

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* 82.424-2/RS

Ciro di Benatti Galvão¹

Erica Acosta Plak²

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a correlação entre a argumentação jurídica e a atividade de interpretação constitucional. Para tanto, ter-se-á como base a análise dos votos dos Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes quando do julgamento do *Habeas corpus* 82.424-2/RS, que pleiteava a soltura de Sigfried Ellwanger, acusado de racismo devido à publicação de obras com carácter antissemita e discriminatório. Enquanto o Ministro Moreira Alves deferiu o pedido, tendo por base a impossibilidade de se definir os judeus como uma raça, o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido, fundamentando seu juízo na amplitude de significação de “raça” e, sobretudo, na necessidade de se assegurar a proteção da dignidade humana e o combate ao racismo. A partir de uma metodologia comparativa entre argumentos jurídicos, que evidencia a divergência dos votos, pode-se constatar que as respectivas análises fazem com que a temática da interpretação constitucional permaneça sendo essencial

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL) e em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Constitucional, de Teoria do Estado e de Direito Administrativo. Conselheiro Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora/MG. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas (ABCJ) e do Conselho Editorial da Revista da mesma entidade. Parecerista *ad hoc* de periódicos jurídicos. Autor de livros e artigos jurídicos na área do direito público.

² Bacharel em Letras pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Direito pelo UNIPTAN. Tradutora bilíngue (Português-Inglês).

para a expressar a riqueza argumentativa decorrentes da análise de casos que tratam de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: interpretação constitucional; liberdade de expressão; dignidade humana; ponderação argumentativa; direitos fundamentais.

Abstract: This article aims to discuss the importance of legal argumentation for the constitutional interpretation based on the analysis of the votes of Ministers Moreira Alves and Gilmar Mendes at the *Habeas corpus* 82.424-2/RS, which pleaded for the release of Sigfried Ellwanger, accused of racism due to the publication of works with Anti-Semitic and discriminatory character. While Minister Moreira Alves deferred the request, based on the impossibility of defining the Jews as a race, Minister Gilmar Mendes rejected the request, basing his judgment on the breadth of meaning of "race" and, above all, on the need to ensure the protection of human dignity and the fight against racism. Based on a comparative methodology between legal arguments, which shows the divergence of votes, it is verified that the respective analyzes make the thematic of constitutional interpretation remain essential for expressing the argumentative wealth derived from the analysis of cases that deal with rights Fundamental principles.

Keywords: constitutional interpretation; freedom of expression; human dignity; Argumentative weighting; fundamental rights.

Sumário: 1. Introdução 2. Interpretação constitucional, argumentação jurídica e direitos fundamentais: correlação e importância 3. Análise dos votos dos Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes no *Habeas corpus* 82.424-2/RS 4. Considerações Finais 5. Referências

1. INTRODUÇÃO



utilização do instituto da interpretação constitucional é de importância ímpar para a construção do raciocínio jurídico em tempos em que se sobreleva os ideais pós-positivistas. Sua utilização, no entanto, ganha mais relevância, ainda, quando se depara com a atuação do órgão responsável pela jurisdição constitucional em Estados de Direito.

Nesse sentido, a partir do cenário buscado em um caso concreto, que tratou de conflito entre princípios constitucionais e direitos fundamentais, pretende-se discorrer sobre a importância e a influência que a argumentação jurídica (exposta em processos de interpretação constitucional) teve sobre a elaboração dos votos dos Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS.

Antes de expor a análise dos votos em si, mostra-se conveniente discutir, de forma breve, sobre os aspectos que permeiam tanto a interpretação constitucional quanto a argumentação jurídica, correlacionando-as aos direitos fundamentais e à sua relevância para a atividade exercida pela jurisdição constitucional nos Estados de Direito.

Dessa maneira, discorrer-se-á sobre essa correlação e influência relevante para, posteriormente, realizar o levantamento das principais características em termos da principiologia interpretativa de cunho constitucional, bem como sobre a metodologia interpretativo-constitucional eventualmente presentes ou depreendidas das decisões singulares de cada um dos dois Ministros do Supremo Tribunal Federal à época, quando se debruçaram sobre a questão conflitante existente no *Habeas corpus* 82.424-2/RS, evidenciando, nesse momento, a relação entre interpretação constitucional, argumentação jurídica e direitos fundamentais.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL, ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: CORRELAÇÃO E IMPORTÂNCIA

A interpretação jurídica é o gênero do qual decorre a categoria interpretação constitucional, apresentando-se, portanto, como uma atividade necessária para tornar os preceitos normativos – que são abstrações da realidade – inteligíveis e aplicáveis em razão do contexto em que são analisados.

