

MagisCultura



Revista de cultura e arte dos magistrados mineiros

Mineira
Outubro de 2023



Palestra:
Desembargador
Luciano Pinto

Prefácio:
Professor
Rodrigo de
Almeida
Magalhães

Raphael de Almeida Magalhães
Toga e tolerância

SUMÁRIO



CAPA

Raphael de Almeida Magalhães nasceu em Vassouras (RJ), em 10 de dezembro de 1866, graduou-se pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (SP), mas fez toda sua carreira de magistrado e docente em Minas Gerais, a partir de Campo Belo, no 'sertão do Tamanduá', sua primeira comarca. Foi nomeado desembargador em 1910 e tornou-se presidente do Tribunal mineiro em 1923, permanecendo no cargo até 1928, quando faleceu.

No Congresso da Magistratura Mineira, realizado em Ouro Preto, em agosto último, foi aclamado como "Patrono da Magistratura Mineira".

Aquarela de Sandra Bianchi.



PREFÁCIO

Um patrono honrado
Rodrigo Almeida Magalhães
4



PALESTRA

Luciano Pinto

Parte I
Toga e tolerância
6



Parte II
A tolerância como dom de si mesmo
24



Parte III
Discernir para tolerar
34



Parte IV
Rumo à terra prometida
49

EDITORIAL

O vigor da tolerância

Há exatamente um ano, lançamos nossa primeira edição histórica, em parceria com a Escola Judicial Edésio Fernandes (Ejef), destacando a trajetória de um dos nossos mais brilhantes magistrados, Hermenegildo Rodrigues de Barros.

Em agosto último, no encerramento do *Congresso da Magistratura Mineira*, lançamos nova edição histórica, desta vez reportando a vida e a obra de outros 18 destacados magistrados e magistradas, pela escrita de pessoas que conviveram com eles e elas e que impuseram aos textos um colorido todo especial, de afeto.

A ampla e positiva repercussão dessas duas publicações de caráter histórico foi tão expressiva que praticamente nos impôs a missão de continuar trilhando essa vereda e ir buscar nos exemplos históricos matéria de reflexão e de inspiração para a magistratura atual. Assim, estamos instituindo com a presente edição a continuidade regular de tais publicações, sob o selo SÉRIE HISTÓRICA.

Para retomar o caminho, a escolha recaiu sobre a trajetória de Raphael de Almeida Magalhães, objeto de magistral palestra do desembargador Luciano Pinto, durante o já citado *Congresso de Ouro Preto*, e aqui reproduzida. Em verdadeira 'aula magna', o desembargador Luciano discorre sobre a inesgotável capacidade de Almeida Magalhães para a prática da tolerância, sempre dentro dos limites da lei e muitas vezes com refinado humor, e se esmera em buscar referências teóricas sobre o tema, ao longo da história universal.

A publicação vem enriquecida com prefácio do advogado Rodrigo de Almeida Magalhães, bisneto do biografado e professor da Faculdade de Direito da PUC Minas e da UFMG.

É publicação para ser lida com prazer e guardada com carinho por todos que atuam e têm apreço pelo Judiciário e, de modo especial, por estudantes de Direito em todos os níveis.


JD Luiz Carlos Rezende e Santos
Presidente da Amagis

MagisCultura
Mineira

Amagis • Diretoria Triênio 2022-2024

Presidente: Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos

Vice-presidente Administrativa: Juíza Rosimere das Graças do Couto

Vice-presidente Financeira: Juíza Roberta Rocha Fonseca

Vice-presidente de Saúde: Juiz Jair Francisco dos Santos

Vice-presidente do Interior: Juiz Lourenço Migliorini Fonseca Ribeiro

Vice-presidente Sociocultural-Esportivo: Desembargador Maurício Pinto Ferreira

Vice-presidente dos Aposentados e Pensionistas: Desembargadora Aposentada
Heloísa Helena de Ruiz Combat

Diretora-secretária: Juíza Ivone Campos Guillarducci Cerqueira

Diretor-subsecretário: Juiz Evandro Cangussu Melo

Diretora de Comunicação: Juíza Daniela Cunha Pereira

Coordenador de Comunicação: Bruno Gontijo (MTb - MG 11008)

Revista de cultura e arte dos magistrados mineiros

ISSN 1984-5081

• **Conselho Editorial:** Juiz Renato César Jardim, Desembargador Gutemberg da Mota e Silva, Desembargador João Quintino Silva, Juíza Aldina de Carvalho Soares, Juiz Fernando Humberto dos Santos, Juiz Jorge Paulo dos Santos, Jornalista Rogério de Faria Tavares (presidente Emérito da Academia Mineira de Letras) e Artista Plástico e Escritor Márcio Sampaio (membro da AML).

• **Editor Responsável:** Jornalista Manoel Marcos Guimarães (JP 1587 / MG)

• **Proj. gráfico e editoração eletrônica:** Rachel GM Magalhães (rachel@belohorizonte.com)

• **Ilustrações:** Sandra Bianchi (sandrabianchi@gmail.com)

• **Impressão:** Rona Editora | **Tiragem:** 3.000 exemplares

• **Envio de textos para publicação:** leia normas na terceira capa

• **Endereço para correspondência:**

R. Albita, 194 . Cruzeiro . Belo Horizonte . MG . CEP 30310-160

Tel.: 31 3079-3453 . E-mail: magiscultura@amagis.com.br

www.amagis.com.br

A Academia Mineira de Letras é parceira da revista MagisCultura.



Bisneto de Raphael Magalhães, professor Rodrigo mantém a tradição da família. Foto: arquivo pessoal

Um patrono honrado

Rodrigo Almeida Magalhães

Doutor e mestre em Direito, professor da UFMG e da graduação, do mestrado e doutorado da PUC Minas.

É bisneto de Raphael de Almeida Magalhães.

Inicialmente gostaria de agradecer à Amagis, em nome de seu presidente, juiz Luiz Carlos Rezende e Santos, e do vice-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, desembargador Fernando Galvão, pela homenagem feita ao meu bisavô Raphael de Almeida Magalhães ao propor sua escolha como *Patrono da Magistratura Mineira*, proposta aceita pelos demais membros das duas entidades presentes em Ouro Preto, durante o *Congresso da Magistratura Mineira*. Nossa família recebe com grande alegria e agradece a homenagem feita.

Também não posso deixar de agradecer, em especial, ao desembargador Luciano Pinto que proferiu uma das mais belas palestras que pude presenciar, com o tema “*Raphael Magalhães: toga e tolerância*”, cuja publicação agora tenho a honra de prefaciá-la.

O desembargador Luciano Pinto, com suas reconhecidas inteligência e cultura, conseguiu explicar porque os magistrados devem ser tolerantes, inclusive com os advogados, citando o exemplo de Raphael de Almeida Magalhães, que durante toda sua carreira na magistratura sempre respeitou, aceitou opiniões e comportamentos diferentes dos seus. E, ao final de sua exposição, defendeu os motivos para a escolha de Raphael como Patrono da Magistratura Mineira.

Infelizmente, não conheci meu bisavô em vida e nem sou magistrado, mas também sou, como ele, professor e sempre tive a curiosidade de saber os motivos de ele ter sido tão homenageado e lembrado na Vetusta Casa de Afonso Pena.

Encontrei no livro “*Figuras e Momentos*”, de Dario de Almeida Magalhães, seu filho e meu tio avô, algumas passagens de Raphael como professor que em breve resumo passo a expor.

Raphael de Almeida Magalhães, o professor, haveria, sem dúvida, de contar com um título de honra, pertencendo a um corpo docente tão conspícuo, e integrar, a convite da Congregação, a cátedra de Processo Civil.

Investido na docência desta cadeira, a sua vida de jurista e de professor se desenvolveu durante anos. Nesses dois ambientes de trabalho, sentia-se inteiramente feliz, pois ambos se harmonizavam com seu temperamento e sua vocação.

O professor Raphael de Almeida Magalhães nunca esmoreceu ou relaxou no estudo da disciplina que lecionava. Renovava sempre a preparação das suas preleções. Reformulava-as com a preocupação de mantê-las atualizadas e aperfeiçoá-las no método da exposição, ordenada, simples, didaticamente a mais clara que lhe era possível apresentar.

Quando faleceu, em 1928, já esta Faculdade integrava a Universidade de Minas Gerais, cuja data inaugural se marcou por uma bela cerimônia cívica.

Sua trajetória é motivo de justificado júbilo cívico e de orgulho para os mineiros e referência para que os professores de hoje se sintam dignos de seus eméritos antecessores, no zelo pelo prestígio de renome da instituição.

Mais uma vez, nossos agradecimentos ao desembargador Luciano Pinto pela homenagem feita à família e ao desembargador e professor Raphael de Almeida Magalhães.

“Sua trajetória
é motivo de
justificado júbilo
cívico e de orgulho
para os mineiros e
referência para que
os professores de
hoje se sintam dignos
de seus eméritos
antecessores.”



Desembargador Luciano Pinto em palestra magistral sobre Raphael Magalhães e a tolerância. Foto: Ane Souza.

À memória do Padre Vaz, Henrique Cláudio de Lima Vaz, S.J.

Raphael de Almeida Magalhães

Luciano Pinto

Desembargador do TJMG, aposentado

PARTE I

Toga e tolerância

“**M**as a serenidade, que é feita de tolerância compreensiva das divergências, é a virtude elementar da função judicial.”

Castro Nunes

Eis Raphael Magalhães:

“O advogado precisa da mais ampla liberdade de expressão para bem desempenhar o seu mandato.

Os excessos de linguagem que porventura comete, na paixão do debate, lhe devem ser relevados. São, muitas vezes, recursos de defesa que a dificuldade da causa justifica ou pelo menos atenua.

Mesmo no arrazoado escrito, onde tais demasias mais facilmente se podem evitar, a lei as não reputa passíveis de pena criminal, e quando elas se revestem do caráter francamente injurioso, limita-se a lei a autorizar o cancelamento e a submeter o seu autor a uma leve pena pecuniária, de natureza disciplinar (Cod. Penal, art.323).

Se é permitido ao advogado articular a suspeição do juiz, denunciando-lhe a parcialidade ou o interesse pessoal na decisão da causa, eu não sei como possa levar a mal a simples alusão que ele faça à falta de serenidade do julgador, num caso em que essa arguição podia não ser merecida, mas vinha, pelo menos, a propósito. É preciso relembra as circunstâncias em que, no caso em apreço, ocorreu a suspensão do advogado. Tratava-se do julgamento de um crime que emocionara vivamente a população de Carangola. Nele estavam envolvidas pessoas de alta categoria social. O réu sentia a hostilidade do meio e os seus advogados empenhavam todo seu poder para salvar-lhe a liberdade ou pelo menos atenuar-lhe a culpa.

------(omissis)-----

Eu, com franqueza, não vejo na referência um pouco amarga feita pelo recorrente à falta de serenidade do juiz, nas circunstâncias expostas, palavras que transcendem os limites que se deve tolerar à liberdade da Tribuna. O juiz deve ter a longanimidade necessária para ouvir com paciência as queixas, reclamações e réplicas que a parte oponha aos seus despachos e sentenças. Apontar os erros do julgador, profligar-lhe os deslizes, os abusos, as injustiças, em linguagem veemente, é direito sagrado do pleiteante. O calor da expressão há de ser proporcional à in-

justiça que a parte julga ter sofrido. Nada mais humano do que a revolta do litigante derrotado. Seria uma tirania exigir que o vencido se referisse com meiguice e doçura ao ato judiciário e à pessoa do julgador que lhe desconheceu o direito. O protesto há de ser, por força, em temperatura alta. O juiz é que tem que se revestir da doçura e da insensibilidade profissional necessária para não perder a calma e não cometer excessos¹.”

Esse trecho de decisão de Raphael Magalhães talvez seja o mais significativo do seu ofício de juiz. É página de antologia. É documento que traduz a ideia de tolerância, que deve formar a ambiência de juízes e Tribunais; um como arquétipo de conduta.

Dista mais de século. O episódio ocorrera na Comarca de Carangola: ali, o advogado Duque de Mesquita fora suspenso, por trinta dias, pelo juiz, de sua função, no auditório local. Cuidou-se de pena disciplinar, em razão de, em audiência criminal, ter o advogado declarado *“que não havia a serenidade necessária para o julgamento do réu e a própria justiça primava em repudiar os elementos de prova, que influíram em seu espírito; pelo que cerceada a defesa, se retirava do recinto; o que em seguida fez, sendo acompanhado pelo seu colega de defesa”*. Essas palavras, do advogado, transcritas na ata da audiência, que *“consideradas objetivamente, sem nenhuma referência ao tom de voz com que foram pronunciadas, nem ao gesto que porventura lhes tivesse desvirtuado o sentido ou o alcance”*, foram ressaltadas por Raphael Magalhães.

Sobral Pinto discorreu sobre o episódio, em sessão do Instituto dos Advogados do Brasil, quando do centenário de nascimento de Raphael Magalhães e disse que o fazia como dever de gratidão dos advogados brasileiros a um dos mais ilustres magistrados do Brasil; assinalou, ainda, que os conceitos de Raphael, naquela referida decisão, emanavam da realidade que envolve os advogados e enobreciam e honravam o magistrado que os formulara: *– “uma inteligência lúcida, um espírito empolgado pela beleza da verdade, um coração caldeado nas paixões superiores, capazes de apreender o drama permanente que envolve a alma e a pessoa do advogado”* (op. cit. p. 135).

Aí está, no louvor do advogado ao ato do juiz e o ato do juiz, em si próprio, a dialética forense, naquilo que tem de mais esclarecido exemplo.

Sobral referiu-se ao fato de que, logo no primeiro aniversário da morte do grande juiz, o foro de Minas Gerais deliberou erigir-lhe um busto em bronze, no Palácio da Justiça.

¹ Sobral Pinto – *Raphael de Almeida Magalhães – Digesto Econômico* – Nº. 197 – Setembro / Outubro 1967 – Ano XXII – p. 134/135.

“Tamanho tributo,
prestado pela
gente do foro,
ressoava na perfeita
harmonia com que
Raphael Magalhães
conduzira sua
magistratura.”

De todas as comarcas, assomou-se um espontâneo movimento: escrivães, avaliadores, oficiais de justiça, juizes, desembargadores, promotores de justiça, advogados, todos os partícipes da vida forense contribuíram com sua pessoal parcela de pecúnia para a fundição do busto glorificador do Patriarca da Justiça Mineira.

(cf. Sobral Pinto – Discurso proferido no Instituto dos Advogados do Brasil – *Digesto Econômico* – nº. 197 – Setembro / Outubro 1967 – Ano XXII, p. 133/135)

Tamanho tributo, prestado pela gente do foro, ressoava na perfeita harmonia com que Raphael Magalhães conduziria sua magistratura; no clima de tolerância com que encantava e persuadia; na magia dialética em que a ratio sapientiae prevalecia sobre o furore furorem, é dizer, em que os preceitos da sabedoria dominavam os praelios forenses, quando prestes a sucumbir ao furor, à desmesura. Era o passo em que a razão sobrelevava a insensatez.

Críticas ásperas ou elogios ternos fazem parte do território dialogal. Assim é o Foro.

Tanto isso é vero que, também em face da histórica decisão de Raphael Magalhães, Milton Campos, em nome dos advogados, anos mais tarde, devolveu-lhe a cortesia:

A veemência da defesa não exclui o acatamento que se deve ao juiz e sem o qual se frustra a disciplina no Foro. Sem o respeito de todos, o juiz não teria forças para desempenhar sua árdua missão. Os erros, se são do entendimento e não da vontade, devem ser reparados pelos recursos e não pelas más palavras. O advogado precisa ter a polidez necessária para praticar a censura sem excluir o respeito. Errar é humano e seria crueldade exigir do juiz que acertasse sempre. O erro é um pressuposto da organização judiciária, que por isso mesmo instituiu, sobre a instância de sentença, a instância de revisão. Uma das partes há de estar descontente com o julgamento. E o advogado tem de se revestir da moderação e cortesia para não transformar a controvérsia forense em duelo de convívios e a pessoa do juiz em queixada de pugilista.

(cf. Ruy de Azevedo Sodré – in *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado* – Segunda tiragem – Edições LTR - São Paulo – 1977 – p.431)

Milton Campos concluiu: “Se o juiz procedesse com o pensamento na consideração devida ao advogado e se o advogado agisse com o espírito voltado para o acatamento devido ao juiz, a harmonia da vida forense seria perfeita e os textos poderiam ser dispensados.” (op. cit. p. 431)

Essa linha divisória, fixando os limites do direito de defesa e os da autoridade dos juizes, é a condição essencial para o bom convívio entre os advogados e magistrados. Na verdade, porém, não há como reduzir esses limites a critérios mensuráveis, porque a dialética não comporta finitude. É sempre um sistema aberto.

Milton Campos fora aluno de Raphael Magalhães e o tivera como paraninfo de formatura. Gostava de analisar o grande juiz e professor em correlação com Francisco Mendes Pimentel, grande advogado e também professor.

Advogados e juízes, dizia, andam sempre juntos e “embora desavindos no curso dos processos, ao cabo, percebem nitidamente que colaboram todos para os mesmos objetivos”.

Em estudo que intitulou “*Duas Grandes Figuras Humanas*” (cf. Milton Campos – *Testemunhos e Ensinamentos* – livraria José Olympio Editora – Coleção Documentos Brasileiros – Vol. 154 – Rio de Janeiro – 1972 – p. 94/101), Milton Campos ressaltou traço de juiz moderno de Raphael Magalhães:

Não tinha aquela morgue dos antigos, separados do mundo no seu aspecto hostil e duro, formalísticos e arrogantes na defesa da hierarquia. Bem sabemos quanto de bondade e ternura enchia o seu grande coração, transbordando no seu semblante tranquilo e comunicativo. Nele a fascinação não era apenas da inteligência, mas começava desde logo pela presença física. Homem robusto e belo, denunciava a fidalguia no porte e nos traços. Dava a impressão de um homem de Corte, não pela cortesanice do temperamento, mas pela feição aristocrática do espírito e das maneiras.

Prossegue Milton:

Foi um juiz, e ninguém o excedeu, mesmo numa terra como a nossa, em que os grandes magistrados não constituem raridade. A graça alada do seu espírito, porém, deu-lhe destaque singular. A minha geração, antes de lhe acatar a autoridade no pretório, reverenciou-o e amou-o como mestre dos bancos acadêmicos. A esse tempo, aspirávamos perfumes venenosos no “Jardim de Epicuro” e deixávamos divagar nossa frívola razão pelos caminhos libertinos que nos abria o padre Coignard, “sapientes episcopi bibliothecarius solertissimus”.

Esses “perfumes venenosos”, de que falava Milton Campos, vinham de Anatole France. Na verdade, Anatole escrevera: “*Sagiensis episcopi*”. É que o padre Coignard era, na ficção, bibliotecário de M. de Sééz. O “*sagiensis*” refere-se à localidade: Coignard era padre-bibliotecário em Sééz. A troca de “*sagiensis*” por “*sapientis*” cheira a equívoca revisão. A vila de Sééz era, na época do domínio romano, denominada Sagien. Daí o ‘*sagiensis*’, no genitivo. Veja-se, por exemplo, a edição de 1923, da Calmann-Lévy, Éditeurs, na qual se lê que o padre Coignard era “*bibliothécaire de M. Sééz, sagiensis episcopi...*”.

Milton Campos reportava-se às leituras de sua geração; refere-se aos livros de Anatole France. Sim. Ocorre que também a geração de Raphael Magalhães leu – e leu muito – o velho Anatole. *Les Opinions de Jérôme Coignard* é livro de 1893, e *Le Jardin d’Épicure* data de 1895. Anatole, *maître à penser* da jovem geração de 1900, também o foi de gerações precedentes.

Até a aparência física, o traço *goatee* da barba de Raphael Magalhães era o de Anatole. O mesmo estilo de linguagem, clássico, de extrema limpidez, ao qual ajuntavam-se a verve, a ironia, a simplicidade e a genialidade de colocar o pensamento antes das palavras, a harmonia e a sobriedade da frase, a fluidez da sintaxe. Tudo isso era a prosa de Raphael Magalhães, embebida de Anatole France.

“O mesmo estilo de linguagem, clássico, de extrema limpidez, ao qual ajuntavam-se a verve, a ironia, a simplicidade e a genialidade de colocar o pensamento antes das palavras, a harmonia e a sobriedade da frase, a fluidez da sintaxe.”

Raphael foi também machadiano e a leitura de Machado de Assis lhe trouxe muito da perspicácia psicológica e do humor britânico (haja vista a influência, em Machado, de Laurence Sterne, Jonathan Swift e William Makepeace Tackeray. De Sterne, a lucidez racional; de Swift, a clareza e a frase clássica; de Tackeray, a veia satírica).

Cândido Naves, um dos diletos discípulos de Raphael Magalhães, prestou-lhe este tributo, *verbis*:

Juiz, dignificou tanto e tão alto elevou o sacerdócio, tanto cresceu na confiança e no respeito dos seus jurisdicionados, que as suas decisões eram invariavelmente recebidas e acatadas com a mesma serenidade por vencedores e vencidos. E tal era a ascendência do seu espírito e persuasivo, e tamanho o prestígio da sua autoridade, que ele pôde realizar o milagre de congregar em torno da sua cadeira de Juiz toda a Magistratura mineira, obediente sempre aos seus conselhos, sequiosa dos seus ensinamentos, grata sempre às suas maneiras fidalgas e acolhedoras.

Juiz e Professor, Raphael Magalhães tinha sempre a envolver-lhe a personalidade um dulcíssimo halo de bondade e de humor, que o faziam desde logo querido e estimado a quem quer que dele tivesse a ventura de aproximar-se."

Sem procurar sobrepor conjecturas à intenção expressa dos textos legais, ele sabia, entretanto, iluminado sempre pelo espírito geral das leis e pelos seus princípios em que devem inspirar-se, sabia perscrutar as palavras e delas fazer emergir regras latentes, e suavizar assim o rigor imperativo dos textos com as emanções da sua Bondade sem praias. E era bem isso que as suas sentenças e os seus despachos respiravam sempre um doce tom de sinceridade.

Nele, a Justiça era uma virtude – virtus excellens.

(...)

Se um dia se buscar entre nós uma definição do Juiz, um espírito de magistrado, tal como o requerem o mundo moderno e as necessidades do contingente justiça humana, – sem exagero se poderá dizer que Raphael Magalhães servirá de padrão, porque ele era, pela harmoniosa organização de sua mentalidade, o judex magnífico, à boa moda romana, discreto, medido, culto e fino, levado pela paixão do trabalho e da perfeição a ser um estudioso e meditativo.

O que não o abandonava nunca era o fino humor constante que lhe engalanava o estilo. Nas horas mais sérias era sempre fácil brotar-lhe dos lábios um conceito sutil ou um gracejo fino.

Ainda não há muito tempo, quando da sua penúltima enfermidade, transmitia-nos do leito as suas ordens, nestes termos jocosos e gentis:

'Salutem plurimam. Ainda hoje sou forçado a fazer forfait por ordem do Balena. Não sei quando isso acaba. Peço-lhe pedir ao desembargador Tito a fineza de presidir à sessão, fazendo a mim essa mercê e às partes justiça, que outro tanto farei quando por ele deprecado.'

(cf. Cândido Naves – *Páginas Processuais* – Belo Horizonte – Estabelecimento Gráfico Santa Maria SA – 1950 – p.16/24)

“Esse é o núcleo da proposta que trago: a de que judicatura exige tolerância; tolerância tem limite; Raphael Magalhães é lição e exemplo de uma e outra proposição, ou seja, a do exercício da tolerância e a da necessidade de sua limitação.”

“A dialética judiciária tem a crítica como elemento essencial: são os votos divergentes nos colegiados; são os debates entre sentenças e acórdãos; são as críticas, sutis ou ásperas, dos arrazoados dos advogados.”

Ainda o humor cortante: de certa feita, Raphael, curioso sobre a nova namorada de seu filho Dario, indagou de um amigo se ele a conhecia. O amigo disse-lhe que sim e que se tratava de uma moça bonita, inteligente, simpática, tipo *mignon*. – Raphael ripostou, com humor: – *Pois bem, dos males o menor!!!*

Exercício e limites da tolerância

Calamandrei se serve da teoria dos vasos comunicantes para caracterizar as relações entre advogados e magistrados, e o faz nos seguintes termos:

O juiz que não guarda respeito ao advogado, como o advogado que não guarda respeito ao juiz, ignoram que a advocacia e a magistratura obedecem à lei dos vasos comunicantes; que não se pode abaixar o nível de uma, sem que o nível da outra desça exatamente o mesmo. Os defeitos dos advogados repercutem sobre os juízes e vice-versa.

