



Sociedade Brasileira de Direito Público  
Escola de Formação 2006

**A UTILIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA NO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006.

Mariana Midea Cuccovia Chaimovich

Orientador:  
Dimitri Dimoulis

Novembro de 2006

## SUMÁRIO

I. Introdução .....	3
I.a. O Direito Comparado .....	5
II. Metodologia .....	8
III. Acórdãos Analisados .....	10
III. a. Conselho Nacional de Justiça .....	10
Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3.367-1	
III.a.1. Resumo do Caso .....	10
III.a.2. Voto do ministro Joaquim Barbosa .....	11
III. b. Anencefalia .....	14
Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54	
III.b.1. Resumo do Caso .....	14
III.b.2. Voto do ministro Gilmar Mendes .....	14
III. c. Fruits of the poisonous tree .....	20
Habeas Corpus 73351-4	
III.c.1. Resumo do Caso .....	20
III.c.2. Voto do ministro Ilmar Galvão .....	21
III.c.3. Voto do ministro Sepúlveda Pertence .....	22
III. d. Caso Ellwanger .....	24
Habeas Corpus 82.424-2	
III.d.1. Resumo do Caso .....	24
III.d.2. Voto do ministro Maurício Corrêa .....	25
III.d.3. Voto do ministro Moreira Alves .....	27
III.d.4. Voto do ministro Gilmar Mendes .....	29
III.d.4.1. Voto do ministro Gilmar Mendes (aditamento ao voto).....	34
III.d.5. Voto do ministro Nelson Jobim .....	36
III.d.6. Voto do ministro Marco Aurélio .....	38
III.d.7. Voto do ministro Celso de Mello .....	43
III.d.8. Análise Comparativa dos Votos .....	46
IV. Considerações Finais .....	49
V. Bibliografia .....	53

## I. INTRODUÇÃO

Esta monografia tem o intuito de verificar de que maneira são utilizadas as decisões de cortes estrangeiras em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF). Objetiva-se analisar a função da comparação nestas decisões, ou seja, por que e para que existem, bem como o método utilizado.

É possível observar durante a leitura de alguns acórdãos que os ministros utilizam em suas decisões trechos de jurisprudência estrangeira. No entanto, o mesmo nem sempre ocorre de modo a integrar o voto para sustentar argumentos, para efetivamente esclarecer ou fundamentá-los. É possível encontrar decisões nas quais é difícil encontrar a relação entre o caso concreto e a jurisprudência mencionada, sendo esta muitas vezes parte dissociada que, apesar da falta de relação com o caso concreto, traz certo “peso” ao voto.

O STF cita a jurisprudência estrangeira como argumento de autoridade ou, adaptando-a ao caso concreto, tenta encontrar a melhor solução?

Finalmente, procura-se verificar se de que modo (como) e qual o motivo (o porquê) para o STF utilizar a jurisprudência estrangeira, se estas respostas podem ser encontradas nos acórdãos, ou se são meras citações, vazias de conteúdo. Quanto às decisões estrangeiras utilizadas recorrentemente em distintos casos concretos no Brasil, seriam elas utilizadas de maneira adequada, ou no mesmo sentido em todos os votos.

Qual o objetivo de alguém ao ler uma decisão de Corte estrangeira? O Direito de outros países não é válido no Brasil e, por conseguinte, citar um caso alienígena baseado, por óbvio, em legislação que não é a nossa, não teria a princípio força argumentativa alguma. É possível chegar a essa conclusão diante desta simples análise de fatos. Oras, mesmo existindo situação análoga ou idêntica, em dois países distintos, sendo a legislação destes países diferente, a solução encontrada

por uma Corte não poderá ser considerada por outra, justamente pela falta de embasamento legal.

Partindo dessa premissa, qual seria a utilidade trazida ao voto de um Ministro da mais alta Corte do país ao citar jurisprudência estrangeira? Será o direito comparado algo válido para afirmar o direito nacional? Estas questões serão analisadas nos votos dos ministros que utilizam decisões estrangeiras.

### **I.a. O Direito Comparado**

A comparação entre sistemas jurídicos, ao contrário do que pode parecer, não traz um objetivo intrínseco. Apesar de algumas justificativas apresentadas para a realização do direito comparado<sup>1</sup>, ele não é uma ciência<sup>2</sup> que se pode chamar de utilitarista. A comparação, como todas as ciências, possui o escopo último de satisfazer a necessidade de conhecimento do homem, inerente a ele.

Não se pode atribuir ao Direito Comparado, tampouco, a idéia de sofisticar o direito nacional com a análise do direito estrangeiro. Se assim fosse, não haveria sentido algum no estudo por parte de naturais de países cujos sistemas jurídicos fossem considerados "mais avançados" da legislação e da jurisprudência de outros países, pois seria um retrocesso para eles, o que não parece coerente.

Parece lógico afirmar que para comparar é preciso ter conhecimento dos modelos jurídicos objeto da comparação. Contudo, não basta tal conhecimento para efetuar a comparação. Para ilustrar esta afirmação, podemos utilizar a figura do poliglota em contraposição à do

---

<sup>1</sup> Como a melhor compreensão entre os povos e o aperfeiçoamento do direito nacional, como apontado por Rodolfo Sacco, em seu livro "Introdução ao Direito Comparado", p.26.

<sup>2</sup> A definição do Direito Comparado como ciência foi baseada na obra supra citada de Rodolfo Sacco, na qual vislumbra a diferença entre método (conjunto de procedimentos pré-escolhidos para chegar a determinado resultado) e ciência (um campo de indagação, um domínio de dados). Para o autor, a utilização do método comparatista seria limitar a comparação, limitar seus objetivos e seu objeto, pois existem diversos métodos para comparar.

lingüista<sup>3</sup>. Enquanto o primeiro conhece muitas línguas, não sabe, necessariamente, diferenciá-las tendo em vista seus atributos principais, enquanto o lingüista está apto a realizar tal atividade. O conhecimento necessário para realizar comparações não se restringe, assim, ao conhecimento fático, vai muito além. Necessário frisar que o presente trabalho não tem a pretensão de analisar o direito brasileiro em contraponto àquele dos países citados pelos Ministros, mas sim verificar se eles, que são, afinal, os realizadores da comparação, parecem saber exatamente o que estão comparando.

Sem o conhecimento dos dois lados da comparação parece difícil que o resultado desta seja proveitoso. A comparação, como qualquer ciência, tem o objetivo de ser imparcial, isenta de qualquer valoração positiva ou negativa. A utilização do direito alienígena como instituição, algo muito superior ao direito nacional, viola a finalidade própria da ciência.

Utilizando a expressão “empréstimo” para retratar a decisão de usar leis, doutrina e jurisprudência estrangeira<sup>4</sup>, baseando-se, ao menos em parte, na autoridade que estas possuem no próprio âmbito jurisdicional, faz-se necessário saber por qual motivo esta atividade é problemática. Especialmente quando tratamos de Cortes constitucionais, a *“heterogeneidade da lei constitucional e as dificuldades da validação democrática da decisão de adotar leis estrangeiras fazem do “empréstimo” uma atividade no mínimo problemática”*<sup>5</sup>. No caso do STF, será analisado que tipo de empréstimos realizam os ministros, se os argumentos utilizados por juízes de outras Cortes ou o prestígio para convalidar aquilo que, no caso concreto, não precisa de empréstimo.

O caso do nosso Supremo Tribunal Federal assemelha-se, no que tange à utilização de decisões estrangeiras, à Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Justamente pela semelhança entre os modelos de

---

<sup>3</sup> idem, p. 40.

<sup>4</sup> Ou “borrowing”, como é utilizado no texto de Carlos F. Rosenkrantz, “Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law”.

<sup>5</sup> Citação extraída do texto supra citado.

constituição argentina e norte-americana, chegou-se a afirmar que "Argentina offers an example not only of the adoption of foreign constitutional model, but of the foreign model quickly becoming an article of faith..."<sup>6</sup>. O mesmo não pode ser dito aqui quanto à adoção do modelo constitucional, mas sim quanto à utilização de jurisprudência estrangeira como um "artigo de fé".

O empréstimo, contudo, não é totalmente destituído de razão. Conceder autoridade para a decisão de uma Corte que está fora das fronteiras nacionais poderia ser justificado pela relação de descendência e histórica entre a legislação doméstica e a estrangeira (genealogia). Pelo contexto no qual o "empréstimo" ocorre, poderia ser justificado pela necessidade de coerência jurisprudencial, ou seja, evitar divergências e decisões múltiplas (estariamos tratando do *stare decisis*, que não existe no Brasil). Por outro lado, poderíamos dizer que a utilização destas decisões é válida unicamente porque o juiz estrangeiro muito provavelmente pensou a fundo sobre sua decisão, e este poderia ser o caso de países que utilizam decisões estrangeiras em suas próprias decisões. Este argumento somente poderia ser considerado se o contexto das duas situações (nacional e estrangeira) fosse o mesmo e se a jurisdição estrangeira decidiu o caso consciente de sua relevância<sup>7</sup>. Outra justificativa para esta prática seria procedimental, segundo a qual seguiríamos aquilo que foi decidido por outros somente se o procedimento de tais decisões aumentou a confiança nas mesmas.

Apesar das razões que a utilização de jurisprudência estrangeira pode ter, permanece o problema da validade. Confiar em decisões estrangeiras equivale a confiar em fonte baseada em um sistema legal feito por pessoas que não se relacionam com a realidade nacional.

---

<sup>6</sup> Jonathan M Miller, *The authority of a foreign Talisman: a study of U.S Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, 46 Am. U. L. Rev. 1485 (1997), citado por Carlos F Rozenkrantz, p.277.

<sup>7</sup> Argumentos como esse são defendidos por acadêmicos e filósofos do direito como Vicki Jackson (*Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: opening up the Conversation on "Proportionality" Rights and Federalism*, 1 U Pa J Const. L. 583, 636 (1999)) e Bernard Williams (*What has Philosophy to Learn from Tort Law?* in *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* 487, David G. Owen ed., Clarendon Press 1995). Citados por Rosenkrantz.

Adotando julgamentos de Cortes estrangeiras para solucionar casos internos, deixamos de olhar para a própria experiência nacional, mirando-nos no espelho de um país que, invariavelmente, não reflete nossa identidade.

