

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
TIAGO PREDABON COSTA

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:
do conflito entre direitos fundamentais no caso do
***Habeas Corpus* nº: 82.424/RS**

CURITIBA
2008

TIAGO PREDABON COSTA

**INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS:
do conflito entre direitos fundamentais no caso do
Habeas Corpus nº: 82.424/RS**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Vera Karam de Chueiri

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

TIAGO PREDABON COSTA

A INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: do conflito entre direitos fundamentais no caso do *Habeas Corpus* nº: 82.424/RS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

Orientadora: _____

Professora Dra. Vera Karam de Chueri

Professora Me. Amélia do Carmo Sampaio Rossi

RESUMO

Trata-se de monografia destinada a abordar o tema dos direitos humanos e fundamentais, em especial o direito à liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana para, em seguida, realizar uma análise específica do caso julgado Supremo Tribunal Federal nos autos de *Habeas Corpus* nº 82.424/RS (conhecido nacionalmente como “Caso Ellwanger”), em que se discutiu sobre o conflito de direitos fundamentais apontados, bem como acerca da interpretação a ser dada *in casu* para o crime de racismo, referido na Constituição Federal (art. 5º, XLII) e tipificado em Lei infraconstitucional.

PALAVRAS-CHAVES: hermenêutica constitucional; direitos fundamentais; liberdade de expressão; dignidade da pessoa humana; “*hate speech*”.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os meus familiares (em especial, ao meu pai, à minha mãe e minha irmã), que me auxiliaram nos momentos mais difíceis.

Também agradeço aos meus amigos (em especial, aos da CAHSA, do PAR e do CEFET-PR) pelas demonstrações de lealdade e de militância.

À Professora Vera, por toda a paciência despendida e por não me deixar cair em descrença mesmo durante os maus-bocados.

*“Devemos aprender a viver juntos como irmãos ou
perecer juntos como tolos”*

(Martin Luther King Jr.)

SUMÁRIO

RESUMO	iv
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO 1. DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS	04
1.1. - CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS	04
1.2. - CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	07
1.3. - RESTRIÇÕES, LIMITES ÀS RESTRIÇÕES E COLISÕES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
CAPÍTULO 2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO – UM DIÁLOGO CONFLITUOSO	20
2.1. - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	20
2.2. - LIBERDADE DE EXPRESSÃO	26
2.3. - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIGNIDADE HUMANA - O PROBLEMA DOS DISCURSOS DE ÓDIO E SUA RESOLUÇÃO NO DIREITO COMPARADO	33
CAPÍTULO 3. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS - O CASO ELLWANGER	40
3.1. - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO HC nº 84.424/RS	42
3.1.1. - Ministros que deferem o <i>Habeas Corpus</i>	43
3.1.2. - Ministros que indeferem o <i>Habeas Corpus</i>	44
3.2. - LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO HC nº 84.424/RS.....	45
3.2.1. - Ministros que deferem o <i>Habeas Corpus</i>	46
3.2.2. - Ministros que indeferem o <i>Habeas Corpus</i>	48
3.3 – A RESOLUÇÃO DO CONFLITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	50
3.3.1. - Ministros que deferem o <i>Habeas Corpus</i>	50
3.3.2. - Ministros que indeferem o <i>Habeas Corpus</i>	53
4. APONTAMENTOS FINAIS	60
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64
6. ANEXOS	68

INTRODUÇÃO

Ao menos na teoria, vivemos em um *Estado Constitucional*^{1 2}.

O presente Estado, que se quer Democrático de Direito, é destinado, conforme versa o Preâmbulo da “Constituição Cidadã”³ “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Como bem colocado por Paulo BONAVIDES, esse Estado de Direito “pertence aos direitos fundamentais e primordialmente às garantias e salvaguardas que a Constituição ministra pelas vias processuais”⁴, sendo portanto, “mais um Estado de legitimidade do que propriamente o da legalidade em sua versão clássica”⁵.

Nele, um Poder aparece com grande destaque: o Poder Judiciário. Cabe a ele a tarefa essencial de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (artigo 5º, XXXV, CF), apresentando portanto a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes e de particulares e definir o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados

1 Diz-se isso considerando a existência de relevante parcela da população brasileira em condições miseráveis, para a qual talvez o presente Estado não passe, na prática, de um Estado de Permanente Exceção. Nesse sentido, cabe destacar o estudo: DIMENSTEIN, Gilberto. O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil, 20 ed. São Paulo, Ed. Ática, 2002.

2 Poder-se-ia tomar a expressão *Estado Constitucional* como atrelada ao clássico Estado liberal-burguês, haja vista que como bem explica o constitucionalista lusófono Jorge MIRANDA, “o Estado Constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado Liberal, assente na idéia de liberdade, e em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade” e revela-se também “como Estado burguês, imbricado ou identificado com os valores e interesses da burguesia, que então conquista, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico” (In: MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007, p. 47).

Entretanto, desde já adverte-se, o modelo de Estado referido com a expressão *Estado Constitucional* é o do atual Estado Brasileiro, regido pela Constituição Federal de 1988, Lei Fundamental e Suprema.

3 Certamente digno de nota é o belo discurso do então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Exmo Sr. Ulysses Silveira Guimarães, quando da apresentação do texto constitucional, em que são enumerados inúmeros adjetivos, que bem revelam o transpirante sentimento de esperança daquela Assembléia Constituinte: “A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora. (...) Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.” (In: GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. - documento em anexo)

4 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 15 ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2004, p. 20.

5 *Idem*, p. 20.

pelo Constituinte.

Ora, se no campo teórico sublinhar que cabe ao Poder Judiciário a tarefa de definir o conteúdo e concretizar os direitos fundamentais proclamados na Constituição é algo para-lá-de-óbvio e um tanto fácil de ser feito, no cotidiano do jurista, tal tarefa mostra-se muito mais intrigante e complexa.

Isso porque, não se pode negar, a definição de um direito fundamental pelo Poder Judiciário envolve mais do que ciência, envolve uma boa dose de paixão, não havendo espaço para o “narcisismo científico”⁶ que ainda permeia o Direito. Como bem coloca Luís Roberto BARROSO, *“o Direito, como forma de expressão humana, envolve criação, sentimento, estilo. Ao lado de sua vocação pragmática, voltado para a realidade e a solução de problemas, o Direito existe, também, para satisfazer ao espírito, para ser bonito, para acenar ao dia seguinte. Por trás das ortodoxias sisudas e dos formalismos caricatos, Direito também é arte.”*⁷

Dessa maneira, vê-se que a clássica vinculação das Cortes aos direitos fundamentais, com seu dever de conferir a tais direitos a máxima eficácia possível e recusar aplicação a preceitos que não os respeitem, não se revela uma tarefa tão simples, tampouco tão rigorosamente científica como a de resolver uma operação matemática básica, mas sim uma penosa missão que envolve diversos fatores, os quais nem sempre se resumem às palavras trazidas nas necessárias fundamentações das decisões.

Penosa missão também foi a do autor do texto, que teve de escolher, dentre vários, um único caso a fim de demonstrar de maneira mais aprofundada, como pode haver a definição de um direito fundamental pelo Poder Judiciário no hodierno Estado Constitucional Brasileiro.

Dessa forma, o presente estudo ateu-se a analisar o conflito entre a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão na situação apresentada no *Habeas Corpus* nº 82.424-2 do Rio Grande do Sul, cujo paciente foi Siegfried Castán

6 A expressão “narcisismo científico” remete ao pensamento do eminente constitucionalista Luís Roberto BARROSO em seu artigo “Direito e Paixão”, no qual trabalha numa crítica contundente à racionalidade instrumental que norteou o Direito durante longo tempo. Como bem coloca o referido autor: *“O pensamento intelectual e, mais notadamente, o pensamento jurídico, por longo tempo, guardou-se isolado numa auto-suficiência excludente, que limitava o seu objetivo e, de certo modo, amesquinhava o conhecimento que produzia. O formalismo e o positivismo jurídicos, sem embargo de sua justificação histórica contribuíram para este quadro, que talvez pudéssemos chamar de narcisismo científico.”* (In: BARROSO, Luís Roberto. Direito e Paixão. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto062.rtf>>. Acesso em 01 out. 2008.).

7 BARROSO, Luís Roberto. Direito e Paixão. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto062.rtf>>. Acesso em 01 out. 2008.

Ellwanger (escritor e editor de livros condenado pela conduta delituosa de racismo), julgado em meados de 2003 pelo Supremo Tribunal Federal, à época, composto pelos Excelentíssimos Senhores: Ministro Antonio Cezar Peluso, Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, Ministra Ellen Gracie Northfleet, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes⁸, Ministro José Celso de Mello Filho, Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Ministro Maurício José Côrrea (Presidente) e Ministro Nelson Azevedo Jobim.

É lícito afirmar que nessa decisão os “Guardiões da Constituição”, além de promoverem a um exercício hermenêutico até então nunca enfrentado nas terras tupiniquins e ponderarem sobre intrincado confronto entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa, princípios basilares ao nosso Estado Constitucional, revelaram claramente a posição daquela Corte em face da prática delituosa do racismo, demonstrando nítida preocupação com a proteção às minorias.

A fim de que a exposição do caso revele-se clara e cientificamente objetiva (se é que tal é possível), trabalhar-se-á primeiramente com o tema *direitos fundamentais*, definindo o seu conteúdo e sua relação com os direitos humanos, bem como apresentando suas características e funções principais e enunciando como se dão as restrições a tais direitos para então trabalhar a temática do conflito entre direitos fundamentais.

Em seguida, serão apresentados os princípios fundamentais em espécie essenciais à compreensão do julgado, quais sejam a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, promovendo-se nesse ínterim diálogos com os discursos de ódio e com as práticas racistas, fazendo-se a seguir sua localização na Constituição de 1988 e demonstrando-se, com base no Direito Comparado, como alguns países e organizações internacionais vêm se posicionando sobre o tema.

Após, será apresentado o caso concreto, a fim de se observar como houve a definição dos direitos fundamentais em espécie aludidos e de que forma se procedeu à análise do conflito entre os mesmos direitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, serão tecidos os apontamentos finais, ora conclusivos, ora problematizantes acerca do tema e da decisão, no intuito de tornar o trabalho, além de descritivo, propositivo.

⁸ O Ministro Joaquim Barbosa não votou por suceder o Ministro José Carlos Moreira Alves, que havia anteriormente votado.

CAPÍTULO 1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

As Constituições, enquanto Leis Fundamentais e supremas de seus Estados, verdadeiros estatutos jurídicos do político⁹, prestam-se essencialmente a organizar os entes estatais, dividir seus Poderes e constituir um sistema de direitos e garantias aos indivíduos (sejam eles nacionais ou não-nacionais).

Através da positivação desses direitos e garantias, enquanto expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórico-espacialmente situada, a Constituição transforma-se em uma “reserva de justiça”¹⁰, em um parâmetro de legitimidade (tanto formal, quanto material) da ordem jurídica, revelando sua essencialidade para o Direito e para a própria manutenção do Estado, assim chamado *Estado Constitucional*.

Não à toa se dizer, nessa medida, que o avanço alcançado pelo direito constitucional hoje é, em grande parte, fruto da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa, bem como da certeza de que é a Constituição efetivamente o local mais adequado para a positivação normativa dessas pretensões¹¹.

Entretanto, verdadeiramente o que são direitos fundamentais e como se diferenciam dos direitos humanos? Quais as suas principais características, funções e limites? O que fazer quando estiver frente a frente a casos de colisão desses direitos ? Essas e outras questões serão a seguir trabalhadas no presente capítulo.

1.1. - CONCEITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS¹²

9 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito Constitucional. 3 ed. Coimbra , Ed. Almedina, 1983, p. 427. - citação indireta.

10 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. (Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 71.).

11 MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Ed. Saraiva, 2007 – citação indireta.

12 De antemão, deve-se destacar que a distinção entre *direitos humanos* e *direitos fundamentais*, a seguir apresentada, dá-se mais por questões didáticas e metodológicas do que essencialmente materiais, haja vista que a discussão no presente estudo dá-se entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, direitos esses que poderiam ser caracterizados, sem relevante censura pela comunidade

Conceituar os direitos fundamentais, já é, por si só, um passo difícil de ser dado, pois como adverte o consagrado constitucionalista brasileiro Paulo BONAVIDES¹³, há certamente um uso descuidado das expressões *direitos fundamentais*, *direito humanos* e *direitos do homem*, tratando-as equivocadamente como sinônimas.¹⁴

Primeiramente, no tocante aos *direitos fundamentais*, extremamente válida é a contribuição prestada por Carl SCHIMITT¹⁵ ao traçar dois *critérios formais* e um *critério material* para a caracterização dos direitos fundamentais.

No tocante ao *critérios formais*: **(i)** podem ser tidos como direitos fundamentais aqueles especificados e nomeados na Constituição; **(ii)** os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um maior grau de garantia ou segurança (ou ainda, são tidos como imutáveis). Por sua vez, quanto ao *critério material*, compreende o autor que cada Estado apresenta direitos fundamentais específicos, variáveis conforme sua ideologia, modelo de organização e axiologia do texto Constitucional.

Com relação aos *direitos humanos*, cabe destacar a definição oferecida por Antonio-Enrique PEREZ LUÑO, ao afirmar que os direitos humanos revelam-se como “*um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas em nível nacional e internacional.*”¹⁶

Conforme vê-se, já há uma “luz” para a identificação de diferenças entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, entretanto, cabível ainda serem trazidas à tona mais contribuições teóricas.

científica, como *direitos humanos fundamentais*.

