

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

ERIBERTO FRANCISCO BEVILAQUA MARIN

FERNANDO LOBO LEMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara

Eriberto Francisco Bevilacqua Marin

Fernando Lobo Lemes – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-766-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Universidade Federal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
<https://www.ufg.br/>

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição e Democracia I, durante o XXVIII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado em Goiânia-GO, de 19 a 21 de junho de 2019, sob o tema geral: “Constitucionalismo crítico, políticas públicas e desenvolvimento inclusivo”, evento realizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Goiás. Foram parceiros a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, a Escola Superior da Advocacia - OAB-GO, o Centro de Formação Jurídica da PGE-GO e a Universidade de Rio Verde (UniRV) e apoiadores o Centro Universitário de Goiás (UniAnhanguera), a Faculdade Sensu, a Faculdade Evangélica Raízes e o Centro Universitário de Anápolis (UniEvangélica).

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional, dos reflexos do constitucionalismo na atuação do Poder Judiciário e dos órgãos relacionados às funções essenciais à justiça e da discussão sobre a própria democracia.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares. Dessa forma, os 21 (vinte e um) artigos ora publicados, guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

No artigo intitulado “A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA RELEITURA GARANTISTA DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA NOVA HERMENÊUTICA”, as doutorandas pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI-SC Mariana Faria Filard e Maria Lenir Rodrigues Pinheiro propõem uma releitura garantista da Constituição Federal, apontando a relevância de se proceder a uma nova hermenêutica constitucional no tocante à aplicação dos princípios e garantias fundamentais no âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Buscaram, com o trabalho, uma abordagem

crítica da temática, conferindo dinamicidade ao Direito por meio da defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A metodologia empregada quanto à fase de investigação foi o método indutivo, na fase de tratamento dos dados o cartesiano, com as técnicas do referente, da pesquisa bibliográfica e do fichamento, conforme diretrizes metodológicas para a concretização dos objetivos.

Em “A DEMOCRACIA BRASILEIRA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA SUA INTERVENÇÃO NAS FUNÇÕES TÍPICAS DOS PODERES LEGISLATIVO E EXECUTIVO”, o casal de pesquisadores Delfim Bernardes e Joana Cristina Paulino Bernardes ressaltaram que a integração da Ciência Política nos dias atuais é de uma importância ímpar no nosso ordenamento jurídico, trazendo novas diretrizes, em especial uma nova maneira de observar a democracia. Partindo de uma análise histórica da tripartição das funções clássicas do Estado, o conceito de democracia foi investigado sob a ótica da outorga de poder do povo aos representantes. Também está presente no artigo o tema da judicialização e o ativismo judicial no sistema democrático brasileiro, em que o Judiciário interpreta a aplicação da norma existente sem invadir a esfera de competência dos demais Poderes. Foi utilizado o método indutivo-dedutivo e revisão bibliográfica.

Por sua vez, Ridivan Clairefont de Souza Mello Neto, mestrando pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA), e o pesquisador do mesmo Estado Renan Azevedo Santos, na pesquisa chamada “A EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A RELAÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL”, investigaram em que medida a ampliação da jurisdição constitucional implica ou não em aprofundamento do ativismo judicial. Partiram de uma análise qualitativa bibliográfica centrada em comentadores do tema, avaliando a relação entre os mecanismos de controle constitucional e o processo de judicialização da política. Analisaram também, à luz de determinadas visões de democracia, a legitimidade ou não da atuação judicial em casos essencialmente políticos. Por conclusão, entenderam que a ampliação da jurisdição constitucional possibilitou expansão da atuação judicial, atuação esta que dependerá do papel que se atribui a cada um dos poderes, a depender da visão do fenômeno democrático.

Em mais um trabalho desta coletânea, foi analisada a Emenda Constitucional nº 95, que instituiu o Novo Regime Fiscal de congelamento dos gastos públicos. O objetivo principal foi analisar se o texto legal configura norma jurídica de efeito placebo. O estudo é delineado por pesquisa bibliográfica e documental e o método de abordagem o indutivo. A análise do conteúdo da norma que fixou o teto dos gastos públicos e da justificativa apresentada pelo autor do projeto, com a constatação relativa aos resultados parciais, desde a vigência dessa norma, induzem à conclusão de que a Emenda Constitucional do teto dos gastos públicos é

placebo jurídico. A pesquisa denomina-se “A EMENDA CONSTITUCIONAL DO TETO DOS GASTOS PÚBLICOS É PLACEBO JURÍDICO” e foi realizada por João Hélio Ferreira Pes, Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Já na investigação científica “A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA COMO ELEMENTO TRANSFORMADOR DA SOCIEDADE”, Gregorio Menzel, mestrando pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, e Clayton Reis, seu Professor e membro do corpo docente do Programa de Pós-graduação em Direito pela mesma instituição, abordaram o conceito de função social da empresa, trabalhando a sua origem, seu regramento constitucional e as principais vertentes de interpretação da função social da empresa. Conferiram especial enfoque em perceber a empresa como um elemento transformador da sociedade, de forma a promover a justiça social.

De Minas Gerais veio o trabalho “A SEPARAÇÃO DE PODERES: A AUTONOMIA DO PODER LEGISLATIVO E A PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS PELO PODER JUDICIÁRIO”, escrito pelo Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara, e o mestrando Reinaldo Caixeta Machado. O artigo faz uma análise da legitimidade legiferante do Poder Legislativo, ao mesmo tempo em que dá relevo à matéria ambiental. Em contraponto, traz o limite razoável de distanciamento do judiciário na implantação de políticas públicas ambientais. Como resultado, verificaram que, nas questões de cunho ambiental, nem sempre o judiciário está apto a fazer uma análise adequada do tema. No entanto, a razoabilidade mostrará quando deverá ser mantida a posição do judiciário relativamente às questões voltadas para a normatização de políticas públicas na proteção do meio ambiente. Valeram-se do método de raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Marcos Augusto Maliska, Professor Adjunto de Direito Constitucional do Programa de Mestrado em Direito do UniBrasil Centro Universitário, em Curitiba, e o Professor Hewerstton Humenhuk, mestre em Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Universidade do Oeste de Santa Catarina, desenvolveram o instigante trabalho de pesquisa intitulado “AUTORITARISMO JUDICIAL”. Nele, afirmam que o movimento de “Lei e Ordem” deslocou o Poder Judiciário de uma perspectiva garantista para outra, de natureza punitivista, incorporando dois objetivos institucionais: os combates à corrupção na administração pública e à criminalidade em geral. O deslocamento da ideia de um juiz vinculado à lei, para um juiz comprometido com a efetividade da Constituição, levou ao voluntarismo jurisprudencial, caracterizado pela existência de decisões judiciais sem qualquer preocupação com a coerência e a integridade inerentes ao chamado direito

jurisprudencial. A combinação entre a incorporação de objetivos institucionais de moralização e ordem, e o voluntarismo jurisprudencial, degenerou em autoritarismo judicial.

