



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO



Vinicius Vieira Caires

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* nº

82.424-2, RS – D.J. 19/03/2004

Juiz de Fora

2010

Vinicius Vieira Caires

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* nº

82.424-2, RS – D.J. 19/03/2004

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor MÁRIO CESAR DA SILVA ANDRADE.

Juiz de Fora

2010

Vinicius Vieira Caires

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* nº

82.424-2, RS – D.J. 19/03/2004

Monografia de conclusão de curso, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como um dos requisitos à obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor MÁRIO CESAR DA SILVA ANDRADE

Prof. Mário Cesar da Silva Andrade (Orientador)

Prof. Abdalla Daniel Curi

Prof. Orfeu Sérgio Ferreira Filho

Juiz de Fora

2010

“Quem só Direito estuda, não sabe Direito.”

**Holbach, apud Inocêncio Borges da
Rosa: “Dificuldades na Prática do
Direito.”**

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a Deus, por todas as felicidades e tristezas que tive até aqui.

Aos pais, irmãos e familiares incríveis que tenho.

Aos professores integrantes da banca e ao professor Mário pela imensa compreensão e ajuda.

E a todos professores e colegas que auxiliaram na minha formação.

Resumo

A interpretação constitucional é, indubitavelmente, um dos temas mais discutidos pela sociedade científico-jurídica.

Partindo dos tradicionais métodos hermenêuticos avalorativos – gramatical, lógico, sistemático e histórico – procura-se demonstrar a importância de métodos, especificamente, constitucionais e que abarquem aspectos axiológicos.

E, por último, busca-se demonstrar a partir do Habeas Corpus nº 82424-2, RS, julgado pelo STF que o método baseado na força normativa da Constituição é o mais indicado.

Palavras Chaves: Hermenêutica constitucional. Força normativa da Constituição. Colisão entre direitos fundamentais. Habeas Corpus nº 82424-2, RS, STF.

Sumário

Introdução.....	08
1.Marco teórico.....	09
2. Hermenêutica.....	10
3. Hermenêutica jurídica.....	13
4. Hermenêutica constitucional.....	14
5. Princípios da interpretação constitucional.....	18
6. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas...22	
7. Análise do <i>Habeas Corpus</i> nº 82.424-2, RS – D.J.19/03/2004.....	24
Conclusão.....	33
Bibliografia.....	34
Anexo.....	36

Introdução

Desde do advento das ciências humanas tem se debatido o problema de qual seria a melhor forma para interpretarmos um texto.

Primeiramente, a hermenêutica se desenvolveu na Teologia para estudo dos textos sagrados.

Com o aparecimento do Direito, era cabível aos monarcas, por meio do argumento de autoridade, a interpretação da lei.

Certamente, este tema é um dos mais problemáticos da ciência jurídica. Pois, Direito é linguagem e como tal oferece margem para inúmeras conclusões.

Atualmente como salienta, Lenio Luiz Streck, a hermenêutica jurídica, principalmente, no Brasil encontra-se presa aos combalidos paradigmas da filosofia da consciência e da dogmática jurídica liberal-individualista-normativista.¹

A presente monografia tem como objetivo analisar a hermenêutica constitucional tendo como base o Habeas Corpus nº 82.424-2, RS – D.J. 19/03/2004.

Apesar das inúmeras críticas feita a formulação dos métodos constitucionais procuramos partir do pressuposto que a pluralidade de fundamentos para análise das normas constitucionais enriquece a argumentação das decisões. Isto, primordialmente, nos julgamentos dos *hard cases*.

Buscamos enfatizar os métodos de interpretação constitucional que possuem como fundamento a força normativa da Constituição. Por acreditarmos ser este uma fonte essencial na árdua tarefa de se mudar a realidade de desrespeito a pessoa humana em que vivemos.

¹ Não se deve falar em consciência em si, mas em filosofia da linguagem (Wittgenstein e Heidegger). STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

Será feito um breve histórico sobre o desenvolvimento da hermenêutica. Logo, após mostrarmos os métodos e princípios tendo como recenseadores Gomes Canotilho e Böckenförde. Por último, será analisado qual seria o “melhor” método de interpretação constitucional para solucionar o conflito entre direitos fundamentais contido no Habeas Corpus em questão.

1.Marco teórico

Tendo como base as idéias postuladas por Lassale, e posteriormente, por outros teóricos, em 1959, o professor Konrad Hesse apresentou uma nova teoria aos alunos presentes na aula inaugural da Universidade de Freiburg (ALE). Nela Hesse procurou demonstrar que ao contrário do que afirmava Lassale, quando há um conflito entre os fatores reais de poder e a Constituição, não haverá necessariamente de uma derrota desta.

Konrad Hesse concorda com Lassale ao apontar a realidade e os fatores reais de poder como essenciais para a formação de uma Constituição, porém não acredita que esse seja o único fator. Para ele há um condicionamento recíproco entre a ordenação jurídica e a realidade (HESSE, 1991, p.6).

Há na norma constitucional uma pretensão de eficácia que configura não só um ser, mas também um dever ser. Com essa pretensão busca-se imprimir ordem e conformar à realidade política e social.

A partir do momento que esta pretensão é concretizada, a Constituição adquire, o que Hesse chamou de força normativa. Porém, esta só pode ser alcançada se a Constituição estiver em consonância com o mundo fático.

A força normativa é capaz de modificar a realidade, por meio da imposição de tarefas e orientações de condutas. No entanto, só será uma força eficaz se, a despeito dos questionamentos haver vontade de Constituição, ou seja, intuito geral de concretizar as tarefas e as condutas pré-determinadas pela Constituição.