13 BONAVIDES, Paulo. Op cit, p. 560.

14 Ingo SARLET vai mais além, e nos reforça a problemática da imprecisão terminológica, pois além das três expressões citadas (*direitos humanos*, *direitos do homem* e *direitos fundamentais*), aponta outras denominações existentes, tais como *direitos subjetivos políticos*, *liberdades públicas*, *direitos individuais*, *liberdades fundamentais* e *direitos humanos fundamentais*, dentre outras.

Para se ter idéia exata dimensão do problema, em nossa própria Constituição o tema é trabalhado de diversas formas, vide a utilização das expressões: a) *direitos humanos no artigo 4º, inciso II*; b) *direitos e garantias fundamentais na epígrafe do Título II e no artigo 5º, § 1º*; c) *direitos e liberdades fundamentais, no artigo 5º, inciso LXXI*; e d) *direitos e garantias individuais, no artigo 60, § 4º, inciso IV* (In: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 33).

15 SCHIMITT, Carl (Apud: BONAVIDES, Paulo. Op cit, p. 561).

16 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo, Ed. Saraiva, 2003, p. 372.

Dentre elas, cabe destacar a do grande constitucionalista ibérico José Joaquim Gomes CANOTILHO, que sobre o tema disserta:

(...) direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal, os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁷

Já em terras pátrias, também pautando-se na idéia acima referida, Ingo SARLET nos mostra que a essência e a razão dos direitos fundamentais reside na proteção da dignidade humana, bem como na luta pela limitação do poder estatal, daí porque apontar:

(...) não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). (...) Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados, como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco carácter supranacional.¹⁸

Dessa forma, crê-se ter deixado clara a conceituação dos *direitos fundamentais* e sua relação com os *direitos humanos*, adotando-se no presente estudo, a fim de melhor analisar o conflito entre direitos fundamentais no “Caso Ellwanger” a visão de que aqueles delineados na Ordem Constitucional do Estado são verdadeiramente os direitos fundamentais.

A seguir, passa-se a uma breve análise das características e funções referentes aos direitos adjetivados de fundamentais pela Constituição para se facilitar a

17 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. cit, p. 427.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 35-36.

compreensão do objeto do estudo.

1.2. - CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se a conceituação em si dos direitos fundamentais revela-se algo bastante complexo, situação pouco diferente também ocorre no tocante à enunciação de características desses direitos que se apresentem sempre como válidas a todo tempo, haja vista que o modo como são tratados os direitos fundamentais, bem como seu conteúdo variam muito de nação para nação.

Assim, escolhendo-se como marco teórico o professor Gilmar MENDES¹⁹, cabe destacar, primeiramente, o caráter aparentemente universal e absoluto dos direitos fundamentais.

Diz-se: **(a) aparentemente universal**, pois deve-se ter ciência de que: **(a.1)** quanto à titularidade, tais direitos podem não estar ligados a qualquer pessoa, mas condicionados à posição social que determinada pessoa ocupa na esfera social; **(a.2)** quanto ao pólo passivo, há casos em que não se sabe se sabe quem é o obrigado, se o Estado ou particular; e **(b) aparentemente absoluto**, porque não se pode mais conceber que os direitos fundamentais se encontram no máximo patamar da hierarquia jurídica, sendo portanto inatingíveis e absolutos, revelando-se voz corrente na doutrina jurídica que tais direitos podem encontrar limitações ao se chocarem com outros importantes valores constitucionais (como a segurança e a moral públicas) ou até mesmo outros direitos fundamentais de igual relevância para o ordenamento.

Em segundo lugar, há que se atentar para o caráter da historicidade dos direitos fundamentais²⁰. Isso porque sendo os direitos fundamentais fruto do intenso e

19 Sirvo-me no presente subtítulo relacionado às características dos direitos fundamentais dos ensinamentos do professor Gilmar MENDES (vide: MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 239-254).

20 Quanto à historicidade dos direitos fundamentais, certamente interessante é a análise da já bastante difundida “teoria das dimensões” dos direitos fundamentais apresentada por Ingo SARLET em sua obra “A eficácia dos direitos fundamentais”, pautando-se na construção teórica do eminente constitucionalista alemão Klaus STERN.

Entretanto, é lícito consignar a advertência de Gilmar MENDES quanto à impropriedade da exposição por meio de gerações de direitos fundamentais: “essa distinção entre gerações de direitos fundamentais é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Deve-se ter presente, entretanto, que falar em sucessão de gerações não significa dizer que os direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos em instante seguinte. Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevaletentes nos novos momentos.(...) Pode ocorrer, ainda, que alguns

permanente processo de disputa social, por vezes existem modificações em seu conteúdo, por vezes são eles extintos, sendo lícito se afirmar nessa toada que não podem ser os direitos fundamentais sempre analisados “com os mesmos olhos”, tidos hoje com a mesma aparência de outrora.

Ainda, deve-se destacar que os direitos fundamentais apresentam um caráter inalienável, não havendo portanto permissão para o seu titular tornar seu direito indisponível de ser exercitado.

Tal característica pauta-se essencialmente na dignidade da pessoa humana, na potencialidade de auto-determinação e realização do sujeito, não sendo assim admissíveis atos de disponibilidade dos direitos à vida, à integridade física e a outras liberdades pessoais. A título exemplificativo, cabe destacar que não são toleráveis situações em que o sujeito torna-se verdadeiramente um objeto, como nos casos de escravidão e de homicídio consentido²¹, ou ainda de exposição indevida ao ridículo e ao perigo, como nos “lançamentos de anões”²² e contratos à la “O Mercador de Veneza”²³.

Outra característica importante associada aos direitos fundamentais expressa-se em sua constitucionalização. Conforme já se deve imaginar, os direitos fundamentais são direitos que recebem uma adjetivação especial pelo Constituinte, apresentando portanto *status* constitucional, haja vista sua essencialidade para o Estado.

Além disso, os direitos fundamentais vinculam os atos dos Poderes Estatais.

No tocante ao Poder Legislativo, por exemplo, deve-se atentar que fica tal

chamados novos direitos sejam apenas os antigos adaptados às novas exigências do momento(...). A visão dos direitos fundamentais em gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de cada geração interage com os das outros, e nesse processo, dá-se a compreensão.” (In: MENDES, Gilmar et alli. Op cit,p. 234).

Daí porque, sugere-se ao leitor a sistematização através de “*momentos de conscientização*” relacionados aos direitos fundamentais apresentada por Joaquim José Gomes CANOTILHO em: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Op. Cit, p. 422-427.

21 Um caso amplamente divulgado foi o do “canibal de Roternburg”, Armin Meiwes, recentemente condenado à prisão perpétua na Alemanha pelo homicídio de Bernd Jürgen Armando Brandes, pois conforme verificou-se, Meiwes combinou pela Internet com Bernd Brandes que iria assassiná-lo e comê-lo, e assim o fez, inclusive gravando todo o sórdido ocorrido.

22 Também a fim de melhor ilustrar a hipótese, vale apontar que na França, uma danceteria promovia semanalmente uma competição consistente em literalmente arremessar anões à distância, entretanto, diante de tal prática decidiu a autoridade local proibir tal competição. Em seguida, após ampla discussão judicial, o Conselho de Estado Francês, em outubro de 1995, entendeu pela proibição da prática de “lançamento de anões”, por ferir a dignidade da pessoa humana.

23 Refere-se aqui ao empréstimo de dinheiro do judeu Shylock ao mercador veneziano Antônio, narrado na obra “O Mercador de Veneza” do teatrólogo inglês William SHAKESPEARE (1564-1616), em que se verifica como condição negocial que Shylock somente faria o empréstimo desde que Antônio empenhasse uma libra de sua própria carne como garantia, como esse assim concordou.

Poder vinculado a legislar coerentemente ao sistema constitucional, ora não restringindo os direitos fundamentais, ora restringindo-os, ora disciplinando processos para sua realização, mas sob hipótese nenhuma abolindo-os, nem sequer por emenda constitucional, pois apresentam-se tais direitos como verdadeiras *cláusulas pétreas* por força do artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição.

Quanto ao Poder Executivo, também ele deve atentar em seus atos a não ofender os direitos fundamentais de seus cidadãos e promover a efetivação de tais direitos, sob pena de ver declarados nulos seus atos ou tê-los anulados.

Por sua vez, o Poder Judiciário apresenta o dever de conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível e de recusar aplicação a preceitos que não os respeitem. Daí porque se dizer que os direitos fundamentais são exigíveis e justiciáveis, que podem ser implementados através do Poder Judiciário — mesmo diante da inércia dos outros dois Poderes (Executivo e Legislativo) — ou concretizados pela Justiça de outra maneira, mediante a limitação dos atos dos demais Poderes e/ou de particulares quando configurarem “adversários” dos direitos fundamentais.

Outro caractere essencial quando teoriza-se acerca dos direitos fundamentais é o aplicabilidade imediata, de maneira que tais direitos, por força do artigo 5º, §1º da CF, não necessitam de regulamentação para serem efetivados, sendo assim diretamente vinculantes.

Tal característica liga-se essencialmente à extrema necessidade de materialização dos direitos consagrados pelo Constituinte, à superação da concepção de Estado de Direito formal regulado por uma “Constituição-folha de papel”²⁴ para a construção de um Estado Constitucional, no sentido mais completo do termo.

Assim, vê-se que nesse Estado Constitucional, que se quer Democrático de Direito, os direitos fundamentais equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal; ao mesmo tempo, expressam os fins que norteiam o próprio Estado²⁵, tendo certamente algumas funções importantes para o Direito e para a sociedade, as quais serão expostas brevemente a seguir.

24 Nesse sentido, essencial a análise de: LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6 ed. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Iuris, 2001.

25 FERRAJOLI, Luigi (Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais) – citação indireta.

Com relação às funções dos direitos fundamentais, em que pese a brilhante contribuição de JELLINEK²⁶, melhor se revela para a compreensão dos direitos em questão no presente caso a classificação oferecida pelo professor Gilmar MENDES²⁷ em três grupos de direitos fundamentais: **(i) direitos de defesa;** **(ii) direitos da prestação;** **(iii) direitos de participação.**

Os direitos de defesa se caracterizam por impor ao Estado um dever de abstenção, não-interferência e não-intromissão no espaço individual, objetivando portanto a limitação do poder estatal. Sob esse prisma, constituem-se como verdadeiras normas de competência negativa para os Poderes Públicos, impondo vedações à interferência estatal no âmbito das liberdades a fim de proteger bens jurídicos importantes do indivíduo.

Destaque-se que as normas que prescrevem direitos de defesa são, via de regra, auto-executáveis, mesmo quando as expressões utilizadas para a consagração de tais direitos seja vaga, pois o conteúdo previsto na norma pode ser determinado por meio de interpretação pelo Poder Judiciário. Em nosso texto constitucional, por exemplo, cabe salientar o direito do indivíduo de não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelo Estado senão em virtude de Lei (art. 5º, II), o direito de não ser submetido a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (art. 5º, IX).

Por sua vez, os direitos de prestação, enquanto verdadeiros direitos de promoção, forçam o Estado a agir para libertar os indivíduos necessitados e tornar a

26 Georg JELLINEK desenvolveu a classificação dos direitos fundamentais segundo quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar diante do Estado (*status subjectiones*): (a) *status* passivo (liga-se ao dever de participação); (b) *status* negativo (remete aos direitos de defesa); (c) *status* positivo (liga-se aos direitos a prestações); (d) *status* ativo (referente aos direitos de participação).

Pode-se observar que: i) o *status* negativo remete à esfera de liberdade na qual os interesses individuais considerados mais essenciais encontram sua satisfação, configurando-se como uma verdadeira esfera de liberdade individual dentro da qual as ações são totalmente livres, afinal, o Estado exerce sua autoridade sobre homens livres; ii) o *status* passivo constitui-se exatamente como uma situação contrária, na qual o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado, representando portanto uma esfera de obrigações; iii) o *status* positivo disponibiliza ao indivíduo capacidades jurídicas para exigir do ente Estatal prestações positivas, podendo portanto o sujeito individualmente considerado reclamar para si algo que o Estado se obrigou a fazer ou até mesmo a não fazer; iv) o *status* ativo, por sua vez, verifica-se nas situações em que o cidadão recebe competências para participar do Estado no intuito de formar a vontade estatal (v.g. os direitos políticos).

Conforme nos mostra Robert ALEXY, a teoria de JELLINEK não se revela suficiente para se verificar as funções dos direitos fundamentais, pois os *status* apresentam-se como abstrações de posições elementares, entretanto a relação entre as posições elementares e os estados não se mostram em si muito claras. (JELLINEK, Georg (Apud: MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 255. e THEODORO, Marcelo Antonio. A concretização dos direitos fundamentais. Tese de dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2000, p. 15-16)).

27 MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 255-265.

igualdade mais do que uma formalidade, não havendo espaço para omissões.

Notabilizam-se tais direitos pela sua relação com o mundo econômico, haja vista que são satisfeitos segundo as disponibilidades do momento, daí porque se dizer que estão condicionados à reserva do possível (e ao mínimo social). Cabe destacar no tocante à extensão e pressupostos destes direitos que, em regra, não podem eles ser determinados pelo Poder Judiciário, dizendo-se portanto que a tarefa de concretização desses direitos encontra-se relacionada essencialmente aos demais Poderes (leia-se: Executivo e Legislativo).

