

## Lendo uma decisão: *obiter dictum* e *ratio decidendi*. Racionalidade e retórica na decisão.

Conrado Hübner Mendes

### I. Descrição da aula

**Objetivo didático:** Argumentação judicial 1: *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

**Pergunta-síntese:** Como extrair de uma decisão a regra jurídica por ela criada?

**Sub-perguntas:** Até onde podemos generalizar uma determinada decisão para casos futuros? A *ratio decidendi* deve estar expressa na ementa?

**II. Leitura exigida:** a) RMS n. 18.534 – SP / STF (Rel.: Min. Aliomar Baleeiro, 01/10/1968); b) RE n. 153.531 – SC / STF (Rel.: Min. Francisco Rezek, 13/03/1998).

### III. Introdução ao tema

#### ***Ratio decidendi* e *obiter dictum***

O texto de uma decisão judicial é a maior demonstração do raciocínio jurídico em operação, da aplicação do direito ao caso concreto. Um ato complexo, que mistura uma cuidadosa análise do significado das disposições normativas abstratas e um exame das peculiaridades da situação real. Esse ato de ligação de uma hipótese normativa a um fato para que se produza os efeitos juridicamente previstos chama-se *subsunção*. O juiz não faz isso friamente, como um matemático que lida com fórmulas e equações. É preciso que ele expresse textualmente os passos deste percurso intelectual, formule um juízo racional. Para tanto, ele dispõe, sobretudo, de *argumentos*, sua grande ferramenta de trabalho.

Carlos Maximiliano criou uma imagem ilustrativa para este ofício:

“Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim o magistrado: não procede como insensível e frio aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar, com a matéria-prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autômato; e, sim, árbitro da adaptação dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social”.<sup>1</sup>

Várias modalidades de argumento podem ser encontradas no texto de uma decisão. Cada um tem peso relativo na composição do conjunto, da cadeia argumentativa. Nos sistemas jurídicos de *common law*, nos quais os julgados constituem precedentes que se aplicam a casos futuros, desenvolveu-se uma técnica especial de classificação dos argumentos judiciais. Como uma sentença é um texto discursivo, foi necessário criar um mecanismo conceitual que separasse “o joio do trigo”, discernisse os argumentos que se generalizam daqueles circunstanciais, pertinentes somente ao caso concreto. A tentativa foi a de tornar o estudo dos precedentes uma atividade mais racional, uma técnica que discipline o diálogo entre operadores do direito sobre a jurisprudência. Foi assim que lá se construiu a doutrina dos precedentes.

O juiz, no processo de subsunção, articula diversas espécies de razões. Cada uma destas razões desempenha um determinado papel, possui um certo grau de relevância no todo. Há aquelas fundamentais para a decisão. Outras cumprem papel subsidiário. Outras, ainda, são pura retórica, absolutamente secundárias. Não se pode perder de vista, porém, seu valor argumentativo, simbólico, emocional.

A doutrina jurídica dos sistemas de *common law* criou um código para facilitar este sopesamento de razões. Existem razões que compõem a *ratio decidendi* (ou *holding*). Correspondem aos fundamentos definitivos para decidir, à prescrição que pode ser aplicada a casos futuros. Há um segundo grupo chamado de *obiter dictum*. Estes são os componentes marginais ao argumento geral, coisas ditas a propósito do caso concreto em si e que não lhe transcendem, nem alcançam os casos futuros. Localizam-se na periferia da decisão.

---

<sup>1</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 59

Como encontrar a fronteira entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*? Esta fronteira é construída de maneira argumentativa, empreitada nem sempre incontroversa. No campo da interpretação constitucional, que geralmente lida com linguagem abstrata, de alto teor moral, raramente se granjeará um absoluto consenso. Constantemente haverá uma zona nebulosa na qual não se obterá nenhum acordo. Nestes casos difíceis, o bom jurista faz muita diferença. Deve possuir pleno domínio sobre a técnica de determinar em qual dos dois terrenos determinada razão se encaixa. É a arte do argumento e da análise. A cada situação nova que surgir, os precedentes com potencial para influenciar a respectiva decisão (*rule the case*) merecerão sempre um reexame. O *dictum* de hoje pode se transformar na *ratio decidendi* de amanhã? Talvez. Depende da inteligência e da criatividade do intérprete.