A seu turno, no trabalho “DEMOCRACIA E AUTONOMIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA QUE VIVEM EM CONDIÇÃO DE ASILAMENTO”, objetivou-se lançar luzes no estudo da inclusão social das pessoas com deficiências que vivem em condições de asilamento, sob a ótica da perspectiva democrática e da teoria dos custos dos direitos. Este estudo buscou investigar como pode o Poder Executivo materializar a democracia para as pessoas com deficiência asiladas. Lucas Emanuel Ricci Dantas, Doutorando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, e o Professor Ricardo Pinha Alonso, das Faculdades Integradas de Ourinhos, autores do texto, utilizaram, como análise comparativa, a história do Hospital Psiquiátrico de Barbacena-MG e o relatório internacional da ONG Human Rights Watch, cuja denominação é “Eles ficam até morrer”. Para o presente trabalho valeram-se de uma metodologia indutiva, com pesquisa bibliográfica, em livros, teses, dissertações e periódicos.

Em “DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E SUAS LIMITAÇÕES EM ESTADO DE EXCEÇÃO”, Laísa Fernanda Campidelli e Isabela Fernanda dos Santos Andrade Amaral, mestrandas em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, abordaram, de forma qualitativa e explicativa, o conceito de direitos fundamentais, estado de exceção e estado de sítio. Realiza considerações sobre o desenvolvimento histórico, conceituação, importância e terminologia dos direitos fundamentais. Procederam à caracterização do estado de exceção, observando a teoria da necessidade, trazendo a discussão para o âmbito nacional, tratando sobre o estado de sítio, com suas condições, previsões e controle previstos constitucionalmente. Concluíram que o ordenamento jurídico que nasce para limitar o Estado, passa a legislar a favor deste, fornecendo instrumentos que o ajudam a atingir seus interesses, dando margem a abusos.

O artigo seguinte da lista rediscute, a partir das teorias da hegemonia de Chantal Mouffe e dos diálogos institucionais de Mark Tushnet, os fenômenos da judicialização da política (o político invadindo “indevidamente” o jurídico) e do ativismo judicial (o jurídico invadindo “indevidamente” o político). Também contesta a concepção usual de que o judiciário teria a “última palavra” na interpretação jurídica e defende uma maior proteção da democracia, pois é esta, não o judiciário, que, em última instância, protege os direitos. Concluindo que, para sua maior legitimidade e eficiência, deve então o Poder Judiciário receber novos influxos democráticos e estar sujeito a maior accountability, o doutorando em Direito pela

Universidade Federal de Minas Gerais Daniel dos Santos Rodrigues encerra a excelente pesquisa “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DEMOCRACIA – UMA ANÁLISE A PARTIR DE CHANTAL MOUFFE E MARK TUSHNET”.

No que lhe concerne, a pesquisa “NEOCONSTITUCIONALISMO: RISCOS DEMOCRÁTICOS DA IDEOLOGIA QUE DOMINOU O DIREITO BRASILEIRO”, do mestre em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa Raineri Ramos Ramalho de Castro, dispõe que apesar de dominar a cultura jurídica brasileira, não se sabe exatamente o que o neoconstitucionalismo é ou quais mudanças traz para o Estado democrático. Ao estudar os ensinamentos de diferentes autores neoconstitucionalistas, analisar suas concepções e compará-las às posições constitucionalistas tradicionais, o pesquisador concluiu que o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia que estimula imenso ativismo judicial com a justificativa de proteger os direitos fundamentais. No entanto, para ele, o que o neoconstitucionalismo realmente faz é prejudicar a separação de poderes, promover a juristocracia e prejudicar severamente as proteções constitucionais elaboradas para assegurar o gozo dos direitos fundamentais, consequentemente fragilizando a democracia.

Elaborado por Andréia Garcia Martin, Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais, no trabalho científico chamado “O ARRANJO INSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSIBILIDADE PARA AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE DA PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA COM VISTAS À INCLUSÃO SOCIAL” é defendida a ideia de que o Estado Democrático de Direito inaugurado na Constituição Federal de 1988 evidenciou valores fundamentais sobre o tema, atuando como parâmetro das instituições estatais. Para a pesquisadora, a democracia permeada na Constituição apresenta-se numa dupla acepção: representativa e participativa. Assim, a finalidade de efetivar o direito fundamental à acessibilidade das pessoas com deficiência, neste estudo, buscou fomentar a participação nos processos de decisão política, na elaboração de políticas públicas deste seguimento, uma vez que a abertura ao diálogo e à participação deste grupo permite o alcance de sua inclusão social.

Mestre em Direito - UNIMEP/SP, Tamires Gomes da Silva Castiglioni e Everton Silva Santos, Professor da Faculdade de Americana-SP, analisaram o caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana, que prevaleceu na decisão. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, foram analisadas as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob a ótica do princípio da

proporcionalidade. A interessante investigação tem o título “O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB”.

No artigo “O DISCURSO DO ÓDIO NAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS: DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO OU VIOLAÇÃO À DEMOCRACIA?”, a liberdade de expressão é tratada como um valor primordial para todas as sociedades democráticas. À medida que a manifestação proferida por aquele indivíduo venha a ser invocada para violar outros direitos, faz-se necessário uma atuação estatal para coibir esse abuso de direito e manter a ordem pública. Na pesquisa, elaborada pelo Professor da Universidade Federal de Sergipe Lucas Gonçalves da Silva e por Carla Vanessa Prado Nascimento Santos, da Universidade Cândido Mendes, utilizou-se o método dedutivo e bibliográfico, para restar comprovado que esses limites não visam tolher a liberdade de manifestação de pensamento, mas, sim, proteger a ordem da sociedade pluralista em que vivemos, pois o Estado não pode ser condizente ou omissos diante de discursos que ferem direitos de outras pessoas.

Já no interessante trabalho “OS ARGUMENTOS RELIGIOSOS NA ESFERA PÚBLICA”, Rafael Esteves Cardoso, mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, e Catarina Cruz Salles, mestranda em Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, investigaram o espaço e a valia dos argumentos religiosos na esfera pública, para a colaboração na formação e desenvolvimento de objetivos comuns em uma sociedade. Inicialmente, analisaram a perspectiva liberal de Ronald Dworkin, com foco para as responsabilidades individuais na solidificação dos valores democráticos. Em contraposição, foram avaliadas as propostas de Charles Taylor, segundo o qual é possível, e de certo modo inevitável, a inserção de argumentos religiosos nos debates públicos e na delimitação dos destinos compartilhados pelos membros de um determinado grupo social. A pesquisa foi desenvolvida através de pesquisa bibliográfica direta.

