

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE SOBRE O CASO SIEGFRIED ELLWANGER

ADRIAN BARBOSA E. SILVA¹

E-mail: adrian_abs26@hotmail.com

FELIPE GUIMARÃES DE OLIVEIRA²

E-mail: fguima.oliveira@hotmail.com

VICTOR ALBERTO P. DE ALBUQUERQUE RABELO³

rabelovictor@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo visa expor de forma teleológica, aspectos relevantes acerca da temática sob o enfoque do julgamento do habeas corpus N° 82.424-2/03, analisando de forma crítica a posição do Supremo Tribunal Federal diante do remédio constitucional já referido, bem como os fatos fundamentadores do habeas em apreço, impetrado por Siegfried Ellwanger. Necessariamente obrigatório, será o respeito ao princípio da proporcionalidade diante do eventual conflito entre direitos fundamentais presentes na constituição federal de 1988, no qual entende-se fulcral e determinante para satisfação do ideal de justiça, a imposição de limites destes direitos fundamentais. A posição do próprio STF através de seus ministros invocando por uma mostragem dos votos que deferiram e indeferiram o presente remédio é outro mecanismo de visualização da prestação do serviço jurisdicional. Como elemento integrativo se torna ímpar a necessidade de análise da teoria do “clear and present danger” e a “fairness doctrine”.

ABSTRACT: This article aims to explain in teleological form, relevant aspects on the subject from the stand point of the habeas corpus trial 82.424-2/03 No, analyzing critically the position before the Supreme Court cited constitutional remedy, and the facts based on habeas review, filed by Siegfried Ellwanger. Necessarily be required to respect the proportionality principle in the face of possible conflict between these fundamental rights in the federal constitution of 1988, which means central and crucial

¹ Acadêmico do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Estagiário da Defensoria Pública do Estado do Pará. É também Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCrim, Colaborador do Portal Conteúdo Jurídico e Editor do *blog* “Discurso Racional” [www.discursoracional.blogspot.com/]. E-mail: adrian_abs26@hotmail.com.

² Acadêmico do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica - IHJ. É também Monitor das Disciplinas Introdução ao Estudo do Direito I e II e Colaborador do Portal Conteúdo Jurídico. E-mail: fguima.oliveira@hotmail.com.

³ Acadêmico do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário do Pará - CESUPA. Estagiário da Secretaria de Estado de Segurança Pública - SEGUP. E-mail: rabelovictor@hotmail.com.

to meeting the ideal of justice, the imposition of limits of these fundamental rights. The position of the Supreme Court through his own ministers calling for a vote on exposing acceptance and refusal to remedy this is another mechanism for viewing the service court. As integrative element becomes the odd need to review the theory of "clear and present danger" and "fairness doctrine".

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Liberdade de Expressão; Dignidade Humana; Constituição Federal 1988; Pós-Modernidade Democrática.

Key- Words: Human Rights; Right of freedom of expression; Human Dignity; Federal Constitution; Postmodern Democracy.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história do Direito, começou a evoluir a definição e o conceito de Direitos Humanos, ou seja, direitos ligados e inerentes à própria condição humana, ligados, principalmente, aos ideais jusnaturalistas. Com o enaltecimento da positivação, tais direitos humanos ganharam caráter de supremacia ao serem positivados e, portanto, transformaram-se em direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal de 1988 mostram-se como instrumentos para garantirem o ser humano como meio e fim do direito. Entretanto, os casos concretos se mostram ainda mais complexos e, em algumas situações, destoantes da teoria e doutrina, o que faz mister ao ordenamento e sistema de codificações ganharem caráter mais flexível e abrir margem discricionária.

Nesse contexto, observa-se o conflito entre direitos fundamentais, como é o caso enfocado por este artigo. Ao sopesar direito de liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, o que deve prevalecer? Quais os mecanismos adequados para dirimirem-se conflitos entre direitos? Qual o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria?

As respostas contidas nesse estudo partem do *Habeas Corpus* 82.424/2003-RS, o qual negou a concessão da liberdade ao paciente Sigfried Ellwanger que criou, editou e disseminou obras anti-semitas. O Supremo entendeu por maioria dos votos que a prática dos atos do paciente tinha caráter predominantemente racista, findando, desta forma, na denegação do HC.

Observa-se o fortalecimento do princípio da dignidade humana que rege todo o ordenamento jurídico e contraposto ao direito à liberdade de expressão, que se mostra limitado com o intuito de garantir o efetivo cumprimento dos preceitos constitucionais, culmina no conflito que, *in casu*, oferece dúvidas no tocante à sua resolução. Para isso, buscaram-se teorias para achar uma "solução ótima", principalmente no que concerne a proporcionalidade para dirimir o problema. Fato é que:

[...] a Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana, se não como o fundamento da República Federativa do Brasil, mas, certamente, como um de seus fundamentos, incorpora, com vestimenta jurídica, a vertente da tradição do pensamento moral e político ocidental que propugna pela indissociação entre ética e política (KLAUTAU FILHO, 2008:113).

Logo, para muito além da existência de um conflito entre direitos, a base axiológica da Constituição –que dispõe acerca da vertente dignidade humana–, possui fundamento filosófico, e tal conhecimento não pode ser descartado mormente no sentido de se conhecer a causa. Segundo Paulo Klautau Filho:

A república representa um compromisso ético primordial com o bem comum do povo. Enquanto a democracia traduz um compromisso ético com a soberania do povo na decisão sobre o seu destino e na avaliação e julgamento de seus representantes. Os dois princípios são indissociáveis e entrelaçados na medida em que o bem comum do povo é definido pelo próprio povo, e como titular do poder de controle político supremo; dito de outro modo, o princípio republicano realiza-se pelo exercício do princípio democrático (KLAUTAU FILHO, 2008:113).