(cf. Ruy de Azevedo Sodré – *A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado* – Edições LTR – São Paulo – 1975 – p. 428)

Ao influxo de tal teoria, não se pode dissociar a figura de Raphael Magalhães da de Mendes Pimentel.

A dialética judiciária tem a crítica como elemento essencial: são os votos divergentes nos colegiados; são os debates entre sentenças e acórdãos; são as críticas, sutis ou ásperas, dos arrazoados dos advogados.

É um cenário que reclama tolerância. É o “*marketplace of ideas*”, do gosto dos juristas norte-americanos. É local, pois, de intêrminos debates, de trocas, de consensos. Daí a paciência de ouvir, para que se possa compreender. Compreensão reclama clareza nos diversos pontos de vista, a partir da qual sobrevém a ideia comum.

A tolerância exige “*un coûteux effort de compréhension*” nas palavras de Jean Guittton (cf. Jean Guittton et Jean Jacques Antier – *Le Livre de la Sagesse et des vertus retrouvées* – Librairie Academique Perrin – Paris – 2000 – p.220).

Cândido Dinamarco diz que a difícil questão das relações entre juiz e advogado devem, pelo menos, pautar-se por certas linhas de respeito recíproco e por limites de tolerância.

Note-se, aqui, que também Raphael Magalhães, na famosa decisão, referiu-se a “*palavras que transcendem os limites que se deve tolerar à liberdade de tribuna*”.

Dinamarco prossegue, dizendo que “*advogados e juízes são por definição agentes do necessário arrefecimento de ânimos*”. Faz, ainda, apelo a magistrados, para que “*sejam capazes de avaliar a dimensão das palavras e o limite crítico da tolerabilidade dos ímpetos humanos dos advogados*”.

(cf. Cândido Rangel Dinamarco – *Fundamentos do Processo Civil Moderno* – 6ª Edição – Tomo I – Malheiros Editores – São Paulo, 2010 – p. 565/566)

Esse é o núcleo da proposta que trago: a de que judicatura exige tolerância; tolerância tem limite; Raphael Magalhães é lição e exemplo de uma e outra proposição, ou seja, a do exercício da tolerância e a da necessidade de sua limitação, em situação que implique a própria sobrevivência da tolerância mesma.

Raphael e Mendes Pimentel: “A mesma alma, em dois corpos”

Rogatus quid sit amicus. Una, inquit, anima in duobus corporibus².

Diogenis Laertii.

Essa epígrafe é de Diógenes Laércio, no seu famoso livro “*Vitae Philosophorum*”, e se trata de um dito de Aristóteles que, perguntado sobre o que seria um amigo, respondeu que seria uma mesma alma em dois corpos. Perfeita definição para a amizade de Raphael Magalhães e Mendes Pimentel.

Francisco Mendes Pimentel, professor, diretor, reitor, jornalista, homem político e, sobretudo, advogado. Advogado “*por decreto nominativo da Providência*”, como dizia Dario de Almeida Magalhães, filho de Raphael.

Os traços principais de Mendes Pimentel eram os de Raphael de Almeida Magalhães: professor e juiz um, professor e advogado outro. O professorado jurídico, para ambos, era complemento essencial à lida do foro. O trato da doutrina era indispensável ao exercício profissional.

² “*Vitae Philosophorum*” – Editoribus Firmin – Didot et Sociis – Parisiis – MCMXXIX

Eram amigos. Figuras intelectuais que se completavam. Cuidava-se de um aprendizado recíproco em que comunicavam tolerância e colocavam-na em prática, na cátedra e na barra. Na época, a Relação de Minas era a mais respeitada no Brasil.

“No consenso unânime dos profissionais do foro brasileiro, nenhum Tribunal da República excede em predicados a Relação de Minas Gerais, como órgão de distribuição da justiça.” É o que se lê na Revista Forense, volume XLI, p.177.

Nesse tempo, Mendes Pimentel era o advogado máximo em Minas Gerais e Raphael Magalhães o máximo juiz, por livre escolha de seus respectivos pares.

Gustavo Capanema, jovem ainda, venerava Raphael Magalhães e Mendes Pimentel. Diariamente os via, infalivelmente, na mesma hora (tal como o passeio de Kant em Konisberg) caminhando juntos pela Avenida Afonso Pena, vindos da Rua Paraíba, onde ambos moravam, após o jantar, que se dava cedo, conforme os velhos costumes.

Capanema dizia: *“Eu assistia maravilhado ao espetáculo daquela bela amizade. Não havia, entre eles, o simples hábito de andar juntos. Um precisava do outro, como parte de seu ser espiritual. O grande juiz e o grande advogado, ambos de uma integridade moral sem mácula, conviviam desde a mocidade, naquele mútuo respeito e admiração, servindo, um ao outro, de estímulo e apoio”.*

(cf. *Digesto Econômico* – 196 – Julho/Agosto 1967- Ano XXIII, p.71)

“Tolerância anda de par com a dúvida sistemática; quem a exerce busca a compreensão para melhor resignar-se, de tal sorte que compreender é tolerar.”

Capanema fora aluno de ambos na Faculdade de Direito. Raphael era catedrático de Processo Civil, no último ano do curso. Sobressaía perante os alunos, por sua assiduidade e competência, pelo domínio do vernáculo. Os atributos de bondade cativavam e ele fazia da prudência o ponto principal de seu ofício.

No foro, pertinácia no exame da prova, nos processos a seu cargo; o coração sensível (cor docile); em tudo ressumava o conhecimento do direito e, ainda na exposição de Capanema, *“tanto lhe parecia certo que o dever do juiz é não ceder se não à verdade; mas ceder sempre, como adverte Bossuet, ‘venha ela neste ou naquele tempo, seja qual for o lado donde chegue, e pouco importando a forma como se apresente”.*

(cf. *Digesto Econômico*, nº. 196, p.71)

Mendes Pimentel, como assinalava Dario de Almeida Magalhães, *“surgia, no foro, brandindo a sua clava de combatente, com ímpeto e ruído, que causavam pânico e frêmito de emoção”* (páginas avulsas, p.207). E Dario arrematava: as qualidades mais salientes que lhe marcaram o perfil como advogado eram a altanaria, a coragem moral, e a fidelidade aos deveres cumpridos a qualquer custo.

Com efeito, Mendes Pimentel fazia contraponto a Raphael Magalhães. A magistratura é um seminário de consenso, a advocacia é um povo de guerra. Por isso o contraponto e os seus vasos comunicantes, como dizia Calamandrei. Um completava o outro, em perfeito equilíbrio. A tolerância lhes guiava os passos.

Leitor de Machado de Assis, o ceticismo de Raphael talvez proviesse do fundo de natural tolerância com o que o céptico vê o mundo. Ceticismo implica dúvida sistemática, que impõe suspensão de julgamentos baseados em dogmas e preconceitos, e provém de visão longânima de atos e fatos.

Tolerância anda de par com a dúvida sistemática; quem a exerce busca a compreensão para melhor resignar-se, de tal sorte que compreender é tolerar. Tolerar é uma obligatio in patiendo, na concepção clássica. Contudo, é, também, uma atitude ativa, fundada no reconhecimento dos direitos universais da pessoa humana e das liberdades fundamentais do outro, como se vê na Declaração dos Princípios Sobre a Tolerância, estabelecida pela Unesco. Em tudo isso, meta-se um pouco de humor, um traço de ironia, e eis aí o perfume da vida, a arte da convivência, a cultura da paz.

No centenário, histórias de humor e tolerância

No discurso pelo centenário de Raphael Magalhães, então proferido por Victor Nunes Leal, vejam-se, nos tópicos adiante, o domínio da expressão e o humor tão pleno de tolerância de Raphael Magalhães, em casos por ele julgados.

Eis os tópicos:

"Êsse condenado de prêso só tinha o nome. Corria tôda a cidade, de dia e de noite, trabalhava em casa dos delegados, ia, a serviço dêstes, levar e buscar animais ao pasto, gosava (sic) enfim das mesmas regalias que um homem livre."

"Entregue a si mesmo, saía a cavalo ou a pé, frequentava tavernas, embebedava-se nelas, com ciência e tolerância das autoridades policiais, que criaram para êle essa situação heteróclita de prêso-livre, de encarcerado-sôlto. (...) "

"Um belo dia êsse condenado saiu, como de costume, pela porta que lhe estava franqueada, e à hora habitual de recolher não mais tornou à cadeia, albergue noturno que êle abandonou definitivamente. Chamou-se a isso no processo – fuga de um prêso."

(...)

"De um réu acusado de se mostrar embriagado em público disse êle: "...concedendo que esteja plenamente provada a embriaguez arguida ao réu, falha, sem dúvida, na espécie, o segundo elemento da contravenção, "a apresentação em público."

"Os autos nada dizem a respeito. As testemunhas afirmam que o réu esteve manifestamente embriagado na rua. Ora, apresentar-se assim em uma rua da pacata cidade de Baependi, às nove horas da noite não equivale por certo a apresentar-se em público."

"Leia-se agora esta deliciosa distinção entre a destreza e a força na apropriação do alheio:"

"A porta forçada dividia-se em dois batentes, ou duas meias-portas mal seguras. De fora era possível abri-la com jeito, puxando-se um dos batentes e repelindo-se o outro em sentido contrário, de maneira a rasgar entre eles uma fresta suficiente para dar passagem à mão criminosa, a qual, em se pilhando do lado de dentro, não encontraria dificuldades em correr os ferrolhos."

"Feito isso, com ligeiro impulso completaria o ladrão a sua obra, fazendo saltar a lingueta do encaixe. Foi desta arte que operou ordinariamente o 1º apelante, mais jeitoso do que violento, mais gatuno que ladrão."

(...)

"Também Mendes Pimentel sublinhou seu pendor à indulgência para a fragilidade humana. Muito acima da craveira comum – disse êle – o ridículo, as falhas, os erros, os pecados do homem não despertavam na meiguice de sua alma a revolta irada dos que se julgam inacessíveis à tentação. Tolerante, desculpava as fraquezas alheias, que lhe provocavam, quando muito, o leve sorriso, que não chegava a ser zombaria, que nunca se deformou em sarcasmo, que quase já envolvia o perdão."

(...)

"Essa compreensão humana não o inibia de cumprir escrupulosamente seus deveres de juiz. Mas não era, nunca foi, máquina de aplicar leis como se brandisse um bordão. Mesmo na condição de Chefe de Polícia ou de Procurador Geral, êle se comportava como juiz – que tinha sido e voltaria a ser – punindo ou absolvendo de acordo com a lei, que sua humanidade modelava em maravilhoso instrumento de paz social."

(...)

"Nas numerosas inovações do seu Código de Processo Penal, ampliou por isso mesmo, os casos de absolvição sumária. E assim se justificava: "Muitas vezes sucede que da simples narrativa do fato se põe de manifesto a inocência do acusado (...) O julgamento definitivo imediato pelo juiz sumariante nesses

"Essa compreensão humana não o inibia de cumprir escrupulosamente seus deveres de juiz. Mas não era, nunca foi, máquina de aplicar leis como se brandisse um bordão."

“Não podia ser surpresa para o ofendido a resistência do réu a mão armada, ou a sua oposição por meio de violência à execução de ordem ilegal. Quem comete excesso de poder, deve contar com a resistência do cidadão ameaçado nas suas garantias constitucionais.”

casos é de vantagem intuitiva, porque põe logo remate, tranquilizando a ordem jurídica, a uma situação clara, em que o reconhecimento do direito do acusado não pode ser retardado sem fazer sofrer prisão injusta e desassociação (sic) inútil ao inocente que logo na fase inicial do processo se revela extenuado de culpa”... Estas palavras de estadista do direito éle as escrevia há quarenta anos passados.”

“Como Procurador Geral, mais de uma vez Raphael Magalhães sustentou o direito de resistência do particular, mesmo pela violência, às ordens ilegais da autoridade. Certo policial pretendeu abusivamente desarmar a domicílio um homem rústico, mas brioso, que sobre ele descarregou a espingarda. Aludindo à agravante da surpresa da reação, disse o Procurador Geral:”

“Não podia ser surpresa para o ofendido a resistência do réu a mão armada, ou a sua oposição por meio de violência à execução de ordem ilegal. Quem comete excesso de poder, deve contar com a resistência do cidadão ameaçado nas suas garantias constitucionais.”

(...)

“O seu destino, pois, convivia num tribunal que, salvo desvios raríssimos, era fraternidade, protegida e glorificada pelo respeito geral. Juizes como Edmundo Lins, Artur Ribeiro, Rodrigues Campos, Olavo de Andrade e tantos outros...”

(...)

“A abastança de sua origem não teve continuidade em Raphael, cuja incapacidade para manipular e multiplicar seus bens ficou evidenciada no seu espólio: a herança do pai, afora a compra da bela vivenda da Rua da Paraíba, éle a conservou nas mesmas espécies em que a recebeu. Esse apego à modéstia e o seu horror a toda sorte de competição, mais a tendência a perdoar, não lhe teriam dado em qualquer outro ofício a tranquilidade de espírito a tranquilidade de espírito em que viveu e morreu.”

(...)

“Mas não se desinteressava da vida pública, e a formação liberal e harmoniosa da sua personalidade o incompatibilizava com os destemperos, tanto da demagogia como do regalismo. Ao depoimento de Mendes Pimentel, seu amigo de todas as horas, assíduo companheiro nas caminhadas diárias para as sessões de cinema, ao seu depoimento é que recorro mais uma vez: “Aquêle cuja memória aqui nos congrega teve, como os que mais o possuíam, o senso cívico, a consciência da injunção política. Mas tanto o aborrecia o demagogo como o déspota. No seu espírito nunca se desatou o binômio da ordem e da liberdade. E, se não tolerava a bufonaria dos exploradores das multidões, também não compreendia que a defesa da autoridade precisasse trancar permanentemente a igualdade de direitos entre os cidadãos.”

“Raphael Magalhães, cultivado nos melhores autores, permanente comensal da literatura francesa, portuguesa e brasileira, com especial devoção por Machado de Assis. De um lado era conhecida sua aversão invencível a qualquer espécie de autopromoção, que o induzia a mandar ler por outrem seus discursos oficiais, ou travesti-los na simplicidade das cartas.”

(cf. Victor Nunes Leal – Discurso pelo centenário de Rafael Magalhães – Digesto Econômico – nº 193 – jan/fev 1967 – Ano XXII – p. 83/89)

De tais tópicos ressuma a convicção de que a longani-

midade, no ato de julgar, há, sempre, de ser conduzida pela tolerância, como atributo de espírito, de envolta com certa nuance de humor, de modo que o riso discreto seja um dom de humanidade, na humanidade perdida nas páginas poen-tas das misérias dos processos infínitos.

Em Rabelais está a lição: *'Mieux est de ris que des larmes écrire / pour ce que rire est le propre de l'homme'*.

A formação no Pedro II, a mineiridade no sertão do Tamanduá

Raphael de Almeida Magalhães nasceu em 10/12/1866 em Vassouras, na então província do Rio de Janeiro, filho de João Paulo de Almeida Magalhães e de Maria Lucília Teixeira Leite de Almeida Magalhães.

Cursou o externato do Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, onde concluiu os preparatórios. Na época, lá professava o lendário barão de Tautpheus – Jakob Joseph Herman von Tautpheus – helenista, latinista, matemático, historiador, liberal monarquista, a quem Silvio Romero chamou 'divino' e Joaquim Nabuco dizia que ouvir-lhe as lições era como estar na comitiva de Sócrates.

Na juventude, exilado em Paris, Tautpheus frequentara a plêiade liberal do Journal des Débats. Após, emigrou para o Brasil. Era de saber enciclopédico. Entre seus discípulos figuraram os irmãos Joaquim e Sizenando Nabuco, Carlos de Laet, Ramiz Galvão, Fagundes Varela, Salvador de Mendonça, João Ribeiro e o próprio Pedro II.

Nunca escreveu livros. Dizia: – *meus livros são os meus alunos*.

É nesse sentido que Raphael Magalhães, estudante do colégio Pedro II, naquele tempo, logicamente, terá sido parte desse livro de Tautpheus, com a seguinte tessitura: a coragem moral, a calma, a serenidade, o gosto da conversação, a vida intelectual, a modéstia, a indiferença pelas pompas do mundo, o desprezo pela pecúnia, a constância da bondade, a tolerância em sua essência mesma.

Não houve diverso *train de vivre* no seu percurso, na velha e grande escola de direito do Largo de São Francisco, tão cheia de história. Lá, Raphael teve como colegas, dentre outros, João Pinheiro, que viria a moldar o perfil da política mineira, no "*senso grave da ordem*", bem como, ainda foram seus colegas os futuros desembargadores da Relação mineira Luciano de Souza Lima, Alberto Luz e Horácio Lane de Andrade.

Foram seus contemporâneos Mendes Pimentel, Edmundo Lins e Carlos Peixoto Filho, que se formaram em 1889.

Raphael foi promotor de justiça em Macaé – RJ.

Ingressou na magistratura mineira como Juiz Municipal e de Órfãos, em 1890, na comarca de Tiradentes, daí em São João Del Rey, em 1891; contudo, como Juiz de Direito, iniciou-se em Campo Belo, em 1892, e lá ficou por volta de 10 anos.

Campo Belo foi um capítulo único na vida de Raphael Magalhães.

Nascido na aristocracia do império, educado no Rio de Janeiro e em São Paulo, foi em Minas Gerais, lá na margem direita do Rio Grande, nos longes do sertão do Tamanduá, na comarca de Campo Belo, que ele se sentiu filho de Minas Gerais e nas Minas Gerais ficou para sempre.

“Nascido na aristocracia do Império, educado no Rio de Janeiro e em São Paulo, foi em Minas Gerais, lá na margem direita do Rio Grande, nos longes do sertão do Tamanduá, na comarca de Campo Belo, que ele se sentiu filho de Minas Gerais e nas Minas Gerais ficou para sempre.”

Ali, na outrora região dos bravios índios Cataguazes, florescia um clima de concórdia, uma ambiência de vida intelectual, de que Raphael tornou-se prócer.

Contava 26 anos. Além da judicatura, escrevia no jornal “O Campo Belo”, de que foi diretor até 1895.

Em primeiro de outubro de 1898, casou-se, em Formiga (MG), com a jovem Margarida Augusta da Fonseca, filha do fazendeiro Isaías Ribeiro da Fonseca.

José Miserani de Carvalho, historiador local, narrou que “os antigos sempre se reportaram ao bom Campo Belo, do tempo do Dr. Raphael Magalhães – pulso firme, inteligência e doçura”.

(cf. José Miserani de Carvalho – in Velharias – Notas para a história de Campo Belo – impressão gráfica Prograf – 2ª edição – 1993 – Belo Horizonte – MG)

Quando da morte de Raphael Magalhães, a consternação foi enorme naquela comarca. José Miserani de Carvalho disse isto: “se Campo Belo pranteou e pranteia ainda a morte do grande juiz e do sociólogo emérito, não pranteou menos a do homem fino, sorridente e bem-humorado, do homem que, no seu tempo aqui, trouxera esta cidade em perene alegria, cheia de festas e agradáveis reuniões, inculcando, deste modo, entre este simples e bom povo sertanejo, a centelha abençoada da cordialidade, da fraternidade e da socialização” (op. cit. P 52).

De Campo Belo, Raphael foi para Palma e Mar de Espanha.

Em 1907, no governo João Pinheiro, foi nomeado Chefe de Polícia do Estado e, nessa condição voltou a Campo Belo, para acompanhar o julgamento do médico Dr. Flaviano Inocêncio da Silva, pelo Tribunal do Júri, pelo assassinato do Padre Eugênio Dezzani, em plena procissão na Semana Santa!

Designado Procurador Geral do Estado, em 06 de julho de 1908, exerceu o cargo até 18 de outubro de 1910 quando foi nomeado Desembargador com assento na Câmara Cível do Tribunal da Relação de Minas Gerais, do qual foi presidente de 1923 até a morte, em 4 de dezembro de 1928.

Ensinou processo civil e comercial, na Faculdade de Direito de Belo Horizonte, hoje da UFMG.

Iniciou-se na docência em 06 de abril de 1915, como lente substituto interino. Já em 29/04/1915, coube-lhe, como substituto, lecionar processo civil e comercial, tendo sido promovido a catedrático em 20/02/1918.

Seus sucessores, na cátedra, foram, respectivamente, Lincoln Prates, Cândido Naves, José Olympio de Castro Filho, Celso Barbi, Aroldo Plínio Gonçalves, Humberto Theodoro Júnior e, atualmente, José Marcos Rodrigues Vieira e Juliana Cordeiro de Faria.

“Ali, na outrora
região dos bravios
índios Cataguazes,
florescia um clima
de concórdia, uma
ambiência de vida
intelectual, de que
Raphael tornou-se
prócer.”

Indício: provado ou provável?

Raphael elaborou o anteprojeto do Código de Processo Penal de Minas Gerais, aprovado quase sem alterações.

Desse anteprojeto de Raphael, como exemplo de limpidez e juridicidade de expressão, veja-se o que lá figurou como artigo 261, sobre a conceituação do termo “indícios”, em confronto com aquilo que diz o artigo 239 do atual CPP.

Da lavra de Raphael Magalhães: - Artigo 261 – “São indícios as circunstâncias ou fatos conhecidos, dos quais se induz por via indireta a existência de outro fato ou circunstância de que não se tem a prova”.

Veja-se agora, o que diz o atual CPP: - Artigo 239 – “Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize por indução concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

O atual código fala isto: “Tendo relação com o fato”. Pergunta-se: – qual fato? O anterior, que há de secundar a prova indiciária do novel? O fato conhecido ou o fato a ser conhecido? Ora, a indução, grosso modo, é o percurso do particular para o geral. Logo, antes do percurso, o fato geral (etapa final do raciocínio indutivo) é, ainda, insólito. Uma coisa é induzir a existência de um fato. Outra, bem diversa, é concluir pela sua existência, porque, na linha do raciocínio, a conclusão que encerra a dúvida que a antecedeu é de natureza dedutiva e a indução, não faz concluir nada, somente induz a existência de algo em face de hipótese símile antecedente. O raciocínio

permanece aberto, por isso que os indícios do fato anterior apenas fornecem “algumas provas”, para o estabelecimento de probabilidades que não de secundar a avaliação e probabilidade do fato atual, sem lhe atribuir conteúdo definitivo. No argumento indutivo a conclusão resulta de suas premissas somente como probabilidade. A distinção entre argumento indutivo e dedutivo está exatamente na relação entre as premissas e as conclusões que os caracterizam.

Na lição de Coppi:

(...) an inductive argument is one whose conclusion is claimed to follow from its premises only with probability, this probability being a matter of degree and dependent on what else may be the case.

(cf. Irving Coppi – *Introduction to Logic* – 15th Edition – Routledge – New York – 2019 – p. 26)

“O raciocínio indutivo tem sido muito útil. Indutivamente, assumimos que ele continuará a ser útil. Não podemos viver sem ele. Mas os fundamentos intelectuais para raciocínio indutivo são instáveis.”

A inferência indutiva estabelece o mais geral a partir do menos geral, é dizer, a partir daquilo que já se conhece. Isso implica que há um princípio dedutivo nos fundamentos da indução.

Eli de Gortari discorre sobre isso e assinala que, em um nível determinado de conhecimento, as inferências corretamente induzidas tornam-se inferências possíveis e, após processo de eliminação, por experimentação, as inferências não eliminadas tornam-se vigentes (daí provém a possibilidade dedutiva), até que outros experimentos imponham o abandono ou a modificação da inferência então vigente.

(Cf. Eli de Gortari – *Introducción a la Lógica Dialéctica – Fondo de Cultura Económica* – Publicaciones de Diánoia – México – Quinta Edición – p. 246 e seguintes)

Ora, o fato de se admitir uma inferência vigente (cuja essência é mutável, em face de possíveis novos e xperimentos) faz com que isso de se considerar “provado” o resultado de um raciocínio indutivo torne-se temeridade conceitual.

