

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ  
ÁREA DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Monique Melo Todde

**O CASO OLGA BENÁRIO SOB A FÓRMULA DE RADBRUCH:**  
Uma análise jurídica

Belém  
2019

Monique Melo Todde

**O CASO OLGA BENÁRIO SOB A FÓRMULA DE RADBRUCH:**

Uma análise jurídica

Trabalho de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Orientador: Prof. Msc. Yúdice Randol Andrade Nascimento

Belém

2019

## **Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)**

(Biblioteca do Cesupa, Belém – PA – Brasil)

---

Todde, Monique Melo.

O caso Olga Benário sob a Fórmula de Radbruch: Uma análise jurídica / Monique Melo Todde; orientador, Yúdice Randol Andrade Nascimento. – 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Centro Universitário do Estado do Pará, Curso de Direito, Belém, 2019.

1. Filosofia do Direito. 2. Direito Penal e Processo Penal. 3. Acesso a Justiça I. Yúdice Randol Andrade Nascimento. *orient.* II. Título.

CDD 341.347

---

Monique Melo Todde

**O CASO OLGA BENÁRIO SOB A FÓRMULA DE RADBRUCH:**

Uma análise jurídica

Trabalho de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Data da defesa: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Conceito: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

---

**Prof. Orientador Yúdice Randol Andrade Nascimento**

Mestre em Direito

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

---

**Prof(a) Examinador(a)**

Mestre(a)/Doutor(a) em Direito

Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

## **AGRADECIMENTOS**

Aqui se finda mais uma etapa de vida. Primeiramente agradeço a Deus, por nunca ter me abandonado, por ter me levantado a cada queda e me dado forças para não desistir. À Ele por ter me presenteado com a razão das minhas lutas, motivos de minha felicidade, minhas amadas filhas. Foi por elas que desviei de todos os obstáculos e hoje estou aqui tendo vitórias.

Aos meus pais, por não medirem esforços para a minha conquista e pelo apoio sempre oferecido, mesmo nos momentos em que me desviei de meu foco principal, eles lutaram para este dia acontecer.

Aos meus professores, em especial ao Prof. Msc. Yúdice Randol Andrade Nascimento e Prof. Rodrigo Mendes que, sem dúvida, se empenharam para nos ensinar e capacitar naquilo que tanto gostamos. Muito obrigada, vocês são verdadeiros mestres.

Aos meus amigos, que sempre me apoiaram e nunca me deixaram perecer. Que com cada mania, atitudes e formas, me fizeram sentir muito especial e honrosa.

A todos os colegas de classe que acompanharam essa trajetória, tanto no UNASP, na FAJ e no CESUPA, pelo carinho, apoio, companheirismo e por todos os momentos incríveis que me proporcionaram.

Foi difícil a caminhada, muitas pedras no caminho mas todas foram desviadas, me fortaleceram e fizeram eu me tornar o que sou hoje. Obrigada a todas e todos que almejaram a minha vitória.

“O sertanejo é antes de tudo um forte. Não tem o raquitismo exaustivo dos mestiços neurasténicos do litoral. A sua aparência, entretanto, ao primeiro lance de vista, revela o contrário. Falta-lhe a plástica impecável, o desempenho, a estrutura corretíssima das organizações atléticas.

É desgracioso, desengonçado, torto. Hércules-Quasímodo, reflete no aspecto a fealdade típica dos fracos”.

(Euclides da Cunha – Os Sertões).

## RESUMO

O presente estudo de caso trata de diversos temas, todos devidamente concatenados em um conceito filosófico correspondente a um referencial teórico principal. A ideia principal partiu do conhecimento e acesso ao inteiro teor do Habeas Corpus nº 26.155/1936 – Caso Olga Benário, em diligências junto à Seção de Arquivo da Coordenação de Gestão Documental e Memória Institucional do Supremo Tribunal Federal, que segue anexo a este trabalho. O trabalho foi, em sua essência, dirigido à missiva que corresponde aos “Cinco minutos de Filosofia do Direito” – uma circular que Gustav Radbruch encaminhou aos estudantes da Universidade de Heidelberg, publicada na edição de 12 de setembro de 1945. Discute-se o efetivo conceito de justiça, os antecedentes históricos vinculados ao referencial teórico e se o caso em análise foi, à época, um julgamento correto e justo à luz das leis vigentes, ou se poderia ser realizado de outra forma. O conceito de acesso à justiça diante de um nítido regime de exceção em face aos aspectos históricos que nortearam o julgamento e as suas devidas circunstâncias, é traço marcante deste tema extremamente controverso para sua época, principalmente pela carga jurisdicional conferida pelo STF. Por fim, o questionamento será respondido com base na premissa que afirma que lei injusta não é lei. O governo de Getúlio Vargas cumpriu a lei, tratando o julgamento de Olga Benário como unilateral, de modo que será defendido que não ocorreu justiça neste julgamento.

**Palavras-chave:** Fórmula de Radbruch. Direitos Humanos e Fundamentais. Direito Penal e Processo Penal. Acesso à Justiça.

## ABSTRACT

The present case study deals with various themes, all of them linked in a philosophical concept corresponding to a main theoretical reference. The main idea came from the knowledge and access to the full content of the Habeas Corpus n° 26.155/1936 – Case Olga Benário, in diligences next to the File Section of Coordination of Document Management and Institutional Memory of Federal Supreme Court, which is attached to this work. The work was, in essence, directed to the letter that corresponds to “Five Minutes of Legal Philosophy”, a circular that Gustav Radbruch addressed to the Heidelberg University academics, published in the edition of September 12, 1945. The effective concept of justice is discussed, the historical background linked to the theoretical reference and if the case was judge correctly back then, or whether it could be done otherwise. The concept of Access to Justice in a context of clear regime of exception in the face of the historical aspects that guided the trial and its due circumstances, is a striking feature of this extremely controversial theme for his time, mainly due to the jurisdictional burden conferred by the STF. For finish, the question will be respond by the premise that unjust law is not law. The government of Getúlio Vargas complied the law, treating the judgment of Olga Benario as unilateral, so that it will be argued that justice did not occur in this trial.

**Key words: Radbruch Formula.** Human and Fundamental Rights. Criminal Law and Criminal Process. Access to Justice.



## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 O POSITIVISMO JURÍDICO E RADBRUCH.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1 Considerações iniciais sobre o conceito de Justiça.....</b>	<b>12</b>
<b>2.2 Apresentação ao pensamento e obra de Gustav Radbruch.....</b>	<b>13</b>
<b>2.3 A Fórmula de Radbruch.....</b>	<b>16</b>
2.3.1 A teoria filosófica de Radbruch.....	17
<b>2.4. Sobre Radbruch e Outros Temas .....</b>	<b>18</b>
2.4.1 Direito, Moral e Justiça .....	19
2.4.2 Uma diferenciação inicial entre Direito e Moral em Radbruch .....	20
2.4.2.1 O Direito à luz da teoria de Kant.....	21
2.4.2.2 Neoconstitucionalismo à luz das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy .....	22
<b>3 O DIREITO COMO UTILIDADE AO POVO.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1 Considerações sobre o Habeas Corpus em 1936 .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2. Habeas Corpus nos Dias Atuais.....</b>	<b>27</b>
<b>4. O DIREITO QUER DIZER O MESMO QUE O DESEJO DE JUSTIÇA? .....</b>	<b>30</b>
<b>4.1 Os Poderes de Vargas .....</b>	<b>30</b>
<b>4.2 Por uma Nova Concepção de Justiça .....</b>	<b>33</b>
<b>5 O CASO OLGA BENÁRIO.....</b>	<b>36</b>
<b>5.1 Sobre Olga Benário.....</b>	<b>36</b>
<b>5.2 Sobre o Processo e os Fundamentos do Habeas Corpus.....</b>	<b>37</b>
<b>5.3 Do Cotejo e Análise do Caso Olga Benário Nos Dias Atuais .....</b>	<b>42</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>45</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo de caso consiste na análise jurídica do *Habeas Corpus* nº 26.155/1936 – Caso Olga Benário. Creio que analisar a integralidade de um processo histórico, em sua essência, destaca os fundamentos e os aspectos políticos da cognição judicial e por outro e da mesma forma, ressalta que muitas decisões judiciais podem afrontar a instabilidade das instituições políticas e jurídicas e afrontar o estado democrático de direito.

O problema central gira em torno da seguinte premissa: Em que medida e até que ponto o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do caso Olga Benário, pode ser apontado como um nítido erro judiciário?

O objetivo geral que será apontado durante a confecção deste trabalho científico consiste em saber se, diante do referencial teórico escolhido e tendo por base a fórmula de Radbruch, a paciente Olga Benário teve ou não um julgamento justo perante o Supremo Tribunal Federal. Pelo contexto e tendo como norte a incidência da citada fórmula, diante de uma lei de conteúdo nitidamente injusta, a mesma não pode ser considerada efetivamente como lei. Uma vez que nos dias atuais o resultado jurídico poderia ser outro, ao invés dos fatos ocorridos quanto à expulsão de Olga Benário do território nacional.

Nesse mesmo sentido, e quanto aos objetivos específicos e na busca de um melhor julgamento busca-se analisar a altíssima probabilidade de morte Olga Benário por Hitler caso expulsa, e principalmente pelo fato de que no Brasil inexistir a pena de morte. Além do mais a mesma estava grávida de um brasileiro nato e não há a incidência do princípio da intranscendência da pena.

O referencial teórico que será utilizado na fundamentação deste trabalho será o aparato filosófico de Gustav Radbruch – baseando sua obra e ideia na essência do Direito e Moral, de modo a chegar-se à conclusão de que uma lei extremamente injusta nega a existência da própria carga legislativa, seja ela positiva ou negativa. Ou seja, diante de uma lei injusta, esta deve ser considerada imperiosamente inexistente. Portanto, a efetiva diferenciação entre o Direito e Moral são de grande importância, de ordem essencial para a conclusão adotada por este trabalho. Assim, por consequência direta, uma lei pode ser considerada defeituosa quando os efeitos desta não são esperados em uma sociedade, seja por questões culturais, econômicas e financeiras. Portanto, analisar os motivos e fundamentos

judiciais do porque a expulsão de Olga Benário Prestes, cujo *habeas corpus* não foi conhecido pelo Supremo Tribunal Federal, revelou-se dentro do devido processo legal.

Para efeito do critério de pesquisa e metodologia, foram utilizadas formas mistas, mesclando as hipóteses teóricas. Na seara teórica, utilizou-se a investigação bibliográfica, assim como menção do efetivo conceito de justiça e do devido processo legal. É importante salientar que foi dada relevância ao contexto histórico e aos fundamentos e causas de decidir perante as autoridades competentes. Por fim, e com relação ao campo de pesquisa adotado, diligenciou-se junto à Seção de Arquivo da Coordenação de Gestão Documental e Memória Institucional do Supremo Tribunal Federal, o que permitiu extrair o aparato probatório necessário à análise realizada, segundo a qual a ideia em busca do efetivo conceito de Justiça e um novo julgamento para Olga Benário restou delineado.

## 2 O POSITIVISMO JURÍDICO E RADBRUCH

### 2.1 Considerações iniciais sobre o conceito de Justiça

O que é Justiça? O que é e para que existe a utilidade do Direito? Necessitamos de um sistema devidamente positivado, estruturado para alcançar a paz social? Até que ponto a prévia instituição do Poder Judiciário, devidamente estruturado tem-se por legitimado em uma sociedade organizada socialmente? Ou, minimamente, a diminuição dos problemas inerentes ao conceito de sociedade? Essas perguntas são inerentes a todo e qualquer grupo social devidamente estratificado. Ainda que se modifique o país, a cultura ou a sociedade, devidamente instituída, as inquietações e as reflexões ainda serão as mesmas.