Isto quer dizer que a análise acerca da limitação de um direito deve ser feita de acordo com o *bem comum* que é denominado pelo povo. Enquanto, o exacerbo de um direito (neste trabalho, a liberdade de expressão) vier a prejudicar particulares, a coletividade ou o Estado, este deve ser sumariamente contido. O povo é soberano, e exerce o princípio republicano a partir do democrático. Para tanto, há a necessidade de se impor voz, participação. E não há de se negar a liberdade de expressão para tanto, é ela de fundamental importância para o levantamento de uma democracia participativa (Silva, 2010:243). Portanto, Paulo Klautau Filho, novamente adverte:

É preciso ter em mente que a liberdade de expressão é um direito não apenas de quem fala, mas também da audiência e mesmo de terceiros não diretamente envolvidos (os chamados *bystanders* – por exemplo, crianças, em caso de filmes pornográficos transmitidos na TV aberta). Penso, desse modo, que a liberdade de expressão pode ser limitada, por exemplo, por valores associados à moralidade pública (KLAUTAU FILHO, 2008:119).

Em suma, é deste referencial jurídico (a Constituição Federal de 1988), que se procurará desenvolver a problemática acerca do direito de liberdade de expressão em um Estado Democrático de Direito, a partir de parâmetros decisórios de interpretação, tais com a regra da proporcionalidade, que irá permitir uma solução casuística do direito de liberdade de expressão para com outro (*p. ex.*, a honra);

e o próprio princípio da dignidade, já que Como o mais importante princípio constitucional é o da dignidade da pessoa humana, é ele que dá a diretriz para a harmonização dos princípios, e, via de consequência, é nela –dignidade– que a proporcionalidade se inicia de aplicar (NUNES, 2002:55).

2. FATOS FUNDAMENTADORES DO *HABEAS CORPUS* Nº 82.424-2/RS

O presente *Habeas Corpus* Nº 82.424-2/RS, objeto deste trabalho científico tem por paciente o senhor Siegfried Ellwanger e como impetrantes seus advogados Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker. O presente *habeas* foi impetrado como um substituto de recurso ordinário. Ellwanger fora acusado com base no art. 20 da Lei 7.716/89, que aborda os crimes de preconceito de raça ou cor, de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, etnia, cor, religião, ou procedência nacional com a redação alterada pela lei 8.081/90, que inclui religião, etnia ou procedência nacional no conceito de racismo, contra os Judeus.

Siegfried Ellwanger era sócio de uma editora, onde escrevia também. Nesta atividade profissional, editou, distribuiu e vendeu obras consideradas anti-semitas de sua autoria e de alguns outros escritores.

Como alude o art. 5º, XLII, da Constituição Federal, a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. O paciente argumenta que os Judeus não são uma raça, e que, portanto, ele não estaria enquadrado no referido tipo, ou seja, não teria cometido o crime de racismo, querendo com isso evidenciar que o eventual crime praticado não seria imprescritível. GANHOU a causa em 1ª instância, mas perdeu em 2ª, sendo condenado a dois anos de reclusão, com a *sursis*.

Com isso, o paciente, através de seus advogados requereram que:

Seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença, sendo afinal concedida a ordem para desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado, reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado com a já referida pena com o *sursis*.⁴

⁴ HC Nº 82.424-2/RS. Supremo Tribunal Federal, p. 529.

3. DO CONFRONTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EVIDENCIADOS NO CASO ELLWANGER

O caso supramencionado demonstra a colisão entre dois direitos fundamentais, o da liberdade de expressão e dignidade do povo judeu. Aquele é assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º como parte integrante do direito geral de liberdade. Em seu inciso IV, o mencionado artigo preleciona, *in verbis*: Art. 5º, IV, CF: é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Ainda, somado a ideia da dignidade da pessoa humana, em caso específico do povo judeu, não se afasta a liberdade de crença, assegurada no mesmo artigo citado, em seu inciso VI, a saber: “art. 5º, VI: é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

O caso Ellwanger mostra um flagrante conflito entre o direito à liberdade de expressão pelo então paciente do *Habeas Corpus* ao ser editor e escritor de obras contra os Judeus, as disseminou, seja em sua autoria ou autoria de outros escritores. Basicamente, o julgamento do mesmo se focou em determinar um significado mais específico ao conceito de “raça” e “racismo”. Sustentando, o paciente, que os Judeus não são uma raça e por isso não teria praticado nenhum crime.

Com a maioria dos votos, o Supremo Tribunal Federal decidiu por negar a concessão do Habeas Corpus ao paciente, arrematando que a ação em escrever, editar e disseminar as obras anti-semitas realizadas por Siegfried incitam a discriminação do povo judeu com argumentos racistas.

Observa-se que o princípio da dignidade humana jamais deve ser afastado de qualquer discussão do ordenamento jurídico brasileiro, pois ele rege a Constituição Federal brasileira e rege todo o cenário jurídico ao qual estamos circunscritos. Portanto, qualquer prática que engendre marginalização, inferiorização, deve ser observado como uma iminente ou atual violação daquele princípio.