Pode-se constatar que a vontade de Constituição possui três pontos fundamentais. Consiste na necessidade de uma ordem jurídica resistente que proteja todos contra atitudes arbitrárias. Baseia-se na idéia de que a ordem normativa não é legitimada apenas pelos fatos. E na certeza de não se concretizar no mundo das idéias, mas sim na vontade humana (HESSE, 1991, p.15).

Destarte, a efetividade da força normativa depende da intensidade da vontade de Constituição. Por sua vez, esta pressupõe um intenso processo de legitimação e de abertura às mudanças da realidade social.

Por fim, a teoria da força normativa da Constituição requer uma interpretação concretizadora da norma. Com isso, formula-se o sentido da proposição normativa de acordo com uma determinada realidade. E, sendo bem realizada possibilitará alterações na interpretação constitucional sem enfraquecimento da força normativa.

2. Hermenêutica

2.1. Origem etimológica

A palavra hermenêutica tem origem grega no vocábulo *hermeneuein*. Segundo a mitologia grega esta palavra vem do deus grego hermes que teria a função de intermediar a comunicação entre os deuses e os humanos, ou seja, traduzia, explicava, explicitava, tornava a linguagem dos deuses compreensivo aos humanos (BRANDÃO, apud CAMARGO, 2003)

A palavra interpretação tem origem na expressão latina *ars interpretandi* (= a arte da interpretação).

2.2. Diferença entre hermenêutica e interpretação

Deixando de lado aspectos mitológicos, pode-se afirmar que a interpretação busca estabelecer o alcance e o sentido da norma. E a hermenêutica é uma ciência que desenvolve métodos, elementos e instrumentos no intuito de interpretar algo, isto é, tornar algo passível de interpretação.

2.3 Enquadramento histórico

Apesar de Aristóteles já ter formulado uma *peri hermeneia*, hermenêutica surge no século XVII derivado da teologia (GRONDIN, 1999, p. 23). A partir de então pode-se falar de uma hermenêutica em três concepções: a filológica (literatura), estética (artes) e a jurídica (direito).

No século XIX surge a hermenêutica romântica, cujo autor central foi Schleimarcher. O seu objetivo era transformar a hermenêutica em uma disciplina científica por meio da formulação de uma teoria geral da hermenêutica, fazendo surgir pela primeira vez uma ciência da compreensão. Possibilitando assim a universalização da hermenêutica e o desenvolvimento de métodos de interpretação.

No final do século XIX e início do século XX, William Dilthey, formula a corrente da hermenêutica histórica (GRONDIN, 1999, p. 146). Esta busca diferenciar a compreensão/interpretação nas ciências naturais e ciências do espírito. Quis criar métodos objetivos para esta última, já que se baseia na compreensão ou entendimento; enquanto as ciências da natureza são empíricas, explicativas, descritivas e fundamentadas no método da causa e efeito. Para Dilthey, o objeto das ciências do espírito está dentro delas próprias, pois só compreende a história quem faz parte dela. Enquanto, nas ciências naturais o objeto é externo e, justamente, por isso deve haver diferenciação de métodos entre ambas.

No século XX, Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer, sobretudo na década de 20, possibilitaram um giro hermenêutico que contribuiu para o surgimento

de uma hermenêutica constitucional. Estes filósofos desmitificaram a relação existente até então entre o sujeito cognocente o objeto cognoscível por meio de métodos que possibilitavam a interpretação do objeto. Outra novidade foi a constatação, primeiramente de Heidegger, que o ser humano está sempre dotado de preconceitos e pré-compreensões, o que torna impossível alcançar a verdade, a compreensão do objeto.

Na concepção de ambos autores, a análise humana é um olhar socialmente e historicamente condicionado. Sendo assim, todos os métodos são viciados (falácia do iluminismo, racionalismo), pois somos seres históricos. Logo, não temos acesso a nada puro, pois tudo passa pelo filtro da historicidade. Em suma, só se compreende o que já foi pré-compreendido. Por fim, pode-se dizer que a compreensão não é um instrumento, porque está dentro do sujeito.

A partir de Gadamer, em seu livro intitulado Verdade e Método, é desenvolvida uma hermenêutica verdadeiramente filosófica pela primeira vez (GRONDIN, 1999, p. 179). Neste livro o filósofo retrata a importância da tradição para a compreensão; a noção de horizonte histórico, pois como seres históricos toda compreensão é fruto de uma pré-compreensão dentro de um horizonte histórico de sentido. Quanto ao círculo hermenêutico crítica a visão tradicional de Schleimarcher de só compreendermos o todo a partir das partes e as partes a partir do todo. Para Gadamer esta ideia surgida primeiramente na Grécia é falaciosa, pois o que realmente ocorre é um movimento dialético denominado fusão de horizontes entre o sujeito e o objeto, havendo um diálogo entre ambos, de forma que ambos saem diferentes, possibilitando assim um espiral hermenêutico, visto que as tradições são rompidas, havendo ganhos para todos, gerando novas tradições que deverão ser superadas posteriormente.

3. Hermenêutica jurídica

A hermenêutica jurídica clássica surgiu no contexto do Estado Liberal (século XVII ao XIX) em que predominava as Constituições abstencionistas e a autonomia da vontade. Destarte, os métodos de interpretação não se preocupavam com aspectos axiológicos. Estes foram desenvolvidos para o Direito Privado por Savigny e também eram utilizados para interpretação constitucional, e são: o método gramatical, lógico, histórico, sistemático. Surgiu também a divisão entre voluntas legislatoris e voluntas legis. Sendo que esta classificação possui adeptos até os dias atuais de maneira acientífica, pois o jurista cria o sentido da lei de acordo com seus interesses que devem buscar a equidade (STRECK, 2001, p. 96).

Logo depois, no contexto do século XX, com o advento do Estado Social vemos o surgimento de Constituições Dirigentes e o apogeu do método sistemático e, sobretudo o teleológico. Neste instante a maioria dos doutrinadores passam a defender a voluntas legis.