Conforme prudentemente observado por Bastos (2014, p. 26), o ato de interpretar pressupõe atribuir um sentido ou significado a determinado texto, sendo que essa atividade é sempre necessária quando se tem em vista que os preceitos normativos são sempre “abstrações da realidade”. Assim, para que possam existir normas aptas a cumprir o propósito de disciplinamento de um número infinito de situações, a necessidade de se trabalhar com algo genérico e abstrato (como é a maior parte dos textos normativos) se torna, igualmente, um fator a ser levado em consideração e do qual não se pode abrir mão. Ou seja, a aplicação normativa depende e está atrelada à análise e entendimento do âmbito normativo abstrato, que somente deixará de sê-lo a partir da atividade interpretativa e argumentativa.

Além disso, há de se verificar se as situações-problema podem ser abarcadas, conforme exposto por Bastos (2014, p. 27), pelo preceito normativo que se pretende analisar. A resposta, segundo expõe o autor, é fornecida pela referida atividade interpretativa, que “trilha o caminho inverso ao do realizado pelo legislador” (2014, p. 27), ou seja, a partir do plano abstrato procura-se chegar a “preceituações mais concretas”, fato que somente é possível mediante a atribuição do exato significado à norma.

É de lembrar-se, mais uma vez, que não há aplicação da norma sem interpretação que a preceda. A norma, a seu turno, por mais que se queira tê-la por líquida e transparente, nem por isso

prescindirá de uma (inafastável) interpretação. Aliás, essa própria visão do preceito como portador de uma enorme clareza é, em si mesma, como já se adiantou, uma forma de interpretação. Há uma defasagem entre a norma e o caso que a ela se submete. É exatamente esse vazio que deve ser preenchido pelo intérprete (BASTOS, 2014, p. 33)

A riqueza dos processos interpretativos está, assim, no fato de que eles extrapolam o texto normativo, isto é, possibilitam a “revelação” e, inclusive, a “atribuição” de significação à letra do texto em si, permitindo que este se contextualize em dado momento social que esteja em vigor, adequando-se a casos específicos com foco na solução dos problemas sociais que se judicializaram.

Pois bem, a interpretação *constitucional* traz consigo essas mesmas pretensões, de maneira que ela se presta a realizar o comando normativo contido em certo dispositivo/enunciado normativo da Constituição, de tal forma que a solução para as questões problemáticas do mundo da vida acabe por necessitar da análise das principais estruturas normativas existentes em um contexto de Estado de Direito (quais sejam: os dispositivos constitucionais).

Selecionando-as, em razão do recorte temporal e contextual com que o intérprete se debruça, a interpretação constitucional acaba por pretender compatibilizar o significado de determinado dispositivo normativo em razão das particularidades sociais, revelando ou atribuindo-lhe um sentido mais coerente e compatível, moldando o comando normativo em potencial à realidade social circundante³.

Em termos mais específicos, principalmente levando-se em consideração a espécie de texto que se pretende analisar, qual

³ Nesse sentido, cf. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 144) ao observarem que: “não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização”.

seja, o texto constitucional, detentor de supremacia em razão de sua “força normativa” autônoma (HESSE, 1991), o instituto da interpretação constitucional torna-se imperativo e crucial para a solução de conflitos, principalmente aqueles que envolvem o embate entre direitos e princípios fundamentais postulados pela Constituição, tornando mais operativo e funcional o próprio Direito. Trata-se, portanto, de ferramenta de adequação e atualização da ordem jurídico-constitucional, sobrelevando o seu potencial de efetividade na condição de principal referência normativa de determinada ordem jurídica.

Presta-se, assim, para, igualmente, dar ensejo ao respeito aos avanços do constitucionalismo, que, em uma perspectiva contemporânea, pressupõe a realização mais plena e contínua possível dos conteúdos constitucionais, dando ensejo à necessidade de se adotar métodos e princípios interpretativos, visando garantir, justamente, características importantíssimas da teoria da constituição que reverberam no estudo da própria teoria do Direito.

