



**O ENTENDIMENTO DO STF EM ALGUNS CASOS DE COLISÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação**

**Aluna: Renata Lane**

**Orientador: Prof. Virgílio Afonso da Silva**

**Sociedade Brasileira de Direito Público**

**Monografia de conclusão da Escola de Formação**

**SÃO PAULO**

**2004**

## SUMÁRIO

<b>1.Introdução.....</b>	<b>3</b>
<b>1.2 Justificativa dos acórdãos escolhidos e metodologia.....</b>	<b>5</b>
<b>2. Considerações preliminares sobre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores.....</b>	<b>6</b>
<b>3. Investigação de DNA: fere ou não a intimidade?.....</b>	<b>10</b>
<b>3.1 HC 71373-4: Investigação de paternidade- exame de DNA- condução do réu “debaixo de vara”.....</b>	<b>11</b>
<b>3.2 HC 76060 DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue.....</b>	<b>14</b>
<b>3.3 Recl 2040 Glória Trévi- Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda.....</b>	<b>16</b>
<b>4. HC 82424/RS: Liberdade de expressão VS dignidade humana- caso Ellwanger.....</b>	<b>24</b>
<b>4.1 Ponderação de valores.....</b>	<b>28</b>
<b>5. Conclusão.....</b>	<b>31</b>
<b>6. Bibliografia.....</b>	<b>33</b>

## 1.Introdução

A Constituição de 1988 tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais, justamente pelo processo histórico de redemocratização sofrido pelo país em decorrência do regime militar de 1964. Por isso, a Constituição de 1988 foi denominada por Ulysses Guimarães como “Constituição Cidadã”, contemplando uma série de direitos fundamentais no rol do art. 5º, pertencentes às cláusulas pétreas. Porém, estes direitos não são ilimitados, pelo contrário, são passíveis de restrições, como é possível verificar na própria Constituição Federal<sup>1</sup>.

No entanto, no caso concreto, não há um modelo pré-existente para a solução de conflito de valores constitucionais em nível abstrato, devendo a solução de cada caso ajustar-se às contingências do problema concreto, seja harmonizando as normas em conflito, ou, ainda, fazendo proporcionalmente prevalecer um sobre o outro, de modo a eleger um dos valores constitucionais como preponderante<sup>2</sup>. É amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência a *ponderação de valores* à luz do princípio da proporcionalidade para o deslinde destas questões de colisão de direitos, como descreve Néri da Silveira:

[...] os direitos fundamentais são direitos *prima facie*, ou melhor, potenciais, não absolutos, somente assumindo contornos definitivos após aplicados a um problema concreto. Dessa forma é possível restringir o âmbito de proteção de um direito fundamental no momento da elaboração da norma de decisão do caso, **mediante ponderação (grifo nosso)**, para prevalecer em determinada

---

<sup>1</sup> Como por exemplo, o art.5º, inciso XVI, da CF- “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”. Desta disposição é possível verificar que há liberdade de reunir-se. Porém, esta sofre limites de forma (pacificamente, sem armas); se houver concorrência de titulares desta mesma liberdade há limites de tempo (anterioridade) e de espaço (local). Ou seja, há uma cláusula restritiva expressa. No entanto, estas restrições também podem ser externas (ou indiretamente constitucionais), pois são instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei, com prévia autorização do legislador constitucional, (porém, elas devem obedecer aos limites formais e materiais da Constituição), como é o caso do art.5, inciso XIII, segundo o qual “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a **lei estabelecer**”.

<sup>2</sup> Vale a pena ressaltar que a eventual prevalência de um direito sobre o outro está estritamente relacionado ao caso concreto, ou seja, somente é legítimo afirmar que um direito tem maior peso sobre o outro em face das circunstâncias do próprio caso.

circunstância concreta, um bem constitucional com maior peso do que o outro direito.<sup>3</sup>

Wilson Antônio Steinmetz elabora um estudo específico sobre a colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade, indagando, nos seguintes termos:

Por que há colisões? [...] os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano de interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando da sua realização ou concretização da vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisões *in concreto*.<sup>4</sup>

Diante desta última afirmativa de Wilson Antônio Steinmetz, é possível comprovar sua tese na própria jurisprudência do STF, através da freqüente ocorrência destes conflitos, subtraindo da Corte um posicionamento específico sobre determinada questão. Assim, por exemplo, a *liberdade de ir e vir* pode ser limitada pela necessidade de isolamento hospital em caso de doença transmissível<sup>5</sup>; a *liberdade de culto* pode ser limitada pela necessidade de respeitar a precedência de outra igreja no uso de ritos e vestes tradicionais<sup>6</sup>; entre outros casos que demonstram a limitação dos direitos fundamentais em cada caso.

É justamente a análise deste sopesamento entre direitos, no caso concreto, o objeto desta monografia. O presente estudo busca fazer uma análise

---

<sup>3</sup> STF, Recl 2.040-1- DF (Tribunal Pleno, rel. Néri da Silveira), p.193.

<sup>4</sup> STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.63.

<sup>5</sup> STF, HC 2.642, paciente Roberto Francisco Bernades, j. 9.12.1908 (em *O Direito*, R. Janeiro, 1908, vol.107, p.609). Afirmou o Tribunal: "Não constitui constrangimento ilegal contra Roberto Francisco Bernades o fato de ter este, afetado de peste bubônica, sido removido do hospital de São Sebastião, mormente quando ao respeito foram observadas as prescrições da lei higiene administrativa."

<sup>6</sup> STF, MS 1.114, Igreja Católica Apostólica Brasileira X Presidente da República, j. 17.11.1949, rel. Hahnemann Guimarães, maioria (um voto vencido). Discute-se se a Igreja originada de um cisma da Igreja Católica Apostólica Romana podia ser impedida de funcionar, para evitar a confusão e o conflito entre ambas. O STF entendeu que sim. O Ministro Edgar de Costa (voto vencedor) disse: "A liberdade de consciência e de crença, essa é, por dispositivo expresso na Constituição, inviolável e irrestrita. A liberdade do exercício de culto não é, porém, absoluta. É relativa. Subordina-se aos interesses da ordem pública, aos interesses dos bons costumes e vai até onde não interfira com a liberdade conferida ou atribuída a terceiros."

comparativa entre acórdãos e posicionamentos de ministros do STF em questões em que ocorram conflitos entre direitos fundamentais. A própria doutrina e os ministros do STF advertem que o método de ponderação de bens e interesses é válido desde que não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Embora não haja uma fórmula exata ou uma regra prática que os obrigue a aplicar a ponderação de valores, a maior parte dos ministros concorda e cita, expressamente, o referido método como a melhor maneira para a solução de conflito de direitos constitucionais. Porém, como será possível verificar ao longo da monografia, muitos dos ministros utilizam diversamente como recurso retórico, e não o aplicam sistematicamente; demonstrando uma clara contradição. A estes casos cabe aqui a crítica. A problemática de restrição de direitos, aplicada de maneira errônea, é encarada no estudo como grande afronta ao Estado Democrático de Direito, sujeito a juízos de preferência, gerando uma desmedida insegurança jurídica.

Deste modo, a hipótese do presente estudo é que os ministros já têm uma decisão previamente concebida sobre o caso, e uma preferência ou uma certa valoração sobre determinado direito fundamental, utilizando-se da ponderação de valores como utensílio retórico para fundamentar os seus votos. É esta investigação, que será comprovada ou não pela análise jurisprudencial dos acórdãos selecionados.

## **1.2 Justificativa dos acórdãos escolhidos e metodologia**

Como o trabalho busca fazer uma análise comparativa entre o posicionamento de cada ministro frente à questão de concorrência de direitos, o enfoque central é para a jurisprudência do STF. Para isto, foram selecionados alguns temas que tratam de conflitos de direitos estritamente pessoais, como a colisão do direito à intimidade e o direito à filiação nos casos de investigação de paternidade; o direito à dignidade do povo judaico em conflito com a liberdade de expressão no caso Ellwanger<sup>7</sup>.

É interessante ressaltar, que os acórdãos selecionados não são os únicos que contêm conflitos de direitos, dos quais, os ministros utilizam a ponderação de valores. No entanto, deles decorrem a restrição de algum direito individual, tratando de temas relevantes como dignidade humana, considerados pertinentes à discussão proposta.

Embora sejam conflitos que envolvem direitos diferentes, eles estão interligados sob a mesma análise<sup>8</sup>. É o conjunto destes acórdãos que vai permitir a verificação da hipótese previamente mencionada.

Para tanto, percorrerei os seguintes passos. No item 2, abordarei a questão central do estudo (ponderação de valores), conceituando-a e fornecendo uma consideração inicial sobre o assunto. Nos itens 3, 4 e 5 será realizada uma análise jurisprudencial, separada por subtemas. E por último, no item 6, farei uma análise conjunta dos acórdãos, que será a conclusão do estudo.

---

<sup>7</sup> STF, HC nº82.424/RS.

<sup>8</sup> Apesar de serem temas que apresentam conflitos de diferentes direitos, é possível a análise de todos como conjunto, pois o STF adota como meio para solucioná-los a ponderação de valores.

## 2. Considerações preliminares sobre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores

Cabe aqui uma prévia explicação sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na ponderação de valores.

Virgílio Afonso da Silva aponta que:

[...] objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos proporcionais tome dimensões desproporcionais. Para alcançar este objetivo, a ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>9</sup>

Ilustra o ministro Gilmar Mendes em seu voto no HC 82424/RS:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal, em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, [...] estabelece um 'limite do limite' ou uma 'proibição do excesso' nas restrições de direitos fundamentais. [...] A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos [...]<sup>10</sup>.

Mais tarde, o ministro analisa como deve ser a aplicação do referido princípio:

A aplicação do princípio da proporcionalidade [...] exige que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade [...]. Há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se **adequado** (isto é, apto a produzir o resultado desejado), **necessário** (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e **proporcional em sentido estrito** (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um

---

<sup>9</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *O Proporcional e o Razoável.*, Revista dos Tribunais nº789, 2002, p.2.

<sup>10</sup> HC 82.424/RS, *Crime de Racismo e Anti-Semitismo- Um Julgamento Histórico do STF*, p.71.

princípio e o grau de realização do princípio contraposto).<sup>11</sup>  
(grifo nosso)

Um dos maiores estudiosos sobre o referido princípio e sua aplicação, Robert Alexy esclarece que:

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja a fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: `o quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de revelar os fundamentos justificadores desta intervenção.<sup>12</sup>

Portanto, é clara na doutrina e enfatizada por alguns ministros, a importância da correta aplicação da ponderação de valores à luz do princípio da proporcionalidade.

No entanto, adverte Virgílio Afonso da Silva<sup>13</sup>, que o Tribunal não está disposto a aplicar o princípio da proporcionalidade de forma estruturada, nem mesmo o real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados.

Como expõe o autor:

“[...] o raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente: a Constituição consagra a regra da proporcionalidade; o ato questionado não respeita a esta exigência; logo, o ato questionado é inconstitucional.”<sup>14</sup>

Em contrapartida, há autores como Gilmar Ferreira Mendes e Suzana de Toledo Barros que se dedicam a analisar o princípio da proporcionalidade na jurisprudência do STF<sup>15</sup> e defendem que há uma correta aplicação do princípio.

---

<sup>11</sup> Op. cit, p. 70

<sup>12</sup> Citação extraída do voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 82.424, p.71.

<sup>13</sup> Id.; Ibid.;p.10.

<sup>14</sup> O silogismo realizado pelo autor está relacionado ao controle de constitucionalidade dos atos estatais. Porém, o mesmo silogismo é útil neste trabalho pois demonstra a inabilidade do STF na aplicação do princípio da proporcionalidade.

<sup>15</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Bol. IOB 24, 1992; TOLEDO, Suzana de Barros. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal*. (pp.102-128), in: *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

Cabe ressaltar, que ao ser estudado o tema de conflitos de direitos fundamentais, a própria doutrina e jurisprudência apontam a ponderação de valores à luz do princípio da proporcionalidade como o método mais adequado para resolver a questão. É por meio deste que se pode evitar a arbitrariedade do juiz, não pertinente ao Estado Democrático de Direito, que se vale do princípio do livre convencimento motivado do juiz. Por estas razões, este método é adotado neste trabalho como o adequado Além disso, ele que vai servir de parâmetro para as análises propostas.

Deste modo, caberá à própria jurisprudência analisada responder sobre o uso apropriado ou retórico do princípio da proporcionalidade, quando aplicados nestes casos de concorrência de direitos fundamentais.

### **3. Investigação de DNA: fere ou não a intimidade?**

Este é um tema com o qual o STF deparou-se com um novo advento, no campo da medicina legal, numa época em que o desenvolvimento científico e genético possibilitou o exame de determinação da paternidade pelo método do DNA, assegurando a verdade total sobre a paternidade, sem restar qualquer tipo de dúvida. Assim, como o direito é uma ciência estritamente ligada com as mudanças que ocorrem na sociedade, a questão do DNA surgiu como um novo conflito, no qual que o STF teve que se posicionar e firmar uma nova diretriz sobre a questão.

O objetivo deste item do estudo é fazer uma análise de três acórdãos<sup>16</sup> que se encontram interligados pelo direito fundamental da intimidade. São casos diferentes, e por isso, merecem sopesamento diferenciado na análise da ponderação de valores. Mas, nos três casos, esse direito fundamental é argumentado pelos réus como supostamente violado, caso realizado o exame de DNA. Isto porque, os réus alegam que a intangibilidade do corpo só pode ser infringida com o seu consentimento, o que não acontece nos três casos.

Cabe aqui, a questão: A inviolabilidade corporal é preponderante à verdade genética sobre filiação? E em relação ao material utilizado, faz diferença se for fios de cabelo, "swab" bucal (passagem de um cotonete na face interna da gengiva da criança, objetivando a coleta de células descamadas da mucosa oral), 3.5 mililitros de sangue ou uso da placenta?

Todas estas questões são suscitadas nos três acórdãos que serão analisados neste segmento, o que permitirá uma análise conjunta sobre o assunto.

---

<sup>16</sup> HC 71373-4 RS; HC 76060 e Recl 2040.

### **3.1 HC 71373-4: Investigação de paternidade- exame de DNA- condução do réu “debaixo de vara”**

O acórdão foi extremamente relevante para a jurisprudência da Corte, pois se defrontava pela primeira vez com a recusa do paciente em fazer o exame para comprovação da paternidade. Assim, o STF deparou-se com um novo conflito de direitos igualmente fundamentais: o direito à intangibilidade física do corpo (no caso, do réu, que se recusa a realizar o exame), e o direito à real identidade da criança. A discussão entre os ministros foi bem divergente. O réu alegava sofrer constrangimento ilegal em face da determinação de o paciente ser conduzido “debaixo de vara”, já que não há lei que o obrigue sujeitar-se à prova dessa natureza.

O voto do ministro Marco Aurélio foi vencedor na tese que é “irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire das próprias veias, a porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame”<sup>17</sup>.

Ou seja, protegeu-se a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, concedendo o *habeas corpus*. No entanto, o ministro Francisco Resek apontou em seu voto, que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado, como nos casos de vacinação em nome da saúde pública. O direito à identidade, salvaguarda em última análise, um interesse público. Para ele, parece-lhe risível a imposição à integridade física.

Esta dualidade de idéias foi sistematicamente dividida em argumentos contra e a favor do paciente, como pode ser observado:

#### **Argumentos a favor do exame compulsório**

- O relator, Francisco Resek, coloca em seu voto que a criança tem o direito à sua real (e não apenas presumida) identidade. O desenvolvimento científico facilita a busca da verdade real. A recusa induz à presunção de paternidade, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o

---

<sup>17</sup> STF, HC 71373, p. 420.

tema da identidade do investigando<sup>18</sup>. Além disso, busca-se um interesse moral que se revela diante da verdade real<sup>19</sup>

- Francisco Resek aponta que houve uma superlativa atenção do legislador a partir de 1988 para com os direitos da criança e do adolescente(art.227 da CF)<sup>20</sup>. A Constituição impõe dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Assim, o direito da criança em conhecer o pai biológico insere-se no direito à dignidade pessoal.<sup>21</sup>
- Direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Há já casos que a jurisprudência resolveu que a incolumidade física deve ceder a interesse preponderante (por exemplo: vacinação).<sup>22</sup>
- Em relação a resistência ao exame, Carlos Velloso salienta que também houve resistência a obrigatoriedade da vacina. Para ele, há um certo “fetichismo” que se costuma emprestar a certos meios de prova, do qual, o desenvolvimento do direitos de família e o desenvolvimento das ciências biológicas, são obrigados a impedir.<sup>23</sup>

### **Argumentos contra o exame compulsório do DNA:**

- Marco Aurélio aponta que: “condução do réu debaixo de vara” é uma ofensa à dignidade da pessoa humana, um grande abuso do poder e uma violência ímpar que discrepa da ordem constitucional.<sup>24</sup>
- Admissibilidade ficta - o que afasta a execução específica e direta da obrigação de fazer.<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> STF, HC 71373 p.409 e 410.

<sup>19</sup> Argumento extraído do voto de Ilmar Galvão, Op.cit, p.415

<sup>20</sup> Exposto por Francisco Resek, Op. Cit p.409

<sup>21</sup> Conclusão realizada pelo ministro Carlos Velloso em seu voto; Op.cit, p.422

<sup>22</sup> Segundo o voto de Francisco Resek, Op. Cit, p.411.

<sup>23</sup> Op. Cit. p. 423

<sup>24</sup> Op. Cit. p.417

<sup>25</sup> Argumento extraído do voto do ministro Marco Aurélio, p.418 e do ministro Sydney Sanches, p. 425

- A inspeção do corpo humano só é moralmente legítima quando há consentimento (princípio da privacidade).<sup>26</sup>
- Não há lei que obrigue alguém a se submeter ao exame de DNA (princípio da legalidade).<sup>27</sup>

### **Votação:**

Acompanharam o voto do Ministro Marco Aurélio, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Octavio Gallotti e Celso de Mello; sendo vencidos os Ministros Resek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

### **Observações:**

Este acórdão é, em especial, relevante pela discordância que houve entre os ministros. Como foi possível observar, a tese sobre predominância da intimidade diante do exame prevaleceu, frente à resolução que o próprio sistema impõe, no plano jurídico - instrumental, que é a presunção ficta.

Em relação ao sopesamento de direitos, todos os ministros em seus votos reconhecem que o caso em questão trata de direitos conflitantes, porém, **nenhum** dos ministros faz alusão ao método de ponderação de valores. Deste modo, é possível aferir que os ministros expõem suas fundamentações já tendo definido qual o direito ou "de que lado" ficarão na decisão. Ou seja, eles detectam que há confronto de direitos, que a melhor maneira de solucioná-los é a ponderação de valores, mas, preferem expor sua concepção prévia sobre o assunto, sem explicitar os porquês que fizeram por um dos direitos escolhido. Talvez por isso, os ministros mudam suas preferências ou opiniões em um segundo momento.

---

<sup>26</sup> Apontado no voto do ministro Néri da Silveira, p.429

<sup>27</sup> Voto do ministro Marco Aurélio, p.419

### 3.2 HC 76060 DNA: submissão compulsória ao fornecimento de sangue

A mesma questão é suscitada neste acórdão, quatro anos após a decisão anterior: o exame compulsório ao fornecimento de sangue para a pesquisa de DNA. Porém, este caso traz circunstâncias novas, pois trata-se de uma prova de reforço- submeter ao exame o pai presumido, em processo que tem por objeto a pretensão de terceiro de ver-se declarado o pai biológico da criança nascida na constância do casamento do paciente.

Diferentemente da divergência anterior, a decisão foi unânime, através voto do relator Sepúlveda Pertence, que defere a ordem e termina seu voto com a seguinte afirmativa: "De tudo, defiro a ordem para definitivamente vedar a produção da prova questionada: esse é o meu voto."<sup>28</sup>.

No entanto, cabe observar que no acórdão anterior (HC 71373), o ministro votou pelo indeferimento do *habeas corpus* decorrente da reduzidíssima invasão à integridade física em atenção à prevalência ao direito à real identidade.

Esta mudança de voto cabe uma observação, pois de certa forma, estão envolvido os mesmo direitos conflitantes. O ministro começa seu voto fazendo um reexame do precedente citado. Mais tarde conclui que não se trata da invasão à integridade física, e sim, afronta à **dignidade humana**, como expõe neste segmento"(...) a prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita do material, minimamente invasiva, à sua integridade física, mas sim a **afronta à dignidade pessoal**, que nas circunstâncias, a participação na perícia substanciaria"<sup>29</sup>.

E, que por se tratar de outras condições e ser uma prova de reforço, o ministro vota contrariamente ao HC anterior. Cabe aqui o questionamento: É válida esta mudança de posição? Não seria contraditória? E, se, de fato o ministro mudou sua posição, não exigiria uma fundamentação maior?

Outro ponto importante neste voto é que o referido ministro faz alusão ao princípio da proporcionalidade nos seguintes termos:

---

<sup>28</sup> STF, HC 76060, p.138.

<sup>29</sup> Op. Cit, p.138

O que, entretanto, não parece resistir, que mais não seja, ao confronto do princípio da proporcionalidade - de fundamental importância para o deslinde constitucional de conflitos de direitos fundamentais - é que se pretenda constranger fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular.<sup>30</sup>

No entanto, a passagem mencionada é a única a fazer referência à regra da proporcionalidade, limitando-se a citá-la. Corrobora, deste modo, a tese que, de certa forma, a não aplicação do método mais propício no exame de colisão de direitos, a ponderação de valores à luz do princípio da proporcionalidade, permite uma mudança de posicionamento.

---

<sup>30</sup> Op. cit.; p.137.

### **3.3 Recl 2040 Glória Trévi-**

#### **Direito à intimidade de preservar a identidade do pai de seu filho versus o direito à honra e imagem dos Policiais Federais acusados de estupro da extraditanda**

Este caso tomou contornos excepcionais pela divulgação na mídia de um suposto “estupro carcerário” sofrido pela autora da ação, o que propiciou sua gravidez. Os meios de comunicação de todo o país denunciaram o fato como algo gravíssimo, “demonizando” as instituições brasileiras, condenado a Polícia Federal de ter como funcionários públicos pessoas que são capazes de cometer um crime hediondo como o estupro.

No entanto, a vítima não representou o crime, não podendo o Estado promover ação penal contra eventuais agressores da extraditanda. Ainda assim, caberia ao Estado aplicar sanções disciplinares ao agressor por ter mantido relações sexuais com uma presidiária. Porém, a autora da ação se nega a realizar o exame, alegando ferir sua intimidade (o mesmo argumento utilizado pelos demais autores dos HC previamente analisados). A extraditanda utiliza os precedentes citados a seu favor, afirmando que a Corte Brasileira considera a realização do exame como uma lesão à intimidade e à intangibilidade corporal, além de ser uma grave afronta à dignidade da pessoa humana.

Assim, o caso em questão torna-se interessante não apenas pelo conflito de direitos, mas também, pelo questionamento da mídia e da sociedade (até do México) pelo esclarecimento dos fatos, já que se questiona instituições como a Polícia Federal, a Justiça e o próprio governo brasileiro.

#### **ARGUMENTOS DA EXTRADITANDA:**

- que a extraditanda goza enquanto pessoa humana e mãe o direito exclusivo de autorizar ou não a realização do exame material genético dela e de seu filho<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> STF, Recl 2040, p.133

- que a coleta à sua revelia de seu próprio material genético seria uma forte intromissão na sua intimidade e vida privada, direitos protegidos pela Constituição , art. 5º incisos X e XLIX.<sup>32</sup>

- que os precedentes jurisprudenciais (HC 76060 E HC 71373) consagram que em casos de exame de DNA, contra a vontade da pessoa, deve prevalecer o direito à intimidade.

### **ARGUMENTOS CONTRA:**

- o exame de DNA é o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez de Glória Trévi e com isso apurar as possíveis responsabilidades administrativas e penais dos funcionários públicos.<sup>33</sup>

- os policiais federais que se encontravam trabalhando no plantão e na custódia da reclamante comprometeram-se espontaneamente a fornecer material genético para o exame.<sup>34</sup>

- a mídia deu contornos nacionais ao caso questionando instituições como a Polícia Federal, a Justiça e o Governo Brasileiro para os esclarecimentos dos fatos.<sup>35</sup>

- há o interesse do outro país, México, posto que relações internacionais entre os países foram acionadas para a resolução da questão.<sup>36</sup>

- estão envolvidos 50 policias e 11 detentos e ex-detentos com o interesse de buscar a verdade real em favor da defesa da honra e dignidade. Somente com a descoberta da real paternidade os demais envolvidos (e acusados) poderão se livrar do grave encargo moral que injustamente viram recair sobre seus nomes (tidos como estupradores pelo senso comum) , com conseqüências funestas do ponto de vista pessoal, familiar, profissional e social. Além disso, que quantitativamente e qualitativamente, o direito à intimidade da extraditanda é

---

<sup>32</sup> Ob. Cit p.132

<sup>33</sup> Ob. Cit p. 136

<sup>34</sup> Op. Cit , p.162

<sup>35</sup> Ob. Cit p. 165

<sup>36</sup> Ob. Cit p. 165

numérica e substancialmente inferior dos 61 injustiçados e da criança acerca de sua paternidade.<sup>37</sup>

- há convergência entre os direitos do nascituro (a sua determinação genética) com os 61 homens.<sup>38</sup>

- não há qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, considerada como "lixo biológico".<sup>39</sup>

### **Observações:**

Como pode ser observado, pelo número de argumentos contra, os ministros deferiram a realização do exame de DNA na placenta, sendo que apenas o ministro Marco Aurélio foi voto vencido. Por isso, foram poucos os argumentos a favor da preservação da intimidade da extraditanda.

O próprio Néri da Silveira reconhece que embora o Tribunal entenda que o direito ao conhecimento da paternidade seja um direito fundamental (direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética, segundo o voto do ministro Francisco Rezek; direito fundamental à própria e real identidade genética, como expõe em seu voto o ministro Sepúlveda Pertence), o STF decidiu, anteriormente, em não prestigiar tal direito quando colidente com outros direitos reputados igualmente fundamentais.

Néri da Silveira afirma "[...] o direito fundamental a conhecer sua origem genética - com a determinação real e não presumida da paternidade [...]"<sup>40</sup>. No entanto coloca um pouco antes que: "É importante enfatizar que, se o Juízo decidir pela realização do exame no molde requerido pela Polícia Federal e aqui representado, não estará abrindo mão da Jurisprudência do Supremo, já precocemente consagradas pela consistência dos precedentes (HC 71373 e HC 76060)".<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Op. Cit. p.181

<sup>38</sup> Op.Cit, p. 178

<sup>39</sup> Op. Cit p. 179

<sup>40</sup> Op. Cit , p.184

<sup>41</sup> Op. Cit.; p.183.

Mais tarde, o relator expõe novamente o que foi decidido nos referidos precedentes para colocar que, no caso em questão, não se trata de investigação de paternidade ou a submissão do pai investigado (réu na ação) ao exame de DNA contra sua vontade. E ainda, coloca que não haverá invasão a intimidade, apontando que:

Sem qualquer espetalada ou agressão ao menor ou sua mãe, será possível retirar a placenta, lixo biológico, que por sua vez é um material genético suficiente para a realização do exame de DNA, sem a necessidade de procedimento invasivo que importe em inserção de instrumento médico - cirúrgico no corpo. Ou seja, **não acarretará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal.** <sup>42</sup>(grifo nosso).

No entanto, é preciso apontar que Néri da Silveira desconsidera os precedentes firmados contra a realização do exame de DNA, que considerou invasivo à intimidade, não pela coleta do material, mas pela afronta à dignidade pessoal que o exame consubstanciaria.<sup>4344</sup>

É preciso ressaltar a preocupação do ministro em realizar um procedimento racional e sistemático em relação à ponderação de valores . Deste modo, ele disserta sobre este método, citando uma extensa doutrina e considerações próprias sobre o assunto, ressaltando:

Sendo inviável neste caso concreto a contemporização do direito fundamental da intimidade com os bens jurídicos constitucionais em conflito, mediante a aplicação do princípio da concordância prática, que veda o sacrifício de um direito em detrimento do outro, urge que faça, como metódica de solução de conflitos, a ponderação, mediante um juízo de razoabilidade, entre os valores constitucionais conflitantes, fazendo um balanceamento, de modo a precisar, diante deste problema, qual dos princípios terá o maior peso para uma norma de decisão justa para o presente caso concreto. Para isso, teremos que imperativamente que restringir o âmbito de proteção de pelo menos um dos direitos colidentes, de maneira a concretizar de forma ótima estes bens constitucionais, que por terem natureza principal, são

---

<sup>42</sup> STF, Recl 2040, p.196.

<sup>43</sup> Voto do Min. Sepúlveda Pertence no HC 76060, previamente citado na p.13 da monografia.

<sup>44</sup> Ou seja, pelo raciocínio utilizado no acórdão anterior, não importa o material utilizado, sendo violado a intimidade pelo uso de 3,5 mililitros de sangue, fios de cabelo ou placenta.

considerados, nas palavras de Alexy, verdadeiros 'mandados de otimização'.<sup>45</sup>

[...] passemos a fazer a imperativa ponderação entre o direito fundamental de intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz em não ver divulgada a identidade do pai de seu futuro filho e o interesse do Estado em prosseguir nas investigações, tutelando os bens constitucionais da moralidade administrativa, da segurança pública e da persecução penal.<sup>46</sup>

Deste modo o ministro aponta uma série de argumentos que não será um exame invasivo, que não implicará em qualquer risco de auto - incriminação à Glória Trévi, entre os outros argumentos já expostos, concluindo que:

[...] sopesando o direitos à intimidade de Glória De Los Angeles Treviño Ruiz, que caprichosamente, recusa-se a identificar o pai do menor, com os bens jurídicos constitucionais em conflito, deverão prevalecer estes bens em detrimento daquele direito, que não é absoluto, pois numa hierarquia axiológica móvel, nas circunstâncias do caso concreto, a tutela dos interesses da comunidade em restringir o âmbito de proteção do seu direito à intimidade não importará em qualquer sacrifício à inviolabilidade corporal da genitora ou do menos.<sup>47</sup>

Embora o ministro tenha feito uma metódica aplicação da ponderação de valores, e em particular, concordo com o sopesamento exposto acima, não é possível admitir a desconsideração pelos precedentes citados pelos argumentos mencionados pelo ministro (analisados no início deste segmento); o que faz desconsiderar, todo o seu raciocínio posterior.

Em relação aos outros ministros, Ilmar Galvão reafirma sua posição vencida no HC 71.373, pois para ele não seria um constrangimento ilegal a submissão compulsória da pessoa a exames como o de DNA, de identificação datiloscópia, de verificação do teor alcoólico ou toxicológico, ou mesmo para aplicação de vacina obrigatória, sempre que estiver em jogo interesse público, contra o qual não pode prevalecer pretensão direito à intimidade. Porém, em relação ao HC 76060, o ministro não discordou do relator, e votou contra o exame de DNA, sem, ao menos, fundamentar sua mudança de posição.

---

<sup>45</sup> STF, Recl 2040, p.190.

<sup>46</sup> Op. Cit.; p.196.

<sup>47</sup>Op. cit.; p.198.

O ministro Sepúlveda Pertence afirma que a reclamante feriu a intimidade ao se dizer vítima de fato grave - sobretudo no ambiente carcerário em que teria ocorrido - sem individualizar a suspeita que espalhou, desconsiderando a afronta à dignidade humana; tão defendida no HC 76060.

O ministro Marco Aurélio é o único que vota pelo deferimento da reclamação tendo em vista que teria agredido a integridade física e moral pelo mal-estar causado pela contrariedade à sua vontade no tocante ao conhecimento da paternidade do filho. Para o ministro, uma coisa é desprezar a placenta por ser lixo biológico, e outra, é dar-lhe utilidade que vulnere, agrida o bem protegido constitucionalmente: a intimidade da própria pessoa.

O ministro Carlos Velloso afirma que o réu deveria submeter-se ao exame, tendo em vista o direito ao filho conhecer o seu verdadeiro pai biológico, como o fez no HC 71.373. Ressalta que a questão debatida não fica nos limites do referido acórdão, pois devem ser considerados os direitos fundamentais dos policiais que estão sob suspeita, e, que querem se submeter ao exame de DNA. Por fim, acaba por concluir que existem valores significativos a recomendar a realização do exame. No entanto, também é importante recordar, que o ministro não discordou do voto do relator no HC 76060, que vedava expressamente o exame quando houvesse uma recusa do paciente. A mudança de posicionamento é válida desde que o ministro a fundamente, senão haverá uma incoerência infundada.

## Considerações finais:

O objetivo neste item é realizar uma análise envolvendo os três acórdãos estudados neste segmento. É importante ressaltar que neste estudo, eles são considerados estritamente ligados uns aos outros, apesar de conterem circunstâncias diferentes. Porém, o que se objetiva, é comparar os argumentos e a mudança de posicionamento dos ministros diante da mesma questão: o exame de DNA viola ou não a intimidade?

No entanto, esta questão não encontra resposta na jurisprudência analisada, já que o único ministro que mantém sua posição diante da questão é o Marco Aurélio. No HC 71373, o ministro iniciou o voto condutor da maioria, ao discordar do Min. relator, que por menor que seja a quantidade de sangue retirada, feriria sim a intimidade. Os demais, concordaram com o voto do ministro Néri da Silveira, que afirmou que o exame na placenta não seria invasivo, restando preservado o direito à intimidade.

Pelos precedentes analisados, o exame de sangue violaria a intimidade e a dignidade da pessoa, e partes desvinculadas ao corpo humano não. Talvez essa seja a posição do STF ao novo advento da medicina(DNA). Salivas, fios de cabelo, placenta, e todos os outros materiais desvinculados ao corpo, podem ser utilizados no exame, mesmo sem autorização da pessoa.<sup>48</sup> Mesmo com a ressalva dada por Sepúlveda Pertence "(...) a prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita do material, minimamente invasiva, à sua integridade física, mas sim a **afrenta à dignidade pessoal**, que nas circunstâncias, a participação na perícia substanciaria"<sup>49</sup>(do qual, nenhum ministro, nem os que votaram a favor da realização do HC 71373, se manifestou), os ministros parecem

---

<sup>48</sup> A mesma justificativa foi dado ao caso Pedrinho, do qual a Justiça ordenou o recolhimento da saliva presentes no toco do cigarro fumados por Roberta Jamily, filha de Vilma Martins, durante o depoimento, que por fim determinou que ela não era a mesma filha de Vilma Martins. Já no caso de Trevi, a Justiça ordenou que se retirasse a placenta, alegando ser parte desvinculada do corpo humano, e que por isso, poderia ser submetida ao exame de DNA. A mesma justificativa foi dada ao cigarro da garota, do qual, não havia mais vinculação do material com o corpo da garota.

<sup>49</sup> STF,HC 76060,p.138

desconsiderar a afronta à dignidade humana, que o exame consubstanciaria, independente do material utilizado, quando julgam improcedente a reclamação da Glória Trévi (inclusive, o ministro Sepúlveda Pertence, que nem menciona no seu voto na Recl 2040, o seu voto no HC 76060, na qual introduziu o argumento da dignidade).

Ou seja, é possível aferir da jurisprudência do HC 76060, que qualquer exame de DNA, sem a permissão do paciente, fere a dignidade da pessoa. O que nos permite concluir, que o Tribunal foi incoerente com a autorização do exame no caso da Glória Trévi, pois a dignidade humana aparece com um direito fundamental superior aos demais direitos, do qual, o STF, não admite a possibilidade de violá-la.

Sistematizando: votaram a favor do exame de DNA no HC 71373 os ministros Ministros Resek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, diferentemente do HC 76060, todos estes que foram contra, mudaram seu posicionamento, seguindo o voto de Sepúlveda Pertence, sem fundamentar ou justificar a mudança ; e por último na Recl 2040, todos votaram pela realização do exame, menos o ministro Marco Aurélio. Ou seja, foi o único que manteve uma posição frente a questão da invasão da intimidade, e, estabeleceu um coerência entre os acórdãos analisados.

#### **4.HC 82.442/RS:**

##### **LIBERDADE DE EXPRESSÃO VS DIGNIDADE HUMANA- CASO ELLWANGER**

Além do presente caso ter sido extremamente emblemático, e suscitado diversas discussões, não apenas na área jurídica, mas na sociedade como um todo, a questão do conflito de direitos é abordada em todos os votos, havendo uma maior preocupação dos ministros em fundamentar a escolha de qual direito deve prevalecer no caso concreto. É esta evolução jurisprudencial em relação à fundamentação nos votos que será comparada neste item em relação aos votos anteriores. E, também, como o argumento da dignidade da pessoa surge, de novo, como um argumento preponderante sobre os demais direitos fundamentais, como já observados nos acórdãos precedentes.

Siegfried Ellwanger chegou à Corte Suprema do país por um *habeas corpus* impetrado por causa de publicações de livros anti-semitas. O autor alegava que além do fato de os judeus não serem uma raça, ele exercia sua liberdade de expressão através de um revisionismo histórico, descrito em seus livros. Neste contexto, abriram-se duas discussões centrais que envolviam o caso: se o anti-semitismo pode ser enquadrado no crime de racismo, e, se é possível limitar a liberdade de expressão pelo conteúdo do livro.

Embora as duas discussões sejam igualmente relevantes, é interessante para este trabalho focar-se, na limitação ou não da liberdade de expressão e nas questões relacionadas a dignidade humana já que os ministros, na sua quase maioria, são defrontados com a questão de restringir ou não esta liberdade, em favor da dignidade do povo judaico.

Para o ministro Gilmar Mendes, por exemplo, é necessário observar em que medida a liberdade de expressão pode ser permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, ao prejuízo da dignidade humana, ao regime democrático, aos valores inerentes a uma sociedade pluralista. Aponta que não se trata, na presente questão, de obras revisionistas da história, mas da divulgação de idéias que atentam contra a dignidade humana dos judeus. Fica evidente que se trata de textos que estimulam reiteradamente o ódio e a violência contra os judeus. Já o ministro Marco Aurélio dedica grande parte de

seu voto para demonstrar como a liberdade de expressão é essencial em um Estado Democrático, já que ela, “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”<sup>50</sup>, favorecendo a liberdade de expressão.

### **Argumentos contra o HC:**

- Sobre o conceito de raça, o ministro Maurício Corrêa afirma:

Com as descobertas desenvolvidas pelo projeto Genoma Humano (PHG)<sup>51</sup>, banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem entre si quanto dentro de suas próprias etnias. [...] Com efeito, a divisão dos seres humanos 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 [...].<sup>52</sup>

Mais tarde, o ministro coloca que:

as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivadas 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 de conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.<sup>53</sup>

- Para o ministro Celso de Mello, o caso não traz a ocorrência de uma situação de conflitos de direitos, pois quando se trata do livre objeto de expressão do pensamento tem que se buscar inibir os comportamentos abusivos diante da incoloumidade dos direitos personalíssimos como a dignidade humana. Assim, no presente contexto, conclui o ministro que é inaceitável ofensa aos valores

---

<sup>50</sup> STF, HC 82.424/RS, p.172

<sup>51</sup> Genoma- conjunto de genes de um organismo, o patrimônio genético armazenado no conjunto de seu DNA ou de seus cromossomos. Possui características sobre as principais características hereditárias.

<sup>52</sup> STF, HC 82.424/RS, p. 26.

<sup>53</sup> op. cit.;. p.39.

de igualdade e de tolerância, principalmente quando visam disseminar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais<sup>54</sup>

- O ministro Carlos Velloso coloca que:

“ A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da república e do Estado Democrático de Direito que adotamos- CF, art. 1º,III- ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada”<sup>55</sup>.

No mesmo sentido aponta Celso de Mello:

“ (...)os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.”<sup>56</sup>

- Sobre a concorrência de direitos fundamentais, assegura o ministro Nelson Jobim:

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.<sup>57</sup>

### **Argumentos a favor do HC**

- O ministro Moreira Alves fundamenta o seu voto em uma interpretação restritiva do texto constitucional, limitando-se a pretensão do constituinte, que diante do elemento histórico, visando somente, à discriminação da raça negra, não fazendo nenhuma alusão à amarela, vermelha, nem a grupos humanos com características culturais próprias.

---

<sup>54</sup> ob. Cit. P.59

<sup>55</sup> ob. Cit p.83

<sup>56</sup> Ob.cit .p83

<sup>57</sup>op. cit.; p.106.

- Acerca do conteúdo ideológico da obra, o ministro Carlos Britto, aponta que: “é uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. É obra de que professa ideologia. Ainda que pouco verossímil”<sup>58</sup>. Ou seja, para o ministro, um Estado Democrático deve assegurar a livre difusão de pensamentos e ideologias, do qual o revisionismo histórico, deve ser permitido. No mesmo sentido, disserta Marco Aurélio: “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 de diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.”<sup>59</sup>
- O argumento central do voto do ministro Carlos Ayres Britto é que o delito da prática do racismo se materializou no lapso de vigência do dispositivo legal, ou seja, após a publicação da Lei Federal de nº8.081, de 21 setembro de 1990, art. nº20 adicionado à Lei Penal nº 7.716/89, que estabelece que: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou precedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”. Deste modo, não houve crime pois não havia lei que a proibisse, já que a publicação do livro *“Holocausto. Judeu ou Alemão?- Nos bastidores da mentira do Século”*, é datada em 1989.<sup>60</sup>
- Marco Aurélio conclui em seu voto que a interpretação do inciso XLII do art.5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de criar um tipo constitucional penal aberto. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto (art.20 da Lei nº8.081/90). Sendo assim,

---

<sup>58</sup> Ob. Cit p.159

<sup>59</sup> Ob. Cit. p.179

<sup>60</sup> Ob. Cit p.139

houve prescrição do delito cometido pelo autor.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Ob. Cit p.195

#### 4.1 Ponderação de valores

O voto deste ministro demonstra o uso racional da aplicação do método em questão. Isto porque, Gilmar Mendes discorre entre todos os temas em questão, para ao final, aplicar o princípio da proporcionalidade, indagando se a decisão condenatória atende às três máximas parciais da proporcionalidade: *a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito*.

O ministro, inicialmente, relata sucintamente os votos que o antecederam, afirmando que pediu vistas dos autos para a melhor analisar a questão. Mendes então, passa a analisar a questão, definindo o conceito de raça, já que a questão trazida à análise do STF gira em torno do alcance do termo "racismo" empregado pelo constituinte no art.5º, inciso XLII, para se considerar ou não imprescritível a conduta anti-semita atribuída ao paciente. Através de uma série de considerações de doutrinadores como Noberto Bobbio e Taguieff<sup>62</sup>, Mendes demonstra que do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do anti-semitismo. Conclui que: " Assim, não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo"<sup>63</sup>.

O seguinte item de abordagem é o racismo e a liberdade de expressão e de opinião. Apesar de ressaltar a importância da liberdade de expressão em uma democracia, o ministro ressalva que há uma intensa preocupação em países democráticos com a incitação à discriminação racial, como a adoção por países europeus (Bélgica, França, Alemanha, Espanha e Suíça) de modelos de legislações que consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista.

E por último, o ministro realiza uma clássica explicação sobre o princípio da proporcionalidade e verifica que há o requisito da adequação da condenação do paciente para alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art.1º, III,

---

<sup>62</sup> Citações do livro "Elogio a Serenidade". São Paulo: Unespe, 2002. Noberto Bobbio; e "La force du préjugé: essai sur le racisme et ses doubles", Paris, la Découverte, 1992.

