

A Utilização do Método Comparativo pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento do HC 82.424 (Antissemitismo)

ARIANE COSTA GUIMARÃES

Acadêmica de Direito (10º semestre) – UniCEUB, Pesquisadora do VI Programa de Iniciação Científica (PIC) – UniCEUB, Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC/CEUB), Membro do Grupo de Estudos em Hermenêutica e Direito do Consumidor (GEDHEC/CEUB), Membro do Grupo de Estudos de Análise Jurídica da Política Econômica (GDES/UnB).

CHRISTINE OLIVEIRA PETER DA SILVA

Mestre em Direito e Estado pela UnB, Professora de Direito Constitucional do UniCEUB, Professora de Pós-Graduação em Direito Constitucional do IDP, Coordenadora do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC/UniCEUB), Professora Voluntária da Faculdade de Direito da UnB, Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

DOI: 10.11117/22361766.30.01.05

RESUMO: O presente artigo aborda a adequação do precedente do Supremo Tribunal Federal proferido no HC 82.424 ao método comparativo adequado ao Estado Constitucional Cooperativo. A abordagem é relevante ante a globalização e a internacionalização dos direitos fundamentais. Assim, descreve-se o Estado Constitucional Cooperativo e demonstra-se a relação com o método comparativo. Após, faz-se o estudo do precedente do HC 82.424. Conclui-se que o Estado Constitucional Cooperativo propõe verdadeira releitura da soberania, bem como orienta para a concretização dos direitos fundamentais no plano interno e internacional pelo método comparativo. Após o estudo do precedente do HC 82.424, verifica-se que o STF utilizou, naquele precedente, o método comparativo de forma satisfatória, na medida em que os julgadores se preocuparam com o contexto histórico da prática de racismo antissemita relacionando-o aos paradigmas estrangeiros, inserindo o Brasil no cenário solidário de combate a práticas antissemitas, ante a repercussão global do fenômeno.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional; método comparativo; Estado Constitucional Cooperativo; antissemitismo.

ABSTRACT: This paper demonstrates the adjustment of Supremo Tribunal Federal's decision on HC 82.424 to Cooperative Constitutional State comparative method. The importance of this approach is regarded to the globalization phenomenon and fundamental rights internationalization. Therefore, we intend to describe the Cooperative Constitutional State and to demonstrate its connection with the comparative method. Then, we study the decision on HC 82.424 and we conclude that the Cooperative Constitutional State suggests a sovereignty rereading and guides the accomplishment of fundamental rights on the international frame using the comparative method. After the study of the referred decision, we noticed that Supremo Tribunal Federal applied the comparative method in a satisfactory manner because the judges troubled about the historical context of anti-semitic racism practices related to foreign paradigms. Thus, the method put Brazil in a solidary scene against anti-semites practices before the global repercussion of the phenomenon.

KEYWORDS: Constitutional Law, comparative method, Cooperative Constitutional State, anti-semitism.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O paradigma: estado constitucional cooperativo; 2 O método comparativo e o estado constitucional cooperativo; 3 O estudo do precedente HC 82.424: antissemitismo como crime de racismo; 4 Análise das questões suscitadas no precedente: HC 82.424/STF; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva analisar a jurisprudência constitucional brasileira e a sua relação com o direito comparado, por meio de seleção de precedente paradigmático que trata de direitos fundamentais, especificamente, relacionados à concretização desses direitos no plano interno com fundamento em paradigmas judiciais estrangeiros, e comparar o processo hermenêutico nele utilizado aos aspectos hermenêuticos propostos pelo Estado Constitucional Cooperativo.