O Professor Emanuel de Melo Ferreira, da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, em “OS LIMITES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE JUDICIAL PREVENTIVO – UMA DEFESA DE SUA TOTAL PROSCRIÇÃO EM FACE DOS PROJETOS DE LEI”, analisou os limites do controle de constitucionalidade judicial preventivo, defendendo a inconstitucionalidade de qualquer forma de controle sobre os projetos de lei. A questão central do texto, assim, pode ser formulada dessa maneira: a Constituição Federal admite que o controle judicial preventivo tenha como objeto de controle

um projeto de lei, mesmo que se busque efetivar um controle meramente formal? A pesquisa refere-se, assim, à separação e poderes no bojo do processo constitucional, devendo ser analisada a partir de autores que levam à relação entre direito e política a sério.

No artigo “PARTICIPAÇÃO POPULAR NA REFORMA CONSTITUCIONAL”, Marcelo Negri Soares, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito UniCesumar, e o mestrando da mesma instituição Raphael Farias Martins, estudaram a passagem do homem do estado de natureza ao estado constitucional. Apresentaram a forma do nascimento de uma Constituição e como esta norma de fundamental importância pode ser alterada. Analisaram, ainda, o princípio da soberania popular, bem como verificaram se o povo pode requerer a modificação do texto constitucional, sendo ele o titular de todo poder.

Letícia da Silva Almeida, da Faculdade Pitágoras, e o pesquisador Danilo Felício Gonçalves Ferreira, em “POR UMA REFLEXÃO A RESPEITO DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY, PELA PERSPECTIVA DO ART. 37 CAPUT DA CR/88”, traçaram considerações a respeito do conceito de norma, princípio e regra de Robert Alexy, com fim de buscar construir um conceito mais afunilado sobre o que seria princípio e regra, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Mesmo parecendo já ser pacíficas tais constatações, esse tema é de relevância extrema, uma vez que, a cada dia, se enfrenta mais o problema do pan-principiologismo. Para tanto, a conceituação proposta acarreta em considerações acerca do art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil. Utilizou-se o método científico dedutivo por meio da pesquisa bibliográfica.

A seu turno, na pesquisa “REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS CONSTITUCIONAIS DA COMUNICAÇÃO NA BOLÍVIA, VENEZUELA, MÉXICO E BRASIL”, Ruth Carolina Rodrigues Sgrignolli, Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, e a Professora Michelle Asato Junqueira, da mesma instituição, ressaltam que a liberdade de expressão é um direito humano que além de garantir o pensar livremente é um baluarte da democracia. Analisaram a disposição específica da liberdade de expressão de quatro países da América Latina, sendo dois deles países com grupos de comunicação mundialmente relevantes (Brasil e México) e dois países bolivarianistas (Venezuela e a Bolívia) e o ambiente em que se inserem. Para o objetivo proposto realizaram uma análise bibliográfica e legislativa da previsão constitucional dos países mencionados, sob o método descritivo, de análise qualitativa para a produção acadêmica e quantitativa para as Constituições.

Letícia Alonso do Espírito Santo, mestre pela Universidade Federal de Juiz de Fora, na pesquisa “UMA LEITURA PÓS-POSITIVISTA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE”,

analisou o posicionamento do Princípio da Publicidade no ordenamento jurídico brasileiro, sua origem e recepção. O trabalho apresenta uma análise introdutória à temática, pretendendo verificar o âmbito de criação da denominada Lei de Acesso à Informação e sua decorrência direta do clamor social por maior transparência dos atos públicos. As nuances do sistema legal de acesso foram introduzidas pela Constituição e consolidados na Lei nº 12.527/2011, sob uma perspectiva de valores fundamentais, que rompem com a institucionalização da exceção e do segredo no âmbito dos atos administrativos.

Por fim, em “UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES À LUZ DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS”, o Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná Eliezer Gomes Da Silva e a mestrande pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná Simone Valadão Costa e Tressa, a partir das problemáticas de hermenêutica e mutação constitucional, apresentaram um novo olhar sobre o princípio da separação de poderes, notadamente em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal na Medida Cautelar da ADPF nº 347 que consagrou a aplicação, no Brasil, da teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, criada pela jurisprudência constitucional colombiana. Sob tais parâmetros, o artigo discutiu a necessidade de reformulação da interpretação do princípio da separação de poderes, abordando o estudo do compromisso significativo e a teoria dos diálogos institucionais.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores

Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin – UFG

Prof. Dr. Fernando Lobo Lemes - Faculdade Raízes

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A DIGNIDADE DA PESSOA: UM ESTUDO SOBRE O HC 82.424-2/RS- O CASO ELLWANGER E O RHC 134.682/BA- O CASO ABIB.

THE CONFLICT BETWEEN FREEDOM OF EXPRESSION AND DIGNITY OF THE PERSON: A STUDY ABOUT THE HC 82.424-2 / RS- THE ELLWANGER CASE AND RH 134.682 / BA- THE CASE ABIB.

**Tamires Gomes da Silva Castiglioni
Everton Silva Santos**

Resumo

O presente trabalho parte da análise do caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo STF: o HC 82.424-2, caso “Ellvanger”. O principal tema tratado nesse julgamento foi o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à dignidade da pessoa humana. Prevalecendo na decisão final à dignidade da pessoa. Já o RHC 134.682, caso “Abib” houve a mesma discussão de conflitos constitucionais, prevalecendo o direito à liberdade de expressão. Diante de tal discrepância, será analisado as vertentes que possibilitaram que dois casos semelhantes tivessem decisões distintas sob à ótica do princípio da proporcionalidade.

Palavras-chave: Discurso de ódio, Liberdade de expressão, Dignidade da pessoa humana, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

The present work is based the analysis the most emblematic case about "hate speech" judged by the STF: HC 82.424-2, "Ellvanger" case. The main issue addressed trial was conflict between the right freedom of expression the right to the dignity the human person. Prevailing in the final decision the dignity the person. On other hand, RHC 134.682, in the case of "Abib" there was the same discussion of constitutional conflicts, with the right to freedom of expression prevailing. Faced with such discrepancy, we will analyze factors that enabled two similar cases to have different decisions under the principle of proportionality.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Hate speech, Freedom of expression, Dignity of human person, Democratic state

INTRODUÇÃO

O julgamento do HC 82.424-2 no Supremo Tribunal Federal, também conhecido como o caso Ellwanger, foi um dos mais importantes já submetido à apreciação, abordando questões sensíveis e difíceis tais como discriminação, racismo e liberdade de expressão.

A liberdade de expressão é resguardada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º inciso IV, ao afirmar ser “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Nesse sentido, o art. 220 também versa sobre esse assunto quando expressamente afirma que “a manifestação do pensamento, a criação e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa constituição”.