Os direitos de prestação podem se dividir em: **(i)** direitos à prestação jurídica, como por exemplo, a obrigação do Estado de dar acesso à Justiça para todos²⁸, bem como a obrigação estatal de editar normas penais para coibir práticas atentatórias aos direitos fundamentais (art. 5, LXLI) e as práticas de racismo (art. 5º, XLII), dentre outras; **(ii)** direitos à prestações materiais, como por exemplo os direitos à educação, trabalho, saúde, dentre outros tantos enumerados no art. 6º da Constituição Federal.

Por fim, quanto aos direitos fundamentais de participação, cabe destacar que são direitos esses orientados à participação do cidadão na formação da vontade da Nação. Via de regra, apresentam tais direitos de participação características mistas, que os fazem ora serem vistos como direitos de defesa e ora como direitos a prestação.

Delineadas as características básicas dos direitos fundamentais (*caráter aparentemente universal e absoluto, historicidade, inalienabilidade, constitucionalização, vinculação dos Poderes Estatais e aplicabilidade imediata*), bem como as funções de tais direitos (em especial destaque, de direitos de defesa e direitos de prestação), revela-se necessária, ao momento, a exposição sobre as restrições, os limites às restrições e as colisões entre direitos fundamentais.

1.3 - RESTRIÇÕES, LIMITES ÀS RESTRIÇÕES E COLISÕES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme facilmente pode-se notar na vida jurídica cotidiana, o exercício

28 Cabe lembrar no tocante ao acesso à justiça não somente a idéia de direito de ação, mas de direito fundamental de ação, ação essa adequada a tutela de direitos, tomando em consideração a necessidade de dar concretude aos direitos fundamentais. Nesse sentido, lapidares os ensinamentos de: MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil: teoria geral do processo. v.1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

dos direitos fundamentais pode ensejar não raramente uma série de conflitos com outros direitos fundamentais e valores constitucionalmente relevantes. É exatamente sobre a temática dos conflitos, restrições e limites às restrições dos direitos fundamentais que versará o presente subtítulo²⁹.

À guisa de introdução, cabe destacar que se compreendeu por longo tempo na história do Direito que uma norma para ser considerada jurídica deveria formulada aos moldes de uma regra, entretanto, com o surgimento do movimento do “pós-positivismo”³⁰ (em especial, após as teorizações de Robert ALEXY e Ronald DWORKIN), passou-se a compreender que assim como as regras, também os princípios seriam normas, e portanto, seriam juridicamente válidos.

Adotando essa divisão torna-se lícito apresentar: **(i)** as regras como normas que, diante da ocorrência de determinado fato concreto, exigem, proíbem ou permitem algo; **(ii)** os princípios, enquanto normas que exigem a realização de algo da melhor maneira possível em determinada situação fático-jurídica (os ditos “mandados de otimização”), destacando-se seu caráter “*prima facie*”, haja vista não haver como determinar sua abrangência diante da imediata leitura da norma, devendo-se observar demais fatores relevantes (por vezes, somente reconhecidos em casos concretos) para sua melhor delimitação³¹.

Tal construção dogmática (referente às regras e princípios) revela-se, por certo, essencial para a compreensão e solução de problemas relacionados aos direitos fundamentais, possibilitando conseqüentemente uma sustentação teórica mais consistente no tocante aos limites e às colisões desses direitos.

Dito isso, essencial se apresentar alguns conceitos indispensáveis para a

29 Não se adentrará nesse subtítulo, portanto, à análise da concorrência entre direitos fundamentais por ser tema desnecessário à compreensão do “Caso Ellwanger”.

30 Compreenda-se como movimento “pós-positivista” a corrente doutrinária (ainda em formação) preocupada com a “abertura” do ordenamento jurídico e com a eticidade do Direito, bem como vinculada às idéias de força normativa dos princípios jurídicos e essencialidade (e necessária efetividade) dos direitos fundamentais.

Sobre o tema, dentre a imensa bibliografia constante, cabe destacar os breves textos: 1) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo. O Pós-Positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de transição. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 06, jun./ago., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-DIOGO%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2008.; 2) PAMPLONA, Danielle Anne e ANNONI, Danielle. O processo de decisão judicial diante do Pós-Positivismo. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador, 2008, SALVADOR. Anais CONPEDI / Salvador - BA. SALVADOR : CONPEDI, 2008. v. 1. p. 3953-3968. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne_pamplona-1.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2008.

31 MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit – citação indireta.

compreensão da temática a seguir versada: **(i)** o âmbito de proteção (também chamado de núcleo de proteção) de determinado direito fundamental; **(ii)** as idéias de conformação e restrição referentes aos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, sobre o núcleo de proteção, necessário destacar a lição do professor Gilmar MENDES, o qual ensina que “o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (...) e a conseqüência comum, a proteção fundamental”³², correspondendo desta maneira “aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental.”³³ Lícito ressaltar, entretanto, que não necessariamente o âmbito de proteção de determinada norma se confunda com a proteção efetiva do direito.

Desta feita, observa-se que quanto maior for o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior é a possibilidade de que um ato estatal seja encarado como uma restrição aquele direito adjetivado de fundamental; por outro lado, quanto menor for o âmbito de proteção de um direito fundamental, certamente menor a possibilidade de que eventual ato estatal entre em conflito com tal direito.

Por sua vez, quanto às idéias de conformação (ou delimitação) e restrição (configuração), duas formas reconhecidas para a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é justo consignar a lição do doutrinador espanhol Juan Carlos GAVARA DE CARA.

Para ele, entende-se por restrição ou limitação “uma modificação normativa ou factual não contrária à Constituição de algum dos elementos configuradores do direito fundamental (titular, destinatário e objeto) com a conseqüência que afeta seu exercício” (tradução livre).³⁴

Já a configuração ou conformação, segundo o autor “é entendida como uma dotação de conteúdo material de algum dos elementos configuradores do direito fundamental ou da sanção vinculada a seu sentido prescritivo. Em definitivo, significa a determinação do conteúdo ou a fixação da forma de exercício e de suas garantias.” (tradução livre)³⁵

32 MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 294.

33 *Idem*, p. 294-295.

34 GAVARA DE CARA, Juan Carlos (Apud: THEODORO, Marcelo Antonio. Op. cit.) – citação indireta.

35 *Idem* – citação indireta

Dessa maneira, vê-se que a conceituação da restrição e da conformação dos direitos fundamentais se faz por meio de normas, sendo tais normas restritivas (compreendidas como aquelas que “*limitam ou restringem posições que, prima facie, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais*” [tradução livre]³⁶) ou conformadoras (vistas como aquelas que “*completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental*” [tradução livre]³⁷).

Feita essa exposição preliminar, passa-se à temática da restrição aos direitos fundamentais, para em seguida adentrar-se ao assunto fulcral, referente aos conflitos.

No tocante à restrição dos direitos fundamentais, parte-se da premissa no presente estudo que foram tais direitos concebidos enquanto princípios³⁸, de modo que se deve observar os direitos fundamentais e os fatores *in casu* envolvidos para a compreensão de determinada restrição em determinado caso concreto³⁹.

Segundo Gilmar MENDES, pode-se observar dois tipos de restrição a direitos fundamentais^{40 41}: **(a)** as restrições imediatas, entendidas como aquelas por força de expressa disposição constitucional; **(b)** as restrições mediatas, compreendidas enquanto aquelas tidas por força de lei ordinária ou outro fundamento ligado à própria Constituição.

No âmbito das restrições imediatas, cabe destacar a existência de restrições constitucionais diretas e indiretas, as quais podem ser divididas em: **(a.1)** restrição legal simples, as quais aparecem em situações em que o Constituinte autoriza a ação do Legislativo sem precisar seus moldes, veja-se por exemplo a previsão normativa contida no art. 5º, VI, que garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a

36 GAVARA DE CARA, Juan Carlos (Apud: THEODORO, Marcelo Antonio. Op. cit.) – citação indireta.

37 *Idem* – citação indireta

38 Conforme se verifica, adota-se de antemão a dita “Teoria Externa” ao invés da “Teoria Interna” sem adentrar-se à uma análise lógica rigorosa sobre as idéias de restrição e de direito individual. Admite-se, portanto, como ponto de partida que os princípios se apresentam como posições “*prima facie*”.

39 MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 300-301.

40 *Idem*, p. 302-313.

41 Cabe salientar que a discussão referente à existência de direitos fundamentais sem expressa previsão de reserva legal não foi aqui realizada por entender-se impertinente ao presente estudo. Sobre o tema, vide: MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 313-314.

proteção aos locais de culto e a suas liturgias; **(a.2)** restrição legal qualificada, quando o Constituinte já determina de antemão o objetivo para a restrição, v.g. o art. 220, § 1º da CF, determinando que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º da CF.

Entretanto, às restrições existem também limites, afinal não é pretensão do sistema tornar os direitos fundamentais um todo vazio que nada protege e nada alberga, devendo-se prestar atenção a alguns princípios como limitações às restrições dos direitos fundamentais. São eles: **(i)** o princípio da proteção do núcleo essencial; **(ii)** o princípio da proporcionalidade; **(iii)** princípio da proibição de restrições casuísticas.

O princípio da proteção do núcleo essencial⁴² aparece no contexto do Tribunal Constitucional Alemão na tentativa de contornar a possibilidade de esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador, de modo a se garantir que determinados direitos teriam o mínimo essencial garantidos. No Brasil, cabe ressaltar que embora não exista previsão constitucional expressa sobre a proteção do núcleo essencial, tal idéia aparece com força, haja vista a vedação à abolição de direitos e garantias fundamentais e conforme ver-se-á a seguir, a proteção ao cerne de dignidade existente nos direitos fundamentais.

Outro valioso instrumento para a análise e interpretação acerca da regularidade da limitação ao direito fundamental e para delimitação dos “limite dos limites” é o princípio da proporcionalidade, tido nos dizeres de Ernesto PENALVA como *“princípio consubstancial ao Estado de Direito com plena e necessária operatividade, ao mesmo passo que sua utilização se apresenta como uma das garantias básicas que se hão de observar em toda hipótese em que os direitos e liberdades sejam lesados”*⁴³

Na análise dos casos relacionados a um juízo de proporcionalidade, dever-se-á avaliar se o meio escolhido foi adequado para atingir o resultado almejado, se foi ele (meio escolhido) o menos “oneroso” entre os existentes, bem como se o benefício que se queria alcançar com a adoção da medida acabou por preservar valores mais importantes do que os albergados pelo direito limitado pela medida. Daí porque se apontar que o princípio da proporcionalidade apresenta três subprincípios: **(i)** adequação; **(ii)**

42 Aparecem nesse contexto duas teorias sobre a proteção ao núcleo essencial de determinado direito fundamental (teoria absoluta e teoria relativa). Mais detalhes cabe observar o exposto em MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 316-319.

43 PENALVA, Ernesto (Apud: BONAVIDES, Paulo. Op. cit, p. 395).

necessidade; **(iii)** proporcionalidade em sentido estrito.

Por meio da adequação, observa-se se a medida analisada é o meio correto para levar cabo ao fim pautado no interesse público. Dessa forma, toda vez que os meios destinados a realizar um determinado fim não são por si mesmos apropriados não há a adequação.

Já o princípio da necessidade liga-se à idéia de vedação ao excesso, de modo que *“de todas as medidas que igualmente servem à vedação de um fim, cumpre eleger aquela que menos nociva aos interesses do cidadão, podendo assim o princípio da necessidade (...) ser também chamado de princípio da escolha do meio mais suave.”*^{44 45}

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, conforme ensina VIEIRA DE ANDRADE⁴⁶, tal subprincípio determina que na escolha entre as maneiras diversas de resolução da questão concreta seja realizada aquela que menos possível comprimir cada um dos valores em questão. Revela-se assim tal subprincípio no contrabalanço dos valores em jogo, observando-se as vantagens e as desvantagens da medida de limitação do direito fundamental, percebendo-se portanto um *“duplo caráter de obrigação e interdição”*⁴⁷.

Dessa maneira, uma medida restritiva de direito fundamental somente será compreendida como legítima se for proporcional, e somente será proporcional se mostrar-se: **(a)** adequada, atingindo o fim almejado; **(b)** não excessiva, adotando-se o meio devido para causar o menor prejuízo possível; **(c)** proporcional (em sentido estrito), mostrando-se que as vantagens da adoção da medida superam as desvantagens.

Não se pode deixar de considerar, entretanto, que qualquer limitação a direitos fundamentais é excepcional, motivo pelo qual o exame dela deve ser rigoroso, ainda mais considerando-se a abertura conceitual dos subprincípios da proporcionalidade, revelando-se necessário, portanto, um reforço na motivação dos atos judiciais.

44 KLAUNZ/ DUERIG, Komm (Apud: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 397).

45 Cumpre salientar que ao lado da idéia de proibição do excesso vem ganhando força no constitucionalismo alemão a idéia de proibição da proteção insuficiente, entretanto, conforme sagaz análise de Bernhard SCHLINK: *“a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente porque ‘ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz’, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar a referida conduta como desproporcional em sentido estrito.”* (Apud: MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 333).

46 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos (Apud: THEODORO, Marcelo Antonio. Op. cit., p. 48).