Na década de 60, Hans Kelsen desenvolve a sua teoria da interpretação normativista. Ele critica os métodos por serem subjetivos. O autor em questão defende a possibilidade do cientista do direito traçar o quadro de todas as interpretações. Ainda, diferencia interpretação cognoscente da autêntica. A primeira é um ato de conhecimento. A segunda é feita pelo juiz e não pelo legislador como na visão clássica, sendo ato de vontade do juiz. Kelsen não prescreve o juízo de correção, mas sim o de validade, ao contrário do pós-positivista Robert Alexy. Este defende que o ato do juiz deve se basear em uma racionalidade prática por meio da teoria da argumentação.

Luiz Roberto Barroso, Konrad Hesse e J. J. Gomes Canotilho defendem que a hermenêutica constitucional possui características específicas (posições hierárquicas, estrutura, conteúdo e natureza política das normas constitucionais). Sendo assim os métodos de interpretação desenvolvidos por Savigny só devem ser utilizados para as normas infraconstitucionais, tornando-se esta a corrente majoritária entre os constitucionalistas brasileiros.

Para o neoconstitucionalismo, toda hermenêutica é constitucional e tem como base o princípio da interpretação conforme a Constituição e consequentemente a filtragem constitucional.

4. Hermenêutica constitucional

As Constituições escritas surgiram a partir do Liberalismo nos EUA e na França. Desde o final do séc. XVIII até meados do século XX (fim da segunda guerra mundial) E, como já asinalado as Constituições eram interpretadas pelos mesmos elementos desenvolvidos por Savigny para o Direito Privado.

No constitucionalismo contemporâneo viu-se necessário o desenvolvimento de métodos específicos de interpretação constitucional por razões diversas, como: a Constituição, sobretudo na parte dos Direitos Fundamentais, se expressar através de princípios e não de regras (ao contrário das leis, que são formadas basicamente por regras); as normas constitucionais são classificadas conforme a sua eficácia (plena, redutível ou restringível e limitada) e possuem normas de todos os ramos do direito, consequentemente essa variedade de eficácias e naturezas normativas dificulta a interpretação; ideologia ou pré-compreensão do intérprete, pois não existe interpretação absolutamente neutra, sendo que a questão da ideologia é muito mais presente no direito constitucional do que em outros ramos do direito. Por estes motivos foram criados métodos específicos para tornar mais efetiva e racional à interpretação constitucional.

Para Canotilho a procura por um método justo em direito constitucional é uma questão extremamente problemática. Por isso, todos os métodos, apesar de partirem de premissas diversas, devem ser utilizados conjuntamente com os princípios de forma a se complementarem (CANOTILHO, 1996, p. 1084).

4.1. Método Hermenêutico Clássico ou Jurídico

Segundo Ernst Forsthoff a interpretação constitucional deve ser realizada através dos elementos clássicos de interpretação, desenvolvidos por Savigny. Pois, a constituição não demandaria um método próprio de interpretação.

Forsthoff parte da tese da identidade que preconiza que a constituição nada mais é do que uma lei. Por conseguinte, não há porque se criar métodos específicos para sua interpretação (NOVELINO, 2008, p. 104).

A crítica que pode ser feita a este método tem como fundamento, tais elementos serem insuficientes frente as complexidades que envolvem a interpretação constitucional.

4.2. Método Científico-Espiritual

Foi desenvolvido por Rudolf Smend e procura encontrar o espírito de um texto normativo nos valores consagrados (subjacentes) no texto constitucional, que inspiraram a criação das normas constitucionais. Por focar nos valores subjacentes ao texto constitucional, este método é também chamado de Método Valorativo. Para este método o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 dispõe valores que são subjacentes por isso é tão importante para a interpretação constitucional. É importante pontuar que o preâmbulo, segundo o STF, não tem caráter normativo.

É um método não positivista, pois leva em conta fatores extra-constitucional. Dentre estes também é considerada a realidade social. Por isso, é também chamado de Método Sociológico. Outro nome que se dá a este método é Método Integrativo, pois considera a Constituição o principal elemento de integração da comunidade (Princípio do Efeito Integrador).

A crítica de Canotilho a este método possui como fundamentos: indeterminação e modificabilidade dos resultados; por este método levar em consideração não apenas o sistema de normas, mas também valores subjacentes, o resultado desta interpretação pode ser variável consoante o contexto histórico, com isso a Constituição pode, potencialmente, ser interpretada de maneiras muito

diferentes, este método geraria muita insegurança jurídica e enfraqueceria a força normativa da Constituição (CANOTILHO,1996, p. 1177).

4.3. Método Tópico-Problemático

Defendido por Theodor Vieweg. É método totalmente anti-positivista e baseado em *topos*, cujo plural é *topoi*. Sendo esquemas de pensamento, formas de raciocínio, de argumentação, pontos de vista extraídos da doutrina dominante, da jurisprudência majoritária, do senso comum, etc (NOVELINO, 2008, p. 106).

É método baseado na idéia de problema a ser resolvido. Não é método utilizado para resolver questões simples, expressamente previstas na Constituição. É um método argumentativo, no qual é feita toda uma argumentação em torno do problema para se chegar a um melhor resultado. Não existe uma resposta correta, a decisão que irá prevalecer será a mais convincente (a que convencer um maior número de pessoas).

Dentre as críticas a este método estão: casuísmo ilimitado, pois como o método gira em torno do problema, cada caso concreto é resolvido de forma diferente, não existindo uma solução única a ser dada, pois não se baseia nas normas do sistema; a norma jurídica é apenas mais um *topos* ao lado de vários outros, não sendo o argumento principal; a interpretação deve partir da norma para a solução do problema e não o contrário; pouca importância atribuída à jurisprudência, assim como a norma, pois são considerados apenas mais um *topos*, ou seja, o precedente e legislação são apenas mais um argumento a ser considerado.