Por sua vez, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito e encontra-se estabelecida no art. 1º. O caso Ellwanger foi considerado um marco na jurisprudência dos direitos humanos, devido a sua ampla discussão na mídia e o seu impacto na sociedade.

O presente artigo tem por objetivo principal analisar o conflito entre o princípio da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana sob a ótica e percepção do Supremo Tribunal Federal a partir do HC 82.424-2 do Rio Grande do Sul, conhecido como o caso Ellwanger e o RHC 134.682 da Bahia, conhecido como o caso Abib.

A partir do princípio da proporcionalidade será estudado uma abordagem comparativa dos fundamentos expostos pelos juízes da Suprema Corte em seus votos, para se entender como dois casos semelhantes tiveram decisões distintas.

Na existência de colisão de direitos fundamentais o STF sempre que deseja afastar alguma conduta abusiva, recorre ao princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, realizando um sopesamento de valores, podendo acarretar críticas em suas decisões.

CONTEXTUALIZANDO OS FATOS

O caso Sigfried Ellwanger Castan

O julgamento de Sigfried Ellwanger Castan foi um marco histórico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A sua repercussão na mídia e na sociedade

civil foi notória e a questão foi altamente debatida e discutida por todo país. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p.13).

Sigfried Ellwanger era escritor e dono da editora “Revisão” que se destina a publicar livros de revisão histórica. Assim, Ellwanger se dedicava a publicar uma outra visão dos fatos ocorridos na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, chegando a negar ao decorrer da obra intitulada “Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século” que os judeus não teriam sofrido o Holocausto. Foi acusado de prática do crime de racismo¹ contra o povo judeu.

Agora, porém, compreenderam os alemães que foram explorados por uma horda de judeus, que haviam preparado tudo para tirar enormes proveitos da miséria geral do povo teutônico. Onde quer que se pudesse especular com as necessidades do povo, ou que se apresentasse ocasião de obter lucros intermediários, seja em bancos, sociedades de guerra, empréstimos públicos, ou em Ministérios que formulavam os gigantescos pedidos de petrechos bélicos, lá apareciam os judeus (CASTAN, 1987, p. 25).

O crime cometido foi tipificado no *caput* do art. 20 da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 8.081/90 por ter, na qualidade de sócio e escritor, editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas, que de acordo com a denúncia, abordam e sustentam mensagens ódio² anti-semitas, racistas e discriminatórias, induzindo a discriminação racial. (BRASIL, 1991).

Foi julgado pela Justiça de Porto Alegre em 1996 e condenado a dois anos de reclusão com *sursis* (suspensão condicional da pena), com prestação de serviços comunitários por quatro anos. Recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e foi derrotado em 2001. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p.13).

No Supremo Tribunal Federal alegou que discriminação e anti-semitismo não são crimes raciais, na busca de descaracterizar o delito como imprescritível e inafiançável. A discussão no STF seguiu dois rumos. O primeiro buscou apreciar, em sede de *habeas corpus*, a alegação do paciente de que a sua conduta discriminatória não configurava o crime de racismo perante o povo judeu, visto que o judaísmo não poderia ser considerado desde a perspectiva “raça”. O segundo momento consistiu na

¹ Nos termos do artigo 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90, e nos termos artigo 5º, XLII, da Constituição Federal.

² De acordo com Ramos (2014, p.517) o conceito do discurso de ódio seria que “consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos a outrem”.

abordagem do conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, ambos direitos constitucionais protegidos. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p.13).

A defesa de Ellwanger reconhecia o caráter discriminatório das publicações e argumentou a defesa com base na teoria que os judeus constituem um povo, e não uma raça, motivo pelo qual não teria incidido em crime de racismo. Teve o *habeas corpus* denegado por três votos a favor da concessão contra oito que não concederam. Por meio de uma ponderação de valores, decidiram em dar relevância ao direito à dignidade da pessoa humana, preterindo o direito à liberdade de expressão. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p.34).

O caso Joanas Abib

Joanas Abib é um sacerdote da Igreja Católica, um padre brasileiro que, no ano de 2003, lançou um livro intitulado “Sim, Sim, Não, Não – Reflexos da cura e libertação”. A obra no ano de 2007 atingiu a sua 85ª edição, com milhares de exemplares vendidos. (PICCOLO, 2017, p.3)

O livro fazia diversas declarações ofensivas a adeptos do espiritismo e de religiões de origem africana, relacionando-as ao demônio. Chegando a dizer que o demônio usa muitos disfarces, escondidos por detrás dos ídolos: “hoje se escondem nos rituais, e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo”. (ABIB, 2007, p.31-32).

O Ministério Público do Estado da Bahia entendeu se tratar de racismo e, ofereceu denúncia em 2008, nos termos do art. 20³ da Lei n° 7.716/89. O livro chegou a ser recolhido no mesmo ano, por decisão da Justiça Baiana. A defesa do padre impetrou *habeas corpus* perante o STF, aduzindo, entre outras alegações, a prescrição da pretensão punitiva estatal, semelhante ao caso “Ellwanger”. (PICCOLO, 2017, p.3).

No final de 2016, o STF decidiu pelo trancamento da ação penal. Os ministros, concluíram por maioria que o livro, embora de linguagem pedante e desrespeitosa, não

³ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

constituíra crime de racismo, prevalecendo o princípio da liberdade de expressão⁴. (PICCOLO, 2017, p.4)

O Habeas Corpus 82.424-2

Com a negativa do HC 15.155-RS⁵ ao Superior Tribunal de Justiça, Ellwanger impetrou em 12 de setembro de 2002, o *habeas corpus*⁶ substitutivo de recurso ordinário, perante o STF, seguindo a mesma linha de argumentação do *habeas corpus* anterior, argumentado que o delito cometido pelo paciente não teria conotação racial, visto que os judeus não são raça, mas povo. O HC 82.424-2 além de discutir sobre a abrangência da imprescritibilidade do crime de racismo (CF – art. 5º, inciso XLII), abarcou um importante ponto: a colisão de valores, no caso, entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p.35).

O HC 82.424-2 foi indeferido pela maioria dos onze Ministros do STF. Os que votaram pelo indeferimento foram os Ministros: Maurício Corrêa (relator do acórdão),

⁴ Liberdade de expressão consiste no direito de manifestar, sob qualquer forma, ideias e informações de qualquer natureza. Por isso, abrange a produção intelectual, artística, científica e de comunicação de quaisquer ideias ou valores. Para o STF, a liberdade de expressão engloba a livre manifestação do pensamento, a exposição de atos atuais ou históricos e a crítica (HC 83.125, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16-9-2003, Primeira Turma, DH de 7-11-2003) (RAMOS, 2014, p. 515).

