



Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP
VI Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público

Gustavo Ferraz Sales Carneiro

Análise de Precedentes:
Liberdade de Expressão e Dignidade da
Pessoa Humana

Brasília

2008

Gustavo Ferraz Sales Carneiro

Análise de Precedentes: Liberdade de Expressão e Dignidade da Pessoa Humana

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do IV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF

2008

Gustavo Ferraz Sales Carneiro

Análise de Precedentes: Liberdade de Expressão e Dignidade da Pessoa Humana

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do IV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelo Prof. Examinador em __/__/__, com
menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Prof. :

"Posso não concordar com uma só palavra do que dizeis, mas defenderei até a morte vosso direito de dizê-lo."

Voltaire

Resumo

A presente monografia destina-se à análise de dois precedentes que versam sobre o conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à liberdade de expressão e a garantia da dignidade da pessoa humana. Os precedentes escolhidos são do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus 82.424/RS) e do Tribunal Constitucional da Espanha (Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000). Ambos partiram de casos concretos relacionados ao problema da criminalização da divulgação de livros que negavam o holocausto ocorrido na Segunda Guerra Mundial. O caso brasileiro ainda tece considerações mais amplas sobre a abrangência do termo “racismo”. Como metodologia, cada precedente teve os seus argumentos esquematizados e analisados separadamente. As soluções encontradas foram igualmente objeto de estudo, ocorrendo, posteriormente um teste de prognósticos. Finalmente, foi feita uma comparação entre as soluções apresentadas para os diferentes casos. A finalidade deste estudo é observar a importância do precedente para a construção do direito, bem como verificar os métodos utilizados pelos tribunais constitucionais em suas decisões.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais. Conflito. Liberdade de Expressão. Dignidade da Pessoa Humana. Abrangência do termo “racismo”. Análise de Precedentes. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Constitucional da Espanha.

Abstract

This Monograph analyzes two precedents about the conflict of two fundamental rights: the freedom of speech and the dignity of the human being. The chosen precedents are from the “Supremo Tribunal Federal” (Habeas Corpus 82.424/RS) and Spain’s Constitutional Court (Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000). Both cases are related to concrete cases concerning the divulgation of books that denied the Second World War’s holocaust. The Brazilian case also analyses the meaning of the term “racism”. As methodology, each precedent’s arguments were analyzed separately. The solutions found in each case were equally studied, and there was a prognoses’ test. Finally, the different solutions were compared. This monograph’s finality is to learn about the importance of the precedent to Law, such as to verify the different methods used by the constitutional courts in their decisions.

Key-Words

Fundamental Rights. Conflict. Freedom of Speech. Dignity of the human Being. Racism. Precedent analysis. Supremo Tribunal Federal. Spain’s Constitutional Court.

Sumário

Introdução	7
1. Habeas Corpus nº 82.424/RS	9
2. Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000	32
3. Comparação dos Precedentes	46
Conclusão	48

O presente estudo consiste numa análise de dois precedentes que versam sobre conflito de direitos fundamentais, a saber, a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

Partindo de uma perspectiva pragmática, as normas são relações discursivas. Deste modo, verifica-se que os sujeitos fazem parte da construção dos significados das normas. Sendo assim, pode-se dizer que a habilidade de manusear de precedentes é uma das exigências do século XXI para o jurista. Isso porque a investigação do Direito deve levar em conta a sua importância e sua análise crítica¹.

Canotilho nos encoraja na empreitada da análise de precedentes como forma de aproximação dos problemas de interpretação das normas constitucionais². O ilustre professor aconselha que seja feito o estudo a partir de um caso difícil e paradigmático.

Os precedentes escolhidos - Habeas Corpus nº 82.424/RS e Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000 - provêm dos tribunais constitucionais do Brasil e da Espanha, respectivamente. Ambos tratam dos limites do direito à liberdade de expressão, frente a um tema ainda hoje considerado tabu, o anti-semitismo.

O conflito de direitos fundamentais é um tema bastante relevante, uma vez que seu caráter principiológico difere seu tratamento do conflito de regras. Enquanto estas vigem, os princípios valem. Daí que no conflito entre regras, umas perdem sua vigência para dar espaço a outras. Já entre princípios, ambos continuam valendo.

A liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana constituem princípios basilares dos Estados democráticos, de modo que os casos escolhidos são de difícil solução e interessantes para o trabalho proposto.

A análise consistirá na sistematização e análise dos argumentos utilizados pelos magistrados para chegar à solução, identificando, inclusive os argumentos não jurídicos, porventura utilizados. Também será feito um teste dos prognósticos, valendo-se das conseqüências que se deu e ainda pode dar na sociedade. Por fim, haverá uma comparação entre as duas soluções encontradas e seus métodos, visando a identificar as peculiaridades dessas diferentes instituições nos dois países.

¹ PETER, Christine. Metodologia de Estudo de Precedentes. Brasília : [s.n.], 2007.

² CANOTILHO (1999 : 1045-1046).

1. Habeas Corpus nº 82.424/RS

O precedente escolhido foi o Habeas Corpus nº 82.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2002 e 2003. O caso discutido versa

sobre a legalidade da prisão de Siegfried Ellwanger, condenado pelo crime de racismo, configurado no comércio de livros que faziam apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica.

Preliminarmente, chamamos atenção para a natureza especial do *habeas corpus*, por destinar-se à proteção da liberdade individual de ir e vir, contra qualquer medida restritiva do Poder Público. O escopo do precedente analisado, portanto, não era apenas a verificação da constitucionalidade de uma determinada interpretação dada à lei, mas antes era a verificação da legalidade da prisão de um indivíduo concreto, que aguardava resposta jurisdicional à tutela pretendida.

1.1 Revisão e sistematização dos fatos descritos no precedente

O precedente analisado trata do pedido de *habeas corpus*, cujo paciente é Siegfried Ellwanger, escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”. A parte coatora é o Superior Tribunal de Justiça, que denegou *Habeas Corpus*.

Absolvido na primeira instância, foi condenado a dois anos de reclusão, com *sursis* pelo prazo legal de quatro anos, nos termos do art. 20, caput, da Lei n. 7.716/89, com redação dada pela Lei n. 8.081/90:

“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos”

Afirma-se na denúncia que condenado editou, distribuiu e vendeu ao público obras anti-semitas de sua autoria - “*Holocausto Judeu ou Alemão – Nos bastidores da Mentira do Século*” -, bem como de autores nacionais e estrangeiros, tais como “*O Judeu Internacional*”, “*Hitler – Culpado ou Inocente?*”, “*Os Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*”. Tais publicações visariam a negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus. Alega-se que incitariam a discriminação do povo judeu, e sua responsabilização pelos males do mundo, de modo a justificar a sua perseguição, inferiorização e segregação, a exemplo da doutrina nazista.

Afirma-se que os livros comercializados “*abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias*”, visando a “*incitar e induzir a discriminação*”

racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica". As obras comercializadas buscam negar a existência do holocausto, responsabilizando o povo judeu por inventar uma "farsa" com a qual chantageariam o resto do mundo.

O impetrante sustentou que:

a) a discussão não entra no mérito da condenação, apenas no fato de que o paciente não foi condenado por crime de racismo, uma vez que a condenação apenas indica que o réu foi enquadrado na tipificação existente no art. 20, parágrafo 1º, da Lei nº 7.7116/89, o que não permite que se conclua automaticamente se ele foi condenado por racismo;

b) a Lei nº 7.716/89, somente passou a tipificar, além dos crimes resultantes de preconceito de raça e cor, os referentes à etnia, religião ou procedência nacional, após a modificação trazida pela Lei nº 8,081/90, de modo que estas novas condutas não são relativas ao racismo;

c) apesar de todas as práticas descritas na Lei nº 8.081 receberem reprimenda penal, apenas a prática do racismo encontra previsão no art. 5º, XLII, da Constituição Federal, que assim determina:

“- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.”

d) o delito cometido foi contra os judeus, que não configurariam uma raça.

1.2 - Identificação clara e objetiva da questão discutida

Busca-se, neste *habeas corpus*, determinar o sentido e o alcance da expressão "racismo", cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna. Ademais, investiga-se os limites ao exercício do direito à liberdade de expressão pode ser diminuída.

1.3 - Discussão sobre os argumentos

1.3.1 Argumentos apresentados

Ministro Moreira Alves (Relator)

A imprescritibilidade do crime de racismo – art. 5º, XLII, da CF – está intimamente ligada a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”, art. 3º, IV, da CF.

O crime de racismo não abarca toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação. Antes, respeitando o elemento histórico, verifica-se que o termo racismo corresponde ao preconceito racial contra a raça negra. Neste sentido, verifica-se a justificção da Emenda Aditiva que deu origem ao referido dispositivo constitucional, a saber:

“Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira, constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime” (fl.211)

A doutrina constitucional (Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos, Cretella Júnior) converge com relação ao termo “racismo”, conforme está no art. 5º, XLII, da CF para entender que racismo é a doutrina que sustenta a superioridade de outras raças.

Antropologicamente, as raças humanas decorrem de características físicas que podem ser transmitidas por herança, de modo que existem três grandes raças - a branca, a amarela e a negra -, não podendo os grupos nacionais, religiosos geográficos, lingüísticos e culturais serem denominados raças (*Diccionario de Filosofia, de Nicola Abbagnano*).

