriminatória. E não só literalmente como, especialmente, em toda a sua espinha dorsal normativa.

O art. 2º diz “Toda mulher (...)”. Por que não o homem também, ali, naquelas disposições? O art. 3º diz “Serão assegurados às mulheres (...)”. Porque não ao homem também? O parágrafo 1º do mesmo art. 3º diz “O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares (...)” (grifei). Mas porque não dos homens também? O art. 5º diz que “configura violência doméstica e familiar contra a mulher (...)”. Outro absurdo: de tais violências não é ou não pode ser vítima também o homem? O próprio e malsinado art. 7º — que define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher — delas não pode ser vítima também o homem? O art. 6º diz que “A violência familiar e doméstica contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

Que absurdo! A violência contra o homem não é forma também de violação de seus “direitos humanos”, se afinal constatada efetivamente a violência, e ainda que definida segundo as peculiaridades masculinas?

Neste ponto, penso oportuno consignar o pensamento de uma mulher — a Dra. Elisabeth Rosa Baich (titular do 4º Juizado Especial de BH, por quem se vê que nem tudo está perdido) — que em artigo recentemente publicado vem ratificar esta nossa linha de raciocínio. Disse então a eminente juíza: “A prática forense demonstra que muito embora a mulher seja a vítima em potencial da violência física, o homem pode ser alvo de incontestáveis ataques de cunho psicológico, emocional e patrimonial no recesso do lar, situações que se condicionam, por óbvio, ao local geográfico, grau de escolaridade, nível social e financeiro que, evidentemente, não são iguais para todos os brasileiros.

A lei, no entanto, ignora toda essa rica gama de nuances e seleciona que só a mulher pode ser vítima de violência física, psicológica e patrimonial nas relações domésticas e familiares. Além disso, pelas diretrizes da lei, a título de ilustração, a partir de agora o pai que bater em uma filha, e for denunciado, não terá direito a nenhum benefício; se bater em um filho, entretanto, poderá fazer transação”.

Enfim! O legislador brasileiro, como de hábito tão próspero, não foi feliz desta vez!

E quando a questão que se passa a examinar é a da competência, aí o estrago é maior, embora, ao menos eu, me veja forçado a admitir que não há inconstitucionalidade na norma do caput do art. 33 da Lei nº 11.340/06 quando diz que “enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão competência cível e criminal para conhecer e julgar as causas (...)” – grifei. Contudo, volto a me valer da visão inteligente da Dra. Elisabeth Rosa Baich, pela qual se verifica que as disposições da “Lei Maria da Penha”, no que se refere ao tema da competência e do julgamento prático dos processos que lhe constituam o objeto, deixara o operador do direito em situação de quase intransponível perplexidade. Disse ela: *“antes do advento da lei, por exemplo, os juízes das varas de família julgavam os processos de divórcio, separação e conflitos daí decorrentes, como pensão e guarda de filhos. O juiz titular da vara do júri julgava os homicídios dolosos contra a vida, e assim por diante. A Lei da violência doméstica e familiar, no entanto, ignora todos esses critérios seculares ao determinar que os tribunais deverão criar varas específicas para a violência doméstica. E estabelece que enquanto essas varas não forem criadas, os juízes criminais deverão acumular competência cível e criminal para os casos da violência doméstica, com prioridade sobre todos os processos, sem excepcionar nem mesmo os réus presos (art. 33). Não explica (ainda) como, porém, os juízes criminais poderão julgar ações cíveis (o que sem dúvida constitui um grave e*

quase intransponível complicador, na prática forense, antes da efetiva criação dos Juizados da Violência contra a Mulher). Ora, diante da multiplicidade das situações enquadradas como ofensivas, não há nem como prever quais serão as causas a serem julgadas nessa vara ou pelos juízes criminais porque enfim todo tipo de processo que tramita no fórum pode guardar um hipótese de violência doméstica ou familiar. Assim, a prevalecer a falta de critério, o titular da vara da violência doméstica deverá processar causas totalmente dispares entre si como o júri, estupro, atentado violento ao pudor, separações e divórcios litigiosos, lesões corporais, ameaça, difamação e tudo o mais que couber no juízo de valor subjetivo das partes, dos advogados, dos juízes que poderão a qualquer momento declinar de sua competência se o tema da violência doméstica aparecer no decorrer do processo e até mesmo do distribuidor do fórum, já que não haverá uma classe predeterminada de ações”.

Pois bem! Como disse, e apesar do “estrago”, não vejo inconstitucionalidade propriamente dita nas regras de competência previstas da “Lei Maria da Penha” porque compete mesmo à União — e inclusive privativamente — legislar sobre direito processual (art. 22-I/C.F.) e, conseqüentemente, ditar as regras das respectivas competências, deixando para os Estados e o Distrito Federal (e ainda a própria União) apenas o poder de legislar, concorrentemente, sobre os procedimentos em matéria processual (art. 24-XI/C.F.) e ainda, aos Estados, o poder de iniciativa da lei de organização judiciária, isto é, que apenas organiza os seus juízos, podendo, é claro, propor lei sobre regras gerais de processo, mas desde que inexistia lei federal ou seja esta eventualmente lacunosa em algum aspecto relevante (§ 3º do citado art. 24), observado, é claro, o disposto no § 4º do mesmo art. 24.

(...)

Não podemos negar que uma lei específica — regulando a violência no âmbito doméstico (contra o homem também, é claro, embora principalmente contra a mulher, admitimos) — é salutar e porque não dizer até oportuna. Mas até que a inconstitucionalidade de determinadas disposições seja sanada — com algumas alterações imprescindíveis em todo o seu arcabouço normatizador — a mulher não estará desamparada, pois temos normas vigendo que a protegem, como as regras do Direito de Família, o Estatuto da Mulher, as Leis Penais e de Execução Penal, as normas cautelares no âmbito processual civil e porque não dizer até no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em virtude de tudo isso, e por considerar, afinal, e em resumo, discriminatório — e PORTANTO INCONSTITUCIONAIS (na medida em que ferem o princípio da isonomia, colidindo ainda frontalmente com o disposto no § 8º do art. 226 da Constituição Federal) — NEGO VIGÊNCIA DO ART. 1º AO ART. 9º; ART. 10, PARÁGRAFO ÚNICO; ART. 11, INCISO V; ART. 12, INCISO III; ARTS 13 E 14; ARTS. 18 E 19; DO ART. 22 AO



ART. 24 e DO ART. 30 AO ART. 40, TODOS DA LEI Nº 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”.

OS DEMAIS ARTIGOS — ora não mencionados por este juízo — O TENHO POR CONSTITUCIONAIS, pois muito embora deem tratamento diferenciado à mulher, não os considero propriamente discriminatórios, na medida em que diferencia os desiguais, sem contudo extremar estas indiscutíveis diferenças, a ponto de negar, por via oblíqua ou transversa, a existência das fragilidades dos homens pondo-o em flagrante situação de inferioridade e dependência do ser mulher, em sua mútua relação de afeto. Há disposições — como, por exemplo, o inciso V do art. 22, o § 1º desse artigo, dentre alguns outros (os quais também inseri na negativa de vigência da declarada) — devo ressaltar que assim o fiz em virtude da forma pela qual fora contextualizados no arcabouço filosófico-normativo desta Lei. Contudo, as disposições que estes artigos encerram já têm amparo em outras instâncias legislativas, podendo, até, ser decretada a prisão cautelar do agressor nos autos do respectivo I.P., se assim o entender a digna autoridade policial ou mesmo o Ministério Público, e desde que, para tanto, representem perante este juízo.

Preclusa a presente decisão — DETERMINO o retorno dos autos à Depol para a conclusão de suas investigações ou o apensamento destes autos aos do respectivo IP.

As medidas protetivas de urgência ora requeridas deverão ser dirimidas nos juízos próprios — cível e/ou de família — mediante o comparecimento da ofendida na Defensoria Pública desta Comarca, se advogado particular não puder constituir. Para tanto, intime-se-a, pessoalmente ou por seu patrono, se já o tiver. Acaso haja recurso desta decisão, forme-se traslado destes autos e os encaminhe, por ofício, à digna e respeitada autoridade policial e em seguida venham os originais imediatamente conclusos para o regular processamento do eventual recurso.

Intimem-se ainda o M.P. e cumpra-se.

Sete Lagoas/MG, 12 de fevereiro de 2007

Edílson Rumbelsperger Rodrigues

Juiz de Direito”



Notícias STF

Quinta-feira, 29 de maio de 2008

STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (29) que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Esses argumentos foram utilizados pelo ex-procurador-geral da República Claudio Fonteles em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) ajuizada com o propósito de impedir essa linha de estudo científico.

Para seis ministros, portanto a maioria da Corte, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merece reparo. Votaram nesse sentido os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes também disseram que a lei é constitucional, mas pretendiam que o Tribunal declarasse, em sua decisão, a necessidade de que as pesquisas fossem rigorosamente fiscalizadas do ponto de vista ético por um órgão central, no caso, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep). Essa questão foi alvo de um caloroso debate ao final do julgamento e não foi acolhida pela Corte.

Outros três ministros disseram que as pesquisas podem ser feitas, mas somente se os embriões ainda viáveis não forem destruídos para a retirada das células-tronco. Esse foi o entendimento dos ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau. Esses três ministros fizeram ainda, em seus votos, várias outras ressalvas para a liberação das pesquisas com células-tronco embrionárias no país.

Veja abaixo os argumentos de cada ministro, na ordem de votação da matéria.

Carlos Ayres Britto (relator)

Relator da ADI 3510, o ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação. Fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Destacou, também, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.



Carlos Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um “perfeito” e “bem concatenado bloco normativo”. Sustentou a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Segundo ele, tem que haver a participação ativa da futura mãe. No seu entender, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado.

Ele se reportou, também, a diversos artigos da Constituição que tratam do direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la, para defender a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças.

Ellen Gracie

A ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, não há constatação de vício de inconstitucionalidade na Lei de Biossegurança. “Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa.”

Ela assinalou que a ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. “Por outro lado, o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte”.

Carlos Alberto Menezes Direito

De forma diversa do relator, o ministro Menezes Direito julgou a ação parcialmente procedente, no sentido de dar interpretação conforme ao texto constitucional do artigo questionado sem, entretanto, retirar qualquer parte do texto da lei atacada. Segundo Menezes Direito, as pesquisas com as células-tronco podem ser mantidas, mas sem prejuízo para os embriões humanos viáveis, ou seja, sem que sejam destruídos.

Em seis pontos salientados, o ministro propõe ainda mais restrições ao uso das células embrionárias, embora não o proíba. Contudo, prevê maior rigor na fiscalização dos procedimentos de fertilização in vitro, para os embriões congelados há três anos ou mais, no trato dos embriões considerados “inviáveis”, na autorização expressa dos genitores dos embriões e na proibição



de destruição dos embriões utilizados , exceto os inviáveis. Para o ministro Menezes Direito, “as células-tronco embrionárias são vida humana e qualquer destinação delas à finalidade diversa que a reprodução humana viola o direito à vida”.

Cármem Lúcia

A ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, muito pelo contrário, contribuem para dignificar a vida humana. “A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde, não agredem a dignidade humana constitucionalmente assegurada.”

Ela citou que estudos científicos indicam que as pesquisas com células-tronco embrionárias, que podem gerar qualquer tecido humano, não podem ser substituídas por outras linhas de pesquisas, como as realizadas com células-tronco adultas e que o descarte dessas células não implantadas no útero somente gera “lixo genético”.

Ricardo Lewandowski

O ministro julgou a ação parcialmente procedente, votando de forma favorável às pesquisas com as células-tronco. No entanto, restringiu a realização das pesquisas a diversas condicionantes, conferindo aos dispositivos questionados na lei interpretação conforme a Constituição Federal.

Eros Grau

Na linha dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, o ministro Eros Grau votou pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, com três ressalvas. Primeiro, que se crie um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas. Segundo, que sejam fertilizados apenas quatro óvulos por ciclo e, finalmente, que a obtenção de células-tronco embrionárias seja realizada a partir de óvulos fecundados inviáveis, ou sem danificar os viáveis.

Joaquim Barbosa

Ao acompanhar integralmente o voto do relator pela improcedência da ação, o ministro Joaquim Barbosa ressaltou que a permissão para a pesquisa com células embrionárias prevista na Lei de Biossegurança não recai em inconstitucionalidade.



Ele exemplificou que, em países como Espanha, Bélgica e Suíça, esse tipo de pesquisa é permitida com restrições semelhantes às já previstas na lei brasileira, como a obrigatoriedade de que os estudos atendam ao bem comum, que os embriões utilizados sejam inviáveis à vida e provenientes de processos de fertilização in vitro e que haja um consentimento expresso dos genitores para o uso dos embriões nas pesquisas. Para Joaquim Barbosa, a proibição das pesquisas com células embrionárias, nos termos da lei, “significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir”.

Cezar Peluso

O ministro Cezar Peluso proferiu voto favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias. Para ele, essas pesquisas não ofendem o direito à vida, porque os embriões congelados não equivalem a pessoas. Ele chamou atenção para a importância de que essas pesquisas sejam rigorosamente fiscalizadas e ressaltou a necessidade de o Congresso Nacional aprovar instrumentos legais para tanto.

Marco Aurélio

Ele acompanhou integralmente o voto do relator. Considerou que o artigo 5º da Lei de Biossegurança, impugnado na ADI, “está em harmonia com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º e com o princípio da razoabilidade”. O artigo 1º estabelece, em seu inciso III, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, caput, prevê a inviolabilidade do direito à vida. Ele também advertiu para o risco de o STF assumir o papel de legislador, ao propor restrições a uma lei que, segundo ele, foi aprovada com apoio de 96% dos senadores e 85% dos deputados federais, o que sinaliza a sua “razoabilidade”.

O ministro observou que não há, quanto ao início da vida, baliza que não seja simplesmente opinativa, historiando conceitos, sempre discordantes, desde a Antiguidade até os dias de hoje. Para ele, “o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez, da gestação humana”. Chegou a observar que “dizer que a Constituição protege a vida uterina já é discutível, quando se considera o aborto terapêutico ou o aborto de filho gerado com violência”. E concluiu que “a possibilidade jurídica depende do nascimento com vida”. Por fim, disse que jogar no lixo embriões descartados para a reprodução humana seria um gesto de egoísmo e uma grande cegueira, quando eles podem ser usados para curar doenças.



Celso de Mello

O ministro acompanhou o relator pela improcedência da ação. De acordo com ele, o Estado não pode ser influenciado pela religião. “O luminoso voto proferido pelo eminente ministro Carlos Britto permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado”.

Gilmar Mendes

Para o ministro, o artigo 5º da Lei de Biossegurança é constitucional, mas ele defendeu que a Corte deixasse expresso em sua decisão a ressalva da necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde. Gilmar Mendes também disse que o Decreto 5.591/2005, que regulamenta a Lei de Biossegurança, não supre essa lacuna, ao não criar de forma expressa as atribuições de um legítimo comitê central de ética para controlar as pesquisas com células de embriões humanos.



22/07/2011-08h19

Ministro do STF viaja para a Itália a convite de advogado

O ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) José Antonio Dias Toffoli faltou a um julgamento na corte para participar do casamento do advogado criminalista Roberto Podval na ilha de Capri, no sul da Itália, informa reportagem de **Catia Seabra** e **Rubens Valente**, publicada na **Folha** desta sexta-feira ([íntegra](#) disponível para assinantes do jornal e do UOL, empresa controlada pelo Grupo Folha, que edita a **Folha**).

O ministro não informa quem pagou pela viagem.

Os noivos ofereceram aos cerca de 200 convidados dois dias de hospedagem no Capri Palace Hotel, um cinco estrelas cujas diárias variam de R\$ 1.400 a R\$ 13,3 mil (de acordo com o câmbio de quinta-feira).

No STF, Toffoli é relator de dois processos nos quais Podval atua como defensor dos réus. Ele atuou em pelo menos outros dois casos de clientes de Podval. A legislação prevê que o juiz deve se declarar suspeito para julgar o processo, o que o deixaria impedido de julgar a causa se for “amigo íntimo” de uma das partes do processo. Se não o fizer, a outra parte pode pedir que ele seja declarado impedido.

Procurado pela **Folha**, Toffoli não esclareceu se a viagem, os deslocamentos internos e a hospedagem foram cortesias de Podval. O advogado também não quis falar sobre o assunto.



4º TEMA: O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Justificação externa

Argumentação jurídica e fundamentação das decisões

Tipos de argumentos

2. CASO PARA DISCUSSÃO

HC 82.424/RS (v. anexo)

*Questões para orientação da leitura
(cada grupo deverá ler o voto de apenas um ministro)*

- a) Qual é a questão enfrentada pelo ministro?
- b) Este pode ser considerado um caso fácil? Por quê?
- c) A decisão está internamente justificada?
- d) Você conseguiria pensar em pelo menos outros dois argumentos contrários aos usados pelo ministro na fundamentação da sua decisão?

Atividade: tente identificar tipos diferentes de argumentos com base nos quais os ministros fundamentaram as suas decisões. Depois, proponha critérios gerais com base nos quais você possa agrupá-los em diferentes categorias.



CASO PARA DISCUSSÃO:

7

HABEAS CORPUS 82.424 — RS

Relator originário: O Sr. Ministro Moreira Alves
Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Presidente
Paciente: Siegfried Ellwanger
Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ementa: *Habeas corpus*. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

(. . .)



9

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que no caso se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

(. . .)

15. *“Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento”*. No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribu-



nal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília, 17 de setembro de 2003.

Maurício Corrêa — Presidente e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: É este o teor da ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, por maioria de votos, indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor do ora paciente:

“Criminal. Habeas corpus. Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Impropriedade do writ. Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime, formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada. Ordem denegada.

I. O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito — se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus — se os mesmos seriam raça, ou não — tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação feita no decisum.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há por que ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada.” (Fls. 123)

Contra essa decisão os Drs. Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker impetram *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário em que sustentam



que, embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5º, XLII, da Constituição ficou restrito ao crime de racismo. E, depois de sustentarem, com apoio em autores de origem judaica, que os judeus não são uma raça, requerem que “seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença”, sendo afinal concedida a ordem para “desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado”, reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão com *sursis* em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.

Solicitadas informações, após o indeferimento da medida liminar requerida, foram elas prestadas com o encaminhamento do acórdão atacado pelo presente *writ*.

Às fls. 151/155, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles:

“1. O advogado Werner Becker e a estudante Rejana Becker ajuízam pedido de *habeas corpus* em favor de Siegfried Ellwanger.

2. A tese da impetração que tem como ato a significar ilícito constrangimento a decisão majoritária da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça — fls. 123/148 — sintetiza-se no que expressamente veicula à fl. 9, **verbis**:

“A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Repete-se: Não se está afirmando que as práticas discriminatórias não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo.” (vide: fl. 9)

3. Assim marcada a controvérsia, o *habeas corpus* é ação propícia a sediar, sobre ela, a discussão jurídica.

4. Tem-se a realidade assente — publicações a incitar discriminação contra o povo judeu — e se quer concluir que isto não constitui discriminação racial, sujeitando-se a reprovação criminal, fixada em sanção, aos lapsos prescricionais, pois “... apenas a prática do racismo está abrigada no art. 5º, XLII da Constituição Federal como imprescritível” (fl. 4)

6. Afirmada a compatibilidade do *habeas corpus* ao que se discute, no mérito é de ser indeferido.

7. Está no inciso XLII, do artigo 5º, **verbis**:



XLII – “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (Grifamos)

8. Faz-se necessária esta indagação: definiu o legislador constituinte o que é a prática do racismo?

9. Disse que a prática do racismo é:

- crime;
- crime inafiançável e
- crime imprescritível

11. Aqui se encerra a compreensão do texto constitucional.

12. Transferiu — **é textual** (“nos termos da lei”) — à legislação ordinária a **definição da prática do racismo**, como crime.

13. Antes, a Lei 7.716/90 restringia-se a **definir como prática do racismo condutas de discriminação pertinentes à raça e à cor**.

14. Depois, com o advento da Lei 8.081/90, a prática do racismo contempla a **discriminação alusiva não só à raça e à cor, como também à religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza**.

15. Hoje, pela Lei 9.459/97, o meio — “valendo-se dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza” — passou a constituir-se em **forma qualificada, com pena autônoma mais grave, do crime de prática do racismo, sob a modalidade de discriminação**, visto que se constitui no § 2º, do artigo 20.

16. De toda a sorte, **no praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (artigo 20), “por meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza” (§ 2º do artigo 20, na leitura atual), a Lei 7.716/89, como em outras condutas que tipificou, em todas definiu “os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor,” como mesmo está em sua ementa. São, pois, todos eles imprescritíveis.**

17. Como se vê, interpreta-se o texto constitucional, **sem extravasamentos**.

18. Interpreta-se-o pelo que propriamente significa: transferir à legislação ordinária a **definição da prática do racismo**, e esta o fez por instituir **várias figuras penais**, a tanto **típicas**, presentes na Lei 7.716, e modificações ulteriores.

19. Pelo **indeferimento do pedido**.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. O ora paciente, que fora absolvido no primeiro grau de jurisdição, veio a ser condenado a dois anos de reclusão, com *sursis* pelo prazo de quatro anos, como incurso no *caput* do artigo 20 da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa



“Revisão Editora Ltda.”, editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria (*Holocausto. Judeu ou Alemão? — Nos bastidores da Mentira do Século*) e da autoria de autores nacionais e estrangeiros (*O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil, Brasil — Colônia de Banqueiros* e *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, os três de autoria de Gustavo Barroso; *Hitler — Culpado ou Inocente?*, de Sérgio Oliveira; e *Os Conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko”), que, segundo a denúncia, “abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias”, procurando com isso “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”.

Reza o referido artigo 20, *caput*, da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”.

Na presente impetração, sustenta o impetrante:

“Todas estas práticas, a partir da Lei 8.081, passaram a receber a reprimenda penal. Entretanto, apenas a prática do racismo está abrangida no art. 5º, XLII da Constituição Federal como imprescritível.

Este é o texto da norma:

- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Não se está discutindo, aqui, o mérito da condenação. Apenas, neste pedido, está se afirmando que o paciente não foi condenado por crime de racismo.

A condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 1º, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, não significa, necessariamente, que a condenação seja pela prática de racismo.

A própria parte dispositiva do acórdão não fala em condenação por racismo. Diz a parte dispositiva, sem se referir a crime de racismo ou a imprescritibilidade:

‘Rejeitadas as preliminares, deram provimento ao apelo da assistência da acusação para condenar o apelado Siegrified Elwanger, com amparo no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a nova redação da Lei nº 8.081/90, a cumprir a pena de 2 anos de reclusão com *sursis*.’

Há de se observar que a redação originária da Lei 7.716/89 somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

Somente a inserção posterior do art. 20, através da Lei 8.081/90, estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência nacional.

Este novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade que por força de disposição constitucional ficou restrita apenas à prática do racismo e não às outras práticas constantes do novo tipo penal.



O legislador preocupou-se em estender a tipificação a outras condutas que não as relativas ao racismo. Entretanto, esta preocupação **não se estendeu à imprescritibilidade** que ficou restrita, por disposição constitucional, apenas à prática do racismo. Evidente que a disposição constitucional restritiva de direito não pode ser entendida extensivamente” (fls. 4/5).

Portanto, em última análise, a impetração não se insurge contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, mas alega que, no caso, não foi cometido crime de racismo e que este só, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Constituição, é imprescritível, e isso porque seu delito foi contra os judeus, e não são os judeus uma raça.

2. Assim, a questão que se coloca neste *habeas corpus* é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão “racismo”, cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão “nos termos da lei”, que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de “racismo”, mas, sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.

Reza o artigo 5º, XLII, da Constituição:

“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Esse dispositivo se prende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o que se encontra no inciso IV do artigo 3º da Carta Magna: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de “racismo”, não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó (“A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), apresentada em 12-1-1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação:



“Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime”.

Posteriormente, em 3 de fevereiro de 1988, o Sr. Carlos Alberto Caó assim discursava:

“Ocupamos de novo a tribuna do Congresso Nacional Constituinte para discutir uma questão de extrema importância para a construção do estado democrático em nosso País.

Nós somos apenas formalmente autores desta emenda. Na sua co-autoria tivemos a honra e o prazer de contar com a Constituinte Benedita da Silva. Mas, na verdade, Sr. Presidente, são autores material e substantivamente desta emenda mais de 60 milhões de brasileiros, que, geração após geração, secularmente, estão de tal forma submetidos que lhes tem sido recusado aquele direito elementar, o direito à cidadania. É em nome desses milhões de brasileiros, é em nome da nossa Nação brasileira que nós pretendemos falar aos corações, às mentes e à reflexão dos Constituintes de todos os partidos, de todas as tendências políticas que aqui se encontram representando essas tendências e esses partidos na Assembléia Nacional Constituinte.