Podem existir outras funções para o “empréstimo”. Poderia ser utilizado, nas decisões do STF, como dado, ou seja, de maneira totalmente imparcial, ou mesmo como uma amostra dos aspectos negativos de determinados países. Em alguns casos, “empréstimos” podem ser utilizados, enfatizando as diferenças entre casos, a solução de um deles. Podem, porém, ser utilizados somente para mostrar que outras cortes no mundo já decidiram casos de modo igual, o que mostra que a Corte nacional está decidindo de acordo com um consenso sobre o assunto.

O objetivo do direito comparado é, em última análise, indicar influências históricas e oferecer modelos para futuros eventuais empréstimos. Sendo assim, o intuito deste trabalho é mostrar se a utilização, pelo STF, de decisões de outras cortes nacionais é realmente enriquecedora, ou se somente confere complexidade desnecessária às decisões, tratando, assim, de mero argumento retórico destituído de valor argumentativo.

## II. METODOLOGIA

A intenção inicial da presente monografia foi encontrar acórdãos nos quais um ou mais ministros citassem, em seus votos, caso(s) julgado(s) por Corte que não a brasileira.

Foram utilizados nesta monografia julgamentos que despertaram grande comoção na mídia e na sociedade. Os acórdãos analisados são os seguintes:

- A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n.3.367-1 Distrito Federal, que julga a suposta inconstitucionalidade do Conselho nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Emenda à Constituição de número 45 de 2005.

- A Ação de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.54, que trata do caso dos fetos anencéfalos (anencefalia).

- O Habeas Corpus (HC) n.82.424-2 do Rio Grande do Sul, mais conhecido como "Caso Ellwanger", que trata da dicotomia entre a liberdade de expressão e o crime imprescritível de racismo.

- O HC n.73351-4, de São Paulo, conhecido como o caso das provas ilícitas – "fruit of the poisonous tree".

Para a análise dos acórdãos deste trabalho foram elaboradas perguntas pontuais para, ao longo da leitura, existir uma diretriz comum. Caso contrário, cada um deles poderia trazer respostas para perguntas diferentes, o que impossibilitaria encontrar uma conclusão que considerasse todos eles. O objetivo foi responder a estas perguntas para formar um modelo uniforme de análise.

Foram formuladas as seguintes questões:

1. Qual foi a decisão citada? De que Corte é?



2. Para qual finalidade o ministro usou o argumento de direito estrangeiro?

3. O ministro faz uma tentativa de interpretar o argumento de direito estrangeiro citado?

4. O ministro discorda ou concorda com os dados do dir. estrangeiro que apresenta?

5. Outro ministro o contraria, posicionando-se sobre o direito estrangeiro de forma diferente (rejeição, outras fontes etc.)?

6. Ele faz direito comparado ou só apresenta dados de outros países?

7. Qual a decisão do Ministro? Ela decorre ou é influenciada pela jurisprudência estrangeira citada?

Como somente no Caso Ellwanger mais de um ministro utiliza a mesma jurisprudência estrangeira, nele a resposta para a questão 5 é feita no final do texto, numa tentativa de mostrar como os votos interagem.

Não será analisado na presente monografia se o ministro utilizou a jurisprudência estrangeira de modo coerente com o acórdão original. Este trabalho tem o objetivo de averiguar, dentro do encadeamento do voto de cada ministro, se o argumento de direito estrangeiro traz ou não maior clareza ao voto. Trata-se, portanto, de verificar se o ministro acrescentou ao seu argumento algo que fosse útil ao caso concreto, se a decisão do ministro possui alguma ligação com a decisão estrangeira citada e não se o ministro “estudou” adequadamente o caso que cita.

Cada caso terá uma breve explanação de seu conteúdo, seguida da análise dos votos dos ministros que fizeram menção à jurisprudência estrangeira. Finalmente, será feita uma conclusão geral do(s) voto(s) analisado(s).

### **III. ACÓRDÃOS ANALISADOS**

#### **III.a. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)**

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n.3.367-1 Distrito Federal

##### **III.a.1. RESUMO DO CASO**

Trata de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, na qual a requerente é a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), voltada contra as partes dos artigos 1º e 2º da Emenda Constitucional n.45/2004 que exteriorizam normas relacionadas ao Conselho nacional de Justiça<sup>8</sup>. Os fundamentos jurídicos do pedido poderiam ser reduzidos a dois argumentos, segundo o relatório do ministro Cezar Peluso: *“(a) tanto inegável violação ao princípio da separação e da independência dos poderes (art.2º da Constituição Federal), de que são corolários o auto-governo dos Tribunais e a sua autonomia administrativa, financeira e orçamentária (artigos 96, 99 e parágrafos, e 168 da Constituição Federal), (b) como ainda a ofensa ao pacto federativo (artigos 18, 25 e 125), na medida em que submeteu os órgãos do Poder Judiciário dos Estados a uma supervisão administrativa, orçamentária, financeira e disciplinar por órgão da União Federal”* (fls.05). Haveria, ademais, o pedido de decretação da inconstitucionalidade do art.103-B, parágrafo 4º, III, pois sua redação final não teria sido submetida *“à discussão e votação nas duas casas do Congresso Nacional, mas apenas do Senado Federal, daí resultando a ofensa ao parágrafo 2º, do art.60, da CF”* (fls.06). Liminarmente, a autora pede a suspensão imediata dos dispositivos impugnados na ação até o julgamento definitivo da causa, principalmente do art.103-B.

---

<sup>8</sup> São eles os artigos 103-B; 52, II; 92 1-A, §1º; 93, VIII; 102, r; 125, §8º.

### III.a.2. VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

O ministro Joaquim Barbosa inicia seu voto dizendo que irá considerar os três principais argumentos apresentados. Primeiramente, debruça-se sobre o argumento da autora de que “a criação do Conselho Nacional de Justiça violaria a separação de poderes”<sup>9</sup>. Diz não estar impressionado como argumento, uma vez que “não existe um conceito apriorístico de separação de poderes”<sup>10</sup>, conceito este que teria se adaptado ao longo da história e, apesar das “idéias poderosas desses homens iluminados” (referindo-se a Locke e Montesquieu), estas não devem ser seguidas em sua forma original. Para sustentar que estas idéias devem ser superadas, o ministro cita uma passagem da obra de Locke “O segundo Tratado sobre o Governo”, escrita em 1690, e conclui que a separação de poderes não é estanque, dando alguns exemplos.

Para sustentar seu argumento de que a separação de poderes é, na verdade, uma “dispersão/difusão de poderes”<sup>11</sup>, utiliza as palavras do ex-juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Robert Jackson, “em caso de grande importância”<sup>12</sup>. Segue o seguinte trecho selecionado da decisão do caso *Youngstown Sheet & Tube Co. versus Sawyer* (343 U.S 579), julgado em 1952:

*“While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separatedness but interdependence, autonomy but reciprocity”*<sup>13</sup>.

Necessário destacar que o juiz norte-americano fala, logicamente, de sua constituição. A Constituição norte-americana tem uma composição

---

<sup>9</sup> Primeira página do voto do Ministro Joaquim Barbosa.

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> Quarta página do voto do ministro Joaquim Barbosa.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> O próprio ministro faz uma tradução livre do trecho, que diz “Ao mesmo tempo em que a Constituição dilui o poder para melhor assegurar a liberdade, ela também não negligencia (o fato de) que a prática fará dos poderes dispersos uma máquina governamental funcional. Aos poderes ela impõe separação com interdependência, autonomia com reciprocidade”.

distinta da brasileira e, mesmo se similares fossem, do mesmo modo não somos regidos por ela. Deste modo, nos perguntamos qual a utilidade de inserir, em seu voto, um trecho de uma decisão que considera um texto legal que não possui nenhuma relação com o nosso.

Justificar a integração de poderes com um trecho de decisão que contempla outra Constituição não parece de grande valia, uma vez que a questão em pauta deve ser decidida frente à outra constituição. O ministro concorda claramente, contudo, com o voto do ministro norte-americano citado, mantendo uma linha de raciocínio aparentemente lógica, uma vez que utilizou este trecho justamente para embasar a sua visão sobre a inexistência, na Constituição pátria, de uma “visão que pugna por uma separação radical dos poderes, sem nenhum mecanismo de interpenetração”<sup>14</sup>.

Passando para o segundo aspecto, o Ministro afirma que a requerente argumenta que a criação do CNJ violaria o pacto federativo, ao que responde que no Brasil, o Poder Judiciário tem caráter nacional e, diante disso, não é possível chegar a essa conclusão, pois a atuação do CNJ ocorreria dentro dos parâmetros da própria Constituição.

Finalmente, a requerente teria lembrado a rejeição, por decisões do próprio STF, da criação de Conselhos de Justiça em âmbito estadual. Este argumento seria falho pois, segundo o ministro, “precedentes não são eternos” e porque “tais precedentes surgiram numa época em que não havia um modelo federal de Conselho”. Quanto ao argumento do ministro de que “precedentes não são eternos”, necessário frisar que em sua petição inicial<sup>15</sup>, a AMB cita três precedentes: as ADI’s 197-Sergipe; 135-Paraíba e 137-Pará, datadas de 1990, 1996 e 1997, respectivamente. Oras, o ministro utilizou precedente de corte estrangeira datado de 1952, ou seja, mais de cinqüenta anos antes do julgamento do caso em pauta.

---

<sup>14</sup> Quarta página do voto do ministro Joaquim Barbosa.

<sup>15</sup> Informação retirada do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal, especificamente em <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/FrameDown.asp?classe=ADI&Processo=3367>, folha 06. Último acesso em 24/10/2006, 19:00.

Será que o precedente utilizado pelo ministro não se revestiu, por seu próprio argumento, da característica de “eternidade”?

Com isso, julga improcedente o pedido.

A decisão do ministro não parece decorrer diretamente do trecho da decisão norte-americana mostrado em seu voto. Ao utilizar as palavras do Juiz Jackson para demonstrar que a separação de poderes é na verdade uma dispersão/difusão de poderes, o ministro está apenas reafirmando suas próprias palavras, lembrando que estamos longe daquela visão que determina uma separação radical, sem qualquer interpenetração entre os poderes.

### **III.b. ANENCEFALIA**

Ação de Descumprimento de Preceito fundamental 54<sup>16</sup>

#### **III.b.1. RESUMO DO CASO**

A presente ADPF foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Nela é argüida a violação dos preceitos estabelecidos nos artigos 1º, IV; 5º, II; 6º, caput e 196 da Constituição Federal. Objetiva-se que com a interpretação conforme a Constituição dos artigos 125, 126 e 128, I e II do Código Penal pátrio, seja declarada inconstitucional, com eficácia erga omnes, a interpretação que declara tais artigos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto, em casos de gravidez de feto anencefálico.