Veja-se em Harry J. Gensler:

Parecemos ainda incapazes de encontrar princípios indutivos formais claros que levem a resultados intuitivamente corretos em casos concretos sem conduzir a qualquer absurdo. Nós apenas não sabemos como formular princípios indutivos de maneira rigorosa. Isso é o que torna o estado corrente da lógica indutiva intelectualmente insatisfatório.

O raciocínio indutivo tem sido muito útil. Indutivamente, assumimos que ele continuará a ser útil. Não podemos viver sem ele. Mas os fundamentos intelectuais para raciocínio indutivo são instáveis.

(cf. Harry J. Gensler – *Introdução à Lógica* – Editora Paulus – São Paulo – 2016 – p. 146)

Tudo isso é para dar realce à redação de Raphael Magalhães, do art. 261, do antigo Código de Processo Penal de Minas Gerais. Ela tem mais rigor conceitual do que a do atual CPP, no seu artigo 239.

Considerar “provado” o que só pode ser “provável” implica, ao cabo, a possibilidade de eventual arbítrio na elaboração de arestos, ainda que de forma involuntária.

Judicatura: a tolerância translúcida

Como Procurador Geral do Estado, Raphael apresentava ao Secretário do Interior relatórios anuais, circunstanciados, sobre a administração da Justiça em Minas Gerais. Era uma obrigação imposta pela Lei Estadual 375/1903. Vejam-se os seguintes recortes do relatório de 1910. São extratos dos pareceres de Raphael então submetidos ao Tribunal da Relação e reportados ao Governador do Estado.

Em pedido de perdão, relativo ao período restante da pena, na comarca de Mar de Espanha, um tal João Rita, após cumprir 21 anos, de uma pena de 30, pedia clemência ao Governador.

Debalde narrar o horror com que fora perpetrado o crime, Raphael opinou pela outorga da graça, por motivos objetivos. Era o parecer do jurista, acima de sua emoção, que vira atendidas em lei as hipóteses favoráveis à pretensão do

“Os pareceres de Raphael, como Procurador Geral, não destoavam. Não havia diversidade. Não havia contradição. Eram consistentes. Severos. Eram objetivos. Puniam. Mas uma vez se entremostrasse a possibilidade, carreamos tolerância, perdão, graça. Tudo nos limites da lei.”

preso.

Em um caso da comarca de São Domingos do Prata, o impetrante da graça já cumprira seis de uma pena de doze anos de prisão. Raphael analisou os autos e assinalou que o cenário indicava clara legítima defesa. Tal era a prova, contudo o advogado de defesa, na ocasião do júri, apresentara a tese de prática de crime em repulsa a ordem ilegal. Por isso o réu fora condenado. Em tal contexto, Raphael opinou pela graça.

O padre e o subdelegado

Os pareceres de Raphael, como Procurador Geral, não destoavam. Não havia diversidade. Não havia contradição. Eram consistentes. Severos. Eram objetivos. Puniam. Mas uma vez se entremostrasse a possibilidade, carreamos tolerância, perdão, graça. Tudo nos limites da lei.

Veja-se um caso ocorrido na comarca de Oliveira (MG): tratou-se da apelação 4.629, em que foram apelantes Antônio Pedro de Souza Filho e sua mulher; apelada, a Justiça Pública.

O fato se dera no então lugarejo de Passa Tempo e tinha origem em simples animosidade paroquial, coisa de some-nos, mera *querelle d'allemand*.

O crime era o de ajuntarem-se mais de três pessoas, em lugar público, com o desígnio de se ajudarem mutuamente para, por meio de motim, tumulto ou assuada, exercer algum ato de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão. Tratava-se do então artigo 119, nº 3 do Código Penal.

O crime teria ocorrido quando, à noite, passava defronte da residência dos apelantes uma banda de música, ao que parece, animando um cortejo religioso, e a apelante (Vicência) gritara qualquer coisa, à guisa de vaia.

O padre João Alexander se sentiu alvo de assuada. Chamou o subdelegado local e este invadiu a casa e efetuou prisões de quantos lá se encontravam.

Houve acusação, processo e condenação.

Sobre isso, houve o parecer de Raphael. Tolerante. Elegante. Como que traindo um discreto sorriso irônico, ao lado de evidente discrição jurídica, pediu o provimento da apelação.

De início, Raphael assinalou que, nos autos, não se demonstrara a reunião de mais de três pessoas e assim o requisito da lei não se preencheria.

Mais, disse que, no cômodo ao lado da residência, os apelantes mantinham um pequeno comércio, de modo que nas pessoas que lá se encontravam não se objetivara desígnio de ajuntamento ilícito.

Mais, disse que os apelantes eram casados e, assim, ali estavam lícitamente.

Com isso descartou a possibilidade de existência do ajuntamento contrário à lei e assinalou que a presença dos apelantes, no local, era lícita. Acrescentou que como não houvera o crime de assuada e sedição, não poderia haver o de resistência à ordem da autoridade policial, cuja presença na casa era ilegal.

Esse parecer, de 1908, dá a medida da tolerância na consciência jurídica de Raphael Magalhães.

Era um tempo em que as autoridades costumavam emitir ordens de prisão, com a recomendação de que o preso fosse

conduzido “debaixo de facção” – expressão corrente que traduzia o terror como norma.

Em um só parecer, Raphael pôs abaixo dois problemas graves daquele tempo: o arbítrio da polícia e o do padre, pois fora a atitude do padre, ao se sentir vítima, que provocou o ato abusivo de autoridade, por parte do subdelegado.

O julgamento da apelação ocorreu em 22 de janeiro de 1909 e o Tribunal lhe deu provimento. Na conformidade do parecer do então Procurador Raphael Magalhães, os apelantes foram absolvidos.

Vejam-se excertos do parecer de Raphael (sic):

[...] a prova do crime é a prova de seus elementos componentes.

Para explicar a repercussão sympathica que os gritos de Vincencia encontraram nas pessoas alli reunidas não é necessário presupor desígnios de auxilio mútuo, instantaneamente formados: basta conhecer as leis da imitação e os phenomenos por elas regidos que se manifestão nas grandes e pequenas multidões.

Em conclusão – Este processo não vale o papel em que foi escrito.

O facto de que elle dá notícia, visto de longe, fora do meio acanhado em que fervilhão as paixões que o geraram, tem proporções quasi ridículas.

É um bate-boccas incruento entre Teixeira das e Zebedóques. “Há nelles cousas curiosas: – É uma banda de música com suas harmonias lyricas que fazem explodir as desharmonias latentes entre os dois grupos do logarejo Passa Tempo.

O dissídio se manifesta por injúrias de parte a parte.

As do grupo “Teixeradas” são as mais (ilegível)...

Este porém tem por si a polícia.

Os outros é que são chamados a contas.

Vão à cadeia, prestam fiança, mettem-se em processos e vêem-se afinal condemnados nas pessoas dos dois appellantes que são marido e mulher e não podiam constituir entre si ajuntamento ilícito.

Noto:

Que a intervenção do subdelegado Amorim – como parte auxiliar da accusação foi absolutamente illegal.

Só tem direito de assim proceder quem tem o de dar a queixa (Art. 408 do Código Penal).

Ora essa prerrogativa compete à parte offendida ou a seus legítimos representantes (ibidem).

No caso do processo, o offendido teria sido padre João Alexander, que foi, do ponto de vista da accusação, o alvo da assuada, a vítima única dos actos de ódio e desprezo dos turbulentos.

Diz a sentença que o subdelegado poderia interferir, no character de auctoridade, que foi desobedecida.

Equívoco.

A desobediência a que se alludir, foi ulterior à consummação do delicto de ajuntamento.

O código, quando manda que a polícia intervenha para dispersar reuniões ilícitas tem por fim proporcionar ensejo ao que chama von Liszt – arrependimento eficaz.

O crime já está então consumado.

Veja só: “quando auctoridade policial for informada da existência de alguma sedição ou ajuntamento ilícito...”

A desobediência dos infratores, a inefficácia da tentativa de

“É nesse campo
que os eflúvios
de tolerância
da consciência
jurídica de Raphael
Magalhães se
postavam para opor
à barbárie os traços
de civilidade.”

dispersão não é condição elementar do crime e impecilho a que se isentem os resistentes da pena legal.

Noto ainda que foi abusiva a entrada do subdelegado Amorim, à noite, em casa da apellante, para prendê-la (Art. 197 do Cód.).

Debaixo de facção

O *hinterland* era campo fértil de arbitrariedade política e policial. É nesse campo que os eflúvios de tolerância da consciência jurídica de Raphael Magalhães se postavam para opor à barbárie os traços de civilidade, próprios de um Estado de Direito.

De notar, por exemplo, o que ocorreu nos autos da apelação 4.930, da comarca de Ouro Fino, em que foi apelante Joaquim Alves de Carvalho e apelada a Justiça Pública (Apelação Criminal 4.930). O relator foi o Desembargador Saraiva. Raphael atuou como Procurador do Estado. A Câmara Julgadora anulou a sentença e determinou a emenda da denúncia, na instância de origem, de modo que o crime mais grave nela fosse inserido.

O fato se dera no Distrito de Monte Sião, daquela comarca, e o apelante, subdelegado de polícia daquele Distrito fora condenado à pena de seis meses de suspensão do emprego e multa de dez mil réis (grau mínimo).

Na apelação, conforme assinalou Raphael, o apelante nem sequer expusera os motivos pelos quais não se conformara com a decisão, que lhe fora sensivelmente favorável.

Raphael, no seu parecer, disse que o apelante excedera as funções de seu cargo ao determinar que praças do destacamento policial, às suas ordens, prendessem Silvino Costa de Oliveira e o levassem à cadeia “*debaixo de facão*”.

Os soldados, em cumprimento de tal mandado verbal, saíram em busca do paciente e encontraram-no em uma casa de negócio, picando fumo, com um inofensivo canivete.

Deram-lhe voz de prisão, à qual ele docilmente se submeteu, apesar da manifesta ausência das solenidades externas necessárias para sua validade, é dizer, apesar da ausência de mandado da autoridade competente.

Raphael assinalou que na ausência de qualquer relutância do paciente os soldados resolveram não cumprir o preceito de “*meter-lhe o facão*” e o foram conduzindo, sem a inútil violência, a caminho da cadeia.

No percurso encontraram-se com o subdelegado e este increpou os soldados, pela desobediência, nestes termos: “*Porque não cumprem a minha ordem de metter o facão?*”

Diante disso os soldados desembainharam suas armas. Impelido pelo instinto de conservação o paciente fugiu e para detê-lo o subdelegado desfechou-lhe bala e determinou que os soldados o perseguissem a tiros.

Iniciou-se a caçada. O paciente foi gravemente ferido, por uma bala, na perna esquerda, mas logrou escapar.

Raphael ressaltou que a autoridade que ordenara tamanha violência procurara exculpar-se alegando que o paciente havia ousado desacatar-lhe e quisera arrancar, à força, um preso da cadeia.

O juiz entendera que a autoridade policial incorrera em simples excesso de exação no cumprimento de seus deveres e não se colocara à altura de compreender a ilegalidade de suas ordens.

Raphael disse que a sentença entrara em manifesto equívoco, na interpretação dos fatos.

E o fez nesses termos: “*a ordem violenta de prisão, evidentemente ilegal, acompanhada da inqualificável recomendação aos executores de ‘metterem o facão no preso’ já é de si mesma inequívoca manifestação de ódio e de vingança. É o caso da res ipsa in ce dolum habet. As paixões subalternas, a que obedece uma autoridade que se desmanda e prevarica nos seus deveres funcionaes geralmente se evidenciam a posteriori, pelas circunstâncias do facto.*”

Nesse contexto, o parecer de Raphael Magalhães foi no sentido de que os termos da denúncia eram absolutamente insustentáveis quanto à classificação do crime, como simples excesso de exação no cumprimento de deveres.

Assim opinou pela reforma da sentença de modo que a acusação se desse por prevaricação, nos termos do artigo 307, parágrafo 9 do Código Penal, então vigente.

Contudo, assinalou que no grau de apelação, como fora o próprio réu o apelante, não seria lícito o agravamento da pena, por isso que alegou vício processual, na instrução da denúncia, o que foi acolhido pela Câmara Criminal, que anulou todo o processo, pois a denúncia não viera acompanhada da justificação então exigida pelo artigo 730 do Decreto 1.937, de 29 de agosto de 1906.

Valendo-se desse equívoco processual, cometido no primeiro grau, o Tribunal determinou que outra denúncia fosse oferecida com a regularidade de lei. Com isso sobreveio a oportunidade de a autoridade policial ser processada pelo crime de prevaricação.

O caso de Varginha – a fúria do barão

Na apelação nº. 4.703, da Comarca de Varginha (MG), em que foi apelante o Barão da Varginha e apelado o capitão Agostinho Diniz Guimarães – relator o desembargador Torres – em 2 de dezembro 1908, o Tribunal mineiro negou provimento ao recurso e manteve a sentença absolutória.

Raphael, na época atuando como Procurador Geral do Estado, foi o autor do Parecer, no qual disse não ter havido crime de calúnia e, assim, a absolvição do réu deveria ser confirmada.

A turma julgadora acolheu o Parecer *in totum* e as razões de Raphael foram o fundamento do acórdão.

O caso era o seguinte: o réu, apelado, Agostinho Diniz Guimarães havia sofrido um atentado à sua vida. Escapou. Por isso, fez representação à polícia, narrando o fato e assinalando que o povo todo “*do Pontal e da Varginha*” comentava ter sido o mandante do crime o Barão de Varginha que, de resto, já lhe fizera ameaças e crescia-lhe o ódio porque o querelado, Agostinho, era jornalista local e nas páginas de seu periódico, “*A Aurora*”, de quando em quando, desfechava umas farpas no Barão, em uma coluna denominada “*Risotas*”.

Veja-se o cenário: era início do século XX. A República, embora já proclamada, ainda não erradicara o autoritarismo dos baronetes, figuras redivivas de um tempo já morto.

A verdade é que o século XIX somente terminou com a primeira guerra mundial. O ambiente político, moral e social era carregado de preconceitos, até mesmo nobiliárquicos. Nesse cenário, imagine-se o exercício do jornalismo de opinião no interior do país.

“O ambiente político, moral e social era carregado de preconceitos, até mesmo nobiliárquicos.”

É nesse passo que a presença de Raphael Magalhães, uma vez mais, garante a prevalência do bom senso, do bom direito, da pura tolerância, da liberdade e da construção dos princípios republicanos, que ainda estavam por se firmar.

Eis o tópico nuclear do parecer de Raphael:

"O querelado foi victima de uma tentativa de morte.

Tinha o direito, ou melhor, corria-lhe o dever de communi-car o facto à auctoridade pública, ministrando as informações necessárias para o bom êxito do inquérito.

E assim elle o fez, relembando os antecedentes que aucto-rizavam a suspeita de terem sido o Barão da Varginha e outros, os auctores moraes desse attentado, conforme a imputação que lhes era feita pela opinião pública.

No seu communicado o reu, com reserva e discrição, usan-do de linguagem enérgica, mas digna, não avançando accusa-ção temerária, mas amparada em circumstancias relevantes, taes como – o ódio que lhe votava o Barão, que já explodira em ameaças, ódio alimentado pelas farpas que lhe desfechava o querellado na secção "Risotas" do seu periódico "A Aurora" o não ter o reu outros inimigos no lugar, etc., etc.

É possível que seja falsa a supposição do réu, mas as allega-ções que elle adduziu e provou, provam a boa fé com que agiu, representando à auctoridade policial nos termos expostos, no intuito de provocar investigação sobre o facto, não só a bem da justiça social, como no seu próprio interesse, pois a impunidade do primeiro atentado poderia servir de animação ou acoroçoamento ao delinquente para repeti-lo com maior efficacia.

– Não houve de sua parte o animus diffamandi; pelo que falha aqui esse outro elemento do crime de calúnia, que lhe foi arguido.

Bello Horizonte, 2 de dezembro de 1908 – R. Magalhaes."

Nesse Parecer, Raphael, a um só tempo, incentivou o exercício da cidadania, ao assinalar que corria ao réu o dever de comunicar o fato criminoso à autoridade pública; ressaltou a reserva e a discrição com que se houve o réu – que não avançou acusações temerárias tão ao gosto dos tempos atuais; distinguiu a boa-fé da atitude do réu, e boa-fé é um estado mental que concorre para a confiança e estabilidade social.

Assim era a judicatura de Raphael.

O olhar compreensivo da dialética das relações sociais

No seu "*D. Quixote – Um Apólogo da Alma Ocidental*", San Tiago Dantas desvela a alma do Quixote e assinala que o dom de si – doação incondicional à alteridade – formou a consciência do Ocidente. O Quixote é o herói do Ocidente. Seu heroísmo é o da fragilidade humana e, por isso, o de sua grandeza. O dom de si é a entrega à alteridade, é dizer, é a tolerância.

Veja-se:

Penso que o Quixote nos transmite uma lição de purificação do mundo pelo heroísmo, não por um heroísmo do tipo hercúleo, mas por um outro feito de fé intangível, pureza perfeita de um atributo que a todos resume – o dom de si mesmo.

“O exercício da tolerância tornara-se parte da natureza de Raphael Magalhães; era a sua fé intangível.”

Esse dom de si mesmo salva o Quixote, e o faz triunfar de seus fracassos e enganos pelo exemplo de que deixou de ensinada a consciência dos tempos seguintes.

(cf. San Tiago Dantas – In *D. Quixote – Um Apólogo da Alma Ocidental* – Editora Universidade de Brasília – 1979 – p.79).

O exercício da tolerância tornara-se parte da natureza de Raphael Magalhães; era a sua fé intangível; a pureza de sua personalidade; o dom de si mesmo; a entrega sem limites ao exercício da amizade, à plenitude da convivência, ao ofício da justiça. Isso lhe permitia visão percuciente e um discernimento de base sociológica, no curso do raciocínio jurídico de modo a pressentir a evolução dos costumes, e assim, dizer o Direito em harmonia com a mutação dos valores sociais. – *Tempora mutantur nos et mutamur in illis*: – Era o resultado de sua entrega sem preconceitos, de sua aceitação da diversidade, do incerto futuro, da permanente tolerância.

Já desembargador, foi de sua relatoria a apelação cível de número 3.123, da comarca de Paracatu (MG), em outubro de 1913. (*Revista Forense*, vol. XXII, 1914, p. 34/36)

Tratava-se de decidir sobre se a concubina do testador poderia ser nomeada herdeira ou legatária. Era uma ação de nulidade parcial de testamento, ajuizada pela viúva do testador, que deixara legado para concubina.

O voto de Raphael foi vencedor. Vejam-se alguns de seus tópicos:

Quanto ao ponto de Direito, entendo que a cláusula proibitiva da Ordenação, em virtude da qual o homem casado não pode doar, vender, alienar ou de qualquer modo transpassar alguma coisa móvel ou de raiz à sua barregan ou qualquer outra mulher com quem tenha afeição carnal só se entende com a alheiação inter-vivos.

Raphael esclareceu então, que:

Si, portanto, o que a citada ordenação teve em vista foi resguardar o interesse da mulher contra as machinações e conluios do marido e da concubina, a vedação por ella posta não deve comprehender as alienações causa-mortis por que estas, só produzindo efeito depois de dissolvida a sociedade conjugal, não causam de modo algum, nem effectiva, nem potencialmente, prejuízo à mulher.

Que interesse tem a mulher na revogação da deixa testamentaria si os bens doados, voltando ao espólio, não lhe pertencem, mas aos herdeiros do doador?

Não se comprehende acção civil sem o interesse patrimonial de agir.

Nenhum dos códigos das nações cultas contém prohibição igual a esta que se pretende deduzir da Ordenação.

O Código Civil Francês e os que lhe seguem a orientação não n'a inserem nem quanto às doações inter-vivos, nem quanto às liberalidades causa-mortis.

As concubinas ficam assim sujeitas, no regimem daquelle Código, à regra geral da capacidade expressa no artigo 902, nos seguintes termos:

"Todas as pessoas podem dispor e receber, quer por doação inter-vivos, quer por testamento, excepto as que a lei declara incapazes."

Raphael Magalhães no mesmo Acórdão ainda se referiu ao então Código Suíço, que não continha qualquer proibição, quanto às liberalidades testamentárias e ao então vigente Código Civil Português que só vedava as doações intervivos feitas por homens casados às suas concubinas.

Com isso, a turma julgadora do Tribunal da Relação, por maioria, vencido o então desembargador Hermenegildo de Barros, deu provimento ao recurso, desprezou os embargos, mantendo o acórdão que dera provimento à apelação.

A ementa daquele julgado ficou assim redigida:

“Não se
comprehende acção
civil sem o interesse
patrimonial de
agir.”

A concubina do testador pode ser nomeada sua herdeira ou legatária.

No seu clássico *Direito das Sucessões*, Hermenegildo de Barros mencionou o entendimento do Tribunal da Relação. Referiu-se do Acórdão de 23 de abril de 1912. Ao que parece, dada a similitude do tema e dos votos, tratou-se do Acórdão ao qual foram opostos embargos, estes então decididos pela relatoria de Raphael.

É o Acórdão a que nos referimos, sobre a doação à concubina.

Hermenegildo retomou, em sede doutrinária, no mencionado livro, as razões de seu voto (que fora vencido) e acresceu argumentos, nos quais se pode divisar a razão pela qual a proibição de doação à amante, ainda vigente no nosso Código Civil, não tem outra tradução, senão em razões morais, de fundo religioso.

De fato, a proibição que se estabeleceu na lei civil brasileira é de ordem unicamente moral.

Hermenegildo de Barros, após dizer que não concordava com a doutrina de Lafayette, quando este dizia que o testamento, ao produzir efeitos, somente o faz após a morte do testador e com a morte do testador o casamento já está dissolvido logo não existe mais razão da proteção da união familiar, por isso que pode haver doação à concubina, rebate assinalando que o ato de doação, mesmo após a morte não faz desaparecer a imoralidade que a lei procurou coibir. (cf. Hermenegildo de Barros – *Manual do Código Civil Brasileiro – Do Direito das Sucessões* – Vol. XXVIII – Segunda Tiragem - Livraria Jacintho editora – 1929 – p. 58).

Não resta dúvida que a manutenção da proibição era, como ainda é, de razão exclusivamente moral.

É certo que, sobrevivendo o Código Civil de 1916, ali se estabeleceu no artigo 1719, III, que não poderia ser nomeada herdeira, nem legatária, a concubina do testador casado.

A proibição remanesceu no Código Civil de 2002, no artigo 1.801, III, apenas com pequena concessão em relação à evolução dos costumes, tendo ficado expresso que não pode ser nomeada herdeira, nem legatária, a concubina (ou concubino) do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato há mais de cinco anos.

Note-se que a manutenção da proibição, em relação ao concubino ou concubina, se dá por influxo exclusivamente moral. Um moralismo dissonante da evolução dos costumes.

Raphael já notara, em 1913, que no *Direito Civil Francês* não havia tal expressa proibição. Contudo, no próprio Código Civil Francês, de modo vago, havia possibilidade de dúvida interpretação. Isso durou até 1999.

Isso porque o artigo 212 daquele Código, que prevê o dever de respeito, fidelidade, socorro e assistência entre os cônjuges, combinado com o artigo 900, do mesmo Código, que assinala que as disposições, entre vivos ou testamentárias, contrárias à lei e aos bons costumes serão reputadas não escritas e, ainda, juntando-se os artigos 1.131 e 1.132, daquele Código, que falam de nulidade de contrato por vício de consentimento e erro de Direito, todo esse plexo normativo trazia dúvidas e decisões conflitantes, nos pretórios franceses sobre a hipótese de validade de disposição testamentária de homem casado em favor da concubina.

Até que houve o acórdão da *Cour de Cassation – Première Chambre Civile* – 3 février 1.999/nº 96-11-946, com o seguinte Résumé:

N'est pas contraire aux bonnes moeurs la cause de la liberté dont l'auter entend maintenir la relation adultère qu'il entretient avec le bénéficiaire.

Com isso, cessou, na jurisprudência francesa, a pecha de imoralidade de tal ato. O acórdão referido foi o *leading-case*.

Ora, a antevisão de Raphael Magalhães, o seu ponto de vista, acorde com argumentos jurídicos, sobressaindo-se o de que como os efeitos do testamento se dão com a morte e como a mesma morte dissolve o casamento, quando os efeitos do testamento dessem efetividade ao legado, já não havia monogamia a preservar, nem instituição do casamento a ser resguardada pela lei, de tal sorte que a única razão pendente seria a moral que, sem conteúdo jurídico, tornar-se-ia mera expressão de moralismo.