(...)

Neste momento, Sr. Presidente, em que nos empenhamos em construir um Estado democrático, em trabalhar no sentido de transformar a sociedade civil brasileira numa sociedade civil civilizada é indispensável que tenhamos conta de que a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado de trabalho.

Em nome desta Nação dinâmica, heterogênea, pluricultural e plurirracial, peço aos Srs. Constituintes e a este Plenário, onde a Nação brasileira está desigualmente representada, que fuçamos, Sr. Presidente, aos apelos, às pressões e à coerção que o Estado patrimonial brasileiro tem feito sobre a Nação. É hora de construir a democracia! É hora de construir uma sociedade civil civilizada! É hora de construir o Estado democrático! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui um crime inafiançável!

(...)

Em seguida o Constituinte José Lourenço, depois de dizer “procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso País, Castro Alves, em ‘O Navio Negreiro’”, recitou essa poesia, concluindo com estas palavras: “Adeus!... adeus!... racismo, jamais!”

Para a questão da raça convergem também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no artigo 5º, XLII, da Constituição. Assim, Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, p. 158, Editora



Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: “Proibição do racismo. A Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros”. Igualmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo 1997): “A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, idéia antiga e que não será eliminada de um sopro pela lei. **Todavia**, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa idéia como bandeira, **semeando discórdia** nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e **condenável**, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, já o constituinte de 1967 lembrou-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a sua difusão (art. 153, § 8º, *in fine*). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime”. Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5º, XLII, partindo da definição, que se encontra no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é “doutrina que sustenta a superioridade de certas raças”, e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais no Brasil, que é a raça negra. Não discrepa dessa convergência Cretella Júnior (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª edição, p. 484/485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: “Quando a Constituição diz, no art. 5º, XLII, que ‘a lei punirá a prática do racismo’, esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio de isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o constituinte defere a elaboração de regra jurídica que capitulo o preconceito de raça”.

3. Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de Nicola Abbagnano (*Diccionario de Filosofia*, trad. Galletti, pp. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

“O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados ‘raças’ sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça ‘ariana’ ou ‘nórdica’.”



4. Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomeado antropólogo judeu que escreveu *O Judaísmo Vivo — As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes*), do rabino Morris Kertzer (no livro *O que é um judeu*) e de Moacyr Scliar (no livro *A Condição Judaica*), citados, em expressivas passagens na inicial deste *habeas corpus*, outros mais há no mesmo sentido.

Assim, o rabino Henry I. Sobel — Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista —, em conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, em 15 de fevereiro de 1998, a propósito, observa:

“Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes.

Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como ‘nação’, embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo *povo*”.

Fred E. Foldvaruy, em artigo “Zionism and Race”, escreve:

“Um dicionário lhe dirá que uma ‘raça’ neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça.

Os judeus não são, portanto, uma raça. Os judeus são membros de uma religião, o judaísmo. Houve uma época em que a nação hebraica era um grupo étnico, mas desde tempos antigos a dispersão dos judeus pelo mundo e os casamentos entre diferentes nacionalidades e as conversões fizeram a origem hebraica menos um vínculo genético e mais um vínculo espiritual. Há também uma cultura ligada à religião e a suas leis relativas à alimentação, ao ‘Sabbath’, e a vários rituais juntamente com práticas culturais encontrados em vários lugares que são ‘judaicos’ por coincidência. Mas não há *raça judaica*.”



Em 1986, por ocasião do cinquentenário da Congregação Israelita Paulista, editou-se a tradução do escrito *Compreendendo o Judaísmo*, de autoria de Eugene B. Snorowitz, e em seu capítulo 2 (“Que tipo de grupo formam os judeus”) lê-se:

“Seríamos talvez uma raça?”

Dizer que o judaísmo é uma religião é ignorar muito da vida judaica. Torna os judeus apenas mais um grupo religioso. Sabemos que isto é errado. Então, o que somos, ainda precisa ser esclarecido. No princípio de nosso século, a Ciência pareceu resolver este problema — mas, em vez disso, cometeu um terrível erro. Os cientistas sugeriram que o que faz um grupo de pessoas ter um modo de vida diferente dos outros é a sua raça. Havia algo na biologia das pessoas, na própria essência da vida, que fazia com que tivessem diferentes estilos de vida. A raça podia ser definida, assim como a cor da pele ou o formato da cabeça. Alvorçados com as novas descobertas e não tendo muitas outras idéias sobre grupos diferentes, começou-se a aplicar a palavra ‘raça’ a qualquer tipo de grupo, tais como os judeus (somente um grupo entre vários conhecidos como semitas) e os alemães louros de olhos azuis (erroneamente rotulados por Adolf Hitler de ‘arianos’). A princípio, isso parecia inofensivo, mas os anti-semitas se apegaram a esta idéia. Disseram que os judeus formavam uma raça e que eram inferiores; seriam uma ameaça biológica para as pessoas decentes e, portanto, o mundo deveria livrar-se deles. Esta idéia tornou-se poderosa sob a influência de Hitler e o resultado foi o Holocausto. Desde então, a noção de uma ‘raça’ judaica tornou-se extremamente repugnante.

Não fique surpreso, portanto, se os livros de cinquenta ou setenta e cinco anos atrás chamam o nosso povo de raça ou falavam de ‘sangue’ judeu. Isto já foi uma explicação correta e científica do que faz dos judeus um grupo especial. Poucos jamais sonharam que ela se tornaria uma desculpa para uma execução em massa. Agora fica claro que jamais houve qualquer sólida evidência de que os judeus formassem uma raça e a idéia, atualmente, é rejeitada pelos cientistas sociais”.

Ainda recentemente, em 3 de maio de 2002, o rabino Samuel M. Stahl fez um ~~crim~~ **crim**ção sobre as três seguintes indagações: Por que os judeus não acreditam numa outra ~~ida~~ **ida** depois da morte? Por que os judeus não acreditam em Jesus? São os Judeus uma ~~nça~~ **nça**? E, afinal, sobre essa terceira questão assim se pronunciou:

“Finalmente, a terceira questão: ‘São os judeus uma raça?’

Isso é uma questão particularmente sensível, especialmente desde a época de Hitler. Ele falava da magistral raça ariana. Hitler considerava os judeus parte de uma raça sub-humana, que deveria ser exterminada. A verdade é que os judeus não constituem uma raça.

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

Todavia, nós judeus somos representados em toda a grande comunidade racial. Não temos somente judeus caucasianos, mas também judeus orientais e judeus negros.

Quando eu era capelão judeu na Coréia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecidamente, não eram judeus natos. Todavia, depois de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

19

Similarmente, nas últimas duas décadas, cerca de 25.000 judeus negros deixaram a Etiópia e se fixaram em Israel. Eles eram judeus havia séculos. Em poucas cidades maiores da nossa nação há também congregações de judeus negros. Sucede, pois, que uma mulher africana, vivendo agora em Denver, matriculou-se no 'Hebrew Union College' para estudar e tornar-se rabino.

Assim, se nós judeus não somos uma raça, o que somos nós? Nós não somos uma nacionalidade, porque nós somos representados em quase todas as maiores nacionalidades do mundo. Há judeus americanos, judeus franceses, judeus russos, judeus turcos, judeus gregos, judeus italianos, judeus mexicanos, etc. Então o que somos nós?

A melhor definição de judeus que eu encontrei é esta do Dr. Mordecai M. Kaplan: 'Nós judeus somos um povo com uma desenvolvida civilização religiosa'. Sim, nós somos mais do que um grupo religioso. Nós judeus somos uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Nós também temos línguas como o 'Yiddish'. Nós temos alimentos, como o peixe 'gefilte'. Nós temos danças, como a 'hora'. Nem o 'Yiddish', nem o peixe 'gefilte', nem a 'hora' têm natureza religiosa. Todavia são elementos da civilização judaica. Em resumo, nós judeus somos parte de uma entidade religiosa, mas muito mais do que isso".

5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14-11-91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorreram mais de quatro anos.

6. Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

(. . .)

INCIDÊNCIAS AO VOTO VISTA

23

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90¹, por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros, representativas de discriminação contra judeus. Restringe-se o tema em debate exclusivamente à imprescritibilidade atribuída à conduta.

2. O paciente publicou os livros *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil e Brasil — Colônia de Banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, *Hitler — culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os Conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto. Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*, este de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de S. E. Castan (fls. 18/19).

¹ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.



3. Tais publicações procuram negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e imputando-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação.

4. Absolvido em primeira instância, foi o paciente condenado pelo Tribunal de Justiça. Em razão da imprescritibilidade inerente ao delito, impetrou-se *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça que, por sua 5ª Turma, denegou a ordem.

5. Consignou o Relator Ministro Gilson Dipp, que “*a condenação do paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento — o qual restou claramente apontado na parte dispositiva e nos fundamentos da condenação ora impugnada*” (fl. 705), tendo o Ministro Jorge Scartezzini, que o acompanhou, destacado que “*o legislador constituinte teve a intenção de não só punir o preconceito decorrente das diferenças de raças, mas também aqueles relacionados à etnia ou a grupos nacionais*” para que a prática do racismo fosse “*abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez*” (fls. 134/135 e 141).

6. Contra essa decisão foi impetrado o presente *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, em que se reitera a tese de que o delito de discriminação contra os judeus não se constitui crime de racismo, estando sujeito, por isso mesmo, à observância do prazo prescricional previsto em lei.

7. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opina pelo indeferimento do pedido. Afirma ser “*injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, reduz a prática de racismo à raça*” e sustenta que o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal “*não define prática de racismo, mas à legislação infraconstitucional transferiu tal propósito, fazendo-o esta — a Lei 7.716/90 — por uma gama de condutas, todas imprescritíveis*”.

8. O eminente Relator Ministro Moreira Alves votou pela concessão da ordem. Entendeu que o crime de racismo não alcança toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação, devendo merecer interpretação estrita. Após citar manifestações de diversos autores e rabinos que cuidaram da questão, concluiu que não sendo “*os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo*”, pelo que inaplicável a regra do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal². Decorrido o prazo legal de prescrição, declarou extinta a punibilidade.

9. Na sessão do dia 12-12-02, ao fazer algumas referências preliminares acerca da questão, rememorei fatos históricos ligados ao povo judeu, submetido a obsessiva perseguição ao longo da história, para concluir pela necessidade de maior reflexão sobre o tema. Pedi, assim, vista dos autos, que ora trago para prosseguirmos no julgamento.

² XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;



10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.

11. Nessa ordem de idéias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG)³.

12. Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

13. Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter “há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos”⁴.

15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1% (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários — três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca⁵.

16. O professor Sérgio Danilo Pena⁶, titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele “*todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem*”.

³ Genoma — Conjunto de genes de um organismo, o patrimônio genético armazenado no conjunto de seu DNA ou de seus cromossomos. Possui informações sobre as principais características hereditárias, alterações e doenças que o ser pode sofrer em sua vida. Conhecer e localizar os genes humanos possibilita intervir sobre aqueles responsáveis pelas doenças.

⁴ O trabalho da Celera foi publicado pela revista americana “Science” (www.sciencemag.org) e o do Projeto Genoma pela britânica “Nature” (www.nature.com).

⁵ “www.mazen.hpg.ig.com.br/saúde/10/index_int_4.html” — Fonte: O Globo e Folha On line.

⁶ www.gene.com.br/Dr_serjio/publica-atuais05.htm. “Cf. “Folha On Line”.



17. Acrescenta, ainda, que “com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior, 19 vezes maior, do que entre os grupos raciais. Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre o Sérgio Pena [entrevistado] e o Marcelo Leite [entrevistador] são tão grandes quanto as diferenças genéticas entre o Sérgio Pena e alguém na África agora”, e esclarece que “a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente”.

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, “a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original”, pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

20. No Brasil, mestre Gilberto Freire há tempos já definira de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de vez uma pá de cal na velha definição. “Aliás” — diz ele — “na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros”⁷.

21. Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbete “raça” encontra-se devidamente definido como “divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.). Etnologicamente, a noção de raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças diferentes estão muito mais próximas do que outras da mesma raça”.

22. Como já referido, mesmo antes dos estudos que abriram o chamado Livro do Genoma Humano, a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana, mongolóide e negróide, já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça é a “coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia”⁸.

⁷ Casa Grande & Senzala, José Olympio Editora, 16ª edição, pp. 294/5.

⁸ Dicionário Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa.

23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1º, na versão original em inglês:

“Art. 1 – 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.”

24. Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade⁹. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito — agora cientificamente ultrapassado — não nos serve para a solução do caso.

(. . .)

29

33. Adolph Hitler, no capítulo “Povo e Raça” de seu livro “Minha Luta” escreveu que “a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica” e que “para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça”¹⁴. Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a “lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã” de 15 de setembro de 1935, que proíbia casamento entre “judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão”, anulando os “enlaces já contratados”. Vedava, ainda, “as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão”, impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão.

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que “a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio”¹⁵. Por isso mesmo a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves consequências¹⁶.

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles

¹⁴ Mein Kampf – *Minha Luta* – SP, Moraes, 1993, pp. 185-212, apud Izidoro Blikstein, em parecer juntado aos autos.

¹⁵ *The Destruction of the European Jews* — Chicago, 1961.

¹⁶ “Racismo é muitas vezes uma questão latente nos fatores econômicos e políticos que levam a guerras e conflitos. É explícito em algumas ideologias políticas, como certas formas de fascismo. Um exemplo extremo das consequências do racismo é o dos nazistas alemães, cuja crença na superioridade dos povos nórdicos ou germânicos em relação aos ‘não arianos’ levou à discriminação crescente e, por fim, ao genocídio de milhões de judeus, eslavos e ciganos na Europa, durante o regime nazista” (“Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial”, Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, *Revista de Direito Penal*, 78, ed. v. 2, p. 2645, por José da Silva Franco).

a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe¹⁷.

37. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um “Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes”¹⁸.

38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem¹⁹, “raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais”, possuindo o termo um “poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa”.

39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

40. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que “‘raça’ é, sobretudo’ uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar”. Assim, “o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qual-

¹⁷ “Racismo é o conjunto de crenças de que diferenças orgânicas (reais e imaginárias), geneticamente transmitidas entre grupos humanos, são intrinsecamente associadas à presença ou à ausência de algumas características ou capacidade socialmente significativas e, portanto, que tais diferenças constituem base legítima de distinções injustas entre grupos socialmente definidos como raça” (James M. Jones, “Racismo e preconceito”, Edgard Blucher, Edusp, p. 4, 1973 - Apud José Silva Júnior, obra citada).

¹⁸ Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais, São Paulo, UNESP, 2002, pp.125-126.

¹⁹ Professora da Universidade de Brasília, em laudo antropológico sobre o tema, datado de 14-2-03.

quer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal”²⁰. Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, conseqüência lógica da ausência de raças.

41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. Para George Fredrickson²¹ dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indelévels, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma *ordem racial*.

42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: — **Racialismo**, que é “o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua possessão de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular”; — **racismo**, “um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa”; e **racialização**, “o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como ‘raça’”²². Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o *racialismo* em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.

43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de “*revisionismo*”, como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

44. Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito:

Livro Judeu Internacional, Henry Ford (fls. 19/20):

— “Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos” (p.11);

²⁰ J. A. Lindgren Alves, A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos, *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, nº 2, 2002, pp. 206 e 208, *apud* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

²¹ *Breve storia del razzismo*, Roma, Universale Donzelli, trad. Annalisa Merlino, 2002, pp. 11 e 172, *apud* Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

²² Gordon Marshall, Oxford University Press, 1998:548/9, por Sonia Bloomfield Ramagem, em parecer juntado aos autos.



— “Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação” (p. 24);

— “não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder” (p.75)

— “Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter” (p. 171).

Livro *Conquistadores do mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, Louis Marschalko (fls. 20/21):

— “toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas (...) [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história” (p. 9)

— “o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus...” (p.112)

— “Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais” (p. 214).

(...)

Esse autor, Louis Marschalko, é de origem húngara, salvo engano naturalizado argentino. Escreveu, inclusive, um trabalho sobre o Purim, uma festa muito especial para o povo judeu, extraída do Livro de Ester, uma judia que se casou com um rei que não era judeu; disso decorreu uma sucessão de fatos em torno dos quais se sedimentaram as comemorações acerca de sua coragem, ousadia e resistência, isso consideradas as condições da época, sob cujo pálio viviam os judeus na diáspora de Nabucodonosor, na velha Babilônia. Purim, portanto, passou, há mais de dois mil e quinhentos anos, a ser uma das principais festas do judaísmo.

Pois bem, esse autor descreve o fato da maneira mais deprimente possível, registrando o Purim como se fosse ato de orgia, chegando à conclusão de que os judeus são sub-raça, nefasto, argentário e que contaminava o povo alemão e o mundo.

Marschalko teria saído da Hungria, sua terra de berço, por ser nazista e não concordar com o comunismo que então estava em fase de implantação naquele país.

Há passagens, no mínimo, repulsivas, nos livros editados pelo paciente, tais como se pode verificar:

(...)

Livro *Brasil — Colônia de Banqueiros*, Gustavo Barroso (fl. 21):

— “Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial”(p. 34)



— “*O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora*” (p. 95).

Livro *Holocausto. Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira*, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S. E. Castan (fl. 23):

— “*o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda*” (p. 23).

— “*os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus*” (p. 23).

E por aí seguem-se as verberações contra os judeus, todas de conteúdo altamente preconceituoso e discriminatório.

Dentre os livros indicados na denúncia está *Os Protocolos dos Sábios do Sião*, apostilado por Gustavo Barroso (fl. 19). Cuida-se de uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em *complot* judaico mundial, facilitador do racismo nazista²³.

45. Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

(. . .)



65. Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu sim ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3º da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.

66. É de observar-se ainda que além da incriminação do racismo mencionada no inciso XLII do artigo 5º, a Carta Federal cuida do tema no seu artigo 4º, inciso VIII, ao definir como um dos princípios que devem reger a política transnacional brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Relembro nesse ponto as convenções a que antes me referi, e que certamente motivaram o legislador constituinte a incluir a luta contra o racismo entre os fundamentos da atuação externa do governo brasileiro, evidentemente como reflexo do pensamento interno dominante.

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positividade dos direitos fundamentais.

68. Vem a propósito a lição de José Cretella Júnior que, ao tratar do inciso VIII do artigo 4º da Constituição, entende ser racismo a “ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)”, tendente a promover a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos, judeus e escravos³⁶. Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo “propugnar a separação de etnias”³⁷.

69. Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lamêgo Bulos define-o como “todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc.”

70. José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional que “proíbe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia-se, antes de tudo, um repúdio à barbárie do tipo nazista que vitimara milhares

³⁶ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense, p. 175, apud Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

³⁷ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, v. 1, 3ª Ed., 2000, p. 57.



de pessoas, e consagra a condenação do apartheid". Finaliza dizendo que "o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são conseqüências da teoria"³⁸.

71. Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o "direito de ter direitos".

72. Ora, as teorias anti-semíticas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1º, II; 3º, IV; 4º, II e VIII; 5º, *caput*, I, XLI).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

75. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.

76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte³⁹).

77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando

³⁸ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2ª Ed., Malheiros, pp. 223/224.

³⁹ § 2º — *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados*, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.



possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo”, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada “concordância prática”, a que se refere a doutrina⁴⁰.

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

(. . .)

41

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos *raça* e *racismo* não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

86. Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que “*dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais*”. Alexandre de Moraes, ao cuidar da aplicação dos direitos humanos fundamentais, assevera que a interpretação

⁴² *No Caminho com Maiakowsky* de Eduardo Alves Costa*:

*Escritor brasileiro, residente em São Paulo, nascido em Niterói em 1937. Fragmento extraído do livro “Poesia Viva”, Editora Civilização Brasileira, 1968, página 209. É como consta também como sendo de sua autoria o poema no verbete que lhe consagra a Enciclopédia Brasileira, de Afrânio Coutinho e J. Galante de Sousa, SP, Fundação Biblioteca Nacional, 2001. Fica assim claro que o poema é de autoria de poeta brasileiro e não do próprio Maiakowsky e/ou Berthold Brecht.



“deve buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-a à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas”⁴³.

87. O significado do termo *racismo* empregado pelos impetrantes na inicial encerra a própria negação de seu verdadeiro sentido constitucional, de modo a limitar a eficácia não apenas da norma constitucional específica (CF, artigo 5º, XLII), mas do conjunto dos princípios que informam os direitos e garantias fundamentais.

88. Registro que após a promulgação da Constituição Federal cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema, ao editar a Lei 7.716/89, que definiu “*os crimes resultantes de raça ou de cor*”. Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sociopolítica, já exhibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8.081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião e de precedência nacional, aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema.

89. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que “*o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam*”.

90. Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.

91. A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do Ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

92. O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, Caó, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das *discriminações raciais* para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

⁴³ *Direitos Humanos Fundamentais — Teoria Geral*, Atlas, 3ª Ed., 2000, pp. 22/24.



93. Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de resto os ciganos e os índios. No Brasil colônia a discriminação era fundada na pretensa “*pureza do sangue*”. Os judeus, mesmo os cristãos novos, marranos, eram tidos como de “*raça infecta*”, a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública⁴⁴.

94. E essa mácula de impureza podia gerar trágicas conseqüências, como levar os judeus às chamas da fogueira da Inquisição, tal como ocorreu com o escritor brasileiro Antônio José da Silva — o Judeu —, em Lisboa⁴⁵. Também na década de 30 do século passado, as teorias racistas baseadas na hierarquização de raças tiveram repercussões no Brasil, com o provimento de atos discriminatórios pelo próprio aparelho estatal, notadamente como sucedeu com as restrições impostas à imigração de judeus por critérios de ordem racial. (...)

Recebi cópia de uma carta inusitada, de triste e histórica lembrança, endereçada ao então Ministro da Justiça da época da ditadura de Getúlio, com um pedido para que um judeu ingressasse no Brasil, cuja expressa resposta foi a de que a sua fixação no Brasil era proibida exatamente em virtude de ser judeu...

(...)

95. Esse preconceito de raça em relação a eles judeus, conforme me manifestei na sessão anterior em que pedi vista dos autos, persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo **judiação** como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo.

96. Encerrei minha manifestação no dia 12-12-02, dizendo *que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos in memoriam ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça*. Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Como diz Gregório Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, deve-se “*favorecer siempre y en todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho*”⁴⁶.

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para

⁴⁴ *O Racismo na História do Brasil*, Maria Luzia Tucci Carneiro, 18ª Ed., Ática, 2002.

⁴⁵ *Vínculos do Fogo*, Alberto Dines, vol. I, São Paulo, Cia. das Letras, 1992.

⁴⁶ *Curso de Derechos Fundamentales — Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1995, p. 577, *apud* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.



justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas, e em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

99. Incensurável, pois, o acerto do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.” (Fl. 28).

100. Finalmente, cumpre-me assinalar que os quatro pareceres que nos foram apresentados acerca do tema, e que penso devem ser juntados aos autos, ainda que por linha, são peças de substancial conteúdo jurídico e científico, e por isso serviram em grande parte de subsídio para ilustrar este voto. Na peça elaborada pelo ilustre Professor Celso Lafer ficou claro que o delito cometido pelo paciente configura prática de racismo, espécie da qual *“nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista”*, razão pela qual *“não admite o esquecimento”*.

101. Como é sabido, Auschwitz é o espelho para a memória da humanidade de uma das mais lamentáveis páginas de suplício a que foram submetidos seres humanos. Não vou recordar episódios ali vividos. Mas servem para registrar até onde chegou a loucura e insanidade nazista. Em trabalho monográfico de Uilson Linck, desenvolvido por Fernando Meyer⁴⁷, citando Christian Bernardac, em os *“Manequins Nus”*⁴⁸, há uma passagem de extraordinária atualidade para o caso:

“Hoje cada um ‘imagina’ Auschwitz sabendo que Auschwitz faz parte do remorso do homem — porque este crime — talvez o maior de nossa história foi cometido pelo homem. E o homem não pode perdoar Auschwitz ao homem. E o homem sabe que em certas circunstâncias, este mesmo homem é capaz de tornar a inventar Auschwitz”.

102. Buchenwald, terceiro campo de concentração, que fica a poucos quilômetros da cidade de Weimar, guarda até hoje em seu museu o detalhe do portão que lhe servia de acesso, que traz o lema *Jedem das Seine*, o que traduzido significa *“a cada um o que merece”*, e que encerra tudo que o nazismo pretendeu com a chamada *solução definitiva*.