47 MULLER, Pierre (Apud: BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 398).

Por fim, quanto ao último “limite aos limites”, o princípio da proibição de restrições casuísticas⁴⁸, deve-se ter em mente que as restrições estabelecidas pela Lei devem pautar-se pela generalidade e abstração, a fim de evitar qualquer violação à igualdade. Sobre o significado do princípio, bem ensina CANOTILHO:

As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: a) as leis particulares (individuais e concretas), de natureza restritiva, violam o princípio material da igualdade, discriminando, de forma arbitrária, quanto à imposição de encargos para uns cidadãos em relação a outros; b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um ato administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso de poder legislativo e violação do princípio da separação dos poderes); c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação, expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a proteção da confiança nem alternativas de ação e racionalidade de atuação.⁴⁹

Feita essa análise acerca das restrições e suas limitações, importante para a compreensão do funcionamento do sistema constitucional referente aos direitos fundamentais, passa-se agora à temática da colisão entre direitos fundamentais

Conforme ensina Gilmar MENDES⁵⁰, a colisão entre direitos fundamentais ocorre quando se verifica um conflito decorrente do exercício dos direitos individuais de diferentes titulares

Como destaca o autor⁵¹, existem conflitos aparentes entre direitos individuais, que ocorrem quando uma das práticas em análise ultrapassa a proteção oferecida pelo direito fundamental que aparentemente a abrigava. Dessa maneira, verifica-se que a autêntica colisão ocorre tão somente quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro.

As colisões, segundo o mesmo autor⁵², podem ser divididas em: **(a)** colisões em sentido estrito, compreendidas como aquelas que envolvem unicamente direitos

48 Cabe destacar que embora não previsto expressamente na Constituição brasileira, tal princípio acaba por ser admitido pelo sistema por conta de sua vinculação extrema ao princípio da igualdade.

49 CANOTILHO, Joaquim José Gomes (Apud: MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 339).

50 MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit, p. 341.

51 *Idem*, p. 341.

52 *Ibidem*, p. 342-343.

fundamentais; **(b)** colisões em sentido amplo, entendidas como aquelas envolvendo direitos fundamentais e outros princípios ou valores relacionados ao interesse da comunidade.

Seguindo neste raciocínio, verifica-se que as colisões em sentido estrito dividem-se em dois grupos: **(a.1)** colisões de direitos fundamentais idênticos; **(a.2)** colisões entre direitos fundamentais diversos.

Quanto às *colisões em sentido amplo*, envolvendo direitos fundamentais e outros valores constitucionalmente relevantes, destaque merece, por exemplo, casos envolvendo o direito à propriedade e o meio ambiente equilibrado, constitucionalmente garantido.

Realizada essa exposição conceitual, verifica-se que é exatamente no contexto das colisões que se destaca a teoria dos princípios, pois como bem frisa Robert ALEXY, “a teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais (...), ela ainda possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade”⁵³.

Dentre os meios para a resolução de conflitos, destaca-se nos casos de colisão o instrumento da ponderação dos bens no caso concreto, tomando em consideração todas as circunstâncias relevantes à justa resolução do caso, aparecendo com grande importância novamente a proporcionalidade (em especial, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito), pois como acentua ALEXY⁵⁴, “o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa-se formular como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais soa: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”⁵⁵.

Nesse sentido, segundo ALEXY⁵⁶, a ponderação deve ser vista em três planos: **(i)** definição da intensidade da intervenção; **(ii)** análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; **(iii)** ponderação em sentido específico e estrito (utilizando-se dessa maneira do princípio da proporcionalidade em sentido estrito).

53 ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 127, p. 55-66, jul./set. 1999, p. 78.

54 *Idem*, p. 77.

55 *Ibidem*, p. 77-78.

56 *Ibidem*, p. 77.

É nesse diapasão que iremos analisar o caso concreto, pois como ver-se-á, os Ministros do Supremo Tribunal Federal adotam *in casu* a ponderação como a técnica adequada para a resolução do conflito entre direitos fundamentais no “Caso Ellwanger”.

Ao momento, porém, feita a localização da temática referente aos direitos fundamentais, enunciando suas características, funções e como aparecem as limitações e os conflitos passa-se a analisar a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão.

CAPÍTULO 2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO – UM DIÁLOGO CONFLITUOSO

É chegado, portanto, o momento de se apresentar os direitos fundamentais, em espécie de maneira mais detalhada.

Assim sendo, em primeiro lugar atentar-se-á à dignidade da pessoa humana, dialogando-se com as práticas racistas; em seguida, será trabalhada a temática referente à liberdade de expressão, fazendo-se intersecções com as manifestações de ódio para após mostrar-se como se dá no Direito Internacional o combate às manifestações de ódio racistas, no intuito de se demonstrar em que medida se dá a resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais em casos concretos, bem como já preparar o leitor para a temática desenvolvida no caso do *Habeas Corpus* nº: 82.424/RS.

2.1. - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Analisar-se-á no presente subtítulo, de forma breve, alguns aspectos relevantes no tocante à dignidade da pessoa humana, destacando seu significado e conteúdo, passando em seguida a demonstrar como aparece ela enquanto norma jurídica e sua posição na Constituição Federal, apontando inclusive para um necessário diálogo com as práticas de racismo.

Como é sabido, a dignidade da pessoa humana desvela-se como um conceito juridicamente apropriado de imensa valia para a construção da Ordem Constitucional do Estado brasileiro, apresentando-se também, por certo, como um conceito de ampla e significativa carga histórica, em construção ainda inacabada.

Primeiramente, com relação ao conceito e significado da dignidade da pessoa humana, interessante atentar-se que já na Antiguidade algumas idéias relacionadas à religião e à filosofia apontavam para uma concepção de que o ser humano, por conta meramente de sua existência, já seria titular de certos direitos naturais e inalienáveis.

Tal percepção foi posteriormente impulsionada pelo Cristianismo, acolhedor de uma idéia de dignidade única do homem, conforme facilmente depreende-se dos ensinamentos de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, bem com de

que Ele assumiu a condição humana no intuito de redimí-la, imprimindo dessa maneira um alto valor intrínseco ao homem.

Entretanto, não se apresentava como laica, tampouco racional a conceituação acerca da dignidade até aí obtida, aparecendo como significativa a contribuição do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII.

Destaca-se nesse contexto a teorização de Immanuel KANT, para o qual a faculdade de auto-determinação e agir em conformidade com determinadas leis revelava-se como um atributo somente encontrado em animais racionais, constituindo-se dessa maneira o fundamento da dignidade da natureza humana⁵⁷. Como mostra KANT, em bela passagem:

(...) o Homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe com um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim (...). Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).⁵⁸

Em análise diferenciada, mas não menos essencial, HEGEL sustenta que a dignidade constitui uma qualidade a ser conquistada, de tal modo que o ser humano não nasce digno, mas torna-se digno a partir do momento em que se transforma em cidadão, sem se pautar portanto tal pensador nas idéias de pessoa e dignidade enquanto qualidades inerentes a todos os seres humanos e racionais⁵⁹.

Essas conceituações de outras áreas do conhecimento e da fé por certo auxiliaram na compreensão jurídica do termo, de matriz inegavelmente kantiana, atualmente bem sintetizada no pensamento de SARLET:

57 SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2004, p. 32.

58 SARLET, Ingo. A dignidade da pessoa humana (...) — citação indireta.

59 HEGEL, Georg Wilhelm Friederich (Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana (...)* — citação indireta.

(...) tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁶⁰

A dignidade humana é encarada dessa forma como um elemento integrante e irrenunciável da natureza humana, como algo que se reconhece, respeita e protege, existente em cada ser humano desde o início⁶¹.

Entretanto, reduzir a dignidade da pessoa humana a uma fórmula demasiadamente genérica e abstrata não se mostra interessante, de maneira que melhor se revela para a análise concreta serem traçados alguns fatores de observação⁶².

Dessa maneira, em prol da dignidade humana, deve-se atentar para situações em que: **(i)** o indivíduo possa vir a ser rebaixado a condição de mero instrumento, descaracterizando-se enquanto pessoa humana, análise essa que envolve não somente fatores relacionados à integridade física do indivíduo, mas também as dela decorrentes; **(ii)** não se mostram garantidas as condições justas e adequadas de vida, tanto ao indivíduo, quanto a sua família; **(iii)** estiver em risco a garantia de isonomia a todos seres humanos, de maneira a não se aceitar qualquer tratamento discriminatório, tampouco se admitir a possibilidade de perseguições religiosas, étnicas etc.; **(iv)** estiver em perigo a garantia de identidade pessoal do indivíduo, de maneira que se deve possibilitar a ele as liberdades de pensamento, consciência e culto, dentre outras, para o desenvolvimento de sua própria individualidade.

No tocante à positivação do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira, cabe observar que o Constituinte brasileiro de 1988 não incluiu a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, de maneira que não há como considerá-la um direito fundamental típico, tratando-a como um princípio fundamental da nossa atual Constituição (art. 1º, III).

Tal escolha legislativa não a torna menos importante, pois como nos mostra

60 SARLET, Ingo. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 09 (jan/jun 2007). Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 01 out. 2008.

61 SARLET, Ingo. A dignidade da pessoa humana (...) — citação indireta.

62 Conforme visto em: SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 121-122.

SARLET⁶³, com o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa logo no título dos princípios fundamentais como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, II da CF), o Constituinte além de tomar uma decisão fundamental sobre o sentido, finalidade e justificação do exercício do próprio Estado, reconheceu que ele (Estado) existe em função da pessoa humana.

Cabe destacar ainda que tampouco torna a dignidade da pessoa humana desimportante a ausência de norma constitucional expressa sobre sua intangibilidade em nosso ordenamento, pois deve-se tomar em consideração que a maior parte dos direitos fundamentais é expressão e concretização da dignidade da pessoa humana, constituindo tais direitos adjetivados como suas garantias específicas.

Nesse toar, por integrar a própria essência da nossa ordem constitucional, relacionando-se não somente com os direitos fundamentais mas com o princípio democrático (art. 1º, caput), soberania popular (art. 1º, parágrafo único), pluralismo político (art. 1º, V) e Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput), bem como com objetivos fundamentais de construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, III) e erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III), por exemplo, acaba por se configurar a dignidade da pessoa humana como um “*verdadeiro limite material implícito autônomo ao poder de reforma da Constituição*”⁶⁴.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana no constitucionalismo pátrio, como assegura SARLET⁶⁵, enquanto princípio fundamental traduz-se em uma declaração de carga ética e moral, mas não somente isso, reveste-se de norma jurídico-positiva eficaz, dotada de *status constitucional* tanto formal quanto material, alcançando a condição de “*valor jurídico fundamental da comunidade*.”^{66 67}

Ainda, conforme aponta o jurista gaúcho:

(...) verifica-se que o dispositivo constitucional (texto) no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (no caso, o artigo 1º, inciso III, da

63 SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 115.

64 *Idem*, p. 126.

65 SARLET, Ingo. *A dignidade da pessoa humana (...)*, p. 70-71.

66 BENDA, Ernest (Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana (...)*, p. 70).

67 Como pode-se observar, a dignidade da pessoa humana irradia-se pela Constituição. Nesse ponto, destacando vários grupos de normas “iluminadas” pela Constituição, veja-se: BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155-199.

Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio (e valor) fundamental, é (são) também fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidoras de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.⁶⁸

Justifica-se portanto, nesse diapasão, que do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser deduzidas posições jurídico-fundamentais, mesmo que não escritas, inclusive de natureza subjetiva, fator esse considerado expressamente no art. 5º, § 2º da Constituição, referente aos direitos decorrentes do regime, dos princípios e os previstos em tratados internacionais.

Vê-se portanto que o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre assim uma “dupla função”, pois ao mesmo tempo em que é integrante do conteúdo dos direitos fundamentais (ao menos, da maioria deles), valor unificador de tais direitos (cumprindo inclusive o papel de legitimador para o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos) serve também como elemento de proteção dos direitos contra medidas restritivas e contra o uso abusivo de determinados direitos⁶⁹.

Por outro lado, deve-se salientar além da “dupla função da dignidade da pessoa humana” a existência de uma “dimensão dúplici da dignidade”⁷⁰, manifestando-se tal, simultaneamente, enquanto expressão de autonomia individual e necessidade de proteção estatal pela comunidade e pelo Estado. Nesse sentido, bem assevera SARLET:

(...) na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido e alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerado elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie para as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria o elemento mutável da dignidade)⁷¹

Partindo dessa constatação, verifica-se que a dignidade da pessoa humana revela-se como “uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária,

68 SARLET, Ingo. A dignidade da pessoa humana (...), p. 68-69.

69 *Idem*, p. 111.

70 *Ibidem*, p. 49.

71 SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 119-120.

*demonstrando em última análise que a Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência*⁷², de modo que o exercício do poder e as ordens estatal e comunitária serão somente legítimas quando pautarem-se no respeito e na proteção dos direitos fundamentais.

Como se destaca, não se resume somente ao Estado o dever de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana, haja vista sustentar-se atualmente na doutrina⁷³ que também a relação entre os particulares não pode deixar de obedecer e acatar o limite da dignidade da pessoa humana existente nos direitos fundamentais.

Ainda, há que se ressaltar acerca do princípio da dignidade da pessoa humana sua função instrumental integradora e hermenêutica, servindo portanto a dignidade como um parâmetro a ser seguido no momento de aplicação, interpretação e integração em casos envolvendo todas as normas jurídicas, sejam elas relacionadas ou não a direitos fundamentais. Isso porque, deve-se considerar que a dignidade da pessoa humana, enquanto uma categoria axiológica aberta e em permanente construção, não admite uma conceituação fechada, devendo ser harmonizada com demais valores relacionados à sociedade democrática pluralista contemporânea.