Não que Raphael fosse dado a *donjuanismo*, a aventuras galantes, que desprezasse a família de que era patriarca exemplar; a sua posição era granítica, como a do padre Feijó que, celibatário à *outrance*, condenava o celibato, com férrea autoridade da razão.

O que se destaca no acórdão relatado por Raphael é a sua antevisão, fruto do seu olhar tolerante e compreensivo da dialética das relações sociais, sempre a modificar usos, costumes e valores.

Esse é o cenário histórico do registro da atuação judiciária de Raphael Magalhães e de sua presença no meio social, de que foi naturalmente líder. O aspecto nuclear de tal presença foi a tolerância que dele emanava e que ele predicava. É o efeito desse predicamento tolerante que constitui o corpus do legado de Raphael Magalhães.

Por isso que se passa, agora, ao tema da tolerância, cuja atualidade traz consigo a permanência de seu legado. A narrativa de episódios da vida e de cintilações do pensamento de Raphael tem, aqui, propósito determinado.

“Esse é o cenário histórico do registro da atuação judiciária de Raphael Magalhães e de sua presença no meio social, de que foi naturalmente líder. O aspecto nuclear de tal presença foi a tolerância que dele emanava e que ele predicava.”

PARTE II

A tolerância como dom de si mesmo (A parábola dos três anéis)

A dissensão religiosa fez surgir a consciência da necessidade de se estabelecer a tolerância no espaço da política, exatamente para eliminar a intolerância política, que é o grande problema de todos os tempos, haja vista que a intolerância religiosa não passava de uma questão de poder político.

No tempo presente, nos conflitos que a intolerância provoca, surgem os reclamos ao Judiciário, em um enorme afluxo de demandas, na busca de uma resposta, dentro da legalidade, que possa permitir uma convivência civilizada.

A reflexão a se desenvolver, agora, em torno da tolerância, ao influxo da memória de Raphael Magalhães, é uma tradição, uma entrega, que se faz ao presente e tudo quanto se vai dizer não será impositivo, não vai ditar soluções. Não se pretenderá normativo.

Será, apenas, uma exortação a agir jurídica-e-prudencialmente, com base no elo contínuo, que nos liga ao passado, no curso histórico do humanismo. Aqui não se faz nem se esboça a história da tolerância, longa e dramática.

Contudo, não se pode totalmente escapar da narrativa histórica porque o objetivo é ligar a tolerante judicatura de Raphael Magalhães com a necessidade de tolerância no tempo presente, de par com a proposição de que, para mantê-la viva, é necessário ser intolerante com a intolerância, quando esta última afigura-se fundamentalista e antidemocrática.

Nos dias presentes, já não cuidamos da intolerância religiosa, no Brasil, embora ela ainda subsista, sobretudo em relação às crenças de matriz Africana; o que nos assombra, agora, é a intolerância política.

O mais imediato problema do exercício da jurisdição, hoje, é o de trazer para a civilidade a barbárie das redes sociais, que está a dividir a nação brasileira, a tal ponto que a resolução dos conflitos *civiliter* modo corre risco de se transformar em teatro de aparências, enquanto medra, no fundo do palco, o fantasma de uma guerra civil.

Nesse ponto, se nos depara a questão da liberdade de expressão, termo sempre presente na seleta, no vade mecum dos que se passam por condutores de opinião por entre desfiladeiros de ignorância.



Parábola dos três anéis tem servido para lições de vida ao longo da história

Hendrik Van Loon, no seu clássico “*Tolerância*” ensina:

Um homem ignorante, devido à sua ignorância é um indivíduo muito perigoso. Mas quando tenta inventar uma desculpa para a sua deficiência mental, então se transforma em verdadeiro terror. Constrói dentro de si uma muralha de granito, que é a consciência de que está certo, e, do alto da torre de sua fortaleza, ele desafia todos os seus inimigos, que são os que não têm os mesmos pontos de vista que ele.

(Hendrik Van Loon – *Tolerância* – tradução de James Amado – Cia Editora Nacional – Rio – 1942 – p. 122.)

Cuida, também, da intolerância moderna e a divide em três, a saber:

A intolerância do conformismo, que não aceita alterações do *statu quo*; a intolerância do interesse próprio, que se situa no espectro do egoísmo; e a intolerância da ignorância que é nociva e traz conteúdo político.

É disso que cuidamos aqui: da tolerância em face da intolerância, no seu aspecto político.

Para fazer curta uma longa história, torna-se necessário assinalar a presença de Locke e Voltaire, pois foi a partir deles que, concretamente, disseminou-se a luta pela prevalência da tolerância no campo da política, ao passo que a mesma questão no campo religioso foi sendo deslocada para segundo plano (embora hoje ensaie sua volta ao proscênio).

Entretanto, a passagem da discussão do campo religioso para o político pode ser vista já no final do século 16, em Sébastien Castellion, com o seu *De Haereticis*, uma vivaz burla em que, sob color de antologia jurídico-teológica, de textos escolásticos, em leitura mais profunda, entremostra crítica cabal à pena de morte, então comum contra os heréticos sobretudo na Genebra de Calvino.

Na verdade, Castellion escreveu apenas o prefácio do *Haereticis*, contudo, como disse Stefan Zweig, somente aquela introdução já lhe lançaria permanentemente o nome na história. Humanista, Castellion se formara no ‘erasmismo’, nas fontes de Erasmo, e sob tal inspiração, escreveu *De arte dubitandi* (*A Arte de Duvidar*).

Esse princípio da dúvida opõe-se a todo dogmatismo. Daí vem o realce da liberdade de convicção.

Stefan Zweig escreveu um grande livro sobre Castellion que, na tradução francesa chamou-se *Conscience contre Violence* – (traduit de l’allemand par Alzir Hella – Ed. Le Castor Astral – 1997).

Nesse livro, Zweig aponta o terror imposto por Calvino e seu ápice com a condenação de Michel Servet à morte, por questões teológicas, por delito de opinião, de hermenêutica, de convicção. Era um tempo em que grandes teóricos e humanistas tiveram que se refugiar em Bale, na Universidade local, que guardava a herança intelectual de Erasmo.

Zweig disse que ali se constituiu o último refúgio do humanismo, repudiado por Calvino, o tirano de Genebra, o assassino de Servet e repudiado também pela teologia de católicos e demais protestantes.

Encontravam-se, em Bale, Carlstad, cassado na Alemanha por Lutero; Bernardino Ochino, cassado na Itália pela inquisição Romana; Célio Cocino, também cassado na Itália; David de Joris, proscrito dos Países Baixos; e Castellion, cassado de Genebra por Calvino (Zweig *op. cit.* P. 132).

“O mais imediato problema do exercício da jurisdição, hoje, é o de trazer para a civilidade a barbárie das redes sociais, que está a dividir a nação brasileira, a tal ponto que a resolução dos conflitos *civiliter* modo corre risco de se transformar em teatro de aparências [...]”

Castellion teve a visão clara ao discorrer sobre o caráter mutual da tolerância. Essa mutualidade é a mesma reciprocidade que, nos dias de hoje, a doutrina ensina ser a base sem a qual não podemos ser tolerantes com os intolerantes, que se firmam em posições unilaterais e, com isso, anulam a relação dialogal, base do contrato diário e sempre renovado que é a vida democrática.

Contra o *De Haereticis*, de Castellion, Calvino encarregou seu discípulo, Théodore de Bèze, de responder, com um libelo. De Bèze então escreveu o *"Libertas Conscientiae Diabolicum Dogma"* (A Liberdade de Consciência é Doutrina Diabólica).

Indignado com a morte de Servet e arrostado pelo libelo de De Bèze, Castellion abandonou seus trabalhos literários e científicos e escreveu o *"J'accuse de son siècle dans lequel il inculpe Jean Calvin de meurtre commis sur la place de Champel sur la personne de Michel Servet. Et cette accusation publique, ce Contra Libellum Calvini, devient grâce à sa puissance moral un des plus sublimes pamphlets contre tous ceux qui tentent d'opprimer la parole au moyen de la loi, la croyance au moyen d'une doctrine, et la conscience, mène libris, en recourant à la force éternellement odieuse."* (Zweig, p. 149)

Castellion deu os primeiros passos para dar à tolerância seus direitos de cidade, na cena política.

Já não se tratava de religião, de transcendência, mas de temas humanos, imanentes, sociais mesmo. Castellion falava de opressão da palavra e verberava que isso ocorria por meio de lei. Ora, a natureza de argumento que tal, é tema social e político.

Zweig ressalta a possibilidade de Descartes e Spinoza terem lido Castellion cuja as obras foram muito difundidas na Holanda. Mas não foram somente os humanistas atraídos pelas teses de tolerância de Castellion. No tratado de Utrecht (o de 1579), a tolerância ali se inscreve como expressão de política de Estado. Deixa seu domínio abstrato e entra, com autoridade normativa, no domínio da vida social, da realidade: um povo livre ouviu o vibrante apelo a respeito de convicções do outro, apelo que Castellion, no passado tão próximo, endereçara aos príncipes, tornava-se lei (Stefan Zweig, *op. cit.* p. 196).

O caminho para Locke e Voltaire estava preparado.

“Já não se tratava de religião, de transcendência, mas de temas humanos, imanentes, sociais mesmo.”

É de destaque o fato de que Stefan Zweig, no seu estudo sobre Castellion, refira-se ao Tratado (de união) de Utrecht como episódio em que, ao lado de outros, trata da tolerância (religiosa) como política de Estado, de modo que, em o fazendo, estabelece, prospectivamente, a tolerância como realidade de convivência política, porque firmada em lei, tornou-se política de Estado.

Note-se, nesse passo, o fato de que o Tratado de Utrecht é de 1579 (houve outros, de Utrecht, com tema diverso, tempos após), contudo já as Ordenações Afonsinas do Reino de Portugal, concluídas pelo jurista Rui Fernandez, em 28 de julho de 1446 (mais de cem anos antes do tratado de Utrecht) previam, no livro II, a tolerância, como política de Estado, em relação a judeus e muçulmanos.

Ali houve normas que garantiam aos Rabis a guarda de seus julgados, direitos e costumes e permissão para o judeu demandar judicialmente os cristãos. As normas de proteção estendiam-se aos muçulmanos.

Isso está bem historiado por Paulo Ferreira da Cunha, Joana Aguiar e Silva e Antônio Lemos Soares (em “História do Direito”, Almeida, Coimbra, 2010, p. 480/481).

De tal obra, veja-se isto:

Todavia, umas das normas, previstas no livro II das Ordenações Afonsinas, despertou em nós o mais vivo entusiasmo. É aquela que proíbe que o Judeu seja julgado ao Sábado. Numa época como a que se vive nos nossos dias, em que tanto se discute matérias relativas à tolerância religiosa, ao choque de civilizações, etc..., os portugueses dão nos, por meados de Quatrocentos, um bom exemplo de como resolver algumas das questões mais prementes do mundo hodierno (op.cit. p. 481).

Vida, propriedade, identidade, festas, crenças, todo esse patrimônio das minorias muçulmanas e judias foi protegido pelas Ordenações.

Os três anéis: as astúcias da tolerância

Giovanni Boccaccio, no *"Trecento"* italiano, foi o primeiro grande realista da literatura universal. O humorismo foi o meio com que se salvou da ausência de lógica da sociedade de seu tempo e foi com o humor que ele predicou a tolerância.

Sua obra – *O Decamerão* – situada entre os anos de 1348 e 1353, contém, na terceira novela, da primeira jornada, a parábola dos três anéis: lição de tolerância que, mais tarde, no século XVIII, influenciou Gotthold Ephraim Lessing, no clássico *Nathan der Weise*.

Em Boccaccio, Filomena narra o ocorrido entre o sultão Saladino, muçulmano, e o sábio judeu Melquisedeque.

Saladino, ao cabo de inúmeras guerras, estava arruinado. Recorreu, então, ao rico Melquisedeque, para pedir-lhe vultoso empréstimo. Não queria usar a força, imaginou a armadilha, de modo que, se o judeu caísse, haveria como coagi-lo, disfarçadamente, e obter-lhe, de boa graça, o empréstimo.

Indagou de Melquisedeque qual das três leis religiosas era a verdadeira: a judaica, a sarracena ou a cristã.

Melquisedeque percebeu que Saladino buscava resposta que poderia facilmente ser contraditada e, assim, surgiria mo-

tivo para uma imposição qualquer. Inteligência sutil, o judeu lhe respondeu com uma parábola.

Contou a história de um homem rico, que possuía um magnífico anel. E que iniciara uma tradição familiar, pela qual, o filho a quem ele desse o anel seria o seu único herdeiro.

Essa tradição se manteve até que, tempos decorridos, o então possuidor do anel, sempre rico, tinha três filhos, aos quais amava igualmente. Todos conheciam a tradição do anel.

Não querendo atribuir a somente um de seus filhos todo o seu poder e riqueza, o pai chamou um fino ourives e, mostrando-lhe o anel, encomendou duas cópias idênticas.

Guardou, então, os três anéis. Anos após, já velho, ele estava no limiar da morte. Cada um de seus filhos, separadamente, pediu-lhe o anel. A cada pedido, secretamente, o pai atendeu e pediu segredo.

Na sua morte, os filhos entraram em disputa, e cada qual apresentou o seu anel, que o pai lhe dera secretamente. Não se soube dizer qual era o anel primitivo, o símbolo da transmissão da herança. Não se soube quem seria o legítimo herdeiro.

O problema ficou sem solução.

Finda a parábola, Melquisedeque disse para Saladino que aquilo era o que estava, então, a afirmar sobre as três leis religiosas: que Deus dera aos três povos, o judeu, o sarraceno e o cristão. Cada povo se considerava possuidor de sua legítima herança, de sua legítima lei. Como no caso dos anéis, tratava-se de uma questão aberta.

Saladino reconheceu que Melquisedeque evitara a armadilha e, por isso, contou-lhe francamente o de que precisava. E o que pretendia impor, caso não tivesse recebido resposta tão hábil.

O diálogo então se tornou honesto e franco. Sem dissimulações. De livre vontade, Melquisedeque fez generoso empréstimo. Foi posteriormente pago e ainda obteve honroso cargo no séquito de Saladino.

O exemplo literário, do gênio de Boccaccio, bem demonstra a superioridade da ideia de tolerância religiosa: ninguém tem a primazia, todos têm o seu direito.

Vê-se que a postulação de convívio tolerante, em grande parte da história, fazendo face a dissensões religiosas, significa o enorme esforço do senso comum na busca de meios com que combater a intolerância.

A dissensão religiosa fez surgir a consciência da necessidade de se estabelecer a tolerância no espaço da política, exatamente para eliminar a intolerância política, que é o grande problema de todos os tempos, haja vista que a intolerância religiosa não passava de uma questão de poder político.

No tempo presente, nos conflitos que a intolerância provoca, surgem os reclamos ao Judiciário, em um enorme fluxo de demandas, na busca de uma resposta, dentro da legalidade, que possa permitir uma convivência civilizada.

A intolerância religiosa e a intolerância política são as faces de Janus, cerrando as portas das relações dialogais. É Janus, bifronte, guardião das portas, que surge e não sai de cena.

É necessário agir com lucidez, para separar o tema religioso do tema político, para melhor trabalhar com esse último, porque a atividade judicante é decorrente da organização política do Estado.

A filosofia e a literatura, mesmo quando versam temas advindos da religião, suas lutas e suas intolerâncias, continu-

am a iluminar o grande debate sobre a tolerância, em sítio político. É o que ocorre com o anel da parábola, referido por Boccaccio. O pano de fundo é a intolerância religiosa.

É nesse sentido que John Locke, na *Carta sobre a Tolerância*, em 1689, teve o discernimento de postular a separação entre Igreja e Estado. Bem assinalou Mark Goldie, na sua introdução ao referido texto de Locke, que:

Corolário significativo da posição de Locke é que a tolerância deve ser estendida a não cristãos. Já que a república não é cristã em sua natureza, seu âmbito é abrangente. Locke deixa muito claro que opiniões puramente religiosas, de qualquer tipo, não podem ser motivo de discriminação civil. "O pagão, o maometano e o judeu não podem ser excluídos dos direitos civis da república por causa de sua religião."

(cf. Clássicos – Locke e Voltaire – *Sobre a Tolerância* – Tradução de Juliana Martone e Márcio Suzuki – Textos Introdutórios de Mark Goldie e Desmond M. Clarke – Companhia das Letras – 2022).

Ainda com Mark Goldie, a propósito de Locke, veja-se:

O argumento de Locke acerca da inutilidade da intolerância tinha ainda outro aspecto distinto. Ele poderia ser denominado "reciprocidade" ou "argumento alpino". A verdade, observa Locke, pode ser diferente em cada um dos lados do Canal da Mancha, dos Alpes e do Bósforo. "A religião de cada príncipe é ortodoxa para ele mesmo" (p. 63). O protestantismo é a religião estatal da Inglaterra, o catolicismo da França, e o islamismo da Turquia.

Ele contrasta o destino das religiões sobre diferentes regimes: para a religião dominante é conveniente perseguir a minoria. O padrão da perseguição é, então, um indicador da distribuição de poder e não da procedência da verdade religiosa. A perseguição não tem nenhuma utilidade para promover a causa da autêntica verdade se o argumento a favor da coerção puder ser mobilizado facilmente por qualquer regime que acredite ter a verdade. É tolice, portanto, permitir que o Estado imponha a "verdade", porque o mesmo argumento será utilizado em outra parte contra nossos correligionários. Em um mundo de religiões divididas e estados confessionais, quem sofre não são os equivocados, mas os fracos. Protestantes sofrerão na França e cristãos na Turquia. Locke oferece ao legislador um cálculo de prudência: se queres promover a verdadeira crença, não armes magistrados por toda terra com a espada da retidão. (op. cit. p. 17/18).

Nos dias que correm a evidente perseguição das minorias no Brasil, as violências em questão de gênero, de raça, de classe social, a discriminação das religiões de matriz africana, tudo isso deve alertar o Estado para que não arme magistrados com a espada da retidão. No caso, entenda-se retidão como ortodoxia avessa à tolerância, portadora de verdade própria, em oblivio do anel da parábola de Boccaccio.

Um erro judiciário clamoroso, contra Jean Calas, um huguenote de Toulouse, que culminou em sua morte, levou Voltaire a escrever o *Traité sur la Tolérance*. Era tempo, para ele, de crítica das leis francesas. Publicado anonimamente, o Tratado foi alvo de ataques da hierarquia católica.

Desmond M. Clarke, na sua Introdução ao 'Tratado sobre a Tolerância' (op. cit. p. 104/124) narra que Voltaire preocupa-

va-se com a irracionalidade das relações hostis entre as duas Igrejas cristãs da França. O crescente número de calvinistas, na época, ameaçava a hegemonia católica. Daí as hostilidades. Daí a intolerância. Daí os assassinatos.

Note-se que Voltaire escreveu dois séculos após o massacre de São Bartolomeu, que ocorrera em 1572; contudo, nada ainda se resolvera na França.

Na lição de Desmond M. Clarke, o Tratado de Voltaire ofereceu uma revisão histórica do limite até o qual as gerações precedentes e outras culturas se ocuparam da questão da tolerância religiosa.

A rigor, Voltaire não se bateu para que huguenotes tivessem os mesmos direitos civis e políticos que os católicos. O que ele pediu é que a Igreja Católica, majoritária na França, não perseguisse nem matasse os membros da igreja minoritária, é dizer, os huguenotes. (cf. Desmond M. Clarke, *op. cit.* p. 118)

O que mais importa, para o foco deste nosso estudo, é o fato de que, na evolução de seu pensamento, Voltaire, no panfleto *Idées Républicaines* discorreu sobre liberdade de pensamento, liberdade de expressão, *verbis*:

Numa república, digna do nome, a liberdade de publicar os próprios pensamentos, é um direito natural do cidadão. Eles podem usar a pena ou suas vozes, e não deveriam ser proibidos de escrever assim como não são de falar. (apud Desmond M. Clarke – op. cit. p. 122)

Essa liberdade de pensar, de se exprimir, como direito natural, tomou corpo no Iluminismo e se inseriu posteriormente na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (proclamação francesa que glorificou Voltaire).

Vamos ao texto de Desmond M. Clarke.

Com essa proclamação, a França revolucionária reconheceu a ideia fundamental que motivou a tese de Voltaire no Tratado. A liberdade de pensar é amplamente reconhecida hoje como um direito fundamental. Ela é protegida, por exemplo, pelo art. 18 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (1966) que diz: “Todos devem ter direito a liberdade de pensamentos, de consciência e de religião. Esse direito deve incluir a liberdade de ter ou adotar a religião ou crença de sua escolha, e liberdade individual ou na comunidade com outros, em público ou em privado, de manifestar sua religião ou sua crença, no culto, na obediência, na prática e no ensinamento”.

O Pacto das Nações Unidas reconhece que essa liberdade está sujeita a limitações que sejam prescritas pela Lei e necessárias para proteger a segurança pública, a saúde, os costumes ou os direitos e liberdade fundamentais dos outros.

A articulação e implementação de uma política pública apropriada que reconheça a liberdade religiosa de cada cidadão são um trabalho em andamento na maioria das jurisdições. Enquanto os detalhes ainda precisam ser resolvidos caso a caso, o princípio fundamental, do qual essas resoluções dependem, é a significativa contribuição de Voltaire no Tratado: de que cidadãos individuais têm direito à liberdade de pensamento e de crenças religiosas, e que os Estados não têm nenhuma autoridade para interferir nesses direitos, exceto para proteger os direitos civis dos outros.

(cf. Desmond M. Clarke. *op. cit.* p. 124)

Voltaire personificou o intelectual engajado, participe dos embates políticos de seu tempo, inspiração de Zola, Clemenceau, Jaurès, Leon Blum, Sartre, Camus, entre muitos outros. É que Voltaire, ao defender perseguidos, pregou ideias de significação universal; tornou-se defensor da humanidade. Esse foi o sentido de seu iluminismo.

Seu grande biógrafo, Pierre Milza, falou sobre o real sentido do *Tratado sobre a Tolerância*:

Déjà, em Juillet 1762, Voltaire expliquait aux d'Argental qu'au-delà du sort de la veuve Calas, c'était celui de l'humanité qui le préoccupait. Autrement dit, le combat qu'il menait contre les juges de Toulouse revêtait à ses yeux une signification universelle. Le Traité sur la Tolérance, dont il entreprend la rédaction en décembre 1762, répond à ce souci d'élargissement et de théorisation. Il ne s'agit plus seulement de demander la réhabilitation de Calas, mais de s'interroger sur les raisons que l'ont fait condamner à tort et d'instruire en retour le procès du fanatisme et de l'intolérance.

(cf. Pierre Milza – in Voltaire – Edition Perrin – Lonrai – 2007 – p.613)

Voltaire defendeu o homem na sua universalidade, na sua impessoalidade. Demonstrou a necessidade do compromisso, da luta desinteressada, do engajamento, do dever dos intelectuais.

Voltaire é o primeiro dos intelectuais, tal como o definimos na contemporaneidade. Seu exemplo aconselha, cresce a cada dia, torna-se necessário a cada momento.

É a presença de Voltaire que faz retornar a narrativa dos três anéis, da parábola de Boccaccio, agora com o voltairiano Lessing.

Gotthold Ephraim Lessing, maior escritor alemão do século XVIII, erudito filólogo, polemista, dramaturgo, um clássico que abriu caminho para Goethe e Schiller, homem do esclarecimento (no dizer de Otto Maria Carpeaux, em *A História Concisa da Literatura Alemã* – Faro Editorial – 2013 – 1ª Edição – p.48), em ‘Nathan, o sábio’, recontou a parábola dos três anéis, com a qual discorreu sobre a afirmação da verdade, do judaísmo, do cristianismo e do islamismo, é dizer: sobre a tolerância religiosa.

Carpeaux assinala:

“Voltaire defendeu o homem na sua universalidade, na sua impessoalidade.”

É uma parábola moral, representá-la no palco para protestar contra o fanatismo religioso e exaltar o valor da tolerância. No momento crucial da ação, o sábio judeu Nathan – para o qual seu amigo (amigo de Lessing) Moses Mendelssohn lhe serviu de modelo – conta a história de três anéis dos quais ninguém sabe qual é o legítimo e quais os falsos; é uma história tirada do arsenal do ceticismo antirreligioso. Mas Lessing inverte os termos da valorização moral: não quer afirmar a falsidade do judaísmo ou do cristianismo ou do islamismo, mas a autêntica verdade religiosa de todos os três. Para demonstrar a suprema atualidade desta tese, que só aparentemente pertence ao racionalismo do século XVIII, não basta referir-se às perseguições antisemitas do nosso tempo, que já alegam outros motivos do que religiosos. Mas a história dos três anéis é atualíssima em nossa época das guerras e anatematizações ideológicas, época que ostenta traços sinistramente parecidos com o fanatismo religioso de tempos idos. (Carpeaux – op.cit. p.51)

É, ainda, de Carpeaux o seguinte comentário a propósito de 'Nathan o sábio':

A parábola do judeu Nathan – comparando as três religiões principais a três anéis iguais, que um pai legara aos filhos, e dos quais ninguém sabe qual o anel autêntico – foi a coisa mais forte que se disse no século XVIII contra as religiões positivas.

(Otto Maria Carpeaux – *História da Literatura Ocidental* – Vol. II – Edições do Senado Federal – Brasília – 2010 – p.1255).

Carpeaux assinala que “mesmo contra sua vontade o francófilo Lessing, tão crítico da dramaturgia de Voltaire, é voltairiano e “Nathan der Weise”, sendo uma pièce à thèse, lembrando a Zaire e Orphelim de la Chine, revela o discípulo dos franceses”. (op.cit. p. 1255)

A peça tem lugar na Jerusalém do século XII (época da terceira Cruzada). Tempo do sultão Saladino. Na peça, ao final, há uma revelação, pela qual a jovem judia e o cavaleiro cristão são, ambos, descobertos como filhos de Assad, falecido irmão de Saladino. É dizer, a judia, o cristão e o muçulmano Saladino eram todos da mesma família.

Marcelo Backes, o notável tradutor de Lessing, no posfácio da obra, assevera que:

Desnudando pessoas de diferentes religiões como membros da mesma família, Lessing abre o caminho à solidariedade universal e aponta um caminho humanitário a um mundo eternamente em conflito. O metafórico, mas estreito parentesco entre as três religiões é assinalado de modo definitivo pelo autor, que na célebre ‘Parábola do Anel’, centro de ‘Nathan, o sábio’, já solucionara humanisticamente a questão, ao ser interrogado sobre qual seria a verdadeira entre as três grandes religiões ditas monoteístas: a cristã, a judaica e a muçulmana.

(cf. Posfácio – Marcelo Backes- in *Gottfried Ephraim Lessing – Três Peças* – Topbooks – Rio – 2015 – p.497).

No enredo da peça, o sultão Saladino gastara sua fortuna nas guerras. Precisava de dinheiro. Nathan era rico e sábio. Saladino mandou chamá-lo e o pôs à prova, esperando que ele caísse em armadilha preparada. Uma vez caído, Nathan ficaria em inferioridade moral e sobreviria o momento oportuno de

Saladino pedir-lhe o dinheiro, que não queria tomar à força.

Saladino indagou de Nathan qual a fé, qual a lei lhe parecia mais iluminada. Nathan respondeu que era judeu. Saladino replicou, dizendo-se muçulmano e acrescentou que entre eles havia, ainda, o cristão. Ressaltou que, das três religiões, apenas uma poderia ser verdadeira e pediu a opinião de Nathan, com seus fundamentos.

Nathan, sábio, concluiu que Saladino em vez da verdade, queria dinheiro. A indagação sobre a verdade da fé, que lhe fora posta, era apenas uma armadilha. Se dissesse que a religião judaica era a verdadeira, estaria violando a verdade da religião muçulmana, de Saladino. Se respondesse que a verdade estava na fé e lei muçulmana, estaria violando a sua própria lei e fé. Se optasse pela verdade da fé cristã, estaria traindo a si próprio e ao sultão.

Nesse impasse, Nathan narrou a Saladino a *Parábola dos Três Anéis*.

NATHAN:

*Mas, sultão,
Antes que eu me confie
De todo a ti,
Por certo permitirás
Que te conte uma historinha?
[...]
Há anos gris
Vivia um homem no oriente,
Que possuía um anel
De valor incalculável
Ganha de mão querida.
A pedra era uma opala,
Que refulgia
Em centenas de belas cores,
E tinha a força secreta
De tornar agradável
Diante de Deus e dos homens
Quem o usava confiante disso
Uma maravilha tal
Que o homem do oriente
Jamais o tirava do dedo,
E tomou a decisão
De mantê-lo em sua casa
Para sempre.
E foi assim:
Deixou seu anel ao mais amado
De seus filhos:
E dispôs que este por sua vez,
O entregasse
Ao mais querido de seus filhos;
E assim sempre o mais querido,
Sem considerar o nascimento,
Por força apenas do anel, seria,
A cabeça, o príncipe da casa.
Compreende-me, sultão.
[...]
E assim esse anel
Passou de filho a filho
Até chegar, enfim,
A um pai de três filhos;*

*Que eram todos os três
Igualmente obedientes,
E que por isso
Ele não poderia deixar
De igualmente também amar.
Só de tempos em tempos
Ora este, ora aquele,
Ora o terceiro,
Assim que um se encontrava
Sozinho com ele,
E seu coração transbordante,
Não era dividido
Pelos outros dois,
Lhe parecia mais digno
De receber o anel;
E a esse ele também tinha
A fraqueza devota
De prometer a joia.
E isso continuou assim,
Enquanto continuou.
Só que um dia chegou,
O momento da morte,
E o bom pai ficou confuso.
Sente dor por magoar
Dois de seus filhos
Que confiaram em sua palavra.
O que fazer? Ele manda o anel
Secretamente a um ourives,
Com o qual,
Segundo o modelo do seu,
Encomenda mais dois,
E manda não poupar
Custos nem esforços
Para deixá-los
Completamente iguais ao outro.
O ourives tem sucesso.
E quanto lhe leva os anéis,
Nem mesmo o pai
Consegue distinguir
Qual foi o que de modelo serviu.
Alegre e feliz,
Ele chama seus filhos,
Cada um por sua vez;
Dá a cada um, isoladamente,
Sua benção,
E seu anel, e morre.
Estás ouvindo, sultão:*

SALADINO:
*Termina logo com tua fábula.
Pode ser?*

NATHAN
*Já terminei.
Pois o que se segue,
Compreende-se por si mesmo.
Mal o pai morreu,
Cada um vem com seu anel,
E quer ser o príncipe da casa.
Investigam, discutem,*

*Se queixam em vão;
Não pode ser provado,
Qual é o verdadeiro anel;
(depois de uma pausa, na qual espera a resposta do sultão)
Qual como não pode
Ser provado a nós agora,
Qual é a verdadeira religião.*

NATHAN:
*E a história por certo
Deve ser aceita
Em fidelidade e fé? Não é?
Mas qual é, no entanto,
A fidelidade e a fé
Que se pode botar
Menos em dúvida?
A dos seus?
Os de cujo sangue viemos?*

[...]

*O juiz disse:
Se vós não me trouxerdes
O pai imediatamente aqui,
Eu vos mando para longe de mim.
Pensais por acaso que estou aqui
Para solucionar enigmas?
Ou esperais, talvez,
Que o anel certo abra o bico?
Mas basta! Ouvi que o anel certo
Tem a força miraculosa
De tornar amado:
Por Deus e pelos homens
Ser agradado.
Que isso decida! Pois os falsos
Não conseguirão a mesma coisa!
Pois bem, dizei,
Quem dois de vocês amam mais?
Vamos, falai! Silenciais?
Os anéis só atuam para dentro?
E não para fora?
E cada um de vocês
Só ama mais a si mesmo?
Oh, então sois todos os três
Trapaceadores trapaceados!
Vossos anéis não são verdadeiros
Nenhum dos três.
O verdadeiro anel
Provavelmente se perdeu.
E para compensar,
A perda esconder,
O pai mandou fazer
De um os três.*

[...]

*Se cada um tem o anel de seu pai:
Cada um acredite
Que o seu é o verdadeiro.*

E possível até,
 Que o pai não quisesse mais tolerar
 A tirania do único anel em sua casa!
 E por certo, amando vós três,
 E do mesmo jeito,
 Não quis magoar dois,
 Para a um favorecer.
 Então!
 Cada um persiga
 Seu amor incorruptível
 E livre de preconceitos!
 Que todos os três apostem entre si
 Botar a força do seu anel
 Na ordem do dia!
 E que essa força
 Ajude com suavidade,
 Com tolerância cordial,
 Com bondade,
 Com a mais fervorosa
 Devoção a Deus!
 E quando então
 A força das pedras do anel
 Se expressar
 Nos filhos de vossos filhos:
 Eu voltarei a convidá-los
 Em mil anos
 Para virem até aqui de novo.
 E então um homem
 Mais sábio do que eu
 Estará sentado sobre esta cadeira
 E irá falar.
 E agora ide!
 Disse o humilde juiz.

[...]

Saladino, se sente que é
 Esse homem mais sábio...

SALADINO:
 Nathan, querido Nathan!
 Os mil anos de teu juiz
 Ainda não se passaram.
 Sua cadeira de juiz
 Está longe de ser minha,
 Vai! Vai! Mas sê meu amigo.
 (op.cit.p.345/354)

Diálogo e amor: a mesma água da tolerância

Em suas reflexões sobre Lessing, Hanna Arendt trata da parábola dos três anéis. Entende o drama 'Nathan, o sábio' como "drama clássico da amizade". Lessing estaria próximo da Grécia Clássica, que considerava a amizade entre os cidadãos um dos requisitos para o bem-estar da Cidade.

Arendt assinala que os antigos gregos sustentavam que apenas o intercâmbio constante de conversas unia os cidadãos numa polis. Era no discurso que "tornavam-se manifes-

tas a importância política da amizade e a qualidade humana própria a ela". O mundo ter-se-ia tornado humano "apenas quando se tornou objeto do discurso".

Ela viu o *locus* dramático da peça na tensão entre a amizade e humanidade e a verdade e ressaltou que, ao final, "a sabedoria de Nathan consiste apenas em sua presteza para sacrificar a verdade à amizade".

Concluiu, ainda, que Lessing contentou-se com a impossibilidade de se indicar o verdadeiro anel (perdido), porque disso resultaria uma discussão infinita e um número infinito de opiniões, o que reforçaria seu sentimento de que os homens eram "deuses limitados".

Arendt assinalou que Lessing considerava que a sociedade humana incorria em "muito dano para parte daqueles que desejam sujeitar todos os modos de pensar dos homens ao jugo do seu próprio".

Isso, disse Arendt, teria muito pouco a ver com a tolerância em sentido habitual, "mas muitíssimo com o dom da amizade, com a abertura ao mundo e, finalmente, com o verdadeiro amor à humanidade".

(cf. Hanna Arendt- in *Homens em tempos sombrios – Reflexões sobre Lessing* – Tradução Denise Bottmann – Ed. Companhia das Letras – São Paulo – 2008 – p.10/40)

Ora, de balde Hanna Arendt entenda que o drama de Lessing tenha pouco de tolerância e muito de amizade, abertura ao mundo e verdadeiro amor à humanidade, a evidência é a de que, também em Lessing, a parábola dos três anéis não perde sua essência de pura expressão da tolerância, mesmo sendo, na leitura de Arendt, sobretudo um diálogo de abertura ao mundo e amor à humanidade, porque tal diálogo e tal amor não são água outra, senão a mesma da tolerância.

Ainda sobre a parábola dos três anéis, o filósofo alemão Peter Sloterdijk ao discorrer sobre as tensões e os conflitos dos três monoteísmos em "O Zelo de Deus - Sobre a Luta dos Três Monoteísmos", recorreu ao drama de Lessing, acrescentou um quarto anel à parábola e, ao final de longa reflexão, firmou-se no *ethos* da ciência geral da cultura e concluiu que a única via que resta aberta é a civilizatória.

Isso quer dizer que, mais uma vez, a parábola dos três anéis mesmo sob diferente ótica de análise, conduz à ideia de tolerância, que outra coisa não é senão a via civilizatória.

Sloterdijk ressalta que a parábola dos três anéis é, com toda razão, celebrada como o Sermão da Montanha do Iluminismo; é sua pós-modernidade consumada.

(cf. Peter Sloterdijk – In *O Zelo de Deus – Sobre a Luta dos Três Monoteísmos* – Tradução Nélcio Scheneider – Editora Unesp – São Paulo – 2016 – 156)

Diz que a parábola, no caso, "reúne em si o pluralismo primário, a positividade da simulação, a suspensão prática da verdade, o ceticismo civilizador". (op. cit. p. 156)

Sim, com efeito, o fato de haver duas réplicas idênticas do verdadeiro anel estabelece o pluralismo das pretensões de poder de seus donos; tudo se torna simulado de modo que não se estabelece a verdade, da qual ninguém é dono; daí o ceticismo civilizador, porque a difusão do poder, à espera de reconhecimento futuro, implica a necessidade de tolerar.

Sloterdijk ressalta que o monoteísmo só é possível como *counter religion* (contrarreligião) assim como o vanguardismo só é possível como *counter culture* (contracultura), porque a resistência dos muitos é constitutiva da formação da posição monoteísta. Assim, não há universalismo. Daí a necessidade do 'triálogo' das três religiões monoteístas.

Ele assim exemplifica: "*Não existe universalismo sem paradoxos próprios da teoria dos conjuntos: só se pode convidar a todos quando se tem certeza de que nem todos virão*". (op.cit. p.164.)

Mesmo se combatendo, as religiões precisam uma da outra, e para escapar da coexistência conflitiva, para dar efetividade ao necessário 'triálogo', elas precisam escapar do *hate providers* (provedores de ódio) sair da lista, em que ocupavam postos principais. É o que diz Sloterdijk.

Ora, isso vale como indicação de necessidade de tolerância, não só no seio das religiões como na organização da sociedade civil.

Sloterdijk acrescenta um quarto anel: o que simboliza o ateísmo político, que tudo reivindica e que pretende trazer a verdade dos três monoteísmos do céu para a terra e "entra em cena com o nome de comunismo".

O comunismo reivindicou a posse do anel verdadeiro.

Mas o comunismo – e os horrores que o acompanharam, em termos de aniquilação dos seres humanos – diz Sloterdijk, demonstrou-se odioso e catastrófico.

Assim, inútil se tornou o quarto anel.

Com isso, Peter Sloterdijk, ao vislumbre da parábola dos três anéis, indica um caminho de compartilhamento social civilizado e, por inferência, o de uma sociedade tolerante, *verbis*:

*Assim, retornamos pela segunda vez à versão original da parábola do anel e, dessa vez, se não estivermos totalmente enganados, para ater-nos definitivamente ao seu teor literal. Na situação pós-comunista, as pessoas começaram a compreender que não têm como não coparticiparem no júri de avaliação das religiões universalistas e seus derivados políticos. Tendo em vista a catástrofe do comunismo, chegou a hora de proferir uma sentença em meio ao tempo, e a sentença sobre os zelosos pela humanidade estará irrecusavelmente sob o risco da prematuridade – como já é o caso da revelação e da revolução. O veredito dos jurados nada deixa a desejar em termos de clareza: ele ab-
-roga a revolução que foi um retrocesso e seu voto vai para o mal menor, os quais chamam Estado de direito liberal, democracia e capitalismo. Pode ser admitido sem mais que desse modo possivelmente não se tenha alcançado um resultado final válido para todos os tempos. No entanto, o resultado provisório já é significativo por si só. Assim que se aceita sua validade, pode ser posto em marcha, à sombra dos excessos praticados, aquilo que finca as balizas para todo o futuro possível de ser vivido: o aprendizado civilizado visando a uma existência de todos os seres humanos no horizonte da obrigatoriedade universalmente válida de compartilhar um único planeta.*

(op. cit. p.183)

Patrick Thierry, em "*La Tolérance – Société Démocratique, Opinions, Vices et Vertus*" também se reporta à parábola dos três anéis, mais especificamente ao drama de Lessing e percorre a via interpretativa de Hannah Arendt.

“A tolerância é a religião do futuro, o evangelho eterno da humanidade, o reino da razão.”

É bem claro quando assinala que o juiz, perante o qual os três irmãos comparecem, para que ele julgue qual é o verdadeiro anel, lhes explica que a decisão do pai meteu fim à "*la tyrannie d'un seul anneau*".

Se ninguém sabe onde está o verdadeiro anel; se se pretende que somente um deles seja o verdadeiro, cada um pode presumi-lo o seu como o real, e a sua posse será motivo de agir de modo a imitar o amor do pai e se tornar querido de Deus. O anel veste o dedo de todos e, assim, congrega a humanidade.

É dizer, o anel é de todos. A tolerância é a religião do futuro, o evangelho eterno da humanidade, o reino da razão.

Veja-se:

"Le récit a valeur pédagogique: il annonce, à travers sa leçon immédiate de tolérance, la religion de l'avenir, règne de la raison dans l'humanité. Celle-ci est l' "Évangile éternel " du genre humain."

(c.f. Patrick Thierry – in *La Tolérance – Société Démocratique, Opinions, Vices et Vertus* – Puf – Presses Universitaires de France – 1997 – Paris – France – p.121/122).

Patrick Thierry explica que a situação da parábola, onde a verdade é incerta e onde a palavra é aberta implica um quadro em que podemos reter sempre o argumento da liberdade de palavra (*parole ouverte*) quando "*les exigences de la vérité s'opposent à celles de la vie véritablement humaine*". (op. cit. p. 122)

Conclui-se: não existe verdade única. A verdade é dialógica e se submete à crítica. O que disso resulta é patrimônio comum da humanidade.

Werner Goldschmidt, na sua "*Dikelogía*", ensina que a tolerância se entrelaça ao humanismo.

No seu dizer, o humanismo enfoca o homem e proclama a unidade do gênero humano e daí deriva a igualdade dos homens todos (é dizer, da humanidade), assim como a unicidade de cada homem. A tolerância contempla a verdade e ensina que o único modo de apreendê-la é a convicção e que o único caminho seguro à convicção é um processo em que

cada partido defende sem travas o seu ponto de vista. Assim, a tolerância entronca com o humanismo. À unidade do gênero humano corresponde a verdade única: a unicidade de cada homem requer que apreenda a verdade mediante seu convencimento pessoal.

(cf. Werner Goldschmidt – *La Ciencia de La Justicia – Dikelo-gia* – Segunda Edición – Depalma – Buenos Aires – 1986 – p.199)

Goldschmidt também recorre à *Parábola dos Três Aneis*, especificamente à versão de Lessing.

Disse que o humanismo se mostra em 'Nathan, o sábio', que ele considera a mais profunda obra dramática alemã, ao lado do "Fausto" de Goethe. A ideia de humanidade seria um processo, uma aspiração transcendente, em que a atividade interior de cada pessoa forjava a comunicação com as demais.

A razoabilidade de Nathan, consciente de si mesma, no seu imenso sofrimento (ele vira sua família ser assassinada) congregava-se, novamente, à humanidade, que, perdido o mútuo conhecimento, dispersara-se.

No entanto, no enredo da peça, volviam a recordar-se, configurando, simbolicamente, uma só família: a família humana.

As pessoas, cada qual na sua diversidade, na sua individualidade, uniam-se, não na base de comum parentesco, porque, no drama, são muito diversas as personagens: Nathan, Saladin, Recha, o templário, o frade, o dervixe. Eles se reuniam por força de uma virtude que os impelia em direção da verdade.

Essas personagens, então, superam suas especificidades e se radicam em um fundo comum: a consciência de que são capazes de poder ser livres e são livres.

A fonte da parábola: longa via, vida longa

A novela LXXIII do manuscrito de um tempo entre 1281 e 1300, talvez tenha sido a primeira a tratar da parábola dos três anéis.

É um manuscrito italiano de 100 (cem) novelas curtas, que, na Idade Média, eram recitadas por menestrelis, de castelo em castelo. Era longo o percurso, longa via. Atravessou o tempo, vida longa. O título do manuscrito e que veio a ser título do livro que, muito mais tarde, foi impresso é "*Il Novellino*".

Já o título da novela LXXIII é, em livre tradução, "*Como o Sultão, precisando de dinheiro, tentou tirar vantagem de um Judeu*". (*Come il Soldano avendo bisognio di moneta volle coglier cagione a um Giudeu.*)

Quem primeiro atentou para o texto, então manuscrito, foi o cardeal Pietro Bembo, figura típica e representativa do prelado italiano do séc. XVI: humanista, latinista, exímio historiador oficial da cidade de Veneza e, digamos, de balde os votos religiosos de pobreza e castidade, galante homme à femmes, que não desprezava conforto material.

O cardeal Bembo, em 1523, encarregou o humanista Giulio Camillo del Minio de preparar-lhe uma cópia bem elaborada, que, mais tarde, foi para a biblioteca do Vaticano.

Dois anos após, em 1525, foi feita a primeira edição impressa por Benedetti, em Bolonha. Essa edição deveu-se a um amigo de Bembo, Carlo Gualteruzzi.

Essa história do manuscrito e sua edição está em "*The Novellino or One Hundred Ancient Tales – based on the 1525 Gualteruzzi editio princeps*" – Edited and translated by Joseph P. Con-

soli – Garland Publishing, Inc. New York and London – 1997.

É no texto original do "*Il Novellino*", na curtíssima novela LXXIII, que se encontra de modo simples, em poucas frases, a melhor expressão, que dá maior amplitude à ideia de tolerância, no contexto da parábola, incluindo-se as sucessivas versões, que sobrevieram nos séculos subseqüentes.

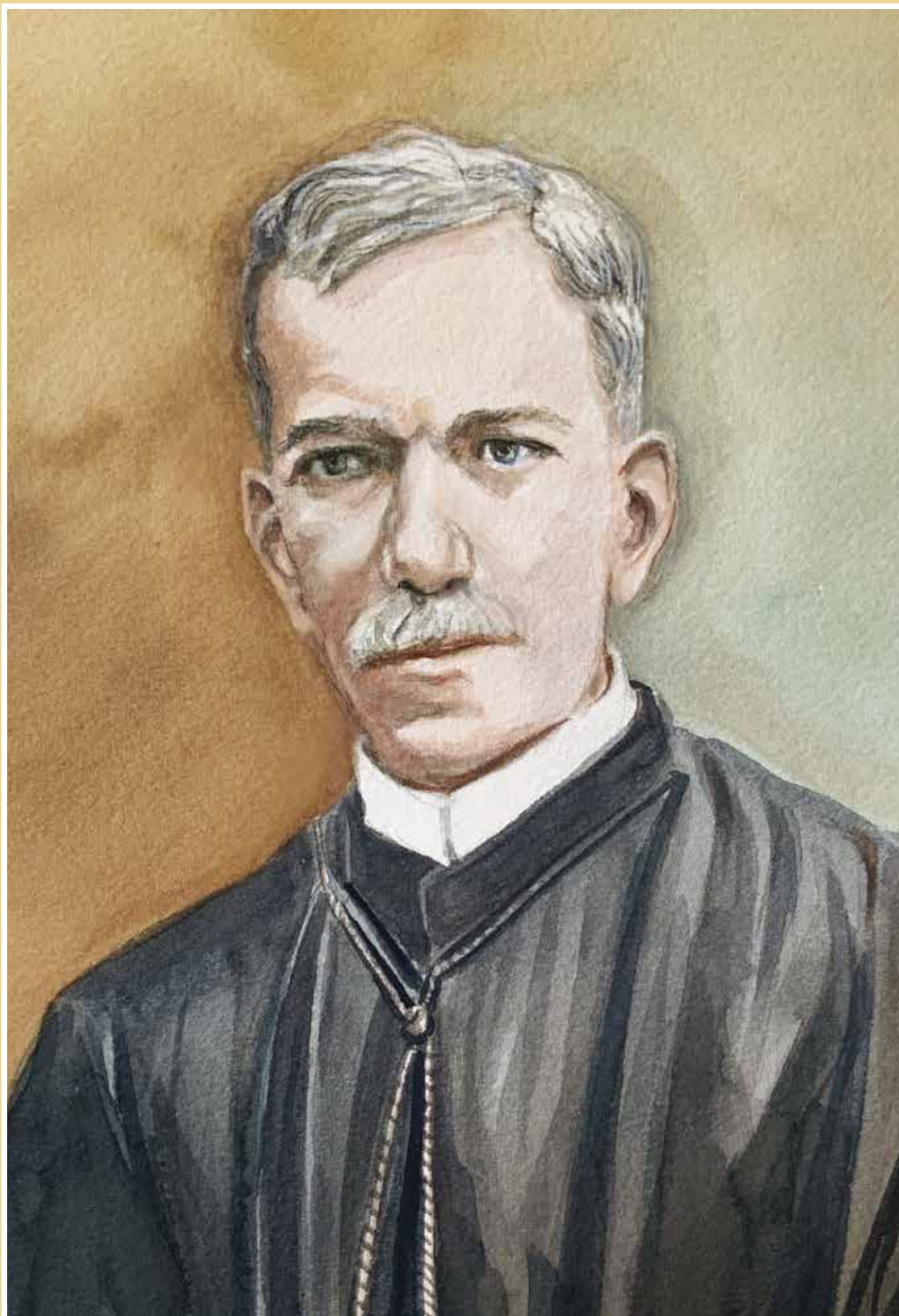
É que no "*Il Novellino*", LXXIII, a moral da história é a de que o anel, figuradamente, está no dedo de cada um de nós, filhos de Deus, e, como cada um crê estar com o verdadeiro, cada um vive bem com os outros e com Deus, porque como os anéis representam a verdadeira religião (cada um crê nisso) a prática da verdadeira religião implica a prática da bondade e, logo, da tolerância.