⁵ HABEAS CORPUS. PRÁTICA DE RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA IMPRESCRITIBILIDADE DO DELITO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE SE TRATAR DE PRÁTICA DE RACISMO, OU NÃO. ARGUMENTO DE QUE OS JUDEUS NÃO SERIAM RAÇA. SENTIDO DO TERMO E DAS AFIRMAÇÕES FEITAS NO ACÓRDÃO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. LEGALIDADE DA CONDENAÇÃO POR CRIME CONTRA A COMUNIDADE JUDAICA. RACISMO QUE NÃO PODE SER ABSTRAÍDO. PRÁTICA, INCITAÇÃO E INDUZIMENTO QUE NÃO DEVEM SER DIFERENCIADOS PARA FINS DE CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE RACISMO. CRIME FORMAL. IMPRESCRITIBILIDADE QUE NÃO PODE SER AFASTADA. ORDEM DENEGADA. I. O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito - se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus — se os mesmos seriam raça, ou não - tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente "quis dizer" nesta ou naquela afirmação feita no decisum. II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta. III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração. IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado. V. Ordem denegada. (BRASIL, 2002).

⁶ O *Habeas Corpus* 82.424-2 foi o *leading case* mais emblemático do Supremo Tribunal Federal no que concerne à liberdade de expressão e liberdade religiosa, racismo.

Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Gilmar Mendes⁷, Cezar Peluso e Ellen Gracie. Foram os votos vencidos os Ministros: Moreira Alves (relatororiginário), Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio⁸. (OLIVEIRA JÚNIOR, 2008, p.34).

O Recurso Ordinário em *habeas corpus* 134.682

A defesa de Abib impetrou o RHC aduzindo, dentre outras alegações, a prescrição da pretensão punitiva estatal, entretanto de acordo com o entendimento do STF no caso “Ellwanger”, foi considerado que:

Não procede a preliminar de prescrição da pretensa punitiva estatal, uma vez que o paciente foi denunciado como incurso no art. 20 da Lei n. 7.716/1989. Tratando-se de crime de racismo, incide sobre o tipo penal a cláusula de imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Constituição Federal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o crime de racismo não se restringe aos atos preconceituosos em função de cor ou etnia, mas abrangem todo ato discriminatório praticado em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência, conforme previsão literal do art. 20 da Lei n. 7.716/1989. (BRASIL, 2016).

Com a denegação do HC, a defesa de Abib impetrou o Recurso Ordinário em *habeas corpus* (RHC) nº 134.682/BA, que foi distribuído para a 1º Turma do STF, com relatoria do Ministro Edson Fachin. Em oposição à decisão do STJ, no ano de 2016, a 1º Turma deu provimento ao Recurso e determinou o trancamento da ação penal pendente sob o argumento de que a conduta era atípica. (BRASIL, 2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. ART. 20, §2º, DA LEI N. 7.716/1989. ABRANGÊNCIA DA CONDUTA DE INCITAR À DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA. TRANCAMENTO. MEDIDA EXCEPCIONAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. INICIAL ACUSATÓRIO QUE DESCREVE FATOS QUE, EM TESE,

⁷ Nesse contexto, o Ministro Gilmar Mendes declarou que “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. (HC 82.424/RS, p.61). No mesmo entendimento, o Ministro Carlos Velloso arguiu que a liberdade expressão não é absoluta e não pode “acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos”. (HC 82.424/RS, 2004, p.166).

⁸ O Ministro Marco Aurélio entendia que “a liberdade de expressão não pode ser invocada para abrigar ‘manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal’. Em vários votos, como, por exemplo, o do Min. Gilmar Mendes, foram feitas referências à colisão entre a liberdade de expressão e o direito à igualdade, bem como à dignidade humana. No caso, preponderou o direito à igualdade e a dignidade humana, admitindo-se que não era caso de se privilegiar a liberdade de expressão de ideias racistas antissemitas”. (RAMOS, 2014, p.517).

CARACTERIZAM A CONDUTA TÍPICA E PERMITEM O EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTERIOR À LEI N. 11.719/2008. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. NECESSIDADE DE EXAME DETALHADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATIBILIDADE COM OS ESTREITOS LIMITES DA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - (...). - Não procede a preliminar de prescrição da pretensão punitiva estatal, uma vez que o paciente foi denunciado como incurso no art. 20 da Lei n. 7.716/1989. Tratando-se de crime de racismo, incide sobre o tipo penal a cláusula de imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Constituição Federal. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o crime de racismo não se restringe aos atos preconceituosos em função de cor ou etnia, mas abrangem todo ato discriminatório praticado em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência, conforme previsão literal do art. 20 da Lei n. 7.716/1989. - A denúncia preenche os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo fatos que, em tese, configuram o crime previsto no art. 20, parágrafos 2º e 3º da Lei nº 7.716/89. A inicial acusatória apontou de forma clara qual teria sido a conduta típica, quem a praticou, de que modo o fez, delimitando o período em que foi perpetrada, esclarecendo, ainda, o número de exemplares da obra que já haviam sido vendidos e os locais onde podiam ser adquiridos, tudo de forma a permitir o pleno exercício do direito de defesa por parte do acusado. Dessa forma, não há que se falar em inépcia da denúncia. - Não é nula a decisão que recebe a denúncia com fundamentação sucinta, notadamente quando se trata de decisão anterior à edição da Lei n. 11.719/2008. - (...). - Mostra-se extremamente prematuro chegar-se a qualquer conclusão sobre a tipicidade ou não da conduta imputada ao paciente antes de concluída a instrução criminal do feito, que deve ser reservada para as instâncias ordinárias. Deferir o pedido da defesa implica em impedir antecipadamente o Ministério Público de provar os fatos que imputou ao acusado na denúncia, providência que somente pode ser concretizada quando de forma evidente e inequívoca constatar-se a atipicidade da conduta, o que não ocorre no presente caso. Habeas corpus não conhecido, cassada a liminar. (HC 143.147/BA, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016).

Análise dos votos no caso Ellwanger

Da análise dos votos do caso Ellwanger, fica clara a divergência quanto à identificação do cerne da questão. Enquanto alguns ministros interpretaram a etimologia dos termos “raça/racismo”, outros divergiram ao observar a amplitude na controvérsia, entre a colisão de direitos constitucionais, com atenção voltada à incidência da liberdade e manifestação de pensamento. Os artigos constitucionais discutidos foram: art. 5º, inciso XLV, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”, e o art. 5º, inciso XLII, “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (BRASIL, 1988).

Os ministros que negaram a ordem de concessão de liberdade se fundamentaram na ponderação entre o direito fundamental à liberdade de expressão, como valor relativo e o princípio da dignidade da pessoa humana, como valor absoluto, devendo este último se sobressair. (HC nº 82.424/RS, 2003).