Ora, em se comprometendo o presente Estado Democrático de Direito e os particulares com o fundamento da dignidade da pessoa humana, e traçando-se como objetivo a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, desvela-se como crucial a questão do combate ao racismo, por certo encontrando-se aí o ponto de diálogo entre a dignidade da pessoa humana e o “Caso Ellwanger”.

Conforme pode-se constatar, em se determinando que *“a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”* (art. 5º, XLI), apresentando-se em seguida que *“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”* (art. 5º, XLII), traça o presente Estado Constitucional fortíssima reprimenda a manifestações racistas⁷⁴.

Como destaca Norberto BOBBIO⁷⁵, o racismo enquanto “visão de mundo”

72 SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 125.

73 Nessa temática, especial destaque para: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

74 A criminalização das práticas racistas (ainda mais de maneira tão repressiva) é certamente um tema polêmico, tanto é assim que inclusive foi discutida na decisão judicial do “Caso Ellwanger”. Contudo, adverte-se de antemão o leitor que não será esse o foco principal do presente trabalho, de modo que não serão tecidos muitos comentários sobre tão instigante tema.

75 BOBBIO, Norberto (Apud: LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger : anti-semitismo como crime da

pauta-se essencialmente em três pontos: **(i)** a humanidade encontra-se dividida em raças, cuja diversidade é resultado de características biológicas e psicológicas, que por sua vez têm elementos culturais derivados das características biológicas, de natureza invariável e transmitidas hereditariamente; **(ii)** além da existência de raças diversas, existem raças superiores e inferiores; **(iii)** as raças superiores têm o direito de dominar as inferiores.

Conforme vê-se, tal visão de mundo afronta a idéia de isonomia entre os seres humanos, iguais em dignidade, ainda mais quando observamos os avanços da pesquisa sobre o genoma, que solapa qualquer fundamento biológico para a subdivisão racial da espécie humana.

Se é certo que o racismo não se justifica por fundamentos biológicos, persiste ele como um fenômeno social, o qual, como acentua LAFER, “*é o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua correspondente legislação infraconstitucional*”⁷⁶, a fim de exprimir de maneira mais concreta a especificação do princípio geral da igualdade e da não discriminação, indicando a importância que o Constituinte atribui à repressão da prática do racismo, não resultante apenas da cor da pele, incluindo também o “*preconceito de origem*”⁷⁷.

Assim, vê-se que a dignidade da pessoa humana, como não poderia deixar de ser, é base pois para o reconhecimento da ilicitude de práticas racistas, não condizentes com os ideais igualitários e fraternos que se prega na “Constituição Cidadã”.

Realizada essa abordagem, demonstrada a importância e a posição brasileira com relação à dignidade da pessoa humana passa-se à análise acerca da liberdade de expressão e dos discursos de ódio.

2. - LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Dissertar sobre liberdade de expressão é dissertar sobre uma das idéias mais caras à humanidade, sobre algo essencial para a formação das civilizações e para o próprio aprimoramento da humanidade. Não à toa a liberdade de expressão ser proclamada como um dos direitos mais fundamentais, não à toa também ser tal direito um

prática do racismo. Revista de informação legislativa, v.41, nº 162, p. 53-89, abr./jun. de 2004, p. 70.
O parecer encontra-se disponível em versão digital em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/948>>. Acesso em: 01 out. 2008).

76 LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger [...], p. 70.

77 NOGUEIRA, Oracy (Apud: LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger [...], p. 70.).

dos que mais traz problemas para o Judiciário solucionar.

Em que pese a dificuldade de conceituação⁷⁸, é lícito afirmar, pautando-se nos ensinamentos de Gilmar MENDES que *“a liberdade de expressão tutela, ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.”*⁷⁹

Isso porque, deve-se ter em mente, que o conceito de liberdade de expressão deve ser compreendido de maneira ampla, pois não abarca apenas, nas palavras de Jonatas MACHADO⁸⁰, apenas a *razão pública* e a *razão comunicativa*, mas também a *emoção pública* e a *emoção comunicativa*.

Assume a liberdade de expressão múltiplas formas, considerando certamente os vários planos em que o pensamento humano se exercita e as várias maneiras que se vale para sua manifestação, destacando-se pois sua *“dupla dimensão”*⁸¹, uma dimensão substantiva relacionada à atividade de pensar, formar a própria opinião e exteriorizá-la e uma dimensão instrumental, ligada essencialmente à possibilidade de divulgação do pensamento pela utilização dos meios adequados.

Essencial ao momento apresentarmos algumas doutrinas⁸² que procuram sustentar finalidades substantivas da liberdade de expressão:

(a) procura da verdade — corrente iniciada por John MILTON e retomada por John STUART MILL, sustenta doutrinariamente que são maiores as possibilidades de se encontrar o conhecimento verdadeiro num processo racional acessível a qualquer indivíduo,

78 Após portentosa análise da doutrina nacional acerca da terminologia empregada para definição da liberdade de expressão, Tadeu Antonio Dix SILVA observa inexistir no país um entendimento doutrinário harmônico sobre tal liberdade de expressão, aduzindo então: *“a liberdade de expressão tornou-se hoje (...) um paradigma da equivocidade: o uso inadequado e distorcido de seu alcance e significado, seu equivocado e corriqueiro emprego, quer no linguajar comum, que pelos meios de comunicação de massa, geraram uma incorreta compreensão, hoje disseminada e compartilhada amplamente. É confundida com o direito de informação, com a liberdade de imprensa e outras liberdades conexas, e utilizada nesta acepção desvirtuada por diversos segmentos sociais, com fins políticos, jurídicos, e até mesmo comerciais”* (In: SILVA, Tadeu Antonio Dix. Op. Cit., p. 66).

79 MENDES, Gilmar *et alli*. Op cit., p. 360-361.

80 MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social, Coimbra Editora, p. 418.

81 *Idem*, p. 417.

82 *Ibidem*, p. 238-291.

destacando-se nesse contexto a liberdade de expressão;

(b) mercado livre de idéias — a verdade, no contexto dessa corrente capitaneada por Oliver Wendell HOLMES, é concebida como algo relativo que só pode ser avaliado pelo mercado livre de idéias, revelando-se pautada tal corrente na autonomia individual e na descentralização da autoridade, estruturando-se principalmente no princípio da razão, com evidente valorização da liberdade de expressão;

(c) autodeterminação democrática — associada, dentre outros, a Cass SUSTEIN, sustenta essa visão o caráter instrumental da liberdade de expressão em face da possibilidade de proteção da autodeterminação democrática da comunidade política constituída em determinado tempo e espaço, ressaltando a idéia de preservação da soberania popular com a valorização da liberdade de expressão, compreendida como elemento estruturante da ordem constitucional livre e democrática constituída em determinado período histórico;

(d) controle dos Poderes públicos — em muito relacionada tal característica com a auto-determinação democrática, sustenta-se que a liberdade de expressão relaciona-se de forma muito próxima à idéia de controle dos Poderes do Estado; nesse diapasão, os meios de comunicação social acabam por desempenhar o papel de “cão de guarda”, vigiando o Poder Público

(e) esfera aberta e pluralista de discurso público — ligada às idéias de Jürgen HABERMAS, a liberdade de expressão aparece nesse contexto vinculada à idéia de criação de uma esfera aberta e pluralista de discurso público, pautando-se essencialmente em garantir a publicidade do debate para que não se proceda à formação de qualquer “ditadura de opinião” e se possibilite uma justa confrontação de idéias;

(f) garantia da diversidade de opiniões — valorizando-se a dialética e a proteção do dissenso, sustenta que a liberdade de expressão é primordial à garantia da diversidade de opiniões, sublinhando a necessidade de proteção dos dissidentes, de modo a revelar a unidade política como uma tarefa, e não um pressuposto da democracia;

(g) acomodação dos interesses e transformação pacífica — a liberdade de expressão é compreendida nessa perspectiva como uma condição *sine qua non* para garantia da estabilidade do Governo, destacando seu papel para a acomodação dos interesses e transformação social de forma pacífica;

(h) promoção e expressão da autonomia individual — a liberdade de expressão extravasa a consideração do âmbito da discussão pública e revela-se pautada na possibilidade de cada um formar suas crenças e concepções e se comunicar com os outros da maneira que bem entender;

(i) concepção multifuncional e multi-sistêmica das liberdades da comunicação — capitaneada por Steven SHIFFRIN e outros, sustenta que estaria a liberdade de expressão relacionada à uma concepção multifuncional e multi-sistêmica das liberdades da comunicação, destacando o papel da liberdade de expressão na estruturação de subsistemas sociais funcionais e discursivamente diferenciados;

No atual momento de redemocratização do Brasil, que já há muito tempo alberga a liberdade de expressão⁸³, tais fatores, por certo, não foram desconsiderados pelo Constituinte, tendo em verdade sido reafirmados diante do não distante ontem dos “tempos de chumbo” da Ditadura Militar.

Veja-se a proteção constitucional já no art. 5º da liberdade de manifestação do pensamento (inciso IV), da liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX) e do direito ao acesso à informação e à garantia do sigilo da fonte (inciso XIV), bem como o capítulo específico do texto magno “Comunicação Social”, em que se repetiu a garantia da liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, caput), proibiu-se a edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (art. 220, § 1º) e vedou-se qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 2º).

Lícito ressaltar, entretanto, que a consagração de tal direito não o torna

83 Conforme pode-se observar, desde os tempos da Constituição do Império (art. 179, IV) a liberdade de expressão foi consagrada formalmente no texto constitucional pátrio. Após, verifica-se que tal foi mantida nos diplomas constitucionais posteriores, veja-se a CF/1824 (art. 179, IV), CF/1981 (art. 72, § 2º), CF/1934 (art. 113, 9), CF/1937 (art. 122,15), CF/1946 (art. 141, § 5º) e CF/1967(art. 150, § 8 e art. 153, §8).

absoluto, pois o próprio Estado impõe restrições à liberdade de expressão, como por exemplo, a indenização por dano moral ou à imagem (art. 5º, inciso V), a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X), bem como a criminalização de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), anotando com relação ao racismo, alçado à condição de princípio constitucional regente das relações internacionais (art. 4º, inciso VIII, CF) que sua prática delituosa constituiria crime inafiançável e imprescritível (art.5º, XLII).

Já por aí se vê o “*duplo caráter*” da liberdade de expressão, conforme preceituado por Tadeu Antonio Dix SILVA⁸⁴, pois além de direito subjetivo, constitui-se tal liberdade como elemento essencial de um ordenamento jurídico; ao mesmo tempo importando, dessa maneira, a exigência de abstenção de intervenção ou permissão estatal para o seu exercício, bem como apresentando-se ela como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao lado, inclusive, da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, o Estado atual brasileiro deixa de ser apenas um mero espectador e passa a atuar, por vezes, no front de batalha em prol da democracia, pois observa ele que para tornar reais os direitos que eleger como fundamentais e garantir um debate público amplo, efetivo e pacífico, a solução, por vezes, não é a inércia.

Tal intervenção pode se dar, dentre outros motivos, quando são verificadas manifestações de ódio, pois tais manifestações, via de regra, entrechocam-se com demais valores da sociedade democrática, como a igualdade e a fraternidade. Um exemplo para melhor se visualizar um desses discursos (em especial, o neo-nazista) pode ser observado na música de nome “Kipás irão pro ar” do grupo musical “Stuka”, veja-se a letra da música:

Seis milhões de mentiras, não podemos mais suportar / Até quando irão usar argumentos falsos? / Fatos não comprovados, fotos adulteradas / Câmaras de gás e crematórios ... / Já chega de tolerar essa raça nojenta / Esse povo parasita que ninguém agüenta / A hora é essa e não da mais pra esperar / Sinagogas vão explodir e kipás irão pro ar / Israel e JEW S.A. seu domínio há de acabar / Quando a verdade falar mais alto / E todos irão entender que os judeus merecem morrer / Merecem ser punidos por seus atos / Já chega de tolerar essa raça nojenta / Esse povo parasita que ninguém agüenta / A hora é essa e não da mais pra esperar / Sinagogas vão explodir e kipás irão pro ar.⁸⁵

84 SILVA, Tadeu Antonio Dix. Op.. Ct, p. 113.

85 STUKA, Banda. Kipás irão para o Ar. Disponível em <<http://letras.terra.com.br/stuka/1095097/>>. Acesso em: 02 out. 2008.

No campo doutrinário, pode-se verificar uma divisão nítida entre duas correntes de pensamento que ganham destaque em decisões dos Tribunais: a corrente “libertária” e a corrente “democrática”⁸⁶. Tais correntes serão facilmente diferenciadas na análise que se fará no Direito Comparado e no Direito Pátrio, com a análise detida do “Caso Ellwanger”.

Para a primeira corrente, destaca-se o papel da liberdade de expressão e são defendidas suas funções substanciais, já acima referidas. Nessa medida, tornam-se argumentos recorrentes a idéia de que a liberdade de expressão encontra-se vinculada à auto-determinação democrática, ao controle dos atos governamentais e à procura da verdade, de modo que a atuação estatal interventora não se revela adequada, pois deve-se privilegiar o debate amplo e público das idéias para que seja encontrado o discurso verdadeiro, valorizando-se inclusive as vozes dissidentes, destacando-se principalmente a preservação de um mercado livre de idéias⁸⁷ como o mecanismo mais adequado para a verificação e a confrontação de pensamentos.