Sendo assim, mostra-se flagrante o conflito entre a liberdade de expressão de Ellwanger e a dignidade do povo Judeu. Faz-se fundamental mencionar que a restrição da liberdade é permitida desde que cumpridos os imperativos erigidos pela Constituição. Portanto, não há liberdade absoluta, o que resultaria em caos, onde outros valores como justiça, felicidade, segurança e a própria liberdade, correriam riscos perenes pelo exercício desenfreado da liberdade. É o que preleciona o Oscar Vilhena Vieira (2006).

É evidente a necessidade do exercício e do direito à liberdade de expressão, isso é um atributo à cidadania, desde que não venha a ferir os direitos fundamentais

de outro sujeito. Essa qualidade atribuída a este direito fundamental fica exposto em Ronald Dworkin (2006:318-319):

Na primeira categoria, a liberdade de expressão tem uma importância *instrumental*, ou seja, não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade. Diz-se que a liberdade de expressão é importante, por exemplo, porque, como declarou Holmes no famoso parecer discordante do caso *Abrams*, há de ser mais fácil descobrir a verdade e a falsidade na política e optar-se por bons cursos de ação pública quando a discussão política for livre e desimpedida. Ou senão pela razão sublinhada por Madison: a liberdade de expressão ajuda a proteger o poder do autogoverno do povo. Alega-se ainda uma razão mais terra-a-terra: o governo tende a se tornar menos corrupto quando não tem o poder de punir aqueles que o criticam.

Ante o exposto, fica claro a necessidade da limitação ao direito de liberdade, como fica claro no julgamento do HC 82424 RS ao negar-se provimento com base na prática predominantemente racista pelo paciente, Ellwanger, contra os Judeus, violando-lhes o direito a liberdade de crença e culto, também assegurados na Lei Maior e criandoum cenário de clara discriminação e inferiorização de um grupo, que anteriormente à raça, crença e posicionamentos políticos, são seres humanos e, portanto, detentores do princípio fulcral que rege o ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

Novamente, remete-se a maestria do autor Oscar Vieira, *ipsis litteris*: “Da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores como os da igualdade e dignidade da pessoa humana (Vieira, 2006:164).

Explícita, o supracitado autor, a fim de ratificar a matéria, a diferença entre preconceito e racismo:

Preconceito, no sentido etimológico, quer dizer conceito prévio, opinião formada antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, ideia preconcebida. [...] preconceito não quer dizer discriminação [...] o preconceito sem se confundir com o racismo, só se torna punível se posto em prática, isto é, quando gera discriminação (VIEIRA, 2006:165).

Portanto, tem-se uma prática predominantemente racista, não simplesmente preconceituosa, o que culminou na não concessão do HC ao paciente. Ademais, ratifica-se e conclui-se que o direito à liberdade de expressão sofre limitações necessárias, primeiramente para garantir o cumprimento dos ideais da Constituição, ou seja, para não assegurar um estado de caos protegido pelo ilimitado direito

de liberdade de expressão. Frisa-se, inclusive, que o Direito Penal prevê em seus crimes contra três figuras: calúnia, difamação e injúria, sendo esta última consiste em atribuir à alguém qualidade negativa, que ofenda sua dignidade ou decoro e possui a modalidade preconceituosa, que é se “a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”.

Embora, deva-se fazer a distinção entre racismo e injúria preconceituosa, tem-se que essa é uma prova de que a liberdade de expressão se mostra limitada, ainda que implicitamente. A injúria encontra-se prevista no artigo 140 do Código Penal brasileiro consiste em atribuir qualidade negativa a alguém e o racismo previsto na Lei Nº 7.716/89; e em diversos artigos que procuram evitar a segregação social por motivos raciais; ocorre quando forem praticados atos tipificados na lei. Portanto, é flagrante o acentuado conteúdo racista na ação do paciente Sigfried Ellwanger, o que engendrou o posicionamento do Supremo em negar a concessão do Habeas Corpus.

4. DECISÃO DO CASO À LUZ DO POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Tribunal decidiu por negar provimento ao *Habeas Corpus* por entender que a prática de escrever, editar e disseminar obras anti-semitas realizada pelo então paciente Sigfried Ellwanger seria de caráter discriminatório e racista, por ser fundada em uma superiorização de uma raça em relação à outra.

Assim sendo, de acordo com o princípio da proporcionalidade, proveu maior força ao direito de liberdade de crença no momento do sopesamento entre ambos os direitos fundamentais conflitantes.

Não se trata em excluir o direito de liberdade de expressão, ou cristalizar o seu afastamento necessário em conflito com outro direito, tampouco de criar uma ordem hierárquica entre os direitos fundamentais. Trata-se, tão somente, em abrir margem para uma análise *in casu*, à luz da dignidade da pessoa humana e dos demais preceitos da Constituição Federal.

Há, em verdade, um afastamento daquele por fortalecimento do direito de crença e liberdade religiosa dos Judeus, pois se a liberdade de expressão é perfeitamente garantida pela Lei Maior brasileira, ela se faz de maneira limitada, assim como outros direitos. Caso contrário –como fora mencionado anteriormente– seria inevitável o status caótico o qual recairia sobre a sociedade, colocando abaixo a efetividade da própria Constituição. O fundamento do julgamento foi baseado no voto do min. Mauricio Correa, o qual mencionou a existência de

uma só raça, a humana. E concluiu que houve uma prática discriminatória por Ellwanger ao escrever, editar e disseminar obras anti-semitas.

