

A utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº. 82.424 (anti-semitismo)

Ariane Costa Guimarães¹

Christine Oliveira Peter da Silva²

Resumo: Artigo que aborda a adequação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HC nº. 82.424) ao método comparativo utilizado no Estado Constitucional Cooperativo. A abordagem é relevante ante a globalização e a internacionalização dos direitos fundamentais. Assim, descreve-se o Estado Constitucional Cooperativo e demonstra-se a relação com o método comparativo. Após, faz-se o estudo do precedente do HC nº. 82424. Conclui-se que o Estado Constitucional Cooperativo propõe verdadeira releitura da soberania, bem como orienta para a concretização dos direitos fundamentais no plano internacional pelo método comparativo. Após o estudo do precedente do HC nº. 82424, verifica-se que o STF utilizou o método comparativo de forma satisfatória, na medida em que os julgadores se preocuparam com o contexto histórico da prática de racismo anti-semita relacionando-o aos paradigmas estrangeiros, inserindo o Brasil no cenário solidário de combate a práticas anti-semitas, ante a repercussão global do fenômeno.

Palavras-chaves: Direito constitucional, método comparativo, Estado Constitucional Cooperativo, anti-semitismo.

Abstract: This paper demonstrates the adjustment of Supremo Tribunal Federal's decision on HC 82.424 to Cooperative Constitutional State comparative method. The importance of this approach is regarded to the globalization phenomenon and fundamental rights internacionalization. Therefore, we intend to describe the Cooperative Constitutional State and to demonstrate its connection with the comparative method. Then, we study the decision on HC 82.424 and we conclude that the Cooperative Constitutional State suggests a sovereignty rereading and guides the accomplishment of fundamental rights on the international frame using the comparative method. After the study of the referred decision, we noticed that Supremo Tribunal Federal applied the comparative method in a satisfactory manner because the judges troubled about the historical context of anti-semitic racism practices related to foreign paradigms. Thus, the method put Brazil in a solidary scene against anti-semites practices before the global repercussion of the phenomenon.

Key-words: Constitutional Law, comparative method, Cooperative Constitutional State, anti-semitism.

¹ Acadêmica em Direito (10º semestre) do UniCEUB. Pesquisadora do VI Programa de Iniciação Científica (PIC) UniCEUB. Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC/CEUB). Membro do Grupo de Estudos em Hermenêutica e Direito do Consumidor (GEDHEC/CEUB). Membro do Grupo de Estados de Análise Jurídica da Política Econômica (GDES/UnB).

² Mestre em Direito Mestre em Direito do Estado pela UnB. Professora de Direito Constitucional do UniCEUB. Professora de Pós-Graduação em Direito Constitucional do IDP. Membro-fundadora do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC/CEUB).

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa em comento objetiva analisar a jurisprudência constitucional brasileira fundamentada no direito comparado, por meio da seleção de precedente paradigmático que trata de direitos fundamentais, especificamente os relacionados à sua concretização no plano internacional, e comparar o processo hermenêutico nele utilizado aos aspectos hermenêuticos propostos pelo Estado Constitucional Cooperativo.

É de se enfatizar que o relatório de pesquisa em tela não tem por objetivo analisar o arcabouço normativo brasileiro atinente à incorporação do direito estrangeiro pelo ordenamento pátrio, na medida em que seu objetivo é examinar a forma como a Corte Constitucional brasileira utiliza o método comparativo na formação da jurisprudência de direitos fundamentais. Ou seja, não se examinará os textos normativos e sua intrínseca correlação ao tema escolhido, nada obstante estes possam constituir elementos argumentativos para caracterizar aspectos pertinentes ao desenvolvimento do Estado Constitucional Cooperativo.

No momento em que a sociedade contemporânea se depara com novos problemas provenientes da globalização econômica, política e cultural e os fenômenos da internacionalização dos direitos, torna-se imperioso avaliar este fenômeno não apenas sob a perspectiva dos poderes legislativo e executivo, por meio da recepção/incorporação das normas internacionais pelo ordenamento jurídico, mas, principalmente, sob a percepção do poder judiciário no processo de tomada de decisões.

É que no Estado Constitucional Cooperativo, estruturado sob o manto pós-positivismo, há a releitura do conceito de soberania de modo a conformá-lo à internacionalização dos direitos humanos e à globalização, sendo de grandiosa importância o exame da jurisprudência, sob o enfoque de sua coerência e adequação aos fatos.

Destarte, em razão da crença pessoal desta autora na reformulação da hermenêutica constitucional com o advento do Estado Constitucional Cooperativo e a

propositura do método comparativo como um de seus instrumentos concretizadores, é oportuno o estudo da jurisprudência constitucional brasileira fundamentada no direito estrangeiro, na medida em que será possível diagnosticar, ao menos com a identificação de noções elementares, o modo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, é imperioso assinalar que a análise da utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal é tema inserido na linha de pesquisa do “Direito Comparado”, do “Núcleo de Estudos Constitucionais” do UniCEUB, comprovando-se, assim, a justificativa acadêmica do assunto.

A hipótese da presente pesquisa é a de que o Supremo Tribunal Federal, intérprete constitucional por excelência, reconhece a necessidade de diálogo com o direito estrangeiro para resolução de conflitos contemporâneos relativos aos direitos fundamentais, tanto para legitimar-se diante da sociedade brasileira, atendendo à proposta constitucional de cooperação, já expressa no preâmbulo da Constituição Federal vigente, quanto para inserir-se no contexto mundial para a consolidação dos direitos humanos.

O objetivo central da pesquisa, desta feita, é identificar de que forma o Supremo Tribunal Federal utiliza o direito estrangeiro na tomada de decisões referentes a direitos fundamentais. Será verificado se o Tribunal considera os elementos essenciais para tal desiderato, como, por exemplo, a cultura, a língua e peculiaridades sistêmicas do direito estrangeiro paradigma.

2 METODOLOGIA

Para atingir tal objetivo, opta-se por estabelecer outros objetivos secundários, os quais são concernentes à definição e explicação do conceito de Estado Constitucional Cooperativo e, posteriormente, da proposição do método comparativo como seu instrumento concretizador.

Para delimitar as reflexões sobre o tema apresentado, foram selecionadas as bases teóricas desenvolvidas por Antonio Pérez Luño e de Inocêncio

Mártires Coelho acerca do conceito de Estado Constitucional Cooperativo e da reformulação dos aspectos hermenêuticos correlatos, de acordo com as quais o Estado tem como função precípua a resolução dos conflitos concretos vivenciados na sociedade, pelo que se propõe a constitucionalização da interpretação e a abertura das normas, mediante o estabelecimento de princípios, enaltecendo, portanto, a função dos intérpretes. De igual modo, as considerações de Markus Kotzur acerca da redefinição do conceito de soberania iluminarão o debate acerca da cooperação internacional e do método comparativo.

Com efeito, a fundamentação teórica desenvolvida por Peter Häberle permeará todas as abordagens da pesquisa, já que propõe o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo, fundamentado na necessidade de consolidação dos direitos humanos no plano internacional e na atribuição de legitimidade às decisões, sugerindo, para tanto, o método comparativo como quinto elemento interpretativo a acrescer os já tradicionais quatro métodos sugeridos por Savigny e Ihering.

As técnicas usadas para concretização da pesquisa são o levantamento de dados, por meio de seleção de livros e artigos relacionados ao tema proposto, a bibliográfica, na medida em que se realizará o cotejo das informações obtidas no levantamento de dados e, por fim, a documental, haja vista a propositura de análise de precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa em comento é do tipo dogmática-instrumental jurídica, visto que se opta pelo delineamento teórico-jurídico do Estado Constitucional Cooperativo para definir de que maneira o método comparativo é inserido neste paradigma, o que servirá de subsídio teórico para o estudo de precedente e o necessário cotejo entre o método comparativo nele empregado e o previsto pela teoria da Constituição contemporânea.

A estrutura do relatório de pesquisa e a organização das idéias são definidas pelo método monográfico dedutivo, na medida em que se parte da conceituação do Estado Constitucional Cooperativo para chegar ao estudo de caso

concreto em que o Supremo Tribunal Federal tenha se valido do método comparativo em suas decisões.

O método do estudo de precedente será utilizado na Parte II da pesquisa e consistirá no exame dos seguintes elementos do julgado selecionado: a) escolha de precedente proferido pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal a respeito de direitos fundamentais e que tenha como importante fundamento o direito comparado; b) descrição do caso, definindo a controvérsia e a argumentação utilizada pelas partes envolvidas, assim como os dispositivos normativos pertinentes; c) definição dos argumentos levantados por ambas as partes para defesa dos pontos de vista respectivos; e) explicitação da decisão final do Supremo e identificação dos principais fundamentos utilizados, especificamente os de natureza estrangeira (CANOTILHO, 2003).

Após, propõe-se realizar uma análise da comparação realizada pelo Supremo Tribunal Federal a fim de identificar o intuito da Corte em concretizar os fundamentos basilares do paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

3 RESULTADOS

3.1 O MÉTODO COMPARATIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

De fato, a teoria pura do Estado de Direito é insuficiente para atender às novas situações sociais advindas com as transformações mundiais ocorridas após as grandes guerras, na medida em que se constata a impossibilidade de apenas o texto literal da lei, pautado na quebra entre o direito e a moral, apresentar as soluções para os casos submetidos ao exame do intérprete (ZAGREBELSKY, 2007, p. 25).

É que os dogmas normativistas da autonomia da ciência jurídica, compreendendo o direito como desvinculado de quaisquer outras áreas do conhecimento, principalmente da moral, cujo papel do juiz consiste em apenas apreender o conteúdo da lei instituída, de modo a buscar o sentido da norma emprestado pelo legislador, mostraram-se inadequados aos anseios e às necessidades sociais, eis que ausente de legitimidade as decisões judiciais (ZAGREBELSKY, 2007, 20-34).

Ocorre que, em razão do advento do Estado do bem-estar social no início do século XX, quando, constatado o abuso das liberdades pelos indivíduos, passa-se a exigir do poder público sua intervenção nas relações privadas, de modo a garantir e proporcionar condições mínimas de igualdade e subsistência. É o momento da consolidação dos direitos sociais, os quais eram expressos, principalmente, no direito à moradia, educação, saúde e condições dignas de trabalho e do advento do Estado Constitucional (BONAVIDES, 1998, p. 110-138).

Neste momento, abandona-se o postulado normativista de que apenas a lei conteria as respostas para os problemas sociais enfrentados pelo direito para defender a aproximação entre o texto legal e a moral, por meio do reposicionamento dos preceitos constitucionais no processo hermenêutico (ROCHA, 2004, p. 248-249).

A partir de então, os direitos fundamentais, dotados de caráter principiológico, são veículos de interpretação utilizados pelo juiz através dos quais é permitida a identificação de elementos sociológicos, ideológicos e normativos pelo intérprete, a fim de que possa ser tomada decisão no caso concreto de modo a conferir-lhes maior eficácia (SARLET, 2006, p. 40-45).

Paralelamente, como a sociedade não é estática, nova percepção dos valores e necessidades sociais impulsiona a revisão da teoria do Estado. Trata-se dos fenômenos da globalização e da consolidação dos direitos humanos no plano internacional, considerados os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral, respectivamente, que irão subsidiar teoricamente o Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2007, p. 4).

É que, neste modelo, a idéia de soberania é revista, abandonando a perspectiva clássica de que o Estado constituiu-se como tal tem o poder de tomar decisões quaisquer, tendo em conta seu poder absoluto e perpétuo. Adota-se a soberania sob o enfoque da prevalência dos direitos humanos, preocupação esta que passa a constar, inclusive, dos textos constitucionais, bem como da pluralidade de vinculações jurídicas e fáticas, em sede internacional, por meio de cessão de parcela da competência estatal a organismos internacionais, em prol da concretização desses

direitos, da preservação da humanidade e da redução de desigualdades entre os povos (KOTZUR, 2008).

Ante a incipiência deste paradigma estatal, não é apenas o papel dos Poderes Executivo, por meio da assinatura de tratados internacionais, e Legislativo, pela ratificação dos tratados e instituição de responsabilidade internacional, que se contribui para a concretização do Estado Constitucional Cooperativo, mas, de igual modo, pelo papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, Peter Häberle propõe o método comparativo como quinto método de interpretação, aliado aos métodos literal, sistêmico, histórico e teleológico, o qual consiste na realização de comparação entre o direito local e o estrangeiro com a finalidade de cotejar culturas, para que possam ser consolidados os direitos humanos ou direitos fundamentais no plano internacional (SILVA, 2007).

O método comparativo, por sua vez, é distinto daquele direito comparado validado no início do século XX, sob o manto da Escola Normativista, em que apenas havia a incorporação de documentos estrangeiros, sem a preocupação em concretizar direitos no plano internacional. Diferentemente, o método comparativo no Estado Constitucional Cooperativo somente se concretiza com o nítido caráter, reiterese, de cooperação para a consolidação e firmação dos direitos em sede internacional. Essa efetiva comparação, necessariamente, deve contar com o exame contextual pragmático em que estes os instrumentos estrangeiros inserem-se, tais como a língua, o sistema jurídico, as fontes de direito e os aspectos sociais e políticos da sociedade (FIX-ZAMUDIO, 2006).

Ou seja, o método comparativo, como a própria sintática reproduz, exige uma seqüência lógica de etapas para que atinja seu fim, não sendo suficiente a mera menção a textos normativos ou precedentes estrangeiros para que se tenha aplicada à metódica comparativa.

Seqüencialmente, após constatado o pano de fundo teórico que circunda o método comparativo, fez-se uso da metodologia de estudo de precedente do

Supremo Tribunal Federal que mostrasse maior pertinência ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

3.2 O ESTUDO DO PRECEDENTE HC n°. 82.424: ANTI-SEMITISMO COMO CREIME DE RACISMO

Identificar que o HC n°. 82.424 aborda questões atinentes ao racismo e ao discurso anti-semita e, nele, foi feita menção a dispositivos e elementos jurídicos estrangeiros, o que demonstrou sua consonância com as perspectivas internacionais inerentes ao Estado Constitucional Cooperativo (SUPREMO, 2008).

A controvérsia travada no processo relaciona-se à publicação e edição de livros em que há manifestações contra os judeus, de modo a inferiorizá-los. De um lado, Siegfried, o editor e paciente no HC n°. 82.424, defende que seu ato é lícito, uma vez que a Constituição Federal assegura seu direito à liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX), pelo que não haveria cometimento de crime. Entendendo-se pelo cometimento de crime, que este seria de incitação contra o judaísmo (artigo 20, caput, da Lei n°. 7.716/89) e não racismo, devendo ser aplicada a prescrição, afastando-se, portanto, a imprescritibilidade (artigo 5º, inciso XLII). Por outro lado, defendem as entidades representantes dos judeus, assim como o Ministério Público Federal, que a incitação aos judeus é crime de racismo, invocando os direitos constitucionais à igualdade (artigo 5º, caput) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, assim, imprescritível (SUPREMO, 2008).

Diante dos direitos à liberdade de expressão, de um lado, e da igualdade e dignidade da pessoa humana, de outro, o Supremo Tribunal Federal teve de se posicionar a respeito de qual dos direitos fundamentais invocados teriam mais força no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, houve por bem indeferir o HC n°. 82.424, ao paio do princípio da proporcionalidade, sob o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado, no caso concreto, na proteção do grupo étnico dos judeus, pode afastar o direito à liberdade de expressão do

autor e veiculador dos livros anti-semitas, assim como a imprescritibilidade do crime.

No que concerne à imprescritibilidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela aplicação do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. É que ela se mostra instrumento hábil a garantir a concretização dos mais altos valores da nossa Constituição, especificamente o da dignidade da pessoa humana, uma vez que capaz de punir condutas que agridam a igualdade entre os povos, impedir que caiam no esquecimento, primando pela consolidação de uma sociedade igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Para chegar a tal conclusão, vários argumentos de índole estrangeira foram utilizados.

Primeiramente, no voto do Ministro Maurício Corrêa, faz-se um relato do histórico da segregação judaica, a partir da descrição dos primeiros registros bíblicos de Abraão até o apogeu do nazismo na Alemanha, com a instituição do holocausto e dos campos de concentração, com enfoque específico para o fato de que a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão servissem de escudo para a expressão de ódio e repudia aos judeus. A propaganda, nesse contexto, foi uma das mais eficientes armas do nazismo para difusão de sua ideologia racista e anti-semita (SUPREMO, 2008).

Do mesmo modo, analisando a repercussão brasileira da segregação anti-semita, o Ministro Celso de Mello demonstrou que Getúlio Vargas também incorporou determinados ideais nazi-fascistas, principalmente ao estatuir a Lei de Segurança Nacional, no sentido de consideração do interesse público, o que corrobora para a legitimidade de o Brasil colocar-se na luta contra a discriminação da etnia judaica.

Para interpretar o termo racismo, de igual modo, foi necessário que se recorresse à doutrina estrangeira. Especificamente, os Ministros Maurício Correa e Gilmar Mendes afirmam que a acepção da raça não deve ser considerada em função de seu conceito biológico. Diferentemente assinala o Ministro Maurício Correa:

Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos. (SUPREMO, 2008)

Nessa toada, após demonstração de que, para a ciência, inexistente subdivisão entre os seres humanos, a Corte pontuou que há uma única raça humana e que as segregações. “A divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial”.(SUPREMO, 2008)

Sob a perspectiva da sociologia, o Dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford explica que a discriminação racial envolve três conceituações periféricas, quais sejam: a) racialismo, consubstanciado no tratamento desigual de um grupo social com base tão-somente em características físicas e traços socialmente estabelecidos para denotar uma raça particular; b) racismo, que é o sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, atribuindo valoração negativa às referidas características; c) racialização, atribui-se como raça determinado grupo específico (SILVA, 2008).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes assinala preocupação acadêmica quanto à incitação a discriminação racial por meio do gozo da liberdade de expressão, sustentado em Kevi Boyle. Para o membro da Corte Constitucional, o exercício deste direito vulnera o princípio da igualdade. Sobre o tema, pontua que a temática abrange os direitos à liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. De um lado, encontra-se a liberdade de expressão, fundamental para o desenvolvimento da democracia. De outro, todavia, o elemento central da democracia é a isonomia. O conflito resolve-se por aplicação do princípio da proporcionalidade:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações

internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabeleça ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão. (SUPREMO, 2008)

No mesmo diapasão, o Ministro Maurício Correa aponta que a Organização das Nações Unidas, organismo internacional tido como marco para o processo de internacionalização dos direitos, por meio da Resolução nº. 623, explicitou que o racismo abrange, também, as práticas anti-semitas, dado todo o contexto histórico de segregação vivenciado pela etnia judaica (SILVA, 2008).

Nessa perspectiva, o Ministro Maurício Correa aponta que o combate ao preconceito foi estabelecido pela Declaração sobre Raça e preconceito Racial, proclamada em 1978 pela UNESCO, afirmando-se que todos os indivíduos pertencem a uma mesma espécie, inexistindo raças ou segregações (SUPREMO, 2008).