Segundo as categóricas afirmações de Miguel Asheri (renomado antropólogo judeu), do rabino Morris Kerttzer, de Moacyr Scliar, do rabino Henry I. Sobel, concluiu-se que os judeus não são raça. Ora, se os judeus não constituem raça, não se poderia qualificar o crime de discriminação como racismo – aplicando-se uma interpretação estrita -, de modo que a pretensão punitiva do Estado prescreveu

antes de ser proferido o acórdão que reformou a sentença condenatória (a denúncia foi recebida em 14.11.1991 e o acórdão foi proferido em 31.10.1996, decorridos mais de quatro anos).

Deferiu, portanto, o habeas corpus para declarar extinta a punibilidade do paciente pela prescrição da punição punitiva.

Ministro Maurício Correa

Retoma a história judaica desde Abraão para demonstrar que o povo judeu (povo, não raça) foi estigmatizado.

Apesar da iniciativa da emenda constituinte ter sido de um deputado negro, será que todos os constituintes que votaram a favor dessa emenda estavam pensando somente na raça negra? O termo racismo, inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível, não pode estar submetido ao sentido usual de raça como expressão biológica, antes deve ser entendido em harmonia com preceitos a ele inter-relacionados, levando em conta seu sentido resultante de valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.

A clássica divisão da raça humana a partir de características físicas não mais subsiste, especialmente, no concernente à cor da pele. Tal constatação ganhou mais força após as descobertas feitas pelo Projeto Genoma Humano, em que se descobriu que as diferenças entre os seres humanos de cores idênticas e de cores diferentes são basicamente as mesmas, não havendo base genética para o que é descrito como raça.

A divisão dos seres humanos em raça decorre de um processo político-social originado na intolerância dos homens. Não há base científica para a divisão do homem em raças. Todos os homens *“que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana”* (fl.235). Daí verificar-se que o conceito de raça não pode ser utilizado para a solução do caso.

Além de lutas por território e poder, na história humana temos ações que visavam a demonstrar a supremacia de um povo em relação a outro, com a visão de que estes últimos constituiriam uma raça inferior – holocausto e escravismo. Verifica-

se que na visão do nazismo, o judeu constitui uma raça, ou melhor uma sub-raça, de modo que da ótica de quem o pratica, seria crime de racismo – o nazismo é uma forma de racismo exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra.

A existência de diversas raças decorre de concepções históricas, políticas e sociais, devendo ela ser considerada na aplicação do direito. O problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo.

A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra;

A doutrina nazista, difundida pelo paciente, não só reputa os judeus como raça, mas também baseia todo seu segregacionismo nessa convicção. O anti-semitismo, como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público.

O Brasil demonstra perante a comunidade internacional o repúdio a práticas racistas, prezando pela igualdade entre os seres humanos como princípio basilar de nosso Estado de Direito e sendo signatário de diversos tratados que demonstram essa posição (Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Internacional Contra o Genocídio, Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, reiterado pelo Pacto de São José da Costa Rica). Esta última convenção foi incorporada ao nosso ordenamento sem reservas, e qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e em seu art. 4º, condena a incitação a práticas discriminatórias que *“se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais”*(fl. 250).

A Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, negrofobia, anti-semitismo e outras formas correlatas de intolerância racial.

No direito comparado, verifica-se que condutas anti-semitas são criminalizadas. O problema da segregação racial é enfrentado dando-se ao termo “raça” uma conotação mais complexa, *“sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana”*(fl.254).

A constituição dá uma conotação mais ampla ao termo “raça” do que “cor”, pois estimula a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Dar uma interpretação restritiva ao racismo é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais. A doutrina constitucional brasileira não atrela o termo racismo a cores ou ao termo biológico de raças. O combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que nos remete ao reconhecimento mundial dos direitos do homem. O respeito à dignidade da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito. Sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias.

A garantia constitucional da liberdade de expressão e pensamento (art. 5º, IV e IX e art. 220 da CF) não é incondicionais e deve ser exercida harmonicamente com as outras garantias, observados os limites traçados pela própria Constituição (art. 5º, § 2º, primeira parte).

Em casos assim, *“há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada ‘concordância prática’, a que se refere a doutrina”*(fl.259).

Em caso de conflito de direitos fundamentais, devem preponderar os direitos de toda uma parcela da sociedade, atingida com a publicação de tais obras, sob pena de se colocar em risco sua dignidade, cidadania e o tratamento igualitário.

As grandes catástrofes da história só se tornaram tristes realidades diante do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir, e não o fizeram.

“Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência” (fl. 262).

Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que “*dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais*”.

“Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia” (fls.263-264).

Encerrei minha manifestação (anteriormente nesta Corte), dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam*, ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça. Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana”(fl.266);

Por fim, **indefere** o habeas corpus.

Ministro Moreira Alves (confirmação de voto)

Quando da constituinte, em 1988, e das práticas dos crimes pelo paciente, não havia o projeto Genoma, de modo que não se poderia ter sido levado em consideração as recentes descobertas para a determinação do termo racismo.

Se essa interpretação ampla, proposta ao termo racismo, for acolhida, o crime de racismo será um tipo de conteúdo aberto e abrangerá quaisquer grupos humanos com características próprias, como os curdos, os bascos, os galegos – que não possuem um holocausto para justificar sua imprescritibilidade.

A imprescritibilidade é exceção em nossa tradição jurídica, somente havendo outro caso – ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático, art. 5º, XLIV, CF.

No Brasil nunca aconteceu tal atrocidade contra qualquer grupo humano. A discriminação é gênero, sendo racismo sua espécie agravada.

Com relação a normas infraconstitucionais, o que se interpreta é o que a norma diz (*mens legis*), já com relação a normas constitucionais dá-se relevante importância ao elemento histórico do texto constitucional, o que pretendeu dizer o legislador (*mens legislatoris*). Neste sentido, na nossa constituinte, o racismo dizia respeito à tradicionalmente dita raça negra.

Nenhuma das convenções internacionais impõe a imprescritibilidade de crime de racismo.

“Concluindo, Sr. Presidente mantenho meu voto, em que, como sempre pautei minha atuação como juiz, procurei cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais que não diziam, nem dizem respeito à nossa tradição racial.” (fl.286)

Ministro Celso de Melo

A controvérsia suscitada está em descobrir se a prática do anti-semitismo subsume-se ou não a prática de racismo, incidindo, assim, a imprescritibilidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana – sendo o reconhecimento de que “*reside na pessoa humana o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional*” - deve estar presente em todas as considerações a serem feitas no presente caso.

Em termos de direitos humanos, a interpretação jurídica deve considerar as normas de direito interno e internacional. A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana é o reconhecimento solene de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Este documento deve ser o instrumento de realização dos direitos e das liberdades nele proclamados. Ao subscrever a esta declaração, as instituições brasileiras passaram a ter deveres irrenunciáveis, instituídos em favor da defesa e proteção da integridade e da dignidade de todas as pessoas. Os juízes da Suprema Corte devem extrair a máxima eficácia aos direitos fundamentais.

O racismo é verificado numa dimensão cultural e sociológica, não biológica e antropológica. É um indistigável instrumento de controle ideológico, de dominação política, de subjugação social.

Celso Lafer, Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros e Jacques d'Adesky entendem que a raça humana é uma só, não havendo subdivisões.

Não há de se falar que as publicações de conteúdo anti-semita estariam protegidas pela liberdade de expressão, uma vez que “*extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário de insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus*” (fl.303). A liberdade de expressão, por mais abrangente que seja não pode legitimar a exteriorização de propósitos criminosos. Não há direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto.

No presente caso, há confronto entre dois direitos fundamentais, a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. Os postulados da igualdade e da dignidade da pessoa humana constituem limitações externas à liberdade de expressão. Deve haver critérios para ponderar e avaliar qual deve ser o direito a ponderar em cada caso, desde que tais critérios não cheguem a esvaziar o núcleo essencial dos direitos fundamentais - para fundamentar isso traz extensa bibliografia na doutrina.

Indefere o pedido de *habeas corpus*.

Ministro Gilmar Mendes

A questão central é saber a abrangência do termo “racismo” empregado pelo constituinte no art. 5º, inciso XLI, da CF para se considerar ou não imprescritível a conduta do paciente.

Existe somente uma raça – a raça humana.

Bobbio anota que são necessárias três condições para configurar a doutrina racista, a saber, i) a humanidade está dividida por raças, que são determinadas por elementos biológicos, psicológicos e culturais; ii) além de existirem raças diferentes, há raças superiores e inferiores; iii) as raças superiores, precisamente por serem superiores, tem o direito de dominar as inferiores.

Do ponto de vistas estritamente histórico não há como negar o caráter racista do anti-semitismo. Em casos do direito comparado, a discriminação contra judeus está abrangida pelo sentido da palavra racismo .

A liberdade de expressão constitui pedra angular do sistema democrático.

Segundo Kevin Boyle, o “discurso do ódio” relaciona-se com dois direitos – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. Se uma sociedade pretende ser democrática, é fundamental que haja controle popular do governo, o que se dá pela liberdade de expressar seu ponto de vista livremente. Igualmente deve haver igualdade política.

A discriminação racial, levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático: a idéia de igualdade.