Veja-se este trecho:

E così ti dico delle fedi ke sono tre il padre disopra sa la migliore elli figliuoli ciò siamo noi, ciascuno si crede avere la buona. (op.cit.p.98)

Assim, o anel da parábola está no dedo de todos, de sorte que cada qual, ao influxo de seus efeitos simbólicos se sinta acomodado no seu meio, querido por Deus e entre os seus semelhantes e, por consequência, vive e deixa viver, é dizer, pratica a tolerância.

É por isso que Peter Sloterdijk, como dito, considera a parábola dos três anéis o Sermão da Montanha do Iluminismo.



Mendes Pimentel e Raphael Magalhães: "dois corpos e uma só alma"

PARTE III

Discernir para tolerar

A tarefa judiciária sempre depara questões de grave dissenso social e político, em que as próprias instituições do Estado sofrem acometidas contra sua existência mesma. Daí que lidar com os limites da liberdade de expressão, ponto mais sensível ao qual os Tribunais são chamados a decidir, no vasto campo das relações de tolerância, implica um exercício de alta equilíbrio intelectual.

O Judiciário tem sido chamado, a todo tempo, para julgar temas que estão a derruir as bases da vida social brasileira, por força da polarização política, que assalta e assombra.

Daí a importância, a necessidade de compor o ato de julgar com o ato de tolerar. De fazer da tolerância uma cultura judiciária, sem prevalência de valores de classe social, de credo religioso, de raça, enfim, sem postura etnocêntrica, sem exclusões de qualquer sorte, porque a cultura da tolerância é a do relativismo, a da diversidade. Em tal passo, como exemplo mais evidente do tema da tolerância, surge a questão da liberdade de expressão, que é garantida em lei, constitucionalmente assegurada.

Mas, somente a proteção legal é suficiente? Ou deve essa liberdade, antes, tornar-se prática cultural, inserida na vivência diária, de modo a permitir a aceitação da diversidade?

Cass R. Sunstein, no seu *"Why Societies Need Dissent"* – Harvard University Press- 2003 – p.110, argumenta que uma bem-posta democracia tem a cultura da livre expressão (*culture of free speech*), não somente sua simples proteção legal e assinala que tal cultura da coragem à independência de pensamento, promove a vontade de se desafiar opiniões preestabelecidas, ensina a ouvir aqueles que contrariam a sabedoria convencional, enfim, faz da dissensão meio de aperfeiçoamento democrático. É dizer, faz da tolerância uma peça constitutiva da consciência moral coletiva, propulsora de paz social.

A tarefa judiciária sempre depara questões de grave dissenso social e político, em que as próprias instituições do Estado sofrem acometidas contra sua existência mesma. Daí que lidar com os limites da liberdade de expressão, ponto mais sensível ao qual os Tribunais são chamados a decidir, no vasto campo das relações de tolerância, implica um exercício de alta equilíbrio intelectual.

Como enfrentar a intolerância e quais são os limites desse enfrentamento?

Em boa doutrina, Celso Ribeiro Bastos ensina:

Quanto a extensão do direito de livremente expressar o seu pensamento, ele não é uniforme para todas as pessoas. Em diversos casos, embora o Estado seja neutro ou indiferente às opiniões dos seus servidores, ele pode, sem dúvida, impor restrições quanto ao momento de eles as externarem. Assim, pode limitar

o direito de expor opiniões políticas dentro das próprias repartições públicas.

Os magistrados também costumam ser cercados de medidas limitadoras da expressão de seu pensamento e, de uma forma mais acentuada, os militares, que sofrem em benefício da disciplina pesadas restrições. É óbvio também que a livre expressão do pensamento pode sofrer limitações decorrentes de uma questão de oportunidade. Não são todos os lugares nem todos os momentos que se prestam a ela.

Sampaio Dória define a liberdade de pensamento como sendo 'o direito de exprimir por qualquer forma o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for'.

Ora, é fácil imaginar que exercido irresponsavelmente, esse direito tornar-se-ia uma fonte de tormento aos indivíduos na sociedade. A todo instante poderiam ser objeto de informações inverídicas, de expressões valorativas de conteúdo negativo, tudo isso feito sem qualquer benefício social, mas com a inevitável consequência de causar danos morais e patrimoniais às pessoas referidas. A Constituição cuida neste mesmo parágrafo sobre comento de estabelecer um sistema de responsabilidade bastante desenvolvido e eficaz.

(cf. Celso Ribeiro Bastos – *In Curso de Direito Constitucional* – 22ª Edição – Malheiros Editores – São Paulo – 2010 – p.298)

Dois conceitos importantes figuram na lição de Celso Ribeiro Bastos:

- 1) o de que não são todos os lugares, nem todos os momentos, que se prestam à inteira livre expressão de pensamento;
- 2) exercido irresponsavelmente, tal direito seria fonte de tormento aos indivíduos na sociedade.

Assim, a Constituição estabelece um sistema eficaz de responsabilização, de modo a dar concretude aos conceitos da liberdade de pensamento e expressão.

O art. 5º do texto constitucional estabelece a igualdade de todos perante a lei, garantindo, tanto a brasileiros como a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É o uso que define a palavra; são as suas operações, no mundo concreto, que dão à palavra a extensão do seu conceito. Assim, é de ver que o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade se efetiva, se operacionaliza, em um campo semântico, conceitual, que implica a ideia de tolerância.

Isso porque o exercício desses direitos reclama alteridade, mutualidade, reciprocidade, contidos no significado da ideia de tolerância.

O mesmo se dá no inciso IV, do art. 5º CF, quando se estabelece o direito à livre manifestação do pensamento, vedando-se o anonimato; o inciso VI, que protege a liberdade de consciência, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos; o inciso XVII, versando sobre plena liberdade de associa-

“Dizia Milton Campos que Raphael Magalhães fora quem melhor retratara Pimentel: - *‘É como o abacaxi de Lagoa Santa, cheio de asperezas por fora e de doçura por dentro.’*”

ção; o art. 220 e seus parágrafos, proibindo qualquer restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e informação, assegurando a liberdade jornalística e vedando a censura prévia.

De resto, é bem de ver que todo o sistema constitucional brasileiro é disposto na dogmática de um *locus* significativo de ampla possibilidade do uso, da operacionalidade, do conceito de tolerância, é dizer, da prática da tolerância.

Milton Campos, quando proferiu aula magna, na UFMG, em 1966, deu-lhe o título: “*Em louvor da Tolerância*”.

Discorreu sobre liberdade e tolerância. Lembrou-se de Raphael Magalhães e Mendes Pimentel. Referiu-se ao discurso proferido por Mendes Pimentel, em 15/11/1927, na instalação da Universidade, quando, reitor, fez um compromisso de luta pela liberdade na base dos exemplos de Teodoro Mommsen, na Alemanha, e Miguel de Unamuno, na Espanha.

A percuciência de Mendes Pimentel em 1927 divisou a energia de Unamuno, que então se opunha à ditadura de Primo de Rivera, energia que anos mais tarde conduziria ao famoso confronto, no Salão Nobre da Universidade de Salamanca, quando Miguel de Unamuno pronunciou o famoso discurso contra a intolerância, então personificada no general fascista, Millan Astray, e nos degenerados da falange mercenários que, armados e aos gritos, exaltavam o mote daquela malta: “*abaixo a inteligência, viva a morte.*”

Francisco Pimentel era avisado contra autoritarismos. Lutava e era tolerante. Dizia Milton Campos que Raphael Magalhães fora quem melhor retratara Pimentel:

– “*É como o abacaxi de Lagoa Santa, cheio de asperezas por fora e de doçura por dentro.*”

Bela definição de pessoa tolerante, essa de Raphael Magalhães sobre Pimentel. As asperezas exteriores são para enfrentar as intolerâncias; a doçura interior é para nutrir a tolerância, como companheira de todos os dias.

Milton Campos, na referida aula magna, ensinou:

A tolerância permite todos os debates sem precisar transformá-los em riscos de vida ou de liberdade, como em geral acontece nas controvérsias em que predomina o espírito oposto.

(cf. Milton Campos – *In Testemunhos e Ensinaamentos* – Livraria José Olympio Editora – Rio – 1972 – p.217)

Perspica, Milton Campos anteviu os males do radicalismo, que eliminam a ideia de tolerância:

É que a radicalização, inimiga mortal da tolerância, não costuma estar nas ideias em si mesmas, senão no modo como se apresentam e no processo pelo qual procuram prevalecer. As ideias, em geral, nascem desprevenidas e desarmadas, como é próprio dos frutos do espírito. Mas a paixão as envolve, o amor-próprio dos homens as desnatura, a emulação as faz agressivas e, ao cabo, a própria ideia de paz torna-se pretexto de guerra. E um radicalismo nunca vem só. Provoca o radicalismo contrário, por natural adaptação do processo de luta. O debate de ideias passa a ser o conflito dominado pela violência, cujo desfecho não é mais reduzir convicções e compor a síntese, mas promover a eliminação. E, de eliminação em eliminação, como se despovoaria o mundo e como se empobreceriam as correntes de ideias!”

(cf. Milton Campos. *op. cit.* p.218)

A nossa, tornou-se época de radicalismos, que se propagam em escalas inimagináveis. O debate de ideias está a ceder lugar a conflitos violentos. Esses conflitos vão ao Judiciário, que tenta resolvê-los *civiliter* modo. Que fazer? Como estabelecer a moldura, o standard com o qual se possa decidir com tolerância e, se for o caso, repelir a intolerância? Quais são os critérios?

Milton Campos referiu-se à hipótese da invocação pelos juízes da Suprema Corte norte-americana do “*clear and present danger, para impedir que o país e suas instituições pereçam ante as ameaças extremistas*”. (op.cit.p.221)

A introdução do conceito do “*clear and present danger*”, como *standard* argumentativo, para juízos sobre a liberdade de expressão, deve-se a Oliver Wendell Holmes, o famoso dissenter da Suprema Corte norte-americana. A evolução do pensamento de Holmes foi longa nos seus cinquenta anos de judicatura.

G. Edward White, o grande biógrafo de Holmes, assinala que as mais difundidas, mais conhecidas, mais louvadas decisões daquele justice têm sido as que trataram da livre expressão, da interpretação da 1ª Emenda da Constituição dos EUA.

Holmes passou à história como um protetor da livre expressão. Não teria sido bem assim. Durante a maior parte de seu tempo, na Corte, Holmes endossou restrições ao livre discurso:

Several ironies tincture Holmes association with free speech. First, for most of his tenure as a Judge Holmes consciousness of free speech claims was rudimentary and speech-restrictive.

(cf. G.Edward White – in *Justice Oliver Wendell Holmes, Law and the Inner Self* - Oxford University Press – New York – Oxford – 1993 – f.412)

A tolerância, em Holmes, que o levou à posição de defensor do direito de livre expressão, que lhe deu a fama de ter alterado a hermenêutica do *First Amendment*, foi adquirida. Construiu-se ao longo do tempo e não foi uniforme.

Tudo começou no seu voto discordante, em 1919, em *Abrams v United States*, quando ele se afastou, um pouco, da ortodoxia então predominante na Corte. Contudo, ainda assim, sua opinião foi mais restritiva do que protetiva da livre expressão, como ressalta G.Edward White.(op.cit.p.412)

Primeiro, Holmes, ao tentar estabelecer parâmetros de proteção de livre discurso, figurava-o no *marketplace of ideas*, no qual novas opiniões teriam oportunidade de prevalecer, em uma espécie de livre comércio de ideias.

Esse conceito, do *marketplace of ideas*, vinha de John Milton e de John Stuart Mill. O voto discordante, de Holmes, estabeleceu uma como que base de compreensão da primeira emenda, utilizando a metáfora do livre comércio de ideias.

Entretanto, a inconsistência do *rationale* deparou-se com obstáculos. O *marketplace of ideas* era insuficiente.

No caso *Baltzer v United States*, o réu Baltzer havia sido condenado pelo crime de tentativa de obstrução de recrutamento de soldados para o exército norte-americano. Baltzer havia escrito cartas, dirigidas ao público, criticando o esforço de guerra efetivado pelos agentes do estado.

A Suprema Corte manteve a condenação de Baltzer, firmada nas instâncias ordinárias, embora não houvesse

“A nossa, tornou-se época de radicalismos, que se propagam em escalas inimagináveis. O debate de ideias está a ceder lugar a conflitos violentos.”

“Nos dias que correm a evidente perseguição das minorias no Brasil, as violências em questão de gênero, de raça, de classe social, a discriminação das religiões de matriz africana, tudo isso deve alertar o Estado para que não arme magistrados com a espada da retidão.”

evidências de que as cartas tivessem sido remetidas para alguém que pudesse ser recrutado para o exército.

Holmes, então, discordou e foi voto vencido. O memorando do seu *dissent* circulou e fez fortuna.

Nele, Holmes estava a estabelecer novos parâmetros, mais consistentes, quais sejam: os de que haveria necessidade de provar uma real obstrução da lei de recrutamento, de uma real ajuda e benefício para o inimigo.

Holmes assinalou que a intenção de ajuntar os esforços da Corte em socorro e sucesso na guerra não deveria empurrá-los, juízes, na intolerância de opiniões e discursos que não poderiam fazer o mal, embora fossem contrários aos seus próprios. Seu voto teve tópicos que soaram como hino à liberdade.

O caso Baltzer foi importante na evolução do pensamento de Holmes, mas, segundo G. Edward White, ainda não evidenciava o fato de que ele já desenvolvera, de modo mais sólido e com standard mais claro o seu pensamento.

Mais tarde, no pós-guerra, a Suprema Corte decidiu de modo restritivo, afastando a incidência do *First Amendment*, nos casos *Schenck v United States*, *Frohwerk v United States* e *Dedds v United States*. (cf. G. Edward White *op. cit.* p.415)

Nesses três casos, Holmes foi o redator dos acórdãos e não houve divergências. Neles, embora a decisão tenha sido a de que o *First Amendment* não havia sido violado, Holmes estabeleceu parâmetros mais consistentes.

Foi quando, ao redigir o voto vencedor, no caso *Schenck*, Holmes usou a fórmula *clear and present danger* (a qual Milton Campos aludiu na sua referida aula magna). Ao requisito do *clear and present danger*, Holmes acrescentou o da circunstância, e assim, a manifestação das palavras, de modo livre, somente estaria fora do abrigo do *First Amendment* se o fosse em circunstância na qual a manifestação do pensamento acarretasse males concretos.

Veja-se o tópico da decisão de Holmes:

But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theater and causing a panic...The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that the Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree...If the act (speaking, or circulating a paper), its tendency and intent with which it is done are the same, we perceive no ground for saying that success alone warrants making the act a crime.

(G. Edward White – *op.cit.* p. 418)

Holmes assinalou, desse modo, que a tendência e o intento, ainda que direcionados a um só objetivo, caso tivessem, somente por isso, obtido sucesso, não haveria suporte para considerar o ato como crime, sem a concorrência da circunstância e a superveniência de dano concreto.

Nesse caso, em que Holmes desenvolveu a tese (*Schenck v United States*), *Schenck* era um quadro do Partido Socialista e, em tal condição, distribuía panfletos concitando os jovens que estavam sendo recrutados, para a 1ª Guerra Mundial, a recusarem a convocação. Chamava a conscrição de despotismo na sua brutal forma e uma monstruosidade contra a

“A decisão alterou, fundamentalmente, a visão legal do País sobre a liberdade de expressão, principalmente sobre a questão da proteção dos acusados de injúria a agentes públicos.”

humanidade, no interesse dos poucos privilegiados de Wall Street. No panfleto dirigido aos soldados, lia-se: *Do not submit to intimidation – Assert your rights.*

(G.Edward White – *op.cit.*p.417)

Holmes disse que, naquele caso, houve tendência e intento para obstruir o esforço de guerra e a circunstância era a de que havia guerra em curso. Ressalte-se que se tudo aquilo, contido no panfleto, houvesse sido divulgado em tempos ordinários, isto é, em tempos de paz, Schenk estaria protegido pelo constitucional direito de livre expressão do pensamento, mas tal não era o caso.

Esse *framework*, essas linhas definidoras do que estava, ou não, ao abrigo do *First Amendment* perdurou, sendo de notar que as decisões da Suprema Corte, nesse tema, sempre foram minimalistas e se cingiram ao estritamente necessário para deslinde do caso concreto, de modo que não se estabelecesse um arcabouço teórico mais amplo, para toda e qualquer hipótese de aplicabilidade do direito de livre expressão do pensamento.

Na Suprema Corte norte-americana, o entendimento da doutrina do *clear and present danger* evoluiu. Essa evolução se deu conforme o predominante ambiente histórico-cultural dos EUA. E com isso a proteção da Primeira Emenda estendeu-se largamente.

O ponto alto das decisões da Suprema Corte norte-americana foi o caso *New York Times v. Sullivan*, de que foi relator o Justice William J. Brennan Jr.

A decisão alterou, fundamentalmente, a visão legal do País sobre a liberdade de expressão, principalmente sobre a questão da proteção dos acusados de injúria a agentes públicos.

Na opinião da Corte (acórdão) Brennan registrou que eles, os juízes, consideravam aquele caso, aquela acusação, com a qual Sullivan buscava indenização, em razão de alegada injúria moral, uma postulação contra o profundo propósito nacional que era o de que o princípio da liberdade dos debates em torno de temas públicos não poderia ser inibido, deveria ser robusto, aberto, poderia ser veemente, cáustico e eventualmente desagradáveis ataques ao governo e seus agentes estariam ao abrigo da Constituição.

Era a consagração de 1ª Emenda da Constituição.

Biógrafos de Brennan disseram que a decisão teve imediato impacto e ganhou mais substância e maior compreensão com o passar do tempo, permitindo, por exemplo, que jornalistas questionassem o governo a prestar contas sobre a guerra do Vietnã e, ainda, a investigar e livremente publicar tudo sobre o escândalo de Watergate.

(cf. Justice Brennan – *Liberal Champion* – by Seth Stern and Stephen Wermiel – University Press of Kansas – EUA – 2010 p.227)

Parte da ementa do voto, redigido por Brennan é a seguinte:

A State cannot, under the First and Fourteenth Amendments, award damages to a public official for defamatory falsehood relating to his official conduct unless he proves “actual malice” – that the statement was made with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was true or false. (Pp. 265-292)

O parâmetro é o de que o Estado, ou a parte autora, tem que provar que o réu agiu com o *actual malice*, ou seja, com o conhecimento da falsidade da matéria veiculada, ou com negligência, inconsequente desprezo sobre a verdade ou a falsidade da matéria.

A decisão afirmou-se como uma das mais robustas defesas da liberdade de discurso proferidas pela Corte, reconhecendo que mesmo discursos errôneos, danificadores de reputação, são parte do preço que o País deve pagar, para permitir o livre intercâmbio de ideias, em uma democracia.

(cf. Seth Stern and Stephen Wermiel – op.cit. p.227)

O grande filósofo e educador norte-americano Alexander Meiklejohn, campeão, ao lado de Zechariah Chafee Jr., de lutas pela liberdade de expressão, contava 92 anos de idade quando, sobre a decisão da Suprema Corte no caso *New York Times Co. v. Sullivan*, indagaram-lhe a opinião e ele respondeu: *It is an occasion for dancing in the streets*.

(cf. Anthony Lewis – *in Freedom for the Thought That we Hate – A Biography for the First Amendment* – Basic Books – New York – 2007 – p.58)

Uma frase de Brennan, em discurso de 1979, define seu pensamento sobre a importância da imprensa na cultura dos EUA. Ele disse que como o dinheiro é para economia, assim a imprensa é para a cultura política norte-americana – é o meio de circulação.

As money is to the economy, so the press is to our political culture; it is the medium of circulation.

(cf. Seth Stern and Stephen Wermiel – op. cit. p.223)

Laurence Baum, em avaliação já um pouco distante no tempo, fez um balanço das consequências da atividade da Suprema Corte, relativamente às questões de liberdade de expressão.

Tratou do tema de segurança nacional e do apoio dado pela Corte aos direitos dos acusados de subversão durante a Guerra Fria; deu liberdade de expressão aos oponentes da guerra do Vietnã; agiu contra proibições arbitrárias de uso de lugares públicos para protestos; ampliou as liberdades da imprensa e quanto à questão da obscenidade, as linhas mestras da Corte de Warren, estabelecendo “o material mais transgressor e menos sério”, permaneceram, embora a Corte de Burger tenha sido mais favorável à regulamentação da obscenidade.

Lawrence Baum assinalou que, “contudo, as políticas da Corte sobre liberdade de expressão não eliminaram todas as restrições à fala e à escrita”, porque permanece o propósito de autoridades públicas e personalidades privadas para suprimir ou punir a expressão.

Vejam-se as conclusões de Baum:

Avaliação Geral. A Corte Suprema tem tido um impacto real sobre a liberdade de expressão. Pelo menos alguns grupos da sociedade – livreiros, críticos das autoridades públicas, pessoas que discordam da política externa norte-americana – têm tido mais liberdade por força das decisões da Corte. Mas o apoio da Corte aos direitos estabelecidos pela Primeira Emenda não acarretou proteção total para a palavra oral e escrita. Realmente, as contenções que permanecem de pé parecem muito mais importantes do que aquelas que a Corte eliminou.

“Sempre houve,
na consciência
jurídica dos norte-
americanos, a crença
de que autoridades
governamentais
não têm direitos
de regulamentar
opiniões dissidentes,
nem mesmo as
extremistas.”

(cf. Lawrence Baum – *A Suprema Corte Americana* – Forense – Universitária – Rio de Janeiro – 1985 – p.362)

Sempre houve, na consciência jurídica dos norte-americanos, a crença de que autoridades governamentais não têm direitos de regulamentar opiniões dissidentes, nem mesmo as extremistas. Isso tem ocorrido em tempos recentes. Cass R. Sunstein assinala que mesmo o grande juiz Learned Hand, que, em 1917, no caso *Masses Publishing Co. v. Patten* dissera que mesmo os perigosos discursos dissidentes seriam protegidos contra regulamentações governamentais, concordara, entretanto, que o governo poderia regulamentar qualquer speaker que aconselhasse o cometimento de um ato ilegal. (*But Hand himself agreed that government could regulate any speaker who would “counsel or advise a man” to commit an unlawful act.* – cf. Cass R. Sunstein – *in One Case at a Time* – Harvard University Press – 2001 – p. 193).

Cass R. Sunstein (op.cit.) observa que após os grandes votos dissidentes de Holmes e Brandeis, a moderna aplicação do *First Amendment* desenvolveu-se por meio de uma série de estreitos e teoricamente incompletos passos.

Por muito tempo a Corte tentava distinguir entre discurso que implicava contribuições para deliberações democráticas e aqueles designados para encorajar ilegalidades (Cass R. Sunstein op. cit. p.193).