Este acórdão trata amplamente da dicotomia entre o direito da mulher à dignidade e à escolha em contraponto com o direito à vida do feto, apesar da inexistência de qualquer possibilidade de sobrevivência, intra ou extra-uterina do feto, por inviável.

#### **III.b.2. VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES**

O voto do ministro encontra-se dividido em itens, sendo eles “introdução”, “considerações preliminares”, “parâmetro de controle”, “direito pré-constitucional”, “cláusula da subsidiariedade” e “ainda algumas considerações”<sup>17</sup>. Grande parte das citações a jurisprudência estrangeira é utilizada na parte denominada “direito pré-constitucional”, enquanto o restante é mencionado no trecho “cláusula da subsidiariedade”.

---

<sup>16</sup> Foram publicados os votos dos seguintes ministros: Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Barbosa Moreira (questão de ordem) e Carlos Ayres Britto.

<sup>17</sup> Respectivamente localizadas nas páginas 1, 3, 4, 9, 26 e 37 do voto do ministro.

Iniciando a análise pelo trecho “direito pré-constitucional”, o ministro parte da menção das “cláusulas de recepção” das Constituições Brasileiras de 1891, 1934 e 1937 que, assim como as cláusulas das Constituições de Bonn e Weimar (cidades alemãs) continham disposições acerca do direito pré-constitucional<sup>18</sup>. Segundo o ministro, o STF já admitiu a possibilidade de analisar, no controle abstrato de normas, a derrogação do direito pré-constitucional devido á sua colisão com a Constituição superveniente. O Tribunal, admitindo o embate entre a nova Constituição e o direito pré-constitucional, reconhecia a incompatibilidade entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição.

Atualmente, segundo o ministro, essa posição teria sido abandonada em favor do entendimento segundo o qual o controle abstrato de normas tem o objetivo de aferir a constitucionalidade de normas pós-constitucionais. Com isso, qualquer colisão entre o direito pré-constitucional e a Constituição nova deveria ser solucionada de acordo com os “princípios de direito intertemporal”<sup>19</sup>.

Deste modo, caberia ao STF e à jurisdição ordinária examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, pois trata simplesmente da aplicação do princípio que lei posterior revoga a anterior, e não de exame de constitucionalidade.

Segundo o ministro esse assunto é tratado de modo distinto nos diferentes sistemas jurídicos. O parágrafo que introduz a lista de julgados trazida pelo ministro diz:

*“Esse problema (a vigência do direito pré-constitucional quando da vigência de uma nova constituição), que já fora contemplado por Kelsen no famoso Referat sobre a natureza e o desenvolvimento de jurisdição constitucional, é tratado de forma*

---

<sup>18</sup> “a)assegurava-se, de um lado, a vigência plena do direito pré-constitucional; b)estabelecia-se, de outro, que o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem perdia a vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição” (p.10).

<sup>19</sup> Página 11 do voto.

*diferenciada em cada sistema jurídico (Kelsen - "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", VVDStRL 5/64, 1929)".*

Exemplificativamente, passa a expor o entendimento de diversas Cortes europeias. O primeiro exemplo citado é o que chama de "praxis austríaca", explicando como ocorre o controle abstrato de normas neste país e mencionando, a seguir, uma série de decisões que se presume serem da Corte Constitucional Austríaca: BverfGE 2/124 (130); 2/138, 218; 3/48; 4/339; 6/64; 7/335; 10/58, 127, 131, 159; 11/129; 12/353; 14/65; 15/183; 16/231; 17/162; 18/252. O ministro, após menção à jurisprudência austríaca, continua com a explicação sobre o sistema neste país.

Segue à experiência austríaca a prática Alemã. Do mesmo modo é explanado o "*modus operandi*" da Corte Constitucional alemã quanto à solução do conflito entre as leis pré e pós-constitucionais e a Constituição. Segue à explicação um rol de casos que, a princípio, seria de tal Corte, porém coincidem exatamente com os casos anteriormente citados. Acredito que o "descuido" do ministro enfatiza a hipótese de que ele não fez qualquer análise da aplicação dos casos citados no caso em pauta, uma vez que nem se deu ao trabalho de notar que citava um rol de mais de uma dúzia de casos de uma corte não especificada.

A Corte italiana é a próxima mencionada e, nos mesmos moldes, o ministro explica como esta corte, "já em sua primeira decisão"<sup>20</sup> reconheceu a competência para examinar a constitucionalidade do direito pré-constitucional. O caso mencionado é o acórdão n.1, de 5/06/1956.

Após enumerar a jurisprudência destes países, o ministro faz menção à Constituição portuguesa e ao Tribunal Constitucional Espanhol sem, contudo, mencionar qualquer jurisprudência, somente legislação<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Página 12 do voto.

<sup>21</sup> O artigo 282, parágrafo 4º da Constituição portuguesa e a Lei Orgânica do Tribunal Espanhol, art.33, respectivamente.



Em conclusão a essa apresentação de jurisprudência estrangeira, o ministro diz que todos os “modernos tribunais”<sup>22</sup>, com exceção do austríaco, buscam “assegurar sua competência para aferir a constitucionalidade das leis pré-constitucionais em face da Constituição vigente” e, após fazer este comentário, ainda faz algumas considerações sobre a dinâmica da Corte espanhola e italiana.

Segue, cinco páginas após o início deste item, uma menção à Constituição brasileira de 1988, que “não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional”<sup>23</sup>. Com isso, o ministro faz mais algumas citações que, entre relatórios e votos de ministros do STF<sup>24</sup>, bem como citações a Ipsen e Castro Nunes, somam sete páginas.

Após as citações efetuadas pelo ministro, ele conclui que, considerando o fato da norma impugnada ser pré-constitucional (o Código Penal, editado em 1940), ela passou a ser incompatível com a Constituição Federal somente com o advento desta, em 1988. Considerando a anterioridade da norma em relação à Constituição, ficaria evidente a admissibilidade da ação.

Pergunto-me: qual a utilidade das várias citações acima mencionadas para chegar a essa conclusão? Não bastaria a utilização de embasamento em nossa Constituição? Certo está que o ministro introduziu a lista de jurisprudência estrangeira com um parágrafo que mostrava que o fazia apenas exemplificativamente, porém acredito que tal rol faz-se desnecessário frente à conclusão alcançada pelo ministro.

Já no item “cláusula da subsidiariedade”, o ministro versa sobre a subsidiariedade da ADPF frente ao que a própria lei n.9.882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal) em seu artigo 4º, parágrafo 1º:

---

<sup>22</sup> Página 14.

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Relatório do Min. Paulo Brossard, e voto do Min. Sepúlveda Pertence na ADI 2.

*Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de argüição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.*

*§ 1º Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.*

O ministro argumenta que não se pode fazer uma interpretação muito literal deste artigo, pois o mesmo acabaria com o significado prático da ADPF. O princípio da subsidiariedade (a inexistência de outro meio eficaz que o art.4º § 1º menciona) deveria ser entendido no contexto global da Constituição. Após essas considerações, o ministro passa à doutrina e jurisprudência alemã.

Após uma breve análise da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, o ministro cita alguns casos do Tribunal Constitucional Alemão<sup>25</sup> para dizer que tal corte, no que tange ao controle de constitucionalidade de normas, é enfática: *"apresenta-se, regularmente, como de interesse geral a verificação sobre se uma norma legal relevante para uma decisão judicial é inconstitucional"*.

Para reafirmar a necessidade de atenuação do princípio da subsidiariedade, o ministro cita o exemplo espanhol. Apesar de a legislação ser expressa quanto ao cabimento do recurso de amparo contra atos judiciais desde que já esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via recursal<sup>26</sup>, a jurisprudência espanhola tem entendido que *"Al haberse manifestado em este caso la voluntad del órgano jurisdiccional sobre el mismo fondo de la cuestión planteada, há de entenderse que la finalidad del requisito exigido en el art. 44, 1, "a", de la LOTC se há cumplido, pues el recurso hubiera sido en cualquier caso ineficaz para reparar la supuesta vulneración del derecho constitucional conocido"*. Estaria, assim, demonstrado que, "também no direito espanhol", ou seja, assim como no direito brasileiro, esse princípio é atenuado.

---

<sup>25</sup> BverfGE 62/338 (342); 62/230 (232), 62/117 (144); 91/93 (106) (p.28)

<sup>26</sup> Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art.44, I.

No último item de seu voto, “Ainda algumas considerações”, o ministro propõe àqueles “que ainda não se convenceram do cabimento da ADPF” a seguinte indagação: como agiria o STF caso se deparasse com um HC em um caso como este em pauta?

Lembrando do HC 84.025, no qual o bebê anencéfalo nasceu e faleceu antes do julgamento, o ministro concluiu que um habeas corpus definitivamente não é a via mais adequada posto que, devido à demora para atingir a última instância, a gravidez, devido ao avanço de seu estágio, já não poderia ser interrompida. O ministro vai além, indagando se, caso a criança não tivesse nascido, o Tribunal poderia escusar-se de julgar. Responde que não, posto ser o HC admissível, neste caso, como instrumento de proteção à liberdade individual.

O ministro finaliza seu voto argumentando que, se no caso é admissível uma ação individual como o HC, com mais segurança seria admissível a ADPF. Com isso, vota pelo cabimento da ADPF.

Em nenhum momento integram a decisão do ministro os argumentos de direito estrangeiro previamente utilizados. A decisão final não é de maneira alguma influenciada pelos julgamentos listados pelo ministro em seu voto. Permanece, assim, a dúvida a respeito da necessidade de citar todos aqueles julgamentos sem que estejam ligados ao caso concreto em pauta.

### III.c. FRUITS OF THE POISONOUS TREE

Habeas Corpus n. 73.351-4 de São Paulo

#### III.c.1. RESUMO DO CASO

O acórdão trata do julgamento de um Habeas Corpus no qual foi obtida informação de modo ilícito, por meio de escuta telefônica. Esta prova, uma vez seguida pela polícia, resultou na apreensão de um carregamento de cocaína.