É de se enfatizar que neste trabalho não se tem por objetivo analisar o arcabouço normativo brasileiro atinente à incorporação do direito estrangeiro pelo ordenamento pátrio, na medida em que seu objetivo é examinar a forma como a Corte Constitucional brasileira utiliza o método comparativo na formação da sua jurisprudência de direitos fundamentais. Ou seja, não se examinará os textos normativos e sua intrínseca correlação ao tema escolhido, nada obstante estes possam constituir elementos argumentativos para caracterizar aspectos relevantes à construção dos conceitos relativos ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

No momento em que a sociedade contemporânea se depara com novos problemas provenientes da globalização econômica, política e cultural e os fenômenos da internacionalização dos direitos, torna-se imperioso avaliar este fenômeno não apenas sob a perspectiva dos Poderes Legislativo e Executivo, por meio da recepção/incorporação das normas internacionais pelo ordenamento jurídico, mas, principalmente, sob a percepção do Poder Judiciário no processo de tomada de decisões.

É que no Estado Constitucional Cooperativo, estruturado sob o manto pós-positivista, há a releitura do conceito de soberania de modo a conformá-lo à internacionalização dos direitos humanos e à globalização, sendo de grandiosa importância o exame da jurisprudência, sob o enfoque de sua coerência e adequação aos fatos.

Destarte, em razão da inevitável e inegável necessidade de reformulação da hermenêutica constitucional, impulsionada, entre outros fatores, pelo advento do Estado Constitucional Cooperativo e a propositura do método comparativo como um de seus instrumentos concretizadores, é oportuno o estudo da jurisprudência constitucional brasileira, questionando-se se nela está

presente referência à precedente judicial estrangeiro, na medida em que será possível diagnosticar, ao menos com a identificação de noções elementares, o modo de tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal.

Igualmente, é imperioso assinalar que a análise da utilização do método comparativo pelo Supremo Tribunal Federal é tema inserido na linha de pesquisa “Direito Comparado”, do “Núcleo de Estudos Constitucionais” do UniCEUB, comprovando-se, assim, a justificativa acadêmica do assunto.

A hipótese central do presente artigo é a de que o Supremo Tribunal Federal, intérprete constitucional por excelência, reconhece a necessidade de diálogo com o direito estrangeiro para resolução de conflitos contemporâneos relativos aos direitos fundamentais, tanto para legitimar-se diante da sociedade brasileira, atendendo à proposta constitucional de cooperação, já expressa no preâmbulo da Constituição Federal vigente, quanto para inserir-se no contexto mundial de consolidação dos direitos humanos.

O nosso objetivo, portanto, é identificar de que forma o Supremo Tribunal Federal utiliza o direito estrangeiro na tomada de decisões referentes a direitos fundamentais. Será verificado se o Tribunal considera os elementos essenciais para tal desiderato, como, por exemplo, a cultura, a língua e peculiaridades sistêmicas do direito estrangeiro paradigmático.

Para atingir tal objetivo, opta-se por estabelecer outros objetivos secundários, os quais são concernentes à definição e à explicação do conceito de Estado Constitucional Cooperativo e, posteriormente, da proposição do método comparativo como seu instrumento concretizador.

1 O PARADIGMA: ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Para delimitar as reflexões sobre o tema apresentado, foram selecionadas as bases teóricas desenvolvidas por Antonio Pérez Luño e Peter Häberle acerca do conceito de Estado Constitucional Cooperativo e da reformulação dos aspectos hermenêuticos correlatos, de acordo com as quais o Estado tem como função precípua a resolução dos conflitos concretos vivenciados na sociedade, pelo que se propõe a constitucionalização da interpretação e a abertura das normas, mediante o estabelecimento de princípios, enaltecendo, portanto, a função dos intérpretes. De igual modo, as considerações de Markus Kotzur sobre a redefinição do conceito de soberania iluminarão o debate acerca da cooperação internacional e do método comparativo.

Com efeito, a fundamentação teórica desenvolvida por Peter Häberle permeará todas as abordagens aqui desenvolvidas, já que propõe o paradigma do Estado Constitucional Cooperativo, fundamentado na necessidade de consolidação dos direitos humanos no plano internacional, de direitos fundamentais no plano interno e na atribuição de legitimidade às decisões da Suprema Corte brasileira, sugerindo, para tanto, o método comparativo como

quinto elemento interpretativo, ao lado dos já tradicionais quatro métodos sugeridos por Savigny e Ihering.