Não raro, as decisões judiciais e os textos jurídicos em geral são dotados de uma acentuada carga retórica. A leitura rigorosa destes textos requer que sejamos vacinados contra estes expedientes sedutores. Por trás das palavras, jazem conceitos. Estes podem ser bem ou mal aplicados. O bom arrazoado jurídico não é aquele que possui maior qualidade literária, mas o que consegue relacionar os conceitos adequados na medida exata ao caso concreto. Tentaremos, nesta aula, começar a explorar esta habilidade intelectual imprescindível na prática jurídica. E vamos levá-la conosco para todas outras aulas do programa desta oficina e para o resto do curso de direito.

Uma decisão judicial pode nos agradar. Muitas vezes concordamos absolutamente com a solução dada para um problema jurídico. Nem por isso, no entanto, devemos deixar de verificar a qualidade de sua fundamentação, deixar de reivindicar, dos juízes, a consistência conceitual. Podemos identificar deliberações que são dignas de respeito, que mostram um esforço sincero de busca do melhor argumento, mesmo que não concordemos com ela. Saber se o juiz chegou à decisão certa e demonstrar isso por meio de uma equação precisa é algo que nem os mais virtuosos teóricos conseguirão fazer. Até os ministros do STF discordam sobre qual a posição mais compatível com a Constituição. É por isso que existem votos vencidos. Todos os ministros foram nomeados por “notório saber jurídico e reputação ilibada”, como prescreve a Constituição. No entanto, discordam. Isso é curioso, sinal de que o direito não fornece uma única resposta certa para os problemas que se lhe apresentam.

Não podemos exigir que o juiz tome a decisão certa, se não temos como demonstrá-la. Não entenda, todavia, que devemos aceitar qualquer coisa, ou obedecer, calados, a qualquer decisão judicial. Podemos pedir que ele nos apresente um argumento forte, bem trabalhado, concatenado logicamente, que faça uma meticulosa análise não apenas das concepções teóricas pertinentes, mas também que dissequie todas as peculiaridades do caso concreto. Devemos exigir coerência e sinceridade, armas eficientes contra uma cultura jurídica preguiçosa e displicente, que aceita qualquer tipo de argumento.

Carlos Maximiliano previu algumas condições para, nas palavras dele, o “uso eficiente dos julgados”. As disposições II e III abaixo têm relação direta com o tema deste estudo dirigido. Outras serão melhor aproveitadas em outras aulas deste programa. Mas vale a pena conferi-las em seu conjunto:

I. “A jurisprudência auxilia o trabalho do intérprete; mas não o substitui, nem dispensa. Tem valor, porém, relativo”. ...

II. “É certo que o julgado se torna fator de jurisprudência somente quanto aos pontos questionados e decididos, não quanto ao raciocínio, exemplificações e referências. Votam-se conclusões apenas; só estas constituem precedentes”.

III. “Não basta, entretanto, saber da existência de um acórdão, para o adotar e invocar. Além de confrontar decisões várias, estudem-se os respectivos *consideranda*. O julgado vale, sobretudo, pelos seus fundamentos; o que não é solidamente motivado e conclui sobre razões vulgares, fúteis e contrárias aos princípios, não tem importância alguma, não está na altura de documentar trabalhos forenses, embora da sua insubsistência teórica não deflúa a inocuidade da sentença; ao contrário, esta, enquanto não reformada, prevalecerá. Aresto não bem fundamentado é simples afirmação; e em Direito não se afirma, prova-se. Uma data de acórdão não é argumento”.