Vários países europeus têm criminalizado o chamado “revisionismo”, que consiste na de propagação de estudos ou de idéias tendentes a minimizar ou negar o holocausto.

O caráter aberto do tipo “racismo” impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade – a medida da liberdade de expressão permitida sem que haja prejuízo à dignidade humana. Este princípio seria um “limite do limite” ou uma proibição de excessos na restrição de direitos.

Conforme apresenta Alexy, o princípio da proporcionalidade representa um método para solucionar as colisões de direitos fundamentais, que ocorre de modo diferente dos conflitos de regras, pois não há aqui revogação ou redução de uma das normas conflitantes, antes há uma ponderação do peso relativo de cada uma das normas aplicáveis. Em síntese:

“quanto mais intensa se relevar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”

As máximas do princípio da proporcionalidade são a adequação (aptidão para produzir o resultado desejado), a necessidade (impossibilidade de sua substituição por outro meio menos gravoso) e a proporcionalidade em sentido estrito (estabelecimento de uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

A condenação é adequada para se alcançar o fim almejado – salvaguardar uma sociedade pluralista; é necessária, pois não há outro meio menos gravoso e igualmente eficaz; por fim, é proporcional no sentido estrito, por não ser absoluta a liberdade de expressão.

Assim, **indefere** o habeas corpus.

Ministro Carlos Velloso

A tutela dos direitos humanos é inerente ao constitucionalismo. A Constituição surgiu como limitação ao Poder Estatal e a divisão dos poderes visou à proteção dos direitos da pessoa humana. Verifica-se também, a internacionalização dos direitos humanos na atualidade.

A Constituição Federal de 1988 preocupa-se, primordialmente em estabelecer os princípios fundamentais, com os direitos e garantias individuais e coletivos.

Não há raças, antes apenas uma raça humana (evidenciado pelo Projeto Genoma Humano). No entanto, culturalmente e socialmente os grupos humanos podem ser discriminados. O racismo não está no conceito de raça, mas nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas.

A incitação ao ódio público contra o povo judeu não está protegida pela liberdade de expressão primeiramente por não terem caráter estritamente científico, e também, porque em caso de conflitos aparente de direitos fundamentais “*a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscritos na Lei Maior*” (fl.363).

Indefere o habeas corpus.

Ministro Nelson Jobim

Se se parte do pressuposto de que o termo “racismo” tem a conotação de conceito antropológico que não existe, o dispositivo da Constituição é inútil.

A palavra “racismo” visa a captar fenômeno social de comportamentos, e não fato ou coisa, de modo que a tentativa de capturar a essência desse termo se revela equivocada.

No caso, os livros editados não foram por motivos históricos ou para o enriquecimento de uma biblioteca, mas para propagar uma ideologia anti-semita.

Analisando historicamente o judaísmo, pode-se concluir que são os judeus um povo e não uma raça – o que não exclui a discriminação contra eles do amparo da Constituição.

Apesar do exemplo de racismo mais evidente em nossa cultura ser contra os negros, a norma constitucional não deixou descoberto de sua proteção a discriminação contra descendentes de outros povos.

Indefere o Habeas Corpus.

Ministra Ellen Gracie

Textos anteriores às pesquisas genéticas, como o Projeto Genoma – Congresso da Unesco de 1964, Enciclopédia Judaica – se desfaziam da teoria das raças.

Tomada isoladamente a premissa da inexistência de raças, chega-se à conclusão de que a discriminação contra os judeus não consiste em racismo. No entanto, racismo trata-se de preconceito feito ação. Segundo Bobbio, preconceito consiste numa “*opinião acolhida passiva e acriticamente e, que, por isso mesmo resiste a qualquer fundamentação racional*” (fl. 428).

Indefere o habeas corpus.

Ministro Cezar Peluso

A idéia de “raça” é subjacente à base semântica do conceito de racismo. No entanto o Direito cria seus conceitos. A Constituição criou um conceito normativo de racismo. Ao tornar tal crime imprescritível - notável exceção em nosso ordenamento – a Constituição deu manifesto relevo valorativo de “*vigoroso repúdio a um recorte da realidade histórica, que é fruto de crença político-ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros à vista das suas graves conseqüências sociais, ao negar-lhe a reprovação penal a aplicação da regra geral de prescritibilidade das pretensões, que serve à paz social*” (fl.433).

Deve-se usar entendimento afinado com a interpretação teleológica – “a Constituição tende, em última instância, a resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis” (fl.434).

A ordem constitucional é generosa na tutela de grupos minoritários, preservando assim, os fundamentos da República (art. 1º, II e III, da CF).

Sobre a questão da edição de livros poder ser tipificada como crime (questão levantada pelo Ministro Sepúlveda Pertence), o paciente era editor apenas de livros destinados a propagar a doutrina anti-semita e não de alguns livros dessa natureza entre muitos outros. Se a situação fosse diversa, talvez seria o caso de um outro entendimento, porém não nesse caso concreto.

Indefere o pedido.

Ministro Carlos Britto

O caso nos coloca frente a um conflito de princípios constitucionais – princípios estes tão excelsos, que estão nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e do pluralismo político.

Em casos de conflitos de princípios pode haver complementação (um princípio se colocando serviente a outro) ou oposição (um exclui a incidência do outro). Em nossa sociedade pluralista, é muito comum que incorramos no segundo fenômeno, uma vez que é freqüente que a liberdade de alguém interfira nos direitos de outrem. O voto visará a demarcar o campo de expressão de cada princípio que esteja em atrito, buscando evitar o sacrifício de cada um deles, mas dando prevalência àquele que gere menos sacrifício aos demais.

QUESTAO DE ORDEM: Nada atesta que o delito se materializou após a publicação da Lei nº 8.081/90. O pólo ativo tinha o dever de provar que o delito se materializara após a entrada em vigor desse dispositivo penal. O inciso XXXIX, do art. 5º, da CF determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Ademais, há a presunção de inocência, que deve ser levada em conta. Sem previedade legal o crime não se materializa (e isso é uma garantia das mais “brilhantes e atualizadas”. Por isso, o relator concede de ofício o habeas corpus

(pela inovação da causa de decidir: a atipicidade da própria conduta do paciente à época dos fatos noticiados da denúncia).

O art. 5º da CF somente enumera 3 crimes. O único tipo de preconceito caracterizado pela constituição como crime é o racismo.

No direito constitucional, deve-se majoritariamente entender que os termos utilizados estão no sentido comum, e não em sentido técnico. Daí que o termo “prática” (de “prática do racismo”) deve ser entendido pelo prisma mais amplo de exteriorização do comportamento. No entanto esse entendimento não fere a liberdade de manifestação de pensamento ou de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

É preciso diferenciar entre “uso” e “abuso” da liberdade de expressão: a liberdade de expressão traduz-se no “*direito de não sofrer impedimento ou censura prévia nesse ato mesmo de agir ou de dirigir-se a terceiros*” (fl.483). Uma vez operado esse transpasse do mundo psíquico para o mundo fático, fica realizada essa autonomia da vontade. Mas esse direito subjetivo de materialização da autonomia da vontade não tem a força de bloquear posturas reativas de terceiros eventualmente prejudicados. Para quem se sente prejudicado pela primeira autonomia de vontade, é assegurado: i) o direito de resposta; ii) o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade, para responsabilização, tanto penal como civil.

Como se concilia o uso da liberdade de expressão com o direito de não sofrer discriminação? O primeiro “*sujeito de direitos não pode ser obstado, por antecipação, quanto à sua liberdade de manifestar ou de voltar a manifestar um pensamento*” (fl.485), ao passo que o segundo “*também não pode ser obstado em sua pretensão de punir o autor da conduta extravasante, quantas vezes o extravasamento vier a conspurcar a sua (dele, segundo sujeito de direito) autonomia de vontade*” (fl.486).

A liberdade de expressão encontra, ainda, um significativo reforço constitucional, ao determinar como “excludentes de abusividade” a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política (fl.486).

O termo racismo também foi utilizado em sentido coloquial, como uma discriminação ou preconceito. Na realidade brasileira, o racismo está diretamente associado à cor negra. O racismo, conforme está em nossa constituição “*é termo*

exigente de um tipo histórico-cultural de interpretação que atenta para a mais viva história do povo, da geografia, das instituições e dos costumes do Brasil. E que, se desprezado, terminaria por liberar o crime de discriminação contra ela, a negritude, daqueles dois mencionados fatores de inibição: a inafiançabilidade e a imprescritibilidade” (fl. 494).

O contexto brasileiro de multirracialidade vai para além da cor da pele. O racismo é crime contra os indivíduos da cor negra e contra os pertencentes a um “*grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento*”.

Praticar preconceito é desrespeitar de forma imediata e instantânea o princípio constitucional da igualdade civil-moral e insurgir-se contra o valor constitucional do pluralismo.

Uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos é “desaguadouro ou efeito lógico do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana”;

O paciente, em seu livro “*Holocausto Judeu, ou Alemão – Nos Bastidores da Mentira do Século*” pretende fazer uma obra e ciência, de investigação histórica, objetivando análise de fatos, ações, eventos, personalidades. “*Os episódios e personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção*” (fl. 515).

O autor professa simpatia pelo povo alemão, sem, contudo, falar de arianismo, superioridade racial alemã ou inferioridade racial judaica. Não há apologia à guerra, tampouco a boicote a produtos ou pessoas de nacionalidade judaica, muito menos o extermínio físico de quem quer que seja.