O art.5º, XII da CF reza:

*XII - "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal"*

Já a Lei de Telecomunicações (Lei 4117/1962) garante a inviolabilidade da telecomunicação<sup>27</sup>, regulamenta, em seu art.56<sup>28</sup>, o que é crime de violação de telecomunicação e, em seu art.57<sup>29</sup>, inciso I, diz não constituir crime de violação de telecomunicação "a recepção de

---

<sup>27</sup> Art. 55. É inviolável a telecomunicação nos termos desta lei.

<sup>28</sup> Art. 56. Pratica crime de violação de telecomunicação quem, transgredindo lei ou regulamento, exhiba autógrafo ou qualquer documento do arquivo, divulgue ou comunique, informe ou capte, transmita a outrem ou utilize o conteúdo, resumo, significado, interpretação, indicação ou efeito de qualquer comunicação dirigida a terceiro.

§ 1º Pratica, também, crime de violação de telecomunicações quem ilegalmente receber, divulgar ou utilizar, telecomunicação interceptada.

§ 2º Somente os serviços fiscais das estações e postos oficiais poderão interceptar telecomunicação.

<sup>29</sup> Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

I - A recepção de telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado;

II - O conhecimento dado:

- a) ao destinatário da telecomunicação ou a seu representante legal;
- b) aos intervenientes necessários ao curso da telecomunicação;
- c) ao comandante ou chefe, sob cujas ordens imediatas estiver servindo;
- d) aos fiscais do Governo junto aos concessionários ou permissionários;
- e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Parágrafo único. Não estão compreendidas nas proibições contidas nesta lei as radiocomunicações destinadas a ser livremente recebidas, as de amadores, as relativas a navios e aeronaves em perigo, ou as transmitidas nos casos de calamidade pública.

telecomunicação dirigida por quem diretamente ou como cooperação esteja legalmente autorizado”.

Devido ao fato da lei não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988, por se a ela anterior, argumenta-se que o art.5º pende de regulamentação, sendo, pois, ilícita a utilização de prova do tipo escuta telefônica, ainda que obtida mediante autorização judicial. Somando-se a isso a proibição da utilização de prova ilícita no processo penal<sup>30</sup>, não seria possível a utilização da prova obtida por meio ilícito.

Os ministros passam, então, a questionar se esta única prova ilícita encontrada no processo contamina todas as que a ela se seguiram ou não, contrariando ou concordando com a corrente adepta da tese *fruit of the poisonous tree* (frutos da árvore proibida). Segundo esta corrente, todas as provas obtidas a partir de uma prova contaminada passam a ser, assim como a primeira, inutilizáveis no processo, por ilícitas. Contrariando esta corrente, o uso de uma prova ilícita não impede a condenação desde que as outras provas sejam suficientes para fazê-lo, ainda que decorrentes da primeira.

O habeas corpus é deferido por maioria dos votos, vencidos os ministros Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

### **III.c.2. VOTO DO MINISTRO ILMAR GALVÃO**

O ministro Ilmar Galvão inicia seu voto com a transcrição do auto de prisão em flagrante, que descreve como foi obtida a interceptação telefônica e como foi interceptado o carregamento da cocaína e, logo, transcreve o acórdão que julgou o caso. Cita, a seguir, julgamento do próprio STF no HC 69.912, cujo relator foi o ministro Sepúlveda Pertence, que apreciou questão análoga. Interessante notar que o acórdão citado

---

<sup>30</sup> Reza o art.5º,LVI,CF: são inadmissíveis, no processo,as provas obtidas por meios ilícitos.

pelo ministro faz menção ao direito comparado, em seu item n.17, assim como à jurisprudência estrangeira.

O ministro, após três itens de citação à doutrina nacional, diz que

*"O direito comparado prestigia essa recusa da doutrina à pretendida receptação, no ponto, do C. Bras. de Telecomunicações: na América do Norte, como na Europa, as leis que regem a autorização judicial à escuta telefônica para fins de investigação criminal, fiéis à natureza de exceção à garantia constitucional que a permissão há de ter, são todas minuciosas, começando pela enumeração taxativa dos delitos cuja repressão possibilitará, em tese, a interceptação e determinam disciplina procedimental rígida do pedido, da autorização e da execução de diligência, de modo a restringi-la ao estritamente necessário".*

Na verdade, o ministro Ilmar Galvão não faz, em seu voto, qualquer menção, em suas palavras, de jurisprudência estrangeira, ela somente é citada pelo ministro uma vez que este optou pela transcrição de boa parte do HC acima mencionado.

### **III.c.3. VOTO DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE**

Para reiterar seu entendimento sobre o absurdo de impossibilitar a juntada da gravação da escuta telefônica e aceitar, simultaneamente, que ela seja a fonte de toda a prova colhida, é utilizado o argumento de direito estrangeiro. Segundo o ministro, o mesmo implicaria na inutilização da garantia do sigilo às comunicações.

A decisão citada foi *Nordone versus United*, de 1939, da Suprema Corte Americana. O ministro cita um trecho em inglês da decisão, não explicitando de qual Juiz é.

O ministro somente diz, ao iniciar o parágrafo, que “Continuo convencido da correção da assertiva da Suprema Corte americana (grifo nosso), em *Nordone v. United*, de 1939, de que “*to forbid the direct use of methods(...) but to put no curb on their full indirect use only invite the very method deemed inconsistent with ethical standarts ans destructive of personal liberty*”. Após esse trecho, não há nenhuma tradução para o português.

É interessante notar que o Ministro Sepúlveda Pertence, em ambos os *Habeas Corpus*, utiliza jurisprudências diferentes para justificar seu apoio à doutrina do *fruit of the poisonous tree*, utilizando, porém, jurisprudências da mesma corte.

O trecho do voto do ministro, apesar de ser coerente com o restante, não tem com os outros parágrafos nenhuma conexão. Este trecho é utilizado para reiterar o entendimento que já havia deixado claro no início de seu voto, assim como no restante dele. Finalmente, o ministro defere o HC, baseando seu voto fortemente no argumento das provas ilícitas.

### **III.d. CASO ELLWANGER**

Habeas Corpus n. 82.424-2 Rio Grande do Sul

#### **III.d.1. RESUMO DO CASO**

O acórdão em pauta trata do julgamento de um Habeas Corpus que trouxe grande repercussão na sociedade, devido á delicadeza inerente às atitudes consideradas racistas, neste caso específico, anti-semitas.

O paciente, Sigfried Ellwanger Castan, foi acusado da prática do crime de racismo em face do povo judeu, devido à autoria da obra "Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século", que retrata o holocausto como algo inventado pelos judeus, e não como um fato que realmente ocorreu.

Apesar de o autor qualificar-se como revisionista histórico e pesquisador, os impetrantes buscaram demonstrar que a obra possui conteúdo claramente anti-semita.

O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal teve foco, basicamente, em dois pontos. O primeiro buscou analisar se o povo judeu poderia ou não ser considerado raça, sendo o termo "raça" considerado, por alguns ministros, como termo social e histórico e, por outros, como um conceito meramente biológico, segundo o qual a espécie humana não comportaria subdivisões. Caso os judeus não fossem considerados uma raça, portanto, não haveria de configurar-se o crime de racismo. Por fim, foi analisada a questão do conflito entre o direito à liberdade de expressão do paciente e a dignidade da pessoa humana, por parte do povo judeu<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> Trecho baseado no Estudo Dirigido sobre Liberdade de Expressão preparado por Gabriela Engler (Escola de Formação, 2004).



### **III.d.2. VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (incidências ao voto vista)**

Ao iniciar seu voto, o Ministro começa uma discussão sobre o conceito de raça, e sobre se a conduta do paciente qualifica-se como racismo ou não, e mesmo se os judeus podem ser considerados uma raça. Começa, então, a citar alguns autores que tratam do assunto, uma vez que sob o aspecto científico, não existiriam subdivisões na espécie humana. Conclui que as práticas do paciente constituem racismo, pois este conceito não se limita à biologia, possuindo caráter social. Passa então a citar tratados e convenções internacionais que repudiam o racismo, subscritos pelo Brasil, bem como leis contra o racismo de alguns países europeus (Espanha e França).

Nessa linha, o ministro passa a descrever “questões semelhantes”, segundo ele próprio, analisadas “no âmbito dos tribunais”(p.579, ou 25 do voto).

Cita, primeiramente, a Corte de Apelação da Califórnia (EUA), que havia julgado o caso *United States v. Lemrick Nelson* em agosto de 1999. Segundo o ministro, a Corte decidiu que, apesar dos judeus não serem considerados uma raça, tal fato não os retira da proteção contra o racismo dada pela 13ª Emenda à Constituição Americana. O ministro cita, a seguir, outro caso, sem especificar suas partes, de 1987, no qual por unanimidade, seguindo o voto do Justice White, decidiu-se que árabes e judeus encontravam-se tutelados pela legislação americana contra a discriminação racial.

A seguir, é citado o “emblemático julgamento” proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra, em 1983, *Mandla and another v. Dowell Lee and another*. Neste caso, havia uma discussão sobre o caráter discriminatório da proibição do uso de um turbante por um jovem *sikh* em uma escola britânica. Decidiu-se que os *sikhs* eram um grupo racial devido a suas origens étnicas, apesar da alegação da defesa de que eram essencialmente um grupo religioso.

O ministro conclui o seguinte:

*"Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana".(p580/26)*

Estes julgamentos são utilizados no voto para reafirmar que, naqueles que discutiam o conceito de raça, o mesmo não se limitou à biologia, mas trouxe o componente sociológico para a discussão. Em ambos os casos, tratavam de grupos essencialmente religiosos que, apesar de não constituírem uma etnia aparte, foram protegidos pela legislação anti-racismo dos respectivos países. Logo após comentar os casos estrangeiros, o ministro volta à legislação brasileira para concluir que, analisando os autos à luz de nossa legislação, é possível concluir que os atos do paciente constituem racismo e que, portanto, são imprescritíveis.

É possível perceber que o ministro utiliza as decisões para reiterar seu argumento de que os judeus, apesar de não constituírem uma raça aparte, devem ser protegidos pela legislação anti-racismo. Refere-se aos julgamentos de modo a destacar sua relevância, com expressões como "emblemático" ou enfatizar a certeza com a qual decide a Corte citada, em frases como "...pois a Suprema Corte (dos EUA) com firmeza declara que...".

O ministro indefere o HC, dizendo que as teorias anti-semitas presentes nos livros do paciente trazem grande risco ao povo judeu. Esta decisão decorre da visão do ministro de que este povo pode ser considerado uma raça, mas não das decisões estrangeiras que afirmam esse fato.

### **III.d.3 VOTO DO MINISTRO MOREIRA ALVES (confirmação de voto)**

O primeiro caso citado pelo ministro é uma decisão prolatada pela Corte Suprema dos estados Unidos no qual uma sinagoga de Maryland havia sido "grafitada" com slogans anti-semitas. A defesa dos acusados alegou que, não constituindo o povo judeu essencialmente uma raça, não deveriam ser tutelados pela lei. A Corte reformou o entendimento da primeira e segunda instância pois entendeu que, apesar dos judeus, naquele caso, serem essencialmente da raça caucasiana (branca), a lei visava proteger a discriminação, da qual claramente haviam sido vítimas.

O caso seguinte, decisão de 1992, tratava de um menor (R.A.V) que atirara uma cruz em chamas contra uma família negra, sendo acusado de discriminação contra um membro de uma raça. Foi absolvido pois, neste caso, prevaleceu a liberdade de expressão.

O último caso citado trata de um padre católico que atacou violentamente um grupo judaico que repeliu o ataque. O sacerdote foi preso por desordem social e logo absolvido pela proteção legal á liberdade de expressão.

O ministro, após citar as decisões, aponta que, apesar da necessidade do exercício da ponderação quando existe um conflito entre a liberdade de expressão e o racismo, no caso em pauta (no HC) tal ponderação não se faz necessária. Para o ministro, a discussão não se trava na violação ou não da liberdade de pensamento, mas somente se trata de crime imprescritível - no caso racismo- ou não.

Não se pode falar, neste caso específico, de discordância ou concordância com a jurisprudência utilizada. Elas são usadas de uma maneira que induz o leitor para determinado lado quando, depois, o ministro mostra porque a questão não deve ser vista sob este foco. As decisões são utilizadas como um contraponto, trazidas para mostrar do que o caso não trata. Destaca-se que a discussão não é a violação da

liberdade de expressão, mas a imprescritibilidade do crime cometido. *"Sucede, porém, Sr. Presidente, que, no presente habeas corpus, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim e apenas, a questão da imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve racismo"*. (p.610/17).

Antes de apresentar a jurisprudência estrangeira, há no voto o seguinte parágrafo:

*"Proseguindo, Sr. Presidente, quero fazer algumas considerações sobre os preceitos colhidos no direito comparado, tendo eu reservas quanto á interpretação do direito nacional com base no direito estrangeiro, porquanto as tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo"*.

Deste modo, é possível notar que o ministro mostra algum receio em adotar uma jurisprudência que não se relaciona com o sistema jurídico pátrio.

O ministro utiliza a jurisprudência como contraponto de sua opinião. Para ele, não se trata de discussão sobre a liberdade de expressão versus a dignidade humana (racismo contra o povo judeu), mas sim, sobre se ocorreu ou não o crime de racismo. Como já apontado anteriormente em seu voto, o ministro acredita que os judeus não constituem uma raça e, portanto, crime de racismo não houve. Deste modo, já teria operado a prescrição de pretensão punitiva do Estado, não persistindo a possibilidade de punir o paciente Ellwanger.

O ministro defere o HC, utilizando de modo sensível a jurisprudência estrangeira, exemplificando como não deve ser observado o caso em pauta.

### **III.d.4. VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES (voto vista)**

Devido à quantidade de decisões citadas, e atentando ao fato de que o foram em partes distintas do voto, serão divididas em três grupos:

**I**-*Shaare Tefila Congregation versus Cobb*, US 615, decisão proferida pela Corte Suprema Americana em 1987 e *Mandla e outro versus Dowell Lee e outro*, da Câmara dos Lords, Inglaterra

**II**-*Lehideux e Isorni v. França*, da Corte Européia de Direitos Humanos

**III**-Caso *Lebach*, da Corte Constitucional Alemã.

**I.** O Ministro Gilmar Mendes inicia seu voto rememorando aqueles que o antecederam<sup>32</sup>. Coloca então, como questão principal do caso em pauta, o alcance do termo “racismo”, empregado no artigo 5º, XLII da Constituição Federal, para que se decida pela imprescritibilidade ou não da conduta anti-semita atribuída ao paciente do Habeas Corpus.

Após a apresentação de textos de alguns autores sobre a existência ou não de raças como subdivisão da espécie humana<sup>33</sup>, o Ministro parece concordar que, frente a tal inexistência, o racismo é um conceito essencialmente social, sendo o anti-semitismo, conseqüentemente, inegável sob o aspecto histórico.

Os dois primeiros casos citados (*Shaare Tefila Congregation v. Cobb e Mandla e outro v. Dowell lee e outro*) fazem parte de uma mesma argumentação. O ministro divide seu voto em tópicos, e estas citações estão incluídas no item “O conceito de racismo”. É apresentada uma compilação de trechos de livros de autores conhecidos (nota de rodapé n.33) que ocupa um quinto de seu voto. Estas citações demonstrariam

---

<sup>32</sup> O ministro diz que irá mencionar as decisões proferidas pela Corte dos EUA e pela Câmara dos Lordes, já referidas, segundo ele, nos votos dos ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello. Interessante notar que o ministro Celso de Mello não cita nenhuma das decisões apresentadas por Gilmar Mendes.

<sup>33</sup> Kevin Boyle, Norberto Bobbio e André-Pierre Taguieff.

que, sob o aspecto histórico, seria inegável o caráter racista do anti-semitismo, segundo o ministro.

Após as citações, o ministro diz que "a propósito, vale mencionar" as duas decisões acima citadas. Na decisão *Shaare Tefila Congregation v. Cobb*<sup>34</sup>, caso julgado pela Suprema Corte Americana em 1987, a Corte de Apelações apontou que a acusação de discriminação racial, dentro do contexto do dispositivo legal mencionado, não pode basear-se na mera alegação de que o réu possuía um animus racial. Seria igualmente necessário supor que o animus do réu estava direcionado ao tipo de grupo que o Congresso objetivava proteger quando da feitura deste dispositivo legal. Acreditar em algo distinto seria equivalente a estender, sem razão, o alcance do dispositivo. A Suprema Corte Americana concordou com este entendimento. Discordou, porém, no entendimento da Corte de Apelação de que os judeus, por não serem membros de uma raça diferente, separada dos brancos, não poderiam ingressar com um pedido de discriminação racial dentro dos termos da legislação de 1982. Observou, ainda, que a definição de raça em 1982 não é a mesma daquela de 1987, e que a intenção era proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas sujeitas a discriminação internacional somente devido às suas características étnicas ou ancestrais. Após citar um julgamento da própria Suprema Corte<sup>35</sup>, conclui que judeus e árabes estão incluídos no grupo de pessoas consideradas de raça distinta e, portanto, protegidas pelo estatuto. Sendo assim, judeus não estariam proibidos de ingressar com uma ação contra outros membros daquilo que, atualmente, é considerada a "raça" caucasiana. Sob estes argumentos, o julgamento proferido pela Corte de Apelação é reformado.

Em seguida, o ministro cita o caso *Mandla e outro v. Dowell Lee e outro*, no qual a Câmara dos Lordes entendeu que, á luz do Racial

---

<sup>34</sup> 481 U. S. 615. Neste caso, após serem pintados os muros da Sinagoga da Congregação Shaare Tefila com símbolos anti-semitas, alguns dos membros da Congregação Ingressaram na Federal District Court, alegando que os réus teriam violado, entre outros dispositivos, 42 U.S.C. 1982, que garante a todos os cidadãos dos estados Unidos da América "the same right . . . as is enjoyed by white citizens . . . to inherit, purchase, lease, sell, hold, and convey real and personal property."

<sup>35</sup> *Saint Francis College v. Al-Khazraji*

Relations Act de 1976, existia discriminação contra os *sikhs*, apesar da discussão se constituíam ou não um grupo étnico.

À citação destas duas decisões seguem trechos de um livro de uma professora norte-americana (Trina Jones, Professora Associada de Direito da Universidade de Duke). Conclui o ministro que "*todos esses elementos levam-me á convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial "raça" ".(p.648/12).*

Neste caso, o ministro não faz qualquer tentativa de interpretar o argumento de direito estrangeiro citado. A jurisprudência é citada para reiterar seu entendimento de que o racismo não pode ser conceituado juridicamente a partir da referência de raça, mas sim enquanto fenômeno social e histórico complexo. O ministro concorda plenamente com o julgamento utilizado.

**II.** Já o caso *Lehideux e Isorni v. França* encontra-se citado no item "O racismo e a liberdade de expressão e opinião". Neste item, o ministro diz que deve haver proporcionalidade entre a liberdade de expressão e condutas discriminatórias como o racismo. Para fundamentar sua visão, traz á tona o caso, no qual a Corte Européia de Direitos Humanos aplicou o princípio da proporcionalidade para confrontar o artigo 10 (Liberdade de Expressão) e o art.17 (proibição de abuso de direito ) da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Narra o ministro que no caso Jacques Isorni (advogado do Marechal Pétain) e Marie-François Lehideux foram condenados penalmente, pelo Judiciário Francês, por "apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração", após a publicação de um encarte publicitário no periódico *Le monde* apresentando como saudáveis alguns atos de Philippe Pétain<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Marechal Henri Philippe Benoni Omer Joseph Pétain (24 de abril de 1856, Cauchy-à-la-Tour - 23 de julho de 1951, Île d'Yeu), mais conhecido como Marechal Pétain, foi um

O ministro utiliza este caso para falar da necessidade da utilização da proporcionalidade quando tratamos de manifestações discriminatórias, como o racismo, em contraponto à liberdade de expressão. O argumento de direito estrangeiro, neste caso, é utilizado para mostrar a utilização da proporcionalidade em um caso concreto, porém o ministro nem ao mesmo conclui seu pensamento, apenas cita o caso.

Não está muito claro no voto se o ministro concorda ou não com os dados do direito estrangeiro apresentados. O ministro certamente concorda com a utilização da proporcionalidade quando há um conflito de direitos, porém não fica claro se ele concorda com a decisão da Corte de fazer prevalecer a liberdade de expressão sobre a proibição de abuso de direito, no caso de advogados que fizeram praticamente uma “propaganda” dos atos praticados por aquele que foi um grande ditador francês que estimulou a ação do exército e do SS (serviço de segurança) alemão.

**III.** O Caso Lebach, da Corte Constitucional Alemã encontra-se no item “O princípio da proporcionalidade”, que se inicia logo após a citação do caso acima descrito. O ministro cita o caso para demonstrar como, no caso concreto, é possível examinar como uma decisão condenatória atende à máxima do princípio da proporcionalidade, ao enquadrar como racismo (e, portanto, imprescritível) a conduta do paciente.

O ministro diz que Richter e Schuppert analisam a questão da proporcionalidade neste caso, no qual se discutiu a legitimidade de repetição de notícias sobre um fato delituoso ocorrido já há muito tempo e que, por este motivo, ameaçava o processo de ressocialização dos envolvidos no crime. É citado o julgamento da Corte, segundo o qual “a repetição de informações, não mais coberta pelo interesse de atualidade, sobre delitos graves ocorridos no passado, pode revelar-se inadmissível se

---

militar francês e líder do governo fantoche instalado na França pelos nazistas durante a Ocupação. Em 14 de agosto de 1945, Philippe Pétain, chefe do regime de Vichy, é condenado à morte por um tribunal de guerra francês, por colaboração com a Alemanha nazista. Posteriormente a pena foi comutada em prisão perpétua.



ela coloca em risco o processo de ressocialização do autor do delito” (BverfGE 35, 202 (237)).

Não há uma conclusão sobre o caso. Após sua apresentação, o ministro passa para um exemplo do próprio STF, que utilizou a proporcionalidade no provimento de liminares e cautelares quando do Plano Collor, seguindo um trecho do voto de Sepúlveda Pertence em ADI contra a MP 173 e do acórdão do Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul, que analisou o caso Ellwanger.

O trecho de autoria do próprio ministro segue somente nove páginas depois da citação estrangeira. O ministro diz que é necessário indagar se a decisão condenatória no caso em pauta atende às máximas da proporcionalidade. Para ele, faz-se evidente a adequação da condenação do paciente para alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância.

Não parece, porém, que a conclusão do ministro decorra, de qualquer modo, da decisão citada. Apesar da utilização da proporcionalidade em ambas as decisões, o interesse, no caso alemão, de um indivíduo determinado e individualizado a retornar ao convívio social não parece ter relação alguma com o interesse de uma comunidade a ter sua dignidade protegida. E, reiterando, o indivíduo no caso alemão cometeu crime, que estava sendo noticiado anos depois, o que não o anula de maneira alguma. O interesse do povo judeu, que vem sendo perseguido por alguns séculos, a meu ver não pode ser comparado ao interesse de um indivíduo isolado. Há clara discrepância entre os dois casos concretos.

Não há uma tentativa de interpretar o caso mostrado, que é utilizado como argumento que endossa a utilização da proporcionalidade, o que não implica na concordância do ministro com a decisão do caso. Não há qualquer conclusão por parte do ministro.

O ministro indefere o HC. De certo modo, poderíamos dizer que se decisão decorre do fato de entender que o racismo não pode ser delineado apenas pelo conceito de raça. Isso, porém, não é resultado apenas da decisão por ele citada, mas de todo um item de seu voto no qual traz argumentos para embasar este entendimento, ou seja, de que racismo não se esgota em raça<sup>37</sup>. Quanto à relação dos julgamentos citados nos item II e III, poderíamos dizer que a decisão do ministro é influenciada pela jurisprudência estrangeira citada na medida em que utiliza a proporcionalidade, nada mais.

#### **III.d.4.1. (aditamento ao voto)**

O ministro inicia o trecho de seu voto que apresenta as decisões estrangeiras indagando se o livro escrito pelo paciente poderia ser instrumento de crime, cujo verbo central é “incitar”.

A essa indagação responde que, teoricamente, a resposta é afirmativa, uma vez que “Cortes européias” (o ministro não especifica quais) têm decidido pela criminalização do “Holocaust Denial” (ou negação do holocausto). Segue o ministro que, ainda que a resposta à indagação fosse afirmativa, a tipificação do racismo deve ser feita de acordo com critérios de proporcionalidade.

Isso posto, passam a ser apresentadas as decisões estrangeiras:

*“Que a liberdade de expressão há de ter limites lembra-nos constantemente a própria jurisprudência americana, fortemente refratária à idéia de **restrição** a este direito”.*<sup>38</sup>

O ministro cita o caso *Schenck v. United States* para lembrar da argumentação de um juiz da Suprema Corte Norte Americana de que não existiria razão alguma em tutelar a expressão de um indivíduo insensato

---

<sup>37</sup> Relaciona-se esta afirmação como item I.

<sup>38</sup> Sobre essa afirmação e como ela é contraditória com o que dizem os outros ministros, vide a análise comparativa dos votos deste acórdão.

que grita “Fogo” dentro de um teatro lotado. Assim, pondera o ministro que a colisão entre direitos fundamentais deve ser resolvida no caso concreto, utilizando o princípio da proporcionalidade.

Com essa afirmação, o ministro apresenta caso julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos, *Lehideux e Isorni v. França*, no qual foi aplicado o princípio da proporcionalidade, diante do confronto entre a liberdade de expressão e a proibição de abuso de direito, garantidos pela Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades fundamentais. Após breve explanação do caso, é citado “*outro caso interessante*” julgado pela mesma Corte. No caso *Jersild v. Dinamarca*, a Corte considerou que uma reportagem de conteúdo ofensivo à minoria imigrante na Dinamarca não tinha o intuito de propagar idéias racistas. São ponderados os mesmos dois princípios, liberdade de expressão e a proibição de abuso de direito.

Segue a estes julgamentos o de Roger Garaudy, decisão proferida em 24 de junho de 2003, na qual a mesma Corte decidiu pela prevalência da proibição do abuso de direito sobre a liberdade de expressão, condenando o filósofo devido à sua contestação de crimes contra a humanidade, efetuada com obra revisionista na França.

Segundo o ministro, outras Cortes também teriam enfrentado colisões de direito como a presente (caso Ellwanger). Cita decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, obtidas de textos a respeito da jurisprudência espanhola.

A STC 176/1995 foi apontada pelo autor Göran Rollnert Liern. Nela há uma interpretação ampla da “*liberdade de pensamento ou ideológica, liberdade de expressão ou opinião*”, como consta da própria sentença, que relativiza a discussão sobre fatos históricos. Também cita a sentença 214/1991 que, assim como a anteriormente citada, decide que, pelo fato da obra conter manifestações de intolerância contra os judeus, não deve prevalecer a liberdade de expressão.

Já a sentença 214/1999 é citada pelo autor Pablo Salvador Coderch. As sentenças 214 de 1991 e 1999 parecem ter o mesmo teor (talvez seja somente uma coincidência, talvez um erro).

Após apresentar as decisões, diz:

*"Portanto, estou convencido de que uma compreensão dos direitos fundamentais que não se assente apenas em uma concepção liberal certamente não pode dar guarida, no âmbito do direito à liberdade de expressão, a manifestações anti-semitas tão intensas como as que ressaem dos autos. Estou certo, outrossim, de que o indeferimento do hábeas corpus na espécie é fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas, que se não compatibiliza com a prática de intolerância militante e com ataques á dignidade de grupos ou etnias".*

Com isso, o ministro indefere o habeas corpus, baseando sua decisão na necessidade de tolerância e respeito, e de que a liberdade de expressão não pode dar margem a manifestações anti-semitas.

### **III.d.5. VOTO DO MINISTRO NELSON JOBIM**

O ministro, após citar uma série de Tratados internacionais e legislação estrangeira, passa a citar casos de cortes de outros países.

Primeiramente, cita o caso *United States v. Lemrick Nelson*, da Corte de Apelação da Califórnia e em seguida o caso da sinagoga pichada, decidido em 1987 pela Suprema Corte Americana. Finalmente, "Mandla and another v. Dowell Lee and another". Faz uma breve explanação dos três casos e depois diz:

*"Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma*

*conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana. O professor Celso Lafer, em seu parecer, conclui que a correta interpretação e aplicação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição não está na definição de "raça" - pois só existe uma raça humana - mas nas práticas discriminatórias do racismo que são histórico-político-culturais".*

Após este parágrafo, passa a analisar o caso á luz da legislação brasileira. Pergunta-se: qual seria o objetivo de observar o caso em face de outra legislação? Qual seria a utilidade prática disso?

O curioso é notar que mesmo as jurisprudências citadas, pelo que apresenta o próprio ministro, são incompatíveis entre si. No caso *United States v. Lemrick Nelson*, a Corte decidiu que o povo judeu **não era uma raça**, porém o mesmo não retiraria sua proteção, pois a 13ª emenda proibiria qualquer forma de discriminação. No caso da sinagoga pichada, com base em legislação do país, tanto judeus como árabes seriam **considerados raças distintas**, em resposta à defesa alegada pelos réus de que, por não constituírem uma raça, os judeus não estariam protegidos por tal lei. Já em "*Mandla and another v. Dowell Lee and another*", os sikhs seriam **um grupo racial devido às suas origens étnicas**. Ou seja, o ministro embasou sua argumentação da complexidade do conceito de raça utilizando jurisprudência incompatível entre si.

Apesar deste conflito mostrar que não apenas no Brasil o conceito de raça é nebuloso, o ministro parece utilizar todos estes julgamentos para chegar a um mesmo ponto, a idéia de que o conceito de raça deve assegurar o respeito à igualdade e dignidade da pessoa humana. O ministro indefere o HC, argumentando que o crime do paciente é imprescritível. Tal decorre do fato do ministro achar que os judeus constituem uma raça, o que não necessariamente se coaduna com a jurisprudência apresentada.

### **III.d.6. VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO (voto vista)**

Devido à quantidade de decisões citadas, e atentando ao fato de que o foram em partes distintas do voto, serão divididas em dois grupos:

#### **I. Suprema Corte Americana:**

- Miller v. California - pornografia
- Falwell v. Hustler magazine
- New York Times v. Sullivan

#### **II. Corte Constitucional Alemã:**

- caso Lüth (BverfGE 7, 198), Julgado em 15 de janeiro de 1958
- caso Livro sobre a guerra (BverfGE 90, 1-22), Julgado em 11 de janeiro de 1994
- caso Soldados assassinos (BverfGE 93, 266-312), Julgado em 10 de outubro de 1995
- caso do romance pornográfico (BverfGE 83, 130), Julgado em 27 de novembro de 1990

#### **Suprema Corte Americana:**

- Terminiello versus Chicago (337 U.S 1), Julgado em 16 de maio de 1949
- R. A. V. versus City of St. Paul (505 U.S 377), Julgado em 22 de junho de 1992
- Texas versus Johnson (491 U.S 397), Julgado em 21 de junho de 1989

#### **Corte Constitucional Espanhola:**

- Caso publicação cômica contra o povo judeu

I. O ministro introduz a idéia dizendo que

*"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 majoritário".*

A partir daí passa a citar as decisões da Suprema Corte Americana que, segundo ele, por diversas vezes optou pela primazia da liberdade de expressão nas colisões de direitos fundamentais.

O caso *Miller v. California* seria um exemplo de conflito entre a liberdade de expressão e os valores culturais vigentes (pornografia) e o *Falwell v. Hustler Magazine* de desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas.

Já no caso *New York Times v. Sullivan* o juiz William Brennan teria destacado que "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". Não é apresentado, contudo, o contexto do caso.

O ministro utiliza estes julgados para mostrar a relevância da liberdade de expressão em detrimento de outros direitos fundamentais. Segundo ele, "*Os piores acontecimentos havidos - entre eles, a perseguição aos judeus - sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações*" e segue "*A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens*"(p.876/20). Parece irônico, uma vez que a comunicação por parte do paciente traz, pela visão da maioria dos ministros, justamente uma visão racista em relação aos judeus, o que não seria favorável no âmbito da liberdade de expressão...

Não é feita qualquer tentativa de interpretar o argumento de direito estrangeiro citado, utilizando-os para mostrar como a liberdade de expressão é cara para a Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

**II.** O ministro divide seu voto em itens. Os primeiros casos citados (I) fazem parte do item 1. Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito. A este item segue o 2. A colisão entre os direitos fundamentais - o princípio da proporcionalidade. O item 3 denomina-se "o modo pelo qual a jurisprudência comparada vem lidando com questões relativas ao princípio da liberdade de expressão".

O item 3.1. DIREITO ALEMÃO inclui os casos Lüth; Livro sobre a guerra; Soldados assassinos e romance pornográfico. Em cada um deles há uma explicação sobre o caso.

No caso Lüth, segue à explicação do caso um trecho da decisão da Corte alemã. Segundo o ministro, houve neste caso a ponderação entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, prevalecendo a primeira.

Já em livros sobre a guerra, haveria uma ponderação entre a liberdade de expressão e a proteção à juventude, pois os livros (que atribuíam aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial) estavam protegidos pela liberdade acadêmica e de expressão.

No caso dos Soldados Assassinos, manifestações de pessoas com faixas que continham estes dizeres não poderiam ser consideradas ofensas contra a honra, uma vez que não individualizavam os soldados, possuindo os manifestantes direito a tornar públicas suas opiniões.

Segundo o caso do romance pornográfico, o tribunal decidiu que a divulgação deste tipo de obra estaria igualmente protegida pela liberdade de arte e ciência, ainda que expusesse menores.



O item 3.2 DIREITO NORTE-AMERICANO inclui os casos *Terminiello versus Chicago*, *R. A. V. versus City of St. Paul* e *Texas versus Johnson*.

No caso *Terminiello versus Chicago* a Suprema Corte americana absolveu um padre condenado em primeira instância por fazer discursos agressivos aos negros e judeus, alegando que o objetivo da liberdade de expressão é promover a disputa, que seria melhor obtida quando as pessoas são levadas à raiva.

*R. A. V. versus City of St. Paul*. Neste caso, alguns adolescentes teriam queimado cruzeiros no jardim de residência de família negra. Seria inconstitucional uma lei da cidade de Saint Paul que tipificava como contravenção a exposição pública ou privada de símbolos característicos da KU KLUX KLAN, pois restringiria em demasia a liberdade de expressão.

*Texas versus Johnson*, no qual a Corte absolveu indivíduo que ateou fogo na bandeira americana, por tratar de manifestação de pensamento protegida pela primeira emenda à Constituição.

O item 3.3. DIREITO ESPANHOL cita a publicação cômica contra o povo judeu. Neste caso, o Tribunal manteve a sentença proferida pela Corte de Barcelona, segundo a qual a publicação ofendia a honra do povo judeu, por ser uma sátira. Tratou-se de colisão novamente entre a liberdade de expressão, que neste caso desrespeitou o direito alheio, e a honra.

Após a citação deste caso específico, o ministro diz:

*"A distinção realizada pela Corte Espanhola revela-se de suma importância. Se a hipótese deste habeas fosse uma manifestação jocosa cuja intenção objetivasse apenas agredir o povo judeu, a glosa poderia ocorrer, sem no entanto se proclamar o cometimento do crime racismo. Mas, já que o livro do paciente*

*procurou realizar a revisão histórica dos fatos, deve-se proteger a liberdade de manifestação do pensamento”.*

Não há qualquer menção aos outros sete casos citados no item. A conclusão, como se pode observar, aplica-se somente a este último caso. O item que segue intitula-se “Histórico do racismo nas Constituições brasileiras”, não tendo, assim, qualquer relação com o item anterior. Pode-se observar, assim que o ministro utiliza um rol de casos para mostrar a ponderação feita por cortes distintas entre a liberdade de expressão e outros direitos, nem todos ligados à dignidade da pessoa humana, como é o caso do HC em pauta. Este item encontra-se totalmente dissociado do restante do voto.

Antes de chegar à conclusão do voto, o ministro faz o seguinte comentário:

*“Excetuando-se os sistemas socialistas e os totalitaristas - os que previam a imprescritibilidade para crimes contra a própria personalidade do Estado ou para crimes de motivação política -, no Direito Comparado, pouquíssimas infrações foram tidas como imprescritíveis, e essa noção sempre vem associada à maior lesividade do delito”.*

O ministro defere o HC, porém por motivo distinto daqueles apresentados nas decisões citadas. Seu argumento final não decorre de qualquer das decisões citadas no grupo I ou II, não preza a liberdade de expressão, mas a ocorrência de discriminação no caso em pauta, não de racismo. Teria ocorrido, portanto, a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

### III.d.7. VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO (confirmação de voto)

Devido ao distanciamento das decisões citadas no corpo do voto, serão divididas em dois grupos:

**I.** Schenck v. United States

**II.** Virginia v Black et al.

**I.** O ministro expressa, antes de mencionar o caso, que o direito à livre expressão não possui caráter absoluto, e seus abusos podem acarretar em reação estatal, expondo aqueles que a praticaram a sanções jurídicas no âmbito civil e/ou penal. Lembra que, se assim não fosse, a injúria, calúnia e difamação não existiriam em nosso ordenamento (vale destacar que se encontram no capítulo V do Código Penal intitulado “Dos Crimes contra a Honra”).

Com isso, cita a “*advertência*” do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida “*em voto memorável*” (p.929/5), quando se pronunciou em relação à relatividade da liberdade de expressão, protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos EUA. O ministro traz o seguinte trecho:

*“A mais rígida proteção da liberdade de palavra **não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico**”, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que “a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (“**clear and present danger**”) de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau”<sup>39</sup>.*

---

<sup>39</sup> Os grifos em negrito fazem parte do próprio voto do ministro, os sublinhados são grifos da autora da monografia.

Com isso, o ministro conclui que o abuso da liberdade de expressão não deve ser tolerado, deve ser, ao contrário, “*reprimido e neutralizado*”. A jurisprudência é trazida, para destacar o caráter relativo da liberdade de expressão. Não há descrição do caso estrangeiro citado, apenas é extraído da decisão o trecho que diz que a liberdade de expressão não é absoluta. Ele utiliza a decisão para reforçar seu entendimento

**II.** O ministro cita *Virginia v Black et al.* para demonstrar, novamente, que não existem direitos de caráter absoluto. Neste caso, a Corte Suprema decidiu que não era incompatível com a Primeira Emenda (protege a liberdade de expressão) uma lei penal que punia o ato de queimar uma cruz (“cross burning”) com o intuito de intimidar, uma vez que este ato representaria, dentro do contexto daquela sociedade, uma manifestação de ódio, com o objetivo de ameaçar aqueles a quem a mensagem é destinada.

Neste julgamento, a Suprema Corte, apesar de sua jurisprudência quase integralmente fazer prevalecer a liberdade de expressão em detrimento de outros direitos, proclamou que esta não é absoluta, sendo, portanto, lícito ao Estado punir determinadas manifestações de pensamento que exteriorizem comportamentos criminosos.

Disso, o ministro conclui que, no presente caso, inexistente conflito entre direitos básicos, uma vez que manifestações de natureza criminosa (como a praticada pelo paciente, em sua opinião) não contam com a proteção constitucional.

O ministro busca uma decisão na qual dois direitos são ponderados para concluir que, no caso em pauta, inexistente esta ponderação, uma vez que a Constituição não se coaduna com o ato delituoso que “*esteja a vulnerar, como no caso, valores erigidos à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito* (CF, art.1º, III) *ou incluídos dentre os objetivos essenciais da República* (CF, art. 3º, IV)”. (p.935/11). O ministro, neste caso, discorda com os dados do direito

estrangeiro que apresenta no sentido de que, para ele, inexistente conflito de direito no caso concreto. Ou seja, ele utiliza uma jurisprudência que não se enquadra exatamente no que quer dizer. Ele parece dialogar com o julgado apresentado.

O ministro encerra seu voto fazendo ponderações sobre o caráter racista da conduta do paciente, sem qualquer alusão à liberdade de expressão. Deste modo, sua decisão não decorre ou é influenciada pela jurisprudência estrangeira citada, seja do primeiro ou do segundo grupo.

### **III.d.8. ANÁLISE COMPARATIVA DOS VOTOS**

Neste item serão comparados brevemente os votos que utilizaram o mesmo caso estrangeiro. Os já citados argumentos dos ministros serão contrapostos para análise das diferenças de argumentação, e de que maneira a análise distinta ou igual dos julgamentos de outras Cortes influenciou a decisão final do ministro.

**CASO: United States v. Lemrick Nelson** (Citado por Maurício Corrêa e Nelson Jobim)

O ministro Maurício Corrêa acredita que apesar de não serem os judeus uma raça, devem ser protegidos pela legislação anti-racismo, indeferindo o HC. Enquanto isso, o ministro Nelson Jobim acredita que os judeus constituem uma raça, indeferindo o HC argumentando que o crime do paciente (racismo) é imprescritível.

Contudo, o caso concreto aponta para o fato dos judeus não serem uma raça, mas nem por isso deixariam de ser protegidos de qualquer forma de discriminação, o que se coadunaria de modo mais plausível com o argumento do ministro Maurício Corrêa.

**CASO: mandla and another versus Dowell Lee and another** (Citado por Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Gilmar Mendes)

O argumento do ministro Maurício Corrêa é o mesmo utilizado para o caso United States v. Lemrick Nelson, assim como ocorre no voto do ministro Nelson Jobim, uma vez que ambos têm a mesma conclusão.

Quanto a Gilmar Mendes, utiliza a jurisprudência para dizer que o racismo não pode ser conceituado juridicamente a partir da referência de raça, mas sim enquanto fenômeno social e histórico complexo. O ministro indefere o HC.

O caso aponta o fato dos sikhs serem um grupo racial devido às suas origens étnicas. Deste modo, não poderia ter a mesma conclusão do caso *United States v. Lemrick Nelson*, que aponta justamente o contrário. A argumentação de Gilmar Mendes seria a mais relacionada com o caso citado.

**CASO: R.A.V versus city of Saint Paul** (Citado por Moreira Alves e Marco Aurélio e paralelo com Celso de Mello, caso *Virginia v. Black et al*)

O ministro Moreira Alves utiliza o caso como contraponto, para dizer que, no caso *Ellwanger*, não existe a necessidade da ponderação entre a liberdade de expressão e o racismo, pois a discussão é se o caso trata de crime imprescritível (racismo) ou não. Ele defere o HC, apontando para a inexistência de crime de racismo.

O ministro Marco Aurélio também defere o HC, pelo mesmo motivo.

Num paralelo com o voto do ministro Celso de Mello, nota-se a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Virginia v Black et al*, no qual o ato de queimar cruzeis representaria, inserido no contexto da sociedade norte-americana, uma manifestação de ódio. No caso *R.A.V*, um menor é protegido pela liberdade de expressão, fato que o possibilitaria a queimar cruzeis no jardim de residência de família negra. Interessante notar a discrepância dos julgamentos apontados pelos ministros. Ademais, no voto de Gilmar Mendes (vide nota de rodapé n.39) o ministro afirma que a liberdade de expressão encontra limites impostos pela própria jurisprudência norte americana. O ministro, contudo, não cita nenhum caso no qual essa restrição ocorre.

**CASO: Decisão de 1987, sobre a sinagoga pichada** (Citado por Maurício Corrêa, Moreira Alves e Nelson Jobim)

O ministro Maurício Corrêa conclui os três casos citados da mesma maneira. Igualmente o fazem o ministro Moreira Alves e Nelson Jobim.

**CASO: Schenk versus United States** (Citado por Celso de Mello e Gilmar Mendes)

Gilmar Mendes cita o caso para afirmar que a colisão entre direitos fundamentais deve ser resolvida no caso concreto, utilizando o princípio da proporcionalidade. Já Celso de Mello utiliza o caso para destacar o caráter relativo da liberdade de expressão.



#### **IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Existem diversos modos de utilizar decisões proferidas por Cortes estrangeiras. Um caso decidido em outro país pode, por exemplo, fazer parte de uma linha argumentativa que leva a uma conclusão lógica acerca de determinado tema. Pode, igualmente, integrar uma extensa lista de julgamentos, sem que haja necessariamente um ponto em comum entre eles, para que o voto de certo ministro pareça ter uma base sólida. Ao longo deste trabalho pude perceber que, com uma exceção<sup>40</sup>, tais decisões foram utilizadas com dois objetivos principais: reiterar o entendimento do ministro a respeito de determinado assunto ou simplesmente para que constasse um ou mais casos estrangeiro no decorrer do voto, sem que isso acrescentasse qualquer melhora ao voto.

O que, então, acrescentaria uma “melhora” ao voto? Acredito que um voto coerente, que segue uma linha de raciocínio contínua, com início, desenvolvimento e conclusão conectados entre si, é ideal. Qualquer acréscimo, portanto, deve ter sempre como objetivo fazer do voto um texto claro, linear e que vise estabelecer um vínculo entre tudo aquilo que foi apresentado e o motivo da decisão final, o deferimento ou não, neste caso.

Um caso estrangeiro poderia ser citado dentro de uma linha argumentativa que tenta atingir determinado objetivo, utilizando-o como exemplo ou mesmo como contraponto. Isso, porém, não foi observado no presente trabalho. Uma vez apresentado o argumento de direito estrangeiro, a decisão do ministro poderia dele decorrer ou não. Foi possível analisar que em nenhum dos votos a decisão decorreu do caso estrangeiro citado. Enquanto em alguns dos votos era feito um rol de diversos casos estrangeiros sem que houvesse qualquer preocupação em comentar ou mesmo concluir algo a respeito, em outros, apesar de haver certa coerência entre o caso e o trecho do voto no qual se encontrava,

---

<sup>40</sup> Vide voto do ministro Moreira Alves no Caso Ellwanger.

para a decisão final fazia-se totalmente dispensável o argumento de direito estrangeiro.

Por qual motivo um voto que poderia ser objetivo torna-se uma larga enumeração de casos de Cortes que não a brasileira? Existe realmente algum benefício na utilização de casos estrangeiros nos julgamentos nacionais?

Acredito que existem diversas razões para isso. O fato da legislação aplicada ser diversa, ao menos em casos onde é necessária a ponderação de princípios que se encontram no mesmo patamar, não apresenta problemas. Conhecer a argumentação de alguém que analisou previamente uma questão polêmica pode ser de grande valia. Porém, seria necessária alguma reflexão a respeito do tema. O que pude observar nos votos lidos foi o descaso dos ministros quanto ao uso da jurisprudência estrangeira. Enquanto alguns se limitaram a citar diversos casos sem qualquer reflexão posterior, outros apenas utilizaram frases de juízes estrangeiros, que se fazem desnecessárias por não trazerem qualquer inovação se comparadas com aquilo que já havia sido apresentado pelo próprio ministro.

A questão principal desta monografia não é a utilização ou não da jurisprudência estrangeira. Ter contato com visões provenientes de diversas Cortes a respeito de um problema que é também local não me parece ser problemática. Porém, utilizar julgamentos para reiterar determinado entendimento me parece desnecessário e descartável. Em muitos votos foram utilizados trechos de decisões numa tentativa de explorar o prestígio de determinado juiz ou Corte, o que não parece ser útil para o desenvolvimento de qualquer argumentação.

Com relação ao termo "Direito Comparado", foram destacados ao longo desta monografia diversos trechos de votos que o mencionam. Nenhum deles, porém, menciona a expressão "direito estrangeiro". Qual seria o motivo da preferência pelo termo "direito comparado"?

Se referir a “Direito Comparado” não impressiona tanto o leitor, porque o ministro não admite que está utilizando algo que não é válido no Brasil para solucionar um caso concreto. Ademais, falar em direito comparado pressupõe algum tipo de reflexão a respeito do tema, uma vez que comparar exige possuir alguma noção a respeito da dinâmica do país com o qual se compara. Direito Comparado indica algo elaborado e cristalizado, enquanto direito estrangeiro é só uma informação incorporada ao voto.

O termo “Direito Estrangeiro” indica um direito que não vale no Brasil. Se a lei do país estrangeiro concede respostas diferentes aos problemas constitucionais existentes no país que “empresta” sua jurisprudência, parece não fazer sentido utilizá-la. Ademais, há o problema da validade (ou da não validade) da regulamentação constitucional alienígena no país. A lei constitucional possui ligação com a própria estrutura da sociedade, o que não pode ser simplesmente transferido para outro país. Segundo Rosenkrantz<sup>41</sup>, *“The conscious adoption of foreign constitutional law as binding law by a constitutional authority or a judge are both cases in which the most basic themes of our interpersonal lives are decided by people with whom we are not politically related and who are not members of the same political entity”*<sup>42</sup>.

Faz-se, porém, uma ressalva com relação ao trecho acima: o mesmo somente aconteceria se a jurisprudência estrangeira mencionada fosse o argumento que direcionou o ministro a tomar determinada decisão. Vimos, porém, que, segundo o exposto no decorrer do trabalho, isso não ocorreu nos votos apresentados. Seria, então, dispensável tecer qualquer comentário a respeito de algo que, se não influencia (na opinião da autora) a decisão dos ministros, poderia ser simplesmente ignorado?

---

<sup>41</sup> Previamente citado na introdução (vide item de Direito Comparado).

<sup>42</sup> Em tradução livre: A adoção consciente de lei constitucional estrangeira como lei vinculante pela autoridade constitucional ou juiz são casos nos quais os temas mais básicos de nossas vidas pessoais são decididas por pessoas que não são politicamente relacionadas e tampouco membros da mesma entidade política.

Não. É necessário que haja algum motivo pelo qual os ministros utilizam esse tipo de argumento. Se a princípio a utilização da jurisprudência estrangeira não traz qualquer benefício para o voto, não deveria ser utilizada. Poderíamos, portanto, apresentar algum tipo de oposição à utilização das decisões estrangeiras. Primeiramente, como é possível observar com a leitura dos votos, o uso deste tipo de jurisprudência traz uma complexidade adicional. É muito mais difícil para uma pessoa leiga entender a decisão quando citados casos internacionais, já que a clareza não é necessariamente característica de um cenário no qual a lei estrangeira não é familiar. Ademais, o uso da jurisprudência estrangeira, de certa maneira, impede a utilização da jurisprudência nacional, atrapalhando o desenvolvimento do uso de precedentes da própria Corte.

Acredito que será sempre mais interessante que as autoridades cujo dever é julgar aspectos concernentes à Constituição Brasileira preocupem-se primordialmente com aquilo que está dentro da própria cultura constitucional, ao invés de buscar argumentos fora da realidade do país. Após essa primeira etapa, acredito que a utilização de jurisprudência estrangeira é de extrema valia, contudo somente se integrar o voto de modo integrado, como parte coerente dentro do todo. Com isso, haveria uma melhora significativa na linha argumentativa do voto, em sua clareza e em sua utilização futura como precedente.

## **V. BIBLIOGRAFIA**

-SACCO, Rodolfo. "Introdução ao Direito Comparado". Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2001.

-ROSENKRANTZ, Carlos. "Against borrowings and other nonauthoritative uses of foreign law". Oxford University Press and New York University School of Law 2003, I.CON, Volume 1, Number 2, 2003, pp.269-295.

- Endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)