Em 1951, em *Dennis v United States*, a Corte concluiu que o perigo não necessitava ser tão *clear and presents* se o dano visado fosse muito grave: *a Danger need not be so "clear and present" if the ultimate harm was very grave.* (Cass R. Sunstein – op. cit. f. 194)

De qualquer forma, isso de dar preponderância à gravidade do *ultimate harm* – uma circunstância – denotava ainda a permanência da hermenêutica de Holmes. Contudo, a alteração veio em 1969, no caso *Brandenburg v Ohio*. Ali, a Corte disse que o governo não poderia agir contra membros da Ku Klux Klan, que afirmara que aquela organização não era vingativa, mas se o Presidente da República, o Congresso ou a Suprema Corte continuasse a reprimir a raça branca, caucasiana, seria possível que eles perpetrassem alguma vingança. É Cass R. Sunstein quem narra isso e assinala que o speaker, no caso, não advogou explicitamente atos ilegais ou violência ilegal.

A Suprema Corte então decidiu que o direito de livre expressão não permite ao Estado proibir ou proscrever a advocacia do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal advocacia é direcionada a incitar ou produzir iminente ação ilegal e provavelmente incita ou produz a referida ação.

Cass R. Sunstein diz que no caso *Brandenburg* a Corte junta algo de Holmes e de Hand e vai além, produzindo um

standard até mesmo mais protetivo do livre discurso do que os até então vigentes, é dizer, os de Holmes e Hand.

Sunstein diz que devemos ver *Brandenburg* analogamente a *Brown v Board of Education* (que declarou a inconstitucionalidade da segregação escolar): uma decisão de extenso efeito, que sobreveio após anos de julgamentos mais circunscritos em uma área que muito se estendeu através de inúmeros embates com situações variadas, para que se adequasse inteiramente. Veja-se:

We might even see Brandenburg as analogous to Brown v Board of Education: a broad ruling that emerged after years of narrower judgments, an area for which breath had been shown, through repeated encounters with a variety of situations, to be entirely appropriate.

(cf. Cass R. Sunstein – op.cit. p.194)

O fato é que nos EUA o sentimento de tolerância política tem sido maior do que se pode verificar na Europa Continental. Exemplo marcante foi o ocorrido em Skokie, Illinois, em 1978, como relata Denis Lacorne (*The Limits of Tolerance* – Translated by C. Jon Delogu and Robin Emlein – Columbia University Press – New York – 2019 – p.2001).

Quarenta mil judeus residiam naquele local, um subúrbio de Chicago. Era a maior parte da população (70.000 pessoas no total). Muitos eram sobreviventes de campos de concentração.

O então líder do *National Socialist Party of America* (NSPA) planejou e organizou uma marcha de neonazistas, na localidade, com uniformes nazistas (inclusive ostentando a suástica) e com posters afirmando: *Free speech for white persons.*

A marcha era para protestar contra leis locais, que impunham a necessidade de os organizadores fazer um seguro, em favor da cidade, no valor de US\$ 350.000, para garantia contra eventuais danos e também para protestar contra outra lei local, que banira a disseminação de material que incitasse ódio racial ou religioso.

Uma Corte Distrital decidiu a favor dos neonazistas, o que foi mantido pela Corte de Apelação e a Suprema Corte declinou de conhecer do caso, de revê-lo. A marcha foi autorizada.

Denis Lacorne (op.cit.p.201) pergunta: como se justifica essa expansiva liberdade de expressão?

Para alguns, a sobrevivência da democracia pressupõe a possibilidade de um vigoroso debate público, que pode incluir insultos e discursos de ódio, em público, e de maneira pacífica (p. 201).

Para outros, não deveria ser permitido discurso abusivo ou ofensivo que, intencionalmente, produzisse dano emocional.

As Cortes norte-americanas têm entendido, segundo Denis Lacorne, que estão protegidos pelo *First Amendment*: marchas neonazistas, queima pública da bandeira nacional, exibições da Ku Klux Klan (inclusive com tradicional queima da cruz defronte de residência de afro-americanos) e demais manifestações de extremismo político.

Isso seria impossível na França e na Inglaterra.

Denis Lacorne ressalta que a lógica de *free speech* norte-americana é raramente tolerada na França, que foi ocupada pelos nazistas e estes, com ajuda de colaboradores franceses, mataram em torno de setenta mil judeus.

“O fato é que nos
EUA o sentimento
de tolerância política
tem sido maior
do que se pode
verificar na Europa
Continental.”

Nesse contexto histórico, seria impensável uma marcha de exibição e propaganda neonazista, como a pretendida em Skokie, Illinois, que acabou não ocorrendo, por motivos outros.

Contudo, Lacorne indaga sobre se discurso negacionista ou uma performance de comediantes, algo odiosas, ou os chistes antissemitas do extremista Jean-Marie Le Pen mereceriam censura. Sua opinião é a de que seria melhor dar-lhes livre curso, em nome de um forte engajamento à liberdade de expressão. Do mesmo modo que se fez com as publicações das provocativas e agressivas caricaturas (relativas a Maomé e ao Islã) feitas pelo semanário crítico e humorístico Charles Hebdo.

Lacorne, então, recorre ao *marketplace of ideas* e diz que sem tal metáfora a liberdade de expressão não se prefigura. É que não pode haver dois pesos e duas medidas, quando se aceita o que está acorde com o que se pensa e se opõe a aquilo que se despreza.

Contudo, Lacorne é claro em que deve haver limites, mas, tais limites, para que sejam inteiramente aceitáveis, devem ser claramente definidos e justificados.

Esse tópico desafia transcrição, veja-se:

Freedom of speech is not complete unless there is a free marketplace of ideas, from the most pleasant to the most repulsive. There can be no double standard whereby we (or the powers that be) accept what we find pleasant while systematically refusing what displeases us (or those in power).

This challenging level of freedom is not without limits, but those limits, to be fully acceptable, must be clearly defined and justified. (op.cit.p.202)

O fato é que os precedentes judiciais norte-americanos, atualmente, conforme Lacorne (p.202/203) não buscam um balanceamento entre os princípios da liberdade de expressão e os da dignidade humana. Raramente o discurso de ódio é considerado incompatível com o *First Amendment*.

Diferente é a perspectiva europeia, que assegura a dignidade de grupos vítima de racismo ou de mensagens injuriosas.

A facilitação do discurso de ódio cria um ambiente hostil, que fere os princípios de justiça e dignidade, que a ordem democrática deve garantir aos seus cidadãos.

É a conclusão de Lacorne:

Critics of the American legal tradition, sympathetic to a more European perspective, emphasize the need to ensure that the dignity of groups defamed by racist or injurious messages is upheld. Facilitating hate speech creates a hostile environment that harms the principles of justice and dignity that an orderly democratic society is supposed to guarantee for its citizens. (op. cit. p).

Na Alemanha, a limitação do *free speech* é ainda maior. Mesmo o *marketplace of ideas* lhes é estranho. No dizer de Lacorne (op.cit.p.203), no atual estado da cultura germânica, a liberdade de expressão é sujeita ao controle governamental, exatamente para elevar os princípios da dignidade humana e suportar o *democratic self-government*.

Nenhum grupo ou partido político é autorizado a advogar a derrubada da ordem constitucional. O uso de símbolos nazistas é considerado discurso de ódio e punível em lei.

“Tolerância é reciprocidade, mutualidade. É a atividade dialogal que adequa a convivência e possibilita a ordem democrática.”

Os limites teóricos da tolerância no Brasil

Todo esse cenário nos traz o aviso de que a tolerância é um rio, que leva riscos e sublimidades; pode conduzir ao céu ou ao inferno. É de navegação difícil: sublime quando a razão se banha; arriscado, quando depara a nau dos insensatos (*Stultifera Navis*).

Tolerância é reciprocidade, mutualidade. É a atividade dialogal que adequa a convivência e possibilita a ordem democrática.

Parece-nos que a tradição europeia é mais apropriada ao nosso momento presente, pois, com ela, a tolerância tem os seus limites mais circunscritos.

É na tentativa de definição desses limites que hão de se sofrer as imensas acometidas, de que as instituições democráticas nacionais vêm sendo alvo. A teoria, no caso, nunca será suficientemente clara. Sofrear não é erradicar. O embate remanesce necessário. Sem diversidade, não há dialética. Sem dialética não há mudança, não há novos pontos de vista. Paul Foulquié ensinava que o homem não resta humano senão pagando seu tributo à sua eterna mudança. Ele não pode ser senão vindo-a-ser.

(cf. Paul Foulquié – *La Dialectique* – Presses Universitaires de France – Paris – 1953 – p.124/125)

A pergunta que se apresenta é: *Deve-se ser intolerante com a intolerância?*

Ottfried Höffe em “*A Democracia no Mundo de Hoje*” ensina que:

Dois motivos poderão levar à não-existência da tolerância. Em primeiro lugar, ainda existem grupos que vinculam uma convicção por eles considerada como única verdade a um trabalho missionário agressivo e a uma disposição para a prática da violência. A existência de centro, esquerda e direita, no espectro político e de liberais e ortodoxos no espectro religioso não representa nenhum grande entrave. O mesmo não acontece, porém quando um grupo independentemente de suas convicções ousa lançar mão de violência para alcançar seus objetivos. Referimo-nos aos chamados “fundamentalistas”, tanto religiosos quanto políticos que, felizmente, já se encontram quase extintos no cristianismo europeu, mas que continuam a existir em outras religiões e, de qualquer modo, no campo político. Não apenas se deveria esperar, mas até mesmo exigir que estes grupos – que não deveriam ser chamados de “fundamentalistas”, mas sim “prontos para a violência” – renunciem à violência. As sociedades liberais, que muitas vezes são tolerantes até mesmo com grupos não-liberais, não conseguem tolerar a violência. O senso de justiça, ora em questão, empenha-se com afinco contra os inimigos da democracia qualificada, conduzindo, por analogia, ao senso esclarecido de justiça, a um tipo de tolerância que não admite o proselitismo calcado em violência. Trata-se de ‘tolerância esclarecida’.

(cf. Ottfried Höffe – in *A Democracia no Mundo de Hoje*

“Quando a reciprocidade não se efetiva, estabelece-se a intolerância e quando a intolerância busca a eliminação da alteridade, deve ela ser combatida, sem tréguas.”

– Tradução de Tito Livio Cruz Romão – Martins Fontes – São Paulo – 2005 – p.239)

Nas sociedades pluralistas, multiculturais, há de se estabelecer a reciprocidade: cada qual submete-se à aceitação das diferenças, dos costumes, da orientação política, da fé religiosa, enfim, do modo com o qual se integra no meio social. Assim, cada qual afirma o direito do outro. Contudo, quando a reciprocidade não se efetiva, estabelece-se a intolerância e quando a intolerância busca a eliminação da alteridade, deve ela ser combatida, sem tréguas.

Em polêmico ensaio, intitulado *Repressive Tolerance*, Herbert Marcuse assinalou que o tradicional critério do *clear and present danger* parecia não mais ser adequado, no estágio em que a sociedade, por inteiro, estaria, figuradamente, dentro de um teatro em que alguém gritasse: – *fogo!*, ou em uma situação na qual uma catástrofe total possa ser deflagrada por erro técnico, por má avaliação de riscos ou por discursos de ódio.

Lembrou que, no passado, os discursos dos fascistas e dos nazistas eram prólogos imediatos de massacre e que, atualmente, a distância entre a propaganda e a ação, entre a organização e o ataque sobre o povo tornou-se muito curta. Disse, ainda, que a disseminação do ódio poderia, nos casos do nazifascismo, ter sido interrompida antes que fosse tarde e que se a democrática tolerância então tivesse sido relegada, a humanidade teria tido a chance de evitar Auschwitz e a própria guerra. (cf. Herbert Marcuse – in *A critique of Pure Tolerance* – Beacon Press – Boston – 1965 – p.109)

Marcuse assinalou que um dos propósitos da intolerância que ele pregava, contra a tolerância repressiva, era o da luta contra uma ideologia que, na realidade, favorecia e fortalecia o status quo da desigualdade e da discriminação.

Daí o seu incitamento à militância intolerante contra regras de comportamento que naturalizavam a supressão e, mesmo, a destruição de minorias e de quaisquer desafios ao *establishment*.

Alguns efeitos da pregação militante de Marcuse conduziram a uma indesejada violência, contudo muitos dos seus fundamentos revestiram-se de atualidade, diante da irracionalidade que está a transformar o espaço público do discurso civilizado na *gurgens omnium vitiorum*, é dizer, está transmutando o espaço do diálogo civilizado na latrina de todos os vícios.

Louis Sala-Molins é claro em que isso de saber que não se deveria tolerar o fascismo, nem o nazismo, nem o franquismo, nem o stalinismo, é, ainda, uma banalidade. Atrás de cada um desses “ismos” imperava um aparato conceitual, do qual a tradução, na trama jurídico-política, organizava estranhas definições do necessário, do tolerável e do intolerável.

Daí vinham as belas frases:

– “É necessário tolerar os inimigos da tolerância.”

– “Deve-se lutar pela liberdade dos inimigos da liberdade.”

Tudo bom de declamar, na hora das disputas acadêmicas, ou das brigas de salão. São frases que não pesam na hora das trincheiras, das guerrilhas, das deportações.

Veja-se:

Je crois savoir qu’il ne fallait pas tolérer le fascisme. Ni le nazisme, ni le franquisme. C’est encore d’une banalité à pleu-

rer. Derrière chacun de ces “ismes” trônait un attirail conceptuel, dont la traduction en tramé juridico-politique organisait d'étranges définitions du nécessaire, du tolérable et de l'intolérable. À propos de toutes ces “doctrines”, les jolies phrases : “il faut tolérer les ennemis de la tolérance” ou “il faut se battre aussi pour la liberté des ennemis de la liberté” sont bonnes à déclamer à l'heure des joutes académiques ou des enpoignades de salon : elles ne font pas le poids à l'heure des tranchées, des guérillas, des déportations.

(cf. Louis Sala-Molins – *Toute Guerre est Civile* – in *La Tolérance – Pour un humanisme hérétique* – Édition Autrement – Paris – France – 1991 – p.208/209)

Les compagnons de route

No clássico “*Direito e Razão*”, Luigi Ferrajoli, ao discorrer sobre o garantismo, a igualdade e a tutela dos direitos fundamentais, exalta o valor da pessoa e, naturalmente, a tolerância, a partir de uma primazia axiológica.

Ele destaca a primazia da pessoa como valor, é dizer, o valor da pessoa em todas as especificidades e identidades com as quais ela se apresente. Isso quer dizer da existência de um primado axiológico da variedade e pluralidade dos pontos de vista externados por todas as pessoas.

Esse é o valor que arrima a moderna tolerância, que consiste no respeito a todas as possíveis identidades pessoais e de todos os correspondentes pontos de vista. O corolário dessa moderna tolerância, ensina Ferrajoli, é o princípio da inadmissibilidade de normas penais constitutivas.

Na doutrina de Ferrajoli, normas penais constitutivas não proibem o atuar mas o ser. É uma antropologia da desigualdade. Reprime a identidade, não a ação criminal. A pessoa é castigada pelo que é, não pelo que faz.

“Esse valor da igualdade faz de cada pessoa um indivíduo diferente dos demais e de cada indivíduo uma pessoa como todas as outras.”

É o caso, na história, de perseguição às bruxas, aos hereges, aos judeus, aos infiéis e, na época moderna, aos vagabundos, aos classificados como subversivos, aos reincidentes etc. (Ferrajoli, p.504).

Ferrajoli diz que o valor primário da pessoa e o princípio da tolerância são os elementos formadores do moderno princípio da igualdade jurídica; um princípio complexo, que inclui as diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais.

Esse valor da igualdade faz de cada pessoa um indivíduo diferente dos demais e de cada indivíduo uma pessoa como todas as outras. Assim, o limite da tolerância reside no respeito às diferenças que formam as diversas identidades das pessoas e, conseqüentemente, inadmitem-se violações ao respeito das diferenças. Tais violações pertencem à esfera do intolerável, ou seja, do desvalor que se configura por meio de lesões dos intolerantes às identidades pessoais dos indivíduos.

(cf. Luigi Ferrajoli – *Derecho y Razón* – Editorial Trotta – Tercera Edición – 1998 – Valladolid – p.906)

Os limites entre tolerância e intolerância são problemáticos e incertos, assinala Ferrajoli, contudo, ele ressalta que são intoleráveis as desigualdades jurídicas que obstaculizam a vida, as liberdades, a sobrevivência e o desenvolvimento das pessoas (*op. cit.* p. 906/907).

Em notável ensaio, que denominou “*Os Fundamentos dos Direitos Fundamentais*”, Luigi Ferrajoli observa que a democracia é o regime de riscos e é um regime trágico, por isso que temos experimentado riscos e tragédias como o fascismo e demais totalitarismos. Após isso, compreendemos que a autonomia política e a autonomia privada são direitos-poder, que, como tais, exigem limites e vínculos, estabelecidos por constituições rígidas, para controlar os riscos e evitar a repetição das tragédias.

Destacou que há agressões em curso contra constituições e contra o constitucionalismo e se assomam os processos de corrupção e degeneração videocrática, que evidenciam a necessidade de se firmar a primazia axiológica dos direitos e do Estado Constitucional de direito.

(cf. Luigi Ferrajoli, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* – Editorial Trotta – Cuarta edición – 2009 – Madrid – p.355)

Ferrajoli prossegue dizendo que direitos fundamentais devem ser subtraídos, devem ficar fora do poder de intervenção da política, ou seja, fora do alcance do poder das maiorias contingentes, como direitos invioláveis, inalienáveis e indispensáveis. Nenhuma maioria, nem sequer a unanimidade, pode decidir sua redução ou abolição.

Ele ensina que o fundamento democrático do pacto constitucional sobre os direitos fundamentais não está no fato de que ninguém está excluído de sua estipulação, senão no fato de que se pactue a não exclusão de ninguém. Esse mandamento de não exclusão, diz Ferrajoli, refere-se às cláusulas do pacto, ao seu conteúdo. (*op.cit.* p. 368/369)

Isso permite a inferência de que tudo o que consta do pacto aplica-se indistintamente a todos e protege o mais débil, é dizer, o indivíduo, contra grupo ou minorias.

Ainda com Ferrajoli, vê-se que essa proibição, esse prin-

cípio de não exclusão do conteúdo do pacto, em relação ao mais débil, confirma o papel dos direitos fundamentais e traça os limites entre o respeito a todos os indivíduos enquanto pessoas bem como às suas diferenças culturais.

Essa proteção ao indivíduo alcança as relações até mesmo familiares: a mulher perante o marido, o menor perante os pais, os oprimidos em razão de práticas opressivas de suas culturas.

Mais além desses princípios, rege o princípio da tolerância, é dizer, a tutela das liberdades e, assim, o respeito às diferenças culturais. A igualdade, diz Ferrajoli, consiste no igual direito às próprias diferenças, religiosas, políticas, ideológicas, nacionais, culturais, que fazem de cada pessoa um indivíduo distinto dos demais e de cada indivíduo uma pessoa como as demais.

Entende-se, desse modo, de que maneira o constitucionalismo e o universalismo dos direitos fundamentais, dentre todos a liberdade como o primeiro, são a única garantia do pluralismo cultural, é dizer, da convivência e do recíproco respeito entre as diversas culturas. São essas as lições de Luigi Ferrajoli. (*op. cit.*, p. 369/370)

Constata-se, no cenário em que Ferrajoli desenvolve suas teses sobre os direitos fundamentais, a importância do princípio da tolerância, como de natureza ubíqua, é dizer, como fonte e consequência da liberdade e da igualdade. Enfim, trata-se de princípios tão intimamente entrelaçados que se pode configurá-los como peça de tessitura única.

Essa tessitura não pode ser rompida, transmutada, deformada, erradicada ou, pior (por causa da hipocrisia), não pode ser mascarada.

Atualmente, os maiores inimigos de todo esse complexo teórico que configura a vida democrática são, ainda na lição de Ferrajoli, a manipulação da informação e a decadência da moral pública.

No seu *"Poderes Selvagens – A Crise da Democracia Constitucional"*, Luigi Ferrajoli verbera a transformação da informação em uma fábrica de consenso, em razão do duplo controle: do proprietário dos meios de comunicação e o do meio político. Ele está a falar da Itália, de tempos recentes, contudo, suas conclusões são universais.

Após assinalar a soma do grau de desinformação e a manipulação da opinião pública, ele ressalta que, de balde não exista direito à informação verdadeira, o que implicaria conflito com a liberdade de informação, pode-se falar em direito a receber informação. Existe um direito negativo à não desinformação consistente em uma liberdade negativa, é dizer, uma imunidade diante da desinformação e da manipulação das notícias.

Essa liberdade negativa, ensina Ferrajoli, é um corolário da liberdade de consciência e de pensamento, isto é, um corolário da primeira liberdade fundamental que se afirmou na história do liberalismo e que implica o direito à não manipulação da própria consciência, provocada pela desinformação a respeito de fatos e questões de interesse público.

A liberdade de manifestação do pensamento implica a expressão desse próprio pensamento e não do pensamento fraudulento e difusão de notícia cuja falsidade se conhece e, por conhecê-la, em consequência, não corresponde ao pensamento próprio.

“A igualdade, diz Ferrajoli, consiste no igual direito às próprias diferenças (...) que fazem de cada pessoa um indivíduo distinto dos demais e de cada indivíduo uma pessoa como as demais.”

O receptor da informação é um consumidor e, assim, tem direito à não desinformação. A não manipulação da notícia equivale ao direito de não receber mercadoria avariada. Essa liberdade-imunidade, de não receber desinformação, é uma garantia, uma condição prévia elementar do exercício consciente do direito de voto e de uma opinião pública informada e madura e, por isso, é um pressuposto da democracia política e da soberania popular.

A informação implica uma pluralidade de direitos fundamentais, diz Ferrajoli. Há um interesse público a uma informação livre, independente. Tanto a liberdade constitucional à informação, em sentido ativo, como o direito passivo à não desinformação, como condição de exercício de direitos políticos, não podem ser violados nem pelo controle político, nem por proprietários de meios privados de comunicação.

Daí a necessidade de um sistema eficaz de garantias da independência da informação como direito fundamental e como condição da democracia política.

Aí estão, em síntese, o pensamento e as palavras de Luigi

Ferrajoli, bem apropriados à cura dos males que afligem a democracia no Brasil.

(cf. Luigi Ferrajoli – *Poderes Salvages – La Crisis de la Democracia Constitucional* – Prólogo y Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez – Ed. Mínima Trotta – Madrid – 2011 – p.80/82.)

Robert Alexy observa que o problema não está no conceito de restrição a um direito fundamental, *“mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições e na distinção entre restrições e outras coisas como regulamentações, configurações e concretizações”*.

(cf. Robert Alexy – *Teoria dos Direitos Fundamentais* – Tradução de Virgílio Afonso da Silva – 2ª Edição – 2ª Tiragem – Malheiros Editores – São Paulo – 2012 – p. 276)

Alexy diz que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal entende que *“a norma da dignidade humana está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”* (op. cit. p. 356).

Essa liberdade toma o indivíduo na sua dimensão social, correlaciona-o e o vincula ao seu meio comunitário. É a unidade na multiplicidade. É, na lição de Lima Vaz, *“a figura do ser do homem, segundo a sua estrutura e segundo suas relações fundamentais, ou seja, no seu ser-em-si (esse in se) e no seu ser-para-outro (esse ad alium)”*. É o homem que, enquanto finito e situado, torna-se necessariamente um ser relativo aos outros seres.

(cf. Henrique Cláudio de Lima Vaz – *Antropologia Filosófica* – Edições Loyola – São Paulo – 2020 – p. 353/354)

Quando Alexy discorre sobre o conteúdo e extensão das restrições, na dialética da liberdade e contenção do indivíduo na sua dimensão social, ele não está a dizer da liberdade positiva como, por exemplo, a que impele o indivíduo à prática de atos concretos na vida-de-relação, v.g., no cumprimento de deveres com que age, participativamente, da convivência social.

Trata-se, sim, de restrições que implicam a liberdade negativa, é dizer: *“o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada”*.

(Alexy – op. cit. p.357)

É a liberdade negativa em guisa de meio de proteção de direitos fundamentais. É essa a sua finalidade.

Cada indivíduo, na sua unidade, somente alcança a sua plenitude na sua difusão na multiplicidade, na dialética da ipseidade e da alteridade, o *ser-em-si* no *ser-para-outro/outros*.