O método do estudo de precedente (Silva, 2008) consistirá no exame dos seguintes elementos do julgado selecionado: a) escolha de precedente proferido pelo colegiado do Supremo Tribunal Federal a respeito de direitos fundamentais e que tenha como importante fundamento o direito comparado; b) descrição do caso, definindo a controvérsia e a argumentação utilizada pelas partes envolvidas, assim como os dispositivos normativos pertinentes; c) definição dos argumentos levantados por ambas as partes para defesa dos pontos de vista respectivos; e) explicitação da decisão final do Supremo e identificação dos principais fundamentos utilizados, especificamente os de natureza estrangeira (Canotilho, 2003).

Após, propõe-se realizar uma análise das referências a precedentes estrangeiros levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de confirmar (ou rejeitar) o intuito da Corte em concretizar os fundamentos basilares do paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

2 O MÉTODO COMPARATIVO E O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

De fato, a teoria pura do Estado de Direito é insuficiente para atender às novas situações sociais advindas com as transformações mundiais ocorridas após as grandes guerras, na medida em que se constata a impossibilidade de apenas o texto literal da lei, pautado na quebra entre o direito e a moral, apresentar as soluções para os casos submetidos ao exame do intérprete (Zagrebelsky, 2007, p. 25).

É que os dogmas normativistas da autonomia da ciência jurídica, compreendendo o direito como desvinculado de quaisquer outras áreas do conhecimento, principalmente da moral, cujo papel do juiz consiste em apenas apreender o conteúdo da lei instituída, de modo a buscar o sentido da norma emprestado pelo legislador, mostraram-se inadequados aos anseios e às necessidades sociais, eis que ausente de legitimidade as decisões judiciais (Zagrebelsky, 2007, 20-34).

Ocorre que, em razão do advento do estado do bem-estar social no início do século XX, quando, constatado o abuso das liberdades pelos indivíduos, passa-se a exigir do Poder Público a intervenção nas relações privadas, de modo a garantir e proporcionar condições mínimas de igualdade e subsistência. É o momento da consolidação dos direitos sociais, os quais eram expressos, principalmente, no direito à moradia, à educação, à saúde e a condições dignas de trabalho e do advento do Estado Constitucional (Bonavides, 1998, p. 110-138).

Neste momento, abandona-se o postulado normativista de que apenas a lei conteria as respostas para os problemas sociais enfrentados pelo Direito para defender a aproximação entre o texto legal e a moral, por meio do repo-

sicionamento dos preceitos constitucionais no processo hermenêutico (Rocha, 2004, p. 248-249).

A partir de então, os direitos fundamentais, dotados de caráter principiológico, são veículos de interpretação utilizados pelo juiz por meio dos quais é permitida a identificação de elementos sociológicos, ideológicos e normativos pelo intérprete, a fim de que possa ser tomada decisão no caso concreto de modo a conferir-lhes maior eficácia (Sarlet, 2006, p. 40-45).

Paralelamente, como a sociedade não é estática, nova percepção dos valores e necessidades sociais impulsiona a revisão da teoria do Estado. Tratam-se dos fenômenos da globalização e da consolidação dos direitos humanos no plano internacional, considerados os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral, respectivamente, que irão subsidiar, teoricamente, o Estado Constitucional Cooperativo (Häberle, 2007, p. 4).

É que, neste modelo, a ideia de soberania é revista, abandonando a perspectiva clássica de que o Estado constituiu-se como tal e tem o poder de tomar decisões quaisquer, tendo em conta seu poder absoluto e perpétuo. Adota-se a soberania sob o enfoque da prevalência dos direitos humanos, preocupação esta que passa a constar, inclusive, dos textos constitucionais, bem como da pluralidade de vinculações jurídicas e fáticas, em sede internacional, por meio de cessão de parcela da competência estatal a organismos internacionais, em prol da concretização desses direitos, da preservação da humanidade e da redução de desigualdades entre os povos (Kotzur, 2008).