A partir disso, afirma-se que não basta obter, por meio da implementação de uma ordem legal objetiva, a limitação ou controle do poder estatal, bem como a tutela de direitos fundamentais, sendo mais importante verificar, concretamente, a *realização prática* do comando *das normas* que contemplam essas pretensões constitucionais.

Nesse sentido, resgata-se a exposição breve e descritiva de quatro princípios fundamentais nos quais a interpretação constitucional deve ser pautada e, em seguida, faz-se menção a quatro importantes métodos interpretativos, antes de se analisar como os respectivos conteúdos semânticos dessas orientações do processo interpretativo-constitucional se apresentam por meio da argumentação jurídica.

I. Primeiramente, tem-se o *princípio da unidade constitucional*, que se refere à necessidade de se compreender o texto como um âmbito normativo sistêmico, integrado, cujas

normas se complementam e se limitam-se reciprocamente (SOUZA NETO; SARMENTO, 2014, p. 439). Por ser sistêmico e harmônico, o texto constitucional não pode ser interpretado de forma fragmentada, isolando-se normas ou tentando lhes categorizar hierarquicamente, ou seja, as normas constitucionais devem ser interpretadas com coesão, e não de forma absolutamente independente. Não havendo hierarquia entre as mesmas, a resolução de conflitos não denota a sobreposição de uma norma à outra, mas, sim, a ponderação das normas de forma a resolver o caso concreto⁴. A mútua influência normativa precisa ser analisada de maneira sistematizada, não havendo suficiência normativa do texto constitucional, apenas, a partir da realização de uma absorção autista de significado de um único e determinado dispositivo normativo do texto constitucional.

II. A segunda referência principiológica, associada à ideia da força normativa da Constituição, diz respeito ao *princípio da máxima efetividade*, que preleciona que o texto constitucional, por ser dotado de imperativa autonomia normativa, deve ter aplicabilidade imediata, devendo o seu efeito prático ser direto. Assim, as determinações normativas, especialmente as que se referem a direitos, não podem ser reduzidas ao papel, devendo ter implicação efetiva no mundo empírico ou prático, garantindo aos cidadãos, de forma legítima, aquilo que lhe é atribuído pelo dispositivo normativo-constitucional.

III. O terceiro princípio diz respeito à manutenção ou preservação do esquema organizatório e funcional do Estado, pretendendo evitar a usurpação de competências de um dos poderes constituídos pelos demais. Ou seja, deve-se verificar, conforme salientado por Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 446) o

⁴ Tendo sido concebido por Konrad Hesse, tal princípio pode ser explanado nas palavras de Inocêncio Mártires (1997, p. 91) da seguinte maneira: "os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto".

“espaço institucional próprio de cada poder. Sendo a distribuição de poderes/competências funcionais um dos pilares de nosso Estado, o *princípio da justeza* ou *correção funcional* reitera a precisão de que esta distribuição seja respeitada⁵.

IV. E, por último, mas não menos importante, tem-se o *princípio da concordância prática* (intimamente ligado ao princípio da unidade) que estabelece que, se a interpretação constitucional precisa acontecer de forma unitária, globalizada, tornam-se inadmissíveis contradições ou tensões *insuperáveis* entre seus dispositivos normativos. Nesse sentido, e, reconhecendo que tensões normativas são passíveis de ocorrer no âmbito jurídico-constitucional, salientam Souza Neto e Sarmiento (2014, p. 440) que há, por meio dessa orientação principiológica, a imposição ao intérprete de que seja buscada a harmonização de normas constitucionais eventualmente em conflito, preservando-se ao máximo a proteção dos valores e interesses subjacentes em cada uma, evitando-se o sacrifício normativo *total* de cada qual⁶.

No que diz respeito aos métodos de interpretação constitucionais, importante trabalhar as ideias contidas no pensamento de Coelho (2002, p. 164) ao se referir ao pensamento de Usera, segundo o qual estas orientações, associadas aos princípios interpretativos, fazem com que os intérpretes e aplicadores do direito não decidam com base no “sabor de sentimentos e intuições”; comportamento que, talvez, “lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções”.