Inerente à vida em sociedade, o conceito do que é considerado certo ou errado, moral ou imoral, sempre assolou a todos os atores sociais. Principalmente quando existem divergências, tanto pelo caráter humano e pela diferenciação do que toca a cada um em sua individualidade, quanto pelo conceito do que poderia ser o Direito. Sejam elas referentes à pessoa em sua singularidade, seja em sua acepção coletiva. A efetiva correlação entre a sociedade e o conceito de Direito sempre existiu e sempre existirá – pois é inerente à vida em sociedade e ao estrito conceito humano. Desde o solitário Robinson Crusóé antes ou depois da chegada do índio Sexta-Feira (os conceitos do que seja “meu” e agora do que seja “nosso”), espelha o interesse sobre o tema.

Portanto, pode-se afirmar que não há sociedade sem Direito – *ubi societas ibi jus*. De outro lado, os conflitos afetos a diversos bens da vida, são inerentes a toda e qualquer sociedade, desde os primórdios dos tempos. Mas em princípio, isso nem sempre era desta forma. Um incipiente Direito cumulado à Justiça nascia dentro do seio social.

Em toda sociedade, antes do efetivo crescimento e evolução do conceito do que seja o Direito, Justiça, Equidade, o Poder Social e Jurídico (aquele que efetivamente dita o certo e errado), o poder concentrava-se nas mãos dos Reis ou Senhores Feudais. Todo e qualquer cidadão que pretendesse algo, algum bem da vida ou reivindicasse um direito, teria, caso não fosse tutelado ou protegido pelo senhor máximo acima mencionado, deveria fazer Justiça “pelas próprias mãos”. Esta característica, denominada de autotutela, sempre foi rechaçada ou evitada. Primeiro – porque o Senhor Supremo que ditava a jurisdição poderia perde poder; Segundo – porque o Controle Social das relações sociais não mais estaria na determinação de uma única pessoa; Terceiro – o conceito de Justiça e Direito se encontrava de maneira abstrata

e sem a menor segurança social e também jurídica. Abstrata, portanto. Sendo passível de diversas instabilidades sociais por causa desta circunstância.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o Direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do Direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir por si a satisfação de sua pretensão, de modo que a própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada. Nesse sentido, houve a necessidade do Estado reclamar para si o *jus punitivum*, exercendo-o inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. Esse regime é o que hoje se conhece por autotutela (ou autodefesa) e, encarando-a a partir do ponto de vista cultural típico do século XX, é possível identificar a precariedade e aleatoriedade do regime que antes vigorava, pois não garantia Justiça, apenas vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (GRINOVER, 2002, p. 27). Sendo destacado que atualmente, as abordagens críticas não admitem mais que o Estado possua um direito de punir, mas sim um poder de punir, ou seja, trata-se de um poder que se exerce de fato sobre as pessoas que lhe são submetidas, sem que isso configure efetivamente um direito, tais como as abordagens clássicas e legitimadoras do poder estatal.

## **2.2 Apresentação ao pensamento e obra de Gustav Radbruch**

Gustav Radbruch (1878-1949) pode, sem sombra de dúvida, ser considerado um dos mais importantes jusfilósofos germânicos do século XX. O seu pensamento e ideal encontra-se direcionado à essência do Direito e Moral, em uma acepção extremamente empírica e social – a pedra de toque do efetivo conceito de Justiça. A principal obra de Radbruch relaciona-se à Filosofia do Direito, mas com acepção prática que afeta o conceito do que é Justiça e Direito.

A partir da segunda metade do século XX, a personalidade mais importante de Heidelberg, como é comumente reconhecido Gustav Radbruch – sendo Heidelberg uma cidade situada ao noroeste da Alemanha (e a mais antiga Universidade Germânica). O referido autor passa a ganhar maior relevância no período pós Segunda Guerra Mundial, em razão de diversos estudos que tinham por finalidade analisar a possibilidade de existência de

uma resposta social e essencialmente jurídica, não positiva por excelência, para o tratamento dos crimes cometidos durante o regime nacional-socialista caracterizado pelo nazismo.

Os dois principais artigos/obras que o citado doutrinador produziu foram: “Cinco Minutos de Filosofia do Direito” e a obra clássica “Não Direito Legal e Direito Supralegal”. Toda a obra de Radbruch está direcionada à Filosofia do Direito e em especial à discussão entre o positivismo jurídico e o jusnaturalismo. Essencialmente, Gustav Radbruch pode ser apontado como um dos mais importantes defensores da Escola Livre do Direito. A primeira das citadas obras, consistiu em uma missiva circular que Radbruch encaminhou aos estudantes da Universidade de Heidelberg, que foi publicada na edição de 12 de setembro de 1945. Enquanto que a segunda obra é o discurso proferido em 1946 na reinauguração da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, intitulado de “Renovação do Direito”. Assim sendo, Radbruch inicia o primeiro dos Cinco Minutos de Filosofia do Direito, destacando a finalidade do que lhe parecia, em sua análise, o positivismo jurídico:

Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa a prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Essa concepção da lei e sua validade, a que chamamos *Positivismo*, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará o primeiro (MATOS, 2016, p. 4).

No segundo minuto, Radbruch chama à reflexão o princípio que pretende substituir o Positivismo Jurídico, o princípio que determina que o “direito é tudo aquilo que for útil ao povo”. Esta afirmação, em outras palavras significa dizer que “arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão direito desde que sejam vantajosos para o povo”. Desta forma, a devida identificação do Direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um “Estado-de-Direito” em um “Estado-contra-o-direito”. Sustenta Radbruch, que só o que for direito será útil e proveitoso ao povo. Por outro lado, em um terceiro minuto, Radbruch volta à relação entre o Direito e a Justiça, iniciando com a sua famosa fórmula que contempla o seu pensamento “Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça” (MATOS, 2016, p. 5).

Sendo certo que tais afirmações superam em grande medida o relativismo, acrescentando um critério que destaca a relação com a Justiça, porém, significa “julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro”. Ainda dentro deste minuto, Radbruch destaca que o povo não deverá obedecer, devendo os juristas serem os primeiros a recusar o caráter jurídico das “leis que conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana”.

Em um quarto minuto, o jusfilósofo enfrenta o problema das antinomias entre os três valores associados à ideia do Direito: justiça, segurança jurídica e o bem comum. Radbruch sustenta que muitas vezes será necessário “ponderar” se “uma lei má, nociva ou injusta” deverá ainda ser reconhecida como válida “por amor da segurança do Direito” ou ao contrário se, “por virtude da sua nocividade ou injusta, tal validade lhe deverá ser recusada”. Destaca o filósofo que podem existir leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade, e até mesmo o caráter jurídico não poderá jamais deixar de lhes ser negados.

Por fim, no quinto minuto, Radbruch reconhece a existência de “princípios fundamentais de Direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo”. Inicialmente, Radbruch raciocina que tais princípios – que alguns doutrinadores cunham de Direito Natural, e outros de Direito Racional, foram reunidos nas Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão,

Após os cinco minutos, Radbruch conclama a todos e especialmente aos estudantes universitários a uma Renovação do Direito, pois defende que este movimento deveria partir das faculdades de Direito – a renovação do Direito, a conversão educativa do jurista alemão e a formação jurídica do povo alemão, apresentando nove princípios que, necessariamente, são de observação necessária: a) retorno a ideia de um Estado vinculado às suas próprias leis; b) superação ao positivismo jurídico; c) a afetação do Direito pela ressurreição da crença religiosa; d) a análise comparada entre as duas grandes culturas jurídicas a europeia-continental e a anglo-americana; e) revalorização do Direito Romano, uma espécie do esperanto do mundo jurídico; f) reconstrução da economia, não de uma maneira privada, mas sob forma de “direito social”, por uma ampla relação do direito privado com as modificações jurídicas do direito público; g) reconstrução do direito penal, segundo o professor de Heidelberg – o mais devastado entre todos os domínios jurídicos; h) construção de uma democracia; i) cooperação no surgimento de um novo direito internacional e de um direito

penal internacional, com a finalidade de efetividade aos destruidores da paz (MATOS, 2016, p. 3).

### 2.3 A Fórmula de Radbruch

A partir da segunda metade do século XX, Radbruch passa a ganhar uma maior relevância no cenário pós Segunda Guerra Mundial por uma série de estudos que vinham sendo desenvolvidos e objetivavam a defesa de uma hipótese não positivista para o tratamento dos crimes cometidos durante o regime nacional-socialista. Os principais são *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (“Cinco Minutos de Filosofia do Direito”) e o clássico *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (“Não Direito Legal e Direito Supralegal”). A literatura existente acerca da filosofia de Radbruch se concentra, em especial, na discussão entre positivismo jurídico e jusnaturalismo no seio da sua obra acerca do conceito de Direito.

O filósofo de Heidelberg, por todas as suas obras e trabalhos, idealizou um raciocínio (tese jurídica) a partir do que defendia em suas reflexões. Para tanto, publicou um artigo intitulado “Injustiça Legal e Direito Supralegal”, em agosto de 1946, no *Süddeutsche Juristenzeitung*. Nesse artigo, o autor reflete sobre a utilidade e a justiça, sempre tendo em vista o bem comum. Nesse senti, vale ressaltar o apontamento feito por Matos (2016, p. 6).

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser solucionada no sentido de que o direito positivo assegurado por sua sanção e poder tem prioridade ainda quando seu conteúdo seja injusto e disfuncional, a menos que a contradição entre a lei positiva e a justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei, enquanto “direito injusto”, tenha que ceder a justiça.

Pode-se afirmar que uma lei injusta não seria uma lei. Seria qualquer coisa menos uma lei. A famosa fórmula de Radbruch, usada com grande frequência por pessoas ou grupos sem a tecnicidade necessária exigida pelo tema, ou mesmo fora do contexto idealizado pelo autor, apenas para sustentar ou manter uma situação de imposição por nítido argumento de autoridade. Um abuso das relações sociais que caracteriza unilateralidade de uma parte em detrimento de outra no seio social.

Radbruch é apontado como um dos mais importantes defensores da Escola Livre do Direito. Por esta linha, o movimento livre consiste no reconhecimento das lacunas da lei e, conseqüentemente, da tarefa produtora do magistrado (Radbruch, 1990, p. 195). Esse pensamento pode ser analisado em quatro teses distintas: a) a interpretação jurídica se restringe à “clara” letra da lei. Além da letra clara da lei, não há métodos à disposição do



magistrado – sendo a lei relevante apenas quando define expressamente determinado caso concreto; b) o Direito não é uma unidade orgânica, é fragmentado/imperfeito, ou seja, não é possível deduzir qualquer decisão judicial da lei – nesse sentido, passa-se a reconhecer que juízos de valor e decisões são sempre pressupostos no caso de qualquer interpretação da lei; c) em caso de lacunas da lei ou dúvidas sobre o seu conteúdo, o magistrado está livre para decidir, vez que o Direito não surge de forma lógica ou semântica diretamente da lei, o magistrado precisa encontrá-lo por meio da ponderação de interesses; d) os tradicionais métodos da ciência do Direito não são, por si só, decisivos para a interpretação jurídica (MATOS, 2016, p. 4).