Defere o presente habeas Corpus por entender que o paciente não incorreu em conduta penalmente típica.

Ministro Marco Aurélio

Primeiramente ressalta que este é um dos julgamentos mais importantes que já presenciou na casa, em seus 13 anos de atuação.

Em 1695, a Inglaterra não ratificou o *Licensing Act*, que dispunha sobre a censura prévia; a Declaração de Direitos da Virgínia – 1776 – proclamou que “a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais”; a primeira emenda da Constituição Americana de 1787, consagrou a liberdade de palavra ou de imprensa; a Declaração dos Direitos do Homem, na França em 1789, reiterou que “a livre a manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente”; também a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais (1950) e o Pacto de São José da Costa Rica selaram o direito à liberdade de pensamento e expressão.

A Igreja Católica, na época da Contra Reforma, elaborou o *Index Livrorum Proibitorum*, os livros proibidos para os cristãos, a fim de evitar que as idéias heréticas corrompessem o espírito dos fiéis – uma das maiores intolerâncias que a humanidade já conheceu.

Deve estar corte enfrentar o problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Após o período ditatorial, buscamos construir uma democracia em nosso país. “*Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania*” (fl. 546) e os direitos fundamentais têm uma função democrática, pois asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia.

A liberdade de expressão também é um instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício do poder. A liberdade de expressão tem uma dimensão eminentemente social, não podendo ser tida como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de idéias do indivíduo, mas como a garantia do livre direito de opinião como forma de concretizar o princípio democrático. Não se pode reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual.

Não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual. No caso em julgamento o paciente se restringiu a escrever e difundir a história vista com seus próprios olhos, com base em uma pesquisa científica, justificativa teórica, fotos, documentos.

A liberdade de expressão não possui caráter absoluto. Assim, não pode o cidadão abusar dessa liberdade. Toda colisão só pode ser superada se algum tipo de restrição ou sacrifício for imposto a um ou aos dois lados, a partir de uma ponderação de valores.

Não existem dados concretos que demonstrem que o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo. *“Como é possível que um livro (...) que expõe a versão de um fato histórico (...) transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?”* (fl. 563).

O livro constitui instrumento de democracia e pluralização de pensamento. É democrático por excelência, uma vez que depende que o leitor tenha interesse, leia e faça seu julgamento final do que está escrito. Somente poderá o conteúdo de um livro proliferar-se se houver na comunidade política a *“tendência para aceitar aquelas idéias, ou seja, se existir ambiente propício à proliferação do que nele registrado.”*(fl. 565).

A sociedade brasileira não é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu – mas pratica, sim, contra o negro, o índio e os nordestinos. *“É imprescindível que a solução deste habeas passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equivoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos há muito suplantados e que não nos pertencem e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade”* (fl. 569).

Frente à colisão da liberdade de expressão do paciente e a dignidade do povo judeu, a condenação feita pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal ampliar as proteções aos direitos fundamentais, compreendendo as suas exceções de uma maneira rigorosamente estrita.

Quando se criou a norma da imprescritibilidade do racismo, buscava-se combater um comportamento específico em nossa história – o preconceito contra o negro. Não houve qualquer menção ao povo judeu.

Concede o habeas corpus, entendendo haver prescrição da pretensão punitiva.

Ministro Sepúlveda Pertence

A negação radical da existência de raças esvaziaria todo o significado da norma contida no art. 5º, XLII, da CF.

Entende que se deve tomar um conceito sócio-cultural de raça – historicamente, verifica-se que o alvo do racismo não é necessariamente uma raça, como conceito antropológico, mas como grupo humano diferenciado.

No Brasil, o termo racismo, é ambivalente: historicamente é evidente a preocupação da sociedade brasileira com a discriminação contra os negros. O entendimento do Min. Moreira Alves, que excluiu a comunidade judaica do conceito de raça, parte da premissa de que a determinação constitucional de imprescritibilidade é *“contra todas as razões humanísticas que levaram à prescritibilidade de todos os crimes a ser um valor universal do Direito Penal”* (fl. 677).

Salvo casos excepcionalíssimos, um livro de pequena repercussão não seria instrumento de incitação ou induzimento ao ódio; no entanto, foi convencido de que pode ser instrumento da prática do racismo.

Não é possível extrair dos trechos de livros de publicação do paciente, a tentativa científica de revisão histórica.

Denega a ordem.

i. - Análise dos argumentos

O Ministro Moreira Alves utiliza a interpretação histórica, buscando a vontade do legislador. Usa, também, a doutrina e a antropologia para compreender qual o âmbito da norma. Sua abordagem se aproxima a do método hermenêutico-clássico,

porquanto busca identificar o verdadeiro sentido da norma e guiar-se por ele em sua aplicação³.

Entre a interpretação ampla, para alargar os direitos fundamentais e a interpretação restrita, garantia do direito penal, para impedir tipos penais abertos, o Ministro fica com a segunda opção. Para ele a regra da prescribibilidade dos crimes é uma garantia maior a ser preservada do que a proteção constitucional aos que são vítimas de discriminação.

Bastante interessante é o argumento, trazido em sua confirmação de voto, de que ele não levou em conta aspectos emocionais. O distanciamento emocional, e a análise puramente racional, são trazidos como argumentos para legitimar sua posição, que não foi acolhida pelo resto do tribunal. Em casos como estes, talvez o distanciamento emocional não seja tão conveniente para o magistrado.

O Ministro Maurício Correa se utiliza de argumentos biogenéticos e da sociologia para buscar a delimitação do termo raça. Traz elementos de direito internacional e do direito comparado para enriquecer sua fundamentação. A doutrina também é presente.

Afinal, faz um juízo de valor, argumentado que deve preponderar o direito de toda uma parcela da sociedade e não o direito individual do paciente. E faz uma interpretação ampliativa dos direitos fundamentais. No entanto, é interessante notar que o Ministro não atenta para o fato que ao fazer essa interpretação ampliativa dos direitos fundamentais, outro direito fundamental foi suprimido: a liberdade de expressão. Portanto, essa interpretação ampliativa, deságua em um juízo de valor a ser feito entre qual bem jurídico se quer proteger.

O Ministro Celso de Mello reafirma a supremacia da dignidade da pessoa humana, frente aos outros princípios e traz elementos de direito internacional também. Lembra que não há direitos absolutos.

O Ministro Gilmar Mendes utiliza conceitos de autores renomados – o que traz legitimidade para o seu discurso. Utiliza-se de elementos históricos também e do direito comparado. Afirma que em cada caso deve ser feita uma análise para saber qual direito deve prevalecer no conflito. Emerge, então, o princípio da proporcionalidade – construção doutrinária - como peça indispensável. Este

³ MENDES (2008 : 101).

posicionamento aproxima a sua interpretação do método tópico-problemático, pois identifica-se com o pensamento problemático de Viehweg⁴.

Os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso trazem argumentos históricos, do direito internacional e comparado para sustentar suas decisões. A Ministra Ellen Gracie também traz ensinamentos de doutrinadores e o Ministro Cezar Peluso busca fazer uma interpretação teleológica.

O Ministro Carlos Britto afastou todas as técnicas interpretativas utilizadas até então para deferir o *habeas corpus* por princípios (constitucionais até) relativos ao Direito Penal. Ademais, o magistrado leu o livro que o paciente havia escrito e afirma não ter reconhecido traços racistas na obra, somente investigação científica.

O Ministro Marco Aurélio fez um regate histórico e do direito comparado para interpretar o alcance do termo racismo. Ele defende que a interpretação deve ser feita levando em conta a nossa sociedade e nossos valores, os problemas fáticos brasileiros.

Também traz a visão de liberdade de expressão como direito da sociedade e não do indivíduo, apenas. Ora, se os direitos fundamentais devem ser ampliados (o direito à liberdade de expressão dentre eles), a grande exceção que é a imprescritibilidade do crime de racismo deve ser interpretada restritivamente.

O Ministro Sepúlveda Pertence analisa o caso concreto e a realidade social brasileira. Por não haver a finalidade de pesquisa histórica, indefere o *habeas corpus*.

⁴ *idem*

1.4 - Discussão sobre a solução

1.4.1 - Solução encontrada

A solução encontrada para a questão foi indeferir o habeas corpus por maioria de votos, vencidos 3 ministros. Assim, entendeu-se que o termo “racismo”, cuja prática constitui crime imprescritível no ordenamento jurídico brasileiro, abrange a discriminação contra os judeus. Também se entendeu que a publicação de livros com conteúdo tendente a negar o holocausto, sem intenção histórica, não está abrigado pela garantia constitucional da liberdade de expressão.

1.4.2 - Análise da solução

Interessante lembrar aqui a lição de Tércio Sampaio Ferraz de que conflitos pedem uma decisão. As decisões, segundo o autor, são atos de falar que solucionam uma questão sem, porém, eliminá-la⁵.

Exatamente isso que podemos verificar no caso em análise. O Tribunal Constitucional trouxe um fim à questão, mas não acabou. A discussão, principalmente numa democracia está sempre aberta. Tércio Sampaio Ferraz também nos ensina que para considerar-se um discurso racional, a única exigência feita é que ele esteja aberto à exigência de fundamentação, esteja aberto a questionamentos. Pragmaticamente, um discurso é racional aquele que se submete à regra do dever de prova. O orador sempre tem o *onus probandi*.