Segundo os partidários da “Teoria Democrática” da liberdade de expressão, favoráveis à restrição às manifestações de ódio, é certo que a liberdade de expressão encontra-se essencialmente vinculada à autonomia do indivíduo, entretanto, inobstante a perda de um ponto de vista daquele que proclama discursos de ódio, deve-se observar o “ganho” obtido não somente dos indivíduos que seriam os alvos destas manifestações, mas também dos demais componentes da sociedade⁸⁸.

Apoiados na idéia de manutenção e importância do debate público, não se apresenta para essa corrente como um cenário propício para a tomada de decisões

86 Ao teorizar sobre a liberdade de expressão na doutrina da “auto-determinação democrática” Jónatas MACHADO faz uma advertência que certamente não poderia se deixar passar em vão: “Na verdade, existe o perigo de se operar uma dimensão maniqueísta entre uma teoria democrática da liberdade de expressão e uma teoria libertária da mesma, remetendo para esta última os aspectos relativos à manifestação da autonomia e da personalidade individual” (In: MACHADO, Jónatas. Op. Cit., p. 262). Dessa maneira, a escolha pela denominação deu-se nessa linha de divisão (corrente “democrática” e corrente “libertária”), sem contudo, deixar-se levar a um maniqueísmo equivocado.

87 Como bem sublinha Jónatas MACHADO, “a idéia do livre mercado de idéias parece adequar-se facilmente à realidade contemporânea, em que os discursos políticos e jurídicos se alicerçam em fundamentos não metafísicos (John RAWLS) ou pró-metafísicos (Jürgen Habermas), onde se pretende que as tradicionais pretensões de verdade objectiva captada e proclamada de forma unilateral e centralizada dêem lugar a procedimentos retóricos de influência recíproca isentos de coacção. Ela acomoda-se a uma época em que se proclama o capitalismo democrático-liberal como fim da história (Francis FUKUYAMA) e se privilegia o governo do mercado (Peter SELF), com as conseqüentes tendências desreguladoras e dessocializadoras. Ela insere-se bem no contexto das novas tendências de integração econômica e política, em que a livre circulação de pessoas, bens, serviços e capitais convida à livre circulação de idéias” (In: MACHADO, Jónatas. Op. Cit., p. 250).

88 SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. In: Leituras Complementares de Direito Civil. Salvador, Editora Jus Podivm. 2007, p.75.

aquele em que pessoas ofendem-se livremente umas as outras, pois deve-se compreender, nessa linha de pensamento, que diálogo pressupõe predisposição a ouvir e refletir sobre a visão do outro, bem como, e principalmente, o respeito mútuo.

Conforme destaca Owen FISS, o enriquecimento do debate provocado pela atuação estatal não é ruim, afinal o que a democracia exalta é que as decisões públicas sejam tomadas sob condições de plena informação e adequada reflexão, de modo que o Estado promover esse tipo de modo de decisão é algo a se aplaudir, e não objetar.⁸⁹

Além disso, se de um lado, a democracia exige a liberdade de expressão, por outro, pressupõe igualdade, traçando o discurso de ódio como objetivo justamente a negação da igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade de alguns e legitimando a discriminação a eles relacionada.

Destaque-se que embora as idéias de inferioridade dos vitimizados pelo preconceito aparentemente não obtenham na sociedade contemporânea muitas adesões explícitas, a difusão de tais manifestações tende a reforçar de maneira clara estereótipos irracionais negativos, levando os indivíduos a desvalorizarem de maneira inconsciente as contribuições trazidas pelos vitimizados.

Além disso, é lícito se afirmar que os “*hate speeches*”, por vezes, tendem a provocar uma gama enorme de sentimentos negativos nas suas vítimas (como revolta, medo, vergonha), os quais como destaca Mari MATSUDA⁹⁰, quando psicossomatizados atingem a dimensão do sofrimento físico.

Nessa linha de pensamento, verifica-se que não raramente os discursos de ódio acabam por prejudicar o debate público amplo que se quer em um contexto democrático, pois tendem a produzir dentre suas vítimas “ou o revide violento ou o silêncio humilhado”⁹¹, criando ou riscos à paz social e à ordem pública ou a retração e retirada das minorias do espaço de discussão, com prejuízo evidente do debate.

Nessa perspectiva, conforme bem alude Daniel SARMENTO:

(...) a restrição ao hate speech não envolve necessariamente uma tentativa de

89 FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expresión. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomia04/iso03.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2008 – citação indireta

90 MATSUDA, Mari J. (Apud: SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 79)

91 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 71.

estabelecer, à moda comunitarista, limites perfeccionistas ao debate público, impedindo os dissidentes de se insurgirem contra alguma concepção politicamente correta sobre a 'vida boa' adotada pela maioria. A proibição pode ser concebida não como vedação ao dissenso em relação aos valores básicos da comunidade, mas como um instrumento necessário à garantia da integridade do próprio discurso público, que, para poder desempenhar o seu papel numa democracia marcada pelo pluralismo, deve estar estruturado sobre regras que assegurem o reconhecimento da igual dignidade de todos os seus participantes.^{92 93}

Feita essa exposição, verifica-se que a liberdade de expressão é, por certo, um direito fundamental de extrema relevância, mostrando-se problemática a aferição de limites a tal liberdade, afinal, lembrando-se de Ronald DWORKIN, os direitos fundamentais inscritos na Constituição devem ser tomados em sentido forte⁹⁴, motivo pelo qual não pode o Estado derrogar direitos afirmando genericamente que isso causaria um bem à sociedade, principalmente no tocante a discursos de ódio, um dos mais novos e intrincados problemas envolvendo vividos na recente democracia brasileira, como ver-se-á no próximo capítulo.

Passa-se, ao momento, à análise do Direito Comparado no intuito de demonstrar como foram dadas situações a problemas concretos relacionados a discursos de ódio.

2.3. - LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIGNIDADE HUMANA - O PROBLEMA DOS DISCURSOS DE ÓDIO E SUA RESOLUÇÃO NO DIREITO COMPARADO

O tema do *hate speech* já foi enfrentado em diversos países e Tribunais Internacionais, merecendo destaque na temática a seguir enfrentada a jurisprudência dos Estados Unidos, Canadá e Alemanha, bem como a resolução de conflitos levados à Organização das Nações Unidas e à Corte Europeia de Direitos Humanos⁹⁵.

92 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 73.

93 Por certo, cabível a advertência de Jónatas MACHADO, ao expor que “o conceito de liberdade de expressão não deve ser interpretado de acordo com uma concepção axiológica, teleológica e instrumental dos direitos fundamentais em ordem à maximização das utilidades no seio da comunidade política, Do mesmo modo, deve evitar-se uma concepção democrática-funcional do direito à liberdade de expressão que conduza a uma hierarquização dos diferentes tipos de expressão em presença” (In: MACHADO, Jónatas. Op. Cit., p. 284)

94 DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. Barcelona: Ariel, 2002, p. 282.

95 Os exemplos a seguir utilizados foram extraídos do artigo: SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 40-65.

Primeiramente, com relação aos Estados Unidos⁹⁶, é lícito afirmar que embora a garantia da liberdade de expressão já estivesse incorporada no texto Constitucional daquele país por ocasião da aprovação da 1ª Emenda, foi tão somente após o final da 1ª Guerra Mundial (1914-1918) que tal passou a efetivamente ser alvo de proteção do Judiciário, mostrando-se atualmente tal liberdade como o mais valorizado direito fundamental no âmbito da jurisprudência constitucional norte-americana.

Merecem destaque no contexto norte-americano três casos relacionados aos discursos de ódio, quais sejam, os Casos “*Bearharnais versus Illinois*”, “*Brandenburg versus Ohio*” e “*Skokie versus Nationalist Social Party of America*”.

No Caso “*Bearharnais versus Illinois*”⁹⁷, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1952, discutia-se a condenação criminal de um agente que promovera a distribuição de panfletos na cidade de Chicago conclamando os “brancos” a se unirem contra os “negros”, tidos como os responsáveis pela “onda de criminalidade” daquele contexto histórico. Segundo a Lei Estadual de Illinois, era proibida a exibição em espaço público de publicações que imputassem a determinados grupos (sejam eles ligados a raça, cor, credo ou religião) características negativas ligadas, dentre outros motivos, à criminalidade no intuito de expor ao desprezo tais pessoas ou promover tumultos.

Posicionou-se a Suprema Corte americana no caso pela manutenção da condenação, considerando constitucional, por não ofender a liberdade de expressão, a lei estadual aplicada, evidenciando a idéia de ocorrência no caso de “*group libel*” (difamação coletiva).

Entretanto, vê-se que a Suprema Corte norte-americana reviu seu posicionamento no julgamento “*Brandenburg versus Ohio*”⁹⁸ de 1969. No caso em tela, o líder da Ku Klux Klan no Estado de Ohio de nome Brandenburg, promoveu e transmitiu pela televisão um dos encontros daquela entidade. Nesse encontro, verificou-se que Brandenburg manifestou-se de forma aparentemente ilegal, ao afirmar que os “crioulos” (em alusão aos negros) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus, por sua vez, para Israel, bem como ao ameaçar que se as autoridades locais continuassem a prejudicar as ações da dita “raça caucasiana”, a Ku Klux Klan agiria.

A Suprema Corte em sua decisão reformou a sentença de condenação de Brandenburg pela conduta ilegal de apologia ao crime (“*criminal syndicalism*”), pois compreendeu como inconstitucional a lei do Estado de Ohio porque ela, segundo

96 Conforme: SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 41-51.

97 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech* – citação indireta.

98 *Idem* – citação indireta.

proclamou a Corte, afrontava a liberdade de expressão e de imprensa, não sendo permitido ao Estado proibir a defesa do uso da força ou da violação da lei, a não ser quando esta defesa fosse direcionada a incitar ou promover uma ação ilegal de maneira adequada a tais fins.

Outro caso importante revelou-se o “*Skokie versus Nationalist Social Party of America*”⁹⁹. Esse caso envolveu a discussão acerca de uma passeata que seria organizada pelo movimento Nacional-Socialista da América no município de Skokie, (habitado à época por aproximadamente 70.000 – setenta mil – pessoas, sendo que desses, 40.000 – quarenta mil – eram judeus e 5.000 – cinco mil – dentre esses eram sobreviventes do Holocausto¹⁰⁰). Conforme viu-se no caso, o município em tela procurou impedir a manifestação por meio de uma ação judicial, julgada improcedente pela Suprema Corte de Illinois, e por meio da edição de normas municipais que obstaculizavam o evento, também declaradas inconstitucionais pela Corte Estadual.

A Suprema Corte no caso recusou-me a examinar a decisão de mérito por compreender que efetivamente tais medidas revelavam-se contrárias à liberdade de expressão. Cabe destacar que mesmo estando permitida a passeata, esta acabou por ocorrer na cidade de Chicago por decisão dos manifestantes.

Assim, vê-se que a compreensão jurisprudencial hegemônica¹⁰¹ firmada pela Suprema Corte dos Estados Unidos é a de que quanto as restrições ao “*hate speech*” tais são, via de regra inconstitucionais, admitindo-se tão somente a intervenção estatal quando tais manifestações possam provocar uma reação violenta imediata por parte dos ofendidos (as chamadas “*fighting words*”), pautando-se portanto na garantia da ordem e da paz públicas, e não na proteção da dignidade das vítimas ou na afirmação da igualdades dos seres humanos.

Como bem destaca SARMENTO: “*esta visão ao negligenciar os constrangimentos fáticos para o exercício da autonomia individual presente nas próprias estruturas sociais, acaba empobrecendo a liberdade, ao equipará-la à mera ausência de coerção estatal sobre os indivíduos. Em matéria de liberdade de expressão, ela ignora a força silenciadora que o discurso opressivo dos intolerantes pode exercer sobre os seus*

99 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech* – citação indireta.

100 O Holocausto é tido como um genocídio executado pelo regime Nazista alemão, à época dirigido por Adolf Hitler (1889-1945), contra minorias étnico-religiosas (judeus, principalmente), deficientes, homossexuais e opositores políticos do regime.

101 Diz-se hegemônica pois existem outras perspectivas de análise dentro da realidade norte-americana, mais sensíveis à igualdade e abertas à necessidade de proteção das minorias, com marcos teóricos reconhecidos como Owen FISS.

alvos.”¹⁰²

Por sua vez, o contexto canadense¹⁰³, em que pese a proximidade geográfica apresenta uma construção jurídica notoriamente diferente da norte-americana quanto aos discursos de ódio. Conforme vê-se, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982 afirma o direito a todos à liberdade de pensamento, expressão e opinião, por outro lado consagra o multiculturalismo como compromisso fundamental daquela sociedade e protege o direito à igualdade, cimentando a vedação a discriminações.

Também naquele país, destaca a Carta a expressa autorização para a instauração de limites aos direitos fundamentais, pautando-se contudo tal limitação em critérios de razoabilidade criados por lei e que se revelem demonstravelmente justificados. Compreende-se no tocante às restrições aos direitos “demonstravelmente justificadas” um duplo controle: em primeiro lugar, sobre o objetivo justificador da restrição, a ser compreendido como “urgente e substancial”; em segundo lugar, sobre a própria medida restritiva, que deve ser proporcional.

Merece destaque pela temática o “*Caso Regina versus Kegstra*”¹⁰⁴, julgado em 1990 pela Suprema Corte daquele país. Segundo consta, o professor James Kegstra afirmava em suas aulas que os judeus deveriam ser vistos como, dentre outras coisas, os responsáveis pelas depressões econômicas, guerras nacionais e demais situações caóticas do mundo; ainda segundo ele, o Holocausto teria sido uma invenção criada pelos judeus no intuito de atrair a simpatia internacional e facilitar a criação do Estado de Israel.