Da mesma forma, repelindo qualquer forma de discriminação, o Brasil compartilhou do entendimento firmado na Assembléia da ONU em 1960, em que restou consignado que a “perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente”. Nesta oportunidade, o Brasil adere à Convenção Internacional contra o genocídio (SUPREMO, 2008).

Na mesma seara, firmou-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê combate à “apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência” (SUPREMO, 2008).

Outrossim, lembrada pelos Ministros Maurício Correa e Celso de Mello, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, defendeu-se a indivisibilidade e a internacionalidade dos direitos

humanos, ratificando-se a repúdia ao preconceito e racismo. Referido diploma, com efeito, contribuiu para que o Brasil empregasse significativos avanços conceituais concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com a concretização dos direitos humanos, à interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e direitos humanos, no sentido do reconhecimento de sua universalidade.

O Ministro Maurício Correa, da mesma forma, consignou que:

Na França, a Lei 90615/90 dispôs que a conduta punível “a negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto”. O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério de vítimas do nazismo em Carpentras em 1991, “aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel nazista.

Também na Espanha a denominada “lei contra o nazismo” de 1995 tipificou como crime de negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas ao holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação “de crime de guerra ou contra a paz e a humanidade.

O Parlamento Europeu, após estudos desenvolvidos “no ano europeu contra o racismo”, propôs que os Estados-membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a negação do holocausto ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e a difusão de material de conteúdo racista, xenófobo ou revisionista. (SUPREMO, 2008)

No âmbito da manifestação da jurisprudência sobre tais temas, o Ministro Gilmar Mendes assinala decisões similares foram tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra (SUPREMO, 2008).

De fato, a Suprema Corte americana deparou-se com o caso consubstanciado em pichação dos muros de sinagogas em Maryland com símbolos anti-semitas. As entidades judaicas ajuizaram ação contra os responsáveis e obtiveram êxito em primeira e segunda instâncias. No entanto, a Suprema Corte reformou o entendimento, no sentido de negar aos judeus, em razão de não serem grupo social

distinto. É que a lei de 1982 objetivava proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, conferindo, assim, maior conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana.

A Câmara dos Lordes, em 1983, ao apreciar o caso *Mandla v. Dowell* entendeu que, sob o manto do Racial Relations Act de 1976, o significado da terminologia “étnico” não pode ser interpretado em sentido estrito. Assim, a acepção do termo não pode remontar a aspectos tão-somente científicos, mas, sim, a elementos culturais e políticos, sendo de rigor, assim, a interpretação extensiva do crime de racismo.

Nesse contexto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal fundamentou o indeferimento do habeas corpus em comento, precipuamente, com base na comparação do tratamento de racismo no estrangeiro, sob o enfoque dos aspectos históricos relacionados à segregação judaica, dos organismos internacionais que buscam sedimentar direitos humanos, do tratamento legislativo do assunto e da jurisprudência constitucional de determinados países.

Com efeito, os países que serviram de paradigmas para comparação de legislação pertinente ao tema foram Espanha, França e Portugal, países que têm a mesma família de direito do Brasil, ou seja, romano-germânica, acertada, portanto, a escolha pelo Supremo Tribunal Federal (DAVID, 1996).

Com relação ao tratamento do racismo por organismos internacionais, a Corte brasileira utiliza-se do método comparativo para estabelecer parâmetros para compreensão do termo “raça”. Nesse sentido, há referência à proteção de tais organismos das etnias contra o preconceito, especificamente as disposições da Organização das Nações Unidas, da UNESCO, do Parlamento Europeu e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Constata-se, nesse ponto, que a preocupação brasileira foi no sentido de identificar os objetivos e valores nas disposições de organizações internacionais dissipadoras do ideal-moral da concretização dos direitos humanos e da redução das desigualdades entre os povos e estabelecer cooperação adotando os fundamentos ali firmados (HÄBERLE, 2007).

No que concerne aos precedentes mencionados, nota-se que foi feita referência a decisões adotadas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, países ancorados na tradição notória de proteção de direitos fundamentais (BONAVIDES, 1998).

Nota-se que outros paradigmas estrangeiros poderiam ser suscitados, especificamente os utilizados pelos países da própria América Latina, o que resultaria em maior grau de legitimidade da decisão, tendo em vista a proximidade cultural e correlação histórica entre eles (SILVA, 2007).

4 DISCUSSÃO

Ressalta-se que a pesquisa aqui realizada é exame notadamente superficial das abrangentes e abertas categorias trabalhadas, tais como a comprovação de superação dos modelos estatais, Estado de Direito a Estado Pós-positivista, a aproximação entre o direito e a moral, o papel do juiz como construtor da norma e a relação com a separação dos poderes, bem como o novel advento da cooperação internacional e reformulação do conceito de soberania.

No entanto, foi possível detectar que, a partir da assertiva bem colocada por Pérez Luño, no sentido de que o paradigma estatal deve conformar-se à geração sucessiva de necessidades e valores sociais, (LUÑO, 2002, p. 97) advém a proposta do Estado Constitucional Cooperativo.

Com efeito, o Estado Constitucional Cooperativo é o modelo de Estado que objetiva incorporar os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral da globalização e da consolidação dos direitos humanos no plano internacional pelo direito (HÄBERLE, 2007, 4).

Nessa perspectiva, é imperiosa a revisão da idéia tradicional de soberania, no sentido de que se trata de um poder absoluto e perpétuo (HESPANA, 2000, p. 26-30) Adota-se, sim, a perspectiva da soberania coordenada em função dos demais interesses mundiais, pautados na concretização dos direitos humanos, a partir de uma perspectiva de respeito a aspectos culturais, em manifesto cunho de preservação de

uma sociedade pluralista, bem como a redução de desigualdades entre os povos (KOTZUR, 2008).

O papel do juiz, neste cenário, deve consistir, também, na cooperação internacional, o que se viabilizará com a comparação. É nesse espectro que Peter Häberle propõe o método comparativo como quinto método de interpretação, aliado aos métodos literal, sistêmico, histórico e teleológico, o qual consiste na realização de comparação entre o direito local e o estrangeiro com a finalidade de cotejar culturas, para que possam ser consolidados os direitos humanos ou direitos fundamentais no plano internacional (SILVA, 2007).

Seqüencialmente, após constatado o pano de fundo teórico que circunda o método comparativo, fez-se uso da metodologia de estudo de precedente do Supremo Tribunal Federal que mostrasse maior pertinência ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Nesse sentido, foi possível identificar que, no HC nº. 82.424, abordam-se questões atinentes ao racismo e ao discurso anti-semita e, nele, foi feita menção a dispositivos e elementos jurídicos estrangeiros, o que demonstrou sua consonância com o princípio da responsabilidade internacional ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Diante dos direitos à liberdade de expressão, de um lado, e da igualdade e dignidade da pessoa humana, de outro, o Supremo Tribunal Federal teve de se posicionar a respeito de qual dos direitos fundamentais invocados teriam mais força no caso concreto, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, na proteção do grupo étnico dos judeus, pode afastar o direito à liberdade de expressão do autor e veiculador dos livros anti-semitas, assim como a imprescritibilidade do crime (SUPREMO, 2008).

Para chegar a tal conclusão, vários argumentos de índole estrangeira foram utilizados, desde a descrição dos elementos históricos que ensejaram o combate ao racismo praticado contra os judeus no cenário internacional até a repercussão de tal

fenômeno no Brasil.

De igual modo, a doutrina estrangeira sobre a acepção do termo racismo serviu de parâmetro para a tomada de decisão pelo indeferimento do habeas corpus em comento. Nesse ponto, os Ministros Maurício Correa e Gilmar Mendes, especificamente, afirmam que a acepção da raça não deve ser considerada em função de seu conceito biológico, mas, sim, tendo-se em conta os elementos antropológicos e sociológicos de segregação e hierarquização entre os povos.

Outrossim, a fundamentação da decisão conta com a comparação do tratamento do crime de racismo firmada na esfera legislativa na Espanha, França e Portugal, países que têm a mesma família de direito do Brasil (DAVID, 1996, p. 25-137).

No mesmo diapasão, a Corte brasileira estabeleceu diálogo com organismos internacionais pautados na concretização de direitos humanos, especificamente a ONU, a UNESCO, o Parlamento Europeu e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, aproximando, assim, as preocupações internacionais para o combate à discriminação racial (HÄBERLE, 2007, p. 24-41).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal fez menção a decisões adotadas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha em casos similares, o que demonstra, mais uma vez, o diálogo entre países ancorados na tradição notória de proteção de direitos fundamentais, em nítido caráter cooperativo (BONAVIDES, 1998, p. 510-539).

Nota-se, assim, a confirmação da hipótese lançada no início da pesquisa, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal encontra-se em consonância com os preceitos do Estado Constitucional Cooperativo, especificamente no que concerne à concretização dos direitos fundamentais internacionalmente, na medida em que, ante a repúdia ao incitamento aos ideais nazistas veiculados em livros, por meio da condenação do respectivo autor, nada obstante detectado que a menção a instrumentos de países latino-americanos pudesse conferir grau ainda maior legitimidade à decisão tomada no bojo do Habeas Corpus n°. 82.424.

Todavia, a fundamentação adotada no HC nº. 82424 não é regra no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, ao contrário, do maior acórdão da história da Corte Constitucional brasileira, confirmando a premissa já lançada por Peter Häberle, de que o Estado Constitucional Cooperativo ainda é incipiente e muitas das preocupações internacionais importantes para a continuidade da humanidade ainda não constituem objetivos dos Estados (HÄBERLE, 2007, p. 10-13).

Convida-se, assim, à aproximação dos interlocutores com o Estado Constitucional Cooperativo, de modo a repensar a complexidade do direito por intermédio do diálogo com o “universo”, definindo estratégias para a proteção dos direitos fundamentais internacionalmente, eis que não há como fugir deste destino.

5 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em:

http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf
≥. Acesso em: 28 mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2008.

BRASIL. LEI Nº. 7.716/89. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 10 jan. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XII.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado. Introdução. Teoria e metodologia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Tendencias actuales del derecho comparado. In: SERNA DE LA GARZA, José Maria (coord.). **Metodología del derecho comparado.** Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1793>>. Acesso em: 05 set.2006.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo.** Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007.

HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de direito constitucional e internacional.** São paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar, 2000.

KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy.* In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano.* Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** São Paulo: Manole, 2005.

LUÑO, Henrique Perez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional.* 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo).** Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ARIANE COSTA GUIMARÃES

**A UTILIZAÇÃO DO MÉTODO COMPARATIVO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Relatório final apresentado como
requisito para conclusão do VI
Programa de Iniciação Científica do
Centro Universitário de Brasília (PIC /
UniCEUB)

Orientadora: Prof. MSc. Christine Peter
da Silva

Curso: Direito

BRASÍLIA

2008

RESUMO

Relatório de pesquisa que visa constatar a adequação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao método comparativo utilizado no Estado Constitucional Cooperativo, especificamente no que concerne a direitos fundamentais. A relevância dessa abordagem é verificada na necessidade de compreensão da atividade hermenêutica do STF ao utilizar a comparação na tomada de decisões: se age legitimamente, aplicando os valores e direitos eleitos pela sociedade e cooperando para a concretização dos direitos fundamentais no plano internacional, ou, ao contrário, ilegitimamente, como argumento de autoridade em mera importação de precedentes/atos jurídicos estrangeiros. Para viabilizar esta investigação, inicia-se a pesquisa pela descrição do Estado Constitucional Cooperativo, explicando de que forma ele supera o paradigma do Estado de Direito, especificamente no que toca à concretização dos direitos fundamentais da solidariedade e universalização dos direitos humanos e o conseqüente desenvolvimento do método comparativo como “quinto” método interpretativo. Em seguida, são identificadas as etapas e aspectos que devem ser observados, necessariamente, ao realizar-se a interpretação pelo método comparativo com o fim de concretização dos direitos fundamentais no plano internacional. Por fim, para verificar a coerência da atividade hermenêutica realizada pelo STF aos fins do Estado Constitucional Cooperativo, faz-se o estudo do *Habeas Corpus* nº. 82424 e dos passos ali utilizados para a tomada de decisão. Os autores essenciais à compreensão do tema são Peter Häberle, Antonio Pérez Luño e Inocêncio Mártires Coelho. Ao fim dessa etapa, que, ressalte-se, será continuada no Núcleo de Estudos Constitucionais do UniCEUB, constata-se que o Estado Constitucional Cooperativo propõe verdadeira releitura dos conceitos clássicos de soberania, bem como orienta para a concretização do princípio da solidariedade na esfera internacional, mediante a universalização dos direitos fundamentais. Para tanto, propõe-se a utilização do método comparativo como instrumento para viabilização da consolidação do Estado Constitucional Cooperativo. Este método comparativo, por sua vez, no contexto do Estado Constitucional Cooperativo, não se perfaz pela mera remissão a atos decisórios e normativos estrangeiros, mas, sim, por estudos prévios de elementos lingüísticos, na acepção semiótica das principais categorias envolvidas, do sistema jurídico, estudando-se as divisões, os modos de administração e as fontes de direito, o meio social e histórico correlatos. Após, ao estudar o HC 82424, verifica-se que o STF utilizou o método comparativo de forma satisfatória, na medida em que se identifica a preocupação dos julgadores com o contexto histórico em que se deu a prática de racismo contra os semitas no caso concreto e no ato jurídico paradigma, inserindo o Brasil no cenário solidário de combate a práticas anti-semitas, uma vez que o anti-semitismo é fenômeno de repercussão global.

Palavras-chaves: Direito constitucional, método comparativo no Estado Constitucional Cooperativo, anti-semitismo.

LISTA DE ABREVIATURAS

- ADI – Ação direta de inconstitucionalidade
- ADPF – Ação de descumprimento de preceito fundamental
- AI – Agravo de instrumento
- HC – *Habeas Corpus*
- MS – Mandado de segurança
- STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA PESQUISA.....	5
2 APRESENTAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS E INFORMAÇÕES OBTIDAS.....	9
PARTE I – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: O MÉTODO COMPARATIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO.....	10
I.1 A ESCOLA DA EXEGESE E O ADVENTO DO ESTADO DE DIREITO: O JUIZ COMO INTÉRPRETE LITERAL DA LEI	10
I.2 A ESCOLA NORMATIVISTA E O APOGEU DO ESTADO DE DIREITO: A APLICAÇÃO DO DIREITO EM CONSONÂNCIA COM A VONTADE DO LEGISLADOR E O DISTANCIAMENTO ENTRE DIREITO E MORAL	12
I.3 A ESCOLA PÓS-POSITIVISTA E O ESTADO CONSTITUCIONAL: REAPROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS E A REFORMULAÇÃO DO PAPEL DO JUIZ.....	18
I.4 O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: INTRODUÇÃO AO MÉTODO COMPARATIVO COMO QUINTO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO	25
PARTE II – ESTUDO DE PRECEDENTE	37
II.1 HC Nº. 82.424: MOTIVOS PARA SELEÇÃO	37
II.2 A DESCRIÇÃO DO CASO: ASPECTOS FÁTICOS E DISPOSITIVOS NORMATIVOS ENVOLVIDOS.....	39
II.3 IDENTIFICAÇÃO DA QUESTÃO DISCUTIDA	42
II.3.1 DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO.....	42
II.3.2 DA PRÁTICA DO CRIME DE RACISMO: DIREITO À IGUALDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	44
II.4 DISCUSSÃO SOBRE OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA INDEFERIR O <i>HABEAS CORPUS</i> Nº. 82424.....	47
II.4.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIMITES.....	47
II.4.2 O ALCANCE DO CRIME DE RACISMO.....	51
II.4.3 A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA CONDUTA.....	58
II.4.4 CONCLUSÃO DO JULGAMENTO: PONDERAÇÃO PARA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS.....	59
PARTE III – RESULTADO DE ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE DADOS: O MÉTODO COMPARATIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A ATIVIDADE HERMENÊUTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC Nº. 82.424.....	63
3 CONCLUSÕES.....	74
4 REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO AO ESTUDO DA PESQUISA

A pesquisa em comento objetiva analisar a jurisprudência constitucional brasileira fundamentada no direito comparado, por meio da seleção de precedente paradigmático que trata de direitos fundamentais, especificamente os relacionados à sua concretização no plano internacional, e comparar o processo hermenêutico nele utilizado aos aspectos hermenêuticos propostos pelo Estado Constitucional Cooperativo.

É de se enfatizar que o relatório de pesquisa em tela não tem por objetivo analisar o arcabouço normativo brasileiro atinente à incorporação do direito estrangeiro pelo ordenamento pátrio, na medida em que seu objetivo é examinar a forma como a Corte Constitucional brasileira utiliza o método comparativo na formação da jurisprudência de direitos fundamentais. Ou seja, não se examinará os textos normativos e sua intrínseca correlação ao tema escolhido, nada obstante estes possam constituir elementos argumentativos para caracterizar aspectos pertinentes ao desenvolvimento do Estado Constitucional Cooperativo.

No momento em que a sociedade contemporânea se depara com novos problemas provenientes da globalização econômica, política e cultural e os fenômenos da internacionalização dos direitos, torna-se imperioso avaliar este fenômeno não apenas sob a perspectiva dos poderes legislativo e executivo, por meio da recepção/incorporação das normas internacionais pelo ordenamento jurídico, mas, principalmente, sob a percepção do poder judiciário no processo de tomada de decisões.

É que no Estado Constitucional Cooperativo, estruturado sob o manto pós-positivismo, há a releitura do conceito de soberania de modo a conformá-lo à internacionalização dos direitos humanos e à globalização, sendo de grandiosa importância o exame da jurisprudência, sob o enfoque de sua coerência e adequação aos fatos.

Destarte, em razão da crença pessoal desta autora na reformulação da hermenêutica constitucional com o advento do Estado Constitucional Cooperativo e a propositura do método comparativo como um de seus instrumentos concretizadores, é oportuno o estudo da jurisprudência constitucional brasileira fundamentada no direito estrangeiro, na medida em que será possível diagnosticar, ao menos com a identificação de noções elementares, o modo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, é imperioso assinalar que a análise da utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal é tema inserido na linha de pesquisa do “Direito Comparado”, do “Núcleo de Estudos Constitucionais” do UniCEUB, comprovando-se, assim, a justificativa acadêmica do assunto.

A hipótese da presente pesquisa é a de que o Supremo Tribunal Federal, intérprete constitucional por excelência, reconhece a necessidade de diálogo com o direito estrangeiro para resolução de conflitos contemporâneos relativos aos direitos fundamentais, tanto para legitimar-se diante da sociedade brasileira, atendendo à proposta constitucional de cooperação, já expressa no preâmbulo da Constituição Federal vigente, quanto para inserir-se no contexto mundial para a consolidação dos direitos humanos.

O objetivo central da pesquisa, desta feita, é identificar de que forma o Supremo Tribunal Federal utiliza o direito estrangeiro na tomada de decisões referentes a direitos fundamentais. Será verificado se o Tribunal considera os elementos essenciais para tal desiderato, como, por exemplo, a cultura, a língua e peculiaridades sistêmicas do direito estrangeiro paradigma.