IV. “Uma decisão isolada não constitui jurisprudência; é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser uniforme e constante. Quando esta satisfaz os dois requisitos granjeia sólido prestígio, impõe-se como relevação presuntiva do sentido geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época; deve ser observada enquanto não surgem razões muito fortes em contrário: *minime sunt mutanda...* – ‘altere-se o menos possível o que teve constantemente determinada interpretação’”.

V. “O acórdão unânime sobreleva em prestígio aos que provocaram votos divergentes. Pouco vale o fruto da maioria ocasional”.

VI. “A interpretação judicial distingue-se da autêntica por não ter efeito compulsório senão no caso em apreço”... “Quantas vezes se observa achar-se no voto vencido, de alto juiz, ou na sentença reformada, do pequeno, do novo, estudioso e brilhante, a boa doutrina, tímida, isolada, incipiente hoje, triunfantes, generalizada, amanhã!”

VII. “Entretanto, sem estudo sério, motivos ponderosos e bem examinados, não deve um tribunal superior mudar a orientação dos seus julgados; porque da versatilidade a tal respeito decorre grande abalo para toda a vida jurídica da circunscrição em que ele exerce autoridade. É preciso que os interesses privados possam contar com a estabilidade: *judex ab auctoritate rerum perpetuo similiter judicatarum, non facile recedere debet* – ‘não deve o juiz com

facilidade afastar-se da autoridade dos casos constantemente julgados de modo semelhante”<sup>2</sup>.

Façamos um exercício prático de identificação (ou construção) do *obiter dictum* e da *ratio decidendi*. Ele serve como exemplo sintético e bastante simplificado do que tentaremos fazer ao enfrentarmos as questões propostas em seguida.

Lançamos mão de um conhecido julgamento do Supremo Tribunal Federal, no qual se analisou a constitucionalidade da prática cultural denominada “Farra do Boi” (Recurso Extraordinário n. 153.531). Basicamente, dois posicionamentos se confrontaram. O embate ocorreu em torno de dois valores constitucionais: cultura e meio-ambiente. O Min. Francisco Rezek, voto vencedor, posicionou-se contra a prática cultural:

“Este é um daqueles processos em que determinadas sombras metajurídicas vêm ao espírito do juiz e importam risco grave. ... As duas tentações que podem rondar o julgador e que devem ser repelidas para um correto exame da controvérsia são, primeiro, a consideração metajurídica das prioridades: por que, num país de dramas sociais tão pungentes, há pessoas preocupando-se com a integridade física ou com a sensibilidade dos animais?” ...

“Não posso ver como juridicamente correta a idéia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso”. ... “Abstraídas as considerações metajurídicas que poderiam levar à crítica irônica da ação e, agora, do recurso extraordinário, o que temos é um claro caso de ação civil pública idônea, como a prevê a lei, para um fim legítimo. ... Claros os fatos como se passam a cada ano, essa prática se caracteriza como ofensiva ao inciso VII do art. 225 da Constituição...”.

O Min. Maurício Corrêa pediu vista do processo. Depois, com base numa ampla pesquisa que realizou na literatura antropológica sobre a “Farra do Boi”, votou no sentido contrário:

“Indago: seria possível coibir o folclore regional denominado ‘Farra do Boi’, com fundamento no preceito constitucional supra-mencionado, quando a Constituição Federal em seu art. 215, § 1º, assegura que ‘o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais’, e ‘protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional’? É possível coibir a prática da ‘Farra do Boi’ quando a Carta Federal, em seu art. 216, pontifica que ‘constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e

---

<sup>2</sup> *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 183

imaterial, tomadas individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira? Penso que não”.

“Não há antinomia na Constituição Federal. Se por um lado é proibida a conduta que provoque a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, por outro lado ela garante e protege as manifestações das culturas populares, que constituem patrimônio imaterial do povo brasileiro”. Depois, faz longo recenseamento de estudos antropológicos sobre a farra do boi e conclui: “Como se depreende, a manifestação popular dissentida pelos autores é uma tradição cultural regionalizada, e, como manifestação cultural há de ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215, § 1º, da CF), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos – os açorianos – formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF)”.