Em razão do conteúdo do texto constitucional, a metodologia interpretativa ganha contornos novos, aptos a aperfeiçoar ou agregar valor aos instrumentos tradicionais de interpretação,

⁵ Conforme observado por Gomes Canotilho (2003, p. 1149) “o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido”.

⁶ No mesmo sentido, cf. Gomes Canotilho (2003, p. 1096-097).

de maneira que se possa obter um melhor e mais coerente raciocínio de sua aplicação em concreto. Tradicionalmente, mesmo entendendo-o como um texto legal, próximo a outro qualquer, poder-se-ia pensar na adoção dos métodos tradicionais dispostos a partir do pensamento de Savigny, conforme observado por Coelho (2002, p. 166), mas que, certamente, limitam a absorção de toda a importância semântica do conteúdo do texto constitucional.

Dessa forma, e, também, de maneira a impedir subjetivismos por parte do intérprete, a imposição de certos parâmetros metodológicos se faz necessária, sendo que os métodos mais difundidos e utilizados são: tópico-problemático; hermenêutico-concretizador; científico-espiritual e o método normativo-estruturante.

I. Segundo Canotilho (2003, p. 1211), o método tópico-problemático parte da premissa de que no processo interpretativo há um caráter pragmático a ele inerente, voltado à resolução de problemas reais, que carecem de atenção maior por parte do intérprete, de maneira que o texto a ser interpretado teria relevância secundária, devendo ser analisado em razão do conteúdo da matéria judicializada e da sua extensão prática (ou seja, do alcance de seus reflexos no contexto prático). Adequa-se, por esse método, o conteúdo normativo polissêmico existente no texto constitucional ao problema que lhe é apresentado e que carece de adequada resolução. Criticamente, lembra Canotilho (2003, p. 1212) que a interpretação argumentativa baseada nos *tópoi* merece reticências com o intuito de garantir o pensamento extremamente significativo de que o texto normativo – já que se está a tratar de interpretação jurídica – e sua força normativa devem ser os pontos de partida para o intérprete, fato, no entanto, que não exclui a possibilidade de sua adequação e aderência aos contornos práticos. Inverter essa lógica relacional é trazer à cena interpretativa sérias possibilidades de violação constitucional e, em muitos casos, de direitos fundamentais, conteúdo analítico

por excelência do constitucionalismo clássica e contemporâneo, também.

II. O segundo modelo proposto, ao contrário do tópicoproblemático, atribui relevância ao texto normativo (constitucional, no caso) e encontra em Hesse a sua fonte de desenvolvimento. Por esse método, o intérprete, assumindo a condição intermediadora entre texto e contexto e, mediante sua pré-compreensão, efetua, conforme exposto por Canotilho (2003, p. 1212) “uma actividade práctico-normativa”, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta”, resolvendo-se a celeuma “à luz da Constituição e não segundo critérios pessoais de justiça” (COELHO, 2002, p. 169). Em tese, resgata-se e preserva-se a força normativa autônoma do texto constitucional, garantindo-lhe a sua função estabilizadora do ordenamento normativo, através do raciocínio de predominância do texto em detrimento do contexto prático. No entanto, tal metodologia merece uma ressalva, muito bem explicitada por Coelho (2002, p. 169-170) ao dizer que toda pré-compreensão acaba por também ser detentora de certa irracionalidade, ficando a dever os seus defensores ou adeptos – conforme exposto pelo referido autor – “algum critério de verdade que lhes avalize as interpretações, de nada valendo, fazerem apelo a uma imprecisa e mal definida verdade hermenêutica, que pode ser muito atraente, como idéia, mas pouco nos diz sobre os alicerces dessa construção”.

III. O terceiro método, refere-se à necessidade de se ordenar a interpretação do texto e aplicá-lo ao contexto real a partir da menção argumentativa dos *valores* ou *carga axiológica* presente no texto constitucional, de maneira que as decisões explicitem essa carga argumentativa-valorativa própria ou inata a ele (texto constitucional), fazendo com que possa cumprir o objetivo ou papel de *integração normativa* e, também, *social*, conforme observado por Coelho (2002, p. 170), que passa a ser

o mote essencial do processo interpretativo constitucional. Contudo, conforme lembra o autor (2002, p. 172), esse processo, ao sobrelevar a necessidade de integração absoluta em termos coletiva e/ou sociais pode “degradar o indivíduo à triste condição de uma simples peça - indiferenciada e sem relevo - da gigantesca engrenagem social”, devendo ser imposta certa compensação de eventuais excessos integracionistas “reafirmando, uma vez mais, a *dignidade humana* como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor fundante de toda a experiência ética”, de forma que a interpretação constitucional, crê-se, não deve desconsiderar tais riscos ao ser manejada.