A crítica feita pelo Ministro Moreira Alves, de que ele não havia se deixado levar por elementos emocionais é válida. Afinal, elementos emocionais não podem ser fundamentados e compreendidos racionalmente. No entanto, será que o discurso esperado de um juiz é sempre o discurso racional? Ora, a prudência do magistrado é algo exaltado desde o Direito Romano. No entanto, prudência não se confunde com racionalidade.

Em casos como o estudado, é fácil perceber que não existe uma resposta pronta, que simplesmente pela via racional será encontrada. O intérprete já possui uma pré-compreensão irracional sobre o tema. O juiz deve ter uma sensibilidade

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

emocional, sim, principalmente em casos difíceis e que evocam tantos fatos graves, como o caso dos autos.

As considerações feitas pelo Ministro Marcos Aurélio foram muito consistentes e nos levaram a crer que, realmente, frente ao caráter excepcionalíssimo da imprescritibilidade, e do pressuposto de que a dimensão dos direitos fundamentais deve ser ampliada, a decisão mais acertada seria pela não inclusão da discriminação a judeus no âmbito normativo do termo “racismo”. Ora, não se está falando em compartilhar desse sentimento de discriminação a um segmento da sociedade ou de descriminalizar essa conduta, mas apenas de entender que em nossa sociedade, a imprescritibilidade teve um endereço certo: a discriminação contra os negros. E que o crime de discriminação contra o povo judeu, como todos os outros crimes em nosso ordenamento jurídico (salvo a outra exceção constitucional, relativa a grupos armados), sofrerá os efeitos do tempo.

2 - Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000

O precedente escolhido foi a Cuestión de Inconstitucionalidad 5152-2000 do Tribunal Constitucional da Espanha. Ele trata do conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

2.1 - Revisão e sistematização dos fatos descritos no precedente

Em junho de 1996 entraram em vigor na Espanha algumas mudanças na legislação que passaram a tipificar a incitação ao crime de genocídio. Pedro Varela Geiss era o titular e diretor da livraria Europa, onde vendia de forma habitual e continuada todo tipo de material, como livros, publicações, cartas, em que se negava a perseguição ao povo judeu durante a Segunda Guerra Mundial (Revisionismo do Holocausto). Na imensa maioria dos textos se incitava a discriminação e o ódio à raça judia, considerando-os “*seres inferiores que devem ser exterminados como ratos*”. Na citada livraria havia a venda de outros artigos, mas seu número era ínfimo

se comparado à literatura anti-semita. Além disso havia a exportação desse material a países como Alemanha, Áustria, Bélgica, Brasil, Chile, Argentina e África do Sul.

Em 16 de novembro de 1998, Pedro Geiss foi condenado à pena de dois anos de prisão pelo artigo 607.2 do Código Penal, além de mais três anos pelo crime do artigo 510.1 (provocação ao ódio racial e à violência contra grupos ou associações por motivos racistas e anti-semitas).

Houve apelação à *Sección Tercera de la Audiência Provincial de Barcelona* que fez, por sua vez, a referida questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional. Foi questionada a constitucionalidade do Artigo 607.2 do Código Penal Espanhol frente à garantia constitucional da liberdade de expressão (artigo 20.1 da Constituição Espanhola).

Artigo 607.2 do Código Penal Espanhol:

“2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

Artigo 20.1 da Constituição Espanhola:

“Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”

2.2 - Identificação clara e objetiva da questão discutida

A restrição feita pelo Artigo 607.2 ao direito fundamental da liberdade de expressão é constitucional?

2.3 - Discussão sobre os argumentos

2.3.1 - Argumentos apresentados

No julgamento dessa questão de inconstitucionalidade foram ouvidos os argumentos do *Abogado del Estado* e do *Fiscal General del Estado*, além dos ministros do Tribunal Constitucional. Por tratarem os magistrados das questões postas pelas autoridades citadas, analisaremos somente os votos dos julgadores.

Magistrado don Eugeni Gay Montalvo

Primeiramente, o Magistrado nos informa que a *Sección Tercera de la Audiência Provincial de Barcelona* promoveu essa questão de inconstitucionalidade por crer que o dispositivo afetado seria contrario ao direito de expressar e difundir livremente os pensamentos, idéias e opiniões por meio da palavra, o escrito ou qualquer outro meio de reprodução. Tanto o *Abogado del Estado* quanto o *Fiscal General del Estado* consideram que esse direito constitucional não oferece cobertura às condutas tipificadas. Por isso não se poderia considerar inconstitucional, nem lesivo ao princípio da intervenção mínima do Direito Penal, uma vez que essas condutas oferecem perigo ao bem jurídico protegido.

Em seguida, o Magistrado delimita o objeto do problema. Tendo em vista que o artigo é assim escrito “*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años*” e que a cuestión de inconstitucionalidad “*no es un instrumento procesal para buscar una depuración abstracta del Ordenamiento*”, a análise deve ser feita apenas no que interessa ao caso em concreto. Somente a primeira parte do dispositivo será o objeto da questão - “*La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo*”.

Ele retoma um argumento trazido pelo *Abogado* e pelo *Fiscal* de que a difusão e idéias que neguem ou justifiquem um genocídio representa um perigo em potencial não só pras pessoas pertencentes ao grupo vítima em questão, mas para toda a democracia em seu conjunto.

Busca, então, trazer os precedentes daquela corte sobre a proteção ao direito de liberdade de expressão, ao afirmar que

“el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían

vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política. La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder” (STC 6/1981 de 16 de marzo, FJ 3, recogido, entre otras, en las SSTC /1990, de 15 de febrero; 336/1993, de 15 de noviembre; 101/2003, de 2 de junio; 9/2007, de 15 de enero).

A liberdade de expressão é uma condição prévia e necessária para o exercício de outros direitos fundamentais e da democracia. É um dos pilares desta, pois possibilita aos cidadãos que formem livremente suas opiniões e participem de modo responsável dos assuntos públicos. No interior do âmbito de proteção está inclusive a proteção idéias que atacam ao sistema democrático. Afirma a corte que *“la Constitución —se ha dicho— protege también a quienes la niegan”*.

Razões históricas (não explicitadas no voto, mas provavelmente referentes ao período ditatorial por que passou a Espanha e que desembocou na Constituição de 1978) são colocadas como fundamento para que o ordenamento constitucional espanhol tenha uma ampla rede de garantia aos direitos fundamentais. Segundo Don Montalvo, o sistema espanhol, ao contrário dos sistemas existentes nos países vizinhos, não tem como característica a “democracia militante”, ou seja, em suas palavras, *“um modelo em que se imponha não o respeito, mas a adesão positiva ao ordenamento e, em primeiro lugar, à constituição”*. Ele conclui que isso leva ao impedimento que o poder público tente controlar, selecionar ou determinar a mera circulação pública de idéias ou doutrinas. Assim, conclui ele que o direito garantido constitucionalmente só pode ser restringido se as informações veiculadas lesionarem efetivamente os direitos ou bens de relevância constitucional. Ele afirma que não é toda idéia que será digna de respeito, mas a tolerância é um dos “princípios democráticos de convivência”.

Então, passa o magistrado à análise do caso em si. Será que a expressão das idéias em questão pode ser objeto de sanção estatal punitiva por afetar os bens estatais protegidos? Ele afirma que no passado aquele tribunal já concluiu que as afirmações, dúvidas e opiniões sobre o Holocausto, por mais reprováveis que sejam, estão amparadas pelo direito constitucional da liberdade de expressão, relacionada ao direito de liberdade ideológica, por serem apenas opiniões subjetivas e

interessadas sobre acontecimentos históricos. Ele cita o Tribunal Europeu de Direitos Humanos para trazer força a seu argumento, demonstrando que ele afirmou que a busca da verdade histórica forma parte integrante da liberdade de expressão.

Todavia, afirma ele que o direito à liberdade de expressão não é um direito absoluto. A liberdade de expressão, por exemplo, não abarca a difusão de frases ultrajantes ou ofensivas que não guardem relação com as idéias expostas e que, por isso, se mostram desnecessárias. O entendimento, neste caso, do Tribunal é que o direito à liberdade de expressão não protege *“el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, pues sería tanto como admitir que, por el mero hecho de efectuarse al hilo de un discurso más o menos histórico, la Constitución permite la violación de uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad (art. 1.1 CE) y uno de los fundamentos del orden político y de la paz social: la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”*. A dignidade humana aparece no discurso do magistrado como um marco que é o centro de todo o ordenamento jurídico e diante do qual se desenvolvem todos os direitos fundamentais. Se a apologia ao genocídio, a sua glorificação e justificação desses feitos humilham as suas vítimas, então eles não merecem proteção constitucional. Este é o limite. A liberdade de expressão não deve oferecer abrigo ao “discurso ao ódio”.

Novamente traz o Magistrado a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que afirmou que a negação do Holocausto não poderia ser protegida pela liberdade de Expressão por importar em difamação racial acerca dos judeus e incitação ao ódio contra eles. Ele desenvolve, demonstrando que, segundo a acertada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que não basta causar um dano comum com a conduta, mas deve-se verificar que esta conduta busca destruir o exercício das liberdades e o pluralismo, ou busca atentar contra as liberdades reconhecidas pelo Convênio (a Convenção Européia sobre o tema). Esta estabelece um mínimo comum para os ordenamentos internos europeus.

