

LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

LIMITS TO THE FREEDOM SPEECH

Miguel Reale Júnior*

Resumo: O artigo analisa dois julgados do Supremo Tribunal Federal como pano de fundo para o debate a respeito dos limites que devam ser impostos à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento frente a outros valores constitucionais.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Lei de imprensa. Ponderação de valores constitucionais.

Abstract: The article analyses two decisions from the Brazilian Supreme Court as a background to the debate about the limits which should be imposed to freedom of expression and manifestation of thought compared to other constitutional values.

Keywords: Freedom of speech. The press law. Balancing of constitutional values.

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo em 1971; Livre Docente em 1974 pela mesma Faculdade; professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo desde 1987; foi Chefe do Departamento de Direito Penal da USP de 2002 a 2006; foi Ministro de Estado da Justiça e Presidente da Associação dos Advogados de São Paulo; autor de diversos livros de doutrina, coletânea de pareceres jurídicos e vários artigos em diversas revistas jurídicas brasileiras e estrangeiras; membro da Academia Paulista de Letras (cadeira n. 2) e da Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; foi Membro da Comissão Elaboradora da Parte Geral do Código Penal e da Lei de Execução Penal, de 1980 a 1984; foi Presidente da Comissão de Diagnóstico do Sistema Criminal Brasileiro e da Comissão Elaboradora dos Anteprojetos de Lei modificativos da Parte Geral do Código Penal, bem como da Lei de Execução Penal em 2000; foi membro da Comissão de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos; Assessor especial da Presidência da Assembleia Nacional Constituinte; presidiu a Comissão encarregada da análise da responsabilidade do Estado em face dos mortos e desaparecidos políticos durante o regime militar.

Introdução

O exame que me proponho a realizar cinge-se à análise de duas importantes decisões do Supremo Tribunal Federal no que respeita aos limites que devam ser impostos à liberdade de expressão e de manifestação de pensamento frente a outros valores constitucionais.

Nesse rumo, objeto de ponderação serão os valores consagrados nas normas constitucionais que definem os fundamentos e os objetivos fundamentais da República, os valores da dignidade humana e da igualdade, da honra e da intimidade que podem vir a ser colocados em perigo pela liberdade de manifestação de pensamento e de expressão intelectual que, por sua vez, constituem, também, pilasstras sobre as quais se ergue o Estado Democrático.¹

A questão da colisão de princípios constitucionais,² que prefiro denominar de colisão de valores, como honra, dignidade da pessoa humana e intimidade em face da liberdade de manifestação de pensamento e de expressão, maximizados no campo da liberdade de informação jornalística, é bastante aguda, em especial no direito norte-americano, em vista do constante da 1ª Emenda.³

¹ Art. 1º A República [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: III – a dignidade da pessoa humana.

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

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

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

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

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

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

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

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

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

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

² Silva (2004, p. 38 ss) bem mostra que na Doutrina brasileira há, muitas vezes, a identidade entre princípios e valores fundamentais, quando a seu ver, com razão, na linha do pensamento de Alexy, princípios constituem mandamentos de otimização, sendo um conceito que não faz referência à fundamentalidade da norma, mas tem estrutura de um mandamento de otimização. Um princípio pode ser um mandamento nuclear do sistema, “mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade.”

³ Consta da primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América: “O Congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício das

Esta matéria, em face do preceituado na Constituição brasileira, não fora ainda detidamente enfrentada por nossa Corte Suprema, como o veio a ser nos dois julgamentos que a seguir serão examinados.

Primeiramente, o *Habeas Corpus* n. 82.424, do Rio Grande do Sul, tinha por eixo a questão do conceito de racismo, para saber se este termo era ou não compreensivo da discriminação contra os judeus. Todavia, no julgamento abordou-se, também, uma questão essencial: a discriminação em livro insere-se no campo da liberdade de expressão intelectual do autor e do direito de edição de obras ideologicamente comprometidas, mesmo que errôneas, ou o incitamento ao ódio racial não poderia ter agasalho constitucional e tipifica prática delituosa⁴?

O segundo julgamento, no qual se fará referência apenas aos votos do Relator Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio Mello, diz respeito à liberdade de expressão e de pensamento frente a outros valores constitucionais, no julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no qual se apreciava a constitucionalidade de normas da Lei de Imprensa, editada durante a ditadura militar, tendo o Supremo considerado por maioria de votos que toda a Lei, no seu conjunto, deveria ser revogada por confrontar com a Constituição de 1988.

Curiosamente, como se verá, os dois Ministros que deram maior peso à liberdade de expressão no caso do racismo, mesmo diante da hipótese de incitamento contra os judeus, ou contra o sionismo, como preferiu dizer Carlos Ayres Brito, foram antagônicos no julgamento acerca da inconstitucionalidade da lei de imprensa, prevalecendo a visão radical de Carlos Ayres Brito em favor da superioridade da liberdade de expressão, para com voto vencedor levar o Supremo a revogar a lei de imprensa.

Assim, primeiramente, cabe dar uma breve notícia dos fatos em julgamento no denominado “caso do racismo”, bem como do parecer que ofertei para lastrear manifestação de *amicus curiae*, do parecer de Celso Lafer, do voto do relator vencido (Ministro Moreira Alves) e do relator designado com voto vencedor, Maurício Correa.⁵

1 Resumo do caso do racismo

O editor Siegfried Ellwanger publicou e escreveu livros que pregam a discriminação racial, induzindo o ódio aos judeus e responsabilizando-os por todos os males do mundo, incitando, dessa forma, à sua inferiorização e segregação.

mesmas; ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.”

⁴ O art. 20 da Lei n. 7.716/ 95, à época dos fatos tinha a redação dada pela Lei n. 8081/90 do seguinte teor: “Praticar, induzir ou incitar pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia, procedência nacional. Pena. Reclusão de dois a cinco anos.”

⁵ Em anexo, apresento trechos dos votos para melhor conhecimento da matéria que mobilizou o Supremo em 2003.

Em diversas passagens dos livros menciona-se a raça judaica, a inclinação racial dos judeus, inclinação parasitária que forma parte do caráter dos judeus, tendências que se enraízam no sangue judeu. Além de constituir violento ataque aos judeus, nos livros *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira*, obra de sua autoria, como o livro *Os conquistadores do mundo: os verdadeiros criminosos de guerra* –, defende-se o regime nazista, pretendendo negar o holocausto, desfazendo a memória de Auschwitz e transformando os judeus nos verdadeiros culpados pela 2ª Grande Guerra e únicos beneficiários dela.