Os ministros que interpretaram o conceito amplo do termo “racismo” entenderam, tratar-se de crime contra grupos humanos com características culturais próprias, não devendo a imprescritibilidade abarcar aos demais delitos fundados no art. 5º, XLI, da Magna Carta. Em relação ao princípio da proporcionalidade, tanto o Ministro Marco Aurélio como o Ministro Gilmar Mendes utilizaram a proporcionalidade em seus votos, chegando a conclusões distintas. (HC nº 82.424/RS, 2003).

O princípio da proporcionalidade foi aplicado no controle de constitucionalidade, com o objetivo de ponderar a incorporação ou não da lei no ordenamento pátrio. Posteriormente, começou a empregar o princípio da proporcionalidade em qualquer hipótese de aplicação da lei. Nesse viés, o Ministro Gilmar Mendes relata que “não há dúvidas de que a decisão condenatória, tal como proferida, sob o pressuposto da ausência de outro meio menos gravoso é igualmente eficaz”. (HC nº 82.424/RS, 2003).

Em que se pese, todos os ministros ao proferirem seus votos, fizeram um levantamento histórico da evolução dos direitos humanos, para sopesar com o direito à liberdade de expressão. No entendimento do Ministro Carlos Britto, “publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática”. De tal forma, independente do teor, o livro representaria um atentando a dignidade humana? (HC nº 82.424/RS, 2003, p.674).

O Ministro Nelson Jobim argumenta que ao condenar a obra de Ellwanger como racista, abre viés de discussões para livros de teor similar, como de autoria de Gustavo Barroso, que é um notório ex-membro da Academia Brasileira de Letras. Assim, ele diz: “a questão não é o problema específico da edição do livro; é a forma pela qual esta edição tenha sido utilizada e para que foi utilizada”. (HC nº 82.424/RS, 2003).

O art. 5º, VIII, da CF/88 dispõe que “ninguém será privado de direitos por motivos de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. Em relação a esse dispositivo, o Ministro Carlos Britto entendeu configurar as excludentes constitucionais da abusividade da livre manifestação

do pensamento, enquadrando a obra de Ellwanger nesse contexto. O Ministro Marco Aurélio deixa claro o receio de estabelecer um precedente à restrição da liberdade de expressão:

“À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as ideias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário.” Mais adiante, “avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente editadas, enseja um precedente perigosíssimo.” E depois, “o tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, bem como as publicações de que fora editor, terminará por praticar função simbólica, implementando uma imagem politicamente correta perante a sociedade, então, diante de uma hipótese de ‘Jurisprudência Simbólica’, sobressaindo a defesa do pensamento anti-nazista, quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, afim de opinião política.” (HC nº 82.424/RS, 2003, p.911).

Como esperado pelo Ministro Marco Aurélio, a decisão repercutiu de forma polêmica entre os juristas. Para Tassinari e Neto (2013):

No julgamento do caso Ellwanger, os direitos constitucionais liberdade de expressão e dignidade humana foram utilizados como argumentos de política, manejados com álibis teóricos, para obtenção de respostas de acordo com os valores de cada ministro, como se a Constituição fosse aquilo que os ministros do Supremo Tribunal Federal querem que ela seja, ignorando o pacto democrático firmado nela. Os direitos fundamentais não podem ser reduzidos ao que aqueles ministros pensam que eles sejam sob o risco de se esvaziar o núcleo do Estado Democrático de Direito. Por isso, é fundamental a análise da decisão judicial à luz de uma proposta que demonstre as insuficiências e os problemas da Jurisprudência dos Valores e da importação equivocada da ponderação de Alexy, em favor de respostas constitucionalmente adequadas e da refutação de ponderações e relativizações dos direitos fundamentais. (TASSINARI, NETO, 2013, p. 31-32).

De acordo com Ramos (2014, p.517) a liberdade de expressão, como liberdade pública, não é incondicional, por isso deve ser exercida de maneira harmônica, observados os limites explícitos na CF/88 e nos tratados de direitos humanos. Neste julgamento, o STF afastou-se da ideologia meramente liberal de direitos fundamentais e posicionou uma vertente muito mais social ao extenso rol de direitos fundamentais.

Para ressaltar a importância social da liberdade de expressão o Ministro Marco Aurélio cita Christoph Beat Graber e Gunther Teubner (1998, p.66): “ A parte da esfera individual da ação existem esferas de autonomia social que necessitam da proteção dos direitos fundamentais contra as tendências colonizantes das políticas estatais e, por isso,

não podem ser reduzidos a meros anexos ou derivação da autonomia individual”. Pois é, através da liberdade de expressão que se torna possível externas as mais diferentes opiniões e formas de pensar, o que possibilita uma sociedade livre com grande diversidade de ideias e opiniões políticas. De tal modo, a liberdade de expressão chega a ser considerada proteção à autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular.

Entre Ellwanger e Abib: um difícil entendimento

O STF julgou o HC 82.424 em 2003 e o RHC 134.682 em 2016. Segundo Ramos (2014, p.517) o primeiro discutiu os limites da liberdade de expressão e seu alcance no caso da publicação de obras antissemitas, na qual, a maioria dos ministros entenderam que não há garantia fundamental absoluta, ou seja, que não é possível de ser suplantada por outra que se mostre mais importante no caso concreto.

O segundo caso, o STF teve a árdua tarefa de analisar se a conduta de Abib⁹ configurava ação típica de discriminação¹⁰, traçando os limites entre o proselitismo protegido pela liberdade religiosa e o crime de racismo. Por maioria, ficou entendido entre os ministros estarem diante de um caso de proselitismo¹¹. (PICCOLO, 2017, p.4).

Diante disso, será apresentado os esforços dos Ministros do STF em compatibilizar a decisão da 1ª Turma no caso Abib com o precedente firmado no caso Ellwanger. A decisão da Corte no caso Abib representa uma relativização do STF no que tange a proibição do discurso de ódio, como anteriormente delimitado no caso Ellwanger.

A Primeira Turma buscou inicialmente fazer uma difícil diferenciação entre as atitudes de Abib e Ellwanger nos respectivos casos. Entenderam que Abib pretendeu,

⁹ No caso Abib, os ministros fizeram um tremendo esforço em compatibilizar a decisão nesse caso com o precedente do caso Ellwanger. O caso Abib é semelhante ao caso Ellwanger, o Ministério Público Estadual, denunciou Abib por crime de racismo e, posteriormente, o STF foi chamado a julgar se o padre havia excedido o exercício da sua liberdade de expressão. Entretanto, ao contrário do entendimento firmado no caso Ellwanger, a 1ª Turma do STF julgou que o padre não havia cometido crime algum.