IV. Por fim, tem-se o método normativo-estruturante, segundo o qual o texto escrito é apenas a “ponta do iceberg”, querendo isso significar que ele não se confunde com a norma constitucional que, por sua vez, será o resultado do processo interpretativo que se inicia com o texto escrito, mas que não pode se desconectar totalmente do chamado “âmbito normativo”, ou seja, do contexto ou entorno que envolve a atividade do intérprete. Tal percepção, entende-se, revela que a normatividade e o grau de efetividade da Constituição estão não na simples análise do texto escrito, mas na captação da realidade em que ele será aplicado, buscando em dados extrajurídicos complementaridade normativa, fazendo com que, de fato, haja efetividade concreta. O texto ou enunciado normativo é apenas, de acordo com o pensamento do ex-Ministro do STF, Eros Grau (2009, p. 32), tão somente ordenamento em potência (ou em potencial), ou seja, um conjunto de possibilidades de realização e interpretação, que somente se realizada plenamente por meio da atividade do intérprete ao associar-lhe o contexto ou âmbito normativo concreto, de forma a, aí sim, ter-se a norma decisória adequada ao final, fruto da adequada relação entre norma jurídica e o contexto de sua realização.

De forma a oportunizar a manipulação desses princípios e métodos interpretativos, em razão da questão problemática que

se pretende solucionar e, sabendo que muitos dessas orientações principiológicas e metodológicas são passíveis de utilização de maneira concomitante, devendo ser compatibilizadas, a *argumentação jurídica* torna-se elemento essencial para manifestar o potencial normativo do texto constitucional durante o processo interpretativo.

Nadie duda de que la práctica del derecho consiste, de manera muy fundamental, en argumentar, y todos solemos convenir en que la cualidad que mejor define lo que se entiende por un *buen jurista* tal vez sea la capacidade para idear y manejar argumentos con habilidad (ATIENZA, 2005, p. 1)

A argumentação jurídica é atividade exercida finalisticamente para o fornecimento de razões decisórias, explicitando a fundamentação necessária ao convencimento da plausibilidade do conteúdo normativo a ser aplicado a dada situação concreta. Conforme observa Barroso (2011, p. 363), trata-se de um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça de determinada solução a ser proposta para certo caso, especialmente em situações de complexidade.

A importância do seu desenvolvimento como ‘ferramenta’ a trazer utilidade para o Direito, no que tange à racionalidade decisória, está na superação tanto do determinismo metodológico quanto do decisionismo metodológico, seja (no primeiro caso) pela negação da desnecessidade de justificação das decisões jurídicas por derivarem de autoridade legítima, sendo simples aplicações de norma genéricas, seja (na segunda hipótese) pela contrariedade ao pensamento de que as decisões jurídicas acabam sendo meros atos de vontade (ATIENZA, 2005, p. 6). Muito pelo contrário, pretende-se, mediante a adoção do recurso argumentativo, estruturar o raciocínio jurídico, atribuindo-lhe maior transparência e lógica e, alcançando, ao final, maior controle da justificação das decisões, em especial, as judiciais (BARROSO, 2011, p. 364).

Para tanto, ainda segundo Barroso (2011, p. 367-368), deve a argumentação jurídica contemplar: a) a fundamentação

normativa (mesmo que implícita) a ser utilizada em razão do problema carecedor de solução; b) o comprometimento com a integridade, coesão e coerência da ordem jurídica e, c) a avaliação e sensibilidade para com as consequências práticas da decisão em razão dos argumentos utilizados para a própria elaboração decisória, de maneira que não se verifique nem a insensibilidade social completa, tampouco a despreocupação com os valores e princípios normativos, em especial, os de cunho constitucional ligados, direta ou indiretamente, aos direitos fundamentais.