“Ora, subverter um preceito constitucional que estabelece a vedação da prática de crueldade a animais – por ser regra geral –, para o fim de produzir efeitos cassatórios do direito do povo do litoral catarinense a um exercício cultural com mais de duzentos anos de existência, parece-me que é ir longe demais, tendo em vista o sentido da norma havida como fundamento para o provimento do recurso extraordinário. Não vejo como, em sede extraordinária, se aferir que as exacerbações praticadas por populares na realização desse tipo de cultura, que implicam em sanções contravencionais, possam ser confundidas com essa prática cultural que tem garantia constitucional. Isso é uma questão de polícia e não de recurso extraordinário”.

“Desta forma, como costume cultural, não há como coibir a denominada “Farra do Boi”, por ser uma legítima manifestação popular, oriunda dos povos formadores daquela comunidade catarinense. Os excessos, esses sim, devem ser reprimidos, para que não se submetam o animal a tratamento cruel. Mas esta é outra história”.

O Min. Néri da Silveira, em apoio ao voto do Min. Rezek, que foi vencedor, somou alguns argumentos:

“A cultura pressupõe desenvolvimento que contribua para a realização da dignidade da pessoa humana e da cidadania e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Esses valores não podem estar dissociados da compreensão do exercício dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional, assim como previsto no art. 215, suso transcrito”. ...

“Entendo, dessa maneira, que os princípios e valores da Constituição em vigor, que informam essas normas maiores, apontam no sentido de fazer com que se reconheça a necessidade de se impedirem as práticas, não só de danificação ao meio-ambiente, de prejuízo à fauna e à flora, mas, também, que provoquem a extinção da espécie ou outras que submetam os animais à crueldade”.

A partir destas breves passagens, podemos construir diferentes *ratio decidendi*, com níveis de generalização diversos. Uma *ratio* muito específica se aplicaria a caso futuro somente se este fosse absolutamente igual em suas circunstâncias fáticas. Não seria um precedente tão útil, pois os acontecimentos da vida sempre têm especificidades. Por meio de uma *ratio* muito genérica, de outro lado, qualquer conflito entre cultura e meio-ambiente teria de ser resolvido pela decisão final do acórdão, que optou pela prevalência do valor ambiental. Talvez seja uma utilização arbitrária do precedente, pois os argumentos dos votos levam em conta, para chegar à decisão, circunstâncias muito específicas do conflito entre a prática cultural e a violação ambiental em jogo. Nenhum dos extremos parece razoável. Qual nível intermediário seria adequado?

O exercício é delicado. Deve-se cortar, na medida exata, os fatos do caso concreto que não se generalizam, e preservar aqueles que são fundamentais e que se prestam como parâmetros jurídicos para situações semelhantes. Estamos montando, peça por peça, a partir de uma decisão específica, uma hipótese normativa abstrata. De uma decisão concreta passada, temos de extrair uma orientação geral para o futuro. É uma espécie de exercício de adivinhação. Assumimos que o tribunal é coerente em sua jurisprudência. Como ele se posicionaria em outros casos que contenham problemas jurídicos similares?

Podemos, num exercício de tentativa e erro, de aproximação sucessiva, relacionar os valores constitucionais do meio-ambiente e da cultura com gradações diferentes. Chegamos a um conjunto de hipóteses. Depois, verificamos qual se adaptaria mais à decisão. Várias perguntas podem nos auxiliar a encontrar a *ratio decidendi* e o *obiter dictum*.

Só a fauna está subentendida na discussão? E a flora? Só o meio-ambiente natural? E o artificial (meio-ambiente urbano, p. ex.)? E as manifestações culturais dos índios que causem danos à vegetação? E a dos quilombolas? Se ocorressem apenas "abusos avulsos", conforme disse o Min. Rezek, a decisão seria diferente? Pelo voto do Min. Corrêa, pode-se depreender que qualquer prática cultural deve ser assegurada pelo Estado, às custas de outros valores constitucionais? E a crueldade contra animais efetuada para o progresso científico, como a contaminação de ratos para se testar vacinas?