Ante a incipiência deste paradigma estatal, não é apenas o papel dos Poderes Executivo, por meio da assinatura de tratados internacionais, e Legislativo, pela ratificação dos tratados e instituição de responsabilidade internacional, que contribui para a concretização do Estado Constitucional Cooperativo, mas, de igual modo, o papel desempenhado pelo Poder Judiciário.

Nesse diapasão, Peter Häberle propõe o método comparativo como quinto método de interpretação, aliado aos métodos literal, sistêmico, histórico e teleológico, o qual consiste na realização de comparação entre o direito local e o estrangeiro com a finalidade de cotejar culturas, para que possam ser consolidados os direitos humanos ou direitos fundamentais no plano internacional (Silva, 2007).

O método comparativo, por sua vez, é distinto daquele direito comparado validado no início do século XX, sob o manto de Escola Normativista, em que apenas havia a incorporação de documentos estrangeiros, sem a preocupação em concretizar direitos no plano internacional. Diferentemente, o método comparativo no Estado Constitucional Cooperativo somente se concretiza com o nítido caráter, reitere-se, de cooperação para a consolidação e firmação dos direitos em sede internacional. Essa efetiva comparação, necessariamente, deve contar com o exame contextual pragmático em que os instrumentos estrangeiros

inserem-se, tais como a língua, o sistema jurídico, as fontes de direito e os aspectos sociais e políticos da sociedade (Fix-Zamudio, 2006).

Ou seja, o método comparativo, como a própria sintática reproduz, exige uma sequência lógica de etapas para que atinja seu fim, não sendo suficiente a mera menção a textos normativos ou precedentes estrangeiros para que se tenha aplicada à metódica comparativa.

Sequencialmente, após constatado o pano de fundo teórico que circunda o método comparativo, fez-se uso da metodologia de estudo de precedente do Supremo Tribunal Federal que mostrasse maior pertinência ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

3 O ESTUDO DO PRECEDENTE HC 82.424: ANTISSEMITISMO COMO CRIME DE RACISMO

Partindo da premissa de que o HC 82.424 aborda questões atinentes ao racismo, pela linha do antissemitismo, numa perspectiva comparativa, em face das menções a dispositivos e elementos jurídicos de precedentes estrangeiros, é possível afirmar a consonância deste precedente do STF com as perspectivas internacionais inerentes ao Estado Constitucional Cooperativo (Supremo, 2008).

A controvérsia travada no processo relaciona-se à publicação e à edição de livros em que há manifestações contra os judeus, de modo a inferiorizá-los. De um lado, Siegfried, o editor e paciente no HC 82.424, defende que seu ato é lícito, uma vez que a Constituição Federal assegura seu direito à liberdade de expressão (art. 5º, IX), pelo que não haveria cometimento de crime. Entendendo-se pelo cometimento de crime, que este seria de incitação contra o judaísmo (art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/1989) e não racismo, devendo ser aplicada a prescrição, afastando-se, portanto, a imprescritibilidade (art. 5º, XLII). Por outro lado, defendem as entidades representantes dos judeus, assim como o Ministério Público Federal, que a incitação aos judeus é crime de racismo, invocando os direitos constitucionais à igualdade (art. 5º, *caput*) e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) (Supremo, 2008).

Diante dos direitos à liberdade de expressão, de um lado, e da igualdade e da dignidade da pessoa humana, de outro, o Supremo Tribunal Federal teve de se posicionar a respeito de qual dos direitos fundamentais invocados teriam mais força no caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, houve por bem indeferir o HC 82.424, ao pairo do princípio da proporcionalidade, sob o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana, consubstanciado, no caso concreto, na proteção do grupo étnico dos judeus, pode afastar o direito à liberdade de expressão do autor e veiculador dos livros antissemitas, assim como a imprescritibilidade do crime.