Dentre as utilidades do método tópico-problemático estão: complementação de lacunas, por exemplo, quando não se tem uma norma específica para o caso concreto e a comprovação dos resultados obtidos por outros métodos.

4.4. Método Hermenêutico-Concretizador

Desenvolvido por Konrad Hesse. É “Concretizador”, pois objetiva aplicar a norma. Preconiza a elaboração de um catálogo de princípios de interpretação da Constituição. Ex: princípio da unidade, da força normativa, etc.

Segundo Hesse, interpretação e aplicação são inseparáveis, consistindo em um processo unitário. Neste método a interpretação tem que estar junto à aplicação da norma. Só se interpreta a norma quando se vai aplicar a norma ao caso concreto, e não se pode aplicar a norma sem antes interpretá-la (HESSE, apud NOVELINO, 2008, p. 108).

Possui três elementos básicos: a existência de um problema concreto a ser resolvido; a norma a ser concretizada é indispensável, pois ela é o horizonte a ser interpretado; a compreensão prévia do intérprete (Gadamer e Heidegger), isto é, somente é possível utilizar este método se o intérprete tiver uma pré-compreensão da norma e do problema

4.5. Método Normativo-Estruturante

Para desenvolver este método Friedrich Müller parte da distinção entre programa normativo e domínio normativo. O primeiro compreende o texto normativo e a norma propriamente dita. O segundo abrange a realidade social regulamentada pela norma. Sendo assim, conclui que o intérprete não deve considerar somente o programa normativo, mas também o domínio normativo (a norma e a realidade social que pretende regulamentar).

Outra diferenciação feita pelo autor ocorre entre o texto e a norma. Aquele apenas limita e dirige a interpretação, ou seja, o texto é a forma de exteriorização da norma jurídica e indica qual é o seu limite e sentido. A norma é o mandamento que se extrai do texto normativo e consta que só se conhece a norma jurídica depois de aplicar o texto, ou seja, a norma é o resultado da concretização do texto normativo.

Fruto destas distinções Friedrich Müller formula o seu método de hermenêutica constitucional concluindo que: não se deve falar em interpretação da Constituição, mas em concretização desta, pois a interpretação é apenas uma das etapas da concretização da Constituição; desenvolve um método normativo-estruturante estabelecendo uma estrutura para a concretização da norma constitucional feita por vários elementos seguindo a sequência de norma abstrata, adoção de uma metodologia (métodos e princípios interpretativos), dogmática (doutrina e jurisprudência), teoria (marco teórico), política constitucional e por último o caso concreto.

5. Princípios da interpretação constitucional

5.1. Princípio da força normativa

Afirma que a interpretação da Constituição Federal tem que se pautar por um viés normativo presente na própria Carta Magna. Não olvidando de ajustar historicamente o sentido das normas (NOVELINO, 2008, 124).

Indica que apesar da Constituição ser condicionada pela cultura de um país, ela também prescreve o seu futuro.

A Constituição Federal sofre influxos, mas também se apresenta como um instrumento modificador, caso contrário expressaria só o mundo do ser.

5.2. Princípio da máxima efetividade

Está ligado ao princípio da força normativa. É específico para os direitos fundamentais que são o norte, a base do nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, sempre devemos buscar uma interpretação que leve a máxima efetivação da Constituição, isto é, densifique as normas relativas aos direitos fundamentais.

Tendo como base este princípio cabe diferenciar eficácia e efetividade das normas constitucionais. A primeira é a aptidão da norma para ser aplicada ao caso concreto (eficácia positiva) ou para invalidar normas que lhe são contrárias (eficácia negativa). A segunda surge quando a norma cumpre a função para qual ela foi criada. Cabe salientar que o problema da Constituição Federal de 1988 não é de eficácia, mas sim de efetividade.

5.3. Princípio da unidade

Busca harmonizar o conflito abstrato entre normas constitucionais. Este princípio possui relevância se pensarmos que a Constituição é fruto de diversos consensos ideológicos, muitas vezes, opostos.

Parte da idéia de que a Constituição é um todo unitário, logo não pode perder a coesão e coerência de suas normas, sob pena de uma redução na sua força

normativa. Consagra o círculo hermenêutico, pois há uma interdependência entre o sentido de todo e das partes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 136).

É importante pontuar que este princípio afasta a tese de hierarquia entre normas constitucionais.

5.4. Princípio da eficácia integradora

Ligado a efetivação do princípio anterior. A interpretação deve sempre buscar aplicar as normas constitucionais de modo a integrar Estado e Sociedade com a finalidade de assegurar a coesão sociopolítica. Por isso, é também chamado de método integrativo.

Tem origem nas idéias relacionadas à integração de Rudolf Smend. Destarte busca conciliar a Constituição com conceitos externos, p. ex., sociológicos.

E sendo a Constituição o principal elemento de integração da comunidade, deve-se sempre procurar soluções que busquem a unidade.

O Estado deve, portanto, primeiro não usurpar os direitos fundamentais e, posteriormente atuar de forma positiva reduzindo as desigualdades.

5.5. Princípio da concordância prática ou harmonização

Sua definição impõe ao intérprete o dever de coordenar e combinar bens jurídicos em colisão, realizando a redução proporcional de cada um deles (para que os dois sejam aplicados em conjunto, proporcionalmente).

Abstratamente os princípios não se tangenciam, mas, no caso concreto, poderá haver conflito entre os princípios. Neste instante, torna-se necessário aplicar o princípio da harmonização (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 136).

5.6. Princípio da Correção Funcional

Prescreve que a interpretação da Constituição deve ser realizada de tal modo que um poder funcional não usurpe os outros. No intuito, de se preservar a separação de poderes.