Os conselhos de Carlos Maximiliano talvez nos ajudem:

II. "É certo que o julgado se torna fator de jurisprudência somente quanto aos pontos questionados e decididos, não quanto ao raciocínio, exemplificações e referências. Votam-se conclusões apenas; só estas constituem precedentes".

III. "Não basta saber da existência de um acórdão para adotar e invocar. Estudem-se os respectivos *consideranda*".

Quais são os *consideranda* (premissas fáticas e normativas para se alcançar a decisão) dos votos do Min. Rezek e do Min. Corrêa? Quais os pontos decididos, que servem como precedentes? Quais são meras exemplificações? Qual será, enfim, a *ratio decidendi* da decisão?

Proporemos a que consideramos mais adequada, sob a condição de que você verifique sua pertinência, seja para concordar e defender, seja para elaborar uma melhor. A decisão tem a seguinte *ratio*: prática cultural que exponha, sistematicamente, animais à crueldade, é inconstitucional. O direito cultural não pode transpor, a tal ponto, a proteção constitucional dos animais. A decisão não nos dá orientação acerca das outras dimensões do valor ambiental. Não é, portanto, um precedente útil para se discutir eventual dano que uma prática cultural imponha à flora. Esta *ratio decidendi* já foi aplicada em caso posterior:

#### Briga de Galo

Deferida medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República para suspender a eficácia da Lei 2.895/98, do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza a realização de competições conhecidas por "brigas de galo". Ao primeiro exame, o Tribunal reconheceu a conveniência da suspensão cautelar da Lei impugnada pela relevância das arguições de inconstitucionalidade formal e material por ofensa ao inciso VII do § 1º do art. 225 da CF - que atribui ao poder público o dever de proteger a fauna e veda, na forma da lei, as práticas que submetam os animais a crueldade. A aferição da natureza da lei a que alude o referido preceito constitucional - se federal ou estadual - e do alcance desta para permitir as práticas que submetam os animais a crueldade será feita no julgamento de mérito da ação. Precedente citado: RE 153.531-SC (DJU de 13.3.98). ADInMC 1.856-RJ, rel. Min. Carlos Velloso, 3.9.98.

Algumas questões controversas permanecem. Como um julgamento colegiado se realiza pela soma de uma pluralidade de votos, é possível que os votos que compõem a maioria alcancem uma mesma decisão, mas com *ratios* diferentes. Há uma convergência unicamente na decisão final, no dispositivo. Neste caso, qual será a *ratio* do acórdão? Ou seria este um acórdão pouco promissor para constituir um precedente sólido, uma combinação desarticulada de argumentos diferentes, que circunstancialmente alcançaram uma mesma decisão?

A *ratio*, como vimos, compreende todas as mediações argumentativas para se promover a subsunção. Pode haver unanimidade na decisão final. Por exemplo: "a Lei X é inconstitucional porque viola o princípio da separação de poderes". Mas cada ministro pode dar uma razão diferente para alcançar esta conclusão, ou manipular diferentes concepções de separação de poderes.

Esta leitura crítica não é em vão. Assim como se interpreta a Constituição, a lei e outras normas jurídicas gerais e abstratas, pode-se também interpretar a jurisprudência e dela extrair uma orientação normativa, uma prescrição. Quais as diferenças entre a interpretação da constituição e a interpretação da jurisprudência constitucional? As categorias da *ratio decidendi* e do *obiter dictum* são categorias exclusivas para se interpretar julgados? É possível imaginar técnica parecida para interpretar uma lei? Uma lei também não tem uma *ratio* de fundo? Este é um esforço que teremos de fazer: identificar as semelhanças e dessemelhanças entre o ato de interpretar um conjunto de decisões judiciais e o de interpretar um leque de disposições normativas abstratas.

Já pudemos começar a perceber dificuldades próprias à interpretação de jurisprudência. Decifrar uma racionalidade comum em várias decisões espalhadas requer técnica e método. Fazer a aplicação das regras abstratas a um caso concreto, também. Bom exemplo disto são as decisões judiciais. Mas não se confunda estes dois planos. Uma coisa é a decisão judicial que nos demonstra a aplicação do direito sendo efetivada. Outra é a busca, num emaranhado de sentenças e acórdãos, de precedentes que nos orientem nos casos futuros. Na primeira hipótese, a decisão é mero exemplo. Tem valor didático. Na segunda, busca-se nos precedentes judiciais uma fonte do direito.

#### IV. Exercícios

1) O voto do Min. Aliomar Baleeiro, que obteve maioria, afirma que a “sociedade tem o direito de defender-se do obsceno e repugnante” e de preservar as crianças e adolescentes destas “influências deletérias”, que excitam a lascívia depravada e fere “padrões de decoro da comunidade”, incentivam o “cultivo de paixões más”, promovem o “comércio de torpezas”. Admite que o conceito de “obsceno” e “imoral” é condicionado ao local e à época e que ainda não haveria na jurisprudência do STF *standards* claros e seguros a respeito desta linha divisória. Ao final, porém, concede a segurança, com algumas ressalvas. Prevaleceu a liberdade de expressão, apesar de o voto ter feito longas considerações bastante moralistas. Seguiram este voto os Min. Adalício Nogueira, Evandro Lins e Silva e Oscar Corrêa Pina. Vale a pena fazer uma leitura minuciosa do voto. Seleccionamos abaixo alguns trechos marcantes. Tente verificar se constituem *obiter dictum* ou *ratio decidendi*.

a) “O tratamento diferencial aplicado à revista da recorrente está a bradar pela necessidade de padrões uniformes na censura de publicações, filmes...”. ... “o padrão moral do país é um só”.

b) “Entendo que há direito líquido e certo de alguém expor e defender livremente seu pensamento, respondendo pelos abusos que cometer”.

c) “Concedo que, no exercício do poder de polícia, a autoridade, ..., pode apreender a publicação evidentemente pornográfica, obscena ou contrária aos

bons costumes, ..., sem nenhum propósito de divulgação científica, artística, educacional ou literária”.

d) Houve “pasmosa condescendência” diante de decisão que “tolerou o tráfego postal de revistas especializadas para homossexuais”.

e) “... a obra controversa deve ser analisada em seu todo (e não em trechos isolados) do ponto de vista do cidadão médio. É o padrão moral deste, e não do juiz, o metro de aferição”.

f) “Concluindo, pervaguei a vista pelo exemplar de Realidade anexo aos autos – o que foi objeto da apreensão – e não lhe atribuo o caráter de publicação obscena, imoral, sórdida ou contrária aos bons costumes. A linguagem é decorosa, a exposição se fez em tom alto e não encontrei apologia ao vício, da anomalia ou mesmo da irreverência, enfim nenhum juízo de valor que se possa considerar anti-social”. “ Não há ofensa aos padrões atuais do Brasil ou de qualquer país”... (\*O juiz parece se portar como um preceptor moral da sociedade. Se a lei lhe atribui esta competência, há como ser diferente?)

g) “Para assim julgar, não necessito de exame pericial... – julgo como homem de meu tempo e de meu país”.

Durante o diálogo com o Min. Evandro Lins:

h) “Base legal tem, não há nenhuma dúvida. O problema é saber se isto é obsceno. Em tese, o juiz poderia fazer o que fez”.

i) “Não podemos, também, entregar isso ao arbítrio do juiz. Ele tem que atender a certos padrões. ... Como vamos deixar um magistrado apreender a edição de uma revista, pode ser, hoje, a Realidade, pode ser, amanhã, outra qualquer, pode ser o Estado de São Paulo, conforme lhe der na cabeça, segundo sua concepção pessoal ou visão religiosa do que é obsceno?”

j) “Depois, o problema é o seguinte: nós, juízes, que já estamos nos Tribunais, pertencemos a uma reduzida minoria nacional. Os homens de nossa idade representam cópia da pirâmide das gerações. A grande parte dos homens ativos do País, que está trabalhando, pensando, etc., são criaturas de 25, 30, 40 anos, eles têm um modo de concepção de vida diferente da nossa. Não lhes podemos impor os nossos padrões”. (\*Isto é compatível com o trecho acima?)

k) “Em princípio, o que é natural não pode ser imoral”.

l) “O erotismo, em si, não é imoral. Tem base psicológica, de fundo biológico. Agora, por exemplo, deformar os fatos, exagerar o que é natural ou pôr em ênfase, louvor o que é anômalo, vicioso, depravado, isto é, que é, sobretudo, obsceno”. ... “obsceno é o contrário aos costumes bons”.

2) Faça o mesmo exercício com estes trechos do voto do Min. Evandro Lins e Silva, que acompanhou o Min. Baleeiro:

a) "O critério a ser seguido pelo juiz, sobre a caracterização da obscenidade, não deve ser o seu critério pessoal, mas, sim, o critério da maioria, o pensamento médio da população". (\*Para descobrir qual seria o "critério da maioria", o Ministro não poderia encomendar uma pesquisa de opinião pública?)

b) "O que me interessa aqui é exatamente a repercussão social". (\*Em que momentos poderia o juiz decidir por critérios consequencialistas, ou seja, em função das consequências que sua decisão poderia causar?)

c) "É preciso que a obra de arte não seja confundida com o escrito puramente pornográfico, destinado a excitar a luxúria e a sensualidade". (\*Como juiz pode estabelecer os limites do que é arte e o que é a pura obscenidade, sem valor artístico? Não existe obscenidade com valor artístico? Não há arte feita para chocar? O recurso à obscenidade não seria eficiente para tanto?)

d) "Faço uma declaração para o futuro...". (\*O Ministro aproveitou o ensejo para mandar um aviso. Pode fazer isso? Que problemas processuais você imagina que podem existir?)

3) O voto vencido do Min. Themístocles Cavalcanti declara que o número apreendido da *Realidade* não pode ser considerado uma publicação obscena, uma vez que inexistiria critério objetivo para medir esta qualidade. Isso dependeria da formação moral de cada um: "... 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". Apesar disso, sua decisão acabou por negar a segurança, ou seja, considerou constitucional o ato do juiz de primeira instância que apreendeu as revistas. Não há contradição nisto? Explique como isto sucedeu e se a decisão está fundada em boa técnica jurídica.

4) Um "conceito jurídico indeterminado" é aquele que atribui ao juiz discricionariedade para determinar, no caso concreto, o sentido e alcance de uma expressão aberta. O conceito de obscenidade, por exemplo, ao ser previsto em lei, ganhou relevância jurídica. Em função dele, o juiz determinaria, de acordo com sua percepção individual, a apreensão do material considerado obsceno. Segundo a lei, a competência para tanto é do juiz de menores. Assim sendo, caberia nova consideração sobre o mérito de sua decisão por um tribunal superior? Esta técnica interpretativa foi usada pelo Min. Aliomar Baleeiro?

5) A jurisprudência norte-americana serviu claramente de inspiração para o voto do Min. Aliomar Baleeiro. A Suprema Corte tentou, em casos de diferentes épocas, estabelecer um teste de obscenidade, que evoluiu conforme a passagem do tempo. No caso *Roth v. United States*, por exemplo, o teste era determinado pelo “grau de apelo lascivo identificado pelo homem médio no tema dominante do material sob análise tomado como um todo”. O caso *Memoirs* estabeleceu um teste mais sofisticado, dividido em três exigências sucessivas: 1) que o tema dominante do material tomado como um todo apele para um interesse sexual; 2) que o material seja claramente ofensivo, porque viola padrões contemporâneos da comunidade; 3) que o material careça absolutamente de um valor social dignificante. O esforço, portanto, foi por fixar parâmetros objetivos que orientassem os destinatários desta decisão. Estes parâmetros tornam a decisão mais fácil, objetiva e controlável? A decisão do STF adotou procedimento semelhante?