Ainda nesse sentido, uma lei pode ser considerada defeituosa quando os efeitos desta não são esperados em uma sociedade, seja por questões culturais, econômicas ou financeiras. A inadequação sobre a eficácia de um preceito legal grava a todos, positiva ou negativamente. Com efeito, o conflito entre Justiça e certeza jurídica pode assim ser definido: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não beneficia a todos de modo indistinto, a menos que o conflito entre a lei e a justiça chegue a um grau intolerável no qual a lei defeituosa deva clamar por justiça.

Portanto, é impossível traçar uma linha bem definida entre casos de ilegalidade positivada e leis que são válidas apesar de seus defeitos. Uma linha de distinção, contudo, pode ser traçada com máxima nitidez: quando não há nem mesmo uma tentativa de fazer justiça, não havendo equidade, o âmago da justiça é deliberadamente traído na essência do direito positivo, logo, a lei não é meramente uma “lei defeituosa”, ela perde completamente a real natureza do Direito.

### 2.3.1 A teoria filosófica de Radbruch

Finalmente, um esboço da hermenêutica jurídica de Gustav Radbruch pode ser elaborado da seguinte forma: a) interpretação jurídica consiste na mediação do sentido de um ordenamento jurídico; b) a mediação significa o tratamento científico do Direito como essência de normas positivas e gerais para a vida social; c) o sentido objetivo não é determinado pela intenção do legislador; d) o sentido objetivo pressupõe a construção de um todo no sentido de um instituto jurídico e um ordenamento jurídico; e) o tratamento científico do Direito compreende a mediação do sentido e seu desenvolvimento, a saber, interpretação em sentido estrito, construção e sistema; f) a construção de um instituto jurídico e de um ordenamento jurídico é realizada através dos conceitos jurídicos verdadeiros do tipo

categorico e teleológico; g) o todo do Direito depende, em última instância, de uma decisão do aplicador da norma por um dos possíveis fins objetivos (MATOS, 2016, p. 5).

#### **2.4. Sobre Radbruch e Outros Temas**

Muito embora o referencial teórico deste trabalho seja a obra de Gustav Radbruch, é mister esclarecer da essência primordial entre o Direito, a Moral e Justiça. Se para Radbruch, eleito como referencial teórico deste trabalho, de modo a afirmar ou negar os problemas propostos, sua obra é baseada na essência do Direito e Moral, tencionando alcançar a conclusão de que uma lei extremamente injusta negue a existência da própria carga legislativa. Ou seja, diante de uma lei injusta, tem-se segundo Radbruch, como esta imperiosamente inexistente. Em um contexto no qual uma sociedade devidamente organizada reclama por uma normatização positiva segura, estável e sem surpresas, a disparidade entre direito e moral são de grande importância.

Nesse contexto e de modo a conferir uma maior importância da historiografia, será analisada, com exclusiva finalidade de destacar o pensamento de Radbruch, outros doutrinadores da mesma magnitude, mas com ideias opostas ao referencial teórico deste trabalho. São estas, as linhas do pensamento de Kant com grande assertiva entre o Direito e a Moral; o pensamento de Hegel como representação de uma nítida evolução ao pensamento de Kant; as linhas do pensamento de Robert Alexy, demonstrando a forte oposição ao pensamento de Radbruch e, por fim, o aparato teórico de Ronald Dworkin para afirmar a existência do Direito como Integridade.

Estes doutrinadores estão apontados no presente trabalho para chamar atenção, essencialmente, às controvérsias em torno da relação entre Direito e Moral, de modo a confirmar ou não o referencial teórico invocado. Gustav Radbruch, como já mencionado anteriormente, em nítida contraposição ao positivismo em sua essência, sustenta que a injustiça contida em uma lei não é lei. Pode ser qualquer outra normatização típica legislativa, exceto lei – a carga normativa contida em uma lei de justiça ou injustiça, somada aos conceitos variáveis financeiros, culturais, sociais, constituem a essência do pensamento de Radbruch, pelo que é imperioso citar as distinções existentes.

#### 2.4.1 Direito, Moral e Justiça

O direito, em uma concepção nitidamente social, é usado como forma de contenção ou controle social. E esta coerção constitui uma das maiores características normativas da essência humana, mormente quando se trata de relações de ordem moral. Primordialmente, uma normatização positiva jurídica consubstancia-se em uma sanção – uma imposição de uma penalidade vinculada a um descumprimento de uma norma de conduta, seja positiva ou negativa. Nos diversos ramos da ciência jurídica, estas sanções ou penalidades podem consubstanciar em um pagamento de uma multa imposta por um juiz criminal, de uma dívida civil ou qualquer outra recomposição patrimonial.

Pode-se raciocinar que as normas de ordem moral e da mesma sorte aquelas de trato essencialmente social, também preveem sanções. Mas nitidamente, em sua essência, são de natureza diversa das normas positivas de condutas de toda e qualquer sociedade valorada e nitidamente organizada. Desta forma, ao admitir a sanção como característica que distingue as normas jurídicas das normas morais, se reconhece que o Direito, em última instância, é garantido por meio da força física exercida pelo Estado. Com efeito, uma das características do Estado é o monopólio legal da força física – só o Estado pode utilizar-se legalmente da força física, com exceção de alguns casos em que seu uso é autorizado também ao particular, como a legítima defesa no Direito Penal e o desforço possessório na seara cível (FONTES, 2014, p. 21).

A coerção ou coação é a característica essencial da ciência do direito e é o que a distingue das demais regras morais de conduta. Para o Positivismo Jurídico, a ciência do direito é uma construção nitidamente humana. Ou seja, o direito é aquele posto pelo Estado e geralmente associado por uma característica escrita – o que, por consequência, é consubstanciado ou normatizado em Códigos e nas leis esparsas de toda e qualquer sociedade.

Dentro do tema relativo ao direito positivo, a sua validade normativa divide-se em duas vertentes: a) a validade propriamente dita, isto é, sua conformidade aos critérios internos do próprio sistema jurídico de que faz parte (legalidade conforme o ordenamento); b) a validade social, no sentido de que o sistema jurídico, para ser considerado assim, deve ser globalmente eficaz, devendo também a norma jurídica individual gozar de uma eficácia social mínima para ser considerada válida (FONTES, 2014, p. 21).

O fundamento metodológico mais requisitado do juspositivismo atual é o da filosofia analítica, representada pelos pensadores da teoria geral do direito, como Hans Kelsen, Alf Ross, Herbert Hart, Norberto Bobbio, dentre outros. Reduzindo o direito à norma, passam a

tratá-la de modo autônomo, fragmentado, aprofundando um conhecimento específico recortado do todo da realidade social. Pode-se dizer, então, de uma filosofia juspositivista analítica reducionista (MASCARO, 2014, 326).

Por outro lado, a corrente conhecida como Realismo Jurídico, da mesma forma que o Positivismo Jurídico, rejeita a existência de um Direito Natural, considerado metafísico e ilusório. Contudo, seus autores rejeitam também o Positivismo Normativista, como o kelseniano, considerando igualmente idealista. Não basta que uma norma conste de um código ou lei formal qualquer para ser considerada Direito. Para identificar o que é direito em dada sociedade, os realistas adotam sobretudo o critério da eficácia, no sentido próprio de efetividade social, conferindo papel de especial relevância às decisões judiciais. Para esta corrente teórica, os juízes não apenas aplicam o Direito, mas também o criam. Alguns desses autores postulam, inclusive, que o Direito não existe antes da decisão judicial que efetivamente o consagra (FONTES, 2014, p. 23).

Todos esses reflexos de um mesmo raio de luz, reclamam e indicam para uma direção no que tange ao efetivo julgamento de Olga Benário – se a justiça de fato ocorreu e se esta foi efetiva, atendendo aos anseios da paciente. Bem como, até que medida o Supremo Tribunal Federal negou a devida apreciação do bem da vida a uma judia que desejava se afastar das agruras do Terceiro Reich, comandante máximo da Alemanha nazista.

#### 2.4.2 Uma diferenciação inicial entre Direito e Moral em Radbruch

Inegavelmente, Gustav Radbruch pode ser considerado um teórico positivista, mas após ter sofrido inúmeras perseguições durante o nítido período de guerras, converteu-se ao anti-positivismo. Chegou à conclusão de que não adianta haver um hígido sistema positivo e, até segunda ordem, legítimo (ainda que injusto) se o conceito efetivo de justiça não se instituir. Muito se questiona até que ponto se obtêm justiça ou até mesmo o Direito. Afirma-se que estes conceitos devem ser fluídos, de modo a flutuar pelos diversos interesses sociais.

A sociedade, que sempre se encontra em constante evolução, até mesmo pela famosa marcha do processo, questionou-se interna e externamente buscando sempre uma melhor qualidade na prestação do serviço de dar a cada um o que é seu – na medida da sua igualdade ou necessidade. Um dos principais pontos que Radbruch defende diz respeito à necessidade de uma justiça sólida e eficaz. Para que todas as pretensões possam ser devidamente analisadas por um Poder Judiciário com a resposta devida para uma sociedade. Se justiça tardia não é justiça, uma justiça sem a devida concepção de devolver para uma sociedade a

carga necessária para que a se objetive a paz social são um dos maiores anseios de todo e qualquer grupo coletivo.

A partir de uma análise cuidadosa das ideias de Radbruch, observa-se nitidamente a separação entre o Direito e a Moral, muito embora existam inúmeros pontos de convergência e coerência. Ressaltando a possibilidade de um mínimo ético entre as citadas áreas. Deve-se também ser esclarecer que Radbruch, até mesmo se tratando de fidelidade histórica, foi por duas vezes perseguido pela cúpula do Terceiro Reich. Primeiramente, seus ideais foram lançados e, após o término da guerra, reanalisou todas suas ideias anteriormente defendidas, foi nesse contexto e sentido que idealizou a sua aclamada Fórmula de Radbruch.

Para sustentar, até mesmo de modo empírico, Radbruch narra dois exemplos práticos que sustentam suas ideias. O primeiro deles consiste no famoso caso do muro de Berlim, que separava a Alemanha Oriental da Ocidental – uma nitidamente mais evoluída que a outra. Certa vez, devidamente autorizado por uma carga legislativa de que todo aquele nacional que atravessasse os limites do citado muro, os soldados alemães estavam devidamente autorizados a matar toda e qualquer pessoa que lograsse êxito neste intento – em verdadeiro regime de exceção. Após o fim do regime de exceção, os soldados que estavam cumprindo as determinações legais permissivas, em nítida característica de antijuricidade, responderão ou não pelo delito de homicídio? A teoria de Radbruch sempre foi e será atual, no entanto, é muitas vezes empregada fora de contexto por pessoas ou juristas sem o conhecimento necessário da devida historiografia do referencial teórico sustentado nesta análise.

Como resultado de tais fundamentos, chega-se ao raciocínio de um conceito universal de justiça, mesmo por um direito justo, legal, legítimo ou injusto. Ou seja, é perfeitamente preferível que diante de uma lei injusta se esqueça a lei e seja aplicado o Direito, tanto com base no senso comum e nos princípios universais. Radbruch assim ensinava (MATOS, 2016, p. 8).

#### 2.4.2.1 O Direito à luz da teoria de Kant

Para Kant, o Direito se distingue da Moral porque esta última busca uma espécie de prática da lei por si mesma, tendo seu âmago na vontade interna do sujeito, enquanto o Direito se impõe como uma ação exterior, concretizando-se no seu cumprimento, ainda que as razões do sujeito não sejam morais. Apesar de tal distinção, há, no entanto, um núcleo comum ao direito e à moralidade. Para Kant, a forma do Direito é semelhante à forma da moralidade. Assim dirá na *Metafísica dos costumes* (MASCARO, 2014, 327).