¹⁰ A desigualação entre os membros de religiões vira discriminação quando ultrapassa três etapas: a primeira, corresponde ao reconhecimento de algum tipo de diferença entre os indivíduos (por exemplo, Caio é evangélico, Tício é católico e Mévio é espírita); a segunda, é a implementação de um juízo valorativo que tem como finalidade a hierarquização (a religião de Caio salva, e a dos outros não) e, por fim, a terceira etapa é a que enseja o crime, pois corresponde a exteriorização da necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação de indivíduo ou grupo por ser considerado inferior (Caio resolve destruir os demais por não se submeterem a sua fé). (PICCOLO, 2017, p.9).

¹¹ Proselitismo é o intento, zelo empenho de converter uma ou várias pessoas, ou determinados grupos, a uma determinada causa, ideia ou religião.

em verdade, prestar auxílio aos espíritas e às outras religiões de matriz africana. Contudo, é notória a fragilidade da tese de que Abib pretendeu a suposta e mera prestação religiosa, visto que seu livro aduz mensagens de imposição: O espiritismo “é como uma epidemia e como tal deve ser combatida: é um foco de morte”, essas não são palavras de acolhimento, mas de ódio! (ABIB, 2007, p.21).

No caso Abib os Ministros entenderam que o discurso proselitista não se confunde com o discurso discriminatório. Enquanto o primeiro está no âmbito da tolerância, e o segundo não está. O Ministro Edson Fachin a esse respeito falou:

[...] no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. Nessa direção, no contexto religioso, a tentativa de persuasão pela fé, sem contornos de violência ou que atinjam diretamente a dignidade humana, não destoa das balizas da tolerância. Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou perseguição aptos a macular a dignidade humana. (RHC 134.682/BA, 2016, p.12-13).

Foi ponderado na discussão, que as religiões ostentam caráter universalista, o que implica dizer que um dos deveres impostos aos fiéis, é a conversão do maior número possível de pessoas para uma única religião, que considera capaz de oferecer salvação eterna¹². Assim, atacar o proselitismo, equivaleria a tolher a perseguição de uma finalidade imposta pela crença religiosa, atacando o núcleo semântico da liberdade de expressão religiosa. Piccolo (2017) contribui:

Nesse sentido, há que se tratar a mensagem religiosa de forma diferente da não religiosa, considerando ainda que a liberdade de expressão funciona como instrumento indispensável para o exercício da fé, não cabendo ao Judiciário censurar tais manifestações de pensamento. (PICCOLO, 2017, p.5).

Para o Ministro Fachin, a diferença se evidencia o ímpeto de suprimir ou reduzir a dignidade do diferente:

A explicitação de aspectos de desigualação, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos não perfaz por si, o elemento típico. Indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente, elemento que confere sentido à discriminação que atua como verbo núcleo do tipo. Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto “resgate” ou “salvação”, apesar de

¹² Cabe esclarecer que a discriminação religiosa pode, ou não, guardar relação com o problema do racismo. Os conflitos religiosos podem, ou não, aproveitar elementos dos discursos racistas. É possível que determinados grupos, além de reivindicarem a superioridade de sua convicção religiosa, queiram combiná-la, de alguma forma, com pretensões de superioridade biológico-cultural. (SILVEIRA, 2007, p.97).

indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora. (RHC 134.682/BA, 2016, p.15-16).

O entendimento da Ministra Rosa Weber foi enfrontado ao relatar que: “eu compreendo, como um direito mínimo, considerado sobretudo o valor maior da nossa Constituição, que é a liberdade de expressão, e sobretudo compreendo. [...] que devem ser vistas num contexto mais amplo, e não de maneira isolada, em que, de fato, assumem gravidade”. (RHC 134.682/BA, 2016, p.1).

O Ministro Luiz Fux, divergiu do Relator ao explicar que:

A crença dessas pessoas que pertencem a uma religião adversa se baseia exatamente na credulidade sobre aquilo que elas preconizam. Então no meu modo de ver, num primeiro momento, pareceu-me sempre um eufemismo essa autoabsolvição de que não estaria atingindo a crença dessas pessoas, estaria sendo tolerante, afirmando que essas pessoas, na realidade estão possuídas pelo demônio, quando elas acreditam naquilo que elas estão praticando. E muitas pessoas que praticam essas religiões o fazem no sentido do bem, no sentido da cura da alma e da cura física. (RHC 134.682/BA, 2016, p.1).

O entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso foi contrário ao do Ministro Fux ao aduzir que:

Quer dizer, são manifestações de absoluta inaceitação do outro, quer dizer, você é diferente de mim e pensa diferente do que eu penso, e, portanto, você não deveria nem ter o mesmo direito que eu tenho de estar aqui. Essa é uma forma, eu diria, menos feliz de professar a vida. Porém, e nesse ponto concordando com o eminente Relator, a liberdade de expressão não protege apenas as falas com as quais eu concordo ou as falas de bom gosto. Justamente pelo contrário, a liberdade de expressão existe para proteger quem pensa diferente de mim. E mesmo os textos - e aqui uso expressões felizes utilizadas pelo Ministro Fachin - intolerantes, pedantes ou prepotentes também são protegidas pela liberdade de expressão. (RHC 134.682/BA, 2016, p.3).

Novamente o princípio da proporcionalidade entrou em cartaz, entendendo que a liberdade religiosa não possui caráter absoluto, devendo ser exercitada dentro dos limites constitucionais. Dentre esses limites, o repúdio ao racismo. O Ministro Luís Roberto Barroso fez ainda, referência ao caso Ellwanger ao disser que:

Penso que o único e grande limite à liberdade de expressão, como lembrou o Ministro Luiz Fux, está na questão do hate speech, ou seja, as manifestações de ódio, sobretudo, penso eu, quando dirigidas a grupos vulneráveis - portanto, negros, homossexuais -, e aí acho que acende uma liberdade amarela, mesmo no caráter preferencial o qual penso que tem a liberdade de expressão. É por esta razão - eu não estava no Tribunal ainda - que eu não acompanharia as posições que foram manifestadas naquele julgamento, em belíssimos votos, pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto,

porque acho que naquele contexto, que era o caso Ellwanger, os judeus devem ser tratados como um grupo vulnerável, historicamente vulnerável. E a negação do Holocausto e a negação do genocídio têm para um judeu um impacto depreciativo de um episódio que marcou a História desse povo. De modo que não creio que este caso seja um caso em que se aplique a doutrina do hate speech. Ou seja, não acho que os espíritas sejam um grupo historicamente vulnerável para invocar o tipo de proteção que a exceção do hate speech admitiria. E embora considere que a fala do nosso padre ultrapasse todos os limites do erro escusável, não acho, todavia, que ela ultrapasse as fronteiras do crime. Portanto, estou, igualmente ao Relator, dando provimento a este recurso. Não acho, pelo contrário, acho que são oportunas e relevantes as observações do Ministro Luiz Fux neste caso. Apenas, como penso que a exceção do hate speech deve proteger grupos vulneráveis, que aqui não vislumbrei, por essa razão, não estou acompanhando Sua Excelência, e sim o Relator. (RHC 134.682/BA, 2016, p.2-3).