No que concerne à imprescritibilidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal pela aplicação do art. 5º, XLII, da Constituição Federal. É que ela se mostra instrumento hábil a garantir a concretização dos mais altos valores da nossa Constituição, especificamente o da dignidade da pessoa humana, uma vez que capaz de punir condutas que agridam a igualdade entre os povos, impedir que caiam no esquecimento, primando pela consolidação de uma sociedade igualitária, fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Para chegar a tal conclusão, vários argumentos de direito alienígena foram utilizados.

Primeiramente, no voto do Ministro Maurício Corrêa, faz-se um relato do histórico da segregação judaica, a partir da descrição dos primeiros registros bíblicos de Abraão até o apogeu do nazismo na Alemanha, com a instituição do holocausto e dos campos de concentração, com enfoque específico para o fato de que a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão servissem de escudo para a expressão de ódio e repúdia aos judeus. A propaganda, nesse contexto, foi uma das mais eficientes armas do nazismo para difusão de sua ideologia racista e antisemita (Supremo, 2008).

Do mesmo modo, analisando a repercussão brasileira da segregação antisemita, o Ministro Celso de Mello demonstrou que Getúlio Vargas também incorporou determinados ideais nazi-fascistas, principalmente ao estatuir a Lei de Segurança Nacional, no sentido de consideração do interesse público, o que corrobora para a legitimidade de o Brasil colocar-se na luta contra a discriminação da etnia judaica.

Para interpretar o termo racismo, de igual modo, foi necessário que se recorresse à doutrina estrangeira. Especificamente, os Ministros Maurício Correa e Gilmar Mendes afirmam que a acepção da raça não deve ser considerada em função de seu conceito biológico. Diferentemente, assinala o Ministro Maurício Correa:

Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos. (Supremo, 2008)

Nessa toada, após demonstração de que, para a ciência, inexistente subdivisão entre os seres humanos, a Corte pontuou que há uma única raça humana e que “a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial”(Supremo, 2008).

Sob a perspectiva da sociologia, o Dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford explica que a discriminação racial envolve três conceituações

periféricas, quais sejam: a) racismo, consubstanciado no tratamento desigual de um grupo social com base tão somente em características físicas e traços socialmente estabelecidos para denotar uma raça particular; b) racismo, que é o sistema determinista de crenças que sustenta o racismo, atribuindo valoração negativa às referidas características; c) racialização, atribui-se como raça determinado grupo específico (Silva, 2008).

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes assinala preocupação acadêmica quanto a incitação à discriminação racial por meio do gozo da liberdade de expressão, sustentado em Kevin Boyle. Para o membro da Corte Constitucional, o exercício deste direito vulnera o princípio da igualdade. Sobre o tema, pontua que a temática abrange os direitos à liberdade de expressão e o direito à não discriminação. De um lado, encontra-se a liberdade de expressão, fundamental para o desenvolvimento da democracia; de outro, todavia, o elemento central da democracia, que é a isonomia. O conflito resolve-se por aplicação do princípio da proporcionalidade:

É evidente a adequação da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), do pluralismo político (art. 1º, V, da CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

Também não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja necessária, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão. (Supremo, 2008)

No mesmo diapasão, o Ministro Maurício Correa aponta que a Organização das Nações Unidas, organismo internacional tido como marco para o processo de internacionalização dos direitos, por meio da Resolução nº 623, explicitou que o racismo abrange, também, as práticas antisemitas, dado todo o contexto histórico de segregação vivenciado pela etnia judaica (Silva, 2008).

Nessa perspectiva, o Ministro Maurício Correa aponta que o combate ao preconceito foi estabelecido pela Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, proclamada em 1978 pela Unesco, afirmando-se que todos os indivíduos pertencem a uma mesma espécie, inexistindo raças ou segregações (Supremo, 2008).

Da mesma forma, repelindo qualquer forma de discriminação, o Brasil compartilhou do entendimento firmado na Assembleia da ONU em 1960, em que restou consignado que a “perseguição racial é contrária ao espírito e aos

fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente”. Nessa oportunidade, o Brasil adere à Convenção Internacional contra o genocídio (Supremo, 2008).

Na mesma seara, firmou-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê combate à “apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência” (Supremo, 2008).

Outrossim, lembrada pelos Ministros Maurício Correa e Celso de Mello, na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, defendeu-se a indivisibilidade e a internacionalidade dos direitos humanos, ratificando-se o repúdio ao preconceito e ao racismo. Referido diploma, com efeito, contribuiu para que o Brasil empregasse significativos avanços conceituais concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com a concretização dos direitos humanos, à interdependência entre a democracia, o desenvolvimento e os direitos humanos, no sentido do reconhecimento de sua universalidade.

O Ministro Maurício Correa, da mesma forma, consignou que:

Na França, a Lei nº 90.615/1990 dispôs que a conduta punível “a negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto”. O art. 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério de vítimas do nazismo em Carpentras em 1991, “aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel nazista”.

Também na Espanha a denominada “lei contra o nazismo” de 1995 tipificou como crime de negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas ao holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do art. 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação “de crime de guerra ou contra a paz e a humanidade”.

O Parlamento Europeu, após estudos desenvolvidos “no ano europeu contra o racismo”, propôs que os Estados-membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a negação do holocausto ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e a difusão de material de conteúdo racista, xenófobo ou revisionista. (Supremo, 2008)

No âmbito da manifestação da jurisprudência sobre tais temas, o Ministro Gilmar Mendes assinala que decisões similares foram tomadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra (Supremo, 2008).

De fato, a Suprema Corte americana deparou-se com o caso substanciado em pichação dos muros de sinagogas em Maryland com símbolos antisemitas. As entidades judaicas ajuizaram ação contra os responsáveis e

obtiveram êxito em primeira e segunda instâncias. No entanto, a Suprema Corte reformou o entendimento, no sentido de negar aos judeus, em razão de não serem grupo social distinto. É que a Lei de 1982 objetivava proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, conferindo, assim, maior conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana.

A Câmara dos Lordes, em 1983, ao apreciar o caso *Mandla v. Dowell* entendeu que, sob o manto do Racial Relations Act de 1976, o significado da terminologia “étnico” não pode ser interpretado em sentido estrito. Assim, a acepção do termo não pode remontar a aspectos tão somente científicos, mas, sim, a elementos culturais e políticos, sendo de rigor, assim, a interpretação extensiva do crime de racismo.

Nesse contexto, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal fundamentou o indeferimento do *habeas corpus* em comento, precipuamente, com base na comparação do tratamento de racismo no estrangeiro, sob o enfoque dos aspectos históricos relacionados à segregação judaica, dos organismos internacionais que buscam sedimentar direitos humanos, do tratamento legislativo do assunto e da jurisprudência constitucional de determinados países.

Com efeito, os países que serviram de paradigmas para comparação de legislação pertinente ao tema foram Espanha, França e Portugal, países que têm a mesma família de direito do Brasil, ou seja, romano-germânica, acertada, portanto, a escolha pelo Supremo Tribunal Federal (David, 1996).

Com relação ao tratamento do racismo por organismos internacionais, a Corte brasileira utiliza-se do método comparativo para estabelecer parâmetros para compreensão do termo “raça”. Nesse sentido, há referência à proteção de tais organismos das etnias contra o preconceito, especificamente as disposições da Organização das Nações Unidas, da Unesco, do Parlamento Europeu e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Constata-se, nesse ponto, que a preocupação brasileira foi no sentido de identificar os objetivos e os valores nas disposições de organizações internacionais dissipadoras do ideal-moral da concretização dos direitos humanos e da redução das desigualdades entre os povos e estabelecer cooperação, adotando os fundamentos ali firmados (Häberle, 2007).