Kegstra foi processado e condenado criminalmente por promover propositadamente o ódio contra algum grupo identificável, através de meio de comunicação que não conversa privada (art. 319 (2) do Código Penal do Canadá). Entendeu a Corte daquele país pela constitucionalidade da Lei e pela manutenção da condenação em desfavor do discurso de ódio proferido, sustentando que a limitação à liberdade de expressão no caso foi adequada, necessária e proporcional, reconhecendo que a restrição ao “*hate speech*” de fato implica em limitação à liberdade de expressão, mas é uma restrição constitucionalmente legítima.

Em outro sentido porém decidiu a Corte Canadense no julgamento do Caso

102 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 48.

103 Conforme: SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 67-71.

104 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech* – citação indireta.

“*R versus Zundel*” de 1991. Ernst Zundel¹⁰⁵, historiador revisionista¹⁰⁶, publicou uma obra negando a existência do Holocausto e foi então criminalmente processado sob a acusação de publicar declaração, narração falsa ou notícia falsa, que causasse dano ao interesse público (art. 181 do Código Penal do Canadá).

No caso em questão o Tribunal canadense entendeu que a lei em questão teria sido redigida de forma excessivamente ampla, tornando o tipo demasiadamente aberto e não se prestando ao combate à intolerância racial, mas sim a exercer um “efeito resfriador” (“*chilling effects*”) sobre o discurso, deixando as pessoas expostas desnecessariamente à punição, tomando em preocupação que poderiam elas deixar de expor e defender suas idéias.

Dessa maneira, pode-se notar que a jurisprudência canadense efetivamente aceita a restrição ao “*hate speech*”, mas por outro lado mantém-se preocupada com a garantia da liberdade de expressão até mesmo no tocante à difusão de idéias discriminatórias, utilizando-se da ponderação para analisar a validade da intervenção estatal.

Passa-se, por ora, à realidade alemã¹⁰⁷, na qual a liberdade de expressão, embora não colocada em situação de superioridade como nos Estados Unidos, é considerada como um dos mais importantes direitos fundamentais no sistema constitucional, sendo tratada de maneira parecida a do Canadá, havendo frequentemente ponderações sobre a liberdade de expressão e sua relação com outros bens jurídicos.

Segundo a Lei Magna daquele país, todos os cidadãos têm o direito de livremente expressar, disseminar a sua opinião e de se informar sem restrições a partir de todas as fontes acessíveis, não havendo censura também quanto à liberdade da imprensa e comunicação por meio do rádio e cinema; entretanto, no mesmo texto são expressamente permitidas restrições a estas liberdades, em prol da proteção dos menores, do direito à honra pessoal, dentre outros valores¹⁰⁸.

105 *Idem* – citação indireta.

106 O Revisionismo apresenta-se como uma corrente literária marcadamente ideológica. Uma de suas variações mais importantes é a corrente negacionista do Holocausto, a qual nega a existência do acontecimento conhecido como Holocausto, por vezes, lastreando-se em afirmações anti-semitas e racistas, conforme poder-se-á melhor observar na leitura do último capítulo do presente estudo.

107 Conforme: SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 56-62.

108 Destaque-se que mesmo diante dessa extrema preocupação da doutrina e jurisprudência alemã com a liberdade de expressão, o direito infraconstitucional daquele país atualmente contempla uma variedade de instrumentos de combate aos discursos de ódio: a) a criminalização da incitação ao ódio, insulto ou ataque à dignidade humana de parcelas da população ou de grupos identificáveis (seja pela nacionalidade, raça, etnia ou religião); b) a penalização da participação em organizações neo-nazistas, bem como da exibição de símbolos, bandeiras, uniformes e saudações nazistas; c) a proibição

Nesse toar, compreende-se na Alemanha que a liberdade de expressão desempenha um papel duplo, pois “*por um lado, trata-se de direito subjetivo essencial para a auto-realização do indivíduo no contexto da vida social. Por outro lado, a liberdade de expressão, na sua dimensão objetiva, é um elemento constitutivo da ordem democrática, por permitir a formação de uma opinião bem informada e garantir um debate plural e aberto sobre os temas de interesse público.*”¹⁰⁹

Merece destaque na jurisprudência daquele país sobre o “*hate speech*” o Caso “90 BVerfGE”¹¹⁰ julgado de 1994 pela Suprema Corte Alemã. Na situação em tela, discutiu-se sobre a constitucionalidade do ato do governo da Baviera que impôs como condição para autorização de um congresso do qual participaria o escritor revisionista David Irving que não fosse em nenhum momento sustentada a tese de que o Holocausto jamais teria acontecido.

Compreendeu a Corte alemã que a negação do Holocausto não era a manifestação de opinião, mas sim de fato, de maneira que as manifestações inverídicas sobre fatos não estariam albergadas pelo texto constitucional e poderiam ser penalizadas.

Não obstante, no mesmo ano discutiu-se outro caso (“90 BVerfGE 241”¹¹¹), também envolvendo um escrito revisionista. No caso, tratava-se de um debate sobre a obra “Verdade para a Alemanha: a questão da culpa sobre a 2ª Guerra Mundial” (na qual não se negara o Holocausto, mas se defendera a tese de que a culpa pela eclosão da 2ª Guerra teria sido dos adversários da Alemanha) e a constitucionalidade da inclusão desta obra numa “lista negra” de livros pelo Governo, conseqüentemente proibindo-se sua propaganda e venda a menores de idade.

Neste caso, por sua vez, a Corte germânica, entendeu por prevalecer a liberdade de expressão, uma vez que não se discutia o relato de fatos inverídicos, mas tão somente expressava-se uma opinião, a qual não careceria, segundo o Tribunal, de possibilidade de aferição de verdade.

Dessa forma, pode-se vislumbrar que na Alemanha não são aceitos os

administrativa de reuniões ou manifestações a fim de se manifestarem discursos de ódio, com possibilidade de sua imediata dissolução pela autoridade pública; d) a colocação de livros e publicações que incitem ódio racial em lista própria, impossibilitando-os de serem propagandeados ou vendidos a crianças e adolescentes; e) a vedação de promoção de discriminação, incitação ao ódio, difamação ou ridicularização de grupos identificáveis (raciais, religiosos, étnicos ou nacionais) em programas de rádio e televisão; f) as ações injuntivas e de reparação de danos morais no Direito Civil (BRUGGER, Wingfried – Apud: - SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 59).

109 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 57.

110 *Idem* – citação indireta.

111 *Ibidem* – citação indireta.

discursos de ódio, entretanto, também não é descuidada a proteção de questões de interesse público. Por outro lado, há, no confronto com as liberdades comunicativas, uma proteção mais intensa com relação aos direitos de personalidade das minorias.

Já no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da ONU, vale destacar a decisão proferida no Caso “*Robert Faurisson versus França*” de 1996¹¹². Encontrava-se em vigor à época dos fatos na França a Lei Gayssot, a qual criminalizava a conduta de contestar a prática de crimes contra a humanidade devidamente reconhecidos pelo Tribunal de Nuremberg. Ocorre que Robert Faurisson, um estudioso revisionista, defendeu publicamente a inexistência de câmaras de gás nos campos de concentração nazistas, tendo sido processado e condenado pela Justiça Criminal francesa.

A questão foi levada à Comissão de Direitos Humanos, a qual por sua vez, embora reconhecendo que a Lei Gayssot tipificava condutas de maneira excessivamente ampla, proibindo até mesmo pesquisas históricas sérias que pudessem questionar as conclusões adotadas no Tribunal de Nuremberg, constituindo-se como violação ao Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, compreendeu pela validade da condenação imposta pela Justiça francesa a Faurisson, sustentando que se tratava de restrição legítima à liberdade de expressão, pois as declarações do autor visavam tão somente fortificar o anti-semitismo.

Por fim, outro caso relevante deu-se perante a Corte Européia de Direitos Humanos, na análise do Caso “*Roger Garaudy versus França*” de 2003¹¹³. Roger Garaudy, um escritor revisionista francês, publicou uma obra negando a perseguição aos judeus e o Holocausto, tendo sido condenado pela Justiça Francesa.

Discutida a questão na Corte Européia, compreendeu-se pela validade da condenação, aduzindo que constitui grave forma de discriminação racial contra os judeus e incitação ao ódio a negação do Holocausto, configurando verdadeiramente um abuso do exercício da liberdade de expressão.

Feita essa exposição concernente à dignidade da pessoa humana e ao racismo, à liberdade de expressão e às manifestações de ódio, bem como evidenciados alguns casos concretos relevantes sobre a temática, a fim de demonstrar a preocupação relacionada a discursos de ódio racial na jurisprudência internacional, passa-se à análise do “Caso Ellwanger”, marco jurisprudencial sobre o tema no Brasil, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2003.

112 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech* – citação indireta.

113 *Idem* – citação indireta.

CAPÍTULO 3. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS - O CASO ELLWANGER

Em 14 de novembro de 1991, o autor, editor e distribuidor de livros Siegfried Castán Ellwanger foi denunciado pela prática delituosa de racismo, prevista no artigo 20 da Lei 7.716/89 (“Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional – *Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos*”).

Sustentou-se na denúncia que nas obras de sua autoria (“*Holocausto. Judeu ou alemão? – Nos bastidores da mentira do século*”¹¹⁴), bem como de sua distribuição (“*O judeu internacional*” de Henry FORD¹¹⁵; “*A história secreta do Brasil*”, “*Brasil – Colônia de banqueiros*”, “*Os protocolos dos sábios de Sião*”, os três de Gustavo BARROSO¹¹⁶; “*Hitler – Culpado ou inocente?*” de Sérgio OLIVEIRA¹¹⁷ e “*Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*” de Louis MARSCHALKO¹¹⁸) existiriam mensagens de

114 Com relação ao teor da obra “*Holocausto: Judeu ou Alemão – nos bastidores da mentira*” de Siegfried Castán Ellwanger (1928-presente), lícito se apontar dois trechos aludidos pelo Ministro Maurício Côrrea em seu voto: 1) “(...) o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injuste ódio contra o povo que o hospeda(...)”; 2) “(...) os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus(...)” (ELLWANGER, Siegfried Castán – Apud: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo: um julgamento histórico do STF – Habeas Corpus nº 82.424-RS. Brasília, Ed. Supremo Tribunal Federal, 2004, p.33).

115 Henry FORD (1863-1947) foi um empresário do ramo automotor e escritor estadunidense. Acerca de sua obra, interessante para a análise do leitor trazer à tona alguns trechos do livro “*Judeu Internacional*”, mencionados no voto do Ministro Maurício Côrrea: 1) “*Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio da dominação.*”; 2) “(...) não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder.”; 3) “*Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter.*” (FORD, Henry – Apud: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.31- 32).

116 Gustavo Dodt BARROSO (1888-1959) foi um advogado, professor e político brasileiro, conhecido nacionalmente como um dos líderes do movimento político conservador denominado Ação Integralista Nacional. Sobre a obra do autor, relevante para a análise do leitor apontar-se alguns trechos do livro “*Brasil – Colônia de Banqueiros*”, também aludidos no voto do Ministro Maurício Côrrea: 1) “*Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inquinação racial*”; 2) “*O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora.*” (BARROSO, Gustavo Dodt – Apud: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.32-33.).

117 Sérgio Oliveira, ex-militar, escritor e historiador brasileiro.

118 Louis MARSCHALKO, escritor revisionista de origem húngara. Sobre a obra do autor, relevante para a análise do leitor apontar-se alguns trechos do seu “*Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra*”, também aludidos no voto do Ministro Maurício Côrrea: 1) “(...)toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas (...) [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história(...)”; 2) “o

cunho anti-semitas que poderiam ser juridicamente compreendidas como práticas discriminatórias, cujo objetivo revelava-se o de incitar ódio contra os judeus, ao negar veementemente a existência do Holocausto e afirmar que o povo judeu deve ser visto como o causador dos males do mundo.

Ellwanger foi absolvido pela MMA. Juíza Substituta da 8ª (oitava) Vara Criminal de Porto Alegre/RS, pois segundo entendeu a nobre Magistrada a atividade do réu não se tratava de outra coisa que não o mero exercício do direito constitucional de liberdade de expressão, havendo o acusado apenas manifestado sua opinião sobre fatos históricos sob um ângulo diverso da maioria.

Essa sentença do Juízo de Primeira Instância foi recorrida apenas pelos assistente da acusação (Federação Israelita do Rio Grande do Sul), tendo em vista que a Promotoria da primeira instância pleiteou a absolvição de Ellwanger em suas alegações finais.

Em seguida, foi o réu condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (3ª Câmara Criminal do TJ-RS), por se compreender que fazia ele apologia de idéias discriminatórias contra a comunidade judaica, considerando-o como incurso nas penas do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, na redação dada pela Lei nº 8.081/90, apenando-o a dois anos de reclusão (com sursis pelo prazo de quatro anos). A decisão foi assim ementada:

RACISMO. EDIÇÃO E VENDA DE LIVROS FAZENDO APOLOGIA DE IDÉIAS PRECONCEITUOSAS E DISCRIMINATÓRIAS. ART-20 DA LEI 7716/89 (REDAÇÃO DADA PELA LEI 8081/90). LIMITES CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA.¹¹⁹

Não conformado com a decisão que culminou em sua condenação proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça gaúcho, o réu impetrou *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma do STJ), entretanto, também não obteve sucesso, conforme pode-se observar pela ementa da decisão:

CRIMINAL. 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

judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus (...); 3) *“Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais.”* (MARSCHALKO, Louis – Apud: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.32.).