⁴⁷ [Http://www.fernandomeyer.hpg.ig.com.br](http://www.fernandomeyer.hpg.ig.com.br)

⁴⁸ Tradução de Leda Richard de Faria e Marina Camargo Celidonio, Rio de Janeiro: Otto Pierre, 1980.



HC 82.424/RS

45

Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o *habeas corpus*.

(. . .)



VOTO (Vista)

162

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em peça redigida com esmero, os profissionais da

(. . .)

163

advocacia Werner Cantalício João Becker e Rejana Becker impetraram este *habeas substitutivo de recurso ordinário constitucional* em benefício de Siegfried Ellwanger, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual, indeferida a ordem, prevaleceu a condenação imposta ao paciente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negando-se o afastamento da imprescritibilidade, porque enquadrado o crime praticado como de racismo.

A denúncia que deu origem à ação penal calcou-se na imputação ao paciente do crime de racismo — artigo 20, cabeça, da Lei nº 8.081/90:

Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Dela consta a edição e distribuição de obras de autores brasileiros e estrangeiros com mensagens anti-semitas, visando a incitar e a induzir a discriminação racial, semeando nos leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Em primeira instância, o pedido formulado pelo Ministério Público foi julgado improcedente, consignando-se, em sentença, o exercício da liberdade de expressão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proveu o recurso do Ministério Público, condenando o paciente à pena de reclusão de dois anos, com *sursis* por quatro anos e a destruição do material apreendido (folha 48) (. . .)

No Superior Tribunal de Justiça, vencido o ministro Edson Vidigal, a impetração de *habeas* não frutificou.

(. . .)

164

Sustentam os impetrantes que o paciente, absolvido pelo Juízo, acabou condenado pelo crime de discriminação contra judeus, tipificado no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90¹, e não pelo de racismo, este sim, imprescritível, de acordo com o artigo 5º, inciso XLII², da Constituição Federal. Alegam que, não revelando os judeus a existência de uma “raça”, ao paciente foi erroneamente imputado o crime de “racismo”. E requerem “seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença”. Por fim, pleiteiam a concessão da ordem, para “desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado” (folha 17). (. . .)

165

Iniciado o julgamento em 12 de dezembro de 2002, o eminente Relator, Ministro Moreira Alves, votou no sentido da procedência dos argumentos trazidos pelos impetrantes, assentando não formarem os judeus uma raça, ficando afastada, assim, a hipótese constitucional da imprescritibilidade. (. . .)



Entendeu o Relator que, enquadrado o crime como discriminação contra o povo judeu, e não como racismo, a prescrição da pretensão punitiva já teria acontecido. É que o paciente fora condenado a dois anos de reclusão e já tinham passado mais de quatro anos entre o recebimento da denúncia e a decisão. Deferiu a ordem, para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. O julgamento foi interrompido, em 12 de dezembro de 2002, ante o pedido de vista formulado pelo Ministro Maurício Corrêa.

Retomado o julgamento em 9 de abril de 2003, Sua Excelência, citando parecer da lavra do professor Celso Lafer — encaminhado aos Ministros que compõem a Corte pelo rabino Henry I. Sobel —, aduziu que o conceito de raça não é uma expressão unicamente biológica, devendo ser interpretada também à luz de outras ciências, como a Sociologia e a Antropologia. A esse argumento somaram-se outros, de natureza histórica, ressaltando o sofrimento vivido pelo povo judeu desde a Diáspora e culminado com a Segunda Grande Guerra

(. . .)

169

Após este breve relato, externo as reflexões que fiz sobre a questão, por mim reputada uma das mais importantes — se não a mais importante — apreciadas por este Colegiado nos treze anos em que nele tive assento, consignando haver recebido o processo para exame em 29 de agosto de 2003, nele lançando visto e declarando-me habilitado a votar em 12 de setembro imediato — folha 188.

A censura, em suas diversas formas — direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial —, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos. Em 1695, na Inglaterra, deixou-se de ratificar texto — *Licensing Act* — que dispunha sobre a censura prévia. Na Declaração de Direitos de Virgínia — em 1776 —, proclamou-se que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos” — artigo 12. A Constituição Americana de 1787, via Emenda nº 1, previu que “o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos”. Na França, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, mais uma vez reiterou-se que “a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei” — artigo 11. O pós-guerra — 1948 — fez surgir a Organização das Nações Unidas, vindo-nos a Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. Em 1950, em Roma, no Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ressaltaram-se aspectos a serem considerados, tais como a liberdade de expressão, o recebimento e a comunicação de informações e o afastamento da ingerência de autoridades públicas. Mais recentemente, via o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, selou-se: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem consideração de fronteiras”. Eis as normas matrizes internacionais do direito fundamental em questão.

Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Barbosa, à época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, que se destruíssem todos os documentos referentes à esca-



vidão. Intentava com esse gesto apagar, da história brasileira, o instituto — como se isso tivesse o condão de fazer desaparecer da memória nacional a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e pelos afrodescendentes — e evitar possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho.

O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado — apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil —, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido — a ignorância.

Ainda uma vez sob enfoque histórico, forçoso é trazer à lembrança outro exemplo, ligado à época da Inquisição. Por causa do avanço desmedido da religião protestante — já estendida a dois terços da Alemanha, metade da Holanda, parte da Áustria, da Hungria e da Boêmia, um quarto da França, ocorrendo ainda a adesão da Inglaterra, da Escócia e da Escandinávia —, o Papa Paulo III deu início a um movimento, conhecido como Contra-Reforma, no qual se adotava uma série de medidas com o objetivo de conter o progresso do protestantismo.

Então, criou-se em 1543 a Congregação do Índice, cuja finalidade era a veiculação de lista dos livros contrários à doutrina Católica — *Index librorum prohibitorum* — e, portanto, proibidos para os cristãos, a fim de evitar que idéias heréticas corrompessem o espírito dos fiéis. Listas e mais listas restaram publicadas, sucessivamente, símbolo talvez de uma das maiores intolerâncias que a humanidade já conheceu. No rol dos livros vetados, constavam obras de Gil Vicente, Luís de Camões e do Padre Antônio Vieira. Somente em 1966 a Congregação para a Doutrina da Fé anunciou que o Índice não mais seria publicado³.

Tamanha violência não foi apenas intelectual, mas resvalou para a física: aos escritores considerados hereges, caberia o julgamento pelo Tribunal da Inquisição e, condenados, morreriam queimados nas fogueiras.

A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos ministros que me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento: estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.

³ BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às naveas espaciais*. Tradução de Donaldson M. Garhagen. 40ª ed. São Paulo: Globo, 2001, v. 1, pp. 376-401; ARRUDA, José Jobson de A. *História Moderna e Contemporânea*. 23ª ed. São Paulo: Ática, 1990, pp. 44-54.



1. Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito

Dando fim a período inaceitável de ditadura militar, a Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito, a partir da restauração concreta de um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que hoje constitui a verdadeira essência de uma sociedade plural e democrática. Nesse sentido, a eficácia plena dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, bem como de outros direitos advindos do regime e de tratados internacionais, na forma do § 2º desse mesmo artigo 5º, é condição essencial para a consolidação e amadurecimento de nossas instituições políticas e para a conservação e promoção da democracia.

Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania. Para tanto, o sistema constitucional brasileiro prevê vários institutos e mecanismos que têm por finalidade concretizar o princípio democrático, de maneira a torná-lo algo vivo, presente e eficaz. Na doutrina nacional, costuma-se indicar o sistema eleitoral, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico como uma das mais claras manifestações jurídicas do princípio democrático.

Outros pilares do sistema constitucional pátrio são igualmente essenciais para a eficácia direta do princípio democrático, como é o caso da separação dos Poderes, mediante a qual se confere aos representantes do povo e dos Estados — vereadores, deputados e senadores —, assim escolhidos por meio do voto direto, a elaboração legislativa, e, ao Chefe do Poder Executivo, também eleito pelo sufrágio, a condução política do País, incumbindo ao Judiciário julgar os conflitos de interesse e restabelecer a paz social momentaneamente abalada.

Entretanto outras manifestações existem. O sistema de direitos fundamentais, como elemento constitutivo do Estado de Direito, é imprescindível na concretização do princípio democrático. Na precisa lição do eminente professor Joaquim Canotilho, “os direitos fundamentais têm uma função democrática dado o exercício democrático do poder”.

Tais direitos asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia. Constroem um ambiente livre para essa participação — o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático — e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais⁴. Tratando dos direitos fundamentais na dimensão de liberdade, o Professor de Coimbra arremata:

Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).⁵

4 J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 1998, p. 280.

5 J. J. Gomes Canotilho, *idem*, *ibidem*.



Pode-se concluir que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas. Na feliz e apropriada redação utilizada pelo Professor Catedrático de Direito Público e História Constitucional da Universidade de Friburgo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, utilizando-se de expressão cunhada pela Corte Constitucional Alemã, os direitos de comunicação, em que se inclui a liberdade de opinião, são “constitutivos do princípio democrático por antonomásia”, já que promovem a autonomia individual e formam o ambiente plural de participação democrática.⁶

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular⁷. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos Hans Kelsen⁸, quando afirma que a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria. E venho adotando esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário.

José Martínez de Pisón⁹, ao estudar a prática da tolerância, ressalta: “quando uma sociedade e seus governantes recorrem com tanta insistência à tolerância quer dizer que algo não está funcionando corretamente. Quando é preciso que se recorde constantemente a necessidade de respeitar as opiniões e crenças dos demais, de admitir e tolerar a diferença, isso indica que há, ao menos, sintomas preocupantes para a convivência, e, inclusive, para a coesão social”. E continua, citando Camps: “A tolerância é uma virtude

6 Ernst Wolfgang Böckenförde, *La democracia como principio constitucional*, in *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, 2000, p. 78.

7 Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão – Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 256.

8 Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, p. 281.

9 José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 11.



indiscutível da democracia. O respeito aos demais, a igualdade de todas as crenças e opiniões, a convicção de que a verdade e a razão não são absolutas, são fundamentos dessa abertura e generosidade que supõe o ser tolerante. Sem a virtude da tolerância, a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo”¹⁰. Eis palavras sempre oportunas e que vêm a calhar considerado o momento vivido.

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes (por exemplo, pornografia, no caso “Miller v. California”) ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso “Falwell v. Hustler Magazine”, Inc.. No caso “New York Times v. Sullivan”, o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: “a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de idéias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo”.

A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício de poder. Esta dimensão foi até mesmo a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade para exprimir os pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos.¹¹

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por conseqüência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

Os piores acontecimentos havidos — entre eles, a perseguição aos judeus — sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações, de falta de publicidade de modo a permitir o acompanhamento público. Com isso, foram evitadas as reações próprias aos episódios. Encobertos, ganharam proporções alarmantes, predominando a barbárie. A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior.

A garantia de uma esfera pública de debate sobre os mais diferentes temas contribui para a concretização do princípio democrático e para o amadurecimento político e social de um país, não só como controle do exercício do poder público, mas também como garantia de controle do poder econômico, de modo a evitar o abuso e a venda de uma ideologia desses grupos.

10 Idem, p. 13.

11 Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão — Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 266.



A liberdade de expressão ainda pode ser entendida como uma garantia da diversidade de opiniões, o que, como já dito, ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular acerca das mais variadas matérias, sejam políticas, sociais ou históricas. Bem demonstra Jónatas Machado:

Os modernos Estados constitucionais não partem de uma concepção monolítica e político-espiritual do povo ou da nação, mas arrancam da diversidade e confrontação de opiniões, interesses, vontades e aspirações dos indivíduos e grupos. A unidade política é vista como tarefa e não como pressuposto da democracia. A manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional está longe de constituir um fundamento constitucionalmente plausível para restringir a liberdade de expressão e as demais liberdades de comunicação. (...) Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e, conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.¹²

Além dessas finalidades substantivas da garantia em exame, várias outras poderiam ser citadas, tais como: a acomodação de interesses por meio de um debate público de temas controversos e a viabilidade de transformações sociais e políticas de forma pacífica; a criação de livre mercado de idéias em que se privilegia o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada; o exercício da tolerância que educa a sociedade a ouvir e a ser ouvida — e, portanto, a ser democrática em seu seio — e não somente a exigir a democracia como uma providência do Poder Público; a proteção e a garantia da autonomia individual, já que a livre manifestação de pensamento é uma expressão da individualidade e da liberdade.

O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de idéias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como uma forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia. Teubner já alertara: “O ponto é que, à parte da esfera individual de ação, existem esferas de autonomia social que necessitam da proteção dos direitos fundamentais contra as tendências colonizantes das políticas estatais e, por isso, não podem ser reduzidas a meros anexos ou derivações da autonomia individual.”¹³ É essa importância social e política da liberdade de expressão que precisa estar clara na análise do problema constitucional presente no caso concreto, mesmo porque tal liberdade necessita ser vista sob o ângulo daquele que tem o direito de receber o maior número de informações possíveis, de ter acesso ao mais amplo conhecimento, a fim de se tornar uma pessoa apta a desenvolver as potencialidades e a cidadania. Revela o artigo 19 da Declaração dos Direitos Humanos: “Cada indivíduo tem o direito à liberdade de opinião e de expressão, o direito à liberdade de ter opiniões sem interferência e procurar receber informações e idéias de qualquer mídia e de qualquer fronteira”.

12 Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão — Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 279.

13 Christoph Beat Graber e Gunther Teubner, *Art and Money: Constitutional Rights in the private sphere?*, in *Oxford Judicial Legal Studies*, 18, 1998, p. 66.



O Estado mostra-se democrático quando aceita e tolera, no próprio território, as mais diferentes expressões do pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário. A tolerância política é imprescindível para regular as relações entre as maiorias e as minorias e para servir de princípio regente das relações entre as ideologias e grupos políticos divergentes. A partir da proteção ao pensamento minoritário é que a liberdade se apresenta como um típico direito fundamental de defesa, que alberga em sua essência um espaço imune a restrições de qualquer tipo, sejam estas impostas pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem sempre procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de maneira distinta para cada indivíduo. Assim já lecionava Stuart Mill¹⁴, ao falar sobre a liberdade:

Quando a sociedade mesma é o tirano (...) seus meios de tiranizar não estão limitados aos atos que podem realizar por meio dos seus funcionários públicos. A sociedade (...) exerce uma tirania social mais formidável que muitas das opressões políticas, pois, apesar de não fazer incidir penas tão graves, deixa menos meios de escapar delas, pois penetra muito mais nos detalhes da vida e chega a encarcerar a alma. Por isso, não basta a proteção contra a tirania do magistrado. Necessita-se também a proteção contra a tirania da opinião e do pensamento prevalecente, contra a tendência da sociedade de impor, por meios distintos das penas civis, as próprias idéias e práticas como regras de conduta a aqueles que dissente delas; a arrogar o desenvolvimento e, se possível for, a impedir a formação de individualidades originais e a obrigar a todos os caracteres a moldar-se sobre o seu próprio.

O argumento central de Mill é escancarar que não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual. Proteger a liberdade, para ele, não é somente se manifestar em favor da liberdade de consciência e de expressão, mas principalmente lutar continuamente contra quem quiser restringi-la.

E afirma que as razões que fazem um homem querer limitar a liberdade dos demais decorrem da busca pela imposição das idéias, pela conformidade de pensamento e pela necessidade de adotar apenas uma resposta possível e verdadeira à pergunta: como os homens devem pensar?

Para o bem-estar intelectual da humanidade, é preciso proteger a liberdade de expressar todas as opiniões, ainda que delas discordemos ou que estejam redondamente erradas, e isso pode ser justificado por quatro motivos, resumidos ainda por Mill¹⁵:

Primeiro, (porque) uma opinião, ainda que reduzida ao silêncio, pode ser verdadeira. Negar isso é aceitar a nossa própria infalibilidade. Em segundo lugar,

14 Apud José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 73.

15 Apud José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 76.

ainda que a opinião reduzida a silêncio seja um erro, pode conter, e com frequência contém, uma porção de verdade; e como a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca abarca toda a verdade, somente pelo conflito de opiniões diversas se tem alguma probabilidade de ser conhecida a verdade inteira. Em terceiro lugar, ainda que a opinião admitida fosse não somente a verdadeira, senão toda a verdade, ao menos que possa ser e seja vigorosa e lealmente discutida, será sustentada com mais razão, além do conhecimento formulado a partir de um prejulgamento, com pouca compreensão ou sentido de seus fundamentos sociais. E não somente isso, senão que, em quarto lugar, o sentido da mesma doutrina poderá correr o risco de perder-se ou de debilitar-se, perdendo seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; o dogma se converterá em uma profissão meramente formal, ineficaz para o bem, mas enchendo de obstáculos o terreno e impedindo o desenvolvimento de toda convicção real e sentida de coração, fundada sobre a razão ou a experiência pessoal.

A ninguém é dado o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. Nenhuma idéia é infalível a tal ponto de gozar eternamente do privilégio de ser admitida como verdadeira. Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo seus fragmentos.

Garantir a expressão apenas das idéias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar idéias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas idéias somente são assim consideradas quando comparadas com o pensamento da maioria.

É essa a dimensão delicada do direito à liberdade de expressão, e aí está o seu caráter procedimental ou instrumental: não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante. A censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, a fim de impedir a propagação de idéias que lhes são contrárias. A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações. Alfim, imaginando-se integrado a um Estado Democrático de Direito, acionou a livre manifestação, a convicção política sobre o tema tratado, exercitou a livre expressão intelectual do ofício de escritor e editor, conforme previsto nos incisos IV, VIII e XIII do artigo 5º da Constituição Federal.



Mas sigamos na apreciação deste eletrizante tema. Admitamos que, por conta de sua dimensão social, o direito fundamental de liberdade de expressão seja passível de limites quanto ao exercício. A liberdade de expressão presta-se a construir uma sociedade democrática, aberta e madura. Somente com esse intuito é que ela encontra fundamento, o que importa dizer que, mesmo formando o núcleo essencial do princípio democrático, não pode ser caracterizada como um direito absoluto, livre de qualquer tipo de restrição ou acomodação. É nesse sentido que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão, quando o cidadão utiliza-se de meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento. É por isso também que nosso sistema constitucional não identifica, no núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, qualquer manifestação de opinião que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente.

De qualquer sorte, essa é uma análise complexa, devendo ser realizada com a maior cautela possível, baseada em provas cabais e conclusivas, ou mesmo em informações e dados da realidade que possam assegurar a assertiva de que, de fato, há perigo advindo do exercício da liberdade de expressão. Parece-me temerário, ou no mínimo arriscado, a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada somente em expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um exame que não leve em consideração os elementos sociais e culturais ou indícios já presentes de nossa história bibliográfica. Assim sendo, também não pode servir de substrato para a restrição da liberdade de expressão simples alegação de que a opinião manifestada seja discriminatória, abusiva, radical, absurda, sem que haja elementos concretos a demonstrarem a existência de motivos suficientes para a limitação propugnada.¹⁶

O princípio da liberdade de expressão, como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Ao contrário, encontra limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios. Esta matéria é de extrema importância no Direito Constitucional e precisa ser analisada com muito cuidado. Contempla os mais variados aspectos, que devem ser estudados caso a caso mas, como afirma Robert Alexy¹⁷, têm um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como “especialidade” — lei especial derroga geral —, “hierarquia” — lei superior revoga inferior — ou “anterioridade” — lei posterior revoga anterior —, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da “ponderação”, que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. É que, no dizer do professor Paulo Bonavides, “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”¹⁸

16 Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 309/310.

17 ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: Revista de Direito Administrativo, 217: I – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul/set. 1999, p. 73.

18 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.



A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo — vejam-se os exemplos da Corte Constitucional Espanhola,¹⁹ relatado por Javier Cremades, e da Suprema Corte Americana, o já citado “New York Times v. Sullivan”.

Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

Esse tipo de apreciação é crucial para resolver-se a questão do *habeas*. Há de se atentar para a realidade brasileira, evitando-se que prevaleça solução calcada apenas, como até aqui percebi, na crença de que os judeus são um povo sofredor e que amargaram os horrores do holocausto, colocando por terra elementos essenciais.

A questão de fundo neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.

Bem afirmou o Ministro Carlos Britto que não achou, ao analisar minuciosamente o livro sob enfoque — e a denúncia está basicamente lastreada naquele escrito do paciente — qualquer afirmação categórica acerca da superioridade da raça alemã sobre uma “raça” judaica, ou de que os judeus se constituiriam grupo inferior se comparado com uma “raça” ariana.

Procedendo de igual maneira, confesso que não identifiquei qualquer manifestação a induzir o preconceito odioso no leitor. Por óbvio, a obra defende uma idéia que causaria repúdio imediato a muitos, e poderia até dizer que encontraria alguns seguidores, mas a defesa de uma ideologia não é crime e, por isso, não pode ser apenada. O fato de alguém escrever um livro e outros concordarem com as idéias ali expostas não quer

¹⁹ Javier Cremades, *Los límites e la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Distribuciones La Ley S.A., 1995, p. 182.



dizer que isso irá causar uma revolução nacional. Mesmo porque, infelizmente, o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler. Tal fato, por si só, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser objeto de reprimenda direta e radical do Poder Público, sendo esta possível somente quando a divulgação da idéia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade. A limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no exercício.

Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação de violência, mas que expõe a versão de um fato histórico — versão esta, é bom frisar, que pessoalmente considero deturpada, incorreta e ideológica —, transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?

O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma idéia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de idéia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa idéia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo, de um crime que a Carta da República levou às últimas conseqüências quando, declarando-o imprescritível, desprezou a consagrada e salutar segurança jurídica. O combate deve basear-se em critérios justos e limpos, no confronto de idéias. Paraphrasing Voltaire, citado pelo Ministro Carlos Britto, afirmo: não concordo com o que o paciente escreveu, mas defendo o direito que ele tem de divulgar o que pensa. Não é a condenação do paciente por esta Corte — considerado o crime de racismo — a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.

Essa primeira colocação nos remete a uma segunda igualmente importante e decisiva. Há como, mediante um livro, incitar, induzir ou praticar racismo ou discriminação? Obviamente, a resposta é positiva, mas se faz mister analisar em quais circunstâncias isso é possível. O livro constitui uma das mais importantes e antigas formas de divulgação de informações e opiniões. Por intermédio dele, os mais notáveis pensamentos foram difundidos, as mais profundas críticas a governos foram ensaiadas. Também por meio dele, temos hoje notícia de fatos históricos, de teorias que antigamente eram consideradas absurdas e que hoje fazem parte do nosso dia-a-dia. Em outras palavras, o livro configura-se como um instrumento de democracia e de pluralização do pensamento, uma vez que iguala todos os que queiram expor as idéias e permite que as pessoas em geral tenham acesso a essas idéias, latente a faculdade de concordar ou não com os pensamentos escritos.

Diferentemente de outros meios que veiculam opiniões, o conteúdo do livro não é transmitido ao leitor independentemente da vontade. Ou seja, não é o caso de um carro de som que fica jorrando idéias as quais todos são obrigados a ouvir. O livro apenas apresenta um pensamento e concede ampla liberdade ao público tanto na opção da



escolha do que deve ser lido como na tomada de posição ao término da leitura. Nessa óptica, o livro é democrático por excelência, já que o poder de transformar os pensamentos em realidade não depende dele ou de quem o publica, mas de quem o lê e o apreende, de quem se interessa pelo tema ou título e desembolsa quantidade monetária para obtê-lo ou se vale do empréstimo de uma biblioteca.

O conteúdo de um livro somente possui o condão de proliferar-se a partir do momento em que uma comunidade política tenha, minimamente, tendência para aceitar aquelas idéias, ou seja, se existir ambiente propício à proliferação do que nele registrado. O livro, isoladamente, não possui o efeito de transformar uma sociedade, mas tem o poder de auxiliá-la a caminhar em um determinado sentido. Ele não viabiliza, por si só, uma alteração de pré-compreensões, muito embora, somado a condições sociais, políticas, econômicas e culturais, possa incentivar ou se tornar conjuntural às modificações que já estiverem em andamento.

Apenas quando uma determinada comunidade política disponha desses “pré-requisitos” e conte com o ambiente referido, um livro poderá vir a ser considerado perigoso, na acepção de incentivar ou acelerar mudanças.

A questão agora, portanto, surge com novo enfoque. A sociedade brasileira é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu? Temos indícios em nossa história de movimentos sociais discriminatórios contra aquele povo? Não, me refiro, obviamente, a iniciativas isoladas deste ou daquele governante em determinado momento. Circunstâncias esporádicas não mudam a natureza da sociedade.

Com base nesse entendimento, uma simples análise da história revelará que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu. Jamais foi transmitida entre as gerações a miséria deste legado discriminatório. Aliás, pelo contrário, as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam no Brasil como importantes centros de referência e são constantemente reconhecidas, como hospitais, sinagogas, centros de cultura, museus, entre outras.

Nesses termos, seria mais facilmente defensável a idéia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste *habeas* resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o tema da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade. Em relação a tais pontos, percebe-se claramente o preconceito arraigado em nossa comunidade, capaz de predispor-la a transformar em atos violentos de discriminação as idéias de intolerância lançadas eventualmente em um livro. O Brasil possui toda uma carga histórica de escravização dos negros e dos índios, bem como infelizes episódios nos quais se cultivara, especialmente por grupos discriminatórios da região sul, um ódio aos nordestinos, o que chegou até mesmo a dar ensejo a uma ridícula e absurda proposta separatista.

A visão de integrar o negro na sociedade é tão presente em nossa cultura que, atualmente, discute-se com absoluta procedência a adoção de políticas afirmativas como medidas compensatórias das desigualdades políticas, econômicas e sociais existentes, colocando-se o peso da lei a favor da almejada igualdade. O Governo Federal chegou até a criar uma secretaria para se debruçar em tais questões. Um livro precon-

ceituoso contra os negros teria muito mais chance de representar uma ameaça real à dignidade daquele povo, porque no Brasil não seria difícil encontrar adeptos para tais pensamentos. Da mesma forma, torna-se evidente que, se a hipótese revelasse idéias discriminatórias aos nordestinos, o tema deveria ser enfrentado sob outro enfoque e a partir de outros referenciais. Recentemente, ocorreu uma cena constrangedora para o Governo Federal, quando a sociedade brasileira mobilizou-se para manifestar repúdio à declaração proferida pelo Ministro da Segurança Alimentar, José Graziano, em 7 de fevereiro de 2003, na Federação das Indústrias de São Paulo – FIESP, do seguinte teor: “Temos de criar empregos (no Nordeste), temos de gerar oportunidades de educação lá, temos de gerar cidadania lá, porque se eles, nordestinos, continuarem vindo para cá (São Paulo), nós vamos ter que continuar andando de carro blindado”. Finalmente, trago à balha a problemática do índio, que também sofre por parte de alguns brasileiros discriminação quanto à preservação da cultura e das terras.

Tais exemplos servem para demonstrar que, em relação ao povo judeu, o livro não ensejou uma hipótese de dano real. O perigo seria meramente aparente. O livro do paciente e os por ele editados, em exercício profissional assegurado constitucionalmente, são passíveis de serem tomados pela sociedade brasileira apenas como obra de uma mente intolerante e radical, jamais consubstanciando o hediondo crime de racismo.

Repita-se — inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a idéia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viria a ser tratado com muitíssimo mais rigor.

É imprescindível que a solução deste *habeas* passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade.

Os livros de Gustavo Barroso podem fazer prova do que afirmado. Este autor — que, por duas vezes, presidiu a Academia Brasileira de Letras — tem suas obras publicadas há mais de sessenta anos (*Brasil – Colônia de Banqueiros* é de 1934), com idéias que em muito ultrapassam o tom discriminatório do livro do paciente ou dos por ele editados, mas que, entretanto, jamais foram objeto de censura. Sempre foram vendidas livremente e, nem por isso, ouviu-se falar de algum movimento social provocado pelos defensores das idéias externadas. Ao contrário, tais obras, a despeito de terem sido escritas por pessoa de maior influência do que o paciente e em uma época histórica mais propícia à insurgência desse tipo de movimento, nunca causaram qualquer predisposição social no Brasil. Tais livros serviram e servem apenas como exemplo de um raciocínio extremado. Em outras palavras, o efeito desses escritos é exatamente o contrário da propagação racista. (. . .)



182

5. O julgamento deste *habeas* como exemplo de “Jurisprudência Simbólica”

A teoria do simbolismo no Direito surgiu a partir da doutrina alemã, com os estudos de Kindermann, discutida no Brasil principalmente pelo professor Marcelo Neves, no livro *A Constitucionalização Simbólica*²⁶. Por meio dessa teoria, acredita-se que muitas vezes o Estado faz leis destituídas de eficácia para solucionar as mazelas nacionais, mas com grande carga simbólica, visando a dar uma resposta imediata aos anseios da população.

Marcelo Neves, sobre o tema, aduz: “Quando a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica”. Kindermann propõe três justificativas para a adoção desse tipo de legislação, quais sejam: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios²⁷.

Pode-se, perfeitamente, trazer a teoria do simbolismo para o âmbito desta Suprema Corte. Mais especificamente, para o caso em questão. É que o Tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, bem como as publicações de que fora editor, terminará por praticar função simbólica, implementando uma imagem politicamente

26 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 34.

27 *Idem*, *Ibidem*, p. 34.

correta perante a sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de “Jurisprudência Simbólica”, sobressaindo a defesa do pensamento antinazista, quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, alfim, de opinião política.

Na quadra vivida, aumenta-se o clamor social por um maior rigor penal relativamente aos fatos de grande repercussão. Assim, muitas vezes ocorre uma verdadeira inversão de valores, conduzindo à falta de proporcionalidade entre a lesão decorrente do crime e o gravame a ser suportado pelo autor. O Judiciário então surge como o representante do Estado para garantir à sociedade a punição, o que foi interpretado por Kindermann, relativamente às leis, como “confirmações de valores sociais”.

O sofrimento que o povo judeu vivenciou nos campos de concentração, as humilhações de terem sido segregados, a quantidade de vidas fulminadas, de valores desperdiçados em nome da fúria assassina de Hitler e de uma pretensão de superioridade descabida são fatos inegáveis e que jamais serão esquecidos pela humanidade.

Mas não são os campos de extermínio que estão em julgamento neste *habeas*. Nem mesmo a doutrina nazista, ou o pensamento da supremacia da raça ariana. O que está em jogo é a possibilidade de o paciente manifestar o ponto de vista próprio e alheio por meio de livro, ainda que de forma não condizente com o pensamento que se espera do homem médio, da sociedade diante de fatos elucidados.

Poder-se-ia identificar, ainda, uma manifestação de jurisprudência-álibi neste julgamento, ou seja, a Corte sendo sensível aos anseios da sociedade. Há uma expectativa generalizada de que o Brasil se constitua em uma sociedade livre, aberta, plural, democrática, sem demonstrações de racismo ou de preconceito. Sintonizado com tal esperança, o Judiciário delimita a liberdade de expressão, demonstrando uma “indignação” quanto aos pensamentos anti-semitas, e, assim, mantém a confiança dos cidadãos. Paraphrasing Marcelo Neves²⁸, quando este fala sobre a legislação, a jurisprudência-álibi seria a tentativa de dar a aparência de solução aos problemas sociais vivenciados, ou, no mínimo, a pretensão de convencer o público das boas intenções do julgador.

Poder-se-ia afirmar que a determinação constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo seja uma manifestação de simbolismo sem precedentes no mundo. A imprescritibilidade revela-se uma das maiores exceções às garantias dos direitos fundamentais.

6. A Imprescritibilidade e o Sistema dos Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o sistema constitucional dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Carta, com os eventuais acréscimos do § 2º, reflete, em rigor e em larga medida, a própria essência da Constituição e a retomada do processo de democratização e da garantia do cidadão contra abusos e arbitrariedades no exercício do Poder Público.

Os direitos fundamentais são hoje verdadeiros princípios estruturantes da organi-

28 *Idem*, *ibidem*, p. 39.



zação e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis: no Legislativo, formam um catálogo de princípios e garantias que informam e direcionam toda a atividade de criação das normas de nosso ordenamento jurídico e de concretização dos preceitos constitucionais; no Executivo, mostram-se como verdadeiros limites ao exercício do poder administrativo, servindo como trincheiras de proteção da liberdade do cidadão; e, no Judiciário, refletem a base e o fundamento necessário da compreensão e interpretação de nossas normas — efeito interpretativo —, evitando que a atividade jurisdicional se transforme em medidas discricionárias ou providências ilegítimas de opções políticas pautadas em escolhas pessoais dos juízes.

A conservação de um sistema sólido, moderno e socializante de direitos fundamentais significa, em última instância, a manutenção e o aprimoramento do próprio regime democrático de um Estado constitucional. É dever da sociedade, dos juristas, dos intérpretes, dos juízes e, principalmente, nosso, membros deste Tribunal, guardião oficial e final da Constituição, garantir que esse sistema permaneça com a máxima eficácia possível, reconhecendo-lhe e mesmo concedendo-lhe força normativa por meio de nossas decisões, de maneira a manter tais direitos fundamentais vivos e eficazes perante o Estado e a sociedade civil. Essa é a posição que devemos adotar na análise dos problemas constitucionais que diariamente nos chegam, e é nesse ponto que reside nossa função institucional e, mais do que isso, a própria esperança do cidadão nas instituições brasileiras, especialmente no Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, na República Federativa do Brasil, a última palavra sobre os descompassos havidos.

Essa postura democraticamente adequada em face da Constituição obriga-nos, por imposição dos princípios constitucionais, a interpretar abrangentemente os direitos fundamentais, de modo a compreender as exceções a esse sistema de maneira rigorosamente estrita. Assim sendo, cabe ao Supremo Tribunal Federal ampliar a proteção dos direitos fundamentais mediante construção constitucional e restringir-se a uma interpretação quase que literal nas hipóteses de limitação a esses direitos, ainda que expressas no corpo da própria Carta Política. Não é permitido a este Tribunal ou a qualquer hermenêutica da Constituição interpretar de forma aberta ou ampliativa preceitos que impliquem a diminuição de eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, mostra-se claro que a previsão do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição, referente à imprescritibilidade do crime da prática do racismo, é uma dessas exceções que somente encontra fundamento a partir de uma visão unitária da Carta. Quando da criação do inciso na Assembléia Constituinte, procurava-se combater um comportamento específico reprovável em nossa história. Refiro-me à discriminação racial, ao preconceito contra o negro. Outra não era a intenção do constituinte quando previu a imprescritibilidade do crime de racismo e quando fez constar esse significado no sistema constitucional. É o que se depreende da justificação do deputado Carlos Alberto Caó (PDT-RJ), proponente da Emenda Aditiva na qual apresentada a redação do artigo 5º, inciso XXXX, da Constituição, *verbis*:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da



população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime.

No mesmo sentido são as várias manifestações de Deputados constituintes que, examinando a questão do racismo, pronunciaram-se sem exceção pela reprovação à discriminação contra o negro e pela condenação de sistemas como o do *apartheid*. Nesse contexto, vale conferir os pronunciamentos do deputado Carlos Alberto Caó – PDT/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 178ª a 190ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, janeiro de 1988, sexta-feira, 29, página 6695); do deputado Chagas Rodrigues – PMDB/PI (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 260ª a 276ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, maio de 1988, terça-feira, 17, página 10396); da deputada Benedita da Silva – PT/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 75ª a 92ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, junho de 1987, quarta-feira, 24, página 2864); novamente da deputada Benedita da Silva – PT/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 93ª a 117ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, julho de 1987, terça-feira, 28, página 3656); do deputado Haroldo Lima – PC do B/BA (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 59ª a 74ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, maio de 1987, quinta-feira, 14, página 1921); e da deputada Sandra Cavalcanti – PFL/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 1ª a 28ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, fevereiro de 1987, sexta-feira, 27, página 608).

Não encontrei, na análise dos Anais da Constituinte, qualquer menção, única que fosse, ao povo judeu quando fora discutido o racismo. A explicação, para mim, é evidente. É que a Constituição de 1988 é uma Constituição do povo brasileiro, para ser aplicada ao povo brasileiro e tendente a resolver os nossos próprios problemas. Não há qualquer pronunciamento acerca de racismo contra judeu e, paralelamente, há folhas e mais folhas de manifestações acerca da vedação do racismo contra o negro, pois a Constituição de 1988 não é uma Constituição para o povo alemão, francês, italiano, polonês, austríaco ou o europeu em geral. A “Constituição Cidadã” — valemo-nos neste momento da visão realista e corajosa de Ulysses Guimarães — visa a dar tratamento aos problemas genuinamente brasileiros, dentro das nossas circunstâncias e segundo a nossa história e cultura. Esse é o valor em que se pautou o constituinte para prescrever exceção tão grave aos direitos fundamentais e tão séria ao regime penal constitucional.

Obviamente, não quero aqui defender tese do Direito Constitucional — a meu ver, ultrapassada — por meio da qual se determinava que a interpretação da Constituição deveria partir da intenção dos legisladores originários. Meu pensamento insere-se na lógica que preza por uma compreensão limitativa das exceções constitucionais ao sistema de direitos fundamentais. Assim, considerando que, ao Supremo Tribunal Federal, ou a qualquer intérprete da Constituição, não é democraticamente legítimo ampliar ou tornar abertas as cláusulas restritivas da eficácia dos direitos fundamentais, deve-se dar o sentido mínimo possível para o conteúdo do inciso XLII do artigo 5º da Constituição. Por isso, é de extrema importância tomarmos como base inicial as discussões hauridas da Constituinte, já que poderão servir de referência inicial para, por um lado, não ampliar essa exceção e, por outro, não tornar o inciso XLII do artigo 5º simples letra morta, destituída de eficácia. (. . .)



No Brasil, sempre houve o repúdio à adoção de crimes imprescritíveis. É o que se constata a partir de uma simples revisão histórico-legislativa: em nenhuma das Constituições republicanas anteriores à atual há menção a crimes imprescritíveis. Por isso mesmo, no nosso sistema constitucional vigente, ao lado do racismo por discriminação contra o negro, somente o crime de “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” é também imprescritível — artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição —, o que nos dá a exata noção da gravidade que deve permear um crime a ponto de torná-lo imprescritível em um sistema jurídico democrático, voltado, em última análise, à segurança jurídica.

Dessa forma é que a doutrina, em peso e sem exceções conhecidas ou relevantes, entende ser a imprescritibilidade de tipos penais uma excrescência que direciona contra a orientação moderna do Direito Penal e Constitucional. É o que bem demonstra Christiano Jorge Santos³³:

As previsões de imprescritibilidade da Carta Magna de 1988 soaram como acordos dissoantes aos juristas brasileiros, tendo sido argumentado não caber no direito penal moderno a imprescritibilidade, que as normas constitucionais contrariaram a doutrina que prega a prescritibilidade em todos os ilícitos penais e a orientação contemporânea do moderno Direito Penal Liberal.

Não se tem conhecimento de um único jurista que tenha defendido a imprescritibilidade, no país.

Na mesma linha de entendimento, pode-se mencionar a óptica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Julio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bittencourt, René Ariel Dotti, e vários outros.

Por tudo isso, a interpretação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo, portanto, impensável em um sistema democrático de direito. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto.

A interpretação das normas constitucionais não pode ser feita a partir de normas ordinárias. As normas constitucionais, por originarem todo o sistema jurídico, definem o caminho que a legislação ordinária deve seguir. O racismo contra os negros, este sim previsto na Constituição, é tão-somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas — tida como enraizada na vida dos brasileiros — surge imprescritível. Do contrário, corre-se o risco de ver solapado o significado do preceito constitucional, ao sabor de mero alvitre do legislador ordinário, e, assim, dar-se-á a inadmissível interpretação da Carta a partir da legislação infraconstitucional. Ora, o paciente foi denunciado e condenado como incurso nas penas do artigo 20 da Lei nº 8.081/90, e, tomados os atos praticados, tem-se, no máximo, a simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, segundo

33 SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 153.



HC 82.424/RS

195

o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Daí a procedência dos termos da impetração, no que refutada a prática do crime de racismo e pretendido o reconhecimento da prescrição.

Concedo a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo e concluo pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os ministros Moreira Alves e Carlos Britto.

FIM



MÓDULO II: NORMA JURÍDICA, A ESTRUTURA DO SISTEMA JURÍDICO E O CONTEÚDO DOS CRITÉRIOS DE JURIDICIDADE

5º TEMA: NORMATIVIDADE E NORMA JURÍDICA

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Norma

Norma jurídica

Norma e razões para agir

Proposição jurídica

Operadores deônticos fundamentais

A força das normas jurídicas

2. QUESTÕES PARA REFLEXÃO PRÉVIA

Pense em diferentes normas. Só o direito é, na sua opinião, um domínio *normativo*? O que há de comum nas normas? Com o auxílio de qual(is) expressão(ões) você poderia reconstruir o que cada norma prescreve? Todas as normas possuem a mesma força vinculante? O que as diferenciaria? Só existe norma jurídica quando existir um texto que a explicita?

3. LEITURAS INDICADAS

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 4-18.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 30-31.

Questões para orientação das leituras

- a) Todo fato da vida é relevante para o direito? Qual é o papel das normas jurídicas na qualificação de fatos específicos?



- b) O que se quer significar quando se usa o termo “norma”?
- c) Em quais diferentes sentidos as normas atuam sobre o comportamento dos seus destinatários? (Dica: pense em diferentes verbos para designar esses sentidos)
- d) O sentido subjetivo de um ato de vontade é, para Kelsen, importante para a caracterização de uma norma jurídica? O que pode garantir que um ato de vontade possa se tornar uma norma?
- e) Para Kelsen, qual é o tratamento jurídico merecido por um ato que não está expressamente proibido pelas normas do direito?
- f) Existe texto a partir do qual não é possível extrair nenhuma norma?
- g) Há norma jurídica sem texto que a explicita?
- h) Há normas cuja construção depende de mais de um “pedaço” de texto?
- i) Existe um único “pedaço” de texto a partir do qual é possível retirar mais de uma norma?
- j) Você consegue pensar em exemplos para cada uma das quatro hipóteses anteriores?



6º TEMA: OS ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA E AS FONTES DE DECISÃO. DIREITO OBJETIVO E SUBJETIVO.

1. *TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS*

Relação jurídica

Direito objetivo

Direito subjetivo

Direito e dever

Permissão

2. *CASO PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)*

Processo 0000694-88.2011.8.24.0082 (082.11.000694-3) JEC/SC.

Questões para orientação da leitura

- a) Quais são as figuras envolvidas no julgamento da causa?
- b) Compare este caso com os demais analisados ao longo do curso. As personagens presentes nos processos são sempre as mesmas?
- c) Apenas com base na decisão encaminhada é possível dizer que o caso analisado pode ser classificado como fácil?
- d) A decisão está internamente justificada?
- e) Se o caso analisado pode ser considerado representativo de uma relação jurídica tradicional, quais são os elementos que a compõem?
- f) No final, o juiz reconheceu um direito ao autor. O que significa dizer que o senhor Antenor Cirtoli possuía um direito? A palavra direito está sendo usada aqui no mesmo sentido em que é empregada quando nos referimos ao “direito brasileiro”?



3. LEITURA

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 107-119 (menos o tópico *C.c*, ou seja, pp. 113-116).

Questões para orientação da leitura

- a) O que significa para Kelsen dizer “eu tenho um direito”?
- b) Qual é a relação entre direito e dever para o autor? Existe direito sem dever correlato?
- c) A existência de normas permissivas coloca, para o autor, em xeque a relação entre direito e dever?
- d) Um direito subjetivo se esgota na relação direito/dever?
- e) Em que medida o conceito de norma jurídica de Kelsen é compatível com o seu conceito de relação jurídica e de direito subjetivo?

**CASO PARA DISCUSSÃO:****Autos nº 082.11.000694-3****Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível/Juizado Especial Cível****Autor:** Antenor Cirtoli**Réu:** Komlog Importação Ltda.

Vistos, etc.

Trata-se de ação que dispensa a produção de outras provas, razão pela qual conheço diretamente do pedido.

A preliminar de complexidade da causa pela necessidade de perícia deve ser afastada, porquanto a matéria é singela e dispensa qualquer outra providência instrutória, como dito.

Gira a lide em torno de um acidente que vitimou uma lagartixa, que inadvertidamente entrou no compartimento do motor de um aparelho de ar condicionado tipo *split* e que causou a sua morte, infelizmente irrelevante neste mundo de homens, e a queima do motor do equipamento, que foi reparado pelo autor ao custo de R\$ 664,00 (fl. 21), depois que a ré recusou-se a dar a cobertura de garantia.

É, portanto, indiscutido nos autos que a culpa foi da lagartixa, afinal, sempre se há de encontrar um culpado e no caso destes autos, até fotografado foi o cadáver mutilado do réptil que enfiou-se onde não devia (fl. 62), mas afinal, como ia ele saber se não havia barreira ou proteção que o fizesse refletir com seu pequeno cérebro se não seria melhor procurar refúgio em outra toca- Eis aqui o cerne da questão, pois afinal uma lagartixa tem todo o direito de circular pelas paredes externas das casas à cata de mosquitos e outros pequenos insetos que constituem sua dieta alimentar. Todo mundo sabe disso e certamente também os engenheiros que projetam esses motores, que sabidamente se instalam do lado de fora da residência, área que legitimamente pertence às lagartixas. Neste particular, tem toda a razão o autor, se a ré não se preocupou em lacrar o motor externo do *split*, agiu com evidente culpa, pois era só o que faltava exigir que o autor ficasse caçando lagartixas pelas paredes de fora ao invés de se refrescar no interior de sua casa.

Por outro lado, falar o autor em dano moral é um exagero, somente se foi pela morte da lagartixa, do que certamente não se trata. Houve um debate acerca da questão e das condições da garantia, que não previam os danos causados por esses matadores de mosquitos. Além disso, o autor reparou o equipamento,



tanto que pretende o ressarcimento do valor pago, no que tem razão. E é só. Além disso, é terreno de locupletamento ilícito à custa de outrem.

Diante do exposto, julgo parcialmente procedente a ação, para condenar a ré a ressarcir o autor da quantia de R\$ 664,00 (seiscentos e sessenta e quatro reais), a ser acrescida de juros de mora de 1% desde a citação e correção monetária pelo INPC, desde o desembolso (fl. 62).

Sem custas e sem honorários.

P. R. I.

Florianópolis (SC), 22 de fevereiro de 2012.

Helio David Vieira Figueira dos Santos

Juiz de Direito

**7º TEMA: COMPETÊNCIA**1. *TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS*

Competência

Capacidade

2. *CASOS PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)*

ARE 639.496 RG/MG

<http://www.conjur.com.br/2011-jun-20/juiz-nao-aceita-uniao-homossexual-cartorios-goias>

Questões para orientação da leitura

- a) Qual era a questão jurídica envolvida nos casos? Os casos podem ser considerados difíceis?
- b) Como decidiu o ministro Peluso no ARE 639.496/MG?
- c) Você acha que as decisões tomadas pelos ministros se deram por razões formais ou substantivas?
- d) Você concorda com a lei do município de contagem objeto do Recurso apreciado pelo STF? E com a decisão do juiz goiano que não aceitou a decisão do STF?
- e) Como ministro do Supremo, você teria dado uma decisão diferente no primeiro caso?
- f) Como desembargador do TJ/GO você teria mudado a decisão do juiz?

3. *LEITURAS*

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 155-158.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 129-131.



Questões para orientação da leitura

- a) O que há de comum, para Ferraz Júnior, entre capacidade e competência?
- b) Como Ferraz Júnior define capacidade? A expressão é usada no mesmo sentido no texto de Kelsen?
- c) Como os autores definem competência?
- d) Qual é a relação existente, para Ferraz Júnior, entre os conceitos de competência e de heteronomia?
- e) Em que medida o conceito kelseniano de *norma* é importante para a compreensão adequada do conceito de *competência* fornecido pelo mesmo autor?



Supremo Tribunal Federal
Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 167 Divulgação 30/08/2011 Publicação 31/08/2011
Ementário nº 2577 - 2

232

16/06/2011

PLENÁRIO

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.496
MINAS GERAIS**

REGISTRADO : MINISTRO PRESIDENTE
RECTE.(s) : TRANSCON - AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E
TRANSPORTE DE CONTAGEM
ADV.(A/S) : LUÍS FELIPE RAMOS CALAZANS
RECDO.(A/S) : MARIA DE LOURDES DOS SANTOS GOMES
ADV.(A/S) : SILVIO SOARES DE ABREU E SILVA

RECURSO. Agravo convertido em Extraordinário. Competência privativa da União para legislar. Trânsito e transporte. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É incompatível com a Constituição lei municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no Código de Trânsito Brasileiro, por extrapolar a competência legislativa do município.

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Marco Aurélio e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria, vencidos os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

Ministro CEZAR PELUSO
Relator



Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil. O documento pode ser acessado no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> sob o número 1407455.

**REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.496
MINAS GERAIS**

1. Trata-se de agravo contra decisão que indeferiu o processamento de recurso extraordinário, interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e assim ementado:

“ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE CLANDESTINO DE PASSAGEIROS - ART. 7.º DA LEI 3.548/02 - INCONSTITUCIONALIDADE - SANÇÕES MAIS SEVERAS DO QUE AS PREVISTAS EM LEGISLAÇÃO FEDERAL - RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO - SENTENÇA MANTIDA.

Embora não se olvide da necessidade de se coibir o transporte clandestino e do caráter ilegal da referida conduta, deve ser reconhecida como indevida a imputação ao administrado de sanção embasada no art. 7.º da Lei nº 3.548/02 do Município de Contagem que, por afastar-se dos limites do art. 231 do CTB, revela-se inconstitucional, conforme já reconhecido pela Corte Superior deste TJMG no julgamento do incidente de inconstitucionalidade nº 1.0079.07.382307-6/002.

Tendo a Administração recebido valor que não lhe era efetivamente devido, ante a ilegalidade da multa aplicada, é cabível a restituição integral do valor pago. Inteligência do art. 876 do CC..”

Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a, violação do artigo 30, I e V, da Constituição Federal. Requer, em síntese, que seja conhecido e provido o recurso extraordinário para, com relação à Lei Municipal 3.548/2002, “ser conferida a devida vigência aos supracitados dispositivos legais, reformando-se o acórdão combatido, condenando a recorrida nas custas correspondentes”.

Apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, no forma do art. 543-A, § 2º, do CPC (fl. 111).

2. A questão suscitada no presente recurso extraordinário versa, à luz do artigo 30, I e V, da Constituição Federal, sobre a competência suplementar de município para legislar sobre trânsito e transporte, e

**ARE 639.496 RG / MG**

impor sanções mais gravosas que as previstas no Código de Trânsito Brasileiro – CTB.

Há nesta corte decisão específica sobre o tema no sentido da inconstitucionalidade de norma municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no CTB, por extrapolar a competência legislativa suplementar do município expressa no artigo 30, II, da Constituição Federal. Neste sentido: ARE 638574 / MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, Dje 14.04.2011. Esta corte possui ainda jurisprudência firmada no sentido de que compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, impossibilitados os Estados-membros e municípios a legislar sobre a matéria enquanto não autorizados por Lei Complementar. Confirmam-se: ADI 2432 / RN, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 26.08.2005; ADI 2644 / PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 17.09.2003; ADI 2432 MC / RN, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 21.09.2001.

3. Ante o exposto, reafirmo a jurisprudência da Corte para negar provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 26 de maio de 2011.

Ministro CEZAR PELUSO

Presidente

Documento assinado digitalmente

*Supremo Tribunal Federal*REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 639.496
MINAS GERAIS

PRONUNCIAMENTO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
TRANCAMENTO NA ORIGEM –
AGRAVO – AUSÊNCIA DE APRECIÇÃO
– REPERCUSSÃO GERAL –
INADEQUAÇÃO.

RECURSO – JULGAMENTO DE FUNDO –
PLENÁRIO VIRTUAL –
IMPROPRIEDADE.

I. A Assessoria prestou as seguintes informações:

Eis a síntese do que discutido no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639.496/MG, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, Presidente do Supremo, inserido no sistema eletrônico da repercussão geral às 23 horas e 59 minutos do dia 27 de maio de 2011.

A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0079.09.945392-4/001, afastou a aplicação de sanção cominada para o transporte clandestino de passageiros no artigo 7º da Lei nº 3.548/02, do Município de Contagem, cuja inconstitucionalidade fora reconhecida pelo Órgão Especial no Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0079.07.382307-6/002, porque não prevista pelo artigo 231, inciso VIII, do Código de Trânsito Brasileiro.

No extraordinário interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, a recorrente articula com a ofensa ao artigo 30, incisos I e V, do Texto Maior. Sustenta a

*Supremo Tribunal Federal***ARE 639.496 RG / MG**

ausência de efeito vinculante da decisão proferida, em sede de controle difuso, no referido incidente de inconstitucionalidade. Evoca a titularidade do Município para a prestação do serviço público de transporte coletivo como fundamento da competência legislativa utilizada, mediante o artigo 7º da Lei nº 3.548/02, para coibir o transporte clandestino de passageiros.

Sob o ângulo da repercussão geral, diz estar em jogo questão que ultrapassa os limites subjetivos da causa, porquanto a prestação precária de transporte coletivo de pessoas, serviço público essencial, seria potencialmente lesiva à universalidade dos munícipes usuários.

A recorrida, nas contrarrazões, aduz, em preliminar, a ausência de prequestionamento e de repercussão geral. No mérito, aponta o acerto do acórdão impugnado, corretamente lastreado, conforme entende, no artigo 22, inciso XI e parágrafo único, da Constituição da República.

O extraordinário não foi admitido na origem.

A autarquia municipal interpôs agravo de recurso extraordinário, assinalando a desnecessidade de análise da legislação local.

A agravada, em contraminuta, reitera os argumentos apresentados nas contrarrazões.

Eis o pronunciamento do relator, Ministro Cezar Peluso, Presidente do Supremo:

1. Trata-se de agravo contra decisão que indeferiu o processamento de recurso extraordinário, interposto de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e assim ementado:

2

*Supremo Tribunal Federal*

ARE 639.496 RG / MG

ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE
CLANDESTINO DE PASSAGEIROS - ART. 7.º DA LEI
3.548/02 - INCONSTITUCIONALIDADE - SANÇÕES
MAIS SEVERAS DO QUE AS PREVISTAS EM
LEGISLAÇÃO FEDERAL - RESTITUIÇÃO DO VALOR
PAGO - SENTENÇA MANTIDA.

Embora não se olvide da necessidade de se coibir o transporte clandestino e do caráter ilegal da referida conduta, deve ser reconhecida como indevida a imputação ao administrado de sanção embasada no art. 7º da Lei nº 3.548/02 do Município de Contagem que, por afastar-se dos limites do art. 231 do CTB, revela-se inconstitucional, conforme já reconhecido pela Corte Superior deste TJMG no julgamento do incidente de inconstitucionalidade nº 1.0079.07.382307-6/002.

Tendo a Administração recebido valor que não lhe era efetivamente devido, ante a ilegalidade da multa aplicada, é cabível a restituição integral do valor pago. Inteligência do art. 876 do CC.

Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a, violação do artigo 30, I e V, da Constituição Federal. Requer, em síntese, que seja conhecido e provido o recurso extraordinário para, com relação à Lei Municipal 3.548/2002, ser conferida a devida vigência aos supracitados dispositivos legais, reformando-se o acórdão combatido, condenando a recorrida nas custas correspondentes.

Apresenta preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, no forma do art. 543-A, § 2º, do CPC (fl. 111).

2. A questão suscitada no presente recurso extraordinário versa, à luz do artigo 30, I e V, da Constituição Federal, sobre a competência suplementar de município para legislar sobre trânsito e transporte, e

*Supremo Tribunal Federal***ARE 639.496 RG / MG**

impor sanções mais gravosas que as previstas no Código de Trânsito Brasileiro CTB.

Há nesta corte decisão específica sobre o tema no sentido da inconstitucionalidade de norma municipal que impõe sanção mais gravosa que a prevista no CTB, por extrapolar a competência legislativa suplementar do município expressa no artigo 30, II, da Constituição Federal. Neste sentido: ARE 638574 / MG, Rel. Min. GILMAR MENDES, Dje 14.04.2011. Esta corte possui ainda jurisprudência firmada no sentido de que compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, impossibilitados os Estados-membros e municípios a legislar sobre a matéria enquanto não autorizados por Lei Complementar. Confirmam-se: ADI 2432 / RN, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 26.08.2005; ADI 2644 / PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 17.09.2003; ADI 2432 MC / RN, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ 21.09.2001.

3. Ante o exposto, reafirmo a jurisprudência da Corte para negar provimento ao recurso extraordinário.

Brasília, 26 de maio de 2011.

Ministro Cezar Peluso
Presidente
Documento assinado digitalmente

Destaco constar da presente repercussão geral questão relativa à reafirmação da jurisprudência do Supremo.

2. Sucedem-se os autos e processos em que se abandona a organicidade do Direito. Consoante dispõe o artigo 102, § 3º, da Carta de 1988, o instituto da repercussão geral mostra-se estrito a recursos

*Supremo Tribunal Federal***ARE 639.496 RG / MG**

extraordinários em se que veicule matéria constitucional.

No caso, ante o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, veio a ser protocolado o extraordinário. Este não mereceu seguimento, chegando-se, assim, à interposição do agravo. É de sabença geral que este há de ser julgado pelo relator. Entrementes, a partir da nomenclatura criada mediante resolução da Presidência – recurso extraordinário com agravo –, simplesmente se lançou, no Plenário Virtual, a notícia dos autos e dos parâmetros envolvidos na espécie, preconizando-se o julgamento de fundo, nessa atuação individual que é a ocorrida na intranet, para confirmar-se a jurisprudência.

O passo já se mostrou largo no que a definição, ou não, da repercussão geral faz-se no Plenário Virtual, sem, portanto, a reunião dos integrantes do Supremo em sessão. Caminhar-se para o exame do mérito do próprio recurso extraordinário, seja qual for o pretexto, no Plenário Virtual, é abandonar-se a organicidade própria ao Direito.

3. Pronuncio-me pela inadequação do instituto da repercussão geral, porquanto o extraordinário continua retido na origem em virtude da decisão negativa do Juízo primeiro de admissibilidade. Ainda que pudesse ser ultrapassado esse óbice, caminharia para a conclusão sobre a manifesta impertinência de apreciar-se o recurso extraordinário no Plenário Virtual.

4. À Assessoria, para acompanhar o incidente.

5. Publiquem.

Brasília – residência –, 10 de junho de 2011.

Ministro MARCO AURÉLIO



JUIZ NÃO ACEITA A UNIÃO HOMOSSEXUAL EM CARTÓRIOS

Uma União gay foi cancelada por iniciativa do juiz Jerônimo Pedro Villas Boas, da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de Goiânia. O jornalista Leorcino Mendes e do estudante Odílio Torres tiveram desconsiderados os papéis que tornavam a união legal. A notícia é do portal *UOL*.

A união foi uma das primeiras do país a ser registrada desde a decisão do Supremo Tribunal Federal, em maio, que reconheceu a legalidade da união estável entre casais do mesmo sexo.

O juiz determinou o cancelamento do contrato da união e ainda decidiu que nenhum cartório da capital goiana, sob sua jurisdição, poderá registrar uniões entre homossexuais, salvo sob ordem judicial. Para o juiz, a decisão do STF é inconstitucional, uma vez que a Constituição brasileira define que o casamento é caracterizado pela união entre homem e mulher.

Ele utilizou o artigo 226, da Constituição, para embasar a decisão. O juiz afirmou que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão”.

Para o advogado Luiz Kignel, especialista em Direito de Família e Sucessão Empresarial, sócio da PLKC Advogados, o STF é a instância máxima dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, não pode um juiz de primeira instância, especialmente invocando uma opinião de ordem pessoal, decidir pela sua inaplicabilidade. “O magistrado tem o direito, enquanto cidadão, de expressar para a sociedade suas razões de foro íntimo, de caráter moral. Todavia, não pode transformá-las em fundamento legal para as decisões de direito que lhe forem submetidas”, avalia o especialista.

A decisão que cancelou o contrato também determinou a comunicação a todos os Cartórios de Registro de Títulos e Documentos e do Registro Civil da comarca de Goiânia para que nenhum deles faça a escrituração de declaração de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Segundo a ordem, só terá validade o ato entre pessoas do mesmo sexo se houver decisão judicial prévia.

O casal Leorcino Mendes e Odílio Torres registrou a união em 9 de maio. Procurados pelo UOL Notícias para comentar a decisão judicial, eles afirmaram que foi uma medida escandalosamente ilegal e desrespeitosa. “O Poder Judiciário não pode criar um ambiente de insegurança jurídica no país”.



Mendes, que é jornalista e bacharel em Direito, encaminhou um documento ao Conselho Nacional de Justiça. Em um dos trechos, afirmou que a união foi um dos momentos de maior felicidade da vida do casal. “Nos sentimos como pessoas dignas de direitos e não mais cidadãos de segunda categoria, onde éramos obrigados apenas a cumprir deveres como pagar impostos, votar, mas sempre tendo nossos direitos como pessoas naturais negados.”

Mendes utiliza várias normas jurídicas para fundamentar o pedido e contestar a decisão do juiz, que, segundo ele, não poderia proferir uma decisão como esta. E pede ao ministro Cezar Peluso, presidente do CNJ, que o conselho mova uma ação para pedir o afastamento imediato do juiz e manter a união.

Nesta segunda-feira (20/6), o casal vai pedir ajuda à comissão da diversidade sexual da OAB de Goiás, ao Conselho Nacional de Justiça e a Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás, para que sejam garantidos os direitos adquiridos. “Este foi o maior momento de frustração em nossas vidas. Um sentimento de descrédito sobre as instituições públicas, sobre a Justiça do nosso Estado”, finalizou Mendes.



8º TEMA: VALIDADE, EFICÁCIA E O PROBLEMA DO PERTENCIMENTO. INÍCIO E TÉRMINO DE VIGÊNCIA DAS LEIS.

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Validade

Vigência

Eficácia

Validade

vacatio legis

2. LEITURAS

2.1. Obrigatória

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 193-199.

2.2. Complementar

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 232-239.

Questões para orientação das leituras

a) (Questão prévia): Você acha que uma norma jurídica que, apesar de ter sido produzida regularmente, não é respeitada pode ser considerada parte integrante do “direito” de uma certa sociedade?

b) (Questão prévia): Você acha que toda lei produz efeitos imediatamente após a sua “aprovação” no Legislativo? É possível que um juiz só possa aplicar uma lei tempos depois da sua promulgação?

c) Como se diferenciam os conceitos de validade, vigência, eficácia e vigor?



- d) Com base na diferenciação apresentada por Ferraz Júnior entre os conceitos de validade e eficácia, você acha que a segunda é pré-condição para a primeira?

- e) Para Kelsen, eficácia pode ser considerada condição de validade? Você concorda com a visão do autor?



9º TEMA: A TENSÃO ENTRE AS DIMENSÕES REAL E IDEAL DO DIREITO E A INCLUSÃO DE ELEMENTOS MORAIS ENTRE OS CRITÉRIOS DE VALIDADE. BREVE NOTA SOBRE O DEBATE ENTRE POSITIVISTAS E NÃO-POSITIVISTAS.

1. *TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS*

Positivismo jurídico

Positivismo conceitual

Positivismo metodológico

Positivismo ideológico

Formalismo

Jusnaturalismo

Não-positivismo

2. *CASOS PARA DISCUSSÃO*

<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2012/11/belga-pede-fim-de-casamento-apos-descobrir-que-esposa-era-homem.html>

Questão para orientação da leitura

Considere os seguintes artigos do Código Civil brasileiro:

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de: (...)

III - três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557;



Se o caso acontecesse no Brasil, como você acha que um juiz deveria decidir o problema? Você acha que a fixação de prazo para a propositura da ação de anulação, qualquer que ele seja, é “justo”? (desenvolva a sua resposta supondo que as únicas normas que componham o sistema jurídico sejam as acima transcritas).

BVerfGE 3, 225

Riggs vs. Palmer

3. LEITURAS

3.1. Obrigatória

STRUCHINER, Noel. Algumas “Proposições Fulcrais” acerca do Direito: O Debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Antônio Maia *et al.* (Org.). *Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 399-416.

3.2. Complementares

ALEXY, Robert. Principais elementos de uma teoria da dupla natureza do direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 253, 2010, pp. 9-30, jan./abr. (leitura de aprofundamento).

LEITER, Brian. Why Legal Positivism? Texto disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1521761. (leitura de aprofundamento).

Questões para orientação da leitura obrigatória

a) (Questão prévia): Para você, uma norma injusta pode ser considerada “direito”? Ela deve ser obedecida mesmo que seja moralmente reprovável? Você consegue pensar em um exemplo de norma jurídica que, aos seus olhos, parece ser criticável do ponto de vista moral ou por ser injusta?

b) (Questão prévia): Na sua opinião, quais condições uma norma precisa satisfazer para ser considerada juridicamente válida? Como é possível identificar o direito válido de certo país? Pense no seguinte caso: um chinês quer saber quais são os passos necessários que uma norma jurídica deva satisfazer no Brasil para que seja considerada válida. Você acha que o caráter justo ou injusto na norma é um fator relevante nesse processo?



Agora pense em uma situação semelhante, mas que valha para a investigação da validade de qualquer norma em qualquer tempo e em qualquer sociedade. Você acha que a “justiça” deve estar entre os critérios necessários para se aferir a validade de qualquer norma jurídica?

- c) (*Questão prévia*): A essa altura você já deve ter ouvido falar na expressão “positivismo jurídico”. O que ela significa? Você consegue identificar sentidos diferentes em que ela é usada?
- d) Logo na primeira página do artigo, Struchiner se refere a um “caso grave” como motivo que justifica a elaboração do artigo. Que caso é esse?
- e) O que autor quer dizer com a seguinte passagem: “[p]ara os jusnaturalistas a expressão ‘direito justo’ é um pleonasma, e a expressão ‘direito injusto’, uma contradição”?
- f) Por que diversos nomes importantes do positivismo jurídico se reuniram em Bellagio, em 1960?
- g) Por que o positivismo conceitual não se confunde com o ceticismo ético?
- h) O que caracteriza o positivismo ideológico? Como ele se diferencia do positivismo conceitual?
- i) Todo positivista, para Struchiner, é um formalista? Por quê?
- j) Você acha que Kelsen se encaixa melhor em qual dos conceitos trabalhados no texto de Struchiner? Por quê?
- k) Tente formular um argumento favorável e um argumento contrário às visões do jusnaturalismo e do positivismo conceitual a respeito das relações entre direito e moral.

**CASO PARA DISCUSSÃO:****BELGA PEDE FIM DE CASAMENTO APÓS DESCOBRIR QUE ESPOSA ERA 'HOMEM' JAN, DE 64, E MONICA, DE 48, ESTÃO CASADOS HÁ 19 ANOS.**

Um belga de 64 anos pediu a anulação de seu casamento depois de descobrir que sua mulher, uma indonésia de 48 anos, com quem está casado há 19 anos, tinha nascido homem e havia passado por uma cirurgia de mudança de sexo.

Jan e Monica se casaram em 1993, segundo o jornal “Het Nieuwsblad”.

“Achei que ela fosse uma mulher. Ela não tinha traços masculinos”, disse Jan. “Mesmo durante o sexo, eu nunca percebi nada”, disse ele, que só descobriu recentemente que sua esposa era transexual.

Na época em que a mulher mudou para a Bélgica, a Justiça belga chegou a levantar dúvidas sobre a autenticidade de seus documentos, mas, mesmo assim, Jan não desconfiou de nada e decidiu se casar.

Jan contou que ele e sua mulher tinham decidido não ter filhos, porque ele tinha dois de um casamento anterior.

Ele começou a desconfiar da esposa depois que ela começou a usar roupas muito chamativas, minissaias e tops minúsculos.

Jan iniciou um processo judicial para ter o casamento anulado.



MÓDULO III: CRIAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DE PADRÕES JURÍDICOS DECISÓRIOS

10º TEMA: REGRAS: ESTRUTURA E IMPLICAÇÕES.

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Antecedente/predicado fático

Consequente

Justificação subjacente

Modelos de regras

Transparência e opacidade no trabalho com regras

Sobreinclusão

Subinclusão

2. CASO PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)

HC 77.003/PE

Questões para orientação da leitura

- a) Qual era a questão envolvida no caso?
- b) Como a segunda turma do STF julgou a questão?
- c) Você concorda com a decisão do Supremo? Por quê? Considere na elaboração da sua resposta os seguintes dispositivos:

Constituição Federal

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)



II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Decreto-lei 201/67

Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...) VIII - Contrair empréstimo, emitir apólices, ou obrigar o Município por títulos de crédito, sem autorização da Câmara, ou em desacordo com a lei;

3. LEITURA OBRIGATÓRIA

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, cap. 2, pp. 1-19.

Questões para orientação da leitura

- a) Pense no exemplo da placa de trânsito que limita a velocidade em 55 km/h. Você acha que levar a sério as exceções apresentadas mantém o caráter de regra da norma?
- b) Em que consiste a justificção subjacente de uma regra? Qual seria, na sua opinião, a justificção subjacente da regra citada na questão anterior?
- c) Quais são as consequências vinculadas à aplicação direta da justificção subjacente de regras para a solução de casos concretos? Por quais motivos é preferível formular e observar regras em vez de simplesmente buscar a aplicação direta das finalidades que se persegue por meio dessas normas?
- d) Em que consiste a *regridade* ou o caráter de regra de uma regra?
- e) Você acha que todas as regras devem ser sempre seguidas? Que tipos de problemas essa postura pode causar?
- f) Você acha que a aplicação de uma regra deve ser sempre sensível a todas as particularidades do caso concreto, ou basta a constatação das condições consideradas suficientes para a sua aplicação?



Você vê problemas relacionados à adoção de uma postura de decisão que está permanentemente preocupada com todas as circunstâncias do caso concreto? Isso pode ser bom para a manutenção da *regridade* de uma regra?

- g) Em que sentido se caracteriza uma regra como uma norma *geral*? Pense como um legislador que precisa lidar com um problema qualquer (por exemplo: lidar com frequentes ataques de cães da raça *pitbull* na cidade): com base em que tipo de raciocínio você poderia chegar aos termos gerais de uma regra?
- h) Em que consiste o caráter *sobreinclusivo* das regras? (dica: pense em um ou mais exemplos).
- i) Em que consiste o caráter *subinclusivo* das regras? (dica: pense em um ou mais exemplos).



CASO PARA DISCUSSÃO:

Supremo Tribunal Federal

382

16/06/98

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 77.003-4 PERNAMBUCO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
PACIENTE: VALÉRIA CARDOSO TELES DE CARVALHO
IMPETRANTE: DÉLIO LINS E SILVA
COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eis um dos raros *habeas corpus* situados, realmente, no âmbito da competência desta Corte, porquanto dirigido contra ato de tribunal que possui a qualificação de superior, estando os respectivos integrantes submetidos, nos crimes comuns e de responsabilidade, à jurisdição direta desta Corte, a teor do disposto no artigo 102, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, fato a atrair a pertinência da alínea "i" dos referidos inciso e artigo.

O advogado Délio Lins e Silva impetra este *habeas* em favor de Valéria Cardoso Teles de Carvalho, brasileira, professora, que outrora exerceu a chefia do Executivo do Município de São José da Coroa Grande no Estado de Pernambuco. É apontado como configurador do constrangimento acórdão do Superior Tribunal de Justiça que implicou o conhecimento e provimento de recurso especial, confirmando-se, com isso, o recebimento de denúncia

*Supremo Tribunal Federal*

383

HC 77.003-4 PE

apresentada contra a Paciente. Eis os fatos, tais como retratados na inicial:

O cidadão Josias Santos da Silva, pessoa que se afirma estranha ao rol de amigos da Paciente e, sequer, por ela conhecida, ingressou com reclamação trabalhista contra o Município de São José da Coroa Grande, objetivando a assinatura da carteira sob alegação de haver prestado serviços à Municipalidade no período de 12 de abril de 1992 a 28 de janeiro de 1993, quando Prefeita a Paciente. No ajuizamento da citada reclamação, não apresentara contrato de trabalho, contracheque, recibo ou qualquer outro elemento comprovador da prestação dos serviços. Suplantada a fase de conciliação, veio a Junta de Conciliação e Julgamento a concluir pela nulidade do contrato de trabalho que teve como existente, por desrespeito ao inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, no que exigido, para ingresso no serviço público, o concurso. Entrementes, determinou a expedição de cópias da inicial da defesa e da sentença ao Ministério Público Federal, a fim de ser "apurada a responsabilidade daquele burgo mestre, atendendo-se, assim, ao que dispõe o artigo 40 do Código de Processo Penal e o inciso VIII do artigo 1º do Decreto-Lei 201/67". Afirma-se haver o autor da reclamação trabalhista prestado serviços como gari. O Ministério Público Federal determinou a remessa das citadas peças ao

*Supremo Tribunal Federal*

381

HC 77.003-4 PE

Procurador-Geral de Justiça do Estado. Dois anos após o recebimento, teria sido oferecida a denúncia. Aponta-se:

1 - o desrespeito ao que previsto no § 1º do artigo 46 do Código de Processo Penal: não sendo caso de inquérito policial, desprezara a necessidade de a denúncia ser apresentada em tempo hábil;

2 - o concurso, na espécie, do princípio da insignificância: diante do que teria sido uma única admissão, para atividade de menor hierarquia - de gari -, ter-se-ia caminhado para a propositura da ação penal. Com isso, acabara por colocar, nos bancos dos réus, pessoa de ilibada conduta.

3 - a extinção da punibilidade. Sustenta-se que esta Corte assentou serem os crimes do artigo 1º do Decreto-Lei nº 201/67 não de responsabilidade, mas comuns. Busca-se, então, demonstrar que essa conclusão conduz à consideração não da pena fixada para o crime do inciso XIII do artigo 1º do citado Decreto-Lei - três meses a três anos de detenção -, mas a do artigo 315 do Código Penal, no que tipifica idêntica conduta, prevendo a apenação de um ano a três meses de detenção. Levando-se em conta o teto previsto no citado artigo do Código Penal, ter-se-ia como ocorrida a prescrição, em

*Supremo Tribunal Federal*

385

HC 77.003-4 PE

face da passagem de mais de dois anos do fato apontado como criminoso até o recebimento da denúncia.

4 - a incompetência da seção que veio a receber a denúncia: como ex-Prefeita, a Paciente teria direito à prerrogativa de foro, revelado pelo Pleno do Tribunal de Justiça.

5 - o cerceio de defesa: é que o advogado que apresentara a resposta da Paciente à inicial da ação penal mostrara-se o mesmo que patrocinara os interesses do autor da reclamação trabalhista. Assim, haveria, o caso, conflito de interesses.

Em conclusão, requer-se:

- a - o trancamento da ação penal;
- b - a insubsistência do recebimento da denúncia, assegurando-se à Paciente a reabertura do prazo para apresentação da resposta.

Com a inicial, vieram os autos os documentos de folha 20 à 283. O Superior Tribunal de Justiça encaminhou a esta Corte o ofício de folha 290, acostando-lhe a cópia do acórdão relativo ao julgamento do especial.

A Procuradoria Geral da República pronunciou-se pelo não-conhecimento da impetração. Para tanto, ressaltou que os temas versados na inicial não foram objeto de decisão quando do julgamento



386

Supremo Tribunal Federal

HC 77.003-4 PE

do recurso especial (folhas 301 e 302). O parecer está subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral Dr. Edinaldo de Holanda Borges.

Estes autos vieram-me conclusos, para exame, em 12 de maio de 1998, sendo que neles lancei visto no dia 16 imediato, designando como data de julgamento a de hoje, 26 de maio de 1998, isto objetivando a ciência do Impetrante.

É o relatório.

*Supremo Tribunal Federal*

HC 77.003-4 PE

V O T O

387

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Da preliminar suscitada no parecer da Procuradoria Geral da República.

O *habeas corpus* consubstancia ação constitucional e não recurso de natureza extraordinária, quando exigível, então, que os temas versados tenham sido alvo de debate e decisão prévios. O que cumpre perquirir é se o ato apontado como de constrangimento foi, ou não, praticado. O Superior Tribunal de Justiça veio a proceder, mediante acórdão relativo a julgamento de recurso especial, à substituição do provimento emanado de órgão fracionado do Tribunal de Justiça de Pernambuco que implicou o recebimento da denúncia. O que se pede neste *habeas corpus* é que se diga da legitimidade legal e constitucional deste último ato. Conforme depreende-se do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial interposto foi conhecido e desprovido (folha 292 à 299). Firme em tal premissa, conheço da impetração.

Rememore-se a hipótese que veio a movimentar esta máquina judiciária tão sobrecarregada, desprezando-se, até mesmo, a ordem natural das coisas e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O cidadão Josias Santos da Silva ingressou com reclamação trabalhista contra o Município de São José da Coroa

*Supremo Tribunal Federal*

388

HC 77.003-4 PE

Grande, alegando que lhe prestara serviços no diminuto período de 12 de abril de 1992 a 28 de janeiro de 1993, ou seja, por nove meses (folhas 31 e 32). O Município adotou como estratégia de defesa, já não mais estando à frente do Poder Executivo a ora Paciente, a articulação sobre a ocorrência da contratação em período em que o fato era proibido por lei, ao que tudo indica, anterior às eleições, e à inexistência da observância do concurso público (folhas 33 e 34). O Juízo veio a colher a defesa, julgando improcedente o pedido formulado, em face do vício do ajuste a contaminá-lo na totalidade. Entretanto, à luz da máxima de que não se pode deixar passar em branco certas atitudes, determinou a remessa de cópias de peças do processo ao Ministério Público Federal, olvidando que em jogo não se fez interesse da União, autarquia ou empresa pública federal. Aí, acabou o Ministério Público Estadual apresentando, em 29 de janeiro de 1996, ou seja, transcorridos mais de dois anos, a denúncia que está às folhas 26 e 27 dos autos. Senhor Presidente, tenha-se presente a lição do saudoso Heleno Fragoso:

Desde logo se deve excluir do sistema penal a chamada criminalidade de bagatela e os fatos puníveis que se situam puramente na ordem moral. A intervenção punitiva só se justifica quando está em causa um bem ou valor social e importante (Lições de Direito Penal).

*Supremo Tribunal Federal*

389

HC 77.003-4 PE

No caso dos autos, cuida-se de contratação que teria ocorrido de forma isolada, ou seja, para a prestação de serviços pelo contratado como gari, e do ato não resultou, em si, prejuízo para a Municipalidade. O preceito que serviu de base à oferta da denúncia tem uma razão de ser, e esta não é, evidentemente, a persecução criminal considerado caso isolado de nenhuma significação no contexto jurídico da vida de uma pessoa jurídica de direito público. Destarte, a hipótese não sugeria o recebimento da denúncia. Mostram-se pertinentes as palavras do Ministro José Dantas, lançadas quando do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do *Habeas Corpus* n° 3.557.9, impetrado, como está referido na inicial deste habeas, pelo nobre advogado Bóris Trindade:

Em suma, animo-me a, mais uma vez, filiar-me ao benfazejo princípio da insignificância, em função do qual acolho a arguição da falta de justa causa para a ação intentada contra a paciente.

Realmente, isto não se deu quando do julgamento do recurso especial. Os integrantes do Colegiado não tiveram em vista esse precedente. O que não se coaduna com os interesses maiores da sociedade é acionar-se o Judiciário, movimentando-o, no que já por demais sobrecarregado, tendo presente situação concreta que nenhum prejuízo trouxe para o bem protegido pelo Decreto-Lei n° 201/67. no



Supremo Tribunal Federal

390

HC 77.003-4 PE

que proíbe a contratação de servidores sem o concurso público. Desprezaram-se, como já consignado, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual concedo a ordem para, cassando o acórdão proferido, assentar a inexistência de justa causa, fulminando, com isso, a ação penal intentada e que tomou o n° 002963.6 perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

**11º TEMA: REGRAS: PROBLEMAS DE INCIDÊNCIA E DE APLICAÇÃO.****1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS**

Textura aberta da linguagem

Vagueza

Indeterminação do direito

Zona de penumbra

Casos de fronteira

Discricionariedade

2. CASO PARA DISCUSSÃO

Imunidade do livro eletrônico (a ser apresentado em aula).

3. LEITURAS**3.1. Obrigatória**

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem*. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 68-74 e 115-128.

3.2. Complementar

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Trad. A Ribeiro Mendes. 3ª. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 137-149 (leitura de aprofundamento).

Questões para orientação da leitura obrigatória

- a) Em que consiste a textura aberta da linguagem? A que característica de certos conceitos ou termos ela está relacionada? Ela é uma patologia da linguagem que aparece exclusivamente no direito?



- b) De que clássico exemplo se serve Hart para ilustrar o problema da textura aberta da linguagem?
- c) Em que consiste a abordagem paradigmática e criteriológica? Como ela poderia ser aplicada para lidar com o exemplo de Hart referido na questão anterior?
- d) O que são casos paradigmáticos? (dica: tente indicar exemplos de casos paradigmáticos de alguns conceitos gerais)
- e) É possível eliminar os problemas decorrentes da textura aberta da linguagem? Por quê?
- f) A textura aberta da linguagem pode ser vantajosa para o direito? De que forma?
- g) Para Hart qual é a função primordial do direito? Levar a sério a textura aberta da linguagem pode ser um fator para alguém afirmar que o direito não é capaz de funcionar adequadamente para realizar os seus principais propósitos?
- h) Na solução de casos de penumbra, Hart tenta vincular o aplicador do direito (o juiz, por exemplo) a algum tipo de resposta correta? (dica: pense no exemplo dos veículos no parque e nas respostas possíveis para o problema. Alguma delas soa, para você, como completamente absurda?).



12º TEMA: TIPOS DE NORMAS JURÍDICAS. REGRAS, PRINCÍPIOS E PROPÓSITOS/POLÍTICAS.

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Regras

Princípios

Políticas

Mandamentos de otimização

2. LEITURAS OBRIGATÓRIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 85-90.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, 35-46.

Questões para orientação da leitura

- a) Com qual objetivo Dworkin começa a discorrer sobre os diferentes tipos de padrões normativos com base nos quais juízes tomam decisões?
- b) Em quais diferentes sentidos Dworkin anuncia que usará o termo “princípio”?
- c) Como Dworkin define princípios e políticas?
- d) Qual é a importância de *Riggs vs. Palmer* para se entender com base em que tipo de padrões decisões jurídicas são tomadas? *Riggs*, para Dworkin, refuta ou ratifica as teses do positivismo jurídico? Por quê?
- e) Qual é a natureza da distinção apresentada por Dworkin entre princípios e regras? A distinção proposta por Alexy é da mesma natureza?
- f) Quais traços caracterizam uma *regra* para Dworkin? E para Alexy? Você consegue identificar uma diferença substantiva entre as duas caracterizações?



- g) Com base no que vimos nas aulas anteriores sobre regras, você acha que os critérios sugeridos por Dworkin para caracterizar essa espécie normativa são adequados?
- h) Quais traços caracterizam um *princípio* para Dworkin? E para Alexy? Você consegue identificar uma diferença substantiva entre as duas caracterizações?
- i) Textos normativos que tentam regular um comportamento, mas apelando para expressões como “razoável”, “prudente”, “boa fé” e “injusto” são, para Dworkin, regras ou de princípios? Por quê?



13º TEMA: A DECISÃO COM BASE EM REGRAS. CÂNONES TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES.

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Interpretação

Elemento literal

Elemento histórico

Elemento sistemático

Elemento teleológico

Interpretação extensiva

Interpretação restritiva

2. CASO PARA DISCUSSÃO

HC 82.424/RS (caso Ellwanger v. caso do tema 4)

Questões para orientação da leitura

- a) Em que medida o debate em torno do sentido literal da palavra “racismo” foi importante para a solução do caso? Houve consenso em torno do sentido da palavra?
- b) Os ministros, em suas argumentações, recorreram aos debates da Assembleia Nacional Constituinte visando à delimitação do sentido da palavra “racismo”? Eles chegaram ao mesmo resultado?
- c) Alguns ministros empreenderam esforços de harmonização sistêmica entre o artigo 5º, XLII, e outros dispositivos da Constituição. A que resultado chegaram?
- d) Na sua opinião, qual é a finalidade do artigo 5º, XLII, CF?
- e) Você acha que a expressão “racismo” contida no dispositivo constitucional indicado deve ser interpretada em sentido mais amplo possível ou de modo mais restritivo?



3. LEITURA

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy, 2001, pp. 33-40.

Questões para orientação da leitura

- a) Com qual problema fundamental da decisão jurídica lida a metodologia do direito?
- b) Por que, para Alexy, os cânones tradicionais de interpretação não são capazes de fornecer uma resposta apropriada para o problema da fundamentação de decisões no direito?
- c) É possível, para o autor, eliminar completamente os juízos de valor dos processos de tomada de decisão jurídica?
- d) Para o autor, é possível fundamentar racionalmente juízos de valor?

**14º TEMA: ANALOGIA.**

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Analogia

Analogia legis

Analogia juris

Relações de semelhança

2. CASO PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)

HC 75.343/MG (relatório e voto do min. Sepúlveda Pertence)

3. LEITURAS

3.1. Obrigatória

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 296-299.

3.2. Complementar

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, cap. 5 (leitura de aprofundamento).

Questões para orientação da leitura obrigatória

- a) Do que trata exatamente o raciocínio por analogia?
- b) Qual é a principal dificuldade envolvida na aplicação de uma norma com base no raciocínio analógico?
- c) A analogia se confunde com a interpretação extensiva? Por quê?
- d) Qual é o fundamento para o uso da analogia no direito?



- e) Qual é a diferença entre *analogia legis* e *analogia juris*? O caso para discussão acima indicado envolve que tipo de analogia?
- f) Há, na sua opinião, relações suficientes de semelhança entre as situações envolvidas no caso para discussão que justificam a aplicação por analogia do artigo 28 do CPP?



CASO PARA DISCUSSÃO:

Supremo Tribunal Federal

199

18/06/97

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS N. 75343-4 - MINAS GERAIS

PACIENTE : JUAREZ QUINTÃO HOSKEN FILHO
IMPETRANTE: BADY ELIAS CURI NETO
COATOR : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO OCTAVIO GALLOTTI: - Acha-se a questão suficientemente exposta pelo ilustre Professor CLÁUDIO LEMOS FONTELES, Subprocurador-Geral da República, no parecer de fls. 84/88, que servirá de relatório:

1. O advogado Bady Elias Curi Neto impetra ordem de habeas corpus em favor de Juarez Quintão Hosken Filho objetivando a nulidade do julgamento de segunda instância, assim como a decisão de primeiro grau.

2. O ora paciente restou condenado, pela conduta tipificada no art. 16 da Lei 6368/76, à pena de 9 meses de detenção e ao pagamento de 30 dias multa, conforme sentença de fls. 20/24.

3. Inconformado, interpôs recurso de apelação junto a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que após parecer do Ministério Público, às fls. 26/28, deferiu a diligência solicitada, fls. 30, determinando a volta dos autos ao Juízo de origem a fim de que se procedesse à aplicação da medida prevista no art. 89

*Supremo Tribunal Federal*HC 75343-4/MG

200

da Lei 9.099/95. O Procurador de Justiça, como se vê às fls. 32, não ofereceu a proposta de suspensão condicional do processo. Considerada satisfeita a diligência ordenada, o Juiz a quo (v: fls. 32), devolve os autos ao Tribunal. Recebidos os autos, a C. Câmara, por unanimidade, deu provimento parcial à apelação, reduzindo a reprimenda aplicada para 6 meses de detenção e ao pagamento de 20 dias-multa, mantendo o **sursis** e suas condições.

4. Aduz, em síntese, o impetrante:

- a) - a falta de fundamentação da decisão do Juiz que acatou a recusa do Ministério Público em não oferecer proposta de suspensão condicional do processo;
- b) - não ter sido intimado da decisão que recusou a aplicação da suspensão condicional do processo;
- c) - não receber do poder judiciário os benefícios da suspensão condicional do processo, uma vez que preenche todos os requisitos legais para tal norma despenalizadora.

5. No mérito, assiste razão ao impetrante, **senão vejamos!**

6. Note-se que a Lei 9.099/95 já estava em vigor à época da prolação da sentença condenatória, fls. 24, fazendo jus, o paciente, ao benefício da suspensão condicional do processo, em consonância com o

2

Luiz Alberto

*Supremo Tribunal Federal*

HC 75343-4/MG

201

posicionamento dominante da doutrina e do Supremo Tribunal Federal (HC nº 74.305-SP), que atribui ao instituto natureza penal devendo, portanto, retroagir aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 9.099/95 sob o enfoque da *lex mitior*.

7. Ressalta-se, todavia, o correto procedimento quanto à aplicação do referido benefício, uma vez que abriu-se vista ao Ministério Público para pronunciar-se sobre a medida despenalizadora.

8. No entanto, o que se discute aqui é a **falta de fundamentação** da decisão judicial que acolheu a manifestação do MP, assim lida às fls. 32, verbis:

“Em que pese algumas decisões em contrário, os dispositivos da Lei 9.099/95 não se aplicam a feitos em andamento como é o caso.

Entretanto, mesmo se admitindo o contrário, **deixo de propor suspensão condicional do processo** diante de fato de que os réus, com suas condutas, como se vê dos autos, e foi salientado no parecer de fls. 123, **é um estímulo ao crime organizado**”.

(grifos nossos)

9. Efetivamente o Juiz de primeiro grau limitou-se a proferir o seguinte despacho, às fls. 34:

“Ante a posição Ministerial, com **máxima venia**, devolvo os autos ao E. Desembargador Sérgio

3

Sérgio Galvão

*Supremo Tribunal Federal*

HC 75343-4/MG

202

Resende, com as nossas sinceras homenagens.”

(grifamos)

10. No caso sub examen, o paciente preencheu todos os requisitos necessários para receber o benefício em comento, o que o próprio Tribunal de Justiça admitiu ao diminuir a reprimenda do acusado para o **mínimo legal**, como se lê às fls. 73, verbis: “Entretanto, assiste-lhes razão quando se insurgem contra a dosimetria da pena, porquanto **tratam-se de réus primários, sem antecedentes criminais**. Merecem, pois, a pena fixada no **mínimo legal - 6 meses de detenção, em regime aberto, e pagamento de 20 dias-multa.**”

11. No tocante a questão da falta de fundamentação, DAMÁSIO E. DE JESUS (in Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada. Op. cit., p. 110) adverte - “Se o Ministério Público se recusa a propor a suspensão do processo, **deve fundamentar a negativa** (art. 129, VIII, parte final, da CF; Lei n° 8.625/93, art. 43, III)”. Nesta mesma linha é a assertiva de ADA PELLEGRINI GRINOVER et alli, (in Juizados Especiais Criminais. Op. cit., p. 212), ao comentar a Lei 9.099/95: “Em razão da natureza da proposta de suspensão do processo, que não significa **arbitrário**, senão um poder-dever do Ministério Público, uma consequência a mais pode ser lembrada: sempre que sua denúncia versar sobre crime cuja pena mínima não exceda a um ano, tem a obrigação de pronunciar-se sobre a suspensão:

4

legality.

*Supremo Tribunal Federal*

HC 75343-4/MG

203

em sentido positivo ou negativo, fundamentadamente.”

(grifamos)

12. Com efeito, a simples alusão de ser o crime cometido (art. 16 da Lei 6.368/76), “um estímulo ao crime organizado” como diz o Promotor de Justiça ao posicionar-se pela recusa da suspensão condicional do processo, singelamente acatada pelo MM. Julgador, não se mostra suficiente a cumprir com a indispensável exigência de motivação.

13. Tais as circunstâncias somos pela concessão da ordem para que sejam devolvidos os autos ao Juízo de origem a fim de que o MM. Julgador pronuncie-se, **motivadamente**, sobre a promoção do Ministério Público, para acatá-la, ou não.” (fls. 84/8)

É o Relatório. *Levy Albotte*

*Supremo Tribunal Federal*

224

12/11/97

PLENÁRIO

HABEAS CORPUS N. 75.343-4 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE: Sr. Presidente, tinha tomado notas a respeito do tema em discussão que é relevante: acho a suspensão condicional do processo uma inovação revolucionária e benfazeja, quer sob a perspectiva do Direito Penal contemporâneo, quer sob a da necessidade de dar solução à falência da Justiça Criminal, congestionada pela criminalidade de menor importância e incapaz de dar resposta à criminalidade mais grave, violenta ou não.

Tinha tomado notas, mas felizmente para V.Exas, o problema do **quorum** tanto adiou o prosseguimento deste julgamento que, pelo menos nas minhas malas, eu as perdi. Poupo assim o Tribunal de maiores elocubrações. Tento apenas, restabelecer, de memória, o fio condutor do raciocínio, que aliás não é original.

De logo, sem entrar na polêmica semântica, o verbo "**poder**", efetivamente, não me impressiona: o verbo, na linguagem normativa, nem sempre expressa uma **faculdade**, menos ainda uma **faculdade livre**, e jamais o **arbítrio** do agente público; freqüentemente é usado como expressão de uma competência, sobretudo quando se trata de uma competência alternativa à comum.

E é o que sucede no caso.

*Supremo Tribunal Federal*HC 75.343-4 - MG**225**

A regra é a obrigatoriedade da ação penal pública; é estar o promotor vinculado a formulá-la, sempre que presente a viabilidade de direito e de fato da acusação.

A suspensão condicional do processo, como outros instrumentos da Lei 9.099, é mecanismo – perdoe-se a palavra da moda – de “flexibilização” da obrigatoriedade da ação penal, no caminho do que se tem chamado Direito Penal ou Justiça Criminal transaccional. Por isso mesmo, se tem dito que a obrigatoriedade da ação penal cedeu, nas hipóteses em que admitida a suspensão condicional do processo, a um regime de discricionariedade regrada, ou discricionariedade mitigada do Ministério Público.

Mas não posso fugir, com todas as vênias, à opção legislativa que, no art. 89 da L. 9099, caracterizou o instituto como transação processual-penal, a partir de proposta do Ministério Público.

Posso chegar, para não consagrar o arbítrio, até a dispensar a espontaneidade ou a originalidade da proposta. O que não posso, num instituto claramente definido como mecanismo da Justiça Criminal transaccional ou pactuada, é subtrair da formação desse acordo, é expulsar dessa transação uma das partes do processo, a parte acusatória, o Ministério Público, ao qual, literal e expressamente, a lei teria dado mais, porque lhe reservou a iniciativa da proposta.

Por outro lado, cada vez mais descrente das simplificações silogísticas da hermenêutica jurídica tradicional, eu não acompanharia o em. Ministro Marco Aurélio, quando sustenta que

2

*Supremo Tribunal Federal*

HC 75.343-4 - MG

226

política penal, a política repressiva, é função que se esgota nas opções do legislador, das quais o Ministério Público seria "mero agente executor" (a expressão, salvo engano, é do brilhante Luiz Flávio Gomes): não há política criminal abstrata, cuja implementação dispense o esforço de concretização-atualização necessariamente criador do intérprete-aplicador qualificado da norma.

Não subtraio do Ministério Público o papel relevantíssimo de ser intérprete e expressão, nas circunstâncias variáveis de tempo e de espaço, da política penal vigente. Reduzi-la à opção abstrata do legislador seria plausível, ainda que mesmo assim ilusória, sob a vigência plena do princípio da obrigatoriedade da ação penal (ilusória, sim, porque não é preciso ter sido Promotor, mas apenas passar os olhos por toda a literatura contemporânea, em torno do Ministério Público acusador – na literatura brasileira como na literatura estrangeira –, para ver como é ilusória a obrigatoriedade da ação penal, tantos são os caminhos por meio dos quais, sem prevaricar, o membro do Ministério Público adapta, à sua concepção de justiça penal e de justiça no caso concreto, ainda que sem dizê-lo, a sua recusa de propor a ação penal, invocando motivos aparentemente de legalidade ou de falta de prova, sem dizer da busca de racionalização do apelo a institutos como o princípio da insignificância e outros similares).

Mas, sob outro prisma – se me recuso a demitir o MP da discricionariedade regra, que, no ponto, a lei indubitavelmente lhe outorgou –, não creio, até por homenagem à unidade do Ministério Público, que é princípio constitucional, que o exercício dessa discricionariedade deva ser atomizado a ponto de dar margem, na

3

*Supremo Tribunal Federal*

HC 75.343-4 - MG

227

expressão do Ministro Marco Aurélio, à livre expansão dos humores, do subjetivismo dos critérios ou da emoção do dia de cada Promotor ou Promotora, Brasil afora.

Desse modo, desde as leituras dos autores que se têm debruçado sobre o tema – a partir daqueles que foram a fonte material do Projeto Michel Temer, ou seja, Ada Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes – e malgrado e lúcida divergência de Luiz Flávio Gomes, o quarto dos autores da obra que dedicaram aos Juizados Especiais Criminais –, o alvitre pelos três primeiros sustentado da aplicação analógica e construtiva a hipótese do art. 28 do Código de Processo Penal, a meu ver, é o que serve melhor à compatibilização entre o papel insubstituível do Ministério Público na suspensão condicional do processo, a independência funcional de cada um dos seus membros e a unidade que se quer da instituição, que, aí, sim, pode fazê-la, com muito maior legitimidade, o agente criativo e não arbitrário de uma política penal, que, nos limites da lei, seja variável conforme as circunstâncias de tempo e de espaço a considerar.

Certo, o mecanismo do art. 28 do Código foi pensado para funcionar no quadro diverso do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que reclama seja o arquivamento das peças de informação fundado em razões objetivas, judicialmente controláveis, de tal modo que, dissentindo delas o Juiz – malgrado não possa subsistir-se ao Promotor e formular ele próprio a denúncia – deva submeter o caso à decisão definitiva da chefia do Ministério Público.

4

*Supremo Tribunal Federal*

HC 75.343-4 - MG

228

Não obstante, para respaldar o apelo à analogia, o que aproxima as duas hipóteses é que também na de recusa, que há de ser motivada, do Promotor, à suspensão do processo – quando legalmente admissível, à luz dos requisitos de sua viabilidade jurídica, impostos pelo **caput** art. 89 da L. 9099 – a fórmula do art. 28 do Código é a que permite submeter a manifestação isolada do Promotor do caso ao crivo dos órgãos de manifestação da unidade do Ministério Público, que, no sistema das novas leis orgânicas, é cada vez menos um poder unipessoal do Procurador-Geral, e sim dos colegiados superiores da instituição.

No caso concreto, instado a manifestar-se a respeito, dado o advento da Lei n° 9.099, no curso do procedimento, o Promotor, mesmo admitindo a aplicação – de que duvida – do art. 89 da Lei n° 9.099 aos processos em andamento, deixa de propor a suspensão condicional, diante do entendimento de que os réus com suas condutas, de estudantes usuários de maconha, seriam um estímulo ao crime organizado. Creio que o caso é exemplar para a concessão parcial da ordem a fim de que essa manifestação seja submetida ao órgão competente da Procuradoria-Geral.

Concedo, em parte, o **habeas corpus** para que o Juiz entendendo admissível a suspensão condicional do processo, à base do art. 89, **caput**, da L. 9.099, submeta a recusa do Promotor à Procuradoria-Geral de Justiça, aplicando-se, como couber, o art. 28 do C. Pr. Penal: é o meu voto.

CR/

5



15º TEMA: O TRABALHO COM PRECEDENTES ENTRE O RACIOCÍNIO ANALÓGICO E A APLICAÇÃO DE REGRAS

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Precedente

Vinculação vertical

Vinculação horizontal

Stare decisis

Ratio decidendi

Holding

Dicta

2. LEITURAS

2.1. Obrigatória

SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer. A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Capítulo 3.

2.2. Complementares

VOJVODIC, Adriana; MACHADO, Ana Maria; Cardoso, Evorah. *Escrevendo um Romance, Primeiro Capítulo: Precedentes e Processo Decisório no STF*. Revista Direito GV 9.

LEAL, Fernando. *Uma jurisprudência que serve para tudo*. JOTA. 13/05/2015

LEAL, Fernando. *A „Vaquejada“ poderia ter sido um caso fácil*. JOTA. 12/10/ 2016.



Questões para orientação da leitura obrigatória:

- a) Se um tribunal atual entender que a forma como foi decidida um caso na composição anterior do tribunal é errada, isso tem implicância para a aplicação do caso como um precedente?
- b) No caso de “stare decisis”, mesmo sendo o precedente considerado “errado”, qual é a importância, para o sistema jurídico, em observá-lo?
- c) Segundo o autor, quando um precedente é válido?
- d) O autor sugere que o critério para definição de fatos relevantes é insuficiente para configurar um caso como precedente. Por quê?
- e) A seu ver, qual seria a diferença entre aplicar um caso como precedente e fazer uma *analogia*?

**CASO PARA DISCUSSÃO:**

Tomando por base os fatos do caso do Gerald Thomas discutido na primeira aula, observe se o referido precedente pode ser aplicado (RHC 50.828) para a solução do caso do diretor teatral:

RELATOR: O Sr. Ministro Raphael de Barros Monteiro

RECORRENTE: Helena Beatriz Feijó Sidou

RECORRIDO : Tribunal de Alçada da Guanabara

IMPETRANTE: José Carlos Feixoto Guimarães

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO RAPHAEL DE BARROS MONTEI

RO - Srs. Ministros:

Ao dr. Juiz de Direito da 5a. Vara Criminal da Guanabara, impetrou o ilustre advogado dr. José Carlos Feixoto Guimarães o habeas corpus de fs. 3/8, em favor de Helena Beatriz Feijó Sidou, modista e desenhista de modas, apontando como autoridade coatora o Diretor da Divisão de Censura e Diversões, da Secretaria de Segurança Pública daquele Estado, dr. Edgard Façanha, objetivando assegurar à paciente o direito de frequentar as praias cariocas sem a parte superior de seu traje de banho, asseverando que aquela autoridade teria declarado ser de sua intenção prender quem se dispusesse à comparecer à praia com o busto desnudo.



Em longas informações, o dr. Edgard Fa-
ganha, após considerações várias a respeito do chamado "To-
pless", do invocado direito de "privacy" do cidadão e do
sentimento de moralidade pública, declarou, de início, que
nem sequer pode ser tido como autoridade costora, pois que,
para caso como o dos autos, nem precedente seria. A verdade
HSC/

BTF



RHC/50.828 - Gb.

2.

É que, interpelado pela imprensa sobre as providências que tomaria a Polícia face à denominada moda "Topless", não teve dúvida em afirmar que, se as jovens a usassem, estariam as mesmas desassistidas, atentando contra o pudor público, incorrendo, por consequência, na infração do art. 233 do Código Penal. Finalizando, disse que o instituto do habeas corpus visa a proteção da liberdade de locomoção ameaçada por meio idôneo e direto, não podendo favorecer a prática de ato criminoso ou moralmente reprovável.

Indeferindo a ordem, assim se acha fundamentada a sentença de fs. 45/48, do ilustre Juiz dr. A - naudim Freitas:



"1. O remédio jurídico do habeas corpus, segundo o nosso direito, protege o direito de ir e vir. Na espécie, a paciente, conforme se infere das informações da autoridade, apontada como coatora e emerge dos autos, não sofre ameaça no seu direito de locomoção.

2. A advertência, relatada pelo zeloso Agente da Lei, existe apenas quanto ao modo como a paciente pretende conduzir-se, este profundamente contestado e discutido, não sendo um direito líquido, podendo o fato enfocade constituir ou não crime, só suscetível de apreciação em caso concreto, com julgamento pela autoridade judiciária competente, em processo com discussão ampla e apreciação de provas e não no âmbito do "habeas cor



"pus", que, pela sua natureza de recurso rápido, não ensejaria, em absoluto, o julgador entrar no mérito, de um processo que viria a instaurar-se.

3. Tal vigilância policial, aludida, não é contrária à lei, é, antes, obrigação desta decorrente, pois a polícia é antes preventiva que repressiva. A Polícia não se pode negar o alvedrio de vigiar e providenciar sobre tudo que pertencer à prevenção dos delitos e manutenção da segurança e tranquilidade pública.

4. Como bem salientou o ilustre Promotor Público (fs. 41v.), o que objetiva a paciente é inaugurar moda e para isto utiliza-se, impropriamente, do presente "writ", para consultar a Justiça se poderá ou não, embasada em seu "Privacy", despir seus seios nas praias. O judiciário, pela sua alta missão como

um dos Poderes da República, não é Órgão de Consulta. Deve decidir em casos concretos e sérios. Não fora o modo respeitoso com que se houve o inteligente impetrante, seria o caso de este recurso ser indeferido "in limine". Todavia, em homenagem à advocacia, que é um dos sustentáculos da nossa democracia, permiti-se tomarem todas as medi



"das legais, concernentes ao desate da lide, dentro dos limites da lei, não só solicitando informações à culta Autoridade Policial, como ouvindo o Promotor Público, que é o Fiscal da Lei e Representante da Sociedade. Contudo, não posse dilargar as raias do campo de ação de tão excelente remédio jurídico, tendo em vista o que preceitua o Código de Processo Penal (art. 647 e seguintes). Consulta ao judiciário é coisa que não se compadece com a técnica processual, desborda da área de atuação do Poder Julgador. De ofuscante clareza é o entendimento de que a via eleita pelo combativo impetrante é imprópria.

5. A paciente é livre e se quiser inaugure a moda, arcando com as consequências de seus atos. O que não pode é desnudar o busto sob o beneplácito do Judiciário. O que não pode é sob o pálio de um "bill" de indenidade abrigar-se para fazer o que bem entende.

6. Sem querer adentrar no mérito, o que é defeso, como já disse, no âmbito de um "habeas corpus", reconheço que os usos e costumes evoluem mas tais mutações sociais não podem ser estabelecidas por um decreto judicial."

Mantida essa decisão pelo Eg. Tribunal



RHC/50.828 - Gb.

5.

de Alçada da Guanabara (fs. 62/64), recorre ordinariamente o douto impetrante, insistindo nas alegações inicialmente feitas.

Oficiando às fs. 77/80, assim opinou a douta Procuradoria Geral da República, em parecer do dr. Antonio Torreão Braz, aprovado pelo dr. Oscar Corrêa Pina, ilustre Procurador Geral, substituto:

"1. Conforme relata o v. acórdão recorrido, pretende a recorrente que se lhe assegure o "direito de desnudar inteiramente o busto" nas praias da Guanabara, "sem que seja molestada pela Polícia, pois o Delegado Diretor da Divisão de Censura e Diversões Públicas da Secretaria de Segurança Pública havia declarado que as mulheres que assim procedessem estariam sujeitas à prisão e consequente instauração de inquérito policial".



2. Configura a hipótese um entrechoque de opiniões: enquanto o Diretor da Divisão de Censura reputa o ato obsceno, e, como tal, passível de punição ex vi do disposto no art. 233 do Código Penal, entende a recorrente que ele se insere "dentro da esfera de privacy a que todo cidadão tem direito", visto como "ninguém pode ser obrigado a vestir-se como desejariam as autoridades policiais".

"3. Ledo engano, o da recorrente, pois embora ninguém esteja obrigado a vestir-se de acordo com o figurino da polícia, a ninguém também é permitida ilimitada licenciosidade no modo de trajar. A liberdade individual é um princípio relativo, que deve sofrer as restrições impostas pela comunidade, notadamente em matéria de costumes.

4. A recorrente contrapõe a sua concepção de pudor àquela ditada pela autoridade pública, no exercício da sua função de protetora dos valores éticos da comunidade, que ela legitimamente representa. Basta esta circunstância, se outras tantas não houvesse, para derrocar a pretensão da recorrente. Se o assunto é polêmico (pelo menos em tese, já que se presume represente o agente do poder público o sentimento médio do pudor coletivo), não há cogitar de cong



trangimento ilegal remediável pela via do habeas corpus, que é garantia constitucional destinada exclusivamente à proteção de direitos líquidos e certos (Pontes de Miranda, "História e Prática do Habeas Corpus", 1951, parágrafo 81 ; Vicente Sabino Júnior, "O Habeas Corpus e a Liberdade Pessoal", 1964, pags. 63 e segs.).

5. Ao contrário do que supõe a recorrente, à configuração do questionado delito não se exige dolo específico, ou seja, a deliberada intenção de afronta ao pudor público, bastando a vontade pura e simples de praticar o ato, que se sabe obsceno, e a consciência da publicidade do lugar em que se dá a ocorrência. "Não é indispensável - leciona mestre Nelson Hungria - que o ato represente uma expansão erótica ou vise à excitação da lascívia alheia; desde que, sob o prisma objetivo, se apresente em colisão com o pudor público, ou idôneo a suscitar o sentimento comum de vergonha(ve recundia), pouco importa que o agente, embora deva ter a consciência disso, haja procedido, por exemplo, jocandi animo ou de monstrandi causa, ou para exercer uma vingança, sem qualquer intuito de lubricidade" ("Com. ao C. Penal", 4a. ed., vol. VIII, pg. 310).



6. Tudo faz crer seja contrário ao sentimento ético da sociedade brasileira, no seu actual estágio cultural, o comportamento reivindicado pela recorrente. Qualquer pessoa, que não alimente concepções extremadas e, portanto, visualize parcialmente o problema, pode perceber este embate e antever as danosas consequências que, com a generalização, advirão à moral coletiva, à pudicícia do hommedius, que é, em última análise, a força que empresta conteúdo à norma incriminadora.

"E logicamente com maior razão o percebeu a autoridade impetrada, por força do ofício em diuturno contacto com as diversas camadas da população, cujos impulsos éticos ausculta a cada instante.

7. Pelo improvimento."

É o relatório.



ATIVIDADE PROPOSTA

Quarta-feira, 07 de março de 2012

STF mantém Instituto Chico Mendes, mas dá dois anos para Congresso editar nova lei sobre a autarquia

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade da Lei 11.516/2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), mas deu um prazo de dois anos para que o Congresso Nacional edite nova lei para garantir a continuidade da autarquia. A decisão foi tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4029, ajuizada na Corte pela Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Até lá, o instituto segue funcionando.

Os ministros entenderam que a tramitação da Medida Provisória 366/2007, que deu origem à Lei 11.516/2007, não respeitou a tramitação legislativa prevista na Constituição Federal.

Para a autora da ADI, a norma seria formalmente inconstitucional, uma vez que o ICMBio foi criado a partir de uma Medida Provisória do governo convertida na lei questionada, sem ter sido apreciada por uma comissão mista de deputados e senadores, como prevê a Constituição Federal em seu artigo 62, parágrafo 9º. A MP, diz a associação, foi convertida em lei com a emissão de parecer individual do relator, sem manifestação da comissão.

Além disso, a matéria não possuiria as características de urgência e relevância a justificar a edição de medida provisória, ressalta a ação.

AGU

Ao se manifestar durante o julgamento, o advogado-geral da União, Luis Inácio Adams, chegou a defender a lei em discussão, falando da urgência da matéria, tendo em vista o crescimento das áreas de preservação no país, e a importância estratégica do meio ambiente.

Quanto à tramitação legislativa da MP, o advogado disse que o Congresso busca resolver impasses da própria casa parlamentar para dar viabilidade ao processo legislativo. A MP tem um tempo de tramitação, disse Adams. Se não der tempo, o Congresso busca formas de suprir a deliberação da comissão mista e garantir a soberania do parlamento para decidir sobre a pertinência da medida.



Procedência parcial

Relator da ação, o ministro Luiz Fux votou no sentido de julgar parcialmente procedente a ADI, modulando os efeitos da decisão para que a Lei 11.516/2007 só seja declarada nula após 24 meses da prolação da decisão da Corte. Pelo **voto do ministro**, o instituto permanece existindo, e nesse prazo de dois anos o Congresso poderá editar nova lei, respeitando os ditames legais e constitucionais, para garantir a continuidade das atividades da autarquia.

Para o ministro, a conversão da MP 366/2007 na lei em questão não atendeu ao disposto no artigo 62 parágrafo 9º da Constituição Federal. A comissão mista foi constituída, explicou, mas não houve quórum para deliberação, o que motivou a aplicação do previsto na Resolução 1/2002 do Congresso, que diz que após 14 dias, se não deliberado pela comissão, o parecer pode ser apresentado individualmente pelo relator perante o plenário.

Para o ministro Fux, a importância das comissões mistas na análise e conversão de MPs não pode ser amesquinhada. No artigo 62, parágrafo 9º, a Constituição procurou dar maior reflexão das medidas emanadas pelo Executivo, disse ele.

O parecer, emitido pelo colegiado, é uma garantia de que o Legislativo seja efetivamente o fiscal do exercício atípico da função legiferante pelo Executivo. Para o ministro, ao dispensar o parecer redigido pela comissão mista, a resolução seria inconstitucional.

O ministro Luiz Fux disse entender que o abuso no poder de editar Medidas Provisórias estaria patente no presente caso, em que se criou um ente – uma autarquia – para atuar com as mesmas finalidades de uma instituição já existente, no caso o Ibama.

Assim, com base no desrespeito ao artigo 62, parágrafo 9º, da Constituição, e na falta de urgência para justificar a edição de MP e ainda propondo a modulação de efeitos da decisão, o ministro votou pela procedência parcial da ADI.

Ele foi acompanhado pelas ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia Antunes Rocha quanto ao fundamento da inconstitucionalidade formal, por desrespeito ao artigo 62, parágrafo 9º, da Constituição.

Os ministros Ayres Britto e Gilmar Mendes também acompanharam o relator, mas apenas com base no fundamento do artigo 62, parágrafo 9º, da Constituição. Isso porque, para o ministro Britto, a avaliação quanto à urgência, embora não seja discricionária, é subjetiva do presidente da República.



E, para o ministro, em matéria de atos concretos de preservação do meio ambiente, tudo é urgente e relevante. Já o ministro Gilmar Mendes se posicionou no sentido de que é preciso da efetividade ao artigo 62, parágrafo 9º, da Constituição.

Já o ministro Marco Aurélio votou pela procedência total do pedido, sem qualquer modulação. Para ele, a inconstitucionalidade é de tal vulto que fulmina a lei em questão.

Para o ministro Celso de Mello, os requisitos para apresentação dessa MP estão presentes na exposição de motivos da medida. São razões que parecem satisfazer para se reconhecer o atendimento dos pressupostos da urgência e relevância para edição de MPs. Além disso, o ministro disse concordar com o ministro Ayres Britto quanto à urgência existente quando se trata de preservação do meio ambiente.

Mas o decano da Corte disse entender que a inconstitucionalidade formal é muito clara, no caso, pela inobservância do artigo 62, parágrafo 9º, por parte do Congresso Nacional.

Ao analisar a resolução 1/2002, o presidente da Corte, ministro Cezar Peluso, disse entender que a norma apenas fixou prazo para cumprir a Constituição. É um método de operacionalidade e funcionalidade do próprio poder Legislativo. Se não houver essa regulamentação, disse o ministro, as comissões não se sentiriam motivadas a exercer a competência que a Constituição Federal atribui a elas. Com esse argumento, o presidente disse rechaçar a alegação de inconstitucionalidade.

O ministro, no entanto, concordou com o relator quanto à falta de evidência do requisito da urgência para a edição de medida provisória. Nesse sentido, o ministro citou a realização de um acordo de cooperação entre ICMBio e Ibama, em que este traz para si, de volta, as competências que seriam exercidas pelo instituto. Se o próprio Ibama reconheceu a possibilidade de exercer as atribuições da autarquia recém criada, não se tratava de urgência, revelou o ministro.

Divergência

O ministro Ricardo Lewandowski divergiu integralmente do relator. Ele disse que a análise dos requisitos de urgência e relevância das medidas provisórias deve ser feita com muito cuidado pelo STF porque, para ele, a Corte não pode se substituir à vontade política discricionária do governo.



Quanto à tramitação da MP, o ministro disse entender que a Resolução 1/2002 é matéria *interna corporis* do parlamento, e a jurisprudência da Corte entende que o STF não pode se debruçar sobre matéria dessa natureza. Ainda quanto a esse ponto, o ministro disse que o parágrafo 9º do artigo 62 da Carta é imperativo: a comissão deve se manifestar, não pode se omitir. O relator do caso emitiu parecer, mas a comissão não se manifestou por falta de quórum. Diante dessa chamada manobra de obstrução, o Congresso Nacional avocou a discussão da matéria no plenário de suas casas, em respeito ao princípio da proporcionalidade.

(Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=202057&caixaBusca=N>)

Com base na notícia acima, responda:

- a. Os ministros tomaram a mesma decisão?
- b. Os fundamentos usados foram os mesmos?
- c. Aponte possíveis implicações da decisão para a solução de casos futuros. O que pode dificultar a aplicação da decisão como precedente?



16º TEMA: O TRABALHO COM PRINCÍPIOS JURÍDICOS.

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Ponderação

Colisão de princípios

Proporcionalidade

Otimização

2. CASOS PARA DISCUSSÃO (V. ANEXO)

HC 71.373/RS (votos dos min. Francisco Rezek e Marco Aurélio) e ADPF 101 (voto min. Eros Grau)

3. LEITURAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 116-120.

Afonso da Silva, Virgílio. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, 2008 (leitura de aprofundamento).

Questões para orientação da leitura obrigatória

- a) Qual é a conexão existente entre a teoria dos princípios, para Alexy, e o dever de proporcionalidade?
- b) Quais são as três submáximas da proporcionalidade?
- c) Qual diferença é possível estabelecer entre os exames de adequação e de necessidade, de um lado, e de proporcionalidade em sentido estrito, de outro?
- d) Aplicando as três máximas da proporcionalidade ao caso por trás do HC 71.373/RS (primeiro caso para discussão), a que resultado você chega?



É, para você, proporcional ou não a obrigatoriedade de fornecimento de algum material para a realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade?

- e) Você concorda com as críticas dirigidas à ponderação pelo ministro Eros Grau em seu voto na ADPF 101 (segundo caso para discussão)? Por quê?



CASOS PARA DISCUSSÃO:

Supremo Tribunal Federal

408

HABEAS CORPUS Nº 71.373-4 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SR. MINISTRO FRANCISCO REZEK (Relator): -

Observo, de início, ser de inteira lógica, embora não cotidiano, que do foro cível promane constrangimento ilegal corrigível mediante **habeas corpus**. No caso em exame, cuida-se de saber se o investigado, na ação de verificação de paternidade, pode ser forçado, à vista de sua recusa, a se submeter a certa prova pericial, o exame hematológico. O tema ganha relevo seja por causa do advento, no campo da medicina legal, do exame de determinação de paternidade pelo método do DNA (ácido desoxirribonucléico), seja à conta da crescente preocupação do legislador e dos tribunais com os direitos da criança e do adolescente.

O professor Caio Mário da Silva Pereira ponderou há anos, em obra sobre o tema, que "o progresso constante da ciência pode conduzir à fixação do tipo sanguíneo em termos tão precisos, que venha a constituir elemento de convicção definitiva de hereditariedade biológica" (in "Reconhecimento de paternidade e seus efeitos", Forense, 1977, p. 128). A nova técnica acabou por materializar a premonição do respeitado jurista.

O peso desse novo instrumento pericial revela-se em sua insignificante margem de erro, o que leva alguns especialistas a afirmar que os testes de paternidade

01851020
03490710
03733000
01390350

HC 71.373-4 RS

pelo exame direto do DNA — geralmente feito no sangue, embora possa dar-se em qualquer outro tecido do corpo que o contenha, ostenta confiabilidade superior a 99,99%. A certeza científica proporcionada pela nova técnica oferece ao julgador um elemento sólido para a construção da verdade.

De outro lado, observa-se uma superlativa atenção do legislador, a partir da Carta de 1988, para com os direitos da criança e do adolescente. As inovações constitucionais no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso deram nova conformação ao direito da criança, de que é exemplo o artigo 227 da Carta Política. A legislação infraconstitucional tem acompanhado, por igual, os avanços verificados neste exato domínio. Assim, a Lei 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, entre outras.

O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física.

No julgamento do RE 99.915 (RTJ 110/1133), sob minha relatoria, ponderei que me parecia "ainda presente na justiça brasileira — como, de resto, na sociedade brasileira — uma tendência majoritária a enfrentar estes casos centrando atenções na pessoa do investigado, e sempre empregando uma ótica essencialmente penal". É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem

*Supremo Tribunal Federal*

410


HC 71.373-4 RS

genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.

Esteve sempre no domínio da prova a dificuldade maior das ações investigatórias. Não obstante a autonomia proporcionada pelo Código de Processo Civil ao juiz no campo probatório, o problema que se lhe coloca é como demonstrar relacionamento sexual — nas ações baseadas no artigo 363-II do Código Civil —, eventualmente um ato singular, e a necessária relação de causa e efeito entre esse fato e a concepção da criança. Prova documental e testemunhal são, quase sempre impossíveis. No campo pericial, o desenvolvimento científico facilita a busca da verdade, mas obstáculos como a recusa à submissão ao exame podem ocorrer. Deve o julgador saber valorar, com os demais elementos de prova, a insubordinação. A recusa mesma induz à presunção de paternidade, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigante.

Provas periciais vinham servindo até pouco tempo atrás, para produzir apenas a certeza negativa da paternidade. De outro modo, conduziam ao **non liquet** no campo da ciência, e à busca de formas menos seguras de convicção. Com o novo exame surge, pela vez primeira, a possibilidade de se substituir a verdade ficta pela verdade real. Há hoje uma técnica que proporciona certeza tanto para exclusão como para confirmação do vínculo genético.

É certo ainda, como ponderou o Ministério Público Federal, que a recusa do investigado implica descumprimento de um "dever processual de colaboração, normativamente posto no artigo 339 do CPC, **verbis**:

3 

*Suprema Tribunal Federal*

411

HC 71.373-4 RS

Art. 339: 'Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade'."

Sustenta, mais, o Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles:

"Nem se queira argumentar, em paralelo com o Direito Processual Penal que, neste, o direito de calar tem previsão constitucional (artigo 5º, LXIII), porque é repudiada a auto-incriminação cogente.

Certo, mas as perspectivas são inconciliáveis.

O processo persegue a verdade, qualquer que seja sua natureza: penal; civil; etc.

Mas, a tal desideratum, e quando o conflito põe-se entre a Sociedade e o Indivíduo para o privar ou preservar a liberdade — perspectiva típica do processo penal — ninguém pode ser obrigado a auto-incriminar-se.

Se, todavia, o conflito põe-se entre o filho investigador e o pai investigado a que se estabeleça, ou não, o Vínculo Familiar — perspectiva típica do processo civil — ninguém pode furtar-se à colaboração na definição deste vínculo."

Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde

*Supremo Tribunal Federal*

412

HC 71.373-4 RS

pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público. Não foi sem razão que o legislador atribuiu ao **parquet**, à vista da importância da determinação do vínculo de filiação, a iniciativa para que, em determinadas circunstâncias, intente a investigatória de paternidade (§§ 4º e 5º do artigo 2º da Lei 8.560/92).

A Constituição é clara ao preceituar:

"Art. 227 . É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão."

A lei 8069/90 — Estatuto da Criança e do Adolescente —, por seu turno, é categórica ao afirmar que:

"Art. 27 O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça."

O impetrante, alega que a ordem de condução

*Supremo Tribunal Federal*

413

HC 71.373-4 RS

expedida contra si afronta o artigo 332 do Código de Processo Civil. Da sua ótica, o exame é ilegítimo, já que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a prova pericial contra sua vontade. Ocorre que a lei, conquanto não autorize diretamente o exame hematológico, como qualquer outro exame, é geral. Tem o magistrado a faculdade de determinar as provas que julgar necessárias à perfeita instrução do processo, podendo a parte, por igual, propor a realização de todas aquelas em direito permitidas, tal como fez o paciente em sua contestação (fls. 37). É o que diz o artigo 130 do CPC, complementado pelo artigo 332, que inclui "todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código." E é contundente, a relação de pertinência entre a prova pretendida e o objeto da ação, onde se discute o tema da paternidade.

Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º-II da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o artigo 343-§ 2º do CPC, como uma confissão (fls.6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a verdade real. A Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.

Um último dispositivo constitucional pertinente que o investigado diz ter sido objeto de afronta é o que tutela a intimidade, no inciso X do art. 5º. A propósito,

*Supremo Tribunal Federal*

414

HC 71.373-4 RS

observou o parecer do Ministério Público: "a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato. Assim, a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro", e mais a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Como bem ponderou o **parquet** federal, no desfecho de sua manifestação, "não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno ..." (fls. 206).

Estas as circunstâncias, parece-me que o Tribunal a quo conduziu-se com acerto que não merece censura.

Indefiro o pedido.

*Supremo Tribunal Federal*

417

10/11/94

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS Nº 71.373-4 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, jamais pensei que, tendo assento no Supremo Tribunal Federal, pudesse defrontar-me com um quadro de tão extravagante - sob a minha óptica e com a devida vênia dos Senhores Ministros que me antecederam - abuso de poder, a implicar inegável constrangimento para o Paciente.

Na espécie, tem-se que, em determinado processo civil - ação de investigação de paternidade - requereu-se (as Autoras devem tê-lo feito com o objetivo de comprovar fato constitutivo do direito) o exame denominado DNA, em relação ao qual não coloco dúvidas quanto à valia, à segurança do resultado. Aquele que deveria fornecer, do próprio corpo, a substância indispensável para que fosse realizado recusou-se a tanto. E o que fez o Colegiado no exercício do crivo revisional? Tal como o Juízo, determinou a submissão do Paciente ao exame, contra a respectiva vontade. E mais: a condução "debaixo de vara", como se fosse possível colocar o Paciente em uma camisa de força e aí levá-lo ao laboratório para, imobilizado, ver recolhido, do próprio corpo - repito - o material necessário.

Senhor Presidente, para mim a violência é ímpar e discrepa, sobremaneira, não só da ordem constitucional em vigor, como também das normas instrumentais comuns aplicáveis à

01851020
03490710
03733020
01570540

*Supremo Tribunal Federal***HC 71.373-4 RS****418**

espécie. É certo que inexistente, no Código de Processo Civil, dispositivo que discipline, de forma expressa, o tema. Todavia, há outros dos quais, uma vez interpretados, emanam luz suficiente à definição das conseqüências da recusa. Refiro-me ao teor do § 2º do artigo 343 do Código de Processo Civil, quanto ao depoimento pessoal, à intimação para prestá-lo, mostrando-se o destinatário silente e deixando de comparecer em Juízo. Qual é a conseqüência prevista, expressamente, no Código de Processo Civil? A execução específica da ordem judicial? Não. O legislador encontrou outra solução: a admissibilidade - ficta, é certo - dos fatos. Distingam-se as posições - de réu e de testemunha. Dou mais um exemplo: o do artigo 359, que cuida da exibição de documento, quando a parte é intimada para tanto, mas não o faz. A repercussão jurídica não é, em si, a prisão ou a ameaça à mesma, para que apresente o documento.

No caso concreto, o Juízo competente, que é o da investigação de paternidade, saberá dar à recusa do Réu, ora Paciente, o efeito jurídico-processual mais consentâneo, isto no âmbito da prova e da distribuição respectiva, afastada a execução específica e direta da obrigação de fazer.

Senhor Presidente, quando o nobre Relator começou a relatar este habeas-corpus, a matéria pareceu-me de simplicidade franciscana, mas vejo que não é, e que os enfoques - e já temos dois votos no sentido da denegação da ordem - são diversos.

Peço vênias para subscrever o voto vencido proferido perante a Corte de origem pelo ilustre Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis e que tem o seguinte teor:

"Tenho entendido que o Poder Judiciário não pode impor exame a ninguém sob pena de desgastar-se, tendo em vista que o

*Supremo Tribunal Federal*

419

HC 71.373-4 RS

paciente pode não permiti-lo, eis que a inspeção no corpo humano é só moralmente legítima com o consentimento do interessado.

Bem entendo o caso concreto, onde não há mais outras provas, e as partes não conseguiram logrã-las. Mas se, por um lado, entendo que a inspeção corporal não pode ser feita coativamente, acho - e já o tenho decidido em outras ocasiões - que a recusa do agravante, além de inverter o ônus da prova, faz com que leve a uma presunção de paternidade porque essa negação ao exame constitui uma renúncia tácita à tese da negatória da paternidade."

Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há conseqüências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objetive o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício - na espécie, uma simples espetadela - não é tão grande assim. Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas-corpus - no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada, considerados os interesses em questão - eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial - pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República - que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a "Carta

*Supremo Tribunal Federal*

420

HC 71.373-4 RS

Cidadã" - consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas - inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas-corpus. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente - ou seja, o da investigação de paternidade - a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida, e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade.

Por tudo, peço vênias ao nobre Relator para conceder a ordem e cassar a determinação no sentido de o Paciente ser conduzido, "debaixo de vara", para colheita do sangue viabilizador do exame, ao laboratório.

1



TRIBUNAL PLENO
ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
101-3 DISTRITO FEDERAL

V O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Arguição de descumprimento de preceito fundamental proposta pelo Presidente da República visando à evitar e reparar lesão resultante de decisões judiciais que violariam o disposto no artigo 225 da Constituição do Brasil¹.

2. Inúmeras decisões judiciais teriam sido prolatadas em desacordo com [i] Portarias do Departamento de Operações de Comércio Exterior - DECEX e da Secretaria de Comércio Exterior - SECEX, [ii] Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA e [iii] decretos federais. Todos esses atos normativos vedam a importação de bens de consumo usados (pneus usados).

3. O autor postula [i] o reconhecimento de lesão a preceito fundamental --- direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do disposto nos artigos 196 e 225 da Constituição do Brasil; [ii] a declaração de inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizaram a importação de pneus usados, com efeitos ex tunc, alcançando as decisões com trânsito em julgado; [iii] a declaração de constitucionalidade e legalidade do artigo 27 da portaria DECEX n. 8, do decreto n. 875, que ratificou a Convenção da Basiléia, do artigo 4º da resolução n. 23, do artigo 1º da Resolução CONAMA n. 235, do artigo 1º da portaria SECEX n. 8, do artigo 1º da portaria SECEX n. 2, do artigo 47-A do decreto n. 3.179 e seu § 2º, do artigo 39 da portaria SECEX n. 17 e do artigo 40 da portaria SECEX n. 14, com efeito ex tunc.

¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.



4. A Ministra CÁRMEN LÚCIA, Relatora, em longo voto, deu procedência parcial ao pedido. Entendeu serem constitucionalmente válidos os atos da DECEX e da SECEX, assim como os decretos e as resoluções do CONAMA que obstam a importação de pneus usados. Votou no sentido da inconstitucionalidade das interpretações, inclusive as judiciais, que, afastando a aplicação daqueles atos, permitiram ou permitam a importação de pneus usados de qualquer espécie, ressalvadas as provenientes dos Países do MERCOSUL. Excluiu da incidência dos efeitos pretéritos dessa decisão os atos judiciais com trânsito em julgado que não tenham sido submetidos à ação rescisória.

5. Acompanho o voto no que toca à conclusão assinalada por S. Excia. importações de pneus usados afrontam preceito fundamental. Leio, no voto da Relatora, o seguinte trecho:

"Parece inegável a conclusão de que, em nome da garantia do pleno emprego - dado essencial e constitucionalmente assegurado -, não está autorizado o descumprimento dos preceitos constitucionais fundamentais relativos à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A reforma de pneus há que ser enfrentada pelo Brasil, nos termos da legislação vigente, quanto aos pneus que já estão desembaraçados no território nacional e que aqui são produzidos e descartados. Porém, quando, para o desenvolvimento das atividades de recuperação ou reforma de pneus, as empresas preferem importar pneus usados de outros Países, importam-se também problemas para o desenvolvimento sustentável, porque se deixa de recolher os milhões de pneus usados na grande frota nacional e aumenta-se o passivo ambiental, o qual, por sua própria condição, é de difícil degradação e armazenamento.

28. O argumento dos interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da



livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações”

6. Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos². Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas *premissas implícitas*.

7. A Ministra Relatora afirma que, “[a] pesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu meu).

8. Tenho porém que a ponderação entre princípios é operada *discricionariamente*, à margem da interpretação/aplicação do direito, e conduz à *incerteza jurídica*³.

² Por tudo quanto escrevi a respeito disso, meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5ª edição. Malheiros Editores, São Paulo, 2009.

³ Cf meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. cit., págs. 283/290.



9. Interpretar o direito é formular *juízos de legalidade*, ao passo que a *discricionariedade* é exercitada mediante a formulação de *juízos de oportunidade*. *Juízo de legalidade* é atuação no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto.

Ao contrário, o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos⁴.

10. Mas não é só. Ocorre também que a ponderação entre princípios se dá no momento da formulação da norma *de decisão*, não no quadro, anterior a este, de produção da[s] norma[s] jurídica[s] resultantes da interpretação⁵. Este é aspecto que a doutrina não tem considerado, mas indispensável à compreensão da prática da ponderação. A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou outro princípio é, então, opção entre *indiferentes jurídicos*, exercício de *discricionariedade*, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de *juízos de legalidade*.

11. A explicitação desses dois momentos - o das *normas jurídicas gerais* e o da *norma de decisão* - não obstante expletiva, deixa bem claro que a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos *juízos de legalidade*.

12. A ponderação consiste, segundo Riccardo Guastini⁶, em estabelecer-se uma *hierarquia axiológica móvel* entre os princípios em conflito. Isso implica em que se atribua a um deles uma

⁴ Vide meu O direito posto e o direito pressuposto. 7a edição, Malheiros Editores, 2008, págs, 191 e ss.

⁵ Cf. meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit., págs. 102-103.

⁶ Idem, págs. 284 e ss.



importância ético-política maior, um peso maior do que o atribuído ao outro. Essa hierarquia - prossegue Guastini - é móvel porque instável, mutável: vale para um caso (ou para uma classe de casos), mas pode inverter-se, como em geral se inverte, em um caso diferente.

13. O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o "valor" dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras.

14. Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver.

15. Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuide [= interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente um *juízo não de legalidade*; no instante seguinte, uma *opção subjetiva* entre *indiferentes jurídicos*.

16. Dizer *juízo não de legalidade* é dizer *juízo de valor que exclui a legalidade*. Excluindo-a, os juízos de ponderação entre princípios não decorrem da *interpretação* de textos integrados no âmbito da legalidade, a partir do que se vê inicialmente que a criação de uma hierarquia axiológica entre princípios escapa ao âmbito do jurídico, é subjetiva; após, que a opção por um deles é escolha entre *indiferentes jurídicos*, procedida uma vez mais subjetivamente, pelo juiz. *Discricionária*, pois, no sentido acima indicado.

17. Que se trata aí de *discricionariedade*, isso é



dito nas afirmações de que a colisão entre princípios transcorre fora da *dimensão da validade*, vale dizer, na *dimensão do valor* observação de ALEXY e de que o juiz, ao ponderá-los, toma os princípios *não como norma jurídica*, porém como valores, *preferências intersubjetivamente compartilhadas*, na dicção de HABERMAS.

18. Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que *princípios de direito* não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia *como norma jurídica*. Curiosamente, os princípios são *normas*, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como *valores*. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam *normas jurídicas*, não são *normas jurídicas*.

19. Juízes, especialmente os chamados *juízes constitucionais*, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre *direitos fundamentais*. Como contudo inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de "vôo cego", na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos essas escolhas são perigosas⁷.

⁷ Vide meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, cit. págs. 285 e ss.



20. O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a *incerteza jurídica* aportada ao sistema pela *ponderação entre princípios*. É bem verdade que a *certeza jurídica* é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto o que excluiria a discricionariedade judicial instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece. 21. O direito moderno, posto pelo Estado, é *racional* porque cada decisão jurídica é a aplicação de uma proposição abstrata munida de generalidade a uma situação de fato concreta, em coerência com determinadas regras legais. Eis o que define a *racionalidade do direito*: as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis. *Racionalidade jurídica* é isso: o direito moderno permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade* e *calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados.

22. Pois é precisamente essa racionalidade que perece sempre que juízes operam a ponderação entre princípios. Daí a aguda observação de Habermas : enquanto uma corte constitucional adotar a teoria da ordem de valores e nela fundamentar sua práxis decisória, o perigo de juízos irracionais aumenta, porque os argumentos funcionalistas ganham prevalência sobre os normativos. 23. Impossível não recorrer, a esta altura, a um texto de Carl Schmitt⁸, *La tirania de los valores*, no qual recolho a seguinte indagação: quem estabelece os valores? Ora, os valores *não são*, existem apenas enquanto dotados de *validez*. *Valem* para algo ou para alguém.

⁸ Idem, págs. 288 e ss.



Em outros termos, existem somente enquanto *valem* para alguém; ou, por outra, *não existem*. Anota Schmitt : "Quem diz *valor* quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validade tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar. Se algo tem valor, e quanto, se algo é valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular". E, adiante, Schmitt cita Nicolai Hartmann para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o "reverso fatal": também valem sempre *contra* alguém. Mais grave é que, além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma: o preço supremo não é demasiado para o valor supremo e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do *sem valor*. Aí se manifesta a "tirania dos valores", a respeito da qual diz Hartmann: "Cada valor, se se apoderou de uma pessoa, tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam diametralmente opostos". A apreensão do significado da expressão *tirania dos valores* dá-nos – a observação é de Carl Schmitt "a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atizar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses".

24. A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas em especial os juízes --- quando operam a ponderação entre princípios fazem-no, repito, para impor os seus valores, no exercício de pura *discricionarietà*.

25. Dir-se-á que não obstante a ponderação entre princípios aporte irracionalidade ao sistema é à custa dessa e de outras transgressões disso estou bem consciente que o sistema se mantém em equilíbrio. A flexibilização do sistema é indispensável ao seu



equilíbrio e harmonia, o que permite o desempenho de sua função de preservação, em dinamismo, do modo de produção social.

26. Por isso mesmo conviria revisitarmos o foi dito a respeito da oposição entre princípios, há mais de quarenta anos, por Nicos Poulantzas⁹: o que aparece como uma "antinomia" essencial, absoluta e irreduzível ao nível do direito constitui em geral, ao nível da infra-estrutura, uma contradição dialética no interior de uma totalidade significativa que engloba certos interesses e necessidades da praxis; o juiz deve resolver a contradição entre dois princípios jurídicos em relação a um caso concreto referindo-se à infra estrutura, apurando qual deles assume, no caso concreto, importância mais significativa em relação aos dados da infra-estrutura, infelizmente a doutrina esqueceu as lições de Poulantzas, para quem a ordem jurídica não compõe um sistema, é uma estrutura no interior de outra estrutura mais ampla; um todo *significativo* pleno de contradições, que a lógica formal não consegue explicar, mas constitui uma *totalidade de sentido*, uma coerência interna de *significação*; a infra-estrutura é o fundamento da estruturação interna do direito. O plano do *dever ser* é um espelho, um reflexo do plano do *ser*. Tudo a confirmar que, em verdade, não interpretamos apenas textos normativos e sempre na sua totalidade mas, além deles, a realidade. A "moldura da norma" (Kelsen) não é da norma, porém dos textos e da *realidade*. A interpretação da Constituição é, sempre, interpretação do texto da *Constituição formal*, todo ele, e da *constituição real*, hegelianamente considerada¹⁰.

Acompanho a Relatora, ressaltando no entanto meu entendimento no que concerne à fundamentação do seu voto.

⁹ Idem. págs 198-199.

¹⁰ Idem, especialmente pág. 281.



17º TEMA: DOGMÁTICA JURÍDICA E SIMPLIFICAÇÃO DO PROCEDIMENTO DECISÓRIO. ARGUMENTO DE AUTORIDADE OU AUTORIDADE DO ARGUMENTO?

1. TEMAS E CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Dogmática jurídica

Doutrina

Controle da incerteza no sistema jurídico

2. LEITURAS OBRIGATÓRIAS

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Técnica, Decisão, Dominação. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 47-51.

ROSS, Alf. *Tû-Tû*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin 2004.

Questões para orientação da primeira leitura

- a) (**Questão prévia**): na sua opinião, qual é a função desempenhada pelos “livros de doutrina”, como as obras sobre direito de direito civil e penal que são comumente publicados? Como eles podem ser úteis para a tomada de decisão judicial?
- b) O que caracteriza uma disciplina como *dogmática*?
- c) Qual é o pressuposto fundamental para que se possa falar em raciocínio dogmático?
- d) O autor trata do pensamento dogmático como sinônimo de pensamento formalista ou intransigente? Por quê?
- e) Como a dogmática jurídica pode, para o autor, manter a incerteza do sistema jurídico sob controle mesmo ampliando-a? (dica: leia e reflita sobre o exemplo da regulamentação de condomínio sobre o acesso de animais nos apartamentos indicado na p. 50).

**GLOSSÁRIO JURÍDICO**

Acórdão – Nome que se dá ao resultado do julgamento proferido pelos tribunais. É uma decisão coletiva, em que os juízes que a tomam *acordam* (concordam), por unanimidade ou não, com seu conteúdo básico.

Ação – É o meio pelo qual o interessado motiva ou provoca o sistema judiciário.

Ação de Descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – É um tipo de ação movida no STF destinada a evitar ou reparar lesão aos preceitos fundamentais contidos na Constituição e resultante do Poder público (União, Estados Distrito Federal e municípios).

Agravo – É o recurso que pode ser introduzido contra uma decisão que não pôs fim ao processo.

Apelação – Recurso pelo qual se solicita, após decisão judicial, aos tribunais superiores o reexame de questões anteriormente julgadas.

Apelação improvida – Pedido de novo julgamento que não foi concedido.

Apelação provida – Pedido de novo julgamento que foi concedido.

Apelante – Sujeito que requisita, que apela, ao tribunal ou ao juiz de órgão superior um novo julgamento. Aquele que interpõe Apelação.

Apelada - Sujeito ou órgão que recebe a apelação.

Deferir – Aceitar, conferir, conceder (um pedido feito em processo judicial).

Denegar – Negar, indeferir (um pedido feito em processo judicial).

Disposição – Determinação legal, regra (ex., o artigo 5º é uma das disposições constitucionais)

Efeito *ex nunc* – Neste caso, a sentença não produz efeitos retroativos, apenas efeitos desde agora, ou seja, a partir da declaração de nulidade.

Efeito *ex tunc* – Neste caso, a sentença produz efeitos retroativos, ela se volta ao momento em que a questão surgiu, a partir de então, mesmo sendo anterior a declaração de nulidade.

Ementa – Sumário, resumo. Texto que descreve de maneira abreviada qual foi a decisão que, ao final, prevaleceu em caso discutido por Tribunal.

Habeas Corpus - Literalmente significa “tome o corpo” ou “tenha o corpo”, em latim. É uma ação em que alguém (chamado de “impetrante” porque a apresenta ou impetra algo) solicita a um juiz ou tribunal que este proteja a liberdade de ir e vir de um indivíduo (chamado de “paciente”), em face de uma autoridade (chamada de “coatora”) que está (legalmente ou não, esta é uma das questões) ameaçando essa liberdade (e, portanto, também o “corpo” ou *corpus* do indivíduo a que se refere). São sinônimos, entre outros: “writ”, “ordem” e “mandamus”.



Impetrar - Pedir em juízo. Requerer a decretação de certas medidas legais.

Instância – Determinado grau da hierarquia judiciária, apto a examinar e decidir uma ação, conforme, principalmente, o momento do processo, o território em que se situa ou o tipo de questão de que trata. Os juizes individuais, perante os quais são iniciadas ações, são chamados de “1ª Instância”. Tribunais, a quem se pode recorrer contra uma decisão de “1ª Instância”, são chamados de “Segunda Instância”. O Poder Judiciário brasileiro é composto de vários graus, isto é, várias instâncias.

Jurisprudência – Conjunto de decisões ou decisão sobre a interpretação das leis que servem de modelos para os novos julgamentos.

Litígio – É uma questão judicial, uma lide, uma pendência.

Paciente – Aquele em favor de quem se impetra o *habeas corpus*. (Ver “habeas corpus”).

Prescrever (prescrição, prescritível, imprescritível) – Perder a validade, ou a vigência; ser atingido por prescrição. Prescrição, por sua vez, é a perda do prazo para o exercício do direito de ação (p.ex., caso um crime prescreva antes de condenado o réu, o criminoso não pode mais ser processado). Imprescritibilidade é um fenômeno excepcional, uma vez que, em geral, há previsão de prescrição para a maior parte dos delitos. Assim, havendo imprescritibilidade, algumas condutas configuram crimes que nunca prescrevem, ou seja, a eles pode-se atribuir punição a qualquer tempo.

Presunção – Circunstância conhecida e confirmada que pode ou não admitir prova em contrário.

Reclamação – Recurso previsto no artigo 102, I, I, da Constituição que tem por objetivo preservar a competência e a autoridade de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Recurso especial - É um pedido especial de revisão das decisões julgadas. Este recurso é endereçado somente ao Superior Tribunal de Justiça e destinado, sobretudo, ao reexame de questões localizadas abaixo da constituição. Por exemplo, quando determinada sentença fere a lei federal ou o tratado. (ver “Superior Tribunal de Justiça”).

Recurso extraordinário – É um pedido extraordinário, para caso excepcional, de revisão de decisões julgadas, quando já não cabe outro recurso. Este é apenas endereçado ao Supremo Tribunal Federal e volta-se, principalmente, a defesa da Constituição. (“Supremo Tribunal Federal”)

Relator - Juiz encarregado de expor, perante outros juizes, os fatos principais da questão a ser julgada e de manifestar seu voto antes dos demais (ver “relatório”)

Relatório – Exposição sintética daquilo que se viu, observou ou concluiu, em torno de determinado assunto.



Rito – Procedimentos formais e solenes previstos em lei.

Revogar – Tornar nulo, sem efeito; fazer que deixe de vigorar; anular, invalidar.

Supremo Tribunal Federal (STF) - O órgão Judiciário (“instância”) mais elevado do Brasil, hierarquicamente acima dos Tribunais Superiores e Juízes de qualquer outro grau, que tem por função principal a interpretação da Constituição. É composto por 11 membros, chamados de ministros, e segue, normalmente, a regra da maioria em suas decisões.

Superior Tribunal de Justiça (STJ) - Órgão do Poder Judiciário com jurisdição em todo o território nacional, composto de, no mínimo, 33 juízes chamados de ministros, com atribuição básica de conhecer os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, as causas decididas em única e última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, que tratem de questões relacionadas a leis federais.

Sursis - Medida judicial que determina a suspensão da pena, se preenchidos certos pressupostos legais e mediante determinadas condições impostas pelo juiz.

Vista - Ato pelo qual alguém recebe os autos de um processo como direito de tomar conhecimento de tudo o que nele se contém.

Writ - Termo inglês que significa mandado, ordem escrita. Quando utilizado no direito brasileiro, refere-se ao mandado de segurança e ao *habeas corpus*. (ver “habeas corpus”).

FONTES DE PESQUISA:

CRETELLA, José. *Dicionário de processo civil*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

FERNANDES, Lívia. Glossário informal de temas técnicos utilizados no HC 82.424/RS. FGV Direito Rio. Material Didático de IED I. 5ª Edição.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª ed., 1986.



FERNANDO LEAL

Doutor em Direito pela Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Alemanha. Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador adjunto do Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio.



FICHA TÉCNICA

Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ivan Simonsen Leal
PRESIDENTE

FGV DIREITO RIO

Sérgio Guerra
DIRETOR

Antônio Maristrello Porto
VICE-DIRETOR

Thiago Bottino do Amaral
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

André Pacheco Teixeira Mendes
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

Cristina Nacif Alves
COORDENADORA DE ENSINO