O Ministro Barroso descartou a possibilidade de aplicação da “exceção do *hate speech*”¹³ ao caso Abib, porque considerou que, à diferença dos judeus, os espíritas e as religiões de matriz africana, não são um grupo historicamente vulnerável no Brasil. E ressaltou, que “a época não é de obscurantismo; a época é própria à veiculação de ideias”. (RHC 134.682/BA, 2016, p.2). Piccolo (2017) complementa:

Assim, o órgão colegiado entendeu que a publicação do sacerdote se dedicava à pregação da fé católica, detendo um público específico, visando não a incitar a subjugação ou guetificação (nas palavras do relator: “escravização, exploração ou eliminação”) dos adeptos do espiritismo e de religiões espíritas, mas a demonstrar a incompatibilidade entre suas crenças e o dever de auxílio que o católico tem em relação a seguidores de outras crenças, vistas como equivocadas. (PICCOLO, 2017, p.7).

Estudos realizados pela Universidade de Oxford concluíram que a análise da constitucionalidade ligada ao racismo, deverão ocorrer por meio da aferição contextual da conduta¹⁴. Analisando primordialmente o trinômio: tempo, local e modelo, que representa em linhas gerais a forma como é conduzida a análise¹⁵. (MCCON-NACHIE, 2012).

¹³ Significa discurso de ódio ou incitamento ao ódio. Nesse contexto, o Brasil, através do decreto 592/92, inseriu no ordenamento nacional o pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966. Os artigos 19.3, 20.2 e 26, apesar de garantirem a liberdade de expressão, asseguram a proibição de qualquer apologia ao ódio que constitua discriminação, hostilidade ou violência e aplica essas restrições à liberdade de expressão. (TASSINARI, NETO, 2013, p; 20-21).

¹⁴ Texto original: First Amendment – Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. [...] Fourteenth Amendment. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws. (UNITED STATES, 2014).

¹⁵ É importante ressaltar, que o sistema legislativo americano é semelhante ao brasileiro em relação a aferição conceitual dos termos que circundam raça, racismo, etnia e discriminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgamento do HC nº 82.424 conhecido como o caso Ellwanger, foi considerado um marco na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, proporcionou a mudança de entendimento da Corte em relação a ponderação de princípios.

Ainda, o julgamento provocou reflexões acerca dos limites da liberdade de expressão e sua ponderação com os valores conquistados historicamente pela sociedade. Foi utilizado a aplicação da máxima da proporcionalidade, ao estabelecer que as colisões entre princípios devem ser resolvidas de modo diverso das regras, através da efetivação de sopesamentos dos interesses em jogo, pois, para cada caso concreto de colisão, os princípios poderão apresentar diferentes pesos.

Elementos importantes foram invocados no julgamento: a liberdade de expressão e a discussão de seus limites, como também, argumentos históricos e sociológicos, para sustentar a prática de racismo. Ficou reconhecido pelo STF, por maioria de votos, que a prática cometida por Sigfried Ellwanger se caracterizava crime racial.

Já o caso Abib, a Primeira Turma do STF considerou que não existia crime de racismo e que seu discurso não poderia ser enquadrado na mesma esteira do de Ellwanger, visto que Abib, estava apenas professando a sua religião cristã, que influencia em certa dose de proselitismo.

O discurso de Abib é claramente de teor odioso, o que pode ser comprovado pelo uso de expressões que incitam o ódio e a violência contra grupos religiosos. Além do mais, se o critério utilizado para a configuração do discurso de ódio e racismo no caso Ellwanger, foi a periculosidade do discurso. Nessa conjuntura, percebe-se o desenvolvimento de uma argumentação jurídica deficiente, que se desvirtua de entendimento já consolidado pela Corte, e consequentemente, compromete a racionalidade e objetividade das decisões judiciais.

Seja pelo próprio discurso de Abib, seja pelas suas consequências para grupos vulneráveis, a ordem do *habeas corpus* deveria ter sido denegada nos termos do precedente do caso Ellwanger. Contudo, o caso Abib evidencia a negligência da Primeira Turma com a jurisprudência do STF do que uma tendência de consolidação de uma jurisprudência da Suprema Corte mais favorável à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ABIB, Jonas. **Sim, Sim, Não, Não: Reflexões de cura e libertação**. São Paulo: Editora Canção Nova, 2007.

BRASIL, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus, autos nº 15.155-RS, Impetrante Werner Cantalício João Becker e outro. Impetrado Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Paciente Siegfried Ellwanger. Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 18.12.2001. Publicação do acórdão de julgamento no Diário da Justiça em 18.3.2002.

_____, 8ª Vara Criminal da Comarca de Porto Alegre - Rio Grande do Sul. Ação Penal Pública, autos nº 01.391.013.255, Justiça Pública e Siegfried Ellwanger, 14 de novembro de 1991.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 143.147/BA. Relator: Ministro Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/S). Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682/BA. Relator: Ministro Edson Fachin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. Relator: Min. Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003.

CASTAN, Siegfried Ellwanger. **Holocausto: judeu ou alemão?** Porto Alegre: Revisão, 1989.

BEAT, Cristoph Grabner; TEUBNER, Gunther. *Art and Money: Constitutional Rights in the private sphere?*, in Oxford Judicial Legal Studies, 18, 1998.

MCCONNACHIE, Chris (Org.). **The Bluebook: A Uniform System of Citation**. Harvard Law Review Association. 15 ed. Massachusetts: Harvard, 1995.

OLIVEIRA JÚNIOR, Juarez Monteiro de. **Discurso de ódio e limitações não-paternalistas da tolerância no Estado Democrático de direito: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger (HC 82424-2 – RS)**. Dissertação de Mestrado. 104 f. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2008.

PICCOLO, Carla Bevilacqua. Discurso de ódio religioso e proselitismo: limites conceituais na jurisprudência do Superior Tribunal Federal. **Revista Latinoamericana de Derecho y Religión**. V.3 nº1, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF (Habeas Corpus n. 82.424)**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

TASSINARI, Clarissa; NETO, Elias Jacob de Menezes. **Liberdade de expressão e hate speeches: as influências da jurisprudência dos valores e as consequências da ponderação de princípios no caso Ellwanger**. Revista Brasileira de Direito, IMED, vol. 9, nº 2, jul-dez/2013.

UNITED STATES. The United States Constitution. Disponível em: <<http://www.usconstitution.net/const.html>>. Acesso em: 11 fev. 2019.