Com fundamento nesse raciocínio, Kant sustenta o direito e a razão, que pode ser considerado legítimo em contraponto ao direito positivo. No mesmo sentido Ronaldo Porto Macedo Júnior (2007, p. 444) afirma:

Como divisão da doutrina dos costumes (da moral), o direito se opõe à ética (doutrina da virtude), e não à moral, que é mais ampla que esta. Para Kant, alguns conceitos são comuns às duas partes da metafísica dos costumes, entre eles, os conceitos de Dever e de Obrigação. Há deveres que são diretamente éticos, mas os deveres jurídicos, na medida em que também são deveres e dizem respeito também à legislação interior, são indiretamente éticos. Por exemplo, cumprir em contrato.

De outra sorte, o Jusnaturalismo ou teoria do Direito Natural, defende que o Direito não se restringe somente ao Direito Positivo. Assim sendo, o Direito Positivo existe, mas essencialmente nele pode-se encontrar o Direito Natural, ou seja, o conjunto de leis derivadas pela natureza humana e das coisas. Essa essência superior e natural é que conferia à normatização positiva sua validade, legitimidade e eficácia.

#### 2.4.2.2 Neoconstitucionalismo à luz das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Após a Segunda Guerra mundial, e especialmente afeto ao Direito Constitucional, restou configurada uma grande incidência dos Direitos Humanos, por força da aplicação e efeitos constantes das declarações de direitos internacionais. O neoconstitucionalismo surge como a doutrina que reconhece essa especificidade do Direito Constitucional contemporâneo, bem como confere relevância à interpretação constitucional. Existe certa polêmica quanto à denominação da corrente, notando-se mesmo que dois de seus principais inspiradores – como o americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy, não a utilizam. Geralmente, o neoconstitucionalismo é mencionado em oposição ao positivismo jurídico, o que merece a crítica de Luigi Ferrajoli, segundo o qual o constitucionalismo não é mencionado em oposição ao positivismo, mas sim da filosofia política. Já se afirmou, contudo, que essa corrente partiu de um modelo normativo, representado pelo constitucionalismo, e transformou-se em uma teoria do Direito. (FONTES, 2014, p. 119). Portanto, o neoconstitucionalismo insiste em uma nova perspectiva normativa, ou seja, o que é e como deve ser o Direito, a partir da devida interseção entre o Direito e Moral e dentro destes limites, até onde o juiz pode decidir com base nesses critérios.

No que tange ao referencial teórico usado neste trabalho de conclusão de curso, tem-se que Dworkin, em sua essência, usa das mesmas ideias do autor germânico Radbruch para

tentar sustentar o novo entendimento – mas que não passa de uma nova faceta do que já fora criado na década de 1950. A abstração dos conceitos e princípios face a força normativa, destacam para a importância que os juízes têm quando da valoração moral e do direito posto com a finalidade de efetivar tutelas – apenas isso, efetivar tutelas e os direitos que lhe são colocados para julgamento. Nesse mesmo sentido e de modo a esclarecer, especialmente quanto ao neoconstitucionalismo nos dias atuais, o Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, assim esclarece sobre o tema:

Como consequência, a partir da segunda metade do século XX, o direito deixou de caber integralmente no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade (BARROSO, 2010, p. 248).

Ronald Dworkin é um dos mais importantes filósofos no campo do Direito no contexto do século XX e XXI. Entre suas ideias se encontram as discussões em torno do Positivismo Jurídico e o pragmatismo desta ciência, com mais especificidade à filosofia moral do utilitarismo. Para este autor, o campo do Direito e da Moral não se distinguem de modo claro. É o responsável por desenvolver a teoria do Direito como Integridade (*law as integrity*), sustentando que os princípios políticos e morais (ressaltando, neste ponto, que o autor trata da moralidade política e não da essencialmente individual) integram efetivamente o conceito de Direito. Portanto, na função jurisdicional de dizer o direito, o juiz seria vinculado a conceitos morais na busca dos princípios capazes de resolver o caso da melhor maneira. Nessa análise e busca, o magistrado não está livre para considerar apenas as consequências de sua decisão, como no pragmatismo, voltado, pois, para o futuro. Tampouco encontra-se preso ao convencionalismo, ao qual Dworkin associa o positivismo jurídico, e que busca no passado a resposta para o caso, isto é, nas decisões anteriormente adotadas pelas instituições públicas (DWORKIN, 2007, p. 429).

Portanto, Dworkin nega ao juiz o poder estatal para qualquer discricionariedade. Por outro lado, para Radbruch, tem-se que a cognição de justiça e injustiça tem-se pela inexistência legal. Não há que se falar em discricionariedade, mas sim de imperativo cogente. Para tanto, necessário transcrever o que o próprio Dworkin (2007, p. 429) destacou:

Alguns leitores não se deixarão convencer. É certamente impossível que num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada. Mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja

cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendemos ser nessas questões. Isso explicaria nossa dificuldade de formular coerentemente o argumento teórico. O mito de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido. Sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito.

Por outro lado, Robert Alexy sustenta a tese da conexão essencialmente conceitual entre o Direito e a Moral, acatando a fórmula de Radbruch em sua integralidade. Do mesmo raciocínio, o Direito acaba levando sua teoria dos princípios de modo semelhante à de Dworkin. Mas Alexy, ao contrário do que preconiza Dworkin, entende que o mecanismo de ponderação de interesses pode servir para afastar soluções errôneas e impossíveis, mas não reconhece efetivamente a existência de uma única resposta correta como o melhor resultado jurídico para o caso concreto. O pensamento de Alexy pode ser dividido em três partes, todas de certa forma conectadas entre si, suas considerações mais gerais sobre o conceito de Direito, tópico que já foi abordado anteriormente. Ademais, sua teoria da argumentação jurídica, que pretende estabelecer bases racionais para a argumentação e fundamentação da decisão judicial, conferindo-lhe legitimidade. Bem como, sua teoria dos direitos fundamentais, na qual aprofunda a distinção entre princípios e regras e as técnicas de sopesamento e ponderação (FONTES, 2014, p. 125).

As ideias abordadas pelos filósofos Dworkin e Alexy, foram utilizados neste trabalho, tão somente para destacar o referencial teórico de Radbruch. Para os três autores, como informados acima, o conceito de moral é variável, quanto à essência da ideia, portanto, verifica-se que o referencial teórico ao separar essencialmente o Direito da Moral, encontra-se apto a justificar o caso Olga Benário ora em análise.



### 3 O DIREITO COMO UTILIDADE AO POVO

#### 3.1 Considerações sobre o Habeas Corpus em 1936

Inicialmente, tem-se que o *habeas corpus* constitui uma ação dúplice. Um *writ* (mandamento) constitucional, mas sem olvidar também que constitui uma pretensão criminal contra a ilegalidade ou abuso de poder afeta ao direito de ir e vir. Enquanto remédio constitucional, é destinado à tutela do *ius maniendi, eundi, ambulandi, veniendi, ultro citroque* e é, em sua essência, uma genuína ação penal (MOSSIN, 2005, p. 90). Posteriormente, tem-se que o direito, pretensão, ação e remédio jurídico constitucional, tornou-se como conhecemos o *habeas corpus* (MIRANDA, 1962, p. 165).

O instituto do *habeas corpus* foi instituído pelo Decreto Lei de 23 de maio de 1821, o qual determinou, a partir daquela data, a disposição segundo a qual nenhuma pessoa poderia ser presa sem ordem judicial, fundamentada a culpa do acusado, salvo em hipóteses de flagrante delito. Por sua vez, o Código Criminal do Império e o Código de Processo Criminal de 1832 fizeram menção ao instituto do *habeas corpus*. De modo a legalizar o uso do instituto, a Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, previu a hipótese de uso do *habeas corpus* por pessoa estrangeira.

Art. 18 – Os Juízes de Direito poderão expedir ordem de *habeas-corpus* a favor dos que estiverem ilegalmente presos, ainda quando o fossem por determinação do Chefe de Polícia ou de qualquer outra autoridade administrativa, em sem exclusão dos detidos a título de recrutamento, não estando ainda alistados como praças no exercito ou armada.

§ 1º - Tem lugar o pedido e concessão da ordem de *habeas corpus* ainda quando o impetrante não tenha chegado a soffrer o constrangimento corporal, mas se veja dele ameaçado.

§ 2º Não se poderá reconhecer constrangimento ilegal na prisão determinada por despacho de pronuncia ou sentença da autoridade competente, qualquer que seja a arguição contra *taes actos*, que só pelos meios ordinários podem ser nulificados.

§ 7º A plena concessão do *habeas-corpus* não põe termo ao processo nem obsta a qualquer procedimento judicial que possa ter lugar em Juízo competente.

§ 8º Não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas-corpus*, nos casos em que esta tem lugar (BRASIL, 1871).

A primeira Carta Constitucional de 1891 vislumbrou a possibilidade de tutela de direitos personalíssimos, não somente afetos a direitos da liberdade de locomoção. A Constituição que antecedeu à famigerada Carta Polaca, de 1937 a de 1934, determinou o

espectro de tutela do instituto do remédio constitucional, pois restou previsto e instituído um novo instituto: o Mandado de Segurança.

E por fim, a citada Carta de 1937, afeta ao Estado Novo, restringiu o uso do remédio constitucional. Esta Constituição, é duramente criticada por instituir um Estado Brasileiro Autocrático, consequência de um sistema totalitarista. Sem nenhum respeito ou garantia aos direitos individuais, esta é uma das suas principais características, conforme esclarece Pontes de Miranda (1938, p. 9):

A Constituição de 1937 (...) é bem filha da Constituição de 1934, da qual recebeu não poucos preceitos, posto que mostre o propósito de dizê-lo por outras palavras. Daí a necessidade de nos referirmos, quando a Constituição de 1934 foi a sua fonte, à elaboração dos artigos. Isso não quer dizer grande importância aos trabalhos parlamentares. Como elemento de interpretação é ínfima. A lei é o que ela diz, e não o que a respeito dela foi dito, menos ainda o que se pensou e disse que significaria. Entende-se instituído no país um regime antidemocrático pouco ortodoxo que não demonstra explicitamente seu caráter totalitário e não é de todo agressivo à sociedade.

O *habeas corpus*, por definição, possui a conotação popular (“exiba-se o corpo, toma-te o corpo”) uma maneira calma e tranquila para que seja mostrada a toda e qualquer autoridade pública, ou que detenha poder estatal, a pretensão de valoração de ilegalidade de uma prisão –seja esta de natureza Criminal, Administrativa ou Civil. Nesse sentido, conforme a Constituição Federal de 1988, o instituto encontra-se tutelado dentro do título dos direitos e garantias fundamentais. Pela Carta Constitucional, conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, conforme determina o art. 5º, LXVIII da CF/88.

Afirma-se que, tecnicamente, não se trata de apenas uma ação garantida pelo sistema positivo de um determinado país. A doutrina define o *habeas corpus* como sendo uma ação constitucional de impugnação, vez que objetiva desconstituir uma pretensão de ilegalidade ou abuso de poder. Não se trata de um mero recurso, mas sim de uma Ação Constitucional autônoma de impugnação – entende-se que o termo “recurso” pressupõe a ideia de um processo, no entanto, o instituto do *habeas corpus* possui existência autônoma, não dependendo a sua viabilidade de outra pretensão jurídica.

Durante toda a sua existência como instituto jurídico, o *habeas corpus* foi instituído quando da Constituição da República, a primeira a restar vigente no Brasil, segundo a qual: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de

sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”. Assim, conforme depreende-se da ordem positiva referida, o entendimento que prevalecia era o de que o *habeas corpus* era um verdadeiro “remédio heroico”, podendo inclusive ser utilizado para tutelar outros direitos e situações jurídicas de matéria Civil, Constitucional, entre outras – desde que fossem estas hipóteses gravadas com a característica da liquidez. Assim, em face da inexistência de tutela específica para resguardar direitos diversos, a exemplo da liberdade de ir e vir, chegou-se a cogitar o uso do *habeas corpus* para proteger direitos mais próximos ao objeto do Mandado Segurança, cuja positivação específica ainda não havia à época.

Tendo por base o raciocínio acima delineado, o professor Ruy Barbosa, conhecido pela alcunha de Águia de Haia, instituiu a famosa doutrina brasileira do *habeas corpus*. Pensamento este que possibilitava o uso deste instrumento não apenas para abarcar as hipóteses de prisão e hipóteses semelhantes. No entanto, haja vista a existência deste hiato legislativo em nosso direito positivo (vazio este que veio a ser ocupado posteriormente pelo instituto do Mandado de Segurança), diz-se que o referido raciocínio possibilitou ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de concessão da ordem de *habeas corpus* visando à reintegração de funcionários públicos, também com a finalidade de determinar a publicação de discursos pela imprensa brasileira – âmbito em que, tecnicamente, essa pretensão é nítida hipótese de violação a direito líquido e certo.

A partir das ulteriores Cartas Constitucionais é que o instituto do *habeas corpus*, como é concebido nos dias de hoje, restou delineado em todas as suas características e efeitos. Em ato posterior, ainda na década de 1930, outro meio jurídico foi positivado, passando a resguardar outros direitos que até então eram salvaguardados pelo “remédio heroico”.

### **3.2. Habeas Corpus nos Dias Atuais**

Atualmente, no cenário de vigência da Constituição Federal de 1988, o *habeas corpus* está disposto no inciso LXVIII do artigo 5º, segundo a referida norma jurídica: “conceder-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Ainda nesse sentido, o atual Código de Processo Penal, no mesmo sentido, dispõe no artigo 647: “Dar-se-á Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”.

Destaca-se que o malferimento à liberdade de ir e vir sempre será analisada e constatada de maneira extensiva. Nesse sentido, é que o Código de Processo Penal em seu art. 648 destaca que a coação considerar-se-á ilegal quando não houver justa causa. Este conceito, doutrinariamente, pode ser subdividido quanto à ordem proferida que resultou coação contra alguém e quanto à existência de um processo ou investigação contra alguém. O conceito de justa causa é, por sua essência, extremamente fluido e sem estabilidade – de modo que bens jurídicos acabam por ser valorados pelo Poder Judiciário sem entraves. Portanto, deve vigorar tanto para a Ação Penal, quanto para as demais Ações de natura investigatória policial ou preliminar, devendo-se extrair a natureza essencial para conceber a pertinência do instituto do *habeas corpus*, seja para manter a existência da ilegalidade afeta ao direito de ir e vir de toda e qualquer pessoa, ou mesmo para suspender Ações Penais em andamento ou investigações policiais.

Visa da mesma sorte o instituto “heroico” para tutelar a prisão daqueles que encontram-se presos, detidos ou custodiados por prazo superior ao permitido pela legislação vigente – nessa hipótese singular, inexistente o conceito positivo para a justa causa da ação penal. Com efeito, tem-se que para quanto ao instituto do *habeas corpus*, hodiernamente, deve operar o combate a toda e qualquer coação apontada por autoridades públicas, ou mesmo particulares. Ainda, a ausência de competência referente a procedimentos judiciais, cognições positivas ou negativas relativas as pretensões analisadas pelo Poder Judiciário. Bem como, para avaliar o excesso ou a ausência do instituto da fiança, garantia para a soltura de jurisdicionados quanto a este fim.

Da mesma sorte cabe a impetração de *habeas corpus* em face de processos judiciais nitidamente nulos, seja por ausência de competência para tanto, ou mesmo para reconhecer a extinção da punibilidade não declarada em primeiro grau de jurisdição. Neste ponto, deve ser esclarecido que atualmente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não aceitam a impetração de *habeas corpus* quando opera a natureza de substituto ordinário recursal – salvo quando se tratar de prisão injusta ou ilegal. Nesse sentido se coaduna o ensinamento de Eugênio Pacelli, quando esclarece sobre a nova sistemática processual referente ao *habeas corpus* enquanto substituto de recurso ordinário.

É frequente, por exemplo, o seu manejo como substitutivo de todas as modalidades recursais. Com ele, por certo, se chega mais rapidamente à instância ad quem. Quando houver réu preso estará perfeitamente justificado o cabimento do habeas, afinal seria essa função declarada (tutelar o direito de locomoção). Mas, quando não for esse o caso, pensamos que se deverá proceder a exame meramente deliberativo

(superficial) da impetração, sobretudo quando ela pretender discutir o ajuizamento da ação, isto é, questões de índole exclusivamente processuais – aptidão ou inépcia da denúncia. Nessas situações, o tribunal não deve descer a minúcias no seu exame, sob pena de se inverter a ordem de julgamento dos recursos nos tribunais, antecipando a apreciação da matéria que não tem a mesma relevância de outras, versadas em recursos tradicionais (apelação e recurso em sentido estrito).

O STF era pacífico em permitir o “remédio heroico” como substitutivo de recurso ordinário, antes do ano de 2012, no entanto, houve uma reconsideração no entendimento do Tribunal em resposta a uma tentativa de diminuir as demandas repetitivas no Poder Judiciário. Nesse sentido, o professor Renato Brasileiro de Lima, também se filia à corrente do impedimento do uso do *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário ou próprio, conforme aduz a seguir.

Para além de não contar com previsão legal e não estar abrangido pela garantia constante do art. 5º, LXVIII, da CF, a utilização desse *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário enfraqueceria a própria Constituição, especialmente por tornar desnecessário recurso ordinário constitucional. Em síntese, deve ser prestigiada a função constitucional excepcional do *habeas corpus*. Porém, não se pode desmerecer as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de julgamento e forçosamente deslocar para os tribunais superiores o exame de matérias próprias das instâncias ordinárias, que normalmente não são afetas a eles. Logo, deve ser reconhecida a inadequação do *habeas corpus* sempre que a sua utilização revelar a banalização da garantia constitucional ou a substituição do recurso cabível, com a inegável supressão de instância.

Portanto, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, salvo as hipóteses de manifesta ilegalidade de prisões, são incabíveis o uso de *habeas corpus* como substituto de recurso ordinário constitucional. Ou seja, qualquer tese que não se encontre afeta ao tema da ilegalidade da prisão é absolutamente impertinente para configurar o uso do “remédio heroico”.

Conclui-se que, tanto para a cognição ou extensão do instituto do *habeas corpus* é absolutamente diversa dos dias atuais as disposições que vigoravam nos anos de 1930, ou seja, na época em que viveu Olga Benário. Para este último tempo, destacando que se tratava de um período de exceção, a utilização do *habeas corpus* era extremamente restrita – inclusive, às vezes, se confundindo com o objeto do Mandado de Segurança, instituto novo e incipiente à época.

## **4. O DIREITO QUER DIZER O MESMO QUE O DESEJO DE JUSTIÇA?**

### **4.1 Os Poderes de Vargas**

A partir de 1930, o Brasil passou por um sério e grave período de restrição a diversos direitos, especialmente relacionados à garantia de direitos fundamentais, os quais tocam a essência do sentimento de pertencimento de uma nação e, uma vez ausentes esses direitos, ocorre o prejuízo a diversos pressupostos humanos universais, dentre os quais a garantia da dignidade da pessoa humana. No contexto mencionado, todo e qualquer cidadão que pretendesse discutir suas pretensões junto ao Poder Judiciário, enfrentaria inúmeras dificuldades que seriam consideradas inaceitáveis no contexto atual. Para demonstrar a gravidade da situação mencionada, faz-se uso do esclarecimento formulado por Heintze (2014, p. 4), segundo o qual: “até a Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos eram assunto interno dos Estados. Os direitos dos indivíduos eram internacionalmente relevantes somente quando um país desejava proteger seu cidadão em outro país”.

Getúlio Vargas praticou diversos atos com a finalidade de cercear liberdades públicas, bem como direitos individuais, coletivos e gerais. Dentre tais atos unilaterais, destaca-se a dissolução do Poder Legislativo, a suspensão por três anos dos direitos políticos, a redução do número de ministros do Supremo Tribunal Federal para onze (inclusive, a adoção da medida referente à aposentadoria forçada a seis ministros do Supremo Tribunal Federal), bem como a modificação da competência e da ordem dos trabalhos no citado tribunal. Destaca-se que todos estes atos foram praticados por meio de Decretos.

Nos dias atuais, os Decretos exarados pelo Poder Executivo constituem uma complementação, regulamentação a mais, no âmbito constitucional, do que determina a lei (ato típico do Poder Legislativo). Na década de 1930, o Decreto do chefe do Poder Executivo Federal era a decisão máxima que poderia ser tomada. Assim, tudo podia ser feito se com base em manifestação de vontade do então Presidente da República Getúlio Vargas. Pela ementa do que determinou o Decreto nº 22.194, de 9 de dezembro de 1932, foram suspensos por três anos os direitos políticos de todos os brasileiros, medida absolutamente inconstitucional que hoje restaria desamparada.

Art. 1º - Ficam suspensos por três anos os direitos políticos dos que se acharem incluídos em qualquer dos dispositivos enumerados nos parágrafos seguintes:

a) de todos os membros do Governo da União, depostos pela revolução de outubro de 1930, do vice-presidente do Senado e dos presidentes e vice-presidentes da Câmara;

b) de todos os membros dos Governos dos Estados, que, solidários com aquele, lhe prestaram auxílio material ou político para combater o referido movimento, pelo qual se manifestava de modo inequívoco a vontade da Nação;

c) de todos os ex-deputados e ex-senadores, que assinaram pareceres anulando os diplomas dos deputados e do senador legitimamente reeleitos pelo Estado da Paraíba, na eleição federal de 1930;

d) de todos os ex-deputados que assinaram o parecer depurando os quatorze deputados legitimamente eleitos pelo Estado de Minas Gerais, na mencionada eleição federal.

Pela ementa do Decreto nº 19.656, de fevereiro de 1931, Getúlio Vargas reduziu de quinze para onze o número de Ministros do Supremo Tribunal Federal. Sobre este tema, a máxima Corte de Constitucionalidade do País, assim esclarece:

A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que instituiu o controle da constitucionalidade das leis, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59. O Supremo Tribunal Federal era composto por quinze Juízes, nomeados pelo Presidente da República com posterior aprovação do Senado. A instalação ocorreu em 28 de fevereiro de 1891, conforme estabelecido no Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês. Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório decidiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de Ministros para onze. A Constituição de 1934 mudou a denominação do órgão para “Corte Suprema” e manteve o número de onze Ministros, dele tratando nos artigos 73 a 77.

Em regimes de exceção, tal qual o configurado pelo governo de Getúlio Vargas, apesar de haver um direito positivo instituído, face à ausência dos direitos e garantias fundamentais, nada poderia ser assegurado aos jurisdicionados brasileiros. Foi por este motivo que foi usado como referencial teórico Radbruch, pois diante dos efeitos de uma legislação injusta prevalece o entendimento de que a lei não existe. Dessa forma, os poderes do Presidente da República à época, eram gravados de grande unilateralidade e pontos de autoritarismo, conforme representado pelo Decreto Presidencial nº 702, de 1936, que suspendeu por necessidade de segurança nacional a possibilidade de impetração de *habeas corpus*. Analisando a mesma, verifica-se o então Presidente Getúlio Vargas em posição verdadeira de um governante que adotava um sistema quase absolutista – líder único, máximo e sem parâmetros.

Isto para dizer que nem sempre o contexto de constitucionalidade significará a garantia de justiça, igualdade ou até mesmo legitimidade. No contexto apresentado tudo era possível, diante da inexistência de parâmetros legais e pelo cenário de unilateralidade e totalitarismo, pode-se afirmar que inexistiam limites para o governo liderado por Getúlio Vargas. Por exemplo, em novembro de 1930, o Supremo Tribunal Federal negou por onze votos a dois o pedido de *habeas corpus* do ex-presidente Washington Luís que encontrava-se detido no Forte de Copacabana, com base em uma fundamentação judicial inacreditável, conforme se extrai dos estudos formulados por Silva (1972, p. 58/59, 147/148).

É incontestável que se encontra a nação em um período de anormalidade, durante a qual não é possível deixar de reconhecer que, se a Constituição subsiste, debaixo de certos pontos de vista, como quanto às relações de ordem privada, estão suspensas, sem dúvidas, as garantias constitucionais, sob o critério político do Chefe de Governo.

Atualmente, a República Federativa do Brasil adota um regime democrático por excelência, diferentemente do contexto apresentado pelo regime de exceção mencionado. Nos dias atuais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que tange à viabilidade jurídica do instituto do *habeas corpus*, inclina-se no sentido de reconhecer a existência da violação mesmo que de forma direta ao direito de liberdade de locomoção de todo e qualquer cidadão. Essa violação, entende-se tanto de maneira direta ou indireta, no entanto, sempre para que se busque o objetivo de tutela da pretensão daqueles que sofrem injustamente o cerceamento de seus direitos fundamentais.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não aceita *habeas corpus* para questionar, tão somente, pena de multa, para tanto, deve existir cerceamento da liberdade do paciente e desde que esta, de forma lógica, ainda não tenha sido devida e integralmente cumprida. Atualmente, após inúmeros anos de Democracia e estabilidade institucional, afirma-se que a República está em constante evolução e crescimento, perante lutas sociais e política de diversas pessoas, que não imaginariam que entrariam para a história do país com tal peso simbólico. É esse fato que a termo causa espanto e torna tudo mais interessante – a singeleza e simplicidade. Lutar pelas dificuldades, em situações inóspitas, que foi exatamente o que Olga Benário fez, torna sua lida ainda mais admirável e sedutora. Pois se assim não o fosse, história não seria.

Ressalta-se o enfrentado pelo advogado responsável pelo caso, impetrante Heitor Lima, que abraçou completamente a causa de Olga Benário, ainda que o intento de evitar a arbitrariedade da expulsão de Olga Benário não tenha obtido sucesso – em muitos casos o



sucesso não será a receita para que as gerações vindouras consigam, de modo eficiente, ensinar os seus novos membros acerca da necessidade de não repetir atrocidades cometidas, seja por nítida inconveniência ou não ser socialmente aceito.

#### 4.2 Por uma Nova Concepção de Justiça

Figura 1 – Charge.



“Charge criticando Getúlio Vargas.” Fonte: Marco Antônio Villa (2011).

A charge em questão reflete basicamente uma das principais características que assolavam o País: a instabilidade jurídica pós década de 1920, período em que o Brasil passou por várias rebeliões e conflitos sociais. Nesse sentido, em 1922, o cenário de conflitos foi o Rio de Janeiro. Em 1924, ocorreram revoltas no Rio Grande do Sul e em São Paulo – na capital paulista, os “revolucionários” permaneceram em atividade por uma quinzena. A sucessão política presidencial de Washington Luís, em 1930, aumentou ainda mais os referidos conflitos. A chapa eleitoral registrada, liderada por Luís Carlos Prestes, enfrentou Getúlio Vargas – o candidato da oposição. Ocorre que a vitória foi do Governo, fato que enfrentou diversas acusações de fraude, acarretando grandes desafios ao clima político já delicado. Vale ressaltar as graves sequelas ocorridas após a grande depressão econômica, ou crise de 1929 – nesse contexto, depois de vários embates, da prisão e do exílio de Washington Luís, no mês seguinte Getúlio Vargas assumiu a Presidência da República.

O mundo assolado por uma grave crise financeira, conflitos sociais e diversos grupos então intitulados de “revolucionários”, ameaçavam os interesses nacionais. A Rua da Constituição se situa no centro do Rio de Janeiro, tendo por referência a mesma, ressalta-se a

sinuosidade da trajetória política de Getúlio Vargas em função da legalidade dos seus atos unilaterais que violaram efetivamente inúmeras garantias constitucionais.

A tirania e a unilateralidade dos atos presidenciais, especialmente à época do governo Vargas, era demasiadamente sem critérios e causava tormentosos prejuízos. O país necessitava de mudanças, sejam essas de ordem política ou institucional. Fato este devido a que nem sempre o contexto de constitucionalidade significa justiça, igualdade e até mesmo legitimidade – tudo era permitido àquela que detinha o aparato do poder político.

Os acontecimentos do mês de outubro de 1930 foram cruciais para determinar os desdobramentos do presente estudo de caso realizado. Isto pois, no dia três de outubro de 1930, Getúlio Vargas, então Governador do Estado do Rio Grande do Sul, iniciara um movimento de levante social que objetivava atacar quartéis militares e diversas instituições políticas anteriormente concebidas nacionalmente, sempre de modo estratégico para se tomar o poder por um grande golpe. Conforme aduz Lopes (2000, p. 381): “A revolução de 1930 abre frente de inimizades eternas: a oligarquia queria Washington Luís, que não queria Getúlio, que queria os tenentes, que não queriam o marxismo, que queria Prestes, que não queria Getúlio, que queria o Poder.

A Constituição de 1934, que fora promulgada em 16 de julho pelo Poder Constituinte Originário instituído em 1935, teve como o maior destaque a Constituição Alemã de 1919. Sendo certo que a década de 1930 teve como uma das maiores características a instabilidade política. Nesse sentido, afirma Lopes (2000, p. 382):

Os anos 30 são de transformação profunda. É tempo do grande conflito entre socialismo, liberalismo e corporativismo. Os movimentos operários se ampliavam em toda parte. Na Europa o fim da Primeira Guerra Mundial foi marcado pelas revoluções na Rússia e na Alemanha em particular. [...] Em 1919 a Alemanha, para pôr fim ao processo revolucionário, adota a Constituição de Weimar.

Diversas revoluções ocorriam no Brasil, além da Intentona Comunista, que foi liderada por Luís Carlos Prestes, pode ser destacada ocorrência nas seguintes capitais na República Federativa dos Estados Unidos do Brasil: Natal (RN); Recife (PE) e Rio de Janeiro (RJ). No entanto, a referida não obteve êxito por nítida falta de adesão da população nas outras localidades do país. Novamente, Lopes (2000, p. 382) esclarece:

Com um rol de direitos fundamentais que muito lembra o apresentado no artigo 5º de nossa atual Constituição Federal, o texto constitucional trintista teve efetividade controversa: as garantias individuais ali dispostas não foram suficientes para acalmar as tensões políticas, bem como os

direitos sociais previstos à ordem socioeconômica, igualmente, não se prestaram a acabar com as reivindicações da classe operária. Muitas greves no Distrito Federal (então, Rio de Janeiro) e em outras capitais estaduais ocorrem durante 1934, culminando, no mês de outubro, em um embate entre socialistas e integralistas, na cidade de São Paulo. De um lado, tinha-se a direita, de Plínio Salgado e da Ação Integralista Brasileira, de outro, a esquerda, de Luiz Carlos Prestes e da Aliança Nacional Libertadora. Tais pensamentos políticos antagônicos foram determinantes tanto para a formação de um cenário político caótico quanto para fragilizar a democracia constitucional recém-instituída. O governo (de filiação militar) e seu governante, Getúlio Vargas, estrategicamente valeram-se dos fundamentos constitucionais de garantia à segurança nacional, consagrados na Carta de 1934, pressionando o Poder Legislativo à adoção de medidas legais autoritárias e repressivas.

## 5 O CASO OLGA BENÁRIO

### 5.1 Sobre Olga Benário

William Waack (1993, p. 230) quanto à pessoa de Olga Benário, ressalta sobretudo que:

Olga era uma agente do serviço de espionagem do Exército Vermelho. Os soviéticos, sempre foram, desde o começo, obcecados com a ideia de juntar informação confidencial. Eu acho que Olga foi mandada ao Brasil com duas funções. Uma de recolher informações de caráter geral que servissem aos interesses do Exército Vermelho; a outra, realmente, a Olga tinha uma função, não há provas documentais disso, mas o tipo de trabalho que foram efetuados por outros que estiveram nos mesmos departamentos que ela, mostram que uma das funções seria ter o olho sobre Prestes.

A judia acima mencionada foi descrita, incluindo sua gravidez, pelo advogado Heitor Lima, nos autos do *habeas corpus* anexo a este trabalho, quando da sua impetração:

Em amparo da paciente vem ainda a Carta Magna. A gestante é ahi objeto de extrema solicitude. Nos termos do art. 141, é obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributarias. A expulsão neste período delicado para a vida da gestante e do feto, a deslocação, sem destino certo, de uma mulher em tal situação, reduzida ao extremo grau da pobreza, equivaleria ao mais eficaz concurso para matá-la. O decreto de expulsão contra Maria Prestes será a sentença de morte proferida ao mesmo tempo contra as mães, como até, muito ao contrário, a Lei Primaria, assimilando as máximas conquistas da civilização, coloca sob a tutela do Estado a maternidade. Como conciliar o texto constitucional, que torna obrigatório o amparo à maternidade, com o decreto de expulsão, que equivaleria agora ao sacrificio da maternidade? Sobre rodas deve primar a lei que traduz um princípio de humanidade.

Encarcerada e sem recursos, grávida e com vinte e oito anos de idade, assim restou caracterizada a paciente por seu representante perante a Corte Suprema. A jovem alemã de origem rica, que ainda adolescente abandonou sua casa para aderir à militância comunista, anos mais tarde migrou para os ideais de esquerda. A toda evidência, Olga Benário foi enviada para vigiar e assegurar o sucesso da Revolução que, ainda incipiente, crescia de modo exponencial no Brasil. Por todo o tempo que a mesma permaneceu em solo brasileiro, consideram-se exatos dezessete meses.

A historiografia jurídica deste tema atua principalmente em destaque ao fato de que o contexto da década de 1930, em sua perspectiva legal, foi de intensa violação aos direitos e

garantias fundamentais, no entanto, mais do que isso, o período histórico narrado foi total inexistência quanto à garantia da segurança jurídica. Nesse sentido, acerca das arbitrariedades praticadas pelo chefe máximo do Poder Executivo, em nítida postura de unilateralismo, nota-se o enrijecimento de todo o ordenamento jurídico, com a finalidade de restringir direitos, que não existiam, e não aplicar garantias jurídicas aos brasileiros.

Nesse sentido, Raymundo Faoro (1987), destacou que se expressa, quase sempre como ideologia, filosofia, ou mesmo ciência política. Nesse sentido, foi empreendida uma análise jurídica sobre essa. Para tanto, pontuamos, preliminarmente, a conflituosa relação entre integralismo e socialismo, a partir do brevíssimo estudo das correntes ideológicas em questão e, subsequentemente, examinando de forma sintética o raciocínio jurídico posto à época.

A paciente, quando da sua época, necessitou que a sua pretensão fosse devidamente analisada por um poder judiciário distante de venalidades, do Poder Político, assim como afastado dos favorecimentos e benefícios. Seu intento era de que o seu direito de ir e vir fosse respeitado, para que a mesma não fosse entregue, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, para ser morta. Sua ordem de *habeas corpus* não foi sequer conhecida – ou seja, não foi apreciado o intento da ação, sua pretensão, argumentação jurídica ou mérito propriamente dito. Aqui, neste ponto específico, é que se discutem as ideias de Dworkin, Alexy e o referencial teórico escolhido para este estudo: Radbruch. Ainda, como é possível depreender em resposta à pergunta formulada na charge (“passa na Rua da Constituição? às vezes”), uma sociedade séria reclama por um judiciário hígido, coeso, para que a cada dia os valores e princípios inerentes, possam ser invocados e a sua finalidade, representada pela paz social, seja respeitada.

## 5.2 Sobre o Processo e os Fundamentos do Habeas Corpus

No contexto histórico ora analisado, existiam normas específicas para a impetração da ação de *habeas corpus*. A situação era regida pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890:

Art. 46. A petição para uma tal ordem deve designar:

- a) o nome da pessoa sofre a violência ou é ameaçada, e o de quem é dela causa ou autor;
- b) o conteúdo da ordem por que foi metido na prisão, ou declaração explícita de que, sendo requerida, lhe foi denegada, e, em caso de ameaça, simplesmente as razões fundadas para temer o protesto de lhe ser infligido o mal;

c) os motivos da persuasão da ilegalidade da prisão ou arbítrio da ameaça.

Uma situação que merece destaque é o fato do relator do *habeas corpus* em análise ter exigido as custas processuais relativas à Ação. No entanto, considerando a singularidade do caso, o próprio impetrante, o advogado Heitor Lima, declarou que era absolutamente impossível que a paciente arcasse com o pagamento das mesmas, uma vez que estava grávida e àquele momento não dispunha de recursos financeiros para tanto. Heitor Lima, representante jurídico de Olga Benário, asseverou que as custas processuais seriam recolhidas às expensas deste – devendo o valor ser pago e recolhido judicialmente. Por sua postura, resistiu a uma decisão judicial ilegal, injusta, inconstitucional, cuja arbitrariedade demonstrasse em nítida contrariedade às ideias de Radbruch. A decisão foi proferida pela Corte máxima de Justiça do Brasil, nos autos da Petição de *habeas corpus* nº 26.155:

Se a justiça masculina, nem quando exercida por uma consciência do mais fino quilate, como o insigne presidente da Corte Suprema, tolhe a defesa a uma encarcerada sem recursos, não há de a história da civilização brasileira recolher em seus anais judiciários o registro deste nodo: a condenação de uma mulher, sem que a seu favor se elevasse a voz de um homem no Palácio da Lei. O impetrante satisfará as despesas do processo.

Por isso, apesar do nítido abuso, este recolhimento de custas entrou para a história, pois, ao recolher as custas de algo nitidamente ilegal ou inconstitucional, apesar dos abusos praticados pelo relator, a ação constitucional de *habeas corpus* foi processada. Fato óbvio, é que não se tratava de pugnar pelo recolhimento das custas, pois em se tratando de uma pretensão que visa coibir o suposto abuso de autoridade, que impede o direito de ir e vir do cidadão que teve seus direitos malferidos. Pelas informações e fatos existentes no processo Olga Benário, em anexo a este trabalho, e como muito bem destacado pelo advogado Heitor Lima, nunca fora imputado a paciente em momento algum qualquer tipo de crime. Da mesma forma, nem mesmo o inquérito policial foi instaurado tanto por parte da autoridade policial, quanto pelo ministro da Justiça ou pelo presidente da República à época – este último, tudo podia fazer sem nenhum limite de freios e contrapesos, logo, poderia muito bem determinar a abertura do inquérito policial contra Olga Benário.

Efetivamente, pelos fatos que sucederam a sua prisão, Olga Benário, com o devido consentimento do Governo Vargas, pôde pela primeira vez comunicar-se com seu marido Luís Carlos Prestes por meio de uma missiva – por meio desta lhe informou sobre sua gestação. Em ato posterior, foi indicado o advogado Heitor Lima para defender seus direitos

em um sistema quase que indefensável. Heitor Lima assim declarara que, quaisquer que fossem os riscos da tarefa, ele os enfrentaria, dedicando-se a ela enquanto encontrasse na lei recursos para o desempenho de sua missão (MORAIS, 1986, p. 197).

Em sua exordial, o advogado impetrou ordem de *habeas corpus* em favor de Olga Benário, presa judia que Hitler pretendia utilizar medida exemplar de seu poder absolutista. Olga Benário, efetivamente, parceira de luta e companheira de Luís Carlos Prestes, encontrava-se presa, custodiada à disposição do Ministro da Justiça Vicente Ráo, para ser expulsa do território nacional brasileiro.

Para tanto, o pedido foi dirigido à Corte Suprema dos Estados Unidos do Brasil. Em sua exposição fática, foi narrado que Olga Benário havia sido recolhida por meses e encontrava-se presa em uma Casa de Detenção, onde gozava de absoluta incomunicabilidade, sob a acusação de participação direta na Intentona Comunista de 1935. Destacando que a esta paciente havia sido imputada a qualidade de mentora intelectual do referido levante e a prática de atos contra a ordem política e social. O pedido de Heitor Lima baseou-se na ideia de que a União poderia expulsar estrangeiros que afrontassem a ordem pública ou os interesses do país, todavia a expulsão de uma criminosa caracterizaria uma burla à legislação brasileira e, por consequência, seria caso de nítida impunidade, ao argumento de que dentro das fronteiras brasileiras não era lícito, a nenhum jurisdicionado, fugir da soberania brasileira.

Sobre o tema, o impetrante acima mencionado, assim fundamentou a exordial, especialmente quanto ao filho que Olga Benário carregava em seu ventre. Essa circunstância fática, qual seja, o fato da presa estar gestante, deveria ter sido levado em consideração, pois representa uma situação delicada. Pretendia-se, por esta singularidade, manter a paciente em solo nacional e impedir a sua expulsão do território brasileiro, encaminhada para ser executada pela Alemanha nazista. Em cópia integral do processo anexo a este trabalho:

Há um ente gerado no Brasil, e que seria atingido iniquamente pelo decreto de expulsão. Apesar de não ter ainda vindo à luz, nem assim essa vida em embrião escapa aos cuidados e à proteção da lei. O nosso direito é nas suas linhas gerais o romano, e Roma, sempre que se tratava de interesses do nascituro, considerava-o como se já houvesse nascido. A criança simplesmente concebida adquiria todos os direitos que lhe tocariam se tivesse visto o dia no momento em que esses direitos lhe coubessem por sorte.

Sendo a expulsão um instituto de defesa do Estado brasileiro contra estrangeiro e não contra delinquentes, que Olga Benário havia sido presa por este adjetivo “delinquente”, não

lhe caberia ser expulsa do território nacional. O causídico assim expôs em sua petição de *habeas corpus* n° 26.155 (1936, p. 10):

A paciente impetra *habeas corpus*, não para ser posta em liberdade; não para neutralizar o constrangimento de qualquer processo; não para fugir ao julgamento dos seus atos pelo judiciário: mas, ao contrário, impetra *habeas-corpus* para não ser posta em liberdade; para continuar sujeita ao constrangimento do processo que contra ela se prepara aos tribunais brasileiros. Em suma: o *habeas-corpus* é impetrado afim de que a paciente não seja expulsa.

Getúlio Vargas, então Presidente da República; Eurico Bellens Porto, delegado auxiliar, responsável por conter a Intentona Comunista de 1935; Filinto Muller, Capitão Chefe de Polícia do Distrito Federal. São estes nomes que devem ser responsabilizados pela custódia e manutenção da prisão ilegal de Olga Benário em solo brasileiro. Assim como, figurava como Ministro da Justiça e Negócios Interiores do governo Vargas, Vicente Ráo.

O relator da ordem de *habeas corpus* ficou ao encargo do Ministro Bento de Farias que, por sua vez, solicitou informações sobre a paciente. Quanto a estas, somente disseram que Olga Benário era estrangeira e se encontrava à disposição do Ministro da Justiça, por ser considerada pessoa perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do país, nos estritos termos do art. 113, n° 15, da Constituição de 1934. Faz-se mister informar que o Decreto Presidencial n° 702, de 1936, suspendera, por necessidade de segurança nacional, a possibilidade de impetração de *habeas corpus*, em casos específicos, como o de Olga Benário Prestes.

No dia 17 de junho de 1936, a composição da Corte Suprema restou assim espelhada: Edmundo Pereira Lins, Hermenegildo Rodrigues de Barros, Plínio Castro Casado, Manoel da Costa Manso, Octávio Kelly, Ataulpho Nápoles de Paiva, Laudo Ferreira de Camargo, Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão, Eduardo Espínola, João Martins de Carvalho Mourão e o relator, Bento de Faria. Totalizando 11 votos, composição da Corte Suprema.

Pelo resultado do julgamento à época, no Supremo Tribunal Federal, a sentença do julgamento restou assim fixada, pelo *habeas corpus* n° 26.155 (1936):

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas-corpus*, impetrado pelo Dr. Heitor Lima em favor de Maria Prestes, que ora se encontra recolhida à Casa de Detenção, afim de ser expulsa do território nacional, como perigosa à ordem publica e nociva aos interesses dos pais: a Corte suprema indeferindo, não somente a requisição dos autos do respectivo processo administrativo, como também o comparecimento da Paciente e bem assim a perícia medica afim de constatar o seu alegado estado de gravidez, e



Atendendo a que a mesma Paciente é estrangeira e a sua permanência no país compromete a segurança nacional, conforme se depreende das informações prestadas pelo Exmo. Sr. Ministro da Justiça; Atendendo a que, e casos tais não há como invocar a garantia constitucional do habeas-corpus, à vista do disposto no art. 2º do decreto nº 702 de 21 de Março deste ano. ACORDAM, por maioria, não tomar conhecimento do pedido do pedido. Custas pelo impetrante. Corte Suprema, 17 de Junho de 1936. DECISÃO – Como consta da acta a decisão foi a seguinte: Não conheceram do pedido, contra os votos dos Srs. Ministros Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola, que conheciam e indeferiram. (Habeas corpus nº 26.155/1936, fls. 35-36 (acórdão, p. 1-2).

Fernando Morais (1986), escritor que narrou muito bem a situação, disse:

Um fato, entretanto, impedia que ela e seus companheiros de prisão pudessem desfrutar a expectativa da maternidade. A ameaça de expulsão do Brasil era cada vez mais concreta. Nos primeiros dias de maio o delegado Eurico Bellens Porto, encarregado por Filinto Muller de presidir o inquérito policial sobre a revolta, anunciava que seu trabalho chegava ao fim; centenas de pessoas – brasileiros e estrangeiros, civis e militares – haviam sido indiciadas como participantes do levante, mas no que se referia às três mulheres presas na Casa de Detenção, suas conclusões eram ambíguas. Primeiro ele dizia não ter como puni-las no Brasil, pois a nenhuma delas havia sido imputado qualquer crime. “Não encontro elementos bastantes que permitam incluir como indiciadas com atuação definida as estrangeiras Elisa Ewert, Carmen Alfaya de Ghioldi e Maria Bergner Prestes”, lamentava Bellens Porto em ofício dirigido a Filinto Muller. Mas se a lei não previa qualquer punição para as três chefes comunistas. Bellens Porto arranjou uma forma ainda mais dura de penalizar as três: Trata-se evidentemente de elementos indesejáveis, cuja permanência em território nacional não é aconselhada. Por essas razões, data vênia, lembro a V. Excia, a conveniência de contra elas serem instaurados competentes processos de expulsão.

Em anexo integralmente a este trabalho, o processo histórico do *habeas corpus* que julgou a situação de Olga Benário é bem pequeno e de poucas palavras. Tanto quando da instrução processual quanto pelo acórdão lavrado pela corte máxima de justiça. Mas, os fundamentos jurídicos deste são incontestes. Pelo relator, o Ministro Bento de Faria seguido pela maioria dos Ministros, foi exarado entendimento que pugnou pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus* e, por consequência, culminou com a expulsão da paciente Olga Benário do território nacional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas-corpus impetrado pelo Dr. Heitor Lima em favor de Maria Prestes, que ora se encontra recolhida à Casa de Detenção, afim de ser expulsa do território nacional, como perigosa à ordem publica e nociva aos interesses do país: a Corte Suprema, indeferindo não somente a requisição dos autos do respectivo processo

administrativo, como também o comparecimento da Paciente e bem assim a pericia medida afim de constatar o seu alegado estado de gravidez, e atendendo a que a mesma Paciente é estrangeira e a sua permanência no país compromete a segurança nacional, conforme se depreende das informações prestadas e pelo Exmo. Ministro da Justiça; Atendendo a que, em casos tais não há como invocar a garantia constitucional do *habeas corpus*, à vista do disposto no art. 2º do Decreto nº 702, de 21 de Março deste ano: ACORDAM, por maioria, não tomar conhecimento de pedido. Custas pelo impetrante.

Pelos fundamentos expostos na impetração do advogado Heitor Lima à Corte Suprema Brasileira, pugnou brilhantemente por manter Olga Benário em solo brasileiro, e que não fosse expulsa para ser morta em solo alemão:

Se Maria Prestes, mesmo presa, mesmo condenada, ficar no Brasil, e sua influencia maternal (porque a mulher é sempre maternal) sobre o espirito do marido contribuirá provavelmente para que o Brasil volte de novo a contar com a cooperação de um dos seus filhos mais ilustres, matemático, técnico, engenheiro insigne, laureado da Escola Militar. Só uma mulher poderá operar esse milagre, e entre todas as mulheres só uma poderá trazer de novo Luiz Carlos Prestes à comunhão nacional: só Maria Prestes, na tríplice qualidade de mulher, esposa e mãe, poderá modificar a mentalidade daquele que já foi um dia a grande esperança da pátria, tão necessitada hoje da união de seus filhos. Por todos esses motivos, Maia Prestes não deve partir.

### **5.3 Do Cotejo e Análise do Caso Olga Benário Nos Dias Atuais**

O que ocorrera no caso Olga Benário, nunca mais seria repetido na atualidade da democracia brasileira. A paciente se encontrava grávida do brasileiro Luís Carlos Prestes. Pelo Supremo Tribunal Federal, sendo relator o Ministro Lewandowski, nos autos do *habeas corpus* coletivo nº 143.641, concedeu a ordem de ofício para conceder liberdade às presas com filhos que ainda não foram colocadas na prisão domiciliar. Olga Benário, por ostentar a qualidade de gestante, guardadas as devidas distinções, teria sim o direito de ser agraciada com a cognição da ordem deste *habeas corpus*. Mesmo ou com a concessão da liberdade, podendo até ser convertida em prisão domiciliar, nunca a paciente apontada poderia ser expulsa do território nacional como ocorrido. Além do mais e por estar grávida de um brasileiro nato e não há a incidência do princípio da intranscendência ou da pessoalidade da pena, onde por determinação constitucional a pena não passará da pessoa do condenado, na forma do art. 5º, XLV, da constituição federal. Pois de modo indireto, o seu filho que ainda estava por nascer, estaria sofrendo, também, os da pena de expulsão.

Olga Benário foi expulsa do território nacional para ser executada e morta por Hitler. Porém, hoje existe em nosso direito positivo o instituto da extradição, que por sua vez pressupõe a existência da prática de crime pelo extraditado – fato que não ocorreu no caso Olga Benário. O então Presidente da República Getúlio Vargas lhe imputou a alcunha de criminosa, porém, sem que nenhum crime tenha sido praticado pela mesma – portanto, Olga Benário poderia perfeitamente permanecer em solo brasileiro pela tutela do direito internacional público. Pelo atual Código de Processo Penal, arts. 4º ao 23º, a qualquer indício da prática de um crime, seja por portaria ou flagrante delito, é imperioso a abertura de um Inquérito Policial – quando da prisão de Olga Benário, nenhum crime lhe fora imposto e tampouco foi determinada a abertura de qualquer ação de investigação policial. Não poderia a paciente Olga Benário ter sido expulsa do território nacional para ser executada pelo governo nazista. Hoje, pelo que se consta e principalmente pelo fato dos inúmeros imigrantes venezuelanos, seria uma hipótese de aplicação do instituto do asilo político, pela Lei nº 9.474/97, ou até mesmo a condição de refugiada.

À Olga Benário foram impostas a necessidade do recolhimento das devidas custas processuais, mesmo após o advogado ter informado ao relator que a mesma era desprovida de recursos, este recolhera as referidas custas em nome da paciente. Nos dias atuais, a ação de impugnação de *habeas corpus* é desprovida do recolhimento das custas processuais. Ademais, de acordo com o atual regimento do Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em recolhimento de custas, nos processos criminais, salvo os de natureza privada, na forma do artigo 3º, I, do Regimento Interno do STF – isto se dá por uma razão óbvia, ou seja, para que não seja cerceada a defesa, excluindo da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a um direito, para toda e qualquer pretensão de um nacional brasileiro ou estrangeiro residente em solo nacional.

No cenário da nossa atual Democracia, todos os direitos fundamentais constituem-se como Cláusulas Pétreas – conforme art. 5º da Magna Carta. Assim, todo direito fundamental deve ser interpretado de maneira restrita, nunca suprimido ou restringido. Getúlio Vargas, como já mencionado, suspendera o direito ao pleno uso do *habeas corpus*, tanto para brasileiro quanto para estrangeiro. Nunca, em nossa atual República, poderia uma garantia fundamental ser restringida ou suspensa nos moldes ocorridos no caso ora analisado.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Olga Guttmann Benário entrou em território nacional de modo não oficial pelo nome de Maria Vilar e posteriormente tornou-se Maria Prestes. Um ano depois do seu ingresso foi expulsa pela chancela direta da Corte Máxima de justiça brasileira tendo por base nenhuma acusação formal, ou indiciamento oficial, por parte das autoridades constituídas. Tecnicamente, à época inexistia o instituto da extradição, até mesmo porque este somente se aplica diante de regras democraticamente formuladas, o que inexistia na singular hipótese.

Pela sua época, Getúlio Vargas cumprira efetivamente suas leis e, com base e fundamento nestas, entregou uma pessoa para efetivamente ser executada por Hitler, seja pelo cumprimento da lei alemã, seja pelo absolutismo do regime imposto pelo terceiro Reich. Nesse contexto, é que incide o referencial teórico deste estudo face à incidência e aplicação de uma lei nitidamente injusta, não tratar-se de uma lei, mas sim de uma ausência plena de garantias e direitos fundamentais – o que torna o referencial teórico de Radbruch atual, legítimo e adequado, tanto para sua época quanto para a hodierna. Sempre quando o julgado se deparar com uma densidade legislativa nitidamente injusta e que afronte tanto o sistema quanto o Direito em sua integridade e integralidade, a justiça deve imperar.

Portanto, Olga Benário nunca poderia ter sido entregue, com a chancela da corte máxima de justiça nesta República, para ser executada por Hitler. E dessa pecha, o atual STF terá que conviver pelo resto de sua existência, com o fato de que errou, para as atuais e próximas gerações. Efetivamente, o STF praticou um dos maiores erros jurídicos de sua história, um grande equívoco, ao não conhecer a ordem de *habeas corpus* da paciente, violou diversos princípios legais a que Radbruch faz menção em sua ideia. Isto pois, o teórico quando afirma que uma lei injusta, efetivamente, inexistente lei, o mesmo se refere a estas situações.

Na época de Olga Benário existiam leis. Mas estas, em face da situação de exceção que o Brasil vivia, expressavam nítida injustiça, inclusive ao entregá-la às mãos do governo alemão para ser executada – ainda mais estando grávida de um nacional brasileiro. Assim, Heitor Lima pretendia que a mesma não saísse do território nacional. No entanto, o que fez a Corte Suprema do país, não conheceu a ordem de *habeas corpus*. Desta forma, ratifica integralmente o referencial teórico usado nesta tese afeto a Radbruch, de que o juiz, diante de uma lei injusta, deve ceder ao conceito de justiça, mesmo que viole a lei. Por fim, considera-se que o julgamento de Olga Benário foi, para a sua época, em que pese a famosa fórmula do citado filósofo, um grave erro judiciário.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 248.
- BRASIL. **Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890**. Organiza a Justiça Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm)>. Acesso em 10 de maio de 2019.
- BRASIL. Corte Suprema dos Estados Unidos do Brasil. **Habeas-Corpus nº 26.155/1936**, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Rio de Janeiro, de 17 de junho de 1936. Lex: jurisprudência do STF, Rio de Janeiro, p. 1-40, junho de 1936.
- BRASIL. **Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871**. Altera diferentes disposições da legislação judiciária. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM2033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM2033.htm)>. Acesso em 11 de maio de 2019.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2. ed. São Paulo; Martins Fontes, 2007. p. 429-446.
- FAORO, Raymundo. Existe um Pensamento Político Brasileiro?. **Estudos Avançados**. São Paulo, v.1, n.1, pp. 9-58, outubro/dezembro. 1987. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8467> >. Acesso em 12 de maio de 2019.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Método, p. 21.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, A. C. de A; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 2ª Ed. Ver. Atual. São Paulo: RT, 2007.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Kant e a Crítica da Razão e Direito**. Curso de filosofia política. São Paulo: Atlas, 2007, p. 444.
- MATOS, Saulo Monteiro Martinho de. **Revista de Estudos Constitucionais Hermenêuticos e Teoria do Direito**, janeiro-abril 2016, Unisinos.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 4º Ed. São Paulo: Atlas, p. 326.
- MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas Corpus: direito constitucional e processual comparado**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962, p.165.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado das Ações Tomo VI: Ações Mandamentais**. São Paulo: Bookseller, 1999, p. 11.
- MORAIS, Fernando de. **Olga: a vida de Olga Benário Prestes, judia comunista entregue a Hitler pelo governo Vargas**. São Paulo: Alfaomega, 1986, p. 185.

MOUSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas Corpus**: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 7ª ed. São Paulo; Manole, 2005, p. 90.

SILVA, Hélio. **1931: os Tenentes no Poder**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, p. 58/59 e 147/148).

VILLA, Marco Antônio. **A História das Constituições Brasileiras**. São Paulo: Leya, 2011, p. 135.

WAACK, William. **Camaradas nos Arquivos Secretos de Moscou**: a história secreta da revolução brasileira de 1935. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 233.