Em suma, tem por finalidade impedir que os órgãos encarregados da interpretação constitucional cheguem a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório funcional estabelecido pela Constituição.

5.7. Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

Transmite a idéia de leitura da lei consoante os princípios constitucionais (filtragem constitucional) e se configura como um princípio essencial.

A partir de decisões relativamente recentes do Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme a Constituição passou a ser utilizado não apenas como um vetor de interpretação (viés hermenêutico), mas também como integrante do Controle de Constitucionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 141).

Este princípio decorre da supremacia da Constituição e da presunção relativa ou *juris tantum* de constitucionalidade das leis. Que possibilitam o controle de constitucionalidade. Sendo importante pontuar que na dúvida a lei deve ser declarada constitucional.

O princípio da interpretação conforme a Constituição só deve ser utilizado diante de normas que possuem sentidos múltiplos. Com este intuito é importante diferenciar declaração parcial sem redução de texto de interpretação conforme a Constituição. Na primeira, o texto vai continuar o mesmo, porém uma interpretação possível será afastada, com isso uma hipótese de aplicação será excluída. A interpretação conforme a Constituição faz uma declaração de constitucionalidade de uma interpretação e exclui todas as outras.

5.8. Princípio da proporcionalidade

Segundo Robert Alexy, não é apenas um princípio, mas sim uma máxima que informará a atuação de todos os demais. A doutrina alemã fala em proporcionalidade e a doutrina norte-americana fala em razoabilidade.

Não é princípio expresso na Constituição Federal de 1988, mas é considerado implicitamente pela doutrina (é abstraído de outras normas constitucionais). Há três

correntes desenvolvidas para explicar o fundamento deste. A primeira prescreve que sua origem a partir do sistema de direitos fundamentais. Para a segunda, de origem alemã, é abstraído do princípio do estado de direito (art. 1º da Constituição Federal de 1988). Por fim, de origem estadunidense, extraído da cláusula do devido processo legal em seu caráter substantivo, cujo principal destinatário é o legislador, sendo o entendimento mais adotado no Brasil, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal (NOVELINO, 2008, p. 126).

Este princípio é concretizado por sub-princípios, dentre eles: a) adequação – o ato deve ser apto a alcançar o fim almejado; b) necessidade ou exigibilidade ou princípio da menor ingerência – o ato deve ser o menos gravoso; c) proporcionalidade em sentido estrito – quanto maior for a intervenção em um determinado direito, maiores serão os motivos que justifiquem esta intervenção (lei da ponderação).

6. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas

Os direitos fundamentais como percebemos atualmente tem sua formação em grande parte desenvolvida na Declaração dos direitos do homem e do cidadão. Esta foi resultado da Revolução Francesa de 1789 e tem três características predominantes: o universalismo, o individualismo e a abstração.

Esta formulação moderna, inegavelmente, tem origem nas escolas de direito natural, na teoria do contrato social, na escola fisiocrata e, também, na teoria da separação de poderes. E, implicitamente, possui como fonte os ideais judaico-cristão.

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais eram considerados apenas direitos de defesa, destinados a proteger o cidadão contra a intervenção indevida do Poder Público.

Com a evolução da teoria geral dos direitos fundamentais, percebeu-se que há momentos em que o Estado, principalmente, no intuito de preservar a força normativa da Constituição está obrigado a satisfazer os direitos subjetivos do cidadão com atitudes positivas.

E recentemente tem se discutido a aplicação destes direitos na esfera privada que sempre foi regida pela autonomia da vontade. Pois, começou-se a constatar que também haveria relação de subordinação entre particulares.

Destarte, segundo Daniel Sarmento (2006, p. 262) o STF tem adotado a teoria da eficácia direta na maioria dos julgados. Apesar de o artigo 57 do Código Civil prescrever a aplicação indireta. Vide ementa do julgamento emblemático do RE 201819/RJ.

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.(...).

7. Análise do *Habeas Corpus* nº 82.424-2, RS – D.J.19/03/2004

Em 3 de julho de 1990, a Federação Israelita do Rio Grande do Sul representou contra o Senhor Siegfried Ellwanger. Destarte, o Ministério Público o denunciou imputando o crime de “incitar e induzir a discriminação racial”.

Entretanto, o paciente foi absolvido pela juíza da oitava Vara Criminal de Porto Alegre sob alegação de que a conduta do réu era fruto do exercício do direito de liberdade de expressão, pois apenas explanou o seu entendimento diverso do ocorrido histórico. Frente a essa decisão o assistente de acusação recorreu.

O tribunal de Justiça, por unanimidade, reformou a referida decisão. Sendo a mesma confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça com único voto contrário do Ministro Edson Vidigal por entender inaplicável ao caso o:

“Art. 5º, inciso XLII da Constituição Federal - A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

O réu foi condenado a dois anos de reclusão, com base no:

“Art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, com redação da Lei nº 8.081/90 - Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena reclusão de dois a cinco anos”.

Os advogados de Siegfried Ellwanger impetraram um *Habeas Corpus* ao Supremo Tribunal Federal sob alegação de que a Constituição Federal preceitua ao crime de prática de racismo a imprescritibilidade, mas não ao crime de incitação ao Judaísmo. Deste modo, requereram o reconhecimento da extinção da punibilidade devido à prescrição da pretensão punitiva.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, afirmou que *Habeas Corpus* é instrumento propício para tal disputa jurídica e pugnou pelo indeferimento do pedido pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando que é “injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, reduz a prática do racismo à raça”.

No Supremo Tribunal Federal, o *Habeas Corpus*, foi indeferido por 8 votos a 3. E teve como relator o Ministro Moreira Alves, que decidiu pelo deferimento,

preconizando que o artigo 5º da Constituição Federal trata como racismo apenas o ato praticado contra negros. O Ministro Relator aposentou-se antes do trânsito em julgado, assumindo a relatoria o Ministro Joaquim Barbosa, que não participou da votação.