Absolvido em primeira instância, por entender a magistrada que os textos não induziam ou incitavam à discriminação étnica do povo judeu, veio a ser condenado em apelação. Entenderam os Desembargadores ter havido discriminação racial, sendo “[...] *intenção única do apelado propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raíais do fanatismo.*”

Impetrou-se, então, em favor do condenado, *Habeas Corpus* no qual não se contesta a configuração do crime de discriminação contra a comunidade judaica, mas, que o povo judeu não constitui uma raça. Buscou-se o reconhecimento de que a expressão racismo, utilizada pela Constituição, ao estatuir que a sua prática constitua crime imprescritível, limita-se à discriminação decorrente de raça, negra ou indígena, caracterizada por sinais físicos ou biológicos. Desse modo, o crime praticado não foi de racismo, mas de discriminação contra os judeus, não sendo, dessa feita, imprescritível. Sendo prescritível, estaria a pena prescrita.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua 5ª Turma, sendo relator o Ministro Gilson Dipp entendeu que “[...] *a condenação se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento.*” Engloba-se com a palavra racismo todos os tipos de discriminação ilegal, seja em relação à religião, nacionalidade, seja regionalidade. Concedida a ordem, contudo, em razão de considerar que não houve prática de racismo, mas induzimento ao racismo.

Em *Habeas Corpus*, substitutivo de recurso ordinário, veio o paciente às barras do Supremo Tribunal Federal, alegando exatamente que o crime que cometeu não se constitui como crime de racismo, mas de discriminação contra os judeus, não sendo, portanto, imprescritível.

2 Conceito de Racismo no Supremo Tribunal Federal

O Relator do *Habeas Corpus*, Ministro Moreira Alves, manifestou-se pela concessão da ordem ao entender que efetivamente os judeus não constituem uma raça, o que se verifica em razão dos dados físicos ou constitucionais, como cor da pele, formato dos olhos e textura do cabelo. Não sendo os judeus uma raça, o crime praticado não se enquadraria como racismo, sendo, portanto, o delito praticado pelo paciente prescritível, havendo ocorrido o prazo prescricional.

2.1 Os pareceres

Em parecer,⁶ manifestei-me no sentido de que a expressão racismo refere-se a um tipo de comportamento político e social de diminuição ou exclusão de um determinado grupo de pessoas, identificado não somente por pertencerem a uma raça, o que se revela cientificamente impossível fixar, mas tendo em vista características culturais permanentes. Trata-se antes de uma forma de inferiorizar o outro, uma estrutura mental que considera os outros diversos, não se lhes atribuindo a possibilidade de estar “entre nós”, de gozar dos mesmos direitos, o que constitui uma expulsão continuada do outro, uma punição maior do que a morte.

Há racismo, dizia no parecer, quando as diferenças etnoculturais são consideradas imutáveis, indelévels, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de supremacia permanente de um grupo sobre outro, uma *ordem racial*.

Ponderava, então, ser o racismo antes um elemento justificante do inimigo que a sociedade necessita do que diferenças marcadas pela raça, pois não há outras diferenças senão as impostas pelos próprios homens. Desse modo, lembrava a definição de Mancini para o qual racismo é toda a atitude defensiva ou discriminatória em face de uma categoria de indivíduos classificada de acordo com sua procedência territorial e a sua identidade étnica ou racial.

Essa afirmação encontra base na distinção feita por um dos maiores estudiosos do fenômeno racista, Pierre-André Taguieff, que, em entrevista, sustenta a diferença entre *racismo* e *racismo*: o primeiro pensa o mundo em termos de raça, enquanto o racismo, por sua vez, é uma teoria e prática política, um programa político que pretende alcançar um objetivo de exclusão e segregação.⁷

Celso Lafer, em substancioso parecer,⁸ do qual apenas damos breve notícia, trouxe contribuição em especial ante o disposto nos documentos internacionais, mormente a Convenção das Nações Unidas contra a discriminação racial.

[Dizia Celso Lafer]: [...] O avanço do conhecimento e o desvendar do seqüenciamento do genoma humano se incumbiram de mostrar que não há fundamentação biológica em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios de diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. Neste sentido as ciências biológicas são um elemento adicional para a afirmação do princípio da igualdade e da não discriminação, que resultaram da positivação do valor do ser humano.

[...] As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno, e não a “raça”, o destinatário jurídico da repressão

⁶ Nosso. Antisemitismo é racismo, publicado na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 43, p. 223/248, abr./jun. 2003.

⁷ Editorial e entrevista de Pierre-André Taguieff constantes da *Revista L'Histoire*, n. 214, outubro de 1997, p. 3 e 34 e seguintes.

⁸ Lafer (2005, p. 33-88).

prevista pelo art. 5.º, -LXII, da Constituição, e da sua correspondente legislação infra-constitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e também sua evolução legislativa, tipifica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos meios de comunicação, a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de “raças inferiores”. Esta divulgação é crime de prática de racismo.

[...] O Direito Internacional Público é um elemento adicional a confirmar que o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo. Com efeito, a Convenção de 1965 qualifica, no seu art. 1, *como discriminação racial, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional e estipula, no seu art. 4, como delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial, tal como definido no art. 1º*. A prática do crime de racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de *raças*.

2.2 O voto do relator designado

O Ministro Maurício Correa, em pedido de vista, proferiu voto no qual pondera: Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens.

A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exhibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que “o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam.”[Mais adiante, aduz]: Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas.

3 A liberdade de expressão no caso do racismo

3.1 Os principais votos

Para analisar a posição do Supremo, inicialmente transcreverei parágrafos essenciais reveladores da posição assumida nos principais votos que abordaram o problema dos limites da liberdade de expressão,⁹ no caso do racismo, bem como, ao depois, no item seguinte, o voto importante do Ministro Carlos Ayres Brito, na Arguição na qual se revogou a Lei de Imprensa.

3.1.1 O voto de Maurício Corrêa

Maurício Correa de forma lateral toca na questão da liberdade de expressão, ao asseverar:

A previsão de liberdade de expressão não assegura o “direito à incitação ao racismo.” Em situações, como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

3.1.2 Observação do Ministro Sepúlveda Pertence

O Ministro Sepúlveda Pertence, em aparte, suscitou a questão da possibilidade de haver incitamento por meio de livro, manifestando sua preocupação com a imposição de condenação por se ter escrito livros. A partir desta provocação à matéria relativa à liberdade de expressão e de sua tutela pela não incriminação da publicação de livro em que se espousa opinião doutrinária ou uma ideologia passou a ser, também, um tema principal do julgamento.

Disse, então, Sepúlveda Pertence: Creio que a beleza e a seriedade excepcional da discussão sobre o conceito de racismo estão deixando um pouco na sobra uma outra discussão relevante: O livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é “incitar”. Fico muito preocupado com certas denúncias do pós-64 neste País, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista.

⁹ Em anexo a transcrição de trechos dos principais votos. Lafer (2005, p. 108ss.) faz uma análise e síntese breve dos votos de alguns ministros, dedicando, depois, maior exame ao voto absolutório do Ministro Carlos Ayres de Brito.

3.1.3 Voto do Ministro Celso de Mello

Em sua manifestação o Ministro Celso de Mello foi explícito no sentido da existência de limites à liberdade de expressão:

A proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal. A liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quanto às expressões de ódio racial. [...] Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, assim, nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. [...] Cabe reconhecer que 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. [...] Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

3.1.4 Voto de Gilmar Mendes

A liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático, razão pela qual, nas sociedades democráticas, causa intensa preocupação o exercício de liberdade de expressão que venha a consistir na incitação à discriminação racial.

Se a liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia, a igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não discriminação.

Em frase precisa, o Ministro Gilmar Mendes estabelecia uma premissa: “A discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão com-

promete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade”, adicionando a consideração de que “[...] não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana.”

Considera, destarte, que para a solução de conflitos entre direitos deve-se considerar o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o *princípio da proporcionalidade ou postulado da proporcionalidade*, quais sejam: a *adequação* (aptidão para produzir o resultado desejado) a *necessidade* (inevitabilidade de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e a *proporcionalidade em sentido estrito* (relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Assim, finalizava o Ministro Gilmar Mendes com a convicção de que a intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo, sem base histórica provadamente séria. Assim, considerou ser evidente a *adequação da condenação* do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, não havendo dúvida, também, de que a decisão condenatória, tal como proferida, fosse *necessária*, pois dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso. Por fim, a seu ver a decisão condenatória atende, igualmente, ao requisito *da proporcionalidade em sentido estrito*. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

A liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, pois, segundo Gilmar Mendes, há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de ocorrer uma amplitude intangível à liberdade de expressão.

3.1.5 Voto de Carlos Velloso

É indubitoso, segundo Carlos Velloso, que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (C.F., art. 5º, IV e IX; art. 220). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitem a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, em manifestações racistas. A liberdade de expressão não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.

3.1.6 Voto de Carlos Ayres Brito

O Ministro manifesta temor de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade: a liberdade de expressão e a liberdade de atividade artística, intelectual, científica, e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Para o Ministro Carlos Ayres Brito “[...] a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade.”

A seu ver são excludentes constitucionais da abusividade, a ser denominadas “excludentes da abusividade”, a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política.

A meu juízo, dizia o Ministro Carlos Ayres Brito, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua ideia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador.

De forma incisiva, o Ministro Carlos Ayres Brito afirmou:

Sucede que não é crime tecer loas a uma ideologia. [E continua] Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouro de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas, o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria constituição Federal.

Apesar de ao depois votar como relator pela revogação da Lei de Imprensa, o Ministro Carlos Ayres Brito recorria a esta lei:

Esse respaldo jurídico também decorre da “Lei de Imprensa” (Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

“Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:

I a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; [...] IX a exposição de doutrina ou ideia.

Diz o Ministro Carlos Ayres Brito: “É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente literariamente, e em parte quixotesca. É obra de quem professa uma ideologia.”

Conclui, então, o Ministro Carlos Ayres Brito: “[...] o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política.” Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inciso VIII do art. 5º).

3.1.7 Voto de Marco Aurélio Mello

Para o Ministro Marco Aurélio Mello, os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. A seu ver, é fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

A garantia de uma esfera pública de debate sobre os mais diferentes temas contribui para a concretização do princípio democrático e para o amadurecimento político e social de um país.

O argumento central de Mill é escancarar que não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual. Proteger a liberdade, para ele, não é somente se manifestar em favor da liberdade de consciência e de expressão, mas, principalmente, lutar continuamente contra quem quiser restringi-la.

Os limites à liberdade de expressão, na opinião do Ministro Marco Aurélio, apenas podem incidir sobre “manifestação que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente”, pois considera que apesar de ampla a liberdade de expressão esta não possui caráter absoluto, encontrando “[...] limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios.”

Considera, então, que deve-se resolver o choque de princípios a partir do critério da ponderação dos valores em jogo que cumpre ser decidida com base no *caso concreto e nas circunstâncias da hipótese*, para se avaliar qual o direito deve ter primazia.

Dessa forma, assevera o Ministro Marco Aurélio Mello que

[...] o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão.

No entendimento do Ministro, neste exame segundo as circunstâncias concretas, há de se “[...] atentar para a realidade brasileira, evitando-se que prevaleça solução calcada na crença de que os judeus são um povo sofredor.” Assim, considera importante visualizar a realidade brasileira. Assim,

[...] o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão.

Segundo o Ministro Marco Aurélio “[...] a defesa de uma ideologia não é crime e fato de escrever um livro, mesmo que outros concordem com as idéias expostas, não haverá, por isso, uma revolução nacional.” Lembra, então, que o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler. Em um Estado Democrático de Direito, “[...] só se justifica a reprimenda quando a divulgação da idéia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar.” A limitação estatal à liberdade de expressão, ao ver do Ministro Marco Aurélio Mello, “[...] é medida de máxima excepcionalidade, cabível tão só diante de grave abuso no exercício da liberdade de pensamento.”

No entender do magistrado, não há perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo.

O livro do paciente, segundo o Ministro Marco Aurélio Mello, “[...] deixa claro que o autor tem uma idéia preconceituosa acerca dos judeus, a ser combatida, mas não com a imputação de crime de racismo gravemente punido com a cláusula de imprescritibilidade.”

Na opinião do Ministro, seria mais facilmente defensável a ideia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste *Hábeas Corpus resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o tema da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade.*

Para o Ministro, no Brasil,

[...] faltam pressupostos sociais e culturais para tornar livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu um verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, em países como a Alemanha.

Recorre, então, ao postulado da proporcionalidade para:

Um livro para transformar os pensamentos em realidade depende quem o lê e o apreende, ou seja, depende de a comunidade política ter, minimamente, tendência para aceitar aquelas idéias, ou seja, exista ambiente propício à proliferação das posições defendidas. O livro só será perigoso se houver ambiente propício para a recepção das idéias propaladas. Só assim, pode-se falar em incitamento, o que não se dá na sociedade brasileira cuja história revela que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu.

Por isso, assevera que a condenação, em vista da colisão entre liberdade de manifestação do paciente e dignidade do povo judeu, não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

Assim, em sua conclusão, o Ministro Marco Aurélio Mello pondera:

[...] a imprescritibilidade só pode incidir na prática da discriminação racista contra o negro, por ser medida excepcional no sistema democrático. Destarte, o racismo contra os negros, este sim previsto na Constituição, é tão-somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas - tida como enraizada na vida dos brasileiros - surge imprescritível.

Para o Ministro, o editor e autor cometeu uma simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” Considera, então, não aplicável a imprescritibilidade, reconhecendo a prescrição da pena aplicada.

3.1.8 Voto confirmação de Celso de Mello

Após a manifestação do Ministro Marco Aurélio Mello, o Ministro Celso de Mello, que já votara, volta a falar para confirmar seu voto e infirmar a orientação fixada pelos Ministros Carlos Ayres Brito e Marco Aurélio.

Diz, então, o Ministro Celso de Mello:

[...] direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legitimarão, sempre “*a posteriori*”, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.

[...] O estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), não merecem a dignidade da proteção constitucional, pois a liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente, não pode legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – atingem valores tutelados pela própria ordem constitucional. [Conclui, então, o Ministro]: [...] sobre a liberdade de manifestação de pensamento devem incidir limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, em face de nítidos propósitos criminosos de estímulo à intolerância e de incitação ao ódio racial.

4 Limites à liberdade de expressão

4.1 As diversas posições

Feitas as necessárias transcrições dos votos, passo, então, a tecer considerações críticas ao valioso material constante dos votos parcialmente transcritos, pretendendo, de início, classificá-los da seguinte forma: o entendimento que dá primazia ao valor da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em face do valor da liberdade de expressão, como limites imanentes; a aplicação do postulado da proporcionalidade ante as circunstâncias concretas com conclusões contraditórias, pois decide em favor da condenação por racismo e outra considera não ter havido crime de racismo; o entendimento que privilegia o exame das circunstâncias do caso concreto e, na hipótese, dá primazia à liberdade de expressão.

4.2 O reconhecimento de sobreprincípios – limites imanentes

Segundo a compreensão da existência de limites imanentes,¹⁰ no conjunto dos valores constitucionais, procura-se estabelecer uma hierarquia material, com a concepção, por exemplo, de sobreprincípios, na expressão de Humberto Avila, como o da dignidade humana, que é de tal importância “[...] na ordem constitucional que repercute até mesmo na atividade hermenêutica: a interpretação de qualquer norma deverá colocar o homem no centro de importância e de valoração.”¹¹

Na antinomia interna ou em abstrato tem-se a solução independentemente de se aplicar a um determinado caso concreto,¹² o que indica que não se chega, efetivamente, a ter uma colisão, apenas admissível se considerar encontrarem-se os valores ou princípios em situação de igualdade e o grau de cumprimento de um princípio

¹⁰ Os limites imanentes apresentam-se, também, no campo dos direitos subjetivos, quando as normas se sobrepõem. De acordo com Martins-Costa (2005, p. 71), no campo dos direitos subjetivos polariza-se a compreensão da existência de limites internos e externos, posições que assim sintetiza: “Teoria interna: os direitos e respectivos limites são imanentes a qualquer posição jurídica; o conteúdo definitivo de um direito é, precisamente, o conteúdo que resulta dessa compreensão do direito “nascido” com limites; logo, o âmbito de proteção de um direito é o âmbito de garantia efetiva desse direito.” Aliás, é o que diz Canotilho, para o qual se deve distinguir entre o âmbito de proteção e o âmbito efetivamente protegido; para a *teoria interna* os limites são imanentes e o âmbito de proteção de um direito é “o âmbito de garantia efetivo desse direito,” enquanto para a *teoria externa* os direitos e restrições são dimensões separadas e o “*âmbito de proteção é mais extenso do que a garantia efetiva.*” (CANOTILHO, 2003, p. 347ss.) No caso de colisão de princípios, como é a questão em exame, as normas não se sobrepõem, tendo o mesmo objeto, por exemplo, a proibição do aborto e a permissão do aborto justificado: as normas protegem valores diversos, sobre os quais recai uma ponderação.

¹¹ Avila (2006, p. 327). *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, O autor menciona igualmente o Estado de Direito como outro sobreprincípio em especial em vista do direito de tributar, submetido ao respeito à separação de poderes.

¹² Prieto Sanchis (2003, p. 225).

dependerá, então, das circunstâncias do caso concreto e dos princípios em confronto, a ser resolvido pelo processo de ponderação que a seguir será examinado.

Haveria “*valores elementares*” sem os quais a comunidade não pode subsistir, e que não poderiam ser perturbados diante do exercício de um outro direito fundamental, ante o qual a proteção constitucional não quer ir tão longe a ponto de permitir que valores básicos comunitários viessem a ser atingidos pelo exercício de um desses direitos fundamentais. Haveria, então, maior intensidade valorativa de um núcleo fundamental que seria intocável.¹³

Como se ressalta, o “*coração do direito*”, que não pode ser afetado, consiste na dignidade da pessoa humana,¹⁴ do homem concreto, que constitui, segundo Vieira de Andrade, “[...] a base dos direitos fundamentais e o princípio de sua unidade material”, que, por vezes, tem sua projeção tão intensa que não pode se admitir violação em nenhum caso, pois em qualquer caso o conteúdo essencial da dignidade humana será atingido. Nessa hipótese não haverá conflito de valores a serem ponderados diante do caso concreto, mas limites imanentes.

Já a solução de conflitos pressupõe uma igualdade entre direitos ou valores em jogo, que não pode ser resolvida por meio de uma preferência abstrata, pois a hierarquia somente poderá ser estabelecida por via da consideração dos casos concretos, procurando-se harmonizar direitos divergentes em vista das circunstâncias específicas da questão real posta a exame.¹⁵

Pondera-se que se pode incorrer em uma “*tirania do valor*”¹⁶ ao se pretender estabelecer em abstrato uma hierarquia, independente do caso concreto, pois se deve partir de uma igualdade abstrata de valores e apenas diante das circunstâncias específicas do fato em exame escolher qual valor deve ter, na hipótese, maior peso diante dos perigos advindos aos valores em jogo, dada a situação concreta.

Se é certo que no sopesamento dos valores se buscam no caso concreto, as razões suficientes¹⁷ para a escolha, sempre angustiada e fatalmente condicionada por posições de ordem ideológica, por outro lado, pode-se colher, na própria constituição, uma indicação de quais são os valores mais ou menos essenciais,¹⁸ ou

¹³ Vieira de Andrade (1983, p. 286 ss).

¹⁴ Martins-Costa (2003, p. 155), bem ensina que se deve ter um conceito restrito de dignidade da pessoa humana, a constituir “a ultima ratio da argumentação, porque sua função é a de vedar o que está no limite da inumanidade: a tortura, o genocídio, o racismo; as experiências eugênicas; a superfluidez das pessoas; é a de oferecer um norte – e um limite – à pesquisa científica e à tecnologia; situar no campo das ilicitudes as formas de degradação do ser humano ou de sua instrumentalização coibindo que o ser humano entre no domínio do fabricável [...]” Vide, igualmente, Costa (2008, p. 57), considera, de forma um pouco mais ampla, após estudo do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana nas Cortes Constitucionais da Alemanha, da Espanha e de Portugal, que o “[...] princípio é de ser utilizado em situações-limite, em que a vida, a integridade física ou psíquica, a liberdade, autonomia, a igualdade ou o respeito e garantia a um mínimo de condições materiais tenham sido nuclearmente violados, dominando-se ou subjugando-se a pessoa.”

¹⁵ Vieira de Andrade (1983, p. 312ss.).

¹⁶ Sampaio, João Adércio, p. 733.

¹⁷ D’Urso (2007, p. 65).

¹⁸ Sampaio, João Adércio Leite, p. 734. Para o autor é curioso notar que já se tenha, em parte, firmado no Supremo, certa hierarquia entre os direitos constitucionais, o que a seu ver não constitui, no entanto, uma posição majoritária, pois, a exemplo de outras Cortes constitucionais, não reconhece uma hierarquia de direitos preconcebida.

seja, que possuam maior intensidade. Não há dúvida, contudo, de que qualquer tentativa de hierarquização material de valores, a partir da própria constituição, não deixa de estar condicionada por uma perspectiva de cunho ideológico.

Sem dúvida, a meu ver, pode-se visualizar nos primeiros artigos da Constituição, que estabelecem a forma de organização política do Estado e a natureza de nossa sociedade política, determinar-se que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República. Logo a seguir, no art.3º, IV, estabelece a Constituição que é objetivo *fundamental* da República “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

No *caput* do art. 5º da Constituição reafirma-se a igualdade de todos independentemente de distinção de qualquer natureza. Assim, a igualdade de todos, por possuírem o mesmo predicado de portadores da dignidade como pessoa humana, consiste em pressuposto essencial à fruição dos demais direitos fundamentais e deflui claramente do texto constitucional. Por outro lado, a ofensa mais grave à dignidade da pessoa humana, a destruir a igualdade da dignidade social de todos, é a discriminação, muito especialmente em vista da raça em seu sentido político-social, como antes referido.

Esta, a meu ver, a posição assumida por diversos Ministros do Supremo ao darem, de imediato, sem recurso a exame mais detalhado dos fatos em exame e sem recorrer, como cabe na colisão de princípios, ao crivo do critério da proporcionalidade.

Veja-se, por exemplo, o teor do voto do Ministro Celso de Mello:

Cabe reconhecer que 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. [e mais adiante] [...] A liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quanto às expressões de ódio racial.

Ou, mais incisivamente ainda, o voto do Ministro Carlos Velloso: “A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito.”

O Ministro Maurício Corrêa refere à prevalência de proteção contra a discriminação em face do direito de liberdade de expressão:

Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

Gilmar Mendes, cujo voto será apreciado em seguida acerca da aplicação do postulado da proporcionalidade, não deixa de estabelecer também uma hierarquia, ao dizer:

A discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade, [adicionando a consideração de que] [...] não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana.

Percebe-se que decorrem essas posições dos ministros da ênfase dada pela nossa Constituição à *não discriminação* como um valor essencial, a constituir um núcleo fundamental, não apenas por estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, mas por instituir a *não discriminação* como um dos seus objetivos fundamentais e por criminalizar, no texto das garantias individuais, o racismo, atribuindo-lhe o caráter excepcional de ser um crime imprescritível, a ser apenado com pena de reclusão.

Por que tornar imprescritível o crime de racismo e não atribuir essa condição aos crimes de tortura e terrorismo? A razão não é outra senão a necessidade de que fatos de *discriminação não devem ser apagados da memória*, tornando-se sempre presente a punição, como exemplo de longa duração. Assim, em qualquer momento há uma imperiosidade social a justificar a sua punição, mesmo quando as finalidades da pena (retribuição, intimidação, reforço da validade da norma, correção do condenado) não mais justificarem a execução da pena, em razão do tempo transcorrido.

Desse modo, mesmo diante da importância do direito fundamental da liberdade de expressão, consideram estes ministros que este encontra um limite na proibição de sua utilização para propósitos de ódio racial.

4.3 Colisão de princípios e proporcionalidade

Alexy aponta que não pode ser mais estreita a conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Considera, então, que se um direito fundamental entra em colisão com um princípio oposto, para se chegar a uma decisão quanto à possibilidade jurídica de realização da norma de direito fundamental, é necessário uma ponderação.¹⁹

Demonstrada fica, portanto, a imprescindibilidade da ponderação em caso de colisão entre princípios, que possuem peso,²⁰ de acordo com as circunstâncias concretas de cada caso, mesmo porque, conforme explicita Humberto Avila, a

¹⁹ Alexy (1993, p. 11ss.). No Direito brasileiro examine-se o trabalho de Magalhães (2003, p. 171ss.), para a qual uma “[...] necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entra em colisão com outra cujo mandamento diga respeito a outro direito igualmente fundamental.” Quando colidem está ordenada uma ponderação.

²⁰ Dworkin (1989, p. 30), para o qual os princípios não são aplicados segundo o critério do *all-or nothing*, pois têm peso a se verificar em cada caso e um princípio pode ter na hipótese maior peso que outro, o que não invalida o de menor peso relativo.

aplicação de um princípio depende dos princípios que a ele se contrapõem, sendo o conteúdo de um princípio apenas determinado diante dos fatos.²¹

Como se vê, exige-se uma ponderação de bens, a se realizar pela atribuição de pesos a elementos que se entrelaçam,²² havendo para o intérprete um *dever de proporcionalidade na aplicação dos princípios, uma ponderação de bens*. Esse exame do postulado da proporcionalidade, na expressão de Humberto Ávila, é de ser realizado para verificar se: é meio adequado minimamente ao fim a que se destina; é necessário por não existir outros meios de igual eficácia; a importância do fim justifica a intensidade do direito restringido.²³

José Joaquim Gomes Canotilho²⁴ entende que pelo *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, examina-se “[...] se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim.”

A ponderação, como forma de resolver conflitos por meio da máxima ou do postulado da proporcionalidade, não pode partir senão do caso concreto em suas específicas circunstâncias, pois em abstrato, diz Luis Prieto Sanchis, é impossível decidir por uma preferência, que irá prevalecer em um caso e não em outro, no qual terá primazia o seu contrário. Por isso, fala em *hierarquia móvel*, como formulação de um enunciado referido ao caso concreto, sem se estabelecer uma hierarquia de direitos *a priori*, mas de uma preferência relativa ao caso concreto, que não exclui uma solução diferente em outro caso.²⁵

A ponderação se apresenta, portanto, como um instrumento idôneo a resolver um jogo entre princípios que em abstrato podem conviver, mas que são potencialmente contraditórios, como é exemplo, a liberdade de expressão e a proteção à honra, a serem devidamente sopesados em cada caso.

Assim, conclui-se que “[...] a ponderação conduz a uma exigência de ponderação que implica em estabelecer uma ordem de preferência relativa ao caso concreto,”²⁶ sem se admitir a aplicação de uma ordem rigidamente hierarquizada, mas reconhecendo-se que a solução dada pode se reiterada consistir em um modelo de ponderação, criado a partir de casos concretos com vocação para a permanência.

Nessa tarefa do intérprete, especialmente do juiz, faz-se uma negociação entre valores sem que, como já mencionado, possa-se garantidamente fugir de um subjetivismo, muitas vezes, a partir de pressupostos ideológicos. O recurso à ponderação, na hipótese de se reconhecer a ocorrência de um conflito de valores constitucionais, apresenta-se como a única alternativa possível, apesar de que não

²¹ Avila (1999, p. 86); no mesmo sentido Martins-Costa (2002, p. 642).

²² Avila (2003, p. 120).

²³ Avila (2003, p. 121).

²⁴ Canotilho (1996, p. 382ss.). No Direito brasileiro examine-se o trabalho de Magalhães (2003, p. 171ss.), que ressalta que a “necessária ponderação tem lugar no momento em que uma norma de direito fundamental entra em colisão com outra cujo fundamento entra em colisão que diga respeito a outro direito igualmente fundamental.”

²⁵ Prieto Sanchis (2003, p. 232 ss.).

²⁶ Prieto Sanchis (2003, p. 232 ss.).

ser “[...] o manto da ponderação uma terapia segura que evite aberrações morais ou tontices ou um decisionismo vazio de toda a ponderação.”²⁷

Esse subjetivismo verifica-se de forma clara na análise dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, ambos fundados na análise do caso concreto, a partir da máxima da proporcionalidade em suas máximas parciais da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

4.3.1 O voto do Ministro Gilmar Mendes

Segundo o Ministro, a intenção única do apelado consistia em propagar uma ideologia que chega às raias do fanatismo, pelo que era evidente a *adequação da condenação* do paciente para se alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista. Pela mesma razão a decisão condenatória fazia-se *necessária*, diante da impossibilidade de se encontrar um meio menos gravoso, que não a punição penal. Quanto ao requisito *da proporcionalidade em sentido estrito* considera proporcional ao fim de preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

4.3.2 O voto do Ministro Marco Aurélio Mello

Para o Ministro Marco Aurélio Mello

[...] o confronto entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana é de se realizar, não de forma abstrata, mas diante da hipótese concreta, para se verificar se a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão.

A seu ver, exige que se atente à realidade brasileira e, em face desta, perguntar se por meio do livro efetivamente instigou-se ao racismo.

Ao ver do magistrado não há perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo.

²⁷ Prieto Sanchis (2003, p. 245); Rubio Llorente (1995, p. 76) considera que a função do intérprete constitucional alcança a máxima importância diante de uma colisão de direitos fundamentais e se “[...] vê obrigado como diz o Superior Tribunal Constitucional, a ponderar bens e direitos em função do fato em exame, para harmonizá-los se for possível ou em caso contrário estabelecendo as condições e requisitos em que se pode admitir a prevalência de um deles.”

Segundo o voto, um livro para transformar os pensamentos em realidade depende de quem o lê e o apreende e nossa história revela que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, ideias preconceituosas contra o povo judeu, razão pela qual não há possibilidade de incitamento, ao contrário do que acontece na Alemanha. Para o Ministro, “[...] a defesa de uma ideologia não é crime e não haverá, por isso, uma revolução nacional.”

Destarte, a seu pensar, a condenação pela publicação dos livros contra os judeus como crime imprescritível, em vista da colisão entre liberdade de manifestação do paciente e dignidade do povo judeu, não foi o meio mais adequado, necessário e razoável. Seria razoável se fosse uma discriminação contra os negros, pois [...] a imprescritibilidade só pode incidir na prática da discriminação racista contra o negro, a forma mais grave de discriminação em nossa sociedade, por ser medida excepcional no sistema democrático.”

4.3.3 Comentários

Na perspectiva de Gilmar Mendes, basta o incitamento contra o povo judeu para se violentar a igualdade da dignidade social de todos os homens, não sendo necessário avaliar a potencialidade de se alcançar pelo incitamento ao resultado de se promover atos contra os judeus, sendo, também, ignorada qualquer indagação a respeito da receptividade ao longo de nossa história de manifestações relevantes antissemitas. Tomou-se o fato concreto, incitamento contra os judeus constante claramente dos livros e indagou se a reprimenda penal mais severa, com a cláusula de imprescritibilidade seria adequada, necessária e razoável, concluindo positivamente em vista do fim da condenação ser adequado e necessário, além de apropriado para a salvaguarda de uma sociedade pluralista.

Já o Ministro Marco Aurélio desce ao detalhe de indagar se haveria potencialidade de incitamento em livro em país no qual ninguém lê e no qual não há tradição antijudaica.

Primeiramente, se é evidente que a discriminação contra os negros está, por força do estigma da escravidão, emprenhada em nossa sociedade, presente até hoje em nosso cotidiano, a história brasileira, desde a inquisição, no século XVI, até recentemente, mostra episódios de perseguição aos judeus,²⁸ que não tornam indiferente a prática de instigação ao ódio ao povo judeu.²⁹

²⁸ Sobre a perseguição aos judeus, especialmente aos cristãos novos de meados do século XVI a meados do século XVIII no Brasil, por meio dos visitantes e o envio de cristãos novos ao Santo Ofício em Lisboa, onde centenas foram julgados e condenados à morte pela fogueira, veja-se Carneiro (2007, 2002); Novinsky (1972, 2005); Vainfas (2005); Vainfas e Assis (2005) e Dines (1992).

²⁹ Sobre episódios mais recentes pode-se ver os relatos de Carneiro (2007, p. 46), especialmente a questão do antissemitismo durante o Estado-Novo de 1937 a 1945, bem como o trabalho, *Imigrantes e refugiados judeus em tempos sombrios*, In *Inquisição, imigração, e identidade - Os judeus no Brasil* (CARNEIRO, 2005, p. 335). Recentemente, foi detectado mais um grupo de

De outra parte, o incitamento, o ato de incitar, não exige para sua configuração a constatação de relevante probabilidade de construir pensamentos discriminatórios. Tome-se como exemplo o constante do art. 286 do Código Penal, do seguinte teor: “*incitar, publicamente, a prática de crime*”. Bem anota Nelson Hungria ser *irrelevante a consequência ulterior*, desde que idônea ou plausivelmente idônea, “[...] independentemente de que alguém se deixe ou não incitar.”³⁰

Se em nossa sociedade a discriminação contra os negros é evidentemente mais forte e presente do que a existente contra os judeus, não torna a discriminação que existiu ao longo do tempo, durante séculos e no século passado, no Estado Novo, e mesmo recentemente, dado irrelevante, mesmo porque a ideologia nazista continua a seduzir alguns fanáticos. De outra parte, é indiferente a consecução do incitamento ao ódio racial pregado: o perigo de ofensa ao valor da igualdade da dignidade social de todos é patente.

Por que, então, decisões tão díspares em matéria de confronto de valores da liberdade de expressão e da proteção da dignidade da pessoa humana contra a discriminação?

Como já acentuei, nem mesmo o estabelecimento de uma hierarquia de valores constitucionais de maior e menor densidade, a partir do reconhecimento de um núcleo essencial, deixa de deitar raízes em posições ideológicas ou de cunho subjetivo, sendo o recurso aos critérios do postulado da proporcionalidade incapaz de impedir soluções emocionais.

Parece-me que, primeiramente, o peso atribuído diferentemente pelos Ministros ao valor da liberdade de expressão ditou a solução da aplicação dos critérios da proporcionalidade no caso concreto. Senão, veja-se:

O Ministro Gilmar Mendes, ao mesmo tempo que valoriza o direito fundamental da liberdade de expressão, como importante dado da vida democrática, considera que a “discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático,” a igualdade. Resta, então, neste voto, condicionada a análise do caso concreto segundo os ditames da proporcionalidade a um ajuizamento de valores prévio, que dirige a ponderação em favor da salvaguarda da dignidade do pluralismo em detrimento do exercício da liberdade de expressão do incitamento à discriminação racial.

Já o Ministro Marco Aurélio começa seu voto fazendo fortes loas à liberdade de expressão, que reputa exercer um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura, como instrumento de proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

jovens nazistas no Rio Grande do Sul, objeto, inclusive de investigação por comissão especial da Câmara dos Deputados, em face da violência empregada pelo grupo. Os parlamentares federais estiveram em Porto Alegre em 14 de maio de 2009, participando na Assembleia Legislativa de uma audiência pública. O jornal *Correio do Povo* já publicara em 29 de junho de 2008 matéria com levantamento de grupos neonazistas no Rio Grande do Sul. Entre 2000 e 2009 foram instaurados dez inquéritos policiais referentes à atividade de *skinheads* gaúchos.

³⁰ Hungria (1959, p. 166).

Assim, ao ver do Ministro Marco Aurélio, apenas fatos gravíssimos poderiam impor a condição de se constituir como crime imprescritível uma manifestação de pensamento de cunho discriminatório, que pode ser discriminação, mas não é crime de racismo imprescritível, apenas configurável se houver discriminação contra negros que na vida brasileira sofreram agravos constantes. Percebe-se o peso atribuído ao valor da liberdade de expressão, posto como um dos pilares da vida democrática, enquanto Gilmar Mendes elegia o pluralismo social expresso no tratamento de todos com igual dignidade social como o pilar da vida democrática.

Em suma, pode-se, desde já, inferir que a aplicação da máxima da proporcionalidade por via da análise das três máximas parciais, como diz Alexy, são importantes para dirigir, circunscrever, orientar a explicação da escolha, no caso concreto, acerca da primazia de um direito fundamental sobre outro. Contudo, o estudo da adequação da solução, da necessidade e da correspondência justa ao fim almejado não são suficientes para dotar este juízo de ponderação de objetividade, de certeza, pois, *a cada intérprete uma ponderação*, segundo a sua própria percepção do peso que possui cada direito fundamental e o valor que encerra.

5 Limites imanentes, novamente

5.1 A liberdade de expressão segundo Ayres Brito

Para o Ministro Carlos Ayres Brito “[...] a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade.” Temeroso de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade: a liberdade de expressão e a liberdade de atividade intelectual, entendendo “não ser crime tecer loas a uma ideologia,” razão pela qual visualiza na publicação de livros de ataque aos judeus ou ao sionismo um mero “uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política”, com tentativa de rever errada, mas objetivamente a história.³¹

Contudo, a supremacia da liberdade de expressão frente a qualquer outro valor no mundo contemporâneo é firme convicção do Ministro Carlos Ayres Brito, posição esta já expressa no voto referido, no caso do racismo, mas colhida em sua integralidade no voto que proferiu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, na qual, como relator, conduziu o Supremo Tribunal a revogar a Lei de Imprensa.

³¹ Lafer (2005, p. 117) desmonta a pretensa objetividade alegada por Carlos Ayres Brito, especialmente ao negar o escritor o holocausto, lembrando o julgamento de Roger Garaudy, pela Corte Europeia de Direitos Humanos de 24 de junho de 2003, com acórdão do seguinte teor: “Não há dúvida de que contestar fatos históricos claramente estabelecidos como o Holocausto, do modo como procede o requerente na sua obra, de forma alguma diz respeito a um trabalho de pesquisa histórica relacionado com sua busca da verdade. O objetivo e a finalidade de um empreendimento desta natureza são totalmente diferentes, pois na verdade se trata de reabilitar o regime nacional socialista [...]”

5.2 A liberdade de expressão na revogação da Lei de imprensa

Neste julgamento, sobre a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, diz o Ministro Ayres Brito:

[...] é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. *Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica.* [...] consagrar a plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, as quedas de voltagem que lhe infligem profissionais [...] numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda.

Após profugar o direito de ampla liberdade por meio da imprensa, como a forma mais elevada de promover os valores da democracia, Carlos Ayres Brito conclui que a liberdade de imprensa e de expressão devem se sobrepôr a outros direitos fundamentais:

Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do caput do art. 220 da CF, a criação e a informação), *senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros.*

Assim, para o julgador, nessa toada de inteligência constitucional da matéria, “*quem quer que seja pode dizer o que quer que seja.*”

A seu ver são *sobredireitos* de personalidade os previstos nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição e que passam *a receber sobretutela em destacado capítulo da nossa Lei Maior (Capítulo V do Título VIII).*

O Ministro Ayres Brito reitera a primazia ou precedência das *liberdades de pensamento e de expressão sobre quaisquer outros direitos*, a ponto de concluir que sequer podem ser consideradas, a liberdade de pensamento e de expressão, normas princípios, como mandatos de otimização, nos termos de Alexy, pois tem posição superior, em uma hierarquia axiológica, primazia político-filosófica. Argumenta, então, que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como “mandado de otimização”, pois não se cuida de realizá-las na maior medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, “*porque a precedência constitucional é daquelas que se impõe em toda e qualquer situação concreta.*”

5.3 Hierarquia e liberdade de expressão

Não se trata, neste voto, de admitir uma colisão de princípios constitucionais, que pressupõe, como já assinalai, a igualdade entre os valores em conflito, a ser resolvido pela ponderação destes a partir das máximas da proporcionalidade.

Configura-se, no entendimento de Ayres Brito, uma hierarquia prévia de valores constitucionais, de limites imanentes, tal como expus quanto à primazia da dignidade da pessoa humana como coração do direito, seu núcleo essencial, mas dando-se, contrariamente, primazia, posição hierárquica superior, *a priori*, às liberdades de pensamento e de expressão.³²

Conclusão

O voto do Ministro Carlos Ayres Brito, no julgamento que revogou a Lei de Imprensa, deixou ainda mais patente a convicção de que, seja admitindo-se limites imanentes, com uma hierarquia *a priori* de valores, seja exigindo-se a construção de uma hierarquia móvel, válida para cada caso, com o conflito a ser superado por via da aplicação do postulado da proporcionalidade, sempre se estará sujeito à perspectiva subjetiva do intérprete, cuja escolha jamais esconderá, por mais racional e bem construída que seja a justificativa, o teor subjetivo da opção feita em favor de um determinado valor em detrimento de outro.

Nesta matéria relativa à admissão ou não de limites à liberdade de expressão, tão largamente discutida, especialmente na Suprema Corte norte-americana, a carga ideológica sempre se faz presente e posições ideológicas se contrapõem. Ou se busca harmonizar a liberdade de expressão e a proteção a outros direitos, em uma composição de interesses sujeita à análise de cada caso concreto, ou se estabelecem sobredireitos: ora a dignidade da pessoa humana, valor fonte de todos os direitos; ora a liberdade de expressão como pilar da vida

³² Ayres Brito conclui que diante do relevo do direito de liberdade de expressão, cuja precedência se impõe em qualquer situação concreta, dever-se-ia considerar inconstitucional a Lei de Imprensa, como estatuto que de forma orgânica limita o direito de informação jornalística, deixando-se ao leitor consciente o papel de censor único. Foi um imenso engano, como acentuei em artigo publicado no jornal *Estado de São Paulo* de 6 de junho de 2009, p. 2, intitulado “*Eu não disse?*” e no qual afirmei: A necessária proteção da honra, contra indevida agressão por meio de imprensa, agora caberia ao disposto no Código Penal. A maioria dos ministros não percebeu que, em pontos essenciais, o constante do Código Penal, na repressão à calúnia, difamação e injúria, é muito mais grave do que na Lei de Imprensa. Curiosamente, o único voto veementemente contrário à revogação da Lei de Imprensa como forma de proteção da liberdade de expressão e de comunicação foi o Ministro Marco Aurélio Mello, que tão grandemente valoriza a liberdade de expressão, como se vê de seu voto no caso do racismo, mas que bem vislumbrou o erro de se revogar uma lei, que não é por ter sido editada na ditadura consistia em opressão aos meios de comunicação, pois, muito pelo contrário, em sua vigência nos últimos 20 anos, sob a égide da Constituição de 1988, jamais, como ressalta o Ministro em seu voto, houve qualquer limitação ao exercício do direito de informar, mesmo perante a proteção à honra, quando a informação atendia ao interesse público.

democrática, sob o pressuposto de que somente se defende a liberdade com mais liberdade.

Não compartilho do sonho iluminista de que a liberdade de expressão, como quer Ayres Brito, tenha uma *precedência constitucional que se impõe em toda e qualquer situação concreta, nem que a liberdade leve naturalmente à responsabilidade*.³³ A própria Constituição, em seu art. 220, estatui ser plena a liberdade de expressão, observado o disposto na própria Constituição, ou seja, a submete à composição ou à sujeição a outros valores, em especial, a meu ver, à dignidade da pessoa humana, que constitui um valor fonte, nuclear, cujo desrespeito impede a fruição de qualquer outro direito fundamental.

Esse reconhecimento da maior intensidade valorativa da dignidade da pessoa humana, contudo, não deve ser admitida em termos absolutos, pois é de se aceitar que em hipóteses excepcionais, de acordo com as específicas circunstâncias do caso concreto, outro valor constitucional possa prevalecer. No entanto, como regra geral, a dignidade da pessoa humana, a ser preservada em sua dignidade social, igual para todos (direito à não discriminação), e em sua integridade física e psíquica,³⁴ devem prevalecer, mesmo diante da liberdade de expressão, malgrado seja esta uma importante conquista, sem a qual não se corporifica o Estado Democrático de Direito.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 1, p. 86, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

³³ Era esta a mentalidade prevalecente na Faculdade de Direito à época de sua sede em Olinda, como assinala o seu historiador, Veiga (1988, p. 107ss): “Também no período-Olinda se mantém indiscutível o dogma iluminista: o aperfeiçoamento intelectual conduzirá, fatalmente ao aperfeiçoamento ético.” E, mais adiante, diz Veiga (1988) que iam se cumulando otimismo para com Madame de Stael considerar-se que as boas Constituições Políticas não seriam suficientes se não há clima de respeito e de culto absoluto à liberdade, principalmente à liberdade de imprensa.

³⁴ Adoto, de acordo com Judith Martins-Costa, um conceito restrito de dignidade da pessoa humana, enquanto *ultima ratio*, “a vedar o que está no limite da inumanidade.”

_____. Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. Imigrantes e refugiados judeus em tempos sombrios. In: GRINBERG, Kelia (Org.). *Inquisição, imigração e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *O racismo na História do Brasil, mito e realidade*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2007.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci; GORENSTEIN, Lina. *Ensaio sobre a intolerância – inquisição marranismo e antisemitismo*. São Paulo: Humanitas, 2002.

COSTA, Regina Helena Lobo. *A dignidade humana – teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: RT, 2008.

DINES, Alberto. *Os vínculos de fogo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

D'URSO, Flávia. *Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos – constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

MAGALHÃES, Mariângela Gomes. *O princípio da proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: boa fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.

_____. Novas reflexões sobre o princípio da função social dos contratos: estudos do direito do consumidor. In: *Estudos de direito do consumidor*. Coimbra: Centro de direito do Consumo, 2005.

NOVINSKY, Anita. *Cristãos novos na Bahia*. São Paulo: Ática, 1972.

_____. Marranos e a inquisição: sobre a rota do ouro em Minas Gerais. In: GRINBERG, Kelia (Org.). *Inquisição, imigração e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

PRIETO SANCHIS, Luís. El juicio de ponderación constitucional. In: LAPORTA, Francisco (Coord.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madri: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003.

REALE JUNIOR, Miguel. Antisemitismo é racismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 43, p. 223-248, abr./jun. 2003.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos fundamentales e principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel, 1995.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: USP, 2004.

TAGUIEFF, Pierre-André. *Editorial e Entrevista. L’Histoire*, n. 214, p. 3, 34ss., out. 1997.

VAINFAS, Ronaldo; ASSIS, Ângelo A. F. A esnoga da Bahia: cristãos novos e cripto judaísmo no Brasil quinhentista. In: GRINBERG, Kelia (Org.). *Inquisição, imigração e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

VAINFAS, Ronaldo. Judeus e conversos na Ibéria no século XV: sefardismo, heresia, messianismo. In: GRINBERG, Kelia (Org.). *Inquisição, imigração e identidade – Os judeus no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1983.

Recebido em 5 de abril de 2011

Aceito em 12 de abril de 2011