119 TJ/RS – Acórdão - Apelação Crime nº 695130484 - Acórdão 3ª Câmara Criminal - Rel. Fernando Mottola. Julgado e publicado no DJ de 31/10/1996.

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.¹²⁰

Novamente inconformado, o paciente Siegfried Castán Ellwanger impetrou *Habeas Corpus*, dessa vez perante o Supremo Tribunal Federal, sustentando não ter cometido crime de racismo, mas tão somente o delito de discriminação, haja vista que, segundo o paciente, os judeus deveriam ser compreendidos como um povo, e não como uma raça. Não se caracterizando os judeus como raça, mas sim como povo, ter-se-ia portanto configurado o crime de discriminação, o qual, à época do julgamento, estaria prescrito.

Assim, o caso observado no *Habeas Corpus* nº 82.424/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal trouxe à tona, como anteriormente exposto, a discussão acerca do crime de racismo, mas não somente isso, suscitou de maneira bastante clara a discussão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

Cabe no presente capítulo, portanto, demonstrar como neste caso foram compreendidas a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e de que maneira foi resolvido o conflito entre tais direitos.

Em primeiro lugar, trabalhar-se-á com o conceito de dignidade da pessoa humana que pode ser retirado da decisão, passando-se em seguida a observar como se deu a definição da liberdade de expressão pelos Ministros do STF¹²¹, para tão somente ao final chegar-se ao conflito existente entre os direitos fundamentais referidos e se demonstrar como foi resolvido o nacionalmente conhecido “Caso Ellwanger”.

3.1. - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO HC Nº 84.424/RS

120 STJ - HABEAS CORPUS nº 15155/RS – Processo nº: 2000.01313517 - Quinta Turma – Rel. Gilson Dipp – Julgado em 18/12/2001. Publicado em DJ de 18/03/2002.

121 Relembre-se que o Supremo Tribunal Federal, à época do julgamento, era composto pelos Excelentíssimos Senhores Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, Ministro Maurício José Córrea (Presidente), Ministro José Celso de Mello Filho, Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Ministro Nelson Azevedo Jobim, Ministra Ellen Gracie Northfleet, Ministro Antonio Cezar Peluso, Ministro Joaquim Benedito Barbosa Gomes (o qual não votou por suceder o Ministro Moreira Alves, que já havia votado).

No tocante à conceituação da dignidade da pessoa humana, haja vista a divergência de opiniões entre os Ministros da Corte Suprema pátria, dividir-se-á nessa análise os Ministros votantes em dois grupos (grupo de Ministros que indeferem o pedido de *Habeas Corpus* e grupo daqueles que deferem o pedido), a fim de se obter um conceito genericamente construído por cada um desses coletivos.

3.1.1. - Ministros que deferem o *Habeas Corpus*

Deve-se primeiramente considerar que a compreensão sobre tão basilar princípio pelos Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto¹²² é mais ligada ao caso concreto e à realidade brasileira, dialogando-se se essencialmente a dignidade da pessoa humana do grupo judaico estava sendo ameaçada ou fora violada pelas obras ideológicas do autor, e mais, se tais obras efetivamente mostravam-se como perigosas no momento em que vivemos no país.

Considerou-se também nessa análise toda a proteção existente no âmbito do Direito Internacional e nacional acerca do racismo, sem procurar se considerar nessa linha de pensamento a dignidade humana como algo desprovido de conteúdo.

Conforme alude o Ministro Ayres Britto, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como um “megaprincípio”¹²³, representando bem com tal alusão o pensamento desse grupo de Ministros.

Ayres Britto, de tão preocupado com a violação da dignidade, a compreende, inclusive, como mais contundente que uma violação física, pois “*o discriminado é como forçado que a sentir um déficit de dignidade. Ou de cidadania. Como se pertencesse a um subgrupo ou a uma sub-raça. Amesquinhado não no que ele tem, mas no que ele é.*”¹²⁴

Conforme versa o Ministro¹²⁵, nessa sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos deve-se pois respeitar a dignidade dos seres humanos, calcada tal dignidade na igualdade de todos, sem diferenciação, de modo que não há como se

122 Atente-se ao fato de que o raciocínio utilizado pelo Ministro Moreira Alves justifica o deferimento do pedido por outras razões, ligadas essencialmente à abrangência do conceito *racismo*, não sendo portanto analisado no presente contexto.

123 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p. 141.

124 *Idem*, p. 152.

125 *Ibidem*, p. 138 e 153.

pensar em direitos e garantias individuais sem imediatamente referir-los à dignidade da pessoa humana, não se pode pensar em direito sem dignidade.

Para realizar essa dignidade dá-se aos sujeitos uma margem de liberdade, não se podendo “abusar dela”. Assim, as manifestações preconceituosas, que não tem outro fim que não serem satíricas e ridicularizadoras, por expressarem-se como violação à dignidade do ofendido, não se mostram compatíveis com a realização desta dignidade pelas pessoas humanas, desrespeitando inclusive os valores da igualdade civil-moral e o próprio pluralismo.

Assim, vê-se que para os Ministros a preocupação com a dignidade humana é latente, entretanto, a perspectiva da análise, por ser mais ligada à proteção da liberdade de expressão no caso concreto, é certamente outra, quando comparada a daqueles que indeferiram o pedido.

3.1.2. - Ministros que indeferem o *Habeas Corpus*

Os Ministros desse grupo, por sua vez, prestam extrema reverência à dignidade da pessoa humana, não perdendo de vista tal conceito para analisar sua interpretação acerca do racismo coerente com o Estado Democrático brasileiro.

Conforme pode-se perceber, ressaltam os Ministros que a atuação do Direito Internacional contemporâneo passou a concentrar-se na dimensão subjetiva da pessoa humana, reconhecida em diversas declarações e pactos internacionais como valor fundante do ordenamento jurídico, tendo tais manifestações extrema importância na construção do constitucionalismo brasileiro.

No âmbito constitucional pátrio, a dignidade da pessoa humana mostra-se tão importante para os Ministros que chegam eles a utilizar astuciosamente o argumento que a Constituição, antes mesmo de organizar o Estado, estabelece que o Brasil constituiu-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Não à toa, por exemplo, a menção de Celso de Mello¹²⁶, de que o princípio indisponível da pessoa humana representa o reconhecimento de que reside na pessoa humana o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional,

126 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.53.

ganhando portanto a dignidade um “*status*” diferenciado na ordem constitucional, cujo respeito confere uma legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual repousa o Estado.

Nesse toar, bem destaca Cezar Peluso¹²⁷ que a dignidade humana prevê que todos são iguais sem distinção de natureza alguma e também que todos são iguais no direito de ter direitos. Tal análise mostra-se de grande importância para a compreensão das questões raciais pelos Ministros, pois como destaca Peluso:

*O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas (...) está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor da dignidade da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.*¹²⁸

Dessa maneira, vê-se que as manifestações de preconceito, ódio, desrespeito, bem como de prática e/ou incitação à prática de tais atos hostis contra grupos identificáveis não se revelaria compatível com a dignidade da pessoa humana, na visão dos Ministros, pois não condizente com as práticas de liberdade, tolerância e respeito à alteridade humana que se quer dentro da sociedade pluralista pretendida pelo Constituinte.

Assim, cabe salientar que as concepções dos Ministros sobre a temática são divergentes, pois embora compreendam efetivamente que a dignidade da pessoa humana é um fundamento essencial do Estado e dá azo à proteção de direitos, percebe-se que não compreendem eles da mesma maneira acerca do potencial hermenêutico da dignidade da pessoa humana, haja vista que um grupo amplia seu conceito de *raça* tomando em consideração, dentre outros fatores, a dignidade, enquanto o outro grupo não procede desta mesma forma.

3.2. - LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO HC Nº 84.424/RS

No tocante à liberdade de expressão, também far-se-á a análise adotando a

127 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.39.

128 *Idem*, p.39.

metodologia empregada no primeiro subtítulo, novamente segregando-se os Ministros em dois grupos (os que deferem e aqueles que indeferem o pedido de *habeas corpus*) no intuito de melhor delimitar os pontos de vista de cada grupo sobre o conceito.

3.2.1. - Ministros que deferem o *Habeas Corpus*

Com relação aos Ministros que decidem pelo deferimento do *Habeas Corpus*^{129 130}, em especial os Ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, pode-se observar facilmente uma enorme preocupação de ambos com a liberdade da expressão, considerando-a insuplantável, pilar essencial para a eficácia direta do princípio democrático.

Segundo o Ministro Marco Aurélio, *“é por meio desse direito (liberdade de expressão) que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária.”*¹³¹

Conforme vê-se, para ele a liberdade de expressão apresenta-se como um dos mecanismos mais importantes para tornar a democracia algo real, presente e pulsante, para a construção de uma verdadeira sociedade livre e plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas, pautando-se inclusive na proteção das minorias.

Em seu voto o Ministro refere-se a várias características da liberdade de expressão, sendo a primeira delas o valor instrumental, pois funciona tal liberdade como um elemento basilar do princípio democrático, estabelecendo dessa maneira um ambiente no qual diversas opiniões podem ser manifestadas e confrontadas, consubstanciando um processo de formulação do pensamento da comunidade.¹³²

129 Repisa-se que serão aqui tão somente analisados os votos dos dois Ministros (Marco Aurélio e Ayres Britto), por tomar-se em consideração que o raciocínio utilizado pelo então Ministro Moreira Alves justifica o deferimento do pedido por outras razões, ligadas essencialmente à abrangência do conceito *racismo*.

130 É justo consignar que dentre todos os Ministros votantes na ocasião, é certamente o Ministro Marco Aurélio quem mais ricamente trabalha com a temática da liberdade de expressão.

131 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.172.

132 *Idem*, p.172.

Também nos revela Marco Aurélio que a liberdade de expressão serve como instrumento importantíssimo de controle da atividade governamental e do próprio exercício do poder estatal, pois *“à proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade para exprimir os pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos.”*¹³³

Além disso, nos mostra o Ministro votante que a liberdade de expressão apresenta também outras finalidades importantes, tais com a acomodação de interesses através de um debate público de temas controvertidos capaz de viabilizar transformações sócio-políticas de forma pacífica; a criação de um mercado livre de idéias, dando-se privilégio ao intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada; o exercício da tolerância, o qual educa a sociedade a ouvir e a ser ouvida e não somente a exigir a democracia como uma providência estatal, bem como a proteção e a garantia da autonomia individual, tendo em conta que a livre manifestação de pensamento é uma expressão da individualidade e da liberdade.

Assim, o que se deve destacar no direito à liberdade de expressão, para o Ministro Marco Aurélio, é essencialmente a sua dimensão social, haja vista que a redução da liberdade de expressão a uma perspectiva meramente individual presta-se a podar a democracia e pode aumentar consideravelmente as possibilidades de instituição de um regime autoritário, tendo em conta que foi justamente nos momentos de ausência de liberdade de manifestação que ocorreram os piores acontecimentos da história da humanidade.

Portanto, verifica-se que esse grupo de Ministros atenta-se a uma acepção ampla de tal liberdade, interpretando-a em sua maior abrangência, considerando-se como Estado democrático aquele que aceita e tolera diferentes expressões de pensamento, mesmo que críticas a sua estrutura, funcionamento e pensamento majoritário.

Cabe observar, contudo, que não estão abrangidas pelo conceito de liberdade de expressão tido pelos Ministros declarações exageradamente agressivas ou que exponham pessoas a riscos iminentes, tampouco injúrias, calúnias, difamações, incitações e induzimentos, porque dessa forma estar-se-ia transpassando o campo do pensamento e adentrando no campo da ação.

133 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.173.

Em síntese, é necessário diferenciar o “uso” do “abuso” da liberdade de expressão¹³⁴, sinalizando que somente se mostra justificável a restrição possível quanto à forma da liberdade de manifestação do pensamento, e não quanto ao seu conteúdo¹³⁵.

Nessa medida, vê-se que os Ministros reconhecem o fato de que o direito à livre manifestação de pensamento é passível de sofrer limitações quando em conflito com outras liberdades, não sendo possível fazer, entretanto, uma análise pautada somente em expectativas abstratas e receios pessoais que desconsidere a forma de divulgação e o contexto da sociedade em que a idéia é divulgada, dentre outros importantes fatores.

Dessa maneira, percebe-se nitidamente que os Ministros Marco Aurélio Mendes de Farias Mello e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto atentam à grande importância da liberdade de expressão, tida como maior expressão de liberdade e princípio fundamental para a construção da democracia e de uma sociedade plural, crendo assim que a intervenção estatal restritiva a tal direito deve ser encarada como situação excepcional.

3.2.2 - Ministros que indeferem o *Habeas Corpus*

Com relação aos Ministros que indeferem o pedido de *Habeas Corpus* (em especial, Ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Cezar Pelluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence^{136 137}) o direito à liberdade de expressão não se apresenta absoluto e seu exercício deve ser realizado aos moldes traçados por todo o sistema constitucional.

Nesse sentido, por exemplo, veja-se a conclusão tecida pelo Ministro Carlos Velloso em seu voto:

134 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.144-147.

135 *Idem*, p.176.

136 O voto da Ministra Ellen Gracie não está sendo considerado no presente momento por não fazer ela uma mínima referência a tal princípio, tampouco revelar levá-lo em consideração em seu voto.

137 Destaque-se que a fundamentação das decisões deste Grupo de Ministros revela-se bem mