

**Título** Discricionarieidade legal ou arbitrariedade

**Autor** Érica Queiroga Kinoshita

**Ano**

**Orientador** Vera Scarpinella Bueno

**Resumo  
da  
Monografia**

## ÍNDICE

1. Introdução

2. O ordenamento como sistema de normas

abertas e a discricionarieidade judicial

3. A hermenêutica jurídica

4. Teoria de Jerome Frank

5. Jurisprudência:

5.1 Recurso de Mandado de Segurança n.º 18.534 – SP

5.2 Habeas Corpus n.º 45.829 – RS

5.3 Habeas Corpus n.º 45.692 – SP e Habeas Corpus n.º 46.499 – GB

5.4 Recurso de Habeas Corpus n.º 45.272 – SP

6. Conclusão

7. Bibliografia

## INTRODUÇÃO

“O quão discutido é um tema, mais importância atribuímos a ele”. Se, apesar de séculos de existência, o mundo jurídico retorna constantemente e de forma vivaz a um determinado tema, pois, no final, tudo gira em torno dele, não temos como simplesmente deixá-lo de lado.

Assim, o que propomos nesse paper é a discussão de um tema que, contando com mais de séculos de debates, retorna de forma brilhante aos centros de discussões de todo o mundo: trata-se da hermenêutica jurídica ou interpretação das normas, para os leigos.

Através desse procedimento, discute-se a interpretação que é dada a uma norma no tempo ao qual ela deverá ser aplicada. Disto surge dois problemas: (1) ao abstrair um sentido de uma norma, existe algum método a aplicar (o da metodologia); e (2) quem fizer a interpretação, poderá utilizar-se de um artifício não taxativo em lei, que irá ajudá-lo na atribuição de um juízo de valor para a norma (o do intérprete).

O dicionário Houaiss define “Juízo de valor” como um “julgamento que expressa uma apreciação, avaliação ou interpretação da sociedade, sem o compromisso com o ideal da neutralidade científica”.

Mas, questiono essa interpretação. Isso porque ao nosso ver, adicionar um juízo de valor a uma interpretação seria trabalhar com o lado emocional de uma pessoa, o que todos sabem, é um instrumento extremamente ilógico e irracional que nos leva a agir de determinada forma ou não, mas sem que haja uma regularidade na forma de julgamentos.

Diante do exposto, trabalharemos com a idéia de que a atribuição de um juízo de valor, seria valorar qualquer sentimento existente tanto na sociedade quanto nas pessoas em si.

Entretanto, sem discutir, ainda, o sentido de juízo de valor, sabemos que ele depende do tempo e do espaço, e, dessa mesma forma, a interpretação de uma norma irá variar também. Vejamos um exemplo:

“Mas o conceito de ‘obsceno’, ‘imoral’, ‘contrário aos bons costumes’ é condicionado ao local e à época”.

É com essa pequena frase que o Ministro Aliomar Baleeiro julga o RMS n.º 18.534 – SP, o que será estudado mais adiante.

Ilucidar todo esse processo como um mero raciocínio lógico seria incrédulo, pois estaríamos excluindo a possível incidência de qualquer juízo de valor. Da mesma forma que buscamos na sociedade atual um sentimento de “justiça” e de “segurança social”, a sociedade dos anos de 1968 e 1969 deveriam buscar isso também.

Aqui, delimitamos novamente esse paper: o assunto discutido será delimitado pelos anos de 1968 e 1969, anos em que alguns juízos de valores, como “segurança” e “justiça” se encontravam em baixa pelo momento político em que vivíamos no Brasil. Era a ditadura militar e não tínhamos como buscar ajudar externa.

Tivemos que nos debruçar sobre a nossa própria organização e, para tal, recorremos ao Poder Judiciário. Será que eles auxiliaram e protegeram os cidadãos dessa nação? Será que na tentativa de assim o fazer, a nossa cúpula do Judiciário (Supremo Tribunal Federal), ou como diria o excelso membro de nosso Governo “aquele a dar a última palavra” não se utilizou de meios nada convencionais para tentar frear, por exemplo, a censura exacerbada? Além dessas perguntas, inúmeras outras poderão surgir e surgiram...

Desta pequena exposição, podemos nos questionar se o ordenamento jurídico impôs algum limite à execução, pelo magistrado, de suas funções ou estará ele sujeito à sua mera arbitrariedade.

Nesse último sentido é o entender o Exmo. Ministro Themístocles Cavalcanti no r. acórdão que se passa a expor: “Não se pode pela lei, negar ao juiz, certo arbítrio”.

A Constituição Federal[1], tal como a conhecemos atualmente[2], impôs um limite formal ao ato de julgar do juiz, ordenando-o que fundamente sua decisão na lei.

Ou seja, o ordenamento permite atualmente a discricionariedade (“poder que as autoridades constituídas

possuem de agir livremente, desde que em defesa da ordem pública e dentro dos limites da lei”), mas não a arbitrariedade (“que procede do livre arbítrio de alguém e viola as normas legais”). Fala-se, inclusive, de uma discricionariedade legal.

Acontece que a Constituição Federal de 1967 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional de 1969, não continha essa disposição e, com isso, não havia nada que vinculasse o magistrado às suas decisões.

Constatar-se-á que o Judiciário, nos anos de 1968 e 1969, muitas vezes não fundamenta suas decisões, mas à época, não seria obrigatória essa fundamentação.

Afinal, o que leva um Ministro do Supremo Tribunal Federal a julgar uma ação, externando seu voto com as seguintes e únicas palavras: “Denego o Habeas Corpus, porque o fato é desses que impressionam a consciência jurídica dos juízes e impõe que ao mesmo tempo se aplique a pena mais severa”. (HC 45.829)

E, incrivelmente, até os dias atuais, somos capazes de encontrar decisões completamente injustificadas. Contudo, podemos contar com um instrumento recente como meio de questionar isso: embargos de declaração.

Assim, à luz da jurisprudência e, principalmente, do caso da Revista Realidade, foi que buscamos uma teoria, oriunda de um “juízo de autoridade”, para embasar os argumentos que se pretende discutir. Para tanto, é necessária uma prévia explanação dessas teorias para haver ao final a análise dos julgados.

Cerceada pelos anos de 1968 e 1969, essa monografia será feita com o intuito de tentar demonstrar que se permite certa arbitrariedade no exercício de funções e que o magistrado não foge de suas “raízes”, julgando com base na sua própria convicção.

Afinal, como conceituar “bons costumes”, “moralidade” ou até mesmo os princípios expressos na Constituição, tais como: “igualdade”, liberdade, “intimidade”, entre outros? E não apenas na conceituação de um termo, mas no caso de uma situação comovente ao homem médio?

## O ORDENAMENTO COMO SISTEMA DE NORMAS ABERTAS E DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

O Direito, como o conhecemos atualmente, foi dividido em diferentes ramos com o intuito de tornar o seu estudo mais adequado às necessidades de seus usuários. Entretanto, o ramo que norteia todos os demais é o Direito Constitucional. Com base nessa informação, comecemos por ele.

O ordenamento é um “sistema normativo aberto de regras e princípios[3]”, composto por normas dinâmicas que, por se subdividirem em princípios, regras e políticas[4], mas guiadas, primordialmente, pelos primeiros, estão suscetíveis a mutações nas suas interpretações conforme o tempo e o espaço em que venham a ocorrer.

Dessa forma, trata-se de um sistema de normas abertas, no sentido de que têm uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e “capacidade de aprendizagem” das normas constitucionais para captarem mudanças de realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da “verdade” e da “justiça”. Mudanças poderão ocorrer na forma de sua interpretação, sendo inútil a constante alteração de sua redação para que atualize seu conceito.

Entretanto, apesar dessa disponibilidade, por ser a Constituição composta por termos abertos (princípios) faz com que, mesmo num determinado lapso espaço-temporal, diferentes juízes interpretem contrariamente a mesma norma, causando certa insegurança jurídica e social. Esses são os denominados “casos difíceis” (hard cases).[5]

Com isso, temos o contrário do que buscava Konrad Hesse na enunciação de métodos “seguros” de interpretação, que propunha alcançar o resultado “correto, através de um procedimento racional e confortável, e fundamentar este resultado de forma igualmente racional e controlável, criando deste modo certeza e previsibilidade jurídicas, e não acaso, o da simples decisão pela decisão”. [6]

Nos “casos difíceis”, os princípios desempenham função essencial nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas particulares, pois não há uma regra clara norteadora.

Os racionalistas modernos sustentam, assim, que na inexistência de uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidir um determinado caso mediante a criação de um novo item de legislação (casos de lacunas do direito). O conceito de poder discricionário está associado à margem de liberdade que juízes e tribunais têm na escolha das normas que devem utilizar para chegar a uma decisão.

“Refere-se à decisão consistente, construída e formulada de acordo com as diretrizes do sistema jurídico, particularmente naqueles casos difíceis, nos quais um dos litigantes demanda um direito que não é nítido ou sobre o qual a lei é omissa”. [7]

Trata-se de uma decisão não arbitrária, ou seja, que tenha ao menos fundamento legal, mas no qual a vontade do juiz incide apenas na escolha do método, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável nas circunstâncias dos casos.

O antagonismo suscitado acima entre arbitrariedade e discricionariedade pertence ao direito estrangeiro. No Brasil, tradicionalmente, os atos administrativos são classificados, quanto à liberdade de escolha do agente, em discricionários e vinculados. Enquanto nestes últimos, uma vez completada a hipótese normativa, o agente somente poderá adotar o comportamento previsto na norma, sem nenhuma liberdade de escolha, no caso dos atos discricionários, o agente poderá escolher, dentro de uma gama de possibilidades criadas por lei, qual o melhor comportamento a ser adotado.

Como o âmbito da atuação do Judiciário sempre se circunscreveu à apreciação do cumprimento da lei, a avaliação da escolha de comportamentos no caso dos atos discricionários, que envolveria a análise da conveniência e oportunidade, era subtraída do controle judicial.

Mas, todo o procedimento anterior ao ato discricionário, entendido como decisão final, tem de estar previsto em lei. Nem mesmo o argumento de que a apreciação dos motivos implicaria em valoração da conduta do administrador se constitui em óbice ao controle judicial do motivo do ato, ainda que o Judiciário tenha de decidir acerca de termos imprecisos.

Doutrinadores como Bandeira de Mello explicam que essas expressões imprecisas não impedem o controle judicial do motivo do ato:

“A moderna doutrina alemã, conforme refere Eduardo Garcia de Enterría, sustenta que os conceitos indeterminados ou fluídos só apresentam tal característica considerados em abstrato; não, porém, diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer (...) Pretendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de ‘interpretação’, definível, como qualquer outra, pelo Poder Judiciário e não uma questão de discricionariedade, a qual supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador”. [8]

Não é esse o entendimento da jurisprudência aqui apresentada. Alega o Ministro Themístocles Cavalcanti que “o sentimento de pudor com ele relacionado na opinião dos autores, depende da formação moral de cada um, de sua educação, da idade, de concepções filosóficas etc”. (RMS 18.534).

Ou, por exemplo, no voto do acórdão n.º 45.272 (RHC) o Ministro Hermes Lima alega que “não há no mundo (...) hotéis que não recebam casais. É uma moralização formal do hotel que estamos querendo fazer” e adiciona o Ministro Thompson Flores que “A paga de imposto, não seria, evidentemente, para manter casa de prostituição. O que seria imoral, mas para o hotel; porém deturpa a licença obtida e é pelo fato do desvirtuamento que se verifica a tipicidade referente ao art. 229”.