Para atingir tal objetivo, opta-se por estabelecer outros objetivos secundários, os quais são concernentes à definição e explicação do conceito de Estado Constitucional Cooperativo e, posteriormente, da proposição do método comparativo como seu instrumento concretizador.

Para delimitar as reflexões sobre o tema apresentado, foram selecionadas as bases teóricas desenvolvidas por Antonio Pérez Luño e de

Inocência Mártires Coelho acerca do conceito de Estado Constitucional Cooperativo e da reformulação dos aspectos hermenêuticos correlatos, de acordo com as quais o Estado tem como função precípua a resolução dos conflitos concretos vivenciados na sociedade, pelo que se propõe a constitucionalização da interpretação e a abertura das normas, mediante o estabelecimento de princípios, enaltecendo, portanto, a função dos intérpretes. De igual modo, as considerações de Markus Kotzur acerca da redefinição do conceito de soberania iluminarão o debate acerca da cooperação internacional e do método comparativo.

Com efeito, a fundamentação teórica desenvolvida por Peter Häberle permeará todas as abordagens da pesquisa, já que propõe o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo, fundamentado na necessidade de consolidação dos direitos humanos no plano internacional e na atribuição de legitimidade às decisões, sugerindo, para tanto, o método comparativo como quinto elemento interpretativo a acrescer os já tradicionais quatro métodos sugeridos por Savigny e Ihering.

As técnicas usadas para concretização da pesquisa são o levantamento de dados, por meio de seleção de livros e artigos relacionados ao tema proposto, a bibliográfica, na medida em que se realizará o cotejo das informações obtidas no levantamento de dados e, por fim, a documental, haja vista a propositura de análise de precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa em comento é do tipo dogmática-instrumental jurídica, visto que se opta pelo delineamento teórico-jurídico do Estado Constitucional Cooperativo para definir de que maneira o método comparativo é inserido neste paradigma, o que servirá de subsídio teórico para o estudo de precedente e o necessário cotejo entre o método comparativo nele empregado e o previsto pela teoria da Constituição contemporânea.

A estrutura do relatório de pesquisa e a organização das idéias são definidas pelo método monográfico dedutivo, na medida em que se parte da conceituação do Estado Constitucional Cooperativo para chegar ao estudo de caso concreto em que o Supremo Tribunal Federal tenha se valido do método comparativo em suas decisões.

O método do estudo de precedente será utilizado na Parte II da pesquisa e consistirá no exame dos seguintes elementos do julgado selecionado: a) escolha de precedente proferido pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal a respeito de direitos fundamentais e que tenha como importante fundamento o direito comparado; b) descrição do caso, definindo a controvérsia e a argumentação utilizada pelas partes envolvidas, assim como os dispositivos normativos pertinentes; c) definição dos argumentos levantados por ambas as partes para defesa dos pontos de vista respectivos; e) explicitação da decisão final do Supremo e identificação dos principais fundamentos utilizados, especificamente os de natureza estrangeira.

Após, propõe-se realizar uma análise da comparação realizada pelo Supremo Tribunal Federal a fim de identificar o intuito da Corte em concretizar os fundamentos basilares do paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

2 APRESENTAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS E INFORMAÇÕES OBTIDAS

A análise da utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal será possível a partir da demonstração, primeiramente, de aspectos teóricos que envolvem o método comparativo, de modo a identificar de que maneira ele é o método comparativo capaz de emprestar concretude ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Nesse sentido, a proposta é identificar como se dá a conformação do Estado Constitucional Cooperativo, o que é feito a partir da demonstração da evolução¹ das Escolas jurídicas, especificamente no que atine aos métodos hermenêuticos e ao papel do juiz no processo de dizer/aplicar o direito (Parte I).

Após a identificação desse panorama teórico, faz-se o estudo do HC nº. 82.424, a fim de identificar a controvérsia travada entre as partes e a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, identificando elementos que possam traduzir os objetivos do Estado Constitucional Cooperativo (Parte II).

Seqüencialmente, faz-se-á análise da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº. 82.424, especificando o processo hermenêutico utilizado e demonstrando de que forma, se é que constatado, este precedente se adéqua aos parâmetros do Estado Constitucional Cooperativo.

¹ O termo “evolução” é empregado como a mudança de perspectivas constatadas ao longo de um lapso temporal específico e, não, obrigatoriamente como um avanço social.

PARTE I – FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA: O MÉTODO COMPARATIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Se nos meados do século XIX, com o advento da Escola Positivista, cria-se que a norma seria a única fonte jurídica capaz de emprestar sentido às condutas humanas e solucionar os conflitos sociais, é no final do século XX que se constata a inadequação de tal premissa à nova ordem social.²

De fato, é notória a abrupta transformação social nos últimos tempos, seja por influência da globalização, que estende o campo de atuação dos agentes econômicos e financeiros a todo o planeta, mediante abertura das barreiras estatais, seja pelo conseqüente cruzamento de valores culturais daí advindos, seja, ainda, pela globalização política, expressa no desenvolvimento do direito internacional e na internacionalização do direito.³

Nessa perspectiva, é importante compreender a evolução das teorias jurídicas a partir da Escola da Exegese, em que ocorre a emancipação da produção legal por meio de atribuição desta função estatal a um órgão independente (função legislativa), demonstrar o modo como a Escola Positivista o aperfeiçoa, compreender o advento da Escola Pós-positivista, bem como introduzir o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

I.1 A ESCOLA DA EXEGESE E O ADVENTO DO ESTADO DE DIREITO: O JUIZ COMO INTÉRPRETE LITERAL DA LEI

A Escola da Exegese, ou Escola dos Glosadores, tem seu nascedouro na França do início do século XIX, cuja principal manifestação é a edição do Código de Napoleão (1804), logo após a Revolução Francesa. Este período é marcado, principalmente, pela ascensão da burguesia ao poder e,

² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 104.

³ RAMOS, José Maria Rodrigues. **Dimensões da globalização**: comunicações, economia, política e ética. Disponível em: <http://www.faap.br/revista_faap/rel_internacionais/rel_01/dimensões.htm>. Acesso em: 07 fev. 2008.

consectariamente, de seus valores básicos, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade.⁴

Esta Escola tem o objetivo de combater o absolutismo monárquico, por meio da reorganização das relações sociais para instituir o sistema jurídico de modo mais abstrato possível, com vistas a evitar o arbítrio e a concentração de poder. A expressão maior desse valor exsurge com a propagação da Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, que pretende separar direito e política, alocando o poder estatal em três funções distintas, legislativo, judiciário e executivo.⁵

Nesse contexto, o papel do juiz resume-se, tão-só, à subsunção do texto puro e literal das regras estabelecidas abstratamente aos litígios a ele apresentados. Eduardo Espínola tece considerações sobre a orientação exegética de hermenêutica jurídica:

O método jurídico-tradicional, clássico ou lógico, tem toda a sua atenção, exclusivamente, voltada para a lei. É fruto da preocupação de limitar todo o arbítrio da interpretação científica, movimentando-se baseado na concepção de que o legislador é o criador do direito. No seu conceito, o direito se identifica com a lei. Parte da idéia de que a lei escrita deve satisfazer a todas as exigências da vida jurídica, bastando ao intérprete examinar-lhe diretamente o conteúdo, para, com os meios fornecidos pela lógica, tirar as conseqüências todas que dela derivam, sem ultrapassar os limites que lhe animaram a formação.⁶

De fato, o direito, nessa época, era concebido como um sistema normativo autônomo e independente de quaisquer outras ciências, no qual a lei se impunha perante todos os sujeitos de direito.⁷

O juiz, nessa perspectiva, era proibido de interpretar, sendo-lhe permitido, tão-somente, buscar o sentido literal que o legislador emprestava aos

⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 24.

⁵ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 33.

⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. V. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939, p. 289-290.

⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 29.

códigos, ou o que se denominou absorver o “espírito” das leis, e aplicá-lo ao caso concreto.

É que o direito, na Escola da Exegese, é considerado como sistema único, completo, tendo como premissa maior o fato de que os códigos poderiam prever todas as situações fáticas possíveis, não havendo lacunas em seu texto. Por esta razão, bem como para evitar abuso de autoridade por parte do Poder Judiciário, o juiz não poderia e nem precisaria interpretar, mas, tão-somente, reproduzir os textos legais considerados auto-explicativos.

Ante a extrema rigidez de aplicação do direito, própria da Escola da Exegese, ocorre o desenvolvimento da Escola Normativista ou Positivista Jurídica, por meio da qual se constrói o modelo da teoria pura e científica do direito, abordada a seguir.

I.2 A ESCOLA NORMATIVISTA E O APOGEU DO ESTADO DE DIREITO: A APLICAÇÃO DO DIREITO EM CONSONÂNCIA COM A VONTADE DO LEGISLADOR E O DISTANCIAMENTO ENTRE DIREITO E MORAL

Assentada sob o positivismo, a Escola Normativista é aquela em que se consolida o paradigma do Estado de Direito e o direito se conforma como ciência.

Um de seus maiores teóricos, o alemão Hans Kelsen, desenvolve a “Teoria pura do direito”, segundo a qual a abordagem jurídica deveria ser livre da interferência de quaisquer conceitos inerentes às demais, inclusive a filosofia, a ética e a moral.⁸

Nessa perspectiva, as respostas para questionamentos jurídicos são encontradas no próprio direito, “retirando deste todo resquício metafísico, opondo-se

⁸ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 23.

assim às concepções jusnaturalistas, sejam elas de base natural, divina ou racional, que desde os primórdios serviram para a definição do Direito”.⁹

De acordo com a teoria kelseniana da pureza do direito, a ciência jurídica equivale à interpretação normativa dos fatos, os quais somente podem ser visualizados por meio do conteúdo que a norma lhe confere. É por isso que não é permitida a interferência de quaisquer elementos metafísicos na investigação científica do direito. A validade de uma norma só é considerada no plano formal, ou seja, mediante sua adequação à norma de hierarquia superior, vedada, portanto, qualquer juízo de valor acerca de sua validade material. Isto se deve à necessidade de atribuir caráter impessoal e objetivo à ciência jurídica, na medida em que o emprego do método científico seria “indispensável para se alcançar a objetividade que o conhecimento jurídico requereria”.¹⁰

A organização desse conjunto normativo abstrato, por sua vez, assenta-se na idéia de uma pirâmide de normas, a qual era interligada pela atribuição de hierarquia formal entre elas, sendo a Constituição o topo dessa construção normativa. Isto se deve ao fato de que a Lei Maior é considerada o reflexo da norma hipotética fundamental, que, por sua vez, corresponde aos fundamentos metafísicos constitutivos da sociedade, os quais não pertencem à ciência do direito.¹¹

A norma hipotética fundamental somente pode ser interpretada e aplicada pela autoridade competente e legítima, compreendida esta no poder constituinte devidamente constituído. Isto porque “a norma fundamental, enquanto, por um lado, atribui aos órgãos constitucionais poder de fixar normas válidas, impõe

⁹ TORRES, Ana Paula Repolês. Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. **Revista CEJ**, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 10, n. 33, p. 72-77, abr./jun. 2006, p. 73.

¹⁰ TORRES, Ana Paula Repolês. Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. **Revista CEJ**, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 10, n. 33, p. 72-77, abr./jun. 2006, p. 74.

¹¹ COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1772/1469>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

a todos aqueles aos quais se referem as normas constitucionais o dever de obedecê-las".¹²

Nesse sentido, a Constituição é tida como documento político, que estabelece a separação dos poderes e sua organização, bem como os direitos fundamentais, os quais são interpretados pelas normas de hierarquia inferior, cabendo ao aplicador do direito, sob um raciocínio silogístico, subsumir o fato à norma. Nesse sentido, pode-se afirmar que:

O positivista, como intérprete da Constituição, é conservador por excelência. Quem muda a Constituição é o legislador, ou seja, o constituinte e não o intérprete. A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador ou sequer aperfeiçoador. Aplicar o direito e criar o direito, dizem eles, são duas funções distintas, ou como afirma Burckhardt, se acham em antagonismo conceitual absoluto.¹³

Para aperfeiçoar a atividade hermenêutica na abstração do sentido emprestado à lei pelo legislador, paralelamente ao emprego do método de aplicação do direito pela literalidade do texto normativo, herança da Escola da Exegese, Savigny formula três métodos de interpretação jurídica, quais sejam, lógica, histórica e sistemática. Da mesma forma, complementa Ihering a hermenêutica positivista com o método de interpretação teleológico.¹⁴

A interpretação lógica determina que o intérprete deve buscar o sentido que o legislador atribuiu a norma, sentido este considerado o correto e mais puro que se pode abstrair.¹⁵

Nesse ponto, Savigny assemelha a interpretação da lei à reconstrução do pensamento do órgão legislativo, pelo que, juntamente com o método lógico, prevê o método histórico, mediante o qual é possível identificar os

¹² COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1772/1469>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 149.

¹⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 7-8.

¹⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 10.

elementos da época de elaboração da norma para aferir as razões que a ensejaram.¹⁶

Por fim, o jurista alemão identifica o método sistemático como aquele que irá completar a atividade hermenêutica e manter a integridade do ordenamento jurídico, na medida em que determina a interpretação da norma considerada dentro de um todo conexo e unitário.¹⁷

O método teleológico, por sua vez, desenvolvido por Rudolf von Ihering, dispunha que o hermeneuta deveria recorrer-se às finalidades da lei para buscar seu sentido, sendo este válido apenas quando a aplicação do direito se der de acordo com a finalidade atribuída à norma.¹⁸

Nada obstante o predomínio da interpretação literal, com vistas à abstração do espírito do legislador, é importante enaltecer que a hermenêutica positivista admitia a pluralidade de aplicação do direito, permitindo que houvesse divergência de entendimento quanto ao conteúdo normativo.

Segundo Hans Kelsen, esse processo realiza-se da seguinte forma:

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a

¹⁶ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 28.

¹⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001, p. 35.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 426.

norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.¹⁹

Como se denota, é possível que haja interpretações divergentes sobre um mesmo assunto, desde que haja enquadramento dos fatos envoltos diferentemente, baseando em preceitos normativos distintos, para, somente então, conduzir a interpretações díspares.

Ou seja, a divergência de interpretação não advinha do questionamento da validade da lei e do sentido que lhe emprestava o juiz, mas apenas de diferenciação na “moldura” que se conferia aos fatos.

No que atine às fontes de direito, o aplicador do direito dispunha de um rol de fontes às quais poderia fundamentar esta ou aquela decisão. Na estrutura piramidal prevalecente na Escola Normativista, o aplicador do direito recorria, primeiramente, ao texto da lei para subsumir o fato concreto em apreciação, podendo valer-se, excepcionalmente, quando da ausência de disposição normativa a respeito, dos costumes, da equidade e dos princípios gerais do direito, inadmitindo-se, conforme já exposto, remissão a quaisquer elementos históricos, filosóficos, políticos ou inerentes às demais ciências.²⁰

Vale frisar que toda essa construção teórica do paradigma normativista visa a resguardar os anseios sociais contemporâneos à Revolução Francesa, assegurando, portanto, as liberdades aos indivíduos e afastando a interferência estatal, relacionados reagindo ao absolutismo, no sentido de conferir maior impessoalidade, imparcialidade e racionalismo ao texto normativo, estabelecendo, assim, uma Constituição na qual estariam sedimentados os direitos fundamentais de liberdade negativa, neste primeiro momento, bem como a separação dos poderes em executivo, legislativo e judiciário. Assim, conforme afirma Menelick Carvalho Netto, obviamente que no Estado de Direito, modelo estatal moldado à luz do normativismo, a atividade hermenêutica do juiz é puramente mecânica, reduzindo-se à subsunção dos fatos concretos ao texto normativo, sendo-

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390-391.

²⁰ COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1772/1469>>. Acesso em: 07 mar. 2008.

lhe vedada a reflexão acerca dos diplomas legais, já que não era o legitimado para tal desiderato.²¹

Todavia, nada obstante a hermenêutica jurídica normativista fornecer elementos formais adequados às situações fáticas, com a evolução da viabilidade de utilização do método gramatical para a inserção dos métodos sistemático, histórico e teleológico, tornando o ordenamento jurídico verdadeiro complexo normativo fechado, constatou-se que as soluções jurídicas inseridas nas normas não se coadunavam com os valores sociais incipientes, principalmente após o cume das grandes guerras.

É que, com a distância que se instaurou entre o direito, que se isolava das demais ciências e, inclusive, de fundamentos axiológicos e filosóficos, detectou-se um carência de adequação entre o direito aplicado e os anseios da sociedade contemporânea.

Com efeito, foi possível detectar que a atividade hermenêutica de cunho eminentemente legalista, na busca primária do sentido que o legislador emprestou à norma retrospectivamente, pela manutenção do estado anterior, dissociava-se do contexto social, o que gerou a crise de legitimidade da aplicação normativista do direito.²²

Sobre o assunto, Zagrebelsky assinala que o Estado de direito não era nada mais senão o retorno do absolutismo com a roupagem de assembleias parlamentares. Passou-se do Estado conformado sob a vontade do monarca para o Estado constituído pela vontade do legislador, sem que se fossem considerados os valores sociais pertinentes.²³

²¹ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 34.

²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 148.

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 25.

Reagindo a essa deformidade do sistema positivista, sobrevieram estudos e fenômenos que conduziram à readequação da teoria de Estado de direito, de modo a conferir à Constituição maior força e auto-aplicabilidade, de modo a preservar a legitimidade do ordenamento jurídico. Eis a proposta do Estado Constitucional.

I.3 A ESCOLA PÓS-POSITIVISTA E O ESTADO CONSTITUCIONAL: REAPROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL, DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS E A REFORMULAÇÃO DO PAPEL DO JUIZ

Como já relatado, o Estado de Direito possui como premissa o princípio da reserva de lei, conforme teoria defendida por Montesquieu, de acordo com o qual cabia tão-só ao Parlamento o estabelecimento de normas abstratas e genéricas que seriam aplicadas aos casos concretos, por sua vez, pelos juízes, eis que apenas ao legislador era conferida legitimidade para determinar o direito.²⁴

Todavia, tal premissa encontra óbice na própria linguagem indeterminada do direito, que, na maioria das vezes, apresenta conceitos por tanto abstratos e de difícil definição de conteúdo com a utilização apenas do texto normativo. Ademais, há situações que necessitam ser reguladas juridicamente, mas que não se subsumem a nenhuma norma válida, uma vez que “a vida tem infinitamente mais fantasia do que pode prever o mais criativo dos legisladores”.²⁵

Pérez Luño assinala que a insuficiência de normas que respondessem fielmente aos litígios travados no âmbito social ensejou significativo aumento da produção normativa, assim como grave menosprezo pela própria estrutura formal das normas legais. Além da dificuldade causada pela grande quantidade de normas legais, o grau de prolixidade e complexidade também foram

²⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 69.

²⁵ SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os limites da reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 16.

circunstâncias que dificultaram o entendimento não só do cidadão, mas também do próprio legislador e dos juristas.²⁶

Outrossim, o advento do Estado do bem-estar social corroborou para a insuficiência da lei para tutelar as novas relações entre Estado e sociedade. Com efeito, no século XX, depara-se com abrupta mudança nas relações no meio social, principalmente após a Primeira Grande Guerra, momento em que há a reformulação do paradigma estatal, a fim de que este provesse condições mínimas de igualdade e subsistência entre os cidadãos, eis que a liberdade extremada mostrou grave vulneração, principalmente, dos hipossuficientes, partes mais fracas econômica e politicamente das relações. Nesse sentido, passa-se a ser exigido do Estado atuação positiva, de modo a promover políticas públicas econômicas e sociais para possibilitar a fruição dos direitos sociais como moradia, educação, saúde, condições dignas de trabalho aos indivíduos.²⁷

Outro fator que merece destaque para a demonstração da falência do Estado de Direito normativista relaciona-se à derrocada do princípio de que a lei seria a fonte máxima de direito. Tal transformação pode ser compreendida pela análise de duas importantes ocorrências verificadas na contemporaneidade, quais sejam, a incorporação de normas supra-estatais pelo ordenamento jurídico interno, o que será melhor desenvolvido no capítulo próximo, bem como a proliferação de atos normativos regulamentadores de leis.²⁸

Com efeito, em face da tendência à universalização dos direitos humanos, propagada a partir da criação da Organização das Nações Unidas, como organismo internacional incumbido da defesa dos direitos humanos e da propagação da paz mundial, os Estados se deparam com a incorporação de preceitos

²⁶ LUÑO, Henrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 70.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 518.

²⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 54.

estabelecidos pelo Direito Internacional no ordenamento jurídico interno, o que pode ser nomeado de internacionalização do direito.²⁹

Não bastasse a incorporação de normas supra-estatais, mitigando o monopólio da produção de fontes de direito do Estado, observa-se a ampliação na produção normativa infra-estatais, mediante a regulamentação originária de entidades intermediárias entre Estado e cidadão.³⁰

Nesse sentido, Antônio Pérez Luño aponta como fatores exemplificativos desse fenômeno a maior autonomia de grupos e coletividades para auto-regulação, mediante o estabelecimento próprio de regras e princípios que irão normatizar os fatos e condutas a eles inerentes.³¹

Isso demonstra que a proliferação de atos normativos, em virtude do reconhecimento de legitimidade dos agentes sociais para produção normativa, o pluralismo jurídico passa a se tornar efetivo no corpo social “pluralismo jurídico”, subjugando a idéia clássica de hierarquia vertical das fontes de direito, para a compreensão do sistema normativo como um conjunto harmônico, simétrico e pluralista de fontes jurídicas.³²

Logo, após constatar-se a vulneração do Estado de Direito clássico, na medida em que o mundo fenomênico não se reduzir ao texto da lei, fato este comprovado quando se identifica o inchaço do campo normativo, bem como a existência de normas não produzidas pelo Estado, a solução que se apresenta é a releitura das normas constitucionais para um reposicionamento da Constituição, transferindo o primado da supremacia da lei para a supremacia constitucional.³³

²⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 61.

³⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 64.

³¹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 61.

³² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 66.

³³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 61-67.

Isso significa dizer que as normas constitucionais, nesse contexto, passam a ter força irradiante e imperativa, sem que tenham de ser interpretadas pelo legislador para poderem ser aplicadas. Nesse sentido, os dispositivos constitucionais deverão ser dotados de caráter principiológico, uma vez que se parte do pressuposto de somente por meio de princípios é que é possível a identificação dos valores democráticos.^{34 35}

Com efeito, é necessário esclarecer que não se trata, aqui, do sentido normativista a respeito desses princípios, segundo o qual estes serviam apenas para o preenchimento de lacunas na lei, com função subsidiária na atividade hermenêutica. Diferentemente, trata-se de nova concepção das Constituições, que “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.³⁶

Para explicar o sentido ontológico de princípios concebido no estado Constitucional, é importante assinalar a distinção entre regras e princípios introduzida por Ronald Dworkin. Para ele, tanto as regras quanto os princípios são normas. Todavia, diferentemente das regras, que são postulados definitivos e fechados, em que “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”,³⁷ os princípios determinam que as normas incidirão na medida do possível, de acordo com cada caso concreto.

Dworkin levanta que é a inserção de aspectos da moral que permite a construção histórica dos princípios, os quais justificam as instituições sociais. Ou seja, os princípios morais têm de justificar as decisões judiciais, sob pena de o direito não ser democrático. O juiz, quando diante de casos difíceis deve admitir e

³⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 30-39.

³⁵ MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2007, p. 212.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 237.

³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

reconhecer princípios jurídicos, ao invés de decidir discricionariamente ante a ausência de normas, como se dava no normativismo. Nessa perspectiva, a tomada de decisão deve partir do caso concreto apresentado e, por processo de reconstrução do direito, alcançar a abstração a fim de que possa ser aplicado o princípio adequado. A interpretação adequada requer, assim, a compatibilização entre a Constituição, a história, as tradições, as práticas constitucionais e o próprio ordenamento jurídico vigente, o que lhe confere o caráter de racionalidade.³⁸

O problema de eventual aparente conflito entre os princípios é resolvido pela ponderação, o que requer alto grau de fundamentação no discurso usado e proximidade entre o intérprete e o caso concreto, a fim de que este possa sopesar os princípios envolvidos, “mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível”.³⁹

Ademais, pode-se afirmar que os princípios jurídicos funcionam como parâmetros de legitimidade para a tomada de decisões, na medida em que são vetores e limites capazes de conferir-lhes força de convencimento. Ou seja, quanto maior a demonstração da utilização de princípios na solução dos casos, que reflitam os valores sociais, maior será a legitimidade da decisão assim apresentada.⁴⁰

Maria Elizabeth Guimarães anota que, enquanto no sistema positivista, para serem legítimas, as decisões judiciais deveriam ser dotadas de neutralidade e despolitização, no Estado Constitucional, a legitimidade é constatada a partir da maior quantidade de elementos principiológicos, democráticos e morais

³⁸ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 248-249.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2007.

⁴⁰ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o pós-positivismo jurídico**. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/arquivos/downloads/artigos/reflexoes_sobre_o_pos_positivismo.doc>. Acesso em: 10 mar. 2008.

fizerem parte da fundamentação das decisões.⁴¹

Conforme pontua Inocêncio Coelho Mártires, a hermenêutica contemporânea deve ajustar fato e norma, pelo que é imprescindível que ao intérprete seja fornecido um conjunto de preceitos abertos com os quais ele possa trabalhar a interpretação a fim de aplicar solução adequada e coerente ao caso concreto mediante a tarefa de ponderação, haja vista ser no momento da interpretação-concretização que ele diminui a distância entre norma geral e o caso concreto particular.⁴²

A aplicação coerente e adequada da ponderação entre os princípios constitucionais colidentes requer alto grau de fundamentação no discurso usado e proximidade entre o intérprete e o caso concreto, a fim de que este possa sopesar os princípios envolvidos, “mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível”.⁴³

É importante consignar que, pela ponderação, não há se falar em decisão certa ou errada, mas, sim, em decisão adequada ou inadequada. Cabe aqui reproduzir comentário a respeito do assunto proferido pela professora francesa Héléne Ruiz-Fabri, no sentido de que, atualmente, a mudança de entendimento jurisprudencial não significa que o Tribunal estivesse julgando equivocadamente, nem que o esteja a partir de então. Pelo contrário, trata-se de ponderação e adequação dos princípios aplicáveis a cada uma das hipóteses, as quais, todavia, são regidas por princípios opostos ou divergentes, mas igualmente legítimos, tendo pesos diferentes no momento da tomada das decisões.⁴⁴

⁴¹ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A efetivação da legitimidade do Estado Democrático de Direito na obra de Paulo Bonavides**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/revista/Rev_72/artigos/Maria_rev72.htm>. Acesso em: 10 mar. 2008.

⁴² COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XII.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2007.

⁴⁴ INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL, mar. 08, Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2008.

Nesse diapasão, Peter Häberle propõe a reformulação da teoria da Constituição para entendê-la como a ciência da cultura. Para ele, a cultura deve ser conceituada como o conjunto de elementos sociológicos, ideológicos e antropológicos pertencentes ao povo do Estado.⁴⁵

E essa compreensão da Constituição como ciência jurídico-cultural é o pressuposto maior do já mencionado processo de continuidade e concretização constitucional propagado na Escola Pós-positivista, uma vez que buscará adequar os preceitos normativos às necessidades sociais, consideradas a partir da figura do indivíduo.⁴⁶ A professora Christine Peter tece considerações sobre o processo de concretização constitucional, que pode ser “analisado e explicado a partir de uma perspectiva científico-cultural que combina aspectos sociológicos, ideológicos e normativos, possibilitando o trabalho de especialistas em ciências jurídicas e outras áreas do conhecimento”.⁴⁷

Canotilho assinala que o “método justo” aplicável nas decisões, para que possam configurar-se legítimas e racionais deflui da conjunção de diferentes métodos, com base em critérios ou premissas distintas, desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência.⁴⁸

Em resumo, a solução conferida pelo pós-positivismo aos problemas do normativismo, principalmente os atinentes à insuficiência da lei para dar respostas aos problemas sociais e da conseqüente crise de legitimidade, foi a redefinição da estrutura de fontes de direito, de modo a colocar a Constituição como

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Zamudio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 15.

⁴⁶ Sobre o tema, Gilmar Mendes, ao prefaciar a obra de Inocêncio Mártires Coelho, que “essa colocação coincide, fundamentalmente, com a observação de häberle segundo a qual não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, e que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública. Por isso, Peter Häberle introduz o conceito de pós-compreensão, entendido como o conjunto de fatores temporalmente condicionados com base nos quais se compreende supervenientemente uma dada norma. A pós-compreensão nada mais seria, para Häberle, do que a pré-compreensão do futuro, isto é, o elemento dialético correspondente à idéia de pré-compreensão”. (COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XIV.)

⁴⁷ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

⁴⁸ *Apud* COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46-53.

pano de fundo para qualquer atividade hermenêutica.⁴⁹ Compreende-se que não é a lei que interpreta a Constituição, mas a Constituição que deve servir de pressuposto para interpretar a lei, possibilitando-se a inserção de aspectos axiológicos no direito conferindo-lhe, assim, maior legitimidade e racionalidade.

Nesse contexto, conforme já anunciado no início deste tópico, além da reformulação do Estado como provedor de bem-estar social, as transformações sociais constatadas após o fim das grandes guerras ensejaram, da mesma forma, repercussão no campo internacional. Envoltas pelo desenvolvimento econômico capitalista no cenário mundial, bem como pela convergência de atos estatais e de organismos internacionais para a promoção da paz e a consolidação de direitos humanos, a sociedade passa a requerer do Estado o reconhecimento dos direitos da solidariedade e da universalização dos direitos, o que tem provocado a formulação do Estado Constitucional Cooperativo.

I.4 O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: INTRODUÇÃO AO MÉTODO COMPARATIVO COMO QUINTO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO

A intensificação das relações comerciais entre empresas sediadas em diferentes países bem como a promoção da paz mundial e a consolidação de direitos humanos fizeram com que o Estado se importasse não apenas com a concretização dos direitos fundamentais em seu próprio território, como o fizesse de forma mais marco, importando-se com a repercussão de suas políticas e de seu direito perante o cenário internacional.⁵⁰

Peter Häberle assinala que o estabelecimento do estreitamento das relações entre os Estados, em forma de cooperação deve-se, sob o ponto de vista sociológico-econômico, ao desenvolvimento do capitalismo e da globalização, que

⁴⁹ MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: a invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2007, p. 212.

⁵⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 94-95.

propiciaram aumento significativo do fluxo de bens, serviços e capitais, fenômenos estes que mereceram tutela.⁵¹

Pela ótica ideal-moral, por sua vez, a aproximação dos Estados é resultado da construção dos direitos humanos pelas nações, cujo marco histórico nos remete à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ocorrida em 10 de dezembro de 1948, na qual grande parte dos países do globo reuniram-se a fim de estabelecer direitos essenciais do ser humano e objetivos para o estabelecimento da paz mundial.⁵² Nesse processo, estabeleceu-se os países uniram esforços a fim de reduzir as desigualdades de condições para gozo de vida digna identificadas entre os países ricos, em desenvolvimento e os pobres, assim como criar meios que possibilitassem a concretização dos direitos do homem, preservando, sempre, aspectos culturais específicos de cada comunidade.⁵³

Sobre este fenômeno, comenta o constitucionalista J. J. Canotilho:

a ordem internacional e as relações internacionais devem assentar em princípios intrinsecamente justos: o princípio da independência nacional, o respeito dos direitos dos homens, dos direitos dos povos, da igualdade entre os estados, de solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e progresso da humanidade. A ordem internacional e a ordem constitucional interna interactivamente abertas são ordens fundadas nos direitos humanos e nos direitos dos povos e daí as declarações universais e as convenções internacionais garantidoras dos direitos do homem ao lado dos catálogos de direitos fundamentais inseridos nas constituições internas.⁵⁴

Nesse contexto, a única alternativa para concretizar essa redução de desigualdade entre os Estados e a concretização dos direitos fundamentais no plano internacional é a cooperação entre eles. Peter Häberle pontua que a preocupação

⁵¹ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 18-19.

⁵² HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar, 2000, p. 23-30.

⁵³ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 18-19.

⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 400.

estatal deve estar voltada não apenas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, no plano nacional, mas deve abrir à fórmula fraterna a partir da concepção comunitária, efetivada pelo princípio da responsabilidade e da cooperação.⁵⁵

Ante essas expressões do direito internacional público, pautado contemporaneamente na existência de cooperação entre os Estados para a coordenação em prol da defesa dos interesses do indivíduo,⁵⁶ propõe-se o Estado Constitucional Cooperativo. A definição desse modelo é bem desenvolvida por Peter Häberle:

Estado Constitucional Cooperativo é o Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.⁵⁷

Nesse diapasão, Peter Häberle assinala que o Estado Constitucional Cooperativo consiste na concretização efetiva da sociedade aberta dos intérpretes. Explica o autor que a legitimidade dos atos públicos não advém apenas da consideração das opiniões de seus próprios cidadãos, mas, da mesma forma, dos Estados estrangeiros, em meio à comunidade internacional. Por essa razão, o Estado Constitucional Cooperativo exige cooperações econômicas, sociais e humanitárias, inclusive a consciência antropológica de cooperação.⁵⁸

É importante assinalar que o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo não é ruptura do Estado Constitucional, eis que não abandona os

⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad*: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998, p. 88.

⁵⁶ Essas são as raízes do desenvolvimento da concepção contemporânea de direito internacional público, que é pautado na existência de cooperação entre os Estados para a coordenação em prol da defesa dos interesses do indivíduo. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 6.

⁵⁷ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 4.

⁵⁸ HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Zamudio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 68-69.

objetivos por ele perpetrados, principalmente no que concerne à concretização dos direitos fundamentais para seus cidadãos. Todavia, ante a soberania clássica ainda prevalecente no Estado Constitucional, é de rigor a reformulação do paradigma a fim de incluir a consideração de fatores e preocupações mundiais na tomada de decisão pelo poder público.⁵⁹

Muitas são as manifestações da cooperação internacional, que visam tanto à fortificação das relações entre os sujeitos de direito internacional entre si como ao fortalecimento das relações entre o direito internacional ao direito nacional.⁶⁰

A internacionalização do direito constitucional é um dos primeiros desses fenômenos. Inicia-se pela internacionalização dos direitos humanos, mediante a organização da comunidade de Estados para que fossem estabelecidos meios para promoção da paz e da segurança internacionais, com o objetivo final de resolver problemas sociais, culturais e humanitários e sedimentar a concretização dos direitos humanos por todos os indivíduos, sem distinção de quaisquer naturezas, norteando, assim, para o ideal plural e multicultural. É a assinatura da Carta das Nações Unidas em 1948. De igual modo, foi firmada a Organização Internacional do Trabalho, cujo fim era a proteção dos direitos do trabalhador sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana.⁶¹ Caso os Estados não cumpram com as orientações firmadas nas referidas cartas, por se tratar de direito de coordenação e não subordinação, o direito internacional prevê a responsabilização, que pode culminar com, inclusive, a intervenção dos respectivos organismos internacionais no país a

⁵⁹ Nesse sentido, Christine Peter assinala que “segundo a doutrina de Häberle, não seria alviseiro anunciar um novo tipo de Estado Constitucional simplesmente abandonando as características do modelo que se esvai. Isso porque, mesmo que se faça um considerável esforço, revela-se muito difícil abandonar um modelo histórico (sagrado e consagrado ao longo de dois séculos) sem dele herdar algumas características. Ora, nesse sentido a referência e apologia ao modelo de Estado inaugurado pela Revolução Francesa, preconizado por Häberle pelo princípio da irrenunciabilidade do passado, está plenamente justificada e ganha sustentação plena na proposta que se segue”. SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 14.

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 201.

fim de evitar vulneração desses direitos humanos.^{62 63}

Como corolário da reunião dos Estados em organismos internacionais para a persecução da paz mundial, a internacionalização dos direitos humanos confirma-se na esfera interna estatal pela incorporação do rol de direitos humanos nos textos constitucionais.⁶⁴ Outrossim, os Estados têm incorporado tratados que tratem de direitos humanos como normas positivadas, tornando-os verdadeiros direitos fundamentais.⁶⁵ É o caso do Brasil, que previu tal possibilidade em seu artigo 5º, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, assim como a Constituição do Reino dos Países Baixos, a Constituição argentina e a Constituição de Portugal.⁶⁶

Nesse contexto de miscigenação dos direitos internacional e interno, é pertinente trazer à baila a diferenciação existente direitos humanos e direitos fundamentais. Com efeito, esclarece Ingo Sarlet que ambas expressões, comumente utilizadas como se sinônimas fossem, referem-se a posições jurídicas que buscam resguardar o ser humano como tal, mas que, enquanto os direitos fundamentais são aqueles incorporados pelo ordenamento jurídico interno, os direitos humanos são os previstos em documentos internacionais.⁶⁷

No Estado Constitucional Cooperativo, portanto, como a preocupação internacional passa a ser parte da identidade do próprio Estado, constando como objetivo de sua Constituição, pode-se falar que sua atuação nesse mister viabiliza a concretização dos direitos fundamentais no âmbito internacional.

⁶² HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 14.

⁶³ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 14.

⁶⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 369.

⁶⁵ KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº. 87858. Ementa: [...] Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 dez. 2007. Não publicado.

⁶⁷ SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

Outro fenômeno relativo à constitucionalização do direito internacional. Por este fenômeno, compreende-se a tendência de reunião de países para conferirem parte de sua soberania a um organismo internacional coordenador, o qual se rege por uma Constituição. Nesse sentido, é importante mencionar o caso da Comunidade Européia, cujo texto constitucional são os tratados de Paris e de Roma. Peter Häberle assinala que:

A construção da legitimação direta dos órgãos da comunidade, por meio de um parlamento europeu eleito diretamente, deveria abrir mão do dogma da soberania nacional em prol de uma fundamentada divisão de competências entre Estado e organizações supranacionais. A adoção de uma nova identidade européia aplanar o caminho para o exercício da responsabilidade social das regiões ricas em face das pobres e do aumento do nível de vida. Integração como forma de incremento da cooperação pode, com isso, ser vista também como perspectiva de esforços internacionais de cooperação.⁶⁸

Com efeito, os direitos humanos passam a se tornar direitos fundamentais na perspectiva do Estado, na medida em que se insere a preocupação de cooperação entre as nações e concretização dos direitos da coletividade, considerados seus membros individualmente, em homenagem ao pluralismo e multiculturalismo. Com base nesse quadro, estando os Estados preocupados não apenas com a concretização dos direitos em seu território, mas, igualmente, no planeta como um todo,⁶⁹ o conceito clássico de soberania merece revisão.

Compreendida como o poder absoluto e perpétuo de um Estado, com base no qual a autonomia total do Estado para tomar decisões de acordo com a oportunidade e conveniência, a soberania passa a ser lida com as novas preocupações de ordem internacional, em que os Estados coordenam-se para o fim

⁶⁸ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 30-31.

⁶⁹ HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar, 2000, p. 23-30.

de proteção e consolidação dos direitos humanos, limitando sua soberania no próprio valor do ser humano.⁷⁰

A soberania, portanto, será concebida sob dois enfoques: o Estado Constitucional, baseado na prevalência dos direitos fundamentais, bem como no valor da pessoa, consideradas de maneira racional, a partir da pluralidade de vinculações jurídicas e fáticas, em sede internacional.⁷¹

Não se trata, assim, do fim do conceito de soberania, como se pode pensar. O que se identifica é a sua releitura a partir do reposicionamento do Estado em favor da cooperação internacional, de modo a incorporar o princípio da responsabilidade e efetivar reaproximação entre as nações em prol da concretização dos direitos humanos.⁷²

Neste cenário, o papel do juiz assenta-se, de igual modo, ao proposto no Estado Constitucional, no sentido de que ele deve pautar-se em princípios jurídicos, advindos, por sua vez, do diálogo com os valores e a moral social, a fim de aplicar o direito de forma mais legítima.⁷³

No Estado Constitucional Cooperativo, como a preocupação internacional faz parte dos valores da sociedade, certo é que o juiz deverá se valer da visão dos direitos fundamentais concebida pelas demais nações e pelos organismos internacionais.

Para tanto, Peter Häberle propõe o método comparativo como o quinto elemento interpretativo, reportando-se aos tradicionais outros quatro métodos

⁷⁰ HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar, 2000, p. 26-30.

⁷¹ KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

⁷² KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

⁷³ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46-53.

como ainda úteis e necessários. É forçoso ponderar que “não se de um retorno ao ideário do direito positivo-legalista levado a cabo pela Escola Dogmática, a qual se conferia diminuta relevância à tarefa interpretativa”, mas, sim, da utilização da comparação como meio que ultrapassa a análise dos atos normativos e julgados, aproximando, as culturas dos povos.⁷⁴

Na mesma linha de raciocínio desenvolvida por Häberle, o teórico René David resume as vantagens da utilização do método comparativo da seguinte forma:

As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.⁷⁵

Peter Häberle, então, aponta que, diante da necessidade de se considerar o pluralismo social, político, econômico e cultural com elemento fundamental para a consolidação do paradigma estatal então construído, a utilização do método comparativo torna-se essencial. De acordo com Häberle, ao buscar em outros países fundamentos utilizados por seus intérpretes, tem-se a oportunidade não só de estudar a sistemática jurídica, social e econômica alienígena para ampliar e densificar os embasamentos da interpretação interna, como colaborar com a nação cujo instrumento normativo ou interpretativo se estuda.⁷⁶

René David aponta a importância do método comparativo para integração:

o direito comparado não é domínio reservado de alguns juristas que

⁷⁴ *Apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

⁷⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3.

⁷⁶ *Apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

encontram o seu interesse nesse ramo. Todos os juristas são chamados a interessar-se pelo direito comparado, quer para melhor compreenderem o seu próprio direito, quer para o tentarem aperfeiçoar, ou ainda, para estabelecer, de acordo com os juristas dos países estrangeiros, regras de conflito ou de fundo uniformes ou uma harmonização dos direitos diversos.⁷⁷

Desta sorte, cumpre evidenciar que, sob o manto da legitimidade e da racionalidade das decisões, para fiel utilização do método comparativo faz-se necessário o exame dos mais diversos aspectos quando o fundamento de uma decisão for documento jurídico estrangeiro. Deve o intérprete ater-se aos mais distintos aspectos, pois a diversidade dos direitos não diz respeito tão-só ao conjunto de normas de cada país, mas implica, sim, em diversidade de sistemas jurídicos, este constituído de vocabulário e semântica próprios, conceitos jurídicos peculiares, agrupamentos de regras em categorias diversas, utilização de regras hermenêuticas distintas, funções do próprio direito díspares, elementos estes indissociáveis da interpretação comparativa.⁷⁸

Esmiuçando o exame dos complexos jurídicos alienígenas, em seu estudo sobre o ensino de direito comparado, Carlos Ferreira de Almeida destaca, primeiramente, a relevância do fator lingüístico quando diante da utilização da comparação. Para o autor, tem-se que:

o problema da tradução de textos jurídicos surge sempre que, com ou sem comparação, um texto jurídico expresso numa língua seja transposta para outra (...) As dificuldades acrescidas da tradução jurídica derivam da natureza conotada das linguagens jurídicas, isto é, da circunstância de estas se formarem a partir de significados (para o efeito considerados denotados) de outros sistemas de linguagem (máxime, a linguagem comum), transfigurando-se de acordo com as regras semânticas do seu próprio sistema (conotado).⁷⁹

Alerta feita quanto a este aspecto, outra faceta que merece destaque está relacionada à análise do sistema jurídico do país de onde se destacará o

⁷⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 9.

⁷⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 14-16.

⁷⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito comparado: ensino e método**. Lisboa: Cosmos, 2000, p. 124.

instrumento de relevância jurídica para utilização como fundamento de interpretações do direito interno. Com efeito, René David assinala que todos os países possuem um direito que lhe é inerente, expressos, muitas vezes, em “múltiplas línguas, segundo técnicas diversas, e são feitos para sociedades cujas estruturas, crenças e costumes são muito variados; sua própria multiplicidade torna difícil operar, num número limitado de páginas, uma síntese satisfatória” e tais sistemas devem ser considerados ao realizar o estudo comparado.⁸⁰

Ainda quanto ao exame do sistema jurídico, considera-se fundamental a análise de aspectos sociais do povo cujo país se analisará. A este respeito, Peter Häberle, em seu texto sobre a teoria da Constituição considerada como ciência da cultura, realça o papel da compreensão prévia das características culturais da sociedade estrangeira analisada. Para o autor alemão, a cultura deve ser concebida sob óptica mais abrangente, incluindo-se coleta de dados sociológicos, antropológicos, educacionais, científicos, artísticos e costumeiros, o que é denominado de aspectos racionais no Estado Constitucional.⁸¹

Outro importante aspecto quando diante da comparação concerne ao instrumento utilizado pelo intérprete. De acordo com Ivo Dantas, seguindo a visão pragmática supramencionada, o estudo do direito comparado não se resume à análise da legislação, mas perpassa, necessariamente, a jurisprudência, o conhecimento do meio social, a prática contratual, doutrinas específicas, de modo a possibilitar o abarque de um número maior e, portanto, possivelmente mais completo de instrumentos jurídicos.⁸²

Hector Fix-Zamudio, em seu estudo sobre as técnicas modernas do direito comparado, ressalta duas outras importantes características a serem observadas pelos intérpretes que se valham do método comparativo, condizentes ao

⁸⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 14-16.

⁸¹ *Apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2008.

⁸² DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado. Introdução. Teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 230.

direito internacional. Para o estudioso mexicano, o exegeta comparativo deve estar ciente de que sua interpretação sobre determinado tema deverá contribuir para a consolidação de princípios gerais comuns, corroborando para o desenvolvimento do Estado Constitucional Cooperativo. Por outro lado, o intérprete, quando da concretização da norma perante o caso concreto, deve sempre verificar a conformidade de seu entendimento com os preceitos que consubstanciam o direito internacional.⁸³

Arrebata Hector Fix-Zamudio que, nada obstante estejam comprovadas as benéficas do uso da comparação, no sentido de inserir o Estado que dele se vale no cenário internacional pró-ativo para o estabelecimento de princípios gerais que venham a primar pela prevalência dos direitos humanos, o método comparativo encontra grandes barreiras para seu desenvolvimento, as quais estão relacionadas à falta de vínculo entre as diversas tradições, bem como a ainda presença do caráter nacionalista de que são imbuídos diversos Estados.⁸⁴

Peter Häberle, após apresentar o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo, também afirma que ele está em desenvolvimento e que muitos países ainda têm se demonstrado “egocêntricos”, pouco voltados ao Direito Internacional.⁸⁵

Nesse contexto, constata-se que o método comparativo, como defluente da nova ordem estatal atualmente em consolidação, é de extrema relevância para a concretização do Estado Constitucional Cooperativo. Isto porque o intercâmbio de experiências jurídicas internacionais que proporciona, assim como para o aperfeiçoamento do direito pátrio, o que contribui inequivocamente para

⁸³ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Tendencias actuales del derecho comparado. In: SERNA DE LA GARZA, José Maria (coord.). **Metodología del derecho comparado**. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1793>>. Acesso em: 05 set.2006.

⁸⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Tendencias actuales del derecho comparado. In: SERNA DE LA GARZA, José Maria (coord.). **Metodología del derecho comparado**. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1793>>. Acesso em: 05 set.2006.

⁸⁵ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 30-31.

legitimação das interpretações constitucionais.⁸⁶

Urge, então, a abordagem da tendência ao Estado Constitucional Cooperativo e preparar os interlocutores para as formas de cooperação, trabalhando os conceitos envolvidos na teoria da Constituição. Eis a importância do presente estudo.

⁸⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 14-16.

PARTE II – ESTUDO DE PRECEDENTE

Demonstrado o marco teórico que iluminará a análise do HC 82424, especificamente o Estado Constitucional Cooperativo, segue-se o estudo do precedente com a demonstração das razões que levaram a sua escolha, dos fatos e dispositivos normativos envolvidos, das argumentações levantadas pelas partes, bem como da solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal, especificamente no que tange à utilização do método comparativo.

II.1 HC Nº. 82.424: MOTIVOS PARA SELEÇÃO

Após a verificação da importância crucial da comparação para a concretização do Estado Constitucional Cooperativo, no sentido da consolidação da dos direitos fundamentais em âmbito internacional, tendo em vista que confere verdadeira legitimidade aos atos judiciais, faz-se necessária a escolha de julgado paradigmático em que o Supremo Tribunal Federal tenha utilizado o método comparativo em sua fundamentação, a fim de identificar elementos de racionalidade.

Para a seleção do precedente a ser examinado, utilizou-se os seguintes critérios:

a) Fundamentação comparada:

Para identificar quais os precedentes em que a fundamentação escora-se no direito comparado, optou-se por pesquisa no setor de jurisprudência localizado no próprio Supremo Tribunal Federal.

Em diligência realizada no mês de outubro de 2007, por meio de conferência das obras mencionadas na indexação dos acórdãos, foi possível identificar que o Supremo Tribunal Federal referiu-se ao direito comparado ao julgar os casos de desmembramento e criação dos Municípios de Água Azul, Santo Antônio do Leste e Luís Eduardo Magalhães (ADI 3689, ADI 3316 e ADI 2240), da utilização de provas ilícitas no processo penal (HC 90376, HC 87654 e HC 82788), da natureza do cargo de Presidente do Banco Central (ADI 3289), da possibilidade de concessão de cautela na hipótese de aborto de feto anencéfalo (ADPF 54), da

eficácia dos direitos dos trabalhadores (AI 529694), do racismo e anti-semitismo (HC 82424), da exclusão de vantagens dos servidores públicos (AI 481015) e da extensão das garantias processuais referentes a processos administrativos em trâmite no TCU (MS 24268).

É forçoso enfatizar que a pesquisa foi restrita aos precedentes julgados nos últimos 04 (quatro) anos, haja vista a preocupação com a interpretação constitucional mais contemporânea.

b) Direitos fundamentais na perspectiva internacional

Após a constatação dos principais julgados a respeito do tema, optou-se pela escolha do precedente que mais se adéque à finalidade de concretização e universalização dos direitos fundamentais no âmbito internacional.

É certo que todos os direitos envolvidos nos casos localizados são relevantes, mas é possível verificar que os casos atinentes à possibilidade de utilização de provas ilícitas no processo penal, ao direito ao aborto de feto anencéfalo, à eficácia dos direitos dos trabalhadores e ao racismo e anti-semitismo são os que mais se relacionam à concretização dos direitos fundamentais na perspectiva mundial, uma vez que se referem a temas abordados amplamente abordados nas discussões internacionais.⁸⁷

c) Discussões polêmicas acerca dos direitos envolvidos

Dentre o novo filtro realizado, escolheram-se os precedentes que foram objeto de maior abordagem pela doutrina, o que demonstra a relevância e divergência em torno dos valores e direitos envolvidos.

Por esse critério, os casos relativos ao aborto de feto anencéfalo, bem como do racismo anti-semita foram os selecionados, haja vista que foram e

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.unhcr.ch/udhr/lang/por.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2008.

continuam sendo temas tratados científica e densamente pelos estudiosos dos problemas.⁸⁸

d) O anti-semitismo na ótica do Supremo Tribunal Federal

Após análise perfunctória dos dois precedentes seleccionados no item anterior, opta-se pelo exame do caso que aborda questões de anti-semitismo.

A um porque a Ação de Descumprimento Fundamental nº. 54, que trata do aborto de feto anencéfalo, ainda não foi definitivamente julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, a análise da fundamentação emitida pelos Ministros que já proferiram não refletirá todos os argumentos envolvidos no caso, o que pode gerar conclusões que não coincidam com o que, de fato, será apreciado.

A dois porque o tema do racismo e anti-semitismo envolve é dos mais polêmicos e recorrentes nas pautas de discussões internacionais sobre direitos humanos. Nesse sentido, cite-se a recente repercussão do conflito entre Rússia e a Geórgia, em que a Organização das Nações Unidas identificou aspectos que podem conduzir ao anti-semitismo.⁸⁹

II.2 A DESCRIÇÃO DO CASO: ASPECTOS FÁTICOS E DISPOSITIVOS NORMATIVOS ENVOLVIDOS

Nos anos de 1980, Siegfried Ellwanger, sócio e diretor da Revista Editora, publicou, editou e vendeu obras em que foram detectadas mensagens anti-

⁸⁸ Neste sentido, cf. audiência pública sobre o aborto do feto anencéfalo. Advogado defende que “Qualquer sofrimento inútil e inevitável viola o princípio da dignidade da pessoa humana”. “A afirmação é do advogado que ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 no Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso. Em entrevista concedida antes do início da audiência pública que discute a antecipação terapêutica de parto em caso de fetos anencéfalos, Barroso esclareceu que a ação não visa debater o aborto, e sim saber se o Estado tem o poder de obrigar uma mulher a manter a gestação do filho que ela não vai ter e, portanto, se é possível o Estado causar este sofrimento involuntário. O advogado defende que “o parto de um anencéfalo vai de uma maternidade para um cemitério” e que tal sofrimento poderia ser dispensável. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94954&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 ago. 2008.

⁸⁹ REUTERS. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/worldNews/idUSLI22319020080818>>. Acesso em: 28 ago. 2008.

semitas, com manifestações de incitação ao ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.⁹⁰

De fato, nas obras, o autor busca descrever a última guerra mundial, a partir de uma perspectiva revisionista, apontando, sobretudo, como o povo alemão sofreu prejuízos morais e contração territorial. Afirma que a história da Segunda Guerra Mundial foi contada pelos vencedores e seria necessário colocar os protagonistas dessa história em “seus devidos lugares”.⁹¹

Por esta razão, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu denúncia contra Siegfried, paciente no HC 82424, alegando prática de crime para “incitar e induzir a discriminação racial”, expresso na Lei nº. 7.716/89, artigo 20, *caput*,⁹² com a redação dada pela Lei nº. 8.081/90, cujos fatos foram demonstrados em representação formulada pelos assistentes de acusação em 3 de julho de 1990, principalmente o MOPAR – Movimento Popular Anti-racismo.^{93 94}

Em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi absolvido pela juíza substituta da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre, à alegação de que o réu apenas haveria exercido seu direito constitucional de liberdade de expressão, conforme preceitua o artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal.⁹⁵

A Federação Israelita do Rio Grande do Sul, assistente de acusação, interpôs recurso de apelação, haja vista que o Ministério Público do estado gaúcho não recorreu, por concordar que não havia prática do crime de racismo.

⁹⁰ KRÍSCHKE, Jaír. **O movimento de justiça e direitos humanos e a luta contra a Editora Revisão no Brasil**: relato da minha militância. REUTERS. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/worldNews/idUSLI22319020080818>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

⁹² BRASIL. LEI Nº. 7.716/89. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

⁹³ KRÍSCHKE, Jaír. **O movimento de justiça e direitos humanos e a luta contra a Editora Revisão no Brasil**: relato da minha militância. REUTERS. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/worldNews/idUSLI22319020080818>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

⁹⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

A apreciar a apelação, a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, deu-lhe provimento por entender que ocorreu a prática de racismo, nos moldes da legislação infraconstitucional mencionada e no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, que prevê a imprescritibilidade de tal crime. O paciente foi condenado a dois anos de reclusão, ressalvado seu direito ao *sursis*, pelo prazo de quatro anos, o que foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, por maioria.⁹⁶

Em decorrência, o paciente impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, a fim de afastar a imprescritibilidade do crime tipificado no artigo 20 da Lei nº. 7.716/89, tendo em vista que a discriminação contra os judeus não é racial.⁹⁷

O parecer ministerial opinou pela denegação da ordem, tendo em vista que o racismo não é crime praticado apenas contra cor do ser humano, mas, da mesma forma, contra a religião, etnia ou procedência nacional. Outrossim, por força do artigo 20, § 2º, da Lei nº. 9.459/97, a prática de racismo por meio social é mais gravosa, o que corrobora para o indeferimento do *writ*.⁹⁸

Ingressou como *amicus curiae* o professor Celso Lafer, defendendo que o racismo é fruto de segregações sócio-políticas criadas pelos indivíduos e não com base em aspectos biológicos. Explicitou que o direito constitucional à liberdade de expressão é limitado pela proteção também constitucional dos direitos à igualdade e à dignidade da pessoa humana, conforme artigos 1º, inciso III, e 5º, *caput* e § 2º.⁹⁹

Ou seja, Siegfried Ellwanger publicou e editou livros manifestando-se pela inferioridade dos judeus. De um lado, Siegfried defende que seu ato é lícito,

⁹⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

⁹⁸ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 10-12.

⁹⁹ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 10-12.

uma vez que a Constituição Federal assegura seu direito à liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX), pelo que não haveria cometimento de crime. Entendendo-se pelo cometimento de crime, que este seria de incitação contra o judaísmo (artigo 20, *caput*, da Lei nº. 7.716/89) e não racismo, devendo ser aplicada a prescrição, afastando-se, portanto, a imprescritibilidade (artigo 5º, inciso XLII). Por outro lado, defendem as entidades representantes dos judeus, assim como o Ministério Público Federal, que a incitação aos judeus é crime de racismo, invocando os direitos constitucionais à igualdade (artigo 5º, *caput*) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, assim, imprescritível.

II.3 IDENTIFICAÇÃO DA QUESTÃO DISCUTIDA

II.3.1 DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

No julgamento do *habeas corpus* em comento, discute-se se o paciente teria abusado de seu direito à liberdade de expressão, encartado no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal.¹⁰⁰

De um lado, defende-se que Siegfried Ellwanger apenas manifestou a vertente ideológica difundida pelo nazismo, no sentido da inferioridade dos judeus perante os arianos e, por esta razão, sua conduta estaria abarcada pelo direito à liberdade de expressão.

Com efeito, o que se verifica nas obras publicadas por Siegfried é a demonstração do holocausto sob a perspectiva do povo alemão. Nesse sentido, far-se-ia discurso contra as Forças Aliadas da Segunda Guerra Mundial, na convicção de que elas foram instigadas e financiadas pelo sionismo internacional, grupo inimigo do povo alemão.

Ou seja, nas obras mencionadas não haveria manifestações de repúdio à religião judaica, mas apenas descrição do nazismo à ótica dos alemães, demonstrando que sua repercussão negativa deve-se à disputa ideológica dos sionistas, que se colocam como adversários de toda a ordem social, realizada pelas

¹⁰⁰BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

pressões exercidas pela imprensa internacional e sobre os governos britânico e norte-americano.¹⁰¹

Nesse diapasão, não havendo manifestação realizada contra o povo judeu e, sim, contra o movimento sionista, fundamentalista, Siegfried teria agido sob o manto do direito de liberdade de expressão, fundado, por sua vez, no pluralismo político consagrado na Carta Magna (artigo 1º, inciso V).

Por outro lado, defende-se que a liberdade de expressão encontraria seus limites no próprio texto constitucional referente à preocupação da concretização da igualdade e do combate a qualquer discriminação.¹⁰²

O artigo 220 da Constituição Federal, de fato, determina que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão restrições.¹⁰³

Este dispositivo busca coibir o corporativismo que, eventualmente, possa ser detectado nos meios de comunicação, que impede a identificação do autor de matéria veiculada que cause dano material, moral ou à imagem.¹⁰⁴

No que se relaciona ao inciso IX, artigo 5º, da Constituição Federal, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.¹⁰⁵ Ocorre que não há se confundir censura com regulamentação. Nada obstante a Carta Magna assegure tais direitos, algumas dessas manifestações sujeitam-se a uma regulamentação específica, conforme dispõe o artigo 220, § 3º, da Constituição Federal, bem como o artigo 221, inciso IV, os quais tutelam os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

¹⁰¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁰² BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁰³ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁰⁴ MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 2004, p. 177-204.

¹⁰⁵ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

Com efeito, seria inadmissível que a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão servissem de escudo para a expressão de ódio e repudia aos judeus. É que, conforme se apura de aspectos históricos, a propaganda foi uma das mais eficientes armas do nazismo para difusão de sua ideologia racista e anti-semita, sendo de rigor o combate a quaisquer expressões de opinião que remonte a este fenômeno.¹⁰⁶

II.3.2 DA PRÁTICA DO CRIME DE RACISMO: DIREITO À IGUALDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Partindo da premissa de que houve incitação contra o judaísmo, busca-se aferir se essa prática subsume-se ao crime de racismo, sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade, ou não.¹⁰⁷

Sob o ponto de vista do paciente, Siegfried, a incitação anti-semita não seria crime de racismo. É que, fazendo menção à publicação da UNESCO, os judeus não seriam uma raça. Raças, na acepção adotada pela Constituição brasileira, seriam apenas a branca, amarela e negra, pelo que apenas a prática de atos atentatórios contra tais grupos consubstanciaría o racismo. Logo, como os judeus não são raça, não há se falar que a conduta do paciente subsuma-se ao crime de racismo, pelo que se avoca o princípio penal da interpretação restritiva. Outrossim, o artigo 5º, inciso XLII, que prevê a imprescritibilidade do crime de racismo dependeria de lei para ser aplicado, não havendo de se falar que o artigo 20 da Lei nº. 7.716/89 seria seu regulamento.¹⁰⁸

De outra banda, defende-se que a incitação anti-semita constitui prática do crime de racismo. É que, conforme esclarece o *amicus curiae*, Celso Lafer, raça não advém de definições biológico-científicas, mas de conceitos sócio-políticos. Ou seja, a existência das diversas raças decorre de concepção histórica,

¹⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁰⁸ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 47.

política e social e são tais elementos que devem ser considerados para identificar o conteúdo da norma expressa no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.¹⁰⁹

Nesse ponto, critica-se o raciocínio dito como falacioso de que inexistindo raça, inexistiria crime de racismo. Com efeito, a classificação dos seres humanos em raça remonta ao século XVIII, em que Lineu estabeleceu um sistema de classificação para plantas e animais, a partir de critérios geográficos. Seqüencialmente, Darwin, com a concepção evolucionista, identificou que as espécies não são imutáveis e que outros critérios deveriam ser considerados na classificação biológica, como cor de pele, textura de cabelos etc. Nesse contexto, surgiram teóricos racistas, que justificavam a diferença social com base em critérios antropológicos. A Alemanha não incorporou apenas a concepção da distinção da sociedade em raças, com base, naquele momento histórico em dados biológicos, como incitou a destruição daquelas que não eram consideradas puras.¹¹⁰

Sob a perspectiva da sociologia, vale mencionar que o Dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford explica que a discriminação racial envolve três conceituações periféricas, quais sejam: a) racialismo, consubstanciado no tratamento desigual de um grupo social com base tão-somente em características físicas e traços socialmente estabelecidos para denotar uma raça particular; b) racismo, que é o sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, atribuindo valoração negativa às referidas características; c) racialização – atribui-se como raça determinado grupo específico.¹¹¹

Com base nesses conceitos, o povo ariano teria racializado o povo judeu e promovido o racismo contra este grupo, uma vez que estabeleceu distinção hierárquica entre eles, atribuindo aos judeus a condição de “raça inferior”, o que serviu de argumento para legitimar o holocausto. Nesse sentido, pondera Celso Lafer:

¹⁰⁹ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 45-52.

¹¹⁰ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 45-52.

¹¹¹ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

o racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista que afirmava não só a superioridade da raça germânico-ariana mas o imperativo da luta contra as raças inferiores, entre os quais inseriam, não só os judeus como também os ciganos e os eslavos. Esta luta, para recorrer a Carl Schmitt que disso entendia, não tinha apenas a dimensão dos *privata odia*, voltado contra os *inimicos*, mas era sobretudo uma guerra pública dirigida contra as raças inferiores, identificadas como *hostes* (...) Daí o alcance avassalador dos ódios públicos do racismo nazista que levou aos campos de concentração, ao Holocausto e ao ineditismo, na História da Humanidade, do crime de genocídio, que estão na base da grande reflexão de Hannah Arendt sobre o totalitarismo no século XX e do grande tema do “direito a ter direitos” como ponto de partida da reconstrução de direitos.¹¹²

Dessa forma, manifestações de cunho ideológico nazista, anti-semita, constituem forma de racismo, eis que seu interlocutor há oposição clara a determinado grupo social, sob a ótica de uma realidade social e política. Pregar a restauração dessa doutrina ou, ainda, reproduzir as concepções difundidas pelo movimento nazista é praticar racismo, na concepção sociológica do termo.¹¹³

Outro argumento levantado seria a concepção jurídica de racismo, de acordo com o artigo 5º, inciso XLII, da Carta Magna.

Com efeito, a partir da comprovação pela ciência de que a espécie humana não se subdivide em raças, eis que não há distinção entre os genomas. O que se identifica é a diferença de grupos humanos com base em aspectos físicos (cor da pele, etnias e identidades culturais).¹¹⁴

Por essa questão é que o poder constituinte derivado não atribuiu qualquer conceito científico para caracterização do racismo. Se assim o fizesse, concluir-se-ia pelo absurdo de que o crime de racismo é impossível pela inexistência de objeto.

¹¹² LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005, p. 57.

¹¹³ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹¹⁴ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

Nesse sentido, o conceito jurídico de racismo advém das ciências sociais, considerada raça como o povo que, por determinadas características físicas, axiológicas, comportamentais ou de origem, é inferiorizado por outro grupo social. Nesse ponto, assinala Robert Wistrich:

possuindo o termo um poderoso significado político-social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão de mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa.¹¹⁵

Em resumo, enquanto o paciente advoga que a incitação contra os judeus não se consubstancia em crime de racismo, eis que não o povo judeu não seria uma raça, o Ministério Público Federal, bem como as entidades defensoras da etnia judia defende que, embora não haja raça sob o ponto de vista científico, o racismo persiste enquanto fenômeno sócio-político.

II.4 DISCUSSÃO SOBRE OS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA INDEFERIR O *HABEAS CORPUS* Nº. 82424

Demonstrados os fatos, direitos abstratos envolvidos, bem como os argumentos levantados por ambas as partes no bojo do HC nº. 82424, passa-se ao exame da fundamentação utilizada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal para, por maioria, indeferir o *writ*.

II.4.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO: LIMITES

O Supremo Tribunal Federal analisou se as publicações e reedições de livros, que trazem em seu conteúdo manifestações de cunho nazista, estariam abarcadas pelo gozo do direito à liberdade de expressão ou não, tratando, nesta hipótese, de abuso de tal direito e violação à dignidade da pessoa humana e ao direito à igualdade.¹¹⁶

¹¹⁵ WISTRICH, Robert. **Anti-sionismo e anti-semitismo**. Disponível em: http://www.visaojudaica.com.br/Maio%202004/Artigos%20e%20reportagens/anti_sionismo_e_anti_semitismo.htm. Acesso em: 10 ago. 2008.

¹¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

Para o Ministro Marco Aurélio, torna-se imperiosa a discussão acerca da abrangência da liberdade de expressão. Assinala que o direito à liberdade de expressão traduz-se no fato de que o Estado democrático deve aceitar e tolerar as mais diversas formas de manifestação do pensamento. A tolerância é imprescindível para regulação das relações entre a maioria e a minoria. Somente a partir da proteção dos ideais minoritários é que se terá espaço imune a quaisquer restrições. A liberdade de expressão, nessa seara, é o direito que busca tutelar o “bem-estar intelectual da humanidade”, ainda que se discorde do conteúdo nela expresso.¹¹⁷

No caso apresentado, de fato, não há de se concordar com o conteúdo dos livros, sob o prisma democrático e igualitário. No entanto, não se pode afirmar que houve a prática de crime, por meio de incitação contra os judeus. Teria, sim, ocorrido tal delito caso o paciente tivesse, por exemplo, distribuído panfletos com dizeres, por exemplo, que pregassem a morte aos judeus, o que não ocorreu. Com efeito, Siegfried apenas reproduziu a concepção dos alemães tida após a Segunda Guerra Mundial. Eis por que a proibição da veiculação de obras fere a liberdade de expressão. A solução, no caso, estaria na educação da população de modo a ler o conteúdo dos livros com olhar crítico.¹¹⁸

Nesse momento, o Ministro Marco Aurélio, utilizando-se do método comparativo, faz alusão à jurisprudência estrangeira, cujos precedentes abordem o direito à liberdade de expressão: a) Caso Lüth (Corte Constitucional alemã): diretor de cinema Harlan teria sido acusado de ser cúmplice de nazistas e a Corte não censurou a exibição de seus filmes, ao argumento de que a manifestação de pensamento não enseja, necessariamente, apologia ao nazismo; b) Caso livro sobre a guerra (Corte Constitucional alemã): a Corte declarou a inconstitucionalidade da proibição de veiculação de livro que atribuía a culpa pela Segunda Guerra Mundial aos países aliados; c) Caso soldados assassinos: grupo foi acusado de crime de insulto por terem escrito faixas e folhetos com a afirmação de que soldados eram

¹¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

assassinos, mas não foram condenados sob o fundamento de que a ofensa foi feita ao grupo e não aos soldados individualmente considerados, o que estaria abarcado pelo direito à liberdade de expressão; d) Caso do romance pornográfico (Corte Constitucional alemã): a Corte decidiu que, em nome da liberdade de arte e da ciência; e) Caso *Terminiello v. Chicago* (Suprema Corte Americana): padre, acusado de dissipar sermões com cunho anti-semita e fascista, foi absolvido, por força da liberdade de expressão, que é alcançada pelos discursos e debates provocados; f) Caso *R.A.V v. City of St. Paul* (Suprema Corte Americana): grupo de adolescentes que queimaram jardim de residência de família negra foi absolvido, pois repressão a essa conduta violaria direito à liberdade de expressão; g) Caso *Texas v. Johnson* (Suprema Corte Americana): atear fogo contra a bandeira dos Estados Unidos consubstanciaria manifestação de pensamento; h) Caso *Publicação cômica contra o povo judeu* (Tribunal Constitucional Espanhol): condenou-se o autor da obra “Hitler – SS” por injúria contra o povo judeu, eis que em seu teor se fazia sátiras e o ridicularizava.¹¹⁹

Ou seja, apenas se houvesse manifestação de menosprezo ao povo judeu nos livros de Siegfried é que estaria caracterizado o crime de racismo. No entanto, tendo em vista que o autor apenas realizou revisão histórica dos fatos nazistas, é de rigor que seja-lhe assegurado o direito à liberdade de expressão.¹²⁰

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Ayres Brito afirmou ter lido todas as obras, tanto a escrita pelo paciente como as publicadas e constata que Siegfried denuncia os judeus, não por eles, judeus, mas sob o manto do sionismo, tido pelo autor como um movimento ideológico fundamentalista. O Ministro não concordou com o livro, mas afirmou que o paciente tinha o direito de convencer a respeito de sua perspectiva ali delineada.¹²¹

¹¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹²¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

Por outro lado, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito à liberdade de expressão não possibilitaria a publicação dos livros pelo paciente, uma vez que, se assim ocorresse, violados estariam o direito à igualdade e o princípio da dignidade da pessoa humana.¹²²

Com efeito, o caso põe em jogo dois direitos fundamentais: liberdade de expressão e igualdade (dignidade da pessoa humana), sendo a hipótese de aplicação da ponderação e do princípio da proporcionalidade para identificar qual deles deve prevalecer.

O Ministro Gilmar Mendes demonstrou que o direito à liberdade de expressão é garantidor de um Estado Democrático, assentado em uma sociedade organizada, descabendo diferenciação de sangue ou raça. Garantir a dignidade da pessoa humana, por sua vez, é imprescindível para que a sociedade seja organizada. Assim, sob o manto do princípio da solidariedade e a ponderação, deve prevalecer o princípio que proteja o bem jurídico em maior risco, no caso o da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido, assinalou o Ministro Celso de Mello:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. (...) Torna-se essencial enfatizar, neste ponto, uma vez mais, não obstante a posição eminente que as liberdades públicas assumem em nosso sistema constitucional, que não devem elas – considerado o substrato ético que as informa – ‘proteger abusos nem acobertar violações’, eis que os direitos e garantias individuais expõem-se a naturais restrições derivadas ‘do princípio de convivência de liberdades, pelo qual nenhuma delas pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias’ (ADA PELLEGRINI GRINOVER, ‘Liberdades Públicas e Processo Penal’, p. 251, 2ª ed., 1982, RT; LUIS FRANCISCO TORQUATO AVOLIO, ‘Provas Ilícitas’, p. 152, item n. 5.1, 1995, RT; EDOARDO

¹²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

GIANNOTTI, 'A Tutela Constitucional da Intimidade', p. 89, 1987, Forense).¹²³

Por maioria de entendimento, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a liberdade de expressão não ter caráter absoluto, sendo limitada por aspectos morais e jurídicos. Com efeito, “o direito à liberdade de expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”.¹²⁴

II.4.2 O ALCANCE DO CRIME DE RACISMO

A fim de verificar se o paciente cometeu crime de racismo, a partir do fundamento de que incorreu no crime tipificado no artigo 20 da Lei nº. 7.716/89, o Supremo Tribunal Federal analisou a conceituação de raça para identificar se o povo judeu pode ser considerado uma raça, passível de ser vítima do referido ilícito.¹²⁵

Para os Ministros vencidos, não há de se falar em prática de racismo pelo paciente, uma vez que o povo judeu não é uma raça.

O Ministro Moreira Alves consignou que, de acordo com o elemento histórico, a terminologia racismo, inserida na Constituição Federal, decorre da discriminação racial contra a raça, especificamente a negra. Outrossim, após rememorar os bastidores que envolviam a votação da emenda constitucional para inserir o racismo como crime imprescritível e inafiançável na Constituição Federal, assinala que “o texto constitucional visou à discriminação da raça negra”.¹²⁶ A imprescritibilidade também deveria ser afastada, eis que, nas convenções

¹²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

internacionais, não há imposição deste tipo de tratamento para com o indivíduo que comete o racismo.¹²⁷

No mesmo sentido, o Ministro Marco Aurélio partilha do mesmo entendimento do Ministro Moreira Alves. Para ele:

Uma simples da história revelará que, em nenhum momento, de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu. Jamais foi transmitida entre as gerações a miséria dês legado discriminatório. Aliás, pelo contrário, as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam no Brasil como importantes centros de referência e são constantemente reconhecidas, como hospitais, sinagogas, centros de cultura, museus, entre outras.¹²⁸

De outra banda os que defendem a manifestação anti-semita como racismo. Com efeito, o Ministro Maurício Correa inicia o tratamento da questão tecendo considerações a respeito da cultura judaica. O judaísmo é uma tradição religiosa, que se considera descendente dos patriarcas bíblicos. Como uma das mais antigas religiões do mundo e primeiro monoteísmo, o judaísmo desenvolveu-se entre as tribos semitas a leste do Mediterrâneo por volta de 1300 a.C. Além de uma simples ideologia religiosa, o judaísmo é um conjunto de crenças e costumes fundamentado na identidade, na genealogia e na história comuns. A identidade judaica é conferida ao nascer, em sucessão por linha materna, e não por profissão de fé. O judaísmo é, assim, uma tradição cultural e um culto espiritual, e muitos judeus adotam sua doutrina cultural e ética, embora rejeitem a observância religiosa.

129

Após demonstração de aspectos culturais judaicos, relacionados à sua origem, indaga-se se o povo judeu poderia ser enquadrado como raça para fins de reconhecimento da prática de racismo. “Raça” é a categorização de grupos

¹²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

humanos que se baseia em determinadas características fisiológicas e na ancestralidade comum, atualmente reconhecida como construto principalmente social sem base genética verificável. O racismo é, por sua vez, preconceito individual e institucional contra o indivíduo ou grupo identificado segundo o construto social. A divisão da humanidade em “raças” distintas, de acordo com critérios supostamente científicos só passou a ser considerada no século XIX, quando os antropólogos classificaram as populações humanas segundo certos traços fisiológicos, entre eles a cor e a pele, a textura dos cabelos, a estrutura óssea e a conformação craniana. A hipótese racial rapidamente deu origem à idéia de que as raças não divergiam apenas na fisiologia, mas também na psicologia e na moral. Logo, as raças seriam hierárquicas, com os brancos europeus se colocando no topo, por serem descendentes culturais da perfeita civilização greco-romana. Adotado pelos nacionalistas alemães, que o revestiram de um virulento anti-semitismo, o mito ariano acabou tornando-se a pedra fundamental da ideologia nazista.¹³⁰

Ocorre que, após o mapeamento do genoma humano, cientificamente é de rigor que não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos, ou por quaisquer outras características físicas, eis que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre seres humanos, sendo todos iguais na essência.¹³¹

Logo, o racismo não pode ser definido pelo caráter biológico. Deve, sim, ser concebido à luz de seu contexto histórico, social e cultural em que é aplicada pela sociedade, a partir da concepção de que raça é “a coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como a raça judia”.¹³²

Com efeito, Helena Salem afirma em sua obra *Skins – As tribos do mal*, que os judeus não são uma raça, mas um grupo étnico. Isso porque o povo

¹³⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

judeu não se restringe à antropologia física, mas possui também traços físicos comuns. Embora a defesa do paciente alegue que o crime tipificado no artigo 20, da Lei nº 7.716/89, no qual o paciente fora condenado, não tenha conotação racial para lhe atribuir a imprescritibilidade que o artigo 5º, inciso XLII da Constituição restringe ao crime de racismo, é uma questão de qual prisma se compreende a Constituição.¹³³

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes assinala preocupação acadêmica quanto à incitação a discriminação racial por meio do gozo da liberdade de expressão, sustentado em Kevi Boyle. Para o membro da Corte Constitucional, o exercício deste direito vulnera o princípio da igualdade. Sobre o tema, pontua que a temática abrange os direitos à liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. De um lado, encontra-se a liberdade de expressão, fundamental para o desenvolvimento da democracia. De outro, todavia, o elemento central da democracia é a isonomia.¹³⁴

A Lei nº. 7.716 de 05 de janeiro de 1989 preconizava que “serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. Dada as várias conotações axiológicas da palavra raça e os tratados firmados pelo Brasil e explícitos em sua Carta Magna nos artigos 4º e 5º, há de se entender que quando mencionada a palavra “raça” o legislador assume o significado de ancestralidade geográfica e não como sinônimo de subespécie. Nesse sentido, o artigo 20 da mencionada passou a reza que o crime de racismo consiste em “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional”. Logo, denota-se que o legislador confirma o seu dizer na lei anterior e suas intenções quanto à dimensão da palavra raça.¹³⁵

¹³³ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

Destarte, é visível neste caso a relevância da abordagem perante o social, não sendo, primordial a discussão da definição de raça. O que pretende a regra dada pelo artigo 5º da Carta Magna é recusar todo e qualquer tipo de segregação, discriminação. Tanto é que se torna de elevada importância para a sociedade, de nosso país e de qualquer país democrático. Notadamente, a finalidade da norma e dos princípios ditados é a aversão a qualquer tipo de violência verbal, física ou moral contra o diferente, bem como a atribuição de hierarquização dos povos, o que se faz presente no caso em comento.¹³⁶

A sociedade caminha para o saneamento de discriminações, indo ao encontro da tolerância à diferença, não aceitando o uso de agressões contra elas. A nós, cabe então acompanharmos o querer da sociedade.

A imprescritibilidade, por sua vez, se faz necessária para a proteção da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade, pois, não há de se premiar agressores racistas pelo decurso de lapso temporal, sobretudo quando se pretende reinaugurar “velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite”, como é o caso do anti-semitismo.¹³⁷

Outrossim, o Brasil sofreu também sofreu com o anti-semitismo, o que se infere da passagem do livro “História do anti-semitismo 1945-1993”, de Léon Poliakov, Instituto Piaget/Coleção história e biografias.¹³⁸

Tal concepção de raça encontra fundamentos em diversos tratados internacionais. Primeiramente, o Ministro Celso de Mello afirma que a conquista das liberdades fundamentais foi consolidada na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, em 10/12/1948, principalmente, naquele momento histórico, em virtude da consciência de atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista. Logo, este diploma de direitos humanos deve:

¹³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

representar, na consciência dos governantes responsáveis e dos Estados comprometidos com a causa de liberdade, da justiça, da paz entre os povos e da democracia, o elemento vital e impulsionador de medidas que, de um lado, visem a afastar, das relações entre os indivíduos e o poder estatal, o medo da expressão e, de outro, tendam a evitar a frustração dos sonhos que buscam dar sentido de concreta efetividade às legítimas aspirações do ser humano, banindo, para sempre, das relações entre as pessoas, o ódio e a intolerância, o preconceito e a discriminação que tão profundamente desonrem aqueles que os praticam.¹³⁹

Nessa perspectiva, o Ministro Maurício Correa também aponta que o combate ao preconceito foi estabelecido pela Declaração sobre Raça e preconceito Racial, proclamada em 1978 pela UNESCO, afirmando-se que todos os indivíduos pertencem a uma mesma espécie, inexistindo raças ou segregações.¹⁴⁰

Da mesma forma, repelindo qualquer forma de discriminação, o Brasil compartilhou do entendimento firmado na Assembléia da ONU em 1960, em que restou consignado que a “perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente”. Nesta oportunidade, o Brasil adere à Convenção Internacional contra o genocídio.¹⁴¹

Na mesma seara, firmou-se o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, que prevê combate à “apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”.¹⁴²

Outrossim, lembrada pelos Ministros Maurício Correa e Celso de Mello, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, defendeu-se a indivisibilidade e a internacionalidade dos direitos humanos, ratificando-se a repúdia ao preconceito e racismo. Referido diploma, com efeito, contribuiu para que o Brasil empregasse significativos avanços conceituais

¹³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com a concretização dos direitos humanos, à interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e direitos humanos, no sentido do reconhecimento de sua universalidade.¹⁴³

A Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU, ocorrida em 1998, também, estabeleceu cooperação dos países para o exame de todas as formas atuais de racismo, xenofobia, negrofobia e anti-semitismo, demonstrando, assim, que o segregacionismo tem respaldo no Direito Internacional e que o anti-semitismo deve ser compreendido como forma de racismo.¹⁴⁴

O Ministro Maurício Correa, da mesma forma, consignou que:

Na França, a Lei 90615/90 dispôs que a conduta punível “a negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto”. O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério de vítimas do nazismo em Carpentras em 1991, “aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel nazista.

Também na Espanha a denominada “lei contra o nazismo” de 1995 tipificou como crime de negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas ao holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação “de crime de guerra ou contra a paz e a humanidade.

O Parlamento Europeu, após estudos desenvolvidos “no ano europeu contra o racismo”, propôs que os Estados-membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a negação do holocausto ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e a difusão de material de conteúdo racista, xenóforo ou revisionista.¹⁴⁵

¹⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

No âmbito da manifestação da jurisprudência sobre tais temas, o Ministro Gilmar Mendes assinala decisões similares foram tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra.¹⁴⁶

De fato, a Suprema Corte americana deparou-se com o caso consubstanciado em pichação dos muros de sinagogas em Maryland com símbolos anti-semitas. As entidades judaicas ajuizaram ação contra os responsáveis e obtiveram êxito em primeira e segunda instâncias. No entanto, a Suprema Corte reformou o entendimento, no sentido de negar aos judeus, em razão de não serem grupo social distinto. É que a lei de 1982 objetivava proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, conferindo, assim, maior conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana.¹⁴⁷

A Câmara dos Lordes, em 1983, ao apreciar o caso *Mandla v. Dowell* entendeu que, sob o manto do *Racial Relations Act* de 1976, o significado da terminologia “étnico” não pode ser interpretado em sentido estrito. Assim, a acepção do termo não pode remontar a aspectos tão-somente científicos, mas, sim, a elementos culturais e políticos, sendo de rigor, assim, a interpretação extensiva do crime de racismo.¹⁴⁸

II.4.3 A AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA CONDUTA

Para alguns membros da Corte brasileira, o paciente não cometeu crime.

O Ministro Marco Aurélio defendeu que, em homenagem ao princípio da anterioridade, o paciente não cometera crime de racismo. Com efeito, a Lei nº. 7.716/89, que regulamenta o crime de racismo, foi editada posteriormente à conduta

¹⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

praticada relacionada à publicação dos livros, ou seja, antes de 1990, razão pela qual era de rigor que o *habeas corpus* fosse reconhecido de ofício.¹⁴⁹

Nesse sentido, o Ministro Carlos Britto consignou que teve acesso à denúncia a fim de identificar os elementos necessários para configuração de crime, sob o manto dos princípios constitucionais. Para ele, o autor não incitou os judeus, mas apenas repisou a visão alemã dos fatos ocorridos na época do Holocausto.¹⁵⁰

II.4.4 CONCLUSÃO DO JULGAMENTO: PONDERAÇÃO PARA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Diante da realidade histórica e cultural brasileira, é inegável que quando se fala em crime de racismo estão abrangidos os crimes cometidos contra os judeus.

Conforme consignado, a tipificação de atitudes discriminatórias, como o racismo, devem ser feitas fundamentadas no princípio da proporcionalidade e na ponderação dos princípios e direitos fundamentais envolvido. Nesse contexto, “ganha discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar a intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista”.¹⁵¹

Nesse sentido, a liberdade de expressão, no contexto da sociedade pluralista, não é dotada de primazia absoluta quando cotejado com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, o texto constitucional brasileiro previu que o racismo é crime imprescritível e inafiançável (CF, art. 5º,

¹⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁵⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁵¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

inciso XLII), por força da necessidade de conformação da sociedade brasileira sob a democracia, a qual pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.¹⁵²

O caso em comento não é resolvido pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, mas pela ponderação entre os bens constitucionais envolvidos.

Destarte, aplica-se o princípio da proporcionalidade quando determinado direito fundamental é restringido ou um conflito de princípios fundamentais exija o estabelecimento do peso relativo de cada um por meio da aplicação das três máximas que integram a proporcionalidade: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito – estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto. A respeito disso, assinala o Ministro Gilmar Mendes:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.¹⁵³

As obras objeto do crime imputado ao paciente não têm o condão apenas de rever a história, mas, veemente, de divulgar as idéias contra a dignidade

¹⁵² SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁵³ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

dos judeus. Fica evidente que se não trata de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus.

Com base na ponderação dos princípios envolvidos, o Supremo Tribunal federal entendeu que deve prevalecer a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não há de se falar, esclareça-se, que restou esvaziado o direito da liberdade de expressão, mas, sim, que encontrou limites de gozo em face dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.¹⁵⁴

A dignidade da pessoa humana, valor maior da sociedade brasileira, é essencial para possibilitar a unidade de direitos e garantias fundamentais. Esse postulado afasta a idéia de predomínio das concepções de hierarquia entre povos. A dignidade da pessoa humana é valor moral intrínseco à pessoa, que se expressa na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo a pretensão de respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.

Da mesma forma, o racismo deve ser lido à luz dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, no sentido de identificar o alcance jurídico do termo.

Corroborando com o sentido sociológico-político de racismo, partindo da concepção de raça como segregação social imposta por demais grupos, demonstra-se que tratados internacionais, legislações de países organizados sob o direito democrático, bem como a posição jurisprudencial da Suprema Corte, a Câmara dos Lordes da Inglaterra e o Tribunal espanhol consagraram entendimento que aplicam, igualmente, sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem o exercício de racismo. Nesses atos públicos estrangeiros, está presente o intuito protetivo do povo judeu,

¹⁵⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

vítima da disseminação da superioridade dos arianos e do projeto de extermínio Holocausto.¹⁵⁵

Logo, a edição e a publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que objetivam resgatar e convencer a população que o regime nazista não fora subversivo, equivale à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista.

A imprescritibilidade, por sua vez, foi reconhecida como de aplicação ao crime de racismo contra a etnia judaica. Com efeito, é cada vez mais freqüente a presença de jovens neonazistas, inspirados na ideologia segregacionista, que difundem a inferioridade de diversos povos, especificamente contra negros, homossexuais, deficientes e, também, judeus. Ou seja, não há outra conclusão que ainda sobrevive a amarga recordação nazista.¹⁵⁶

Diante desse quadro, em atendimento ao compromisso constitucional brasileiro de responsabilidade em prol da erradicação do preconceito e da discriminação, amenizando os males produzidos por nossos antecessores, é que a imprescritibilidade, expressa no artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. É que ela se mostra instrumento hábil a garantir a concretização dos mais altos valores da nossa Constituição, especificamente o da dignidade da pessoa humana, uma vez que capaz de punir condutas que agridam a igualdade entre os povos, impedir que caiam no esquecimento, primando pela consolidação de uma sociedade igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.¹⁵⁷

¹⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁵⁶ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁵⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

PARTE III – RESULTADO DE ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DE DADOS: O MÉTODO COMPARATIVO NO ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A ATIVIDADE HERMENÊUTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC Nº. 82.424

Após análise dos fundamentos teóricos eleitos, certo é que, de fato, a teoria pura do Estado de Direito é insuficiente para atender às novas situações sociais advindas com as transformações mundiais ocorridas após as grandes guerras, na medida em que se constata a impossibilidade de apenas o texto literal da lei, pautado na quebra entre o direito e a moral, apresentar as soluções para os casos submetidos ao exame do intérprete.¹⁵⁸

É que, conforme se infere da pesquisa realizada, os dogmas normativistas da autonomia da ciência jurídica, compreendendo o direito como desvinculado de quaisquer outras áreas do conhecimento, principalmente da moral, cujo papel do juiz consiste em apenas apreender o conteúdo da lei instituída, de modo a buscar o sentido da norma emprestado pelo legislador, mostraram-se inadequados aos anseios e às necessidades sociais, eis que ausente de legitimidade as decisões judiciais.

Ocorre que, em razão do advento do Estado do bem-estar social no início do século XX, quando, constatado o abuso das liberdades pelos indivíduos, passa-se a exigir do poder público sua intervenção nas relações privadas, de modo a garantir e proporcionar condições mínimas de igualdade e subsistência. É o momento da consolidação dos direitos sociais, os quais eram expressos, principalmente, no direito à moradia, educação, saúde e condições dignas de trabalho e do advento do Estado Constitucional.¹⁵⁹

Neste momento, abandona-se o postulado normativista de que apenas a lei conteria as respostas para os problemas sociais enfrentados pelo

¹⁵⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 25.

¹⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 110-138.

direito para defender a aproximação entre o texto legal e a moral, por meio do reposicionamento dos preceitos constitucionais no processo hermenêutico.¹⁶⁰

A partir de então, os direitos fundamentais, dotados de caráter principiológico, são veículos de interpretação utilizados pelo juiz através dos quais é permitida a identificação de elementos sociológicos, ideológicos e normativos pelo intérprete, a fim de que possa ser tomada decisão no caso concreto de modo a conferir-lhes maior eficácia.¹⁶¹

Conforma-se, assim, o Estado Constitucional, pautado na estrutura aberta, de modo a reconhecer os direitos fundamentais / normas constitucionais como princípios, dotados de força irradiante, a cujo juiz não é permitida apenas a interpretação literal da lei, mas, sim, a cruzar as diretrizes contidas nas normas com os aspectos sociológicos e ideológicos do caso analisado, conferindo, assim, maior legitimidade às decisões.

Paralelamente, como a sociedade não é estática, nova percepção dos valores e necessidades sociais impulsiona a revisão da teoria do Estado. Trata-se dos fenômenos da globalização e da consolidação dos direitos humanos no plano internacional, considerados os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral, respectivamente, que irão subsidiar teoricamente o Estado Constitucional Cooperativo.¹⁶²

É que, neste modelo, a idéia de soberania é revista, abandonando a perspectiva clássica de que o Estado constituiu-se como tal tem o poder de tomar decisões quaisquer, tendo em conta seu poder absoluto e perpétuo.¹⁶³ Adota-se a soberania sob o enfoque da prevalência dos direitos humanos, preocupação esta

¹⁶⁰ ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 248-249.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40-45.

¹⁶² HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 4.

¹⁶³ HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar, 2000, p. 26-30.

que passa a constar, inclusive, dos textos constitucionais, bem como da pluralidade de vinculações jurídicas e fáticas, em sede internacional, por meio de cessão de parcela da competência estatal a organismos internacionais, em prol da concretização desses direitos, da preservação da humanidade e da redução de desigualdades entre os povos.¹⁶⁴

Ante a incipiência deste paradigma estatal, não é apenas o papel dos Poderes Executivo, por meio da assinatura de tratados internacionais, e Legislativo, pela ratificação dos tratados e instituição de responsabilidade internacional, que se contribui para a concretização do Estado Constitucional Cooperativo, mas, de igual modo, pelo papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, Peter Häberle propõe o método comparativo como quinto método de interpretação, aliado aos métodos literal, sistêmico, histórico e teleológico, o qual consiste na realização de comparação entre o direito local e o estrangeiro com a finalidade de cotejar culturas, para que possam ser consolidados os direitos humanos ou direitos fundamentais no plano internacional (dependendo da perspectiva adotada).¹⁶⁵

O método comparativo, por sua vez, é distinto daquele direito comparado validado no início do século XX, sob o manto da Escola Normativista, em que apenas havia a incorporação de documentos estrangeiros, sem a preocupação em concretizar direitos no plano internacional. Diferentemente, o método comparativo no Estado Constitucional Cooperativo somente se concretiza com o nítido caráter, reitere-se, de cooperação para a consolidação e firmação dos direitos em sede internacional. Essa efetiva comparação, necessariamente, deve contar com o exame contextual pragmático em que estes os instrumentos estrangeiros inserem-se, tais como a língua, o sistema jurídico, as fontes de direito e os aspectos sociais e

¹⁶⁴ KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

¹⁶⁵ *Apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

políticos da sociedade.

Ou seja, o método comparativo, como a própria sintática reproduz, exige uma seqüência lógica de etapas para que atinja seu fim, não sendo suficiente a mera menção a textos normativos ou precedentes estrangeiros para que se tenha aplicada à metódica comparativa.

Seqüencialmente, após constatado o pano de fundo teórico que circunda o método comparativo, fez-se uso da metodologia de estudo de precedente do Supremo Tribunal Federal que mostrasse maior pertinência ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Nesse sentido, foi possível identificar que o HC nº. 82.424 aborda questões atinentes ao racismo e ao discurso anti-semita e, nele, foi feita menção a dispositivos e elementos jurídicos estrangeiros, o que demonstrou sua consonância com as perspectivas internacionais inerentes ao Estado Constitucional Cooperativo.

A controvérsia travada no processo relaciona-se à publicação e edição de livros em que há manifestações contra os judeus, de modo a inferiorizá-los. De um lado, Siegfried, o editor e paciente no HC nº. 82.424, defende que seu ato é lícito, uma vez que a Constituição Federal assegura seu direito à liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IX), pelo que não haveria cometimento de crime. Entendendo-se pelo cometimento de crime, que este seria de incitação contra o judaísmo (artigo 20, *caput*, da Lei nº. 7.716/89) e não racismo, devendo ser aplicada a prescrição, afastando-se, portanto, a imprescritibilidade (artigo 5º, inciso XLII). Por outro lado, defendem as entidades representantes dos judeus, assim como o Ministério Público Federal, que a incitação aos judeus é crime de racismo, invocando os direitos constitucionais à igualdade (artigo 5º, *caput*) e à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III) e, assim, imprescritível.

Diante dos direitos à liberdade de expressão, de um lado, e da igualdade e dignidade da pessoa humana, de outro, o Supremo Tribunal Federal teve de se posicionar a respeito de qual dos direitos fundamentais invocados teriam mais força no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, houve por bem indeferir o HC nº. 82.424, ao paio do princípio da proporcionalidade, sob o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado, no caso concreto, na proteção do grupo étnico dos judeus, pode afastar o direito à liberdade de expressão do autor e veiculador dos livros anti-semitas, assim como a imprescritibilidade do crime.

No que concerne à imprescritibilidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela aplicação do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal. É que ela se mostra instrumento hábil a garantir a concretização dos mais altos valores da nossa Constituição, especificamente o da dignidade da pessoa humana, uma vez que capaz de punir condutas que agridam a igualdade entre os povos, impedir que caiam no esquecimento, primando pela consolidação de uma sociedade igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.¹⁶⁶

Para chegar a tal conclusão, vários argumentos de índole estrangeira foram utilizados.

Primeiramente, no voto do Ministro Maurício Corrêa, faz-se um relato do histórico da segregação judaica, a partir da descrição dos primeiros registros bíblicos de Abraão até o apogeu do nazismo na Alemanha, com a instituição do holocausto e dos campos de concentração, com enfoque específico para o fato de que a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão servissem de escudo para a expressão de ódio e repudia aos judeus. A propaganda, nesse contexto, foi uma das mais eficientes armas do nazismo para difusão de sua ideologia racista e anti-semita.¹⁶⁷

¹⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁶⁷ Menciona o Ministro Maurício Correa, ao narrar os valores sociais envolvidos na segregação judaica: "Não vou aqui recordar aos Ilustres Colegas essa passagem histórica relativamente ao que sucedeu com o povo judeu, mas, sim, que, em face dessa situação discriminatória, criou-se no vernáculo o peculiar substantivo de judiação como sinônimo da pessoa que sofre na mão de alguém, assim como todas as expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Por que isso? Porque os judeus teriam judiado de Cristo." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

Do mesmo modo, analisando a repercussão brasileira da segregação anti-semita, o Ministro Celso de Mello demonstrou que Getúlio Vargas também incorporou determinados ideais nazi-fascistas, principalmente ao estatuir a Lei de Segurança Nacional, no sentido de consideração do interesse público, o que corrobora para a legitimidade de o Brasil colocar-se na luta contra a discriminação da etnia judaica.

Para interpretar o termo racismo, de igual modo, foi necessário que se recorresse à doutrina estrangeira. Especificamente, os Ministros Maurício Correa e Gilmar Mendes afirmam que a aceção da raça não deve ser considerada em função de seu conceito biológico. Diferentemente assinala o Ministro Maurício Correa:

Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.¹⁶⁸

Nessa toada, após demonstração de que, para a ciência, inexistem subdivisões entre os seres humanos, a Corte pontuou que há uma única raça humana e que as segregações. “A divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial”.¹⁶⁹

Sob a perspectiva da sociologia, o Dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford explica que a discriminação racial envolve três conceituações periféricas, quais sejam: a) racismo, consubstanciado no tratamento desigual de um grupo social com base tão-somente em características físicas e traços socialmente estabelecidos para denotar uma raça particular; b) racismo, que é o sistema determinista de crenças que sustenta o racismo,

¹⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

atribuindo valoração negativa às referidas características; c) racialização, atribui-se como raça determinado grupo específico.¹⁷⁰

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes assinala preocupação acadêmica quanto à incitação a discriminação racial por meio do gozo da liberdade de expressão, sustentado em Kevi Boyle. Para o membro da Corte Constitucional, o exercício deste direito vulnera o princípio da igualdade. Sobre o tema, pontua que a temática abrange os direitos à liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. De um lado, encontra-se a liberdade de expressão, fundamental para o desenvolvimento da democracia. De outro, todavia, o elemento central da democracia é a isonomia.¹⁷¹ O conflito resolve-se por aplicação do princípio da proporcionalidade:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.¹⁷²

No mesmo diapasão, o Ministro Maurício Correa aponta que a Organização das Nações Unidas, organismo internacional tido como marco para o processo de internacionalização dos direitos, por meio da Resolução nº. 623,

¹⁷⁰ SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

¹⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁷² SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

explicitou que o racismo abrange, também, as práticas anti-semitas, dado todo o contexto histórico de segregação vivenciado pela etnia judaica.¹⁷³

Nessa perspectiva, o Ministro Maurício Correa aponta que o combate ao preconceito foi estabelecido pela Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, proclamada em 1978 pela UNESCO, afirmando-se que todos os indivíduos pertencem a uma mesma espécie, inexistindo raças ou segregações.¹⁷⁴

Da mesma forma, repelindo qualquer forma de discriminação, o Brasil compartilhou do entendimento firmado na Assembléia da ONU em 1960, em que restou consignado que a “perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente”. Nesta oportunidade, o Brasil adere à Convenção Internacional contra o genocídio.¹⁷⁵

Na mesma seara, firmou-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê combate à “apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência”.¹⁷⁶

Outrossim, lembrada pelos Ministros Maurício Correa e Celso de Mello, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, defendeu-se a indivisibilidade e a internacionalidade dos direitos humanos, ratificando-se a repúdia ao preconceito e racismo. Referido diploma, com efeito, contribuiu para que o Brasil empregasse significativos avanços conceituais concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com a concretização

¹⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

dos direitos humanos, à interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e direitos humanos, no sentido do reconhecimento de sua universalidade.¹⁷⁷

O Ministro Maurício Correa, da mesma forma, consignou que:

Na França, a Lei 90615/90 dispôs que a conduta punível “a negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto”. O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério de vítimas do nazismo em Carpentras em 1991, “aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel nazista.

Também na Espanha a denominada “lei contra o nazismo” de 1995 tipificou como crime de negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas ao holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação “de crime de guerra ou contra a paz e a humanidade.

O Parlamento Europeu, após estudos desenvolvidos “no ano europeu contra o racismo”, propôs que os Estados-membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a negação do holocausto ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e a difusão de material de conteúdo racista, xenóforo ou revisionista.¹⁷⁸

No âmbito da manifestação da jurisprudência sobre tais temas, o Ministro Gilmar Mendes assinala decisões similares foram tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra.¹⁷⁹

De fato, a Suprema Corte americana deparou-se com o caso consubstanciado em pichação dos muros de sinagogas em Maryland com símbolos anti-semitas. As entidades judaicas ajuizaram ação contra os responsáveis e obtiveram êxito em primeira e segunda instâncias. No entanto, a Suprema Corte reformou o entendimento, no sentido de negar aos judeus, em razão de não serem

¹⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

grupo social distinto. É que a lei de 1982 objetivava proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, conferindo, assim, maior conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana.¹⁸⁰

A Câmara dos Lordes, em 1983, ao apreciar o caso *Mandla v. Dowell* entendeu que, sob o manto do *Racial Relations Act* de 1976, o significado da terminologia “étnico” não pode ser interpretado em sentido estrito. Assim, a acepção do termo não pode remontar a aspectos tão-somente científicos, mas, sim, a elementos culturais e políticos, sendo de rigor, assim, a interpretação extensiva do crime de racismo.¹⁸¹

Nesse contexto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal fundamentou o indeferimento do *habeas corpus* em comento, precipuamente, com base na comparação do tratamento de racismo no estrangeiro, sob o enfoque dos aspectos históricos relacionados à segregação judaica, dos organismos internacionais que buscam sedimentar direitos humanos, do tratamento legislativo do assunto e da jurisprudência constitucional de determinados países.

Com efeito, os países que serviram de paradigmas para comparação de legislação pertinente ao tema foram Espanha, França e Portugal, países que têm a mesma família de direito do Brasil, ou seja, romano-germânica, acertada, portanto, a escolha pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁸²

Com relação ao tratamento do racismo por organismos internacionais, a Corte brasileira utiliza-se do método comparativo para estabelecer parâmetros para compreensão do termo “raça”. Nesse sentido, há referência à proteção de tais organismos das etnias contra o preconceito, especificamente as disposições da Organização das Nações Unidas, da UNESCO, do Parlamento Europeu e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Constata-

¹⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

¹⁸² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 25-135.

se, nesse ponto, que a preocupação brasileira foi no sentido de identificar os objetivos e valores nas disposições de organizações internacionais dissipadoras do ideal-moral da concretização dos direitos humanos e da redução das desigualdades entre os povos e estabelecer cooperação adotando os fundamentos ali firmados.¹⁸³

No que concerne aos precedentes mencionados, nota-se que foi feito referência a decisões adotadas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, países ancorados na tradição notória de proteção de direitos fundamentais.¹⁸⁴

Nota-se que outros paradigmas estrangeiros poderiam ser suscitados, especificamente os utilizados pelos países da própria América Latina, o que resultaria em maior grau de legitimidade da decisão, tendo em vista a proximidade cultural e correlação histórica entre eles.¹⁸⁵

¹⁸³ Sobre o papel das organizações internacionais, cf. HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 24-41.

¹⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 510-539.

¹⁸⁵ SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

3 CONCLUSÕES

De início, é de se ressaltar que a pesquisa aqui realizada é exame notadamente superficial das abrangentes e abertas categorias trabalhadas, tais como a comprovação de superação dos modelos estatais, Estado de Direito a Estado Pós-positivista, a aproximação entre o direito e a moral, o papel do juiz como construtor da norma e a relação com a separação dos poderes, bem como o novel advento da cooperação internacional e reformulação do conceito de soberania.

No entanto, foi possível detectar que, a partir da assertiva bem colocada por Pérez Luño, no sentido de que o paradigma estatal deve conformar-se à geração sucessiva de necessidades e valores sociais,¹⁸⁶ advém a proposta do Estado Constitucional Cooperativo.

Com efeito, o Estado Constitucional Cooperativo é o modelo de Estado que objetiva incorporar os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral da globalização e da consolidação dos direitos humanos no plano internacional pelo direito.¹⁸⁷

Nessa perspectiva, é imperiosa a revisão da idéia tradicional de soberania, no sentido de que se trata de um poder absoluto e perpétuo.¹⁸⁸ Adota-se, sim, a perspectiva da soberania coordenada em função dos demais interesses mundiais, pautados na concretização dos direitos humanos, a partir de uma perspectiva de respeito a aspectos culturais, em manifesto cunho de preservação de uma sociedade pluralista, bem como a redução de desigualdades entre os povos.¹⁸⁹

O papel do juiz, neste cenário, deve consistir, também, na

¹⁸⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *La universalidade de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 97.

¹⁸⁷ HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 4.

¹⁸⁸ HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: *Revista de direito constitucional e internacional*. São paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar, 2000, p. 26-30.

¹⁸⁹ KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

cooperação internacional, o que se viabilizará com a comparação. É nesse espectro que Peter Häberle propõe o método comparativo como quinto método de interpretação, aliado aos métodos literal, sistêmico, histórico e teleológico, o qual consiste na realização de comparação entre o direito local e o estrangeiro com a finalidade de cotejar culturas, para que possam ser consolidados os direitos humanos ou direitos fundamentais no plano internacional.¹⁹⁰

Seqüencialmente, após constatado o pano de fundo teórico que circunda o método comparativo, fez-se uso da metodologia de estudo de precedente do Supremo Tribunal Federal que mostrasse maior pertinência ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Nesse sentido, foi possível identificar que, no HC nº. 82.424, abordam-se questões atinentes ao racismo e ao discurso anti-semita e, nele, foi feita menção a dispositivos e elementos jurídicos estrangeiros, o que demonstrou sua consonância com o princípio da responsabilidade internacional ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Diante dos direitos à liberdade de expressão, de um lado, e da igualdade e dignidade da pessoa humana, de outro, o Supremo Tribunal Federal teve de se posicionar a respeito de qual dos direitos fundamentais invocados teriam mais força no caso concreto, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, na proteção do grupo étnico dos judeus, pode afastar o direito à liberdade de expressão do autor e veiculador dos livros anti-semitas, assim como a imprescritibilidade do crime.¹⁹¹

Para chegar a tal conclusão, vários argumentos de índole estrangeira foram utilizados, desde a descrição dos elementos históricos que

¹⁹⁰ *Apud* SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

¹⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

ensejaram o combate ao racismo praticado contra os judeus no cenário internacional até a repercussão de tal fenômeno no Brasil.

De igual modo, a doutrina estrangeira sobre a acepção do termo racismo serviu de parâmetro para a tomada de decisão pelo indeferimento do *habeas corpus* em comento. Nesse ponto, os Ministros Maurício Correa e Gilmar Mendes, especificamente, afirmam que a acepção da raça não deve ser considerada em função de seu conceito biológico, mas, sim, tendo-se em conta os elementos antropológicos e sociológicos de segregação e hierarquização entre os povos.

Outrossim, a fundamentação da decisão conta com a comparação do tratamento do crime de racismo firmada na esfera legislativa na Espanha, França e Portugal, países que têm a mesma família de direito do Brasil.¹⁹²

No mesmo diapasão, a Corte brasileira estabeleceu diálogo com organismos internacionais pautados na concretização de direitos humanos, especificamente a ONU, a UNESCO, o Parlamento Europeu e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, aproximando, assim, as preocupações internacionais para o combate à discriminação racial.¹⁹³

Por fim, o Supremo Tribunal Federal fez menção a decisões adotadas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha em casos similares, o que demonstra, mais uma vez, o diálogo entre países ancorados na tradição notória de proteção de direitos fundamentais, em nítido caráter cooperativo.¹⁹⁴

Nota-se, assim, a confirmação da hipótese lançada no início da pesquisa, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal encontra-se em consonância com os preceitos do Estado Constitucional Cooperativo, especificamente no que concerne à concretização dos direitos fundamentais

¹⁹² DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 25-135.

¹⁹³ Sobre o papel das organizações internacionais, cf. HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 24-41.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 510-539.

internacionalmente, na medida em que, ante a repúdia ao incitamento aos ideais nazistas veiculados em livros, por meio da condenação do respectivo autor, nada obstante detectado que a menção a instrumentos de países latino-americanos pudesse conferir grau ainda maior legitimidade à decisão tomada no bojo do *Habeas Corpus* nº. 82.424.

Todavia, a fundamentação adotada no HC nº. 82424 não é regra no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, ao contrário, do maior acórdão da história da Corte Constitucional brasileira, confirmando a premissa já lançada por Peter Häberle, de que o Estado Constitucional Cooperativo ainda é incipiente e muitas das preocupações internacionais importantes para a continuidade da humanidade ainda não constituem objetivos dos Estados.¹⁹⁵

Convida-se, assim, à aproximação dos interlocutores com o Estado Constitucional Cooperativo, de modo a repensar a complexidade do direito por intermédio do diálogo com o “universo”, definindo estratégias para a proteção dos direitos fundamentais internacionalmente, eis que não há como fugir deste destino.

¹⁹⁵ Sobre o papel das organizações internacionais, cf. HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007, p. 10-13.

4 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Direito comparado: ensino e método**. Lisboa: Cosmos, 2000.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível em: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acesso em: 28 mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2008.

BRASIL. LEI Nº. 7.716/89. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 10 jan. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XII.

COSTA, Eder Dion de Paula. **Considerações sobre o sistema jurídico**. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/1772/1469>. Acesso em: 07 mar. 2008.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado. Introdução. Teoria e metodologia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro**. V. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Tendencias actuales del derecho comparado. In: SERNA DE LA GARZA, José Maria (coord.). **Metodología del derecho comparado**. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1793>>. Acesso em: 05 set.2006.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. Hector Fix-Zamudio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro** Del Estado constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Trad. MALISKA, Marcos Augusto; ANTONIUK, Elisete. São Paulo: Renovar, 2007.

HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. In: **Revista de direito constitucional e internacional**. São paulo: Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar, 2000.

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL, mar. 08, Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano**. Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

KRÍSCHKE, Jaír. **O movimento de justiça e direitos humanos e a luta contra a Editora Revisão no Brasil: relato da minha militância**. REUTERS. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/worldNews/idUSLI22319020080818>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. São Paulo: Manole, 2005.

LUÑO, Henrique Perez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional**. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição**. São Paulo: Método, 2007.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. Brasília: Biblioteca do Senado Federal, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/por.htm>. Acesso em: 07 jan. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RAMOS, José Maria Rodrigues. **Dimensões da globalização: comunicações, economia, política e ética**. Disponível em: http://www.faap.br/revista_faap/rel_internacionais/rel_01/dimensoes.htm. Acesso em: 07 fev. 2008.

REUTERS. Disponível em: <http://www.reuters.com/article/worldNews/idUSLI22319020080818>. Acesso em: 28 ago. 2008.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA; Marcelo Andrade Cattoni de (org.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A efetivação da legitimidade do Estado Democrático de Direito na obra de Paulo Bonavides**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccvil_03/revista/Rev_72/artigos/Maria_rev72.htm. Acesso em: 10 mar. 2008.

SARLET, Ingo Sarlet. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Metodologia jurídica**. Tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm. Acesso em: 28 mar. 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da (coord). **Sala Constitucional**: estudo sobre o Habeas Corpus n. 82.424-2/RS (crime de racismo e anti-semitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. **Os limites da reforma constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Reflexões sobre o pós-positivismo jurídico**. Disponível em: <http://www.faculdadebaianadedireito.com.br/arquivos/downloads/artigos/reflexoes_sobre_o_pos_positivismo.doc>. Acesso em: 10 mar. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC nº. 87858. Ementa: [...] Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 dez. 2007. Não publicado.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94954&caixaBusca=N>>. Acesso em: 28 ago. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/pesquisarInteiroTeor.asp>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. HC nº. 82.424. Ementa: [...]. Relator p/ acórdão: Ministro Maurício Correa. Brasília, DF, DJ de: 19 mar. 2004.

TORRES, Ana Paula Repolês. Uma análise epistemológica da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. **Revista CEJ**, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, v. 10, n. 33, p. 72-77, abr./jun. 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. ANNONI, Danielle (Org.). **Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.