Ele cita, então, uma jurisprudência da corte de 1991:

“el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de

un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”.

Para verificar a constitucionalidade do dispositivo, o *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* estabelece que “*toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley*” e também o art. 5 do Convênio das Nações Unidas para a prevenção e a sanção do delito de genocídio, de 9 de dezembro de 1948, em que a Espanha se compromete a estabelecer em sua Constituição “sanções penais eficazes” para castigar às pessoas culpáveis de genocídio ou de “instigação direta e pública” a cometê-lo. Ele afirma, no entanto, que o ordenamento jurídico espanhol não autoriza a criminalização da mera transmissão de idéias.

Daí parte ele para as possibilidades de “salvar” o dispositivo e se volta para a possibilidade da interpretação conforme. Mas atenta para que a interpretação conforme não se converta numa interpretação *contra legem*, e nem que desfigure totalmente o texto legal resultando na criação de uma nova norma. No caso há a criminalização da difusão de idéias ou doutrinas que neguem ou justifiquem o genocídio. Don Montalvo entende que a negação deve ser entendida como mera expressão de um ponto de vista sobre determinado fato. A justificação, por sua vez, implicaria na relativização ou na negação da antijuridicidade do genocídio. Conforme o exposto, entende o Magistrado que o que iria contra a constituição seriam as idéias que impliquem na incitação direta á violência contra determinados grupos ou um menosprezo para com as vítimas de genocídio.

O magistrado traz à discussão o fato de que criminalizar a mera difusão de conclusões sobre a existência ou não de determinados fatos, sem emitir juízos de valor sobre eles, afeta o âmbito da liberdade científica reconhecida na Carta Espanhola. Este direito é importantíssimo de ser assegurado, pois garante a investigação histórica e seu debate. A mera negação não seria antijurídica. Seria necessário outro elemento, a saber, que essa conduta fosse idônea para gerar uma atitude de hostilidade contra o grupo em questão (as vítimas). Como o legislador não se pronunciou sobre essa necessidade de que a negação incitasse

a violência e o ódio, não cabe ao tribunal fazê-lo. A conduta criminalizada protege mais do que é possível constitucionalmente e fere a liberdade de expressão.

Por outro lado, as idéias que justifiquem o genocídio sempre expressarão um juízo de valor. Deste modo haveria a permissão constitucional para que se punisse tal conduta. O Direito Internacional vai nessa mesma linha. O Magistrado cita a Proposta de Decisão Marco relacionada à luta contra o Racismo e a Xenofobia, que limita a obrigação dos Estados a castigar as condutas que façam apologia pública, a negação ou a trivialização flagrante dos crimes de genocídio nos casos em que isso possa implicar uma incitação à violência ou ao ódio contra o grupo social afetado. Nesse caso, a interpretação conforme não desvirtuaria a vontade do legislador, pois a justificação do genocídio envolve necessariamente uma valoração e é plenamente de acordo com esta linha de pensamento.

Após essa exposição, conclui o magistrado por declarar inconstitucional a expressão “nieguen o” e declarar a interpretação conforme da segunda parte do artigo “justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo...” com a vocação a uma incitação à violência ou ao ódio contra o grupo social afetado.

Magistrado don Roberto García-Calvo y Montial

Primeiramente o Magistrado critica a técnica utilizada pelo seu colega. A sentença do Magistrado relator se deu nos seguintes termos:

“Ha decidido
 Estimar parcialmente la presente cuestión de inconstitucionalidad, y en consecuencia:
 1º Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión “nieguen o” en el primer inciso artículo 607.2 del Código penal.
 2º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado **en los términos del fundamento jurídico 9 de esta Sentencia.**
 3º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.
 Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.(grifo nosso)

Don Montial afirma que a sentença deve ser clara e refuta essa técnica de se referir ao “fundamento número tal”, pois isso fere a clareza e a compreensão da sentença, especialmente para os leigos em Direito.

Este magistrado critica também a forma hermenêutica utilizada pelo colega. Para tanto afirma que ela não é permitida nem pela sistemática do Código Penal nem pela técnica hermenêutica trazida pelo Código Civil que afirma *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

Daí, don Montial traz a exposição de motivos da lei de 4/1995 - que modificou o Código Penal e introduziu o artigo analisado - que diz, de forma esclarecedora:

“La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. España no permanece ajena al despertar de este fenómeno. Y, en fin, porque constata dicha proliferación, nos vemos obligados a dar un paso más allá de la represión de cuantas conductas puedan significar apología o difusión de las ideologías que defienden el racismo o la exclusión étnica, dado que constituyen —según la STC 214/1991— obligación que no ha de verse limitada en nombre de la libertad ideológica o de expresión.”

A lei que modificou o Código Penal foi aprovada por todos os grupos de parlamentares sem oposição alguma em sua época.

As mudanças trazidas pela lei são compatíveis com os compromissos internacionais espanhóis (Convenção de Nova Iorque, Declaração de Direitos Humanos, Convenção de Roma e Pacto Internacional de direitos civis e políticos, além da cobertura jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

O 607.2 não carece de conteúdo, por ser fruto, não de caprichos do legislador, ou de uma presunção irrazoável ou excessiva, mas de uma dolorosa experiência histórica.

Este magistrado ataca a sentença por afirmar que ele somente dedica duas páginas e meia à questão da inconstitucionalidade ou não do artigo, fazendo uma distinção teórica e não empírica da incitação direta ou indireta ao genocídio. Nesse ponto, don Montiel busca no *Abogado* seu fundamento, ao

afirmar que o 607.2 criminaliza as doutrinas genocidas. O preceito não pune a negação ou justificação de meros fatos, mas sim a negação ou justificação da a morte de uns seis milhões de judeus. Neste caso não está em jogo a liberdade de informação, mas a difusão de certo tipo de doutrina ou idéias.

Ao verificar que a justificação do genocídio se encaixa na figura penal do “perigo abstrato”, o magistrado, de maneira calorosa, afirma que em sua opinião não é um perigo abstrato, mas (em tradução livre) o perigo concreto do “tiro na nuca, o carro bomba ou a expulsão do território de determinadas classes de pessoas. A difusão de idéias e doutrinas racistas ou xenófobas conseguem estimular transformações psicológico-sociais ainda não bem conhecidos, e criar uma atmosfera social que, como mostra o desenvolvimento da Alemanha Nazista, começa com a discriminação legal no acesso a cargos públicos e profissionais; segue com o estímulo à emigração de parte da população; e se estende e intensifica a todos os campos da convivência até os extremos de destruição e extermínio que conhece a história”.

Por fim, afirma ele que o Direito Penal, com suas benevolentes, artificiosas e teóricas prevenções, ao invés de consolidar os direitos fundamentais, os enfraquecem. Pelo exposto afirma ele que vota por declarar constitucionais os dois incisos do artigo 607.

Magistrado don Jorge Rodriguez-Zapata Pérez

Inicia seu voto esclarecendo que vai tratar de críticas do ponto de vista do Direito Constitucional e do Direito Comunitário Futuro.

A constituição espanhola declara que tanto a liberdade de expressão como o pluralismo político são valores supremos do ordenamento jurídico.

A Espanha, desde a transição democrática (que comemora 30 anos de aniversário), tem sido o país do pluralismo. Isso com adesão de toda sociedade, sem acepção de ideologia, credo ou partido. O período entre guerras demonstrou que o surgimento de forças anti-pluralistas no seio de uma sociedade, põe em xeque com muita facilidade esse sistema. De 1918 a 1945, a Europa viveu a época dourada do constitucionalismo clássico. Havia uma chamada “excessiva

confiança na soteriologia jurídica”, uma fé ingênua no constitucionalismo, considerando-o como uma realidade que por si só asseguraria a liberdade. Esse posicionamento levou a experiências dramáticas nos países que conheceram as Constituições tecnicamente mais perfeitas já idealizadas pelo gênio humano.

Após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial houve a imediata Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção de Roma, a criação do Tribunal de Estrasburgo. A Constituição Espanhola, de 1978, proclamou que a dignidade humana é o primeiro fundamento de ordem política e de paz social.

É assim que se explicam as leis que incriminam a quem nega ou trivializa o holocausto. Há uma lista de honra formada por Alemanha, Áustria, Bélgica, República Tcheca, Eslováquia, França, Holanda, Liechtenstein, Lituânia, Polônia, Romênia, e Suíça, juntamente com Israel, e que não contará com a Espanha após essa sentença.

Recentemente (2005) houve o aniversário de sessenta anos do fim do campo de concentração de *Auschwitz*, onde foram assassinados um milhão e meio de pessoas, que deve servir de lição para alertar ao preocupante crescimento do anti-semitismo na Europa.

A Espanha deve ter a noção de que faz parte de uma nova União Européia formada por quinhentos milhões de seres humanos. Há 27 países nessa União, e não deve haver nenhum Estado europeu que seja um refúgio de novos grupos antipluralistas, para que não se repitam os horrores do século XX.