Acreditar que inexistem conceitos indeterminados seria uma afronta total inclusive à idéia de existência de princípios que baseiam todo o nosso ordenamento. São termos abertos, sujeitos a variação na sua interpretação conforme o tempo e o espaço, mas cuja significação e possíveis metodologias veremos a seguir.

#### A hermenêutica jurídica

A história da hermenêutica jurídica permite-nos abstrair que, inicialmente, o ato de julgar era apenas um pensamento lógico. Esse pensamento era predominante nos séculos XVIII e XIX e foi denominado “racionalismo moderno”.

Segundo a noção rousseauiana de lei, oriunda na “vontade geral”, será geral, abstrata e universal, não devendo sofrer interferências da ação individual de magistrados e suas vontades privadas. A ação do magistrado deveria, assim, se limitar apenas a aplicar a lei ao caso concreto, sem a necessidade de qualquer atividade criativa.

Destarte, pela Lógica Jurídica dá-se importância aos silogismos e, principalmente, ao raciocínio dedutivo no campo do Direito. Desse raciocínio decorre a “interpretação”, baseada na norma geral, que se aplica a um caso concreto, processo denominado subsunção, do qual abstrai-se uma sentença.

Dessa forma se manifestava Montesquieu para quem ao Judiciário cabe um poder “nulo” e que “os julgamentos devem ‘ser fixos’, a tal ponto que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fosse uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.[9]

Atualmente, ainda se vê o uso dessa metodologia, como é o caso do Habeas Corpus n.º 82.424-2/03, ainda não publicado, no qual o Ministro Carlos Ayres Britto assim verbaliza: “os fatos ensejadores da denúncia e trazidos ao conhecimento deste STF pela via constitucional do Habeas Corpus são fatos para cuja subsunção o magistrado tem que aplicar alguns modelos normativos principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência; ou seja, o decididor tem que trabalhar com determinadas normas de conteúdo axiológico e índole constitucional que, no caso, parecem demandar interpretação maniqueísta ou de radical exclusão de uma delas”.

Todavia, nem todas as situações estão previstas na lei, hipótese levantada pelos racionalistas, sendo dispensável o raciocínio criativo do magistrado na hora de formular uma sentença.

Aceita-se, hoje, o uso da intuição que seria uma visão direta, imediata, interna de um objeto, isto é, um insight, como forma de conhecimento. As reflexões provocadas por essa nova perspectiva conduziram à revisão profunda do modo de encarar os fundamentos do direito; uma das suas primeiras conseqüências foi a constatação de que os princípios da lógica formal, admitidos pela hermenêutica jurídica tradicional e empregados na técnica forense, não correspondem ao que efetivamente ocorre, quando os juristas e profissionais do direito em geral se entregam à tarefa de criar, interpretar, aplicar e integrar o direito. Não que a lógica analítica não seja instrumento útil e tenha deixado de cumprir seu papel na realização do direito e da justiça; não que a lógica formal esteja ultrapassada como processo de raciocínio para o jurista. Mas sim que, em face da descoberta de novos elementos e na elaboração de conceitos que vieram enriquecer o que se convencionou denominar “fenômeno jurídico”, surgiu um novo instrumento lógico mais adequado à compreensão da realidade do direito.

Assim, em conformidade a esse pensamento, surge nos EUA e, posteriormente, na Europa, os “realistas” ou argumentativistas que, tendo em mente que o ordenamento é composto também por princípios, seria necessário o uso de uma intermediação, interpretando as normas nos casos concretos.

Fiel representante deste pensamento, Jerome Frank, por motivos familiares[10], concluiu que os raciocínios “lógicos” dos juízes eram muitas vezes influenciados pela sua subjetividade, ocorrendo de forma implícita ou até mesmo inconscientemente.

O nosso ordenamento jurídico – da forma como foi formulado[11] – permite, em nome de “diferentes pontos de vista”, o afastamento de um julgamento objetivo, havendo a interferência de um sentimento de compaixão ou de solidariedade.

Ocorre principalmente nas ações penais em que o juiz, por compaixão para com o réu, concede certo benefício a esse ou, em algumas vezes, pela gravidade do caso e, pela comoção social advinda do mesmo, o julga com maior rigorosidade. São casos com os quais aqui trabalharemos.

O que justifica a aplicação de uma pena rigorosa num caso e, em outro semelhante – senão análogo[12] - uma pena mais branda? A pena-base estipulada pelo Código Penal permite ao juiz aferir, com certa arbitrariedade, exatamente qual será o tempo despendido pelo condenado no regime penitenciário.

Mas como não evitá-la? Os magistrados são, acima de tudo, seres humanos e, como tais, possuem um lado emocional que os guiam em determinados momentos, e um certo interesse pessoal e oculto que os conduzem sem que tenham consciência e conhecimento dessa motivação.

## TEORIA DE JEROME FRANK

Observando as diferenças nas correntes de interpretação previamente expostas, podemos nos aprofundar mais na teoria de Jerome Frank para que, com base nela, possamos embasar posteriormente os argumentos que queremos demonstrar.

Jerome nasceu em Nova Iorque em 10 de setembro de 1889. Tornou-se juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos, Segundo Circuito, após nomeação de Franklin D. Roosevelt em 13 de janeiro de 1941, convalidado pelo Congresso em 20 de Março de 1941. Deixou de exercer seu cargo em 13 de janeiro de 1957, quando veio a falecer.

Considerado[13] o mais radical dos primeiros realistas, acreditava que “o processo de julgamento, assim nos dizem os psicólogos, dificilmente começa com a premissa da qual a conclusão é posteriormente retirada. O ato de julgar começa, ao invés, do outro lado – com uma conclusão mais ou menos vaga formada; o homem começa ordinariamente com essa conclusão e depois busca encontrar premissas que a fundamentem. Se não conseguir encontrar um legítimo argumento que conecte sua conclusão às premissas, ele irá, a não ser que seja arbitrário ou louco, rejeitar sua conclusão e procurar uma outra”.[14] (tradução nossa)

Teoricamente, o juiz trabalha com um simples pensamento silogístico no qual, a partir de uma premissa em que se encontram regras e princípios, subsume estes aos fatos, gerando uma sentença. Entretanto, o juiz como ser humano não chega a conclusões através de um mero pensamento silogístico, raciocínio este extremamente artificial.

Um exemplo disso é que, quando um caso é julgado por Cortes diferentes, mesmo com base na mesma legislação, a solução dada ao caso, na maioria das vezes, é diferente.

Mas, pensar que um juiz ao formular sua conclusão deixa todo seu raciocínio ser determinado por seu subjetivismo seria tão herético que raramente isso é discutido. Seria uma heresia por contradizer o princípio da segurança jurídica, premissa básica da ordem social, visado por todos que buscam solucionar seus problemas no Judiciário.

O Juiz Hutcheston da Suprema Corte dos Estados Unidos assim elucidou (quando não mais no exercício de sua função): "(...) e pensando no caso, espera-se por um "feeling", "the hunch" (pressentimento) – um flash oriundo da intuição que une a questão à decisão, iluminando o pensamento judicial ... Na ocorrência do "feeling" ou "hunching", o juiz age não diferentemente, mas exatamente igual ao advogado quando trabalha com os casos, com a exceção de que, os advogados, tendo um ponto de partida pré-determinado – ganhar a ação de seu cliente – procura e se preocupa apenas com aqueles pressentimentos que o mantém no caminho que escolheu, enquanto o juiz, em busca de uma solução justa, seguirá esse pressentimento aonde quer que o leve ..." (tradução nossa)

O que motiva o juiz a tomar a decisão é um senso intuitivo do que é certo e o que é errado no caso in specie. Os propulsores são: (1) as regras e princípios de direito; (2) as opiniões morais, política e econômica dos juizes; assim como a formação moral, filosófica e educacional deles sendo que todos esses propulsores são de importância secundária, pois a personalidade de cada um é o que irá filtrar em última instância a decisão de cada juiz.

O "Supreme Judge" Haines aponta como possíveis fatores de intervenção na formação de uma sentença: a educação geral e legal do juiz; suas associações familiares e pessoais, riqueza e posição social; sua experiência política e legal, suas filiações políticas e seu temperamento.

Frank, através de uma pesquisa empírica, demonstra a grande diferença com que juizes tratam casos iguais e conclui: "justiça é uma coisa muito pessoal, refletindo o temperamento, a personalidade, a educação, ambiente e características pessoais do magistrado".[15]

Na opinião do Prof. Oscar Vilhena Vieira, "As descobertas de Frank põem fim à mística afirmação de que se vive sob o governo das leis e não de homens. A partir das obras de Holmes e Pound, que buscam demonstrar que o direito não é, em última instância, um conjunto de regras abstratas, mas de decisões judiciais, estabelece-se a premissa de que para se conhecer o direito é necessário ir aos tribunais e, mais do que isso, ao inconsciente dos magistrados. Essa análise, caso correta, lança todo o sistema jurídico num terreno extremamente pantanoso, pois a previsibilidade e igualdade proporcionada pelas normas simplesmente desaparecem. A proposição de que as sentenças derivam mais da história pessoal de cada juiz do que das normas socialmente construídas não parece ser a melhor fundação sobre a qual se possa erigir um sistema jurídico. O objetivo de Frank, no entanto, é alertar e permitir que as pessoas e principalmente os juizes se conscientizem do processo pelo qual decidem a vida de indivíduos que se crêem submetidos à lei. Somente através desse processo de conscientização - quase psicanalítico - que cada juiz deve realizar, será possível ter maior controle sobre os obscuros motivos de uma decisão judicial".[16]

## JURISPRUDÊNCIA

Observada a teoria de Jerome Frank, vale destacar o que se pôde encontrar na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que suscitou a presente reflexão e, como tal, causou a explicação prévia da teoria realista.

Pela análise dessa jurisprudência, podemos distinguir duas formas de julgamento e, dessa forma, a aplicação de duas correntes de interpretação jurídica. Há casos em que os Ministros, apesar de fundamentarem suas decisões nas leis, recorrem às motivações que os levaram a julgar a matéria daquela forma, sendo, portanto, discricionários quanto à escolha das normas utilizadas. Também há casos em que os juizes não fundamentam sua decisão, sendo totalmente arbitrários.

Levantamos cinco casos, dentre vinte acórdãos[17], datados de 1968 e 1969 e publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência em que se torna evidente a não fundamentação das decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

#### RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA N.º 18.534 – SP

Apresenta-se nesse acórdão, datado de 1º de outubro de 1968, a discricionariedade com que um magistrado pode vir a julgar. Nesse, torna-se evidente que o juiz de primeira instância buscou na legislação vigente um fundamento para sua decisão de apreender exemplares de uma revista considerada por sua pessoa “imoral” e, para tanto, utilizou a inexistência de um conceito fixo de um termo aberto: “os bons costumes”.

Na tentativa de demonstrar que a conceituação, em primeira instância, tivera motivações diversas das legais o Supremo Tribunal Federal demonstra que na conceituação de um termo aberto o magistrado será sempre influenciado por uma ideologia, sua formação ética ou religiosa, entre outros.

Nesse aspecto, podemos retomar a teoria de Jerome Frank para quem “justiça é uma coisa muito pessoal, refletindo o temperamento, a personalidade, a educação, ambiente e características pessoais do magistrado”. [18]

#### Relatório

O caso refere-se a um Juiz de Direito da Vara de Menores da Capital que, com base no parecer do Dr. Curador de Menores, mandou apreender 231.680 exemplares da revista Realidade, ainda na oficina na Editora Abril Ltda., alegando ser “obscena a referida publicação” por conter quatro artigos “obscenos” do ponto de vista do juiz.. Como consequência, os lucros cessantes alcançaram o valor de NCr\$ 300.000,00.

A Editora, vendo-se lesada, impetra mandado de segurança contra o ato do Juiz, apresentando como defesa o conteúdo do art. 53 da Lei de Imprensa (datada de 1953) e no seu conceito usual, não se verifica tal obscenidade. Adiciona-se a isso o fato de que outras comarcas poderiam entender as conceituações de “obscenidade” de outra forma, fato esse que veio a ocorrer posteriormente.

Como justificativa de sua medida, o juiz apontou diversos artigos tidos como “obscenos” e alega que o conceito de “obscenidade” se refere estritamente ao pudor.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não aceita o pedido da Editora. Com isso, ela recorre à Suprema Corte, tentando contestar o conceito de “obscenidade” adotado pelo juiz e traz como prova o fato de que na Inglaterra e nos Estados Unidos já houve uma evolução no conceito de “obscenidade”, pois a literatura não pode estar ao nível dos menores, mas do público em geral. Opinou a Procuradoria-Geral da União pela confirmação do acórdão recorrido.

#### Votos

O primeiro voto apresentado é do relator Sr. Ministro Themístocles Cavalcanti que, apesar de fazer importantes alegações, vota pelo não provimento, por considerar o Recurso de Mandado de Segurança meio impróprio para o que se pede, pois considera necessária a produção de provas, não permitidas num mandado de segurança.

Quanto ao mérito, esses são os fundamentos de sua decisão:

“Não existe, além do mais, um critério objetivo para declarar se uma publicação é ou não obscena. Não existe uma linha de demarcação entre o obsceno e o não obsceno.



O sentimento do pudor com ele relacionado na opinião dos autores, depende de formação moral de cada um, de sua educação, da idade, de concepções filosóficas etc.

A leitura do número da revista apreendida, para mim, não pode ser considerada uma publicação obscena, precisamente porque não ofende o pudor, nem é erótica, embora não recomendável para pessoas pouco amadurecidas (...).

(...)

No meu entender, não se trata de revista obscena embora considere profundamente medíocre sob todos os pontos de vista, o que nela se contém. Considero de profundo mal gosto e se destina a um público pouco exigente.”

E termina o Ministro com a seguinte afirmação: “Não se pode pela lei, negar ao juiz, certo arbítrio”.

O segundo a votar foi o Ministro Aliomar Baleeiro cujo voto, concedendo a medida e refutando a idéia de conceito “estático”, pode ser resumido na frase: “o conceito de ‘obsceno’, ‘imoral’, ‘contrário aos bons costumes’ (esses dois últimos termos dados pela nova redação da Lei) é condicionado ao local e à época.”

Para comprovar sua tese, traz inúmeras atitudes que foram aceitas no passado, mas que hoje são repudiadas da mesma forma que hoje são aceitas atitudes antes repudiadas.

Assim a indagação suscitada foi: “Até que ponto, outros interesses, outras considerações, outros preconceitos ideológicos podem ter açulado uma repressão a que foram poupadas outras revistas com os mesmos pecados?” (grifo nosso)

No que tange a discricionariedade do juiz, permitida pela lei, deve ser traçado algum limite externo, tendo a jurisprudência americana denominado esse limite de “hard core pornography”, pelo qual, no caso, pode o juiz de menores apreender a publicação evidentemente pornográfica, obscena ou contrária aos bons costumes. Sobretudo a que, ostensivamente, manifesta seu propósito perverso ou corrompido. E deve ser feita com base no ponto de vista do cidadão médio, pelo critério da maioria, e não no padrão moral e pessoal do juiz[19].

Votaram junto com o Ministro Aliomar Baleeiro os Ministros Adalício Nogueira e Evandro Lins, dando-se provimento, em parte, ao recurso, negando-lhe indenização, pois se encontrava o juiz em seu direito de discricionariedade, e ordenando que a impetrante tome providências para evitar que os menores entrem em contato com a revista, de acordo com as medidas que entender conveniente.

#### COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

Acórdão basilar dessa monografia no qual apresenta a liberdade que é dada ao juiz na hora de escolher a norma que irá aplicar ao caso, independentemente de sua motivação, podendo o juiz julgar com base na sua interpretação de um conceito.

Apesar de não ser uma norma aberta, é um termo aberto, e como tal, passível de inúmeras definições e valorações atribuídas por cada indivíduo, conforme a época e o espaço. Como aponta o Ministro Aliomar Baleeiro, livros concebidos antigamente como “imorais” ou “obscenos” são extremamente divulgados atualmente, assim como os que hoje são repudiados pela sociedade, poderão constituir o “crème de la crème” da literatura mundial posterior.

O juiz de primeira instância agiu de forma discricionária, pois ao encontrar uma lei que o desse espaço para condenar algo que ele considerava “obsceno”, mandou imediatamente apreender os exemplares da Revista.

No que tange aos Ministros do Supremo Tribunal, mais atentos à discricionariedade ou possível arbitrariedade com que poderiam julgar a matéria, perceberam que elementos subjetivos poderiam influir na conceituação de um termo, no caso “obscenidade”.

Assim, o que motiva um magistrado a julgar de forma diferente de outro? Como explica o Ministro Themístocles Cavalcanti, a conceituação de um termo depende da formação educacional, religiosa, entre inúmeros outros aspectos de cada indivíduo.

A parte empírica[20] do conhecimento humano, ou seja, a experiência adquirida ao longo da vida do magistrado, faz com que ele já tenha uma pré-conceituação do caso, utilizando-se do direito apenas para fundamentar sua decisão.

Para que possamos combater essa influência externa, necessário seria uma conscientização do Judiciário sobre ela. E o que aqui se demonstra é que os Ministros do Supremo, pertencentes aos anos de 1968 e 1969, tinham consciência desse fator.

Destarte, esse prioritário acórdão tem sua importância refletida na formulação e explanação das ulteriores teorias da hermenêutica jurídica. Isso ocorre na medida em que se tornou público a constatação feita por Jerome Frank, como é o caso da conceituação de “bons costumes” ou até mesmo de “justiça”.

#### HABEAS CORPUS N.º 45.829 – RS

Luís José de Melo, comerciante, homem casado e pai de oito filhos, estuprou menor de menos de treze anos (sic). Atraindo-a para sua casa de negócio com outra irmã para comprar algo, ele a fez ingerir cachaça, pondo-a em estado de não poder se defender e praticou o estupro.

Mediante esses fatos, fora preso. Mas, não obstante, procura o comerciante a Justiça impetrando o presente Habeas Corpus a fim de não ver cerceado seu direito de locomoção. Alega, em primeira instância, nulidade do processo a que respondeu, porque aparentemente não lhe foi oferecida defesa prévia no tríduo legal. Ocorreu que seu advogado dativo, por “ouvir mal as palavras do escrivão”, deixou de apresentar, no tríduo, defesa prévia. Mas, suscitou esse argumento somente nas razões finais.

Em 1ª instância foi condenado à pena de reclusão de quatro anos e dois meses de reclusão pelo crime do art. 213, cumulado com arts. 224, alínea a e 226, III, do Código Penal. O Tribunal de Justiça em grau de recurso e com base nas provas dos autos e no argumento de que a pena foi bem dosada, rejeitou a apelação, pois se a defesa prévia não foi apresentada, tal falta deve ser imputada ao próprio réu.

No Supremo Tribunal Federal, em 1º de outubro de 1968, todo o voto proferido pelo Ministro Relator Adalício Nogueira foi: “Denego o Habeas Corpus, porque o fato é desses que impressionam a consciência jurídica dos juízes e impõe que ao mesmo se aplique a pena mais severa”. (grifo nosso)

Tal decisão foi aceita unanimemente pelos Ministros da Casa, indeferindo o pedido.

#### COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

Indubitavelmente, trata de caso que “impressiona a consciência jurídica”, sendo repudiado pela sociedade e pelo ordenamento jurídico a violência sexual, principalmente contra menor indefesa.

Entretanto, no que tange a exata letra do voto do Ministro Relator no qual o único fundamento fora o

repúdio ao crime, mediante o princípio da motivação, não deveria ter havido a apresentação de pelo menos um argumento jurídico?

Apura-se que agiu o Ministro arbitrariamente por não ter ao menos argüido sua sentença, transparecendo nela sua convicção pessoal de que o ato foi ofensivo à moralidade e à sociedade.

Poderiam alegar que o acórdão fora fundamentado no Código Penal, mas essa alegação é infundada pois utiliza o argumento legal apenas para tipificar o crime e não para tratar da real matéria do caso, isto é, a nulidade do processo.

Pode-se indagar se o magistrado não haveria, através da mera elucidação dos casos, se pré-posicionado em relação a eles, tendo julgado de forma desvirtuada e condicionando os seus argumentos a uma prévia conclusão.

#### HABEAS CORPUS N.º 45.692-SP E HABEAS CORPUS N.º 46.499-GB

O Habeas Corpus de n.º 46.499 relata que João Vítor da Silva foi condenado, em primeira instância, pelo crime previsto no art. 155, §4º, inc. II e IV do Código Penal cumulado com art. 51, §2º, também do mesmo. O Tribunal de Justiça da Guanabara fixou, em grau de apelação, pena de três anos e seis meses de reclusão.

Alega-se neste habeas corpus que a pena foi aplicada de forma demasiadamente rigorosa e, para atenuá-la, invoca o art. 155, §2º do Código Penal. O Ministro Eloy da Rocha, para fundamentar seu voto que recusou o pedido, em julgamento datado de 24 de fevereiro de 1969, argumenta que “não é possível, em habeas corpus, fazer a revisão de fixação da pena, que o impetrante pretende. Nem é aplicável, em princípio, nesse processo o benefício do art. 155, §2º do Código Penal”. Essa decisão foi aceita por todos os Ministros.

No Habeas Corpus de n.º 45.692, Felipe Menon, homem sexagenário, pai de quinze filhos, impelido por ciúmes infundado, principalmente, porque sua mulher se recusava a manter relações sexuais com ele, a mata (uxoricídio) com facadas em janeiro de 1967.

O Júri reconhece a semi-responsabilidade do réu, com base no art. 22, parágrafo único do Código Penal. O Juiz de 1ª instância, sem fixar a pena-base, ou seja, infringindo o art. 50 do Código Penal, fixa a pena em onze anos de reclusão.

Em grau de recurso, contestou o paciente a injustiça da pena aplicada, o desrespeito à regra constante do art. 50 do Código Penal e a aplicação indireta de pena de prisão perpétua, por ser o réu sexagenário. O Tribunal de Justiça calculou a pena de dez anos.

Em 17 de setembro de 1968, julga o Supremo Tribunal essa ação, decidindo unanimemente pela concessão da medida. O Ministro Evandro Lins, em seu voto, ressalta que tendo a pena-base se aproximado do mínimo, por ser o réu primário, a redução deveria atender ao mesmo critério. E ainda que “embora não se corrija a pena, via de regra, por meio de habeas corpus, uma vez que todos os dados estão postos na própria decisão, não há como deixar de considerar que o problema não é de prova, mas de ordem legal (...). Aqui as conseqüências da pena também hão de ser atendidas e não apenas as conseqüências do crime”.

Destarte, julgando esse caso de forma excepcional, reformulou-se a pena, diminuindo-a para um total de cinco anos e, com isso, concedendo a ordem.

## COMENTÁRIOS AOS ACÓRDÃOS

A matéria tratada nos dois casos é a mesma: revisão de pena. Entretanto, no primeiro caso, como apontado, foi refutada a revisão por ser o mecanismo utilizado, incorreto. Entretanto, no segundo acórdão, julgado pela mesma Corte, deu-se interpretação diversa ao mecanismo, permitindo-se a revisão da pena.

Esses casos semelhantes foram julgados de forma diferente. O que motivou tais diferenças? Para respondermos a essa pergunta, teríamos que pesquisar os fatores que influenciaram os juízes. Assim, utilizando-se do seu poder discricionário, permitido pelo ordenamento, foram escolhidas duas formas diferentes para fundamentar casos semelhantes, alcançando, entretanto, sentenças distintas.

Com isso, podemos refletir que, mesmo não sendo arbitrário, poderão ser atingidas duas conclusões possivelmente antagônicas, pois poderá o magistrado direcionar seus argumentos como bem lhe convier em nome e mediante permissão do princípio da motivação.

### RECURSO DE HABEAS CORPUS N.º 45.272 – SP

Antônio Vilhena de Sá e João Gomes respondem a processo por infração ao art. 229 do Código Penal, ou seja, lenocídio. A polícia deu uma batida no Hotel Broni, de propriedade dos réus, e encontrou hospedados três casais que não eram nem sacramentados pela lei civil e nem pela lei eclesiástica.

O Tribunal de Justiça de São Paulo refutou o pedido de habeas corpus tendo como fundamento o fato de que estando o hotel licenciado é entendido que nele se explora a sua atividade normal e não concupiscência alheia. Como voto vencido, tivemos o Desembargador Marrey para quem não ficou comprovado que se trata realmente de casa de prostituição. Alega ele: “realmente, não se pode conceber como casa de prostituição hotel devidamente licenciado, em que a Polícia dá uma batida, vai a cada quarto, pede certidão de casamento, prende casais e, depois, deixa o hotel aberto”.

Em 22 de março de 1968, julga o Supremo Tribunal a presente ação, tendo decidido conceder a ordem, apontados como votos vencidos os Ministros Thompson Flores e Eloy da Rocha.

Para o Ministro Hermes Lima, relator da presente causa, “não há no mundo (...) hotéis que não recebam casais. É uma moralização formal do hotel que estamos querendo fazer”. Com isso, concede a ordem. O Ministro Gonçalves de Oliveira, que também concede a ordem, assim o faz com base no seguinte argumento: “entendo que o hotel, estando licenciado, não é uma casa de tolerância e a Polícia não pode, por este motivo mesmo, percorrer os quartos para exigir certidão de casamento dos hóspedes”.

O Ministro Thompson Flores, junto com o Ministro Eloy da Rocha, recusaram a ordem, pois visualizam no caso dois fatos distintos: (1) o de que a simples concessão da licença para o funcionamento do hotel baseia-se na boa-fé do dono do mesmo e que (2) o lenocídio é causa do uso desvirtuado da licença. “A paga do imposto, não seria, evidentemente, para manter casa de prostituição. O que seria imoral, mas para o hotel; porém deturpa a licença obtida e é pelo fato do desvirtuamento que se verifica a tipicidade referente ao art. 229”. Não cabe ao Poder Judiciário fiscalizar se a Polícia deixou o hotel aberto e se consentiu na prática o lenocídio. Caso haja esse consentimento, ele por si não descaracterizará a infração penal.

### COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO

A sociedade de 1968 e 1969 dava definições diversas das atuais no que se refere a conceitos como, por exemplo, “moralidade”, entre outros. Desta forma, suscita o acórdão duas situações fáticas diferentes: (a) a primeira baseada na premissa de que, tendo a polícia permitido a permanência do funcionamento do

hotel, não haveria o crime de lenocídio, por parte dos réus; (b) e uma segunda pela qual, não há uma relação direta entre o funcionamento do estabelecimento e o crime.

Proibir a frequência de casais não sacramentados pela lei, seria realizar uma “moralização formal” do hotel. Talvez, em acordo à época, teria a polícia agido da forma como a sociedade idealizava o funcionamento dos hotéis.

Esteve o Judiciário restringindo a atuação administrativa, em razão de concepções “pessoais”, dando uma interpretação subjetiva à “moralidade” por não existir prévia definição legal, abrindo espaço para a discricionariedade e tendo, inclusive, os próprios Ministros dessa Corte divergidos sobre seu significado.

Assim, com base na sua conceituação de “moralidade” o Supremo Tribunal Federal agiu de forma discricionária utilizando normas diferentes para fundamentar suas decisões e, conseqüentemente, encontrando duas soluções diferentes, em sua argumentação.

## CONCLUSÃO

“Minhas concepções são preconcebidas, acho.”

“Os juízes também estão simplesmente fazendo seu serviço. Fazendo o melhor que podem. Alguém tem que decidir, então você decide. Você decide mesmo que esteja secretamente convencido de que várias pessoas por quem você passa na rua a caminho do trabalho poderiam fazer coisa melhor em situações específicas. Você decide. A princípio fica aterrorizado com a hipótese de cometer um erro. Por fim, acaba sabendo que vai cometer erros com frequência, que isso é esperado, que não haveria necessidade de tribunais de apelação se os juízes fossem infalíveis. Por isso você decide. Humildemente. Humanamente. Você faz seus serviços.”

Trechos de um romance[21] baseado em acontecimentos da vida real, trazem a função exercida por um magistrado na sociedade ao julgar; ao dar a última palavra num caso concreto. Afinal, o magistrado impõe a sua vontade baseada na lei perante a vontade das partes envolvidas na lide.

Perante a sociedade, o magistrado possui legitimidade por pertencer ao Poder Judiciário, cuja função clássica é a de julgar. Dentro desse Poder, suas decisões são autônomas, com a ressalva de obediência ao limite formal de fundamentação das sentenças.

Apesar da fundamentação, nada impede que as motivações pessoais levem a decisões díspares daquelas requisitadas pelo ordenamento e perseguidas pelos “justos”. Em nome do princípio da eficiência, por exemplo, pode-se levar a conclusões que divirjam da ética ou moralidade do homem médio. Em nome da moralidade, poderão ser apreendidas exemplares de determinada Revista por contraporem-se, pelo menos subjetivamente, aos “bons costumes”.

O juiz ao se deparar com um novo caso, formula inconscientemente uma decisão com base na sua formação e experiência de vida e busca no direito mera fundamentação. Ser humano como é, será suscetível a influências externas e internas no momento do julgamento.

Desta forma, o magistrado estará sendo discricionário, permitido pelo ordenamento, porém não arbitrários. Não podemos pedir absoluta imparcialidade de um juiz, pois até aspectos sentimentais podem influir em suas decisões. O silogismo, por si só, é impossível de ser realizado. Afinal, como diria o Professor Miguel Reale[22], o direito é fato, valor, e norma, sendo o segundo um aspecto essencial.

Não estamos defendendo que a influência de aspectos subjetivos na interpretação é uma metodologia correta, pois buscamos ainda um juiz imparcial em nome da segurança jurídica. Mas, não podemos negar que isso ocorra.

Como observado na jurisprudência, parte do Judiciário se encontra conscientizada dessa premissa. No entanto, há ainda outra que reluta em aceitar que haja uma restrição do seu poder de julgar com base em suas próprias convicções.

Por fim, pelos casos aqui expostos, se não se pôde provar espera-se que tenha possibilitado uma reflexão acerca de tema extremamente controvertido e delicado à própria “classe” magistral, cuja ação é determinante ao funcionamento do Estado.

#### BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Marcio Ioro. Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais. São Paulo. Atlas. 1999.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo. Saraiva. 1996.

BOBBIO, Norberto, Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant, Brasília, UnB, 1992.

Black's Law Dictionary e Arnaud, André-Jean, Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Portugal. Livraria Almedina.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo. Martins Fontes. 2002.

Ferraz Jr, Tércio Sampaio., Interpretação e estudos da Constituição de 1988. São Paulo. Atlas. 1990.

FRANK, Jerome. Law and the modern mind, Gloucester, Peter Smith, 1970

GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo. Malheiros. 2001

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha. Porto Alegre. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Discricionariedade e controle judicial. São Paulo. Malheiros. 1992.

REALE, Miguel..Lições Preliminares do Direito. São Paulo. Saraiva. 2002.

TUROW, Scott. Erros irreversíveis. São Paulo. Record. 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Constituição e sua reserva de Justiça. São Paulo. Malheiros. 1999.

---

[1] Art. 93, inc. IX – “fundamentação das decisões”

[2] Tal como a conhecemos atualmente, com a sua nova redação advinda das constantes emendas adicionadas a ela.

[3] José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Portugal. Livraria Almedina, p. 1143

[4] Ronald Dworkin. Levando os direitos a sério. São Paulo. Martins Fontes. 2002. p 36

[5] Ob. Cit., p 47

[6] Konrad Hesse. Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha. Porto Alegre. 1998.

[7] Black's Law Dictionary e André-Jean Araud, Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito.

[8] Celso Antônio Bandeira de Mello. Discricionariedade e controle judicial. São Paulo. 1992

[9] Montesquieu. O espírito das leis, Livro Décimo Primeiro, Capítulo VI.

[10] Ele possuía uma filha esquizofrênica e, para tentar “curá-la”, entregou-a a um novo médico que trabalhava com psicanálise, Freud. Intrigando com esse novo pensamento, começa a estudar o direito do ponto de vista da psicanálise.

[11] Ver capítulo anterior

[12] Apesar de não ser admitido analogia no âmbito penal.

[13] Opinião de Oscar Vilhena Vieira; Heidi Li Feldman; entre outros.

[14] FRANK, J., Law and the modern mind, p. 108

[15] Ob. Cit., p. 113

[16] VIEIRA, Oscar Vieira; A Constituição e sua reserva de justiça, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 188

[17] Referência: RHC n.º 45.883; RHC n.º 45.654; RHC n.º 45.652; RHC n.º 45.904; RHC n.º 46.036; RMS n.º 19.087; HC n.º 45.498; HC n.º 46.272; HC n.º 46.448; RHC n.º 44.215; RMS n.º 17.093; HC n.º 45.403; RHC n.º 45.790; MS n.º 17.741; RE n.º 64.209; e os trabalhos na monografia.

[18] Ob. Cit., p. 113

[19] É evidente que esse controle só pode se dar pela conscientização do magistrado, pois apenas com essa conscientização é que poderemos tentar buscar de forma mais clara o valor “justiça”.

[20] Norberto Bobbio, Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant, Brasília, UnB, 1992

[21] TUROW, Scott, Erros irreversíveis, São Paulo. Record. 2003, p. 346

[22] Miguel REALE, Lições Preliminares do Direito, São Paulo, Saraiva, 2002.