Sendo assim, observa-se a aplicação do princípio da proporcionalidade a fim de dirimir o conflito existente entre os direitos fundamentais no caso concreto. Portanto, de um lado a proteção à dignidade do povo judeu, do outro a garantia da manifestação do pensamento. Tem-se que o direito à liberdade de expressão encontra-se em conflito com a dignidade do povo judeu, entretanto, deve-se frisar que apesar do caráter limitado da liberdade de expressão a fim de se assegurar a ordem e cumprimento dos preceitos da Lei Maior, ainda há uma “superiorização” da dignidade da pessoa humana, que se mostra presente pela mera condição de ser humano e não distingue o homem, o cidadão brasileiro, por sua raça, posicionamento político ou crença religiosa.

Uma visão racista do mundo leva a condutas que têm distintas escalas de agressividade. São todas caracterizadas pela discriminação, ou seja, pelo não reconhecimento aos “outros” dos mesmos direitos e garantias. Os princípios gerais da igualdade e da não discriminação, que têm destinatários genéricos, e o processo de especificação, que cuida do ser humano em situação, que em conjunto tutelam os direitos humanos, no Brasil e no mundo, são assim diretamente afetados (LAFER, 2004:70-71).

Como bem preleciona o renomado autor Paulo Gustavo Gonet Branco, *in verbis*: “A liberdade de expressão, portanto, poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010:463). Portanto, percebe-se que o discurso do ódio, a discriminação racial por meio de ideias anti-semitas, constitui-se, em verdade, crime. Não estão abarcadas pelo direito de liberdade de expressão, assim como entendeu o STF, inclusive no Habeas Corpus estudado neste artigo.

Ademais, há limites expressos e implícitos a esse direito de liberdade de expressão. Os expressos encontram-se basicamente nos artigos 220, § 1º, § 4º, § 3º II, e art. 221, ambos da Constituição Federal.

Quanto aos limites implícitos tem-se: 1) Quando há confronto com outros direitos e valores constitucionais – como é o caso em foco deste artigo; e 2) Quando não estão incluídas no âmbito de proteção da liberdade. Tem-se, neste último item, as hipóteses das teorias de “*clear and present danger*”, “*fighting words*”, a informação falsa e quando diz respeito à honra de terceiros; sendo todos não abarcados pela liberdade de expressão.

O Supremo Tribunal Federal decidiu por maioria de votos negar o *Habeas Corpus* em decorrência deste sopesamento entre direitos fundamentais e concluir

que a dignidade da pessoa humana não pode ser violada por atos de cunho racistas –que inclusive encontram-se tipificados em lei específica– protegidos por um direito à liberdade de expressão absoluto e ilimitado, o que geraria uma situação de caos. Os limites a esse exercício se mostram fundamentais, principalmente quando observado o conflito em caso concreto.

5. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NOS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CASO ELLWANGER

Coadunando os objetivos propostos pela decisão⁵ proferida pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos dentro de uma perspectiva democrática, pelo indeferimento do *habeas corpus*. Os Direitos fundamentais, em especial o Direito à liberdade de expressão encontra uma limitação tênue, no que diz respeito ao conflito com outros direitos fundamentais consagrados na carta magna, como por exemplo, o já referido Direito à liberdade de crença.

Perfunctória seria uma abordagem que negasse a devida aplicação do princípio da proporcionalidade, tido como o garantidor dos próprios direitos de 1ª dimensão⁶, sendo errônea a posição que adotasse uma visão não sistêmica e teleológica da norma jurídica que sendo imposta como um imperativo diante a sociedade, deverá sofrer sim limitações de cunho hermenêutico a fim de que a própria noção de coerência do ordenamento jurídico seja respeitada e devidamente aplicada ao caso concreto.

Novamente reitero as dinâmicas propedêuticas apresentadas por Robert Alexy (1992), quando esta redefine um novo parâmetro de aplicação da norma jurídica,

⁵ Indicamos a leitura do inteiro teor da decisão para uma melhor compreensão do que aqui está sendo retratado. Habeas Corpus Nº 82.424-2 - Rio Grande do Sul. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 17.09.2003.

⁶ Me valho das prerrogativas apresentadas pelos Direitos de primeira dimensão pautado no paradigma liberal burguês que na obra científica alude Loiane Verbicaro (2007): “Trata-se de um modelo de Estado e de Direito que proporcionam uma ruptura –reformulação paradigmática– com as premissas absolutistas e arbitrarias do Antigo Regime, ao introduzir um modelo jurídico assentado em bases racionais e humanistas capazes de assegurar a reserva legal; a taxatividade; a irretroatividade das leis; a tripartição dos poderes do Estado; a pessoalidade na aplicação das penas; a individualização; a proporcionalidade das penas em relação ao crime praticado; o devido processo legal e outros institutos defensores da liberdade e da segurança individual e jurídica. Trata-se da visualização dos direitos de primeira dimensão, materializados nos direitos civis e políticos. Ao lado de uma sensível humanização do direito, o novo paradigma de Estado capitalista assenta-se, também, na busca de uma reformulação metodológica do direito a fim de se construir as bases de um conhecimento jurídico científico, racional, neutro e objetivo. Eis, então, o positivismo jurídico, corrente jusfilosófica do direito que sustenta ideológica e filosoficamente as estruturas jurídicas e institucionais de um Estado Liberal Burguês”.

um novo padrão bifásico, que encontra no ordenamento não só o texto legal⁷ como fonte imediata do direito, mas a corporificação dos princípios à estes enunciados legais que servirão de alicerce para as variadas formas de interpretação da regra jurídica, eis a importantíssima divisão entre regras e princípios, que emerge como um novo caminho epistemológico rumo a democracia.