Neste ponto, don Pérez faz uma comparação com os Estados Unidos, em que mostra o voto do Juiz Black. Este afirmava que a liberdade de expressão estava para o governo norte-americano como o coração estava para o corpo humano. Mas para a Espanha, essa amplitude tão grande da liberdade de expressão representa um retrocesso. Em 1941, enquanto o juiz Black escrevia seu famoso voto (caso *Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor*), cruzavam o Atlântico milhares de barcos com refugiados “cujas vidas não eram dignas de serem vividas”. A velha Europa testemunhava o sacrifício de seis milhões de judeus que não puderam fugir dessa realidade monstruosa. Cada continente tem seus monstros. Não se pode deixar de proteger a dignidade humana que é o direito fundamental europeu, por categorias alheias à experiência européia.

Ele cita um precedente de 1991 em que a Corte Espanhola fez uma teoria revolucionária para aceitar a legitimação processual de dona Violeta Friedmann, judia sobrevivente de *Auschwitz*, para proteger seu direito de honra (e de todos os judeus) frente aos *Comic Hitler* (histórias em quadrinhos com discurso anti-semita, racista e xenófobo). Isso por que havia a violação da dignidade humana.

Por tudo isso ele discorda da sentença.

Magistrado don Ramón Rodriguez Arribas

Em seu voto ele fala da decisão de que a negação do delito de genocídio somente seria criminalizada se incitasse diretamente a violência contra determinado grupo. O “negacionismo” é um claro menosprezo às vítimas que sofreram o genocídio. Abarcar isso no direito à liberdade de expressão é degradar tal direito. A punição não se dirige a castigar a livre difusão de idéias ou opiniões, mas de proteger a sociedade dos comportamentos que, gerariam um clima de violência e hostilidade que são, estes sim, um perigo à sociedade democrática.

Não se trata de uma “democracia militante”, mas de uma democracia não ingênua.

Também, não concorda o magistrado da violação à liberdade científica, pois não é o caso do resultado de um historiador que produziu um trabalho intelectual sem elemento intencional algum, mas de informações diretamente direcionadas a minimizar ou explicar os fatos monstruosos.

Termina lamentando que a Espanha, que foi a pioneira em criminalizar tal conduta na Europa, a despenalize agora.

2.3.2 - Análise dos argumentos

Zapata Pérez fala do Direito Constitucional e do Direito Comparado. Faz uma regressão histórica para explicar a evolução do constitucionalismo, na Europa como

um todo. Fala muito do Direito comparado, trazendo ao seu discurso sistemas diferentes (anglo-saxão e europeu continental) e, inclusive, visões de mundo diversas (americana e européia). Este é o único que faz alguma prognose das conseqüências que tal decisão teria, afirmando que o país poderia se tornar Don Eugeni Gay Montalvo busca sua fundamentação basicamente em duas fontes: o Direito Comparado e a Jurisprudência do Tribunal. A Constituição tem presença marcante (o que não poderia deixar de ser numa *cuestión de inconstitucionalidad*) e os Direitos Fundamentais são efetivamente fundamentais. Há muitas referencias não só ao direito à liberdade de expressão, mas também à dignidade humana.

Percebemos que quase não é feita fundamentação relacionada a fatos históricos. Efetivamente somente de passagem cita o magistrado os antecedentes históricos, e mesmo assim sem dizer quais seriam.

Já don Roberto García-Calvo y Montial busca sua fundamentação em fontes alheias à constituição. Sobre as técnicas de interpretação, recorre ele aos Códigos Penal e Civil. Os fatos históricos são extremamente usados por ele. Ele busca a exposição de motivos da lei, os fatos geradores disso no passado já um pouco distante (Guerras, momentos históricos do pós guerra). É bastante presente em seu discurso um tom moral, com palavras fortes, e até mesmo um certo apelo para imagens que chocam (p. ex. falar do tiro na nuca). Para alguns isso é visto como uma certa fraqueza de argumentação. Pensamos que eu uma discussão desse nível não foram descabidas as considerações do magistrado, principalmente por acompanharem argumentos “não emocionais” relevantes.

Por fim, don Ramón Rodriguez Arribas não acrescenta muito à discussão. Trata das definições de negacionismo e de democracia militante.

Fato muito interessante de notar é que não há nenhuma referencia à doutrina no julgado da Corte Constitucional. Em nenhum instante se busca em autores alguma base para seus fundamentos.

2.4 - Discussão sobre a solução

2.4.1 - Solução encontrada

A solução encontrada para a questão foi a de declarar (por maioria) a inconstitucionalidade da criminalização da difusão de idéias ou doutrinas tendentes à negação de crimes de genocídio, e que os crimes a difusão de idéias ou doutrinas que justifiquem tal crime seriam constitucionais se interpretados conforme a constituição no sentido de que impliquem em incitação à violência ou ao ódio contra o grupo social afetado.

2.4.2 - Análise da solução

Novamente a lição de Ferraz Júnior se faz presente. Nesta decisão a solução não terminou com as diferentes maneiras de encarar o problema, no entanto estabilizou as expectativas em frente a uma situação

A racionalidade dos discursos analisados é conferida no jogo de forças de argumentos, em que os mais coerentes permanecem frente aos mais frágeis. No caso em análise, nos parece que, apesar de terem vencido o debate na Corte Constitucional Espanhola os argumentos do Magistrado don Eugeni Gay Montalvo levaram em conta aspectos secundários. Sua análise se prendeu mais a aspectos da sistematização do ordenamento jurídico e a argumentos hermenêuticos um tanto quanto complicados, para chegar a uma conclusão incoerente, a nosso ver. Argumentos valiosos como os aspectos históricos específicos da Europa foram apenas citados. Houve uma abertura, ainda que pequena para que se negue a existência de Genocídio (notadamente o Holocausto).

É preciso verificar que uma reconsideração do Holocausto ainda é um tabu (algo que é proibido) principalmente na Europa. Com certeza isso é por causa da proximidade dos acontecimentos. É claro que ainda há sobreviventes da Segunda Guerra, ou descendentes diretos, que possuem em suas próprias vidas as marcas do ocorrido. Verifica-se que o discurso sobre o que ocorreu durante a Segunda Guerra muitas não pode ser ainda considerado racional, uma vez que não é aberto a dever de prova. Não se pode exigir que alguém prove que os fatos ocorridos foram verdadeiros. Não se admite moralmente um questionamento acerca desses fatos,

pois as conseqüências de uma abertura “racional” que poderia até, falaciosamente (portanto não racionalmente), relativizar a vida humana, foram tão devastadoras que nos refugiamos disso simplesmente dizendo que tal assunto é um tabu e não admitindo que se fale disso.

Não queremos discordar desse posicionamento, pois cremos que ainda é muito cedo para uma discussão saudável (seria saudável?) e distanciada sobre o ocorrido. Quem sabe ainda quantas gerações precisarão passar para que se possa efetivamente entender (se é que é possível e até mesmo necessário um entendimento diferente do atual) o que aconteceu na Segunda Guerra Mundial.

Juridicamente a decisão é possível. Inclusive compartilhamos do princípio da ingerência mínima da lei penal, pois o Direito Penal, em sua essência, visa não a castigar (usando a nomenclatura da lei espanhola) o criminoso, mas a conter a gana de punição estatal. É uma garantia para todos nós frente ao Estado. Em tese, há a possibilidade (ainda que mínima atualmente a nosso ver) de um estudo científico que chegue à conclusão de que um genocídio (notadamente o holocausto) não tenha existido. Isso de forma desinteressada. Então, no caso, o elemento de que estes atos visem a incitar a violência, é necessário para proteger a liberdade científica, sim. Tal ingerência poderia muito bem ser feita pelo Tribunal Constitucional em uma interpretação conforme. Não vemos problema nenhum nisso. A não ser pelo fato de se tratar de Direito Penal. Esse fato muda tudo. Por isso, sim, compartilhamos do posicionamento da Corte Espanhola.

Nossa única crítica - talvez não seja crítica, uma mera constatação moral - é a essa falta de “humanidade” no voto do relator. Ao tratar de um assunto tão polêmico como idéias anti-semitas, deveria haver maior atenção à história do que se passou no continente Europeu.

2.5 - Teste de prognósticos

Em um primeiro momento, pensamos que o legislativo agirá rápido e tipificará a “negação de genocídio incitando a violência”. No entanto, em termos práticos, se isso não ocorrer, pensamos que seja praticamente impossível que haja uma conduta em que alguém publique e divulgue idéias que neguem algum genocídio sem que isso se encaixe na justificação deste fato, ou em outro tipo penal.

Basicamente, o problema estaria na mensagem que uma decisão assim trará. Principalmente na Espanha no contexto da União Europeia - UE. É válida a preocupação do Magistrado don Pérez de que não possa haver na UE um país que seja refúgio para grupos de nazistas, xenófobos ou racistas. É, sim, importante, e não digo juridicamente, mas politicamente, que se deixe bem clara a mensagem de que tais manifestações não são bem-vindas no ordenamento jurídico. Talvez seja uma preocupação em demasia, mas conforme exposto na “Análise da Solução”, há preocupações que se fundam não em nossa razão, mas em nossas emoções ligadas à lembrança do passado.

Em pesquisa feita, conseguimos uma notícia do jornal “El País” (*El Constitucional mantiene la pena por justificar el genocidio*) que trata justamente dessa decisão e confirma o defeito técnico exposto no voto de don Montial (o fato de não explicitar qual é o fundamento jurídico número 9), mas não traz pistas de como a sociedade a recebeu.

Há também uma notícia que demonstra como esse tema é de extrema importância para a Espanha. A reportagem fala sobre o cancelamento do lançamento do livro de um Ex-líder da Ku Klux Klan na livraria Europa, frente à pressão dos *Mossos d’Esquadra* (a polícia autônoma da Catalunha), que os vigiariam em todo instante que estivesse nas ruas. Ele afirmou que é um dia triste para a Espanha, pois a liberdade de expressão é o mais importante dos direitos. Demonstra como esse debate é algo recorrente na vida espanhola.

3. Comparação dos Precedentes

Os precedentes escolhidos ocorreram num pequeno intervalo histórico, de modo que não houve grandes mudanças (2002 e 2007). Pode-se dizer que as sociedades brasileira e espanhola compartilham de uma mesma bagagem cultural - ocidental-latino-cristão.

Apesar dessa semelhança, é interessante notar que os argumentos trazidos para resolver as questões não foram os mesmos. No julgamento brasileiro, as remissões ao direito internacional ocupam quase que um papel retórico. Existe pouca vinculação ao determinado internacionalmente, se não absorvido pelo direito interno. Aqui, também, se dá bastante importância à doutrina, havendo em todos os votos remissões a obras e estudos doutrinários. Porém, interessante notar também que não há precedentes brasileiros citados. Não se utilizou a corte brasileira da jurisprudência nesse julgamento.

A decisão espanhola, por sua vez, trata com calor a questão dos compromissos internacionais. Aliás, com a sua participação a União Européia, esse assunto deixa de ser meramente uma questão de indisposição com os países vizinhos para se tornar um elemento decisivo nas decisões da corte constitucional.

Por fim, é notória a existência de maior inquietação frente ao tema na Corte Constitucional Espanhola, uma vez que lá a presença de movimentos neonazistas é um problema cotidiano. Também por haver este povo participado mais intensamente dos horrores da Segunda Guerra Mundial.

É possível extrair do presente estudo a conclusão de que em ambos os casos há fundamentos racionais suficientes para fundamentar decisões opostas e juridicamente corretas. Tal constatação supera o entendimento positivista de que toda e qualquer decisão estaria nas mãos do legislador e que o juiz consistiria

apenas na boca da lei⁶. Ora, vemos aqui que a decisão das Cortes Constitucionais implicam em criação de Direito.

Então, pode-se com isso concluir que na realidade as decisões jurídicas seriam escolhas dos magistrados? Não. O magistrado não está livre e desembaraçado dos seus pressupostos jurídicos, da utilização dos elementos hermenêuticos e da Constituição, cuja força normativa demonstra qual o caminho a seguir. No entanto, em casos difíceis, de conflitos de direitos fundamentais, como os analisados, não se chega a uma resposta juridicamente satisfatória. Por isso, entendemos que a solução dada é, em grande parte, política.

⁶SCHMITT [S.N]

Conclusão

Neste trabalho conseguimos estudar dois precedentes que versam sobre o conflito de dois direitos fundamentais, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana (proteção a minorias).

Foram sistematizados e analisados os argumentos utilizados nesses julgamentos, na tentativa de se verificar quais foram os argumentos determinantes para se chegar às soluções alcançadas. Tal intento não logrou êxito, uma vez que os argumentos contrários a estas soluções também demonstraram ser bastante relevantes, reduzindo-se os julgamentos à escolha dos magistrados.

Os fatores sociais e políticos que influenciam nas decisões das Cortes Constitucionais podem ser objeto de posterior estudo, para que a questão da interpretação constitucional em casos difíceis seja explicitada.

Referência

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 3^a ed., Portugal/Coimbra – Livraria Almedina, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2008.

PETER, Christine. Metodologia de Estudo de Precedentes. Brasília : [s.n.], 2007.

SCHMITT, Carl. Sobre os Três Tipos do Pensamento Jurídico. [s.n.]

ANEXO I

El Constitucional mantiene la pena por justificar el genocidio

El tribunal, sin embargo, anula el castigo a las doctrinas negacionistas

El Tribunal Constitucional ha declarado que no es inconstitucional el artículo del Código Penal que castiga con penas de uno a dos años la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, aunque al alto tribunal considera impune negar esas mismas doctrinas. Es decir, a reserva de conocer los pormenores de la sentencia, la negación del Holocausto de los judíos dejaría de ser punible con penas de cárcel en España.

El Tribunal Constitucional anticipó ayer el fallo ante la confusión creada por la filtración de la sentencia a un medio informativo. El fallo divulgado por el Constitucional estima parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal de Barcelona, sobre el artículo 607.2 del Código Penal. Dicho artículo establece: "La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años".

Sobre la tacha de inconstitucionalidad de este artículo, el fallo de la sentencia del Constitucional establece los siguientes pronunciamientos:

1º. Declarar inconstitucional y nula la inclusión de la expresión "nieguen o" en el primer inciso de artículo 607.2 del Código Penal

2º Declarar que no es inconstitucional el primer inciso del artículo 607.2 del Código Penal que castiga la difusión de ideas o doctrinas tendentes a justificar un delito de genocidio, interpretado en los términos del fundamento jurídico 9 de esta sentencia.

3º Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad en todo lo demás.

El tribunal no explicó los términos de fundamento jurídico 9 de la sentencia, que se conocerá previsiblemente la próxima semana, cuando se incorporen los votos particulares de los magistrados Pascual Sala, Roberto García-Calvo y Jorge Rodríguez Zapata.

Fuentes de expertos constitucionalistas precisaron que el Constitucional mantiene las penas de prisión para los que justifiquen el genocidio o el Holocausto, pero no castiga a quienes nieguen esos delitos, que casi siempre han ido referidos a la negación del Holocausto por los nazis. La cuestión de inconstitucionalidad fue promovida por la Audiencia de Barcelona en un recurso de Pedro Varela, propietario de la librería Europa, condenado por vender publicaciones que exaltaban el régimen de Hitler.

ANEXO II

El acto del ex líder del Ku Klux Klan se traslada a la calle

Pedro Varela dice que los Mossos tenían orden de registrarles, pero la policía lo niega rotundamente

I. MARTÍN BLANCO - Barcelona - 25/11/2007

El ex líder del Ku Klux Klan, David Duke, decidió finalmente suspender la presentación de su libro, *El supremacismo judío*, que se iba a llevar a cabo ayer en la librería Europa de Barcelona. La conferencia, bajo el título *Mi despertar sobre la cuestión judía*, estaba prevista para las 18.00 horas, pero ni siquiera se llegó a iniciar. O por lo menos no lo hizo en el lugar previsto.

Así, no fue necesaria la intervención de los Mossos d'Esquadra, que tenían previsto grabar la conferencia e interrumpirla en caso de que Duke hiciera apología del racismo o de la violencia. Esa era la orden que les había dado la fiscalía ante las quejas de varios colectivos sociales por la celebración del acto.

Pasadas las 19.00 horas, Duke, acompañado del dueño de la librería Europa, Pedro Varela, apareció ante los medios de comunicación a las puertas del local para explicar todo lo que pensaba decir en el interior y aprovechar para hacer un auténtico mitin político a pie de calle.

"Hoy es un día triste para España", aseguró Duke mostrando orgulloso su libro. Y prosiguió: "La libertad de expresión es el más importante de los derechos individuales, sin libertad de expresión no existe la libertad".

Duke, ex congresista estadounidense por Luisiana, justificó su decisión de suspender formalmente el acto alegando que no estaba dispuesto a dar una conferencia "en la que todos los asistentes tuvieran que ser registrados por la policía", lo cual, en su opinión, constituía "un atentado contra la libertad de expresión".

Aseguró que rechaza la "inmigración masiva" igual que, dijo, "la mayoría de españoles y europeos". Duke afirmó que defiende a los españoles más que los políticos elegidos por éstos. Pedro Varela dijo que los Mossos d'Esquadra tenían orden de registrar a todos los presentes y de inspeccionar toda la documentación que llevara Duke. La policía autonómica le desmintió tajantemente.

Los Mossos vigilaban las inmediaciones de la librería Europa, situada en la calle de Sèneca, desde primera hora de la tarde, ante la presencia de unas 500 personas concentradas para evitar la celebración del acto.

La manifestación, que se desarrolló sin incidentes graves, comenzó, en torno a las 17.00 horas, en la plaza de Rius i Taulet, en el barrio de Gràcia. Los manifestantes desfilaron por esas calles para dirigirse finalmente a la calle de Sèneca. La intención declarada era evitar que el ex líder racista pronunciara la conferencia. El camino, sin embargo, estaba bloqueado por los antidisturbios.

Varias dotaciones de los Mossos d'Esquadra tomaron la zona de paseo de Gràcia para impedir que los manifestantes pudieran alcanzar su objetivo y, con ello, se desencadenara una batalla entre dos bandos.

Los manifestantes decidieron entonces utilizar una vía diferente, la riera de Sant Miquel, y, a su paso, quemaron varios contenedores. Los agentes reaccionaron con una ligera carga y dispararon algunas pelotas de goma para disuadirlos. Los manifestantes gritaron consignas como "vosotros, fascistas, sois los terroristas" y "Barcelona, ciudad antifascista".

Fonte: www.elpais.com