Votaram pelo indeferimento os ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso (votos antecipados), Gilmar Mendes e Maurício Corrêa.

No entender dos Ministros Maurício Corrêa, Celso de Mello e Carlos Velloso: toda forma de anti-semitismo é incontornável manifestação de racismo.

Para os Ministros Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso: o paciente ultrapassou todas as fronteiras da sua liberdade de expressão.

Foram votos vencidos além do Ministro Moreira Alves, o Ministro Ayres Brito, sustentando que não houve conduta penalmente típica concedendo, assim, o *Habeas Corpus ex-officio* por falta de tipicidade de conduta, e o Ministro Marco Aurélio, pela inexistência da prática de racismo, por estar o paciente agindo dentro do campo da sua liberdade de expressão e pela incidência da prescrição da pretensão punitiva.

O Habeas Corpus possui ainda como *amicus curiae* o professor Celso Lafer, sustentando que a noção de racismo não se resume apenas à raça negra, pois como os judeus não são raça, os negros também não. A divisão de raça, portanto, é uma construção sócio-política e totalmente abolida pela ciência.

O *Habeas Corpus* levou nove meses para ser julgado no Supremo Tribunal Federal.

Esta análise, não se aprofundará na questão meritória da existência ou não do crime de racismo no caso concreto. Mas sim, procura buscar entre os métodos de interpretação constitucional aquele que mais valorize a força normativa da Constituição acerca da discussão jurídica entre proteção do direito a liberdade de expressão e do direito a não-discriminação. Esse com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Inicialmente cabe analisar qual método possibilitará abordar o conflito à luz da Constituição para solucionar o caso. É importante pontuar que mesmo partindo do pressuposto de que todos os métodos são falhos. É relevante as suas construções argumentativas, como se pode extrair das palavras de Arthur Kaufmann e Giuseppe Zaccaria:

Apesar de todas essas incertezas, autores existem, hoje em maioria, que enaltecem as virtudes dessa riqueza instrumental com o argumento de que, em face da extrema complexidade do trabalho hermenêutico, todo pluralismo é saudável; não se constitui em obstáculo, antes colabora, para o conhecimento da verdade; e, *racionalmente* aproveitado, em vez de embaraçar os operadores jurídicos, acaba ampliando o seu horizonte de compreensão e facilitando-lhes a tarefa de aplicar o direito². Nessa perspectiva, não passa de romantismo a ideia de um simplificador "retorno a Savigny", cujos *elementos* ou *métodos* de interpretação, certamente, seriam insuficientes para *decifrar* uma realidade jurídica que se vai tornando cada vez mais complexa.³

E, justamente, por essa razão, defendemos a adoção de elementos de variados métodos para encontrarmos a melhor argumentação para o caso em tela.

Primeiramente, tendo como marco teórico a força normativa da Constituição, conseqüentemente, adotarmos o método hermenêutico-concretizador (Konrad Hesse). Esse será o fundamento para buscarmos uma solução para o conflito de normas constitucionais, principalmente, por ter na sua respectiva origem a visão de Constituição com viés normativo.

É importante ressaltar que esse método busca concretizar a norma em oposição a interpretar. Sendo assim, ocorre um processo criativo a partir do texto da norma e do caso concreto. E não a busca do conteúdo e o sentido da norma.

No caso em tela, a liberdade de expressão e o direito a não-discriminação, esse decorrente da dignidade da pessoa humana, considerados indubitavelmente normas

2KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*, cit. 104 e 519. Apud Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Martires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional - 4ª Ed.* São Paulo: Saraiva, 2009, página 121.

3ZACCARIA, Giuseppe. *Razão jurídica e interpretação*, cit., p.129. Apud Mendes, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Martires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional - 4ª Ed.* São Paulo: Saraiva, 2009, página 121.

fundamentais, devem ser interpretados à luz da Constituição e a partir da concretização destes com o fato. Cabe lembrar que, para Hans-Georg Gadamer, interpretar sempre foi, também, aplicar e que a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 125, apud GADAMER).

Isto posto, a concretização inicia-se pela pré-compreensão do intérprete/aplicador, levando-se em consideração as condições históricas (tradição) e não critérios pessoais de justiça para produzir normatividade para o caso.

Cabe ressaltar, embora, se reconhecendo que a liberdade de expressão é um direito no qual não possa ser restringido, a ponto de ser anulado; utilizando o método hermenêutico-concretizador e por meio do princípio da unidade e da concordância prática do ordenamento constitucional. Torna-se notório que a livre expressão não consagra a possibilidade de, por ventura, incitar e induzir a prática discriminatória. Pois, conforme salienta, no acórdão que condenou o réu, o desembargador José Eugênio Tedesco da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul “a Constituição Federal consagra a supremacia valorativa do dever de não discriminar”. Entendimento que nos parece correto tendo em vista a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), o princípio do repúdio ao terrorismo e racismo (artigo 4º, inciso VIII da Constituição Federal), objetivos da Constituição (artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal) e a norma constitucional que estabelece o racismo como crime imprescritível (artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal):

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III. a dignidade da pessoa humana;”

“Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII. repúdio ao terrorismo e ao racismo;”

“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Salienta-se, também, que a Constituição Federal por consagrar essa supremacia, como argumenta o Ministro Gilson Dipp do STJ e o Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, não diferenciou as três condutas discriminatórias do artigo 20 da Lei 7.716/89 acrescido da Lei 8.081/90 (praticar, induzir ou incitar) quando o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal determinou a imprescritibilidade. Contrariamente a alegação do paciente.