5.1 O princípio da proporcionalidade enquanto meio procedimental para a busca da chamada justiça substancial

Por que se coloca em evidência que o princípio da proporcionalidade serviria como um meio executivo na problemática apresentada pelo caso Ellwanger? Será mesmo que esta é a concepção que deve ser adotada para a busca de um ideal de justiça substancial? Veremos a seguir.

A resposta só poderia ser positiva nestas duas assertivas, posto que, mostra-se evidente que o princípio da proporcionalidade é verdadeiramente um princípio neste caso concreto em análise, que servirá como um meio, ou seja, servirá como um recurso que será empregado para alcançar um objetivo. É uma maneira de agir, um poder para praticar uma ação, ação esta chamada de poder jurisdicional que por funções teleológicas perquirem a chamada justiça substancial⁸.

Falar de proporcionalidade é falar ao mesmo tempo de uma capacidade fática de se alcançar a razoabilidade, de se alcançar um padrão determinado que através da racionalidade evidencia-se como um padrão igualitário, uniforme, proporcional ao que lhe diz respeito.

Importante é a consideração feita por Karoline Marinho (2009), que aduz:

O conflito de princípios, diferentemente das regras, ocorre no plano do peso e não da validade. Os princípios, em nível abstrato, são válidos e hierarquicamente iguais. A colisão de princípios somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a possibilidade jurídica de outro. Ocorrendo colisão, utiliza-se a ponderação. A ponderação é composta por três máximas parciais: a adequação, a necessidade

⁷ Importante é a distinção entre Texto Legal e Norma. Aqui compreendemos necessariamente qual a função primordial do judiciário e neste estudo científico em particular sobre o caso Ellwanger, ou seja, a função de dizer o direito, exercer o seu papel de prestar a jurisdição, que é dada através da interpretação do Texto. Texto Legal é algo isolado subscrito em um montante de papéis emanados pelo poder legislativo. Norma é algo mais complexo, inerente ao Poder Judiciário que através dos seus juízes no uso da racionalidade e do escopo hermenêutico que lhe é disponibilizado, interpreta e aplica a norma ao caso concreto. Norma, portanto, é o produto da atividade do hermeneuta, ou seja, os próprios juízes.

⁸ A justiça substancial se coloca como aquela que está na base teórica do próprio Direito Natural. Não há como aceitarmos apenas a simples aplicação da lei. O conceito de justiça substancial se amplia a um foco muito mais abrangente, que consagra o respeito aos valores morais intrínsecos a condição humana.

(postulado do meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (que é o postulado da ponderação em sentido estrito). As máximas da adequação e da necessidade consideram as possibilidades fáticas do caso concreto, e a máxima da proporcionalidade, em sentido estrito, considera as possibilidades jurídicas.

É neste sentido que engajamo-nos a tratar deste princípio no caso *Ellwanger*, no sentido da proporcionalidade conseguir ponderar o uso de um ou outro Direito fundamental presente na Constituição Federal no caso concreto. O conflito entre Direitos fundamentais não pode ser solucionado por regras simples e acabadas emanadas de um poder que muitas vezes nem mesmo compreende a situação fática e social do país, o chamado Poder Legislativo. Cabe aos intérpretes do Direito⁹, fazer uso do princípio da proporcionalidade e então garantir a solução do conflito intersubjetivo. Por isso nos referimos a pouco, que a proporcionalidade seria um meio, justamente porque é através dela que se concretiza a solução dos conflitos entre os Direitos fundamentais.

O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção (Vieira *apud* Alexy, 2006:161).

Logo, não poderíamos também, deixar de lembrar as lições dadas por Oscar Vilhena Vieira (2006:164) que explicita:

Daí a correta asserção de que no processo de indagação constitucional impõem-se ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita extrair a sua máxima eficácia, em ordem a dar-lhes significação compatível com os objetivos indicados na carta política.

O objetivo proposto pela proporcionalidade fica claro no voto do Ministro Gilmar Mendes que com amplo conhecimento jurídico, expõe:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de

⁹ Quando falamos de intérpretes do Direito, queremos expor e evidenciar através de uma visão *stricto sensu*, o papel dos juízes e tribunais na compreensão do papel interpretativo e aplicativo do Direito.

excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt amMain, 1986), coincide igualmente como o núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como defende o próprio Alexy. Nesse sentido o princípio ou a máxima proporcionalidade determina o *limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental*.¹⁰

Tratar do princípio da proporcionalidade como um meio para a solução do conflito entre direitos fundamentais, ratifica a necessidade e obrigatoriedade da lei da ponderação de Alexy (1993), em que a proporção surge como um instrumento procedimental de busca e afirmação de um Estado Democrático, estando assegurados de tal modo, os próprios ideais que a carta magna brasileira consagra quando fala de pluralismo jurídico.

5.2 A divergência de entendimento dos ministros no caso *Siegfried Ellwanger*

5.2.1. Votos de Deferimento ao Habeas Corpus

O ministro Moreira Alves, entende por prover o HC, entendendo que os judeus não são uma raça, descaracteriza o crime de discriminação, ou seja, racismo, pelo qual Ellwanger fora condenado, não sendo também imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

Como já houve a prescrição da pretensão punitiva do Estado, o Ministro Moreira Alves entendeu por justo, deferir o pedido de *Habeas Corpus* em favor de Siegfried Ellwanger, para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva.