É no sítio dessa relatividade que necessariamente medra a tolerância. O indivíduo e os outros, é dizer, o uno e o múltiplo, são sua formal estrutura; o seu conteúdo são as relações sociais que reclamam compreensão e diálogo.

Sendo um valor em si mesma, a liberdade negativa impede que outrem faça as escolhas no lugar daquele que é livre para fazê-las.

“Informação
deliberadamente
falseada,
manipulada, é
desinformação.
A liberdade
negativa implica o
direito de não ser
desinformado.”

Aqui chegamos ao centro da tempestade, ao ponto exposto da inundação do rio da irracionalidade, a saber, às águas revoltas da manipulação da informação.

Cuida-se de se saber a manipulação da informação deve ser restringida.

Sim. Deve.

Informação deliberadamente falseada, manipulada, é desinformação. A liberdade negativa implica o direito de não ser desinformado.

Verifica-se, assim, que tanto um neo-positivista, como Luigi Ferrajoli, como um pós-positivista, principialista, como Robert Alexy, confluem ao passo comum no entendimento de que há restrições necessárias a direitos fundamentais, por obra e força da liberdade negativa, porque as pessoas têm direito à proteção de sua dignidade, às suas próprias escolhas, livres da sedução do fruto da verdade manipulada, que vicia o entendimento e destrói a razão.

Luís Recasens Siches observa que Kelsen implicava a ideia de justiça com o princípio da tolerância, o que promovia a compreensão simpática de crenças políticas ou religiosas, entre outras, mesmo que não aceitas por quantos, ainda assim, lhes dessem livre expressão. A tolerância era o arcabouço, a estrutura dessa ideia de justiça e o leito próprio de seu curso.

Não uma tolerância absoluta, assinalava Kelsen, mas a tolerância dentro de uma ordem jurídica, que garantisse a paz, mediante a proibição e a prevenção do uso da força en-

tre os submetidos a essa ordem jurídica, contudo sem proibir a expressão pacífica das ideias.

Não seria a tolerância e, sim, a intolerância a causa da desordem. A ordem jurídica é uma superestrutura que contém, que congloba, entre outros, o princípio da tolerância. A intolerância não participa de tal conjunto. Sua relação é de não-pertinência. É colidente. Fratura a ordem jurídica, tolda o princípio da tolerância, subverte a normatividade, desordena o sistema, mascara a significação da liberdade.

Liberdade e tolerância somente se *efetivam em tandem*, é dizer, em colaboração, em dualidade, em atrelagem. Voltemos a Kelsen: *Si la democracia liberal es una forma justa de gobierno, es porque significa libertad, y libertad significa tolerancia*. (cf. Siches – *op. cit.* p.412)

Kelsen faz uma distinção: sua profissão é a ciência; justiça, para ele, é a ordem social sob cuja proteção pode prosperar a busca da verdade.

(*Apud* - Luís Recasens Siches – *Filosofia del Derecho* – Editorial Porrúa S/A – México – DecimoPrimera Edición – 1995 – p.412)

Ora, essa ordem social é a ordem jurídica, sob a qual se desenvolve a ciência – a vida mesma – e ela tem entre seus elementos constitutivos a tolerância que, assim se impõe como atributo de condição formal da vida em sociedade.

Chega-se, aqui, a um tópico em que é de ressaltar a confluência de pensamento – na postulação de prevalência do princípio da tolerância – dos referidos filósofos do direito, a saber: Ferrajoli, Alexy e Kelsen, cada qual na unidade de seu método filosófico e todos na multiplicidade das relações de suas ideias, batendo-se em prol da tolerância e refutando a intolerância, mesmo que à custa de restrição a direitos fundamentais.

É como se cada um desses filósofos estivesse a usar o seu anel da parábola, certos de que é a soma das suas verdades a significação da paz. A paz da tolerância.

Combate á desinformação; algo de método.

A existência de direito negativo à não desinformação, à imunidade diante da desinformação e da manipulação de notícias leva à conclusão de que a notícia irreal, a notícia manipulada, a notícia deliberadamente descontextualizada não são informação; contra elas há proteção constitucional.

Gilmar Mendes *et alii* bem cuidam do tema e assinalam que notícias irreais não se difundem ao amparo do direito a ser informado.

(cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco* – Curso de Direito Constitucional – IDP – Saraiva – 2ª Edição – 2008 – p.371)

Eles se indagam sobre os limites intrínsecos à liberdade de expressão, sobretudo no caso de liberdade de imprensa, para se saber se somente a informação verdadeira está protegida ou se, também, a falsa informação estaria ao abrigo da norma constitucional.

A resposta é incisiva: “*Cabe recordar que o direito a ser informado – e não o é quem recebe notícias irreais – tem também raiz constitucional, como se vê do art.5º, XIV, da CF*” (Gilmar – *op. cit.* p.371).

Somos de aviso que além da proteção do art. 5º, XIV, da CF, a liberdade negativa, que implica o direito à não desinformação, tem efetiva proteção no art. 220, caput, da CF.

Isso porque tal artigo prevê que a informação não sofrerá qualquer restrição e como a notícia falsa, manipulada, mascarada, não é informação, logo, a restrição é cabível, dentro do devido processo legal, no qual estão protegidas a honra de terceiros, a intimidade, a dignidade, a vida privada etc.

Luís Roberto Barroso, em notável ensaio sobre colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade, bem situou os meios de dar trato jurídico à matéria.

Veja-se:

3. *A liberdade de informação diz respeito ao direito individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. A liberdade de expressão tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor e manifestações do pensamento em geral. Tanto em sua dimensão individual como, especialmente, na coletiva, entende-se que as liberdades de informação e de expressão servem de fundamento para o exercício de outras liberdades, o que justifica sua posição de preferência em tese (embora não de superioridade) em relação aos direitos individualmente considerados.*

4. *Na colisão entre a liberdade de informação e de expressão, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro, destacam-se como elementos de ponderação: a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação, especialmente quando o fato decorra da atuação de órgãos ou entidades públicas, e a preferência por medidas que não envolvam a proibição prévia da divulgação. Tais parâmetros servem de guia para o intérprete no exame das circunstâncias do caso concreto e permitem certa objetividade às suas escolhas.*

5. *O legislador infraconstitucional pode atuar no sentido de oferecer alternativas de solução e balizamentos para a ponderação nos casos de conflitos de direitos fundamentais. Todavia, por força do princípio da unidade da Constituição, não poderá determinar, em abstrato, a prevalência de um direito sobre o outro, retirando do intérprete a competência para verificar, in concreto, a solução constitucionalmente adequada para o problema.*

(cf. Luis Roberto Barroso – *Revista de Direito Administrativo* – Rio de Janeiro – 235, Jan/Mar – 2004 – p. 35/36).

Barroso indicou bom caminho ao intérprete (é dizer: à Magistratura) assinalando que a cada caso deve-se verificar, in concreto, a solução constitucionalmente adequada para o problema.

Outro bom critério hermenêutico talvez seja o indicado por Dominique Rousseau, da Universidade de Montpellier III e membro do Conselho Superior da Magistratura Francesa, de que não existiriam direitos fundamentais em si mas, sim, um princípio de fundamentalidade capaz de agir sobre todos os direitos, transmitindo a um ou outro a condição de prevalemento, o conteúdo de sua fundamentalidade, que lhe permita, em uma particular situação, incidir e se impor.

Veja-se:

La jurisprudence constitutionnelle est riche en exemples où, dans telle affaire, le juge fait prévaloir la liberté d'entreprendre sur le droit des travailleurs à déterminer leurs conditions de travail, et, dans, telle autre, le second sur la première. Il n'existerait donc pas, en soi, de droits fondamentaux, mais un principe de fondamentale capable d'agir sur tous les droits – quelles que soient leur norme d'inscription et leur position hiérarchique – en transmettant à tel ou tel, selon les circonstances, sa fundamentalité, c'est-à-dire ce qui lui permettra, dans une situation particulière, de prévaloir.

(cf. Dictionnaire de la Justice – PUF – 1^a Édition – Paris – 2004 – p.375)

A dialética da tolerância

O conceito de tolerância está presente na formulação e, sobretudo, na efetivação dos direitos fundamentais. A tolerância é um valor e um direito é fundamental porque exprime um valor (cf. Dominique Rousseau – *op. cit.* p. 375).

É de Dominique Rousseau a lição de que “um direito não é fundamental porque ele é constitucional; ele é constitucional porque é fundamental, e ele pode ser fundamental sem ser constitucional” (*op. cit.* p. 374).

Étienne Picard definiu os direitos fundamentais como uma categoria hors normes porque eles podem se encontrar em qualquer norma, a saber, constitucional, legislativa, internacional, escrita, jurisprudencial, ainda que nenhuma delas expressamente os contenham.

Isso porque a fundamentalidade, como ensinam Dominique Rousseau e Étienne Picard, não é uma propriedade inerente aos direitos fundamentais, ela está fora desses direitos (é dizer: age de fora para dentro) e incide em uma dada configuração jurídica, dando preeminência a um direito sobre o outro, ficando entendido que, em configuração jurídica diversa, o “outro” direito pode prevalecer sobre “aquele” que antes prepondera.

(cf. Dictionnaire de la Justice – PUF – Paris – 2004 – p. 374/375)

Isso talvez possa parecer contraditório: Ferrajoli e Kelsen foram parte do conteúdo deste estudo e, entretanto, agora ergue-se a predicação da fundamentalidade como princípio, como escala de valores, acima do direito positivado.

Assim se mostra a dialética. É uma correlação dos conceitos, na busca da formulação de um todo conceitual, que nunca é absoluto, é um todo que nunca abarca a totalidade. É a dialética aberta, como definiu Adorno.

(cf. Theodor W. Adorno – *Introducción a la Dialéctica* – Traducción de Mariana Dimópulos – Eterna Cadênciã Editora – Buenos Aires – 2013 – p. 64/65).

Naturalmente, cremos na importância da posituação do direito. Uma vez positivado, quando no cenário da escala de valores de fundamentalidade dos direitos fundamentais, pode se situar em uma arrière boutique e deve ser constantemente utilizado, sempre, como móvel de segurança jurídica.

Adorno ensinava que a dialética é uma contínua confrontação com “o problema do positivismo”. Ela não se faz como se os critérios do positivismo não existissem; ela trata de medi-los consigo mesma e, assim, sobrepassa o próprio conceito do positivismo. O positivismo, dizia Adorno, é um elemento da dialética e não uma visão de mundo (Adorno – *op. cit.* p. 36).

Adorno lembrava o que Hegel dissera, em diálogo com Goethe: “A filosofia é o espírito de contradição organizado” (*op. cit.* p.35).

Em síntese, o exercício da tolerância é a condição formal (sujeito), que move a escala de valores do princípio de fundamentalidade, de modo a relevar direitos fundamentais, onde sejam divisados, em quaisquer situações jurídicas, fazendo com que, na situação dada, um direito, em razão de sua fundamentalidade, prevaleça sobre outro. Nesse momento, o princípio abstrato e a norma positiva confluem, amalgamam-se, e a tolerância, finda sua atribuição de sujeito, passa a objeto, ao retomar sua natureza substancial, de valor em si mesma. Sujeito e objeto fundem-se. Cumpre-se etapa do intermínio percurso dialético.



Durante a palestra, Raphael Magalhães foi aclamado como 'Patrono da Magistratura Mineira'

PARTE IV

Rumo à terra prometida

To go on, and to know there is no landfall on the paradisaal shore, and still go onOur meaning is in how we live in an imperfect world, in our time. We have no Other.

Tom Stoppard³

*[...] nem o progresso da técnica,
nem a prosperidade econômica
conseguem preservar nossa
cultura da barbárie.
Pelo contrário,
manejando a perfeição técnica
e o sucesso econômico
a barbárie se faz mais forte
e mais tirânica.*

Johan Huizinga

Quando D. João III, em 1551, fundou o Colégio das Artes, em Coimbra, o humanista André de Resende foi quem fez o então chamado “discurso panegírico do rei”, uma espécie de aula magna, da época.

Antigo aluno de Aires Barbosa, em Salamanca, e de Nicolau Clenardo, em Louvain. André de Resende, frade dominicano, tornou-se um dos “*Licenciatus*” de maior saber humanístico, em Portugal.

Nessa aula magna, André de Resende disse que da cidade (Coimbra) de onde, no passado, haviam saído as legiões armadas, que derrotaram os mouros e estabeleceram a soberania portuguesa em todo o reino, agora, naquele início do século XVI, com o intelecto (porque se inaugurava o Colégio de Artes) saíam legiões “*diferentemente armadas para combater e exterminar toda a barbárie*”. É o que se vê na bela tradução do também humanista Gabriel de Paiva Domingues.

André de Resende ali convocava os portugueses para uma batalha do intelecto, para que o humanismo pudesse combater e exterminar toda a barbárie: *quae omnem barbariem profligent, atque exterminent*.

Cinco séculos decorridos e nós ainda precisamos – com as armas da inteligência, civiliter modo, combater e exterminar toda a barbárie.

Em 1935, Johan Huizinga, grande historiador, filósofo da cultura, Erasmo dos tempos modernos, proferiu conferência, em Bruxelas, mais tarde publicada em livro, que se chamou “*Entre as sombras do amanhã*”.

Ali ele apresentou o “*diagnóstico da enfermidade cultural do nosso tempo*”. Os tambores da barbárie nazifascista já se faziam ouvir. Huizinga – que acabou morrendo em um campo de concentração – pressentiu os horrores que se prenunciavam.

Ele então disse que quando uma atitude irracional do espírito ganha terreno a falsa inteligência amplia-se, em todos os sentidos. Ressaltou que a publicidade momentânea, incitada pelo sensacionalismo converte uma simples discordância de ponto de vista em uma alucinação nacional. Trata-se da predominância da ideia do dia, de imediata aplicação, em detrimento das grandes ideias, cujo sistema de absorção é lento.

Assinalou que nem o progresso da técnica, nem a prosperidade econômica conseguem preservar nossa cultura da barbárie. Pelo contrário, manejando a perfeição técnica e o sucesso econômico a barbárie se faz mais forte e mais tirânica.

Concluiu dizendo que nos é indispensável recorrer a uma metáfora e pensar o Estado como um organismo. E um organismo político, nesse viés, compreende tudo que se contém na definição de conceito de cultura: equilíbrio, harmonia, tendência comum, serviço, honra, lealdade.

Perpassando todos esses tópicos constitutivos do conceito de cultura, Huizinga exortou, então, as jovens gerações, à tarefa de reorganizar a ordem das coisas e não se deixar naufragar na insolência e na loucura.

A Judicatura é uma prática intelectual. Juízes vivem vida de contínua inteligência, que é exercício crítico, com o qual intervêm na realidade social, na parte que lhes toca de esforço de prevalecimento de harmonia política, busca de igualdade social, enfim, de promoção e proteção dos preceitos de tolerância, que são a base de todas as renúncias pessoais que formam o patrimônio comum, que denominamos civilização. Juízes dizem o direito. Tudo o que têm é a voz, com o que desnudam e desfazem a trama da mentira, do engano, da barbárie, enfim.

“[...] nem o progresso da técnica, nem a prosperidade econômica conseguem preservar nossa cultura da barbárie.”

³ *The Coast of Utopia*.

Juízes percorrem caminhos civilizatórios. Logo, não navegam águas bárbaras. Não tripulam a *stultifera navis*, porque civilização e barbárie são ideias conflitantes.

Civilização é o anel da parábola: é o reconhecimento de que todos temos o anel e ninguém tem a primazia de mando. É a nossa metáfora.

Barbárie é a pata do cavalo de Átila, que nada reconhece e, na insistência e irracionalidade de que falava Huizinga, embuçado nas sombras do amanhã, assalta-nos e nos assombra.

Esse é o dilema do tempo presente. A superação dele reclama consciência moral e audácia – *judicial boldness*.

“Ora, se se quiser
percorrer a via
civilizatória,
a intenção, o
movimento e o
fim hão de ser
conformados pela
virtude da coragem,
para a realização da
virtude da tolerância
ativa, que enfrenta
os intolerantes, que
é intolerante com
os intolerantes.”

Audácia é coragem com arrojo. Coragem, disse-o, Vladimir Jankélévitch, não é uma simples virtude, ao lado das outras virtudes, mas constitui condição formal de todas as outras. Ela intervém na intenção, no movimento pelo qual o homem tende ao seu fim.

(cf. Vladimir Jankélévitch – *Curso de Filosofia Moral* – Coleção Tópicos – Ed. Martins Fontes – São Paulo – 2008 – p.178/179)

Ora, se se quiser percorrer a via civilizatória, a intenção, o movimento e o fim hão de ser conformados pela virtude da coragem, para a realização da virtude da tolerância ativa, que enfrenta os intolerantes, que é intolerante com os intolerantes. É a força moral, que poderia ter evitado Auschwitz.

Anthony Lewis é claro em que a coragem requerida em uma sociedade livre não é apenas daqueles que acreditam em mudanças, mas também a de jornalistas e outros formadores de opinião e, não por último, de juízes.

Os grandes avanços da sociedade norte-americana foram feitos por juízes, a saber: justiça racial, respeito por mulheres e homossexuais, e a própria liberdade de palavra. E cada um dos avanços expôs os juízes a palavras duras – críticas amargas – e, eventualmente, ao perigo físico. É nesse sentido que Holmes dizia que a Suprema Corte proporcionava quietude, mas era a quietude do centro de uma tempestade.

(c.f. Anthony Lewis – *Freedom for the thought that we hate* – *A Biography of the First Amendment* – Paperback – 2009 by Basic Books – New York – USA – p. 187)

Tudo isso é para dizer que não há fugir da luta. Luta com as armas da inteligência; luta com a utilização dos meios de persuasão racional; luta em nome da civilização; luta impelida pela consciência moral; luta premente, imperativa, inescusável, imediata, necessária, para deter o tropel do cavalo do Átila.

Esse é o serviço dos anéis da parábola: asseguram a diversidade, espaço dialogal, em que se reconciliam o eu e o outro; que permite – na lição de Michel Rosenfeld – a reciprocidade reversível (*reversible reciprocity*) que exige empatia em relação ao outro, baseada em um autêntico reconhecimento das diferenças de perspectiva. O outro, como queria Hegel, deve ser reconhecido como um outro eu.

(cf. Michel Rosenfeld – *Les Interprétations Justes* – Traduit por Geneviève Warland – Brey-Lant LGDJ – Paris – 2000 – p. 164/165)

Esses são os elos dos anéis da parábola. Eles são símbolo da tolerância e é no horizonte da tolerância que nos surgem Raphael Magalhães e Mendes Pimentel, no seu passeio diário, nas tardes pacíficas de uma atemporal Belo Horizonte.

Lá vão eles! Tarde limpa, sol macio, céu doce. Descem a rua Paraíba, caminho da avenida Afonso Pena. Pimentel, bélico, com a espada à cinta; Raphael, cordato, com a toga da paz. No dedo de cada um o anel da parábola.

Sob os passos de ambos, um imenso chão de tolerância.

A AMAGIS, consciente das questões sociais e ambientais, utiliza papéis com certificado FSC® (*Forest Stewardship Council*®) para a impressão deste material. A certificação FSC garante que a matéria-prima florestal provenha de um manejo considerado social, ambiental e economicamente adequado e outras fontes controladas.

NORMAS PARA ENVIO DE ORIGINAIS

MagisCultura é uma Revista da Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis), destinada à publicação da produção cultural de juízes e desembargadores de Minas Gerais, em exercício ou aposentados.

Serão aceitos para publicação textos de ficção – contos, crônicas, pequenas novelas, poemas – ou de estudos – artigos, ensaios, resenhas – ou, ainda, ilustrações – fotografias, pinturas, reprodução de esculturas.

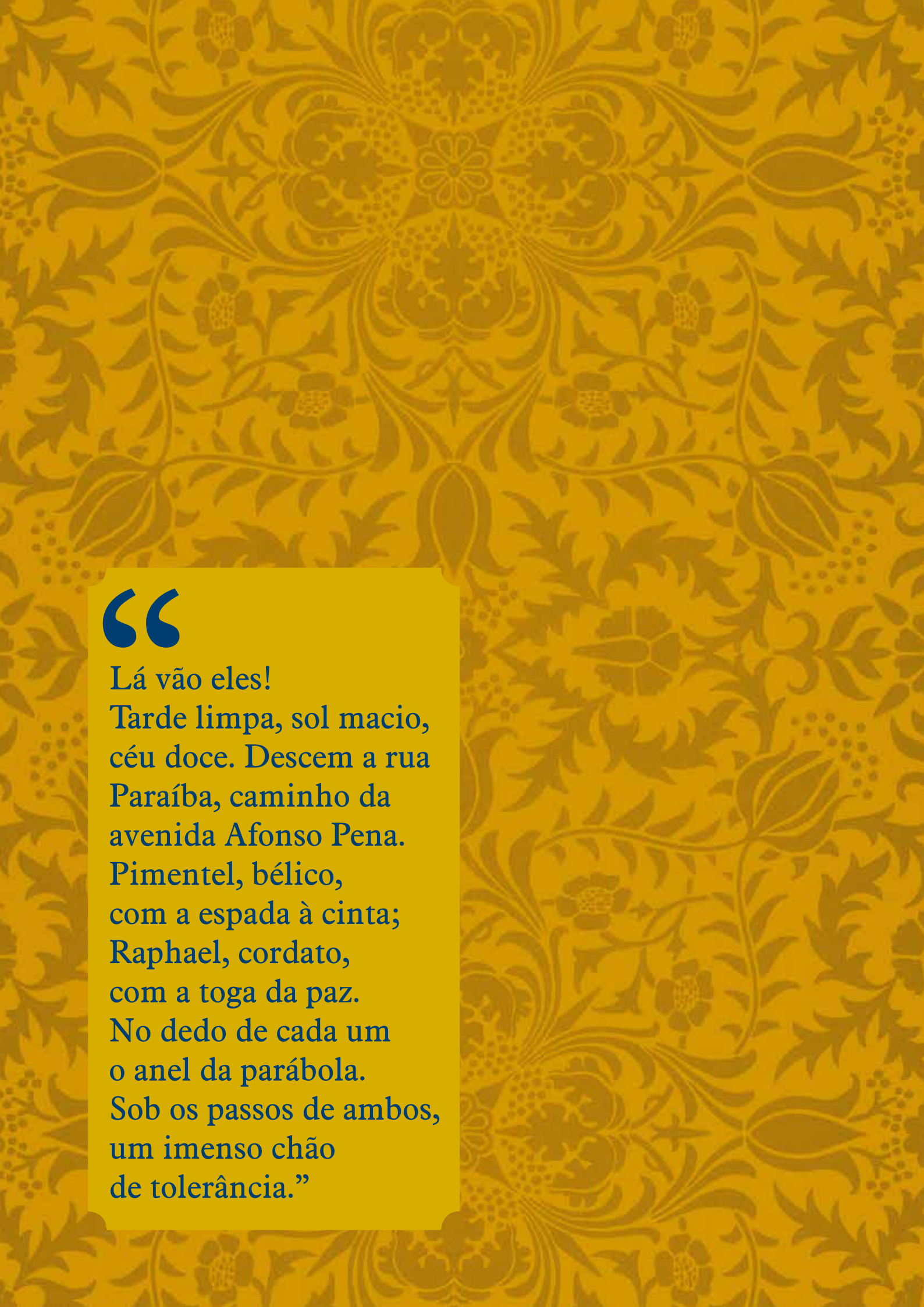
Não serão publicados textos de teses políticas, discursos, homenagens pessoais e necrológios.

A seleção dos trabalhos será feita pelo Conselho Editorial (ver nomes no Expediente).

Os textos deverão ser enviados devidamente digitados, pelo endereço eletrônico da Revista (magiscultura@amagis.com.br) e conter o máximo de 10 mil caracteres.

As ilustrações deverão ser enviadas em formato compatível com a publicação e com resolução mínima de 300 dpi.

Os prazos para envio dos trabalhos serão divulgados pelo site e demais veículos de comunicação da Amagis.



“

Lá vão eles!

Tarde limpa, sol macio,
céu doce. Descem a rua
Paraíba, caminho da
avenida Afonso Pena.
Pimentel, bélico,
com a espada à cinta;
Raphael, cordato,
com a toga da paz.
No dedo de cada um
o anel da parábola.
Sob os passos de ambos,
um imenso chão
de tolerância.”