No que concerne aos precedentes mencionados, nota-se que foi feita referência a decisões adotadas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, países ancorados na tradição notória de proteção de direitos fundamentais (Bonavides, 1998).

Nota-se que outros paradigmas estrangeiros poderiam ser suscitados, especificamente os utilizados pelos países da própria América Latina, o que resultaria em maior grau de legitimidade da decisão, tendo em vista a proximidade cultural e a correlação histórica entre eles (Silva, 2007).

4 ANÁLISE DAS QUESTÕES SUSCITADAS NO PRECEDENTE: HC 82.424/STF

A comprovação de superação dos modelos estatais clássicos, como o Estado de Direito, para dar lugar a uma reflexão de um Estado Constitucional Pós-Positivista, a aproximação entre o direito e a moral, o papel do juiz como construtor da norma e a relação com a separação dos poderes, bem como o novel advento da cooperação internacional, bem como a reformulação do conceito de soberania são questões que merecem análise, mas que, por razões óbvias, serão apenas pontuadas no presente estudo.

A partir da assertiva bem colocada por Pérez Luño, no sentido de que o paradigma estatal deve conformar-se à geração sucessiva de necessidades e valores sociais (Luño, 2002, p. 97), advém a proposta do Estado Constitucional Cooperativo.

Com efeito, o Estado Constitucional Cooperativo é o modelo de Estado que objetiva incorporar os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral da globalização e da consolidação dos direitos humanos no plano internacional pelo Direito (Häberle, 2007, p. 4).

Nessa perspectiva, é imperiosa a revisão da ideia tradicional de soberania, no sentido de que se trata de um poder absoluto e perpétuo (Hespana, 2000, p. 26-30). Adota-se, sim, a perspectiva da soberania coordenada em função dos demais interesses mundiais, pautados na concretização dos direitos humanos, a partir de uma perspectiva de respeito a aspectos culturais, em manifesto cunho de preservação de uma sociedade pluralista, bem como a redução de desigualdades entre os povos (Kotzur, 2008).

O papel do juiz, nesse cenário, deve consistir, também, na cooperação internacional, o que se viabilizará com a comparação. É nesse espectro que Peter Häberle propõe o método comparativo como quinto método de interpretação, aliado aos métodos literal, sistêmico, histórico e teleológico, o qual consiste na realização de comparação entre o direito local e o estrangeiro com a finalidade de cotejar culturas, para que possam ser consolidados os direitos humanos ou direitos fundamentais no plano internacional (Silva, 2007).

Sequencialmente, após constatado o pano de fundo teórico que circunda o método comparativo, fez-se uso da metodologia de estudo de precedente do Supremo Tribunal Federal que mostrasse maior pertinência ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Nesse sentido, foi possível identificar que, no HC 82.424, abordam-se questões atinentes ao racismo e ao discurso antissemita e, nele, foi feita menção a dispositivos e elementos jurídicos estrangeiros, o que demonstrou sua consonância com o princípio da responsabilidade internacional ao paradigma do Estado Constitucional Cooperativo.

Diante dos direitos à liberdade de expressão, de um lado, e da igualdade e dignidade da pessoa humana, de outro, o Supremo Tribunal Federal teve

de se posicionar a respeito de qual dos direitos fundamentais invocados teriam mais força no caso concreto, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, na proteção do grupo étnico dos judeus, pode afastar o direito à liberdade de expressão do autor e veiculador dos livros antissemitas, assim como a imprescritibilidade do crime (Supremo, 2008).

Para chegar a tal conclusão, vários argumentos de índole estrangeira foram utilizados, desde a descrição dos elementos históricos que ensejaram o combate ao racismo praticado contra os judeus no cenário internacional até a repercussão de tal fenômeno no Brasil.