Segue esta linha o Ministro Carlos Britto e o Ministro Marco Aurélio que também defere o pedido de *Habeas Corpus*. Compreendem, de forma sucinta, que Ellwanger não instigou ou incitou à prática do racismo. Não presenciou no livro afirmações categóricas acerca da superioridade da raça alemã sobre um raça judaica, ou que os Judeus são raça de natureza inferior à raça ariana.

5.2.2. Votos de Indeferimento ao Habeas Corpus

O Ministro Maurício Correa –após pedir vistas ao processo– entende em seu voto por negar o HC, com base em uma definição mais ampla e completa

¹⁰ HC Nº 82.424-2/RS. Supremo Tribunal Federal, p. 658.

de “raça”. Aduz que existe uma raça, a humana, que não se trata de princípio biológico e, portanto, sua polissemia enseja uma correlação com outros preceitos a ela inter-relacionados.

Esse entendimento é o que sustenta o voto vencedor que nega provimento ao HC, com base na prática racista pelo paciente Sigfried Ellwanger, visto que o anti-semitismo seria uma forma de racismo, com base na definição do próprio conceito: discriminar um grupo de seres humanos, fundada na, suposta, existência de uma raça superior a outra. Acompanha este voto o eminente Ministro Celso de Melo que também indefere o pedido de *Habeas Corpus*.

O Ministro Nelson Jobim – compreende que a discriminação contra o povo judeu caracteriza o crime de racismo, que por sua natureza, é inafiançável e imprescritível, mesmo as Leis Infraconstitucionais não tendo abordado o princípio da imprescritibilidade. Enfatizada a constituição federal, art. 5, XLII, o referido Ministro resolveu por indeferir o Habeas Corpus.

Em seu voto o Ministro Nelson Jobim expõe:

O crime de Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo, crime de que nos queremos livrar em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista. Foi este anti-semitismo, que levou no Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, à escala sem precedentes, o mal representado pelo Holocausto. O Holocausto é a recusa da condição humana da pluralidade e da diversidade, que contesta, pela violência do extermínio, os princípios da igualdade e da não discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos, O crime de Siegfried Ellwanger, por apontar nesta direção do mal, não admite o esquecimento.¹¹

O Ministro Gilmar Mendes – considera que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial, e o estímulo à violência, tal como fora abordado no acórdão condenatório. “Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie¹²”. Destarte, indefere o pedido de *Habeas Corpus*.

O Ministro Carlos Veloso – Reafirmando os fundamentos do Ministro Celso de Mello expõe:

¹¹ *Habeas Corpus* Nº 82.424-2. Supremo Tribunal Federal, p. 749.

¹² *Habeas Corpus* Nº 82.424-2. Supremo Tribunal Federal, pp. 670-671.

“(…) os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.¹³

O Ministro César Peluso – Entende como reprovável comportamento sistemático. Entende que Ellwanger, na verdade, dedicou-se a escrever, editar e publicar os livros, com o propósito evidente de promover e difundir o anti-semitismo, sendo esta uma manifestação ideológica racista, reforçando até mesmo ódios históricos, como a eminente Ministra abordou em seu voto. Diante desse fato e de concordar com o fundamento dos demais Ministros, a eminente excelência entendeu por indeferir o pedido do *Habeas Corpus*.

A Ministra Ellen Gracie – Entende que:

Fica evidente a irracionalidade da manifestação racista e, no caso, anti-semítica, mediante esta exemplificação que trouxe da obra do Professor Ingo Muller. Como não há compromisso com a correção biológica ou antropológica em suas afirmações, a ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, a sua grande irracionalidade.¹⁴

Por considerar esta e outras alegações a eminente Ministra resolve por indeferir o pedido. Segue acompanhando entendimento dos demais Ministros, o voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, indeferindo o *Habeas*.

6. A TEORIA DO “CLEAR AND PRESENT DANGER” E A “FAIRNESS DOCTRINE”

Em tempos de elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, os adeptos da política federalista – a fim de que pudessem obter apoio favorável dos *antifederalistas* (que seriam futuramente chamados de “republicanos”) à adesão da Constituição pelos Estados-Membros – trouxeram para si a responsabilidade de elaboração de emendas constitucionais (regulamentadoras de direitos e garantias fundamentais) ao texto original de 1787. Em 1791 foram ratificadas dez emendas, o *Bill of Rights*, ou a *Declaração de Direitos*. Desde 1789 mais de 10.000 emendas foram propostas; apenas 27 foram aprovadas. Trata-se

¹³ *Habeas Corpus* Nº 82.424-2. Supremo Tribunal Federal, p. 689-690.

¹⁴ *Habeas Corpus* Nº 82.424-2. Supremo Tribunal Federal, p. 756.

de texto constitucional que rege povo historicamente dado à liça jurídica (Godoy, 2007). Segundo Godoy (2007):

As dez primeiras emendas, e que compõem o *Bill of Rights*, a Declaração de Direitos, foram aprovadas como condição que alguns estados impuseram para aceitação do texto originário, e que não apresentava seção que formulasse proteção para direitos e garantias individuais e coletivas. A emenda Nº 1 qualifica a liberdade de religião, de expressão, de imprensa, de assembléia e de petição. Trata-se da mais recorrente das emendas constitucionais, enquanto elemento discursivo de representações sociais indicativas de liberdade de opinião (cf. Wagman, 1991). No entanto, denuncia-se o formalismo dessa emenda, porque se publica, se edita e se divulga somente o que interessa aos donos da imprensa, na advertência de representante da teoria crítica do direito nos Estados Unidos (cf. Kairys, 1998, p. 190).