Assim, ao se analisar as decisões jurídicas (em especial, as judiciais), apresenta-se relevante o manejo da argumentação jurídica de maneira a expor adequadamente os métodos e princípios constitucionais que eventualmente servirão de base para que a decisão normativa seja adotada, principalmente quando a situação ou caso concreto judicializado envolver embate entre dispositivos que tratam de direitos fundamentais que, segundo observado por Robert Alexy (2008, p. 551), são disposições normativas “abertas, abstratas e ideologizadas”, carecedoras de controlabilidade racional.

Ao abordar situações concretas, que pressupõem análise de enunciados normativos jusfundamentais, a referência à argumentação jurídica acaba por estabelecer, conforme observado por Toledo (2005, p. 62) quais “resultados são discursivamente possíveis, necessários e impossíveis”, chegando-se, mediante o seu intermédio, “à determinação de direitos definitivos a partir dos direitos *prima facie* assegurados pela declaração principiológica dos direitos fundamentais”. Ou seja, será a argumentação jurídica a responsável pela concretização coerente e inteligível das normas jurídicas em normas de decisão que envolvem direitos, especialmente direitos fundamentais, como é o caso do *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS.

3. ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS MOREIRA ALVES E GILMAR MENDES NO *HABEAS CORPUS* 82.424-2/RS

O caso objeto de atenção do presente artigo é o pedido de *Habeas corpus* (HC nº 82. 424-2/RS) de Sigfried Ellwanger, iniciado em dezembro de 2012 e concluído em setembro de 2013 do qual resultou, ao final, a decisão judicial pelo seu indeferimento.

Como dito anteriormente, será feita a análise dos votos do Ministro Moreira Alves (deferindo o *habeas corpus*) e do Ministro Gilmar Mendes (indeferindo-o), ressaltando, desde já, que não se procedeu na emissão de qualquer juízo de valor sobre a correção de um ou do outro voto, visto que, mesmo divergentes, ambos se apoiam em bases sólidas da doutrina, direito comparado e no próprio texto constitucional.

O voto do Ministro Moreira Alves se ateu à questão do conceito de “racismo”, procurando demonstrar que a compreensão do termo não se enquadraria no contexto do referido *Habeas corpus*, não podendo, pois, ser o acusado punido pelo crime de racismo, mas, sim, pelo crime de discriminação (que não é imprescritível como o primeiro).

Devido à elasticidade do inciso XLII do artigo 5º da CF/88 que determina que “a prática do racismo constitui crime inafiançável, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”, o Ministro insiste na ideia de que não tendo o texto normativo especificado o que seria “racismo” e, inclusive, atribuído ao legislador ordinário a tarefa de expandir os delineamento deste dispositivo constitucional (em razão da menção explícita à expressão: “nos termos da lei”), deve-se levar em consideração o fato de que as condutas tipificadas como racismo estariam normatizadas na Lei nº 7.716/89, e nenhuma dessas tipificações abarcaria a conduta presente na referida ação processual, já que os judeus não constituiriam uma raça.

O Ministro segue fundamentando o seu voto, respeitando o princípio interpretativo da concordância prática e da unidade, ao citar que o inciso XLII do artigo 5º está intrinsecamente ligado ao inciso IV do artigo 3º, que postula ser um dos objetivos principais de nosso Estado: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, demonstrando que sua interpretação está respeitando a unicidade de nossa Carta Magna.

A seguir, o Ministro Moreira Alves entra no mérito de sua interpretação ao definir o racismo como a discriminação racial contra a raça negra. Ele se ampara em diversos autores que sustentam que a questão da discriminação racial é fundamentalmente uma imposição equivocada de superioridade dos brancos em relação aos negros, excluindo, assim, a possibilidade dos judeus serem considerados uma raça. É válido enfatizar que o Ministro conceituou raça como um instituto meramente biológico, citando, para tal, o conceito de “raça” defendido por Nicola Abbagnano:

A palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo

Destarte, sendo os judeus membros pertencentes a uma religião – o judaísmo – não representariam, propriamente, uma raça. Por conseguinte, a prática de discriminação contra os mesmos, apesar de ser crime, não seria condizente com o crime de racismo.

Já o voto do Ministro Gilmar Mendes transcende a tese de conceituação do racismo (apesar de analisar também esta questão) e procura fazer uma ponderação entre duas normas constitucionais: o direito à liberdade de expressão e o combate ou repúdio ao crime de racismo, consubstanciados, respectiva-

mente, no art. 5º, IX e art. 5º XLII, do texto constitucional vigente.

Na introdução de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes já evidencia que defende uma interpretação divergente da que foi feita pelo Ministro Moreira Alves ao citar, por sua vez, o voto do Ministro Maurício Côrrea, que assim dispunha:

Não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as diversas acepções a que o termo se submete, incluindo aí a *antropológica* e a *sociológica*. Ademais, a experiência genética vem apontando que o conceito tradicional de raça – negros, brancos e amarelos – não pode mais ser considerado (itálicos nossos)

Extrapolando o conceito biológico e considerando aspectos sociológicos e antropológicos, teríamos, então, os judeus como pertencentes a uma raça específica, sendo assim, a discriminação contra esta raça caracterizaria o tipo pena de “racismo”, violando, igualmente, norma constitucional expressa. O Ministro Gilmar Mendes sustenta seu argumento citando vários autores que compartilham de sua opinião, entre eles, o renomado filósofo e sociólogo Pierre-André Taguieff e o conceituado filósofo político Norberto Bobbio. Ao expor as ideias destes autores, o Ministro tende a comprovar que, ao contrário do exposto pelo Ministro Moreira Alves, o antissemitismo tem um inegável carácter racista.

Além de aludir a estes autores, o Ministro Gilmar Mendes cita duas decisões internacionais que corroboram o seu ponto de vista: o caso Shaare Tefila Congregation *versus* Cobb julgado pela Corte Americana em 1987 e o caso Mandla e outro *versus* Dowell Lee e outro, julgado pela Corte dos Lordes em 1983. Em ambos os casos, os judeus foram considerados como pertencentes a uma raça específica, levando em consideração o conjunto de crenças e convicções que os definem – e os réus foram condenados por racismo. Sobre este tema, o Ministro finaliza da seguinte forma:

Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo

A seguir, o Ministro Gilmar Mendes prossegue em sua linha de raciocínio, tendo ratificado o porquê de os judeus constituírem uma raça, passando a sopesar os princípios da liberdade de expressão e do direito constitucional à não-discriminação. Para isso, cita Kevin Boyle: “Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não discriminação”.

Percebe-se, claramente, a presença ou utilização do princípio da concordância prática, que busca fomentar a importância de todas as normas constitucionais, sem hierarquizá-las, fazendo com que durante um processo de interpretação, um princípio não seja aplicado em detrimento absoluto de outro, mas que ambos sejam levados em consideração, ponderados e aplicados proporcionalmente de acordo com o evento a ser julgado e de suas consequências práticas, caso existentes.

Gilmar Mendes evidencia que respeita a não-hierarquização das normas constitucionais e embasa os limites que propõe à liberdade de expressão mediante a menção ao princípio da proporcionalidade – que, a partir da ideia de inexistência de dispositivos normativos absolutos (e, portanto, das normas por eles contempladas), impõe limites à sua aplicação, evitando-se abusos ou excessos. Acerca disto, Pedro Lenza (2008, p. 75) expõe que:

Ao expor a doutrina de Karl Larenz, Coelho esclarece: “utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, pra dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios - *o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade*, em essência, *consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso*, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação

jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (itálico nosso)

Assim, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a liberdade de expressão, apesar de ser um direito fundamental, característica do Estado Democrático de Direito em que vivemos, pode sofrer limitações caso intervenha de forma negativa no exercício de outros direitos fundamentais ou valores albergados pelo texto constitucional, como é o caso do direito à não-discriminação, fundamento também basilar de nossa democracia, que prega o princípio da isonomia, da igualdade entre todos. Vale ressaltar que o Ministro esclarece o caráter singular da interpretação constitucional quando afirma que:

Um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos

De tal modo, fazendo o uso do princípio da proporcionalidade e do conceito de raça enquanto uma categoria distinguida não só por fatores genéticos, mas, também, por fatores sociais e antropológicos, o Ministro Gilmar Mendes vota pelo indeferimento do *habeas corpus*, entendendo que, neste caso específico, a liberdade de expressão deveria ser balizada pelo norma constitucional referente à não discriminação, que engloba valores constitucionais específicos, entre eles a dignidade da pessoa humana, a tolerância, o pluralismo político e o repúdio ao terrorismo e ao racismo. São palavras do Ministro:

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)

Percebe-se, deste modo, o respeito, também, ao princípio interpretativo da unidade constitucional, dado que diversas normas constitucionais foram analisadas em conjunto, durante a interpretação dada pelo Ministro Gilmar Mendes em sua decisão. A explicitação da carga argumentativa de seu voto, em termos jurídicos e que evidencia a incidência dessa noção de unidade ou tratamento sistêmico do texto constitucional, é oportunizada mediante a referência ou utilização do método normativo-estruturante, explicado anteriormente, pois o contexto ou entorno normativo que envolve a atividade do intérprete atribuiu-lhe dados extrajurídicos de complementaridade normativa, aptos a atribuir uma efetividade concreta do texto constitucional como um todo.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo analisado os dois votos, compreendemos que ambos os Ministros tomaram como alicerce o nosso texto constitucional, que em sua amplitude permite uma gama de significações, desde que pautadas nos princípios e métodos de interpretação constitucional.

A real acepção do termo raça é questionada pelo ex-Ministro Moreira Alves, que preferiu pautar sua opinião em autores que defendem a raça como uma questão puramente biológica, afastando, assim, a possibilidade de se considerar os judeus como uma raça, e, conseqüentemente, deferiu o pedido de *habeas corpus*, baseado na prescritibilidade do crime de discriminação em contraposição à imprescritibilidade do crime de racismo.

Em contrapartida, o Ministro Gilmar Mendes, valendo-se do discurso de autores renomados atribuiu credibilidade ao entendimento de raça como um conceito que sobrepuja o fator biológico, abarcando fatores sociais, psicológicos e antropológicos. Por tal entendimento compreendeu-se os judeus como uma

raça, consistindo em racismo a discriminação contra os mesmos – fator que tornou imprescritível o crime cometido por Sigfried Ellwanger, alicerçando o indeferimento do pedido de *habeas corpus*.

Além da questão sobre o que seria ou não “raça” e “racismo”, o Ministro Gilmar Mendes debateu a necessidade de se solucionar o conflito emergente neste caso, que opunha o direito à não-discriminação e o direito à liberdade de expressão. O Ministro analisou o texto constitucional integralmente, não hierarquizando as suas normas, analisando a que deveria ser aplicada no caso específico em razão do próprio âmbito normativo existente.

Levando em consideração os princípios e a metodologia dos processos de interpretação constitucional, o Ministro Gilmar Mendes explicitou carga argumentativa mais robusta, em razão da proximidade que ela teve com a fidelidade aos princípios da unidade, da concordância prática (ao ponderar sobre diversos dispositivos do texto constitucional) e ao princípio da máxima efetividade, deduzindo do texto abstrato a sua validade normativa a partir da realidade empírica, principalmente no que tange à concretude de direitos fundamentais.

Extraíndo-os do texto e tornando-os instrumentos garantidores da manutenção de uma sociedade plural, igualitária, com direito à liberdade de expressão, pode-se aferir que, apesar da importância constitucional que a liberdade de expressão tem, na qualidade de direito fundamentais, ela não está autorizada a incitar a discriminação racial, ou seja, não pode ser exercida de maneira a caracterizar a existência de abuso de direito, especificamente e, a partir do caso analisado, o abuso relacionado à prática de ilícito penal (“incitar a discriminação ou preconceito de raça”), ofensiva a outros valores e normas principiológicas de cunho constitucional, como a dignidade humana, a igualdade, o pluralismo existencial, que conjuntamente, em termos aplicativos, devem fazer contraponto, a partir de sua análise sistêmica e

estruturante, em termos normativo-constitucional, constitucional, à incidência irrestrita e irrefletida dessa manifestação de liberdade.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma De México, 2005
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014
- BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2011
- BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 15 dez. 2016
- BRASIL. Superior Tribunal Federal (STF). *Habeas corpus nº 82.424-2/RS/RS*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://reDIR.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 03 dez. 2016
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997
- _____. Métodos e Princípios da Interpretação Constitucional. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 230. Rio de Janeiro, out./dez. 2002, p. 163-186.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed.. São Paulo: Saraiva, 2008
- MULLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014
- TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. In: *Verezas do Direito*, v.2, n. 3, p. 47-65. Belo Horizonte, jan./jun., 2005