Ainda entendermos que o pensamento concretizador é o mais adequado para a conformação da interpretação constitucional, porque põe em confronto questões de ordem constitucional e não puramente valorativas, como preceituam excessivamente os métodos tópicos (Theodor Viegweg) e o científico-espiritual (Rudolf Smend).

Entretanto, também acreditamos que elementos de outros métodos são pressupostos verdadeiros para realizarmos uma melhor concretização. Dentre esses, temos a idéia desenvolvida pelo método tópico-problemático de que a Constituição enquanto objeto hermenêutico se mostra menos sistemática e mais problemática. E, com isso, há a necessidade de analisarmos o problema posto e todos os topois trazidos para se encontrar o melhor argumento.

Resta salientar, também, a utilização do conceito sociológico de racismo como forma de integração da Constituição. A antropóloga Lilia Moritz em seu livro *Racismo no Brasil* (São Paulo, Publifolha, 2001) citada no parecer do professor Celso Lafer defende que: “Raça é, assim, uma construção histórica e social...” Essa constatação assevera elemento do método científico-espiritual.

Cabe, ainda, uma crítica ao método hermenêutico clássico ou jurídico presente na fundamentação do Ministro Moreira Alves que votou pela concessão do *Habeas Corpus* baseado na *voluntas legislatoris*. Isso fica constatado ao defender que o constituinte teve a intenção de criminalizar o racismo apenas para condutas contra os negros. Tendo em vista, os métodos concretistas e o princípio da eficácia integradora o julgador deve concretizar a norma a partir da realidade social atual e à luz da Constituição. Descartando assim, a pesquisa da *mens legislatoris*.

Após a escolha do método hermenêutico-concretizador para a resolução do conflito em tela. E constatando-se que esse configura claramente um conflito entre

direitos fundamentais, vez que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular interceptou o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular. Cabe salientar outro aspecto importante no julgamento do *Habeas Corpus*. Este diz respeito a análise realizada por Robert Alexy de que há duas formas de se avaliar os direitos fundamentais: por meio de um espectro estreito (regra) ou de forma ampla (princípio) (ALEXY, 2003, p.131-140).

A primeira foi utilizada pelos Ministros Moreira Alves e Ayres Brito que analisaram o caso *sub judice* como ocorrendo um conflito de regras (análise de validade – critério cronológico, critério hierárquico, critério da especialidade) em detrimento de discussões principiológicas.

É importante pontuar que em outros julgamentos versando sobre liberdade de expressão. O Ministro Gilmar Mendes Ferreira, defendeu que o artigo 220, parágrafo primeiro da Constituição Federal é nítido caso de reserva de lei qualificada (o constituinte abre espaço para o legislador restringir o direito a livre expressão, mas com específico fim ou para prescrever condições especiais para a restrição).

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

“Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

“Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

Portanto, devendo o legislador ao concretizar a reserva legal prevê a proibição do anonimato, a possibilidade de direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (MENDES, apud DE FARIAS, 2000, p. 172). Entretanto, nenhuma destas hipóteses de restrição a liberdade de expressão se adequa ao conflito em análise.

Outra construção jurisprudencial concernente a livre expressão, entretanto de pouca valia para o caso em análise diz respeito ao entendimento do Tribunal Constitucional Espanhol que há um limite interno da veracidade relativo ao direito à informação. No entanto, não haveria esse entendimento relativo ao direito da liberdade de expressão. Sendo assim, esse possuiria uma proteção mais ampla (CAVERO, apud DE FARIAS, 2000, p. 164).

Referente ao limite de veracidade temos que se trata de analisar seu aspecto subjetivo, isto é, o dever de cuidado com o fato relatado. E não a imposição da comprovação objetiva, pois, caso contrário, geraria dois perigosos problemas: a verdade seria tratada como algo rígido e o Estado seria o responsável por julgar a verdade.

A doutrina e a jurisprudência têm diferenciado liberdade de expressão e informação. O primeiro seria um conceito amplo que incluiria pensamentos, idéias, opiniões, crenças e juízos de valor. O segundo conteria como objeto o direito de comunicação e de receber informações sobre fatos noticiáveis.

É importante salientar que para parte da doutrina os direitos fundamentais só poder ser restringidos por meio de reserva legal prevista na Constituição Federal (DE FARIAS, 2000).

Cabe pontuar que, realmente, alguns casos de conflitos entre direitos fundamentais são resolvidos pelo legislador com a formulação de normas ordinárias, ou seja, por reserva de lei. No entanto, a partir do julgamento do caso Lüth realizado pela Corte Constitucional Federal Alemã em 1958. Os direitos fundamentais previstos na Constituição passaram a ser vistos como ordem de princípios. Logo, defendemos que há um conflito entre princípios no julgamento hora analisado.

A Suprema Corte Estadunidense desenvolveu entendimento que *prima facie*, a liberdade de expressão goza de posição preferencial (*preferred position*). E vários Tribunais Constitucionais adotaram, também, esse entendimento (DE FARIAS, 2000, p. 168). Inclusive, essa foi a conclusão da Corte Constitucional Federal Alemã no caso Lüth.

Quanto ao direito a não-discriminação buscaremos fundamentá-lo a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo esse, compreendido pela inviolabilidade do indivíduo, respeito à sua integridade física e moral, inviolabilidade do direito de imagem e da intimidade. Como diz Jose Castan Tobeña, “o postulado primário do Direito... é o valor próprio do homem como valor superior e absoluto, ou o que é igual, o imperativo de respeito à pessoa humana” (TOBEÑAS, apud DE FARIAS, 2000, p. 56). Cabe salientar, que somente com o Cristianismo a pessoa veio a ter status de valor essencial (CAMPOS, apud DE FARIAS, 2000, p. 57).

Em suma, frente à discussão presente no *Habeas Corpus* defendemos seja esse um nítido caso de conflito entre os princípios da liberdade de expressão e o direito a não-discriminação e não um caso de conflito de regras como defenderam os Ministros Moreira Alves e Ayres Brito.

E para resolvê-lo deve-se utilizar, principalmente, os princípios da força normativa da Constituição, da unidade, da concordância prática e a máxima da proporcionalidade mantendo intacto o núcleo da liberdade de expressão e de informação e o do direito a não-discriminação. Pois, segundo Hesse: "Ali onde se produzem colisões não se deve, através de uma precipitada 'ponderação de bens' ou com inclusão de abstrata 'ponderação de valores', realizar uma a custa da outra" (HESSE, apud DE FARIAS, 2000, 123).

O princípio da unidade da Constituição, segundo o mesmo professor alemão, tem o objetivo de evitar que decisões sobre cada princípio fique limitada a “aspectos parciais” (HESSE, apud DE FARIAS, 2000, 123). sem objetivar a noção de todo constitucional.

O princípio da concordância prática ou da harmonização preconiza um juízo de ponderação que vise preservar, concretizar e harmonizar ao máximo os direitos fundamentais e valores constitucionais no caso concreto.

Por seu turno, a máxima da proporcionalidade é a realização do princípio da concordância prática no caso concreto.

Sendo assim, podemos aferir que a condenação do réu a dois anos de reclusão é adequada, pois o meio utilizado alcança o objetivo constitucional a nosso ver: “supremacia valorativa do dever de não discriminar”. Assegurado, no sentido de defender a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal), o princípio do repúdio ao terrorismo e racismo (artigo 4º, inciso VIII da Constituição Federal), objetivos da Constituição (artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal) e a norma constitucional que estabelece o racismo como crime imprescritível (artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal).

Quanto à necessidade, também, não há dúvida que foi adotado o meio menos gravoso aos direitos fundamentais. Tendo em vista, a criminalização constitucional do racismo e a sua imprescritibilidade.

Por fim, analisando o requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Não se nega, por certo, a proteção constitucional dada à liberdade de expressão. Todavia, a decisão se justifica pelo fato de não está no seu âmbito de proteção a intolerância religiosa.

Conclusão

Tendo como base o presente trabalho de conclusão do curso constatar-se o quanto é problemático a formulação de um método de interpretação constitucional. No entanto, é uma tarefa que deve ser duramente enfrentado sob pena das decisões jurídicas conterem fundamentações inadequadas e arbitrárias.

Inicialmente, relatamos a evolução histórica das formas de interpretação até o surgimento da ciência da compreensão (hermenêutica). Logo após, pretendemos analisar a hermenêutica jurídica.

Posteriormente, foi caracterizado cada método e princípio constitucional.

Ao definir o objeto de interpretação constitucional, preferimos adotar conceitos dos concretistas em detrimento dos sociólogos. Com o intuito de valorizar a força normativa da Constituição.

Para depois analisarmos o Habeas Corpus nº 82424-4, RS a partir do método concretista.

Por fim, sob a ótica do método concretizador da norma, a livre expressão deve ser relativizada frente ao direito a dignidade da pessoa humana. Pois, consideramos ser esse mais que um princípio, mas sim um postulado normativo (ÁVILA, 1994, p. 54). Sendo que não está no âmbito de proteção do direito a liberdade de expressão a intolerância religiosa.

Bibliografia

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios. 11^º Edição. Malheiros, 2010.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, Balanceamento Racionalidade. *Ratio júris*. vol.16, n.2, junho de 2003 (p. 131-40).

_____. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da fundamentação jurídica. 2^º Edição. São Paulo: Landy, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito. 3^º Edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. Páginas 13 a 15.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 6^º Edição. Coimbra: Almedina, 1996.

DE FARIAS, Edilson Pereira. Colisão de direitos. 2^º Edição. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2^º Edição. Petropolis: Vozes, 1998.

GRONDIN, Jean. Introdução a hermenêutica filosófica. v.2, São Leopoldo: Unisinos, 1998.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional - 4^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira - Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a.21 n.122 abr/jun.1994.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2º Edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2008.

NOVELINO, Marcelo. Teoria da Constituição e Controle de Constitucionalidade. Salvador: PODIVM, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (coordenador). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 3º Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

Anexo

HC82424/RS

Relator(a): Min.MOREIRAALVES

Relator(a)p/Acórdão: Min.MAURÍCIOCORRÊA

Julgamento: 17/09/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

Parte(s)

PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER

IMPTES. : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que

são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que

se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Decisão

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem para pronunciar a prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. Presidência Do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2002.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem, e dos votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, este último em antecipação, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 09.04.2003.

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por inexistência de previsão regimental, indeferiu o pedido de nova sustentação oral do ilustre advogado do paciente, tendo em vista não se encontrar mais nesta Corte, pela aposentadoria, o Senhor Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, nesta preliminar, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que indeferia o habeas-corpus, anteciparam os votos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, também denegando a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Carlos Britto. Não participou da votação o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.06.2003.

Decisão: O Tribunal, por maioria, resolvendo a questão de ordem, não viu condições de deferimento do habeas-corpus de ofício, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto, que entendeu deferi-lo por carência da ação penal por atipicidade de conduta. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Senhor Ministro Carlos Brito, que concedia, ex-officio, a ordem de habeas-corpus para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não votou o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.08.2003.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas-corpus, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Senhor Ministro Carlos Britto, que a concedia, ex-officio, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. Redigirá o acórdão o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Não votou o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente. Plenário, 17.09.2003.

Acessado em 05 de dezembro de 2010. Disponível em:

[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.+E+82424.NUME.\)+OU+\(HC.ACMS.+ADJ2+82424.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.+E+82424.NUME.)+OU+(HC.ACMS.+ADJ2+82424.ACMS.)&base=baseAcordaos)