A bem da verdade, a Emenda n. 1 consagra a proibição de o Congresso elaborar lei estabelecendo religião oficial (como acontece formalmente na Inglaterra), vedando, ainda, qualquer “restrição à liberdade de fala, ou de imprensa” (*abridging the freedom of speech, or of the press*). A Um Símbolo Nacional Norte-Americano e o Direito de Expressão “liberdade de crença” (*freedom of belief*), que é o cimento que une todas as liberdades de expressão, não vem expressa na Emenda n. 1. Está implícita (Nowak; Rotunda, 2007:599).

Até antes da 1ª Guerra Mundial, a regra nos Estados Unidos era a de que não se admitia censura prévia (*previous restraint*), e também não haviam muitos casos em que a liberdade de expressão estava em pauta. No entanto, com o início da guerra, pacifistas e religiosos começaram um movimento de apologia ao não envio de jovens à guerra. Expediam cartas, cartazes, faziam piquetes, etc. Ato contínuo, o congresso estadunidense –temendo conseqüências drásticas relevantes– editou duas leis tipificando as condutas que até então estavam sendo praticadas como crimes (*Espionage Act* e *Sedition Act*).

Desta forma, a Suprema Corte norte-americana deu nova interpretação à liberdade de expressão envolvente na Emenda Nº 1 (*free speech and free press clauses*). Esta nova carga axiológica fora encargo dos célebres magistrados Oliver Holmes Jr. e Louis Brandeis. Estes, criaram um critério hermenêutico especial para a análise do exercício desenfreado do direito à liberdade de expressão que nesta última análise caracterizava-se por uma atividade anti-bélica: trata-se da teoria do *Clear and Present Danger*. Esta teoria tinha como escopo o alcance da diferenciação da mera expressão de ideias (inofensivas) das condutas expressivas que realmente colocassem em risco a segurança social ou do Estado, vale dizer, buscava detectar o expressionismo nocivo ao convívio social. Na análise

interpretativa do caso concreto, dever-se-ia verificar a existência de um perigo “insofismável e iminente” (*Clear and Present Danger*). Neste caso –havendo o perigo–, não se poderia invocar a proteção da Emenda Nº 1¹⁵.

Se por um lado, o Estado age de forma idônea ao dirimir atentados diretamente destinados a ele mesmo (e indiretamente, à própria sociedade), por outro, ele mesmo não pode pecar em excesso, podendo assim macular o próprio exercício da liberdade inerente aos demais atores sociais que não fizeram parte do rol dos que excederam o permitiram e atentaram contra aquela pessoa jurídica que deve garantir o direito, o Estado. Deve haver um equilíbrio na atividade intervencionista: não se pode pender ao excesso, pois estar-se-ia tratando de um Estado totalitário; e, não se pode pender à ausência, pois estar-se-ia tratando de um Estado absenteísta.

Uma das tentativas de resolução da questão do exacerbado no exercício do direito de liberdade de expressão fora a *Fairness Doctrine*, levada a efeito pelo FCC (*Federal Communications Commission*), agência reguladora federal encarregada (por lei) da regulação do setor com vistas à proteção e consecução do interesse público.

A *Fairness Doctrine* era uma corrente norte-americana fundada na realização da teoria democrática de direito com relação ao direito de liberdade de expressão almejado pela Emenda Nº 1, no campo do jornalismo televisivo e radiofônico. Para esta teoria, importante era a garantia da obtenção de informação confiável, imparcial e isenta, amparada por nossa Constituição.. Em suma, estava pautada em três importantes ditames¹⁶:

I - Deveria disponibilizar, em tempo razoável de programação, fatos e questões controvertidas de interesse coletivo;

II - Não poderia cair no absolutismo de exposição de uma ótica da questão dos fatos e questões, ou seja, a exposição de ideias e informações deveria ser plúrima, de modo a externar diferentes pontos de vista sobre a situação; e, por fim,

III - Os candidatos em campanha política deveriam ter a sua disposição o direito de resposta a quaisquer críticas que atacassem seus possíveis mandatos.

¹⁵ Trata-se do conhecido caso *Schenck vs. United States*, 249 U.S. 47, 51-52 (1919), em que se discutiu a liberdade de expressão por meio de panfletos e circulares que concitavam os jovens a não se alistarem nas forças armadas.

¹⁶ A aplicabilidade do *Fairness Doctrine* decorre das normas codificadas sob o Nº 47 C.FR, § 73.1910 (Código de Regulações Federais).

Segundo Binenbojm (2008:289):

A finalidade primordial da estrutura regulatória erigida pelo FCC era a de evitar um possível efeito inibidor ou tendencioso de decisões das emissoras de rádio e televisão orientadas por interesses meramente comerciais, estabelecendo algumas obrigações que visam a assegurar o direito difuso da cidadania a ser adequadamente informada. Aliás, o próprio direito de resposta, antes que uma mera garantia individual da pessoa ofendida é visto como instrumento assecuratório do direito do público de conhecer ambos os lados da controvérsia. Dito de outra forma, a doutrina tinha por propósito assegurar e promover a missão democrática da imprensa.