De igual modo, a doutrina estrangeira sobre a acepção do termo racismo serviu de parâmetro para a tomada de decisão pelo indeferimento do *habeas corpus* em comento. Nesse ponto, os Ministros Maurício Correa e Gilmar Mendes, especificamente, afirmam que a acepção da raça não deve ser considerada em função de seu conceito biológico, mas, sim, tendo-se em conta os elementos antropológicos e sociológicos de segregação e hierarquização entre os povos.

Outrossim, a fundamentação da decisão conta com a comparação do tratamento do crime de racismo firmada na esfera legislativa na Espanha, na França e em Portugal, países que têm a mesma família de direito do Brasil (David, 1996, p. 25-137).

No mesmo diapasão, a Corte brasileira estabeleceu diálogo com organismos internacionais pautados na concretização de direitos humanos, especificamente a ONU, a Unesco, o Parlamento Europeu e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966, aproximando, assim, as preocupações internacionais para o combate à discriminação racial (Häberle, 2007, p. 24-41).

Por fim, o Supremo Tribunal Federal fez menção a decisões adotadas nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha em casos similares, o que demonstra, mais uma vez, o diálogo entre países ancorados na tradição notória de proteção de direitos fundamentais em nítido caráter cooperativo (Bonavides, 1998, p. 510-539).

Nota-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal encontra-se, em alguma medida, alinhado aos preceitos do Estado Constitucional Cooperativo, especificamente no que concerne à concretização dos direitos fundamentais, na medida em que, ante o repúdio ao incitamento aos ideais nazistas veiculados em livros, por meio da condenação do respectivo autor.

Todavia, a fundamentação adotada no HC 82.424 não é regra no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, ao contrário, de um precedente de alta relevância para a história da Corte Constitucional brasileira, confirmando a premissa, já lançada por Peter Häberle, de que o Estado Constitucional Cooperativo ainda é incipiente e muitas das preocupações internacionais importantes para a continuidade da humanidade ainda não constituem objetivos dos Estados Nacionais contemporâneos (Häberle, 2007, p. 10-13).

Convida-se, assim, à aproximação dos interlocutores com o Estado Constitucional Cooperativo, de modo a repensar a complexidade do Direito por intermédio do diálogo com o “universo”, definindo estratégias para a proteção dos direitos fundamentais internacionalmente, eis que não há como fugir deste destino.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

_____. Lei nº 7.716/1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 10 jan. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado*. Introdução. Teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Tendencias actuales del derecho comparado. In: SERNA DE LA GARZA, José Maria (Coord.). *Metodología del derecho comparado. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1793>>. Acesso em: 5 set. 2006.

HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. São Paulo: Renovar, 2007.

HESPANA, Benedito. Uma visão crítica de problemas constitucionais no direito comparado, no direito comunitário e no Mercosul. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, a. 8, n. 30, jan./mar. 2000.

KOTZUR, Markus. *La soberanía hoy*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo Europeo-Latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 28 jan. 2008.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

LUÑO, Henrique Perez. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*. 1. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Estado constitucional cooperativo: o futuro do Estado e da interpretação constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/index.htm>. Acesso em: 28 mar. 2007.

_____. Metodologia de estudos de precedentes. Observatório da jurisdição constitucional. Brasília, a. 1, 2007. Disponível em: <ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/5/52>. Acesso em: 22 set. 2008.

SILVA, Christine Oliveira Peter da (Coord.). Sala constitucional: estudo sobre o *Habeas Corpus* nº 82.424-2/RS (crime de racismo e antissemitismo). Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/circuloconst>>. Acesso em: 10 jan. 2008.

SUPREMO Tribunal Federal. Plenário, HC 82.424, Ementa: [...], Relator p/o Acórdão Ministro Maurício Correa. Brasília/DF, DJ 19 mar. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.