<sup>63</sup> no livro "Crime de Racismo e Anti- Semitismo- Um Julgamento Histórico do STF", página 67

CF); do pluralismo político(art.1º,V,CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais(art.4º, VIII), e, a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art.5º, XLII, CF). Para o Mendes, a questão também preenche o requisito da necessidade, já que não há outro meio menos gravoso e igualmente eficaz de resolver a questão. E por fim, atende ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, já que existe uma proporção entre o objeto perseguido(preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente).

Termina o seu voto com a seguinte afirmativa: "Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade"<sup>64</sup>.

Em oposição ao seu voto, o ministro Marco Aurélio também faz uma análise sistemática do princípio da proporcionalidade: primeiramente disserta sobre a adequação dos meios para concluir que não se deve proibir a publicação ou a destruição dos livros, já que: "(...)uma vez que o paciente quer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda, que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus(...)"<sup>65</sup>Em relação à necessidade, Marco Aurélio afirma que:

"na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu"<sup>66</sup>.

E por último, aponta que há livros que continuam sendo publicados com caráter discriminatório e até racista, concluindo que: "Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuado pelo tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul-por

---

<sup>64</sup> STF, HC 82424 p. 77

<sup>65</sup> Ob. Cit p.182

<sup>66</sup> ob. Cit p.183

sinal, a reformar sentença do Juízo- não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.”<sup>67</sup>

### **Considerações finais:**

Votaram pelo indeferimento do habeas corpus, ou seja, em favor da dignidade do povo judeu, os ministros: Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ellen Gracie, César Pulluso, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Nelson Jobim. Os votos vencidos foram do ministro Marco Aurélio, Moreira Alves e Carlos Britto.

Analisando os votos dos ministros, é perceptível que todos se preocupam com o confronto de liberdades igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, utilizando-se muitas vezes da ponderação de valores e do princípio da proporcionalidade para o deslinde desta dialética, mesmo que não houvesse a necessidade em alguns casos. Isto porque, como aponta Celso de Mello, que o caso ora em exame, não traduz uma situação de conflituosidade, pois a manifestação de natureza criminosa( como a incitação, de cunho racista, ao ódio público contra membros de determinada coletividade), não se revelam suscetíveis de proteção constitucional<sup>68</sup>. Ou seja, para o ministro, bastava verificar se houve ou não a prática do racismo, para denegar ou conceder a ordem do habeas corpus.

Seguindo esta linha de raciocínio, o ministro Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio não deveriam ter realizado a ponderação de valores. No caso do ministro Carlos Ayres Britto, antes de analisar o mérito da questão, na “questão de ordem”, o ministro estabelece que não houve crime porque não havia lei anterior<sup>69</sup>. Já o ministro Marco Aurélio, após ponderar os direitos em conflito, afirma que o crime cometido pelo paciente prescreveu. Ou seja, em ambos os casos, eles utilizam outros argumentos para fundamentar os seus votos, sendo assim, dispensável realizar a ponderação de valores.

---

<sup>67</sup> Ob. Cit p.185

<sup>68</sup> Ob .Cit p.199

<sup>69</sup> Argumento exposto nos “Argumentos contra o HC”

## 5. Conclusão

Mesmo alguns ministros terem utilizando a ponderação de valores sem necessidade, é possível inferir através de uma comparação com os acórdãos anteriores, que houve uma fundamentação maior dos ministros ao escolher qual liberdade deve prevalecer.

A dignidade humana é utilizada pelos ministros, nos acórdãos analisados, como superior em relação aos demais direitos fundamentais. O que nos permite concluir que, se ela é superior aos demais princípios, não é possível ponderá-la, pois somente os princípios podem ser relativizados. Esta suposta hierarquização da dignidade fica clara na passagem, já mencionada anteriormente, da qual Sepúlveda Pertence afirma que: "a prova do DNA não é certamente a ofensa da colheita do material, minimamente invasiva, à sua integridade física, mas sim a **afrenta à dignidade pessoal**, que nas circunstâncias, a participação na perícia substanciaria"<sup>70</sup> O ministro Carlos Velloso coloca que "A liberdade de expressão **não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana**, fundamento da república e do Estado Democrático de Direito que adotamos- CF, art. 1º,III(...)"<sup>71</sup>. Também no HC 71373, a dignidade pessoal aparece como direito da criança em conhecer o pai biológico, ao invés do pai presumido.<sup>72</sup> Ou seja, em todos os votos, a dignidade humana é postulada como um argumento que deve prevalecer sobre os demais.

No entanto, o próprio conceito de dignidade é indefinido, podendo-se questionar se não está inserido no próprio conceito de dignidade, a liberdade de expressão? E a intimidade? E a intangibilidade física? E, se inseridos no conceito de dignidade, como confrontá-los? Esta concepção de "supra- princípio" se aplica nos demais casos de concorrência de direitos fundamentais?

Através das análises jurisprudencial dos acórdãos que envolvem conflito de direitos, a dignidade sempre foi utilizada como argumento para encerrar o debate em questão. Em alguns acórdãos é mais evidente, como no HC 76060, quando o ministro Sepúlveda Pertence utiliza a dignidade humana para vedar a

---

<sup>70</sup> STF, HC 76060, p.138

<sup>71</sup> STF, HC 82.424/RS

prova do DNA; em outros, fica implícito, quando os ministros afirmam que a dignidade é princípio fundamental da Constituição brasileira<sup>73</sup>. Esta conclusão nos permite corroborar a hipótese da qual os ministros já têm uma concepção prévia do assunto e utilizam a ponderação de valores equivocadamente, já que a dignidade humana não pode ser sopesada. E, que o esforço de ponderação empreendido, muitas vezes é descrito na fundamentação dos acórdãos, limitando-se à narração dos fatos da causa e enunciação do direito aplicável. E que, por isso, há soluções distintas e até opostas realizadas pelos mesmos ministros.

---

<sup>72</sup>STF, HC 71373 , p.422

<sup>73</sup> Aditamento do voto do ministro Gilmar Mendes, HC 82424/RS, p. 202

## **6. Bibliografia:**

BARROS, Suzana Toledo. (1996) *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. "O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras". *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, 14 (2000).

MATTOS, Ana Letícia Queiroga de. "Apontamentos críticos à ponderação de valores adotados pelo Supremo Tribunal Federal", in *"O Supremo Tribunal Revistado"*. O ano Judiciário de 2002. Mandamentos Editora.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*, 789 (2002):23-50.

SUNFELD, Carlos Ari. *Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais*. Centro de Pesquisas Aplicadas da Sociedade Brasileira de Direito Público.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.