Nesta baila, o *Fairness Doctrine* erigiu uma redoma de regulação à liberdade de expressão de extrema importância para a tradição constitucional pós-moderna, inclusive no tocante ao constitucionalismo brasileiro, já que, segundo Binenbojm (2008:289):

A Carta de 1988 erigiu um sistema de princípios e regras que, em última análise, reclamam a adoção de uma *versão brasileira* da *fairness doctrine*. Após uma análise do potencial democrático de institutos como o “direito de resposta” (art. 5^a, V) e o “direito de acesso à informação” (art. 5^o, XIV), e dos princípios que regem a comunicação social do país (art. 220 e ss.), concluir-se-á com um delineamento do alcance e limites do direito transindividual do público de ser adequadamente informado em sua relação dialógica com o direito individual das pessoas naturais ou legais à livre expressão.

É neste sentido, que as passagens históricas no contexto jurisprudencial norte-americano interessam em muito a perplexa questão dos limites ao direito de liberdade de expressão no Brasil. É, portanto, deste modo, que *Clear and Present Danger & Fairness Doctrine* constituem-se em importantes parâmetros (ainda que não com mesmos dispositivos legais) decisórios na interpretação fática brasileira, sobretudo no uso da hermenêutica constitucional.

7. CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que os direitos fundamentais existem não como o fim do direito, mas como um instrumento para garantir o fim. O fim do direito é, em verdade, o homem. Por isso, há a latente necessidade de se avaliar os casos concretos e conciliar a teoria e doutrina com a prática.

Em virtude dessa tendência natural do ordenamento jurídico, em criar regras e abrir margens para haver um mínimo de discricionariedade e flexibilidade para

amoldar o direito as mais diversas e complexas situações a fim de assegurar a proteção ao ser humano e a sua dignidade, tem-se no caso concreto a verdadeira materialização desta tendência.

O direito à liberdade de expressão é uma hipótese desse foco. Tal direito tem *status* de direito fundamental e é, portanto, assegurado pela Constituição Federal de 1988, entretanto, sofre limitações a fim de assegurar o cumprimento de outros preceitos fundamentais. É um caso típico de confronto entre direitos.

Garantir a tal direito um *status* ilimitado engendraria um resultado inverso do prelecionado pela Lei Maior, pois culminaria no descumprimento dos preceitos basilares e centrais do ordenamento jurídico. Para tanto, há limitações explícitas e implícitas, a fim de garantir a “solução ótima” resultante do conflito no caso concreto.

O caso apresentado, demonstra esse conflito e o método de resolução dele pelo Supremo Tribunal Federal, ao se basear no princípio da proporcionalidade para enaltecer o princípio da dignidade humana –no tocante aos judeus– e afastar a força constitucional, no caso específico, do direito à liberdade de expressão. Não se trata de hierarquia entre os direitos, se trata de amoldar o ordenamento à realidade fática *sub judice*. Tampouco, se trata de submeter o ordenamento às complexidades cotidianas, deixando de lado o viés íntegro, o qual prelecionou Ronald Dworkin. Trata-se de se valer de instrumentos próprios e proporcionais para avaliar o caso e decidir o conflito, como de fato realizou a Suprema Corte brasileira.

Ao negar o *Habeas Corpus* ao paciente Siegfried Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal retirou o peso da liberdade de expressão e pode proteger o princípio fulcral do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana. Judeus são, acima de tudo, seres humanos e, portanto, gozam das prerrogativas independente de suas crenças religiosas, posições políticas ou raças, isso simplesmente por serem seres humanos. Ademais, Ellwanger realizou atos racistas, foi além de seu preconceito –em sentido etimológico, ou seja, uma ideia já pré-concebida– e o instrumentalizou através de criação e disseminação de obras anti-semitas.

Sendo assim, ele agiu para além do seu direito à liberdade, pelo fato de recair na teoria de *fighting words*, ou seja, se valer de palavras para disseminar o ódio e violência, de grande teor ofensivo, provocando perigo de imediata retaliação e presentes nos discursos que pregam predominantemente o ódio.

O direito de liberdade de expressão, a partir dos cânones do Estado de Direito, tem como escopo a máxima realização da democracia participativa

a fim de que se possa discutir, selecionar e preservar o bem comum de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Concepto y la Validez del Derecho*. España: Gedisa Editorial, 1992.
- BINENBOJM, Gustavo. Meios de Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa: As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil. In *Leituras Complementares de Direito Constitucional - Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. Salvador: Podivm, 2008.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*.
- DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A Leitura da Moral na Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito comparado. Introdução ao direito constitucional norte-americano. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1515, 25 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10282>>. Acesso em: 26 abr. 2011.
- KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso Dias. *O Direito dos Cidadãos à Verdade perante o Poder Público*. São Paulo: Editora Método; Editora CESUPA, 2008.
- LAFER, Celso. *O Caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo*. In: Revista de Informação Legislativa. V. 41, n. 162 abr./jun. de 2004. Disponível em: www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/948 acesso em: 24.04.2011.
- MARINHO, Caroline Lins Câmara. *A colisão entre direitos fundamentais e a sua solução no caso "Siegfried Ellwanger" julgado pelo STF*. Rio Grande do Norte: Esmarn, 2009. Disponível em: www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_testel/article/viewFile/85/76. Acesso em: 24.04.2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- NOWAK, John; Rotunda, Ronald. *Principles of constitutional law*. 3. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2007.
- NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SUPREMO TRIBUNAL FERAL. *Habeas Corpus* Nº 82.424 - Rio Grande do Sul. Paciente: Siegfried Ellwanger. 17 set. 2003.

VERBICARO, Loiane Prado. *Os direitos humanos à luz da história e do sistema jurídico contemporâneo*. In: *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, América do Norte, 7, out. 2007. Disponível em: . Acesso em: 27 abr. 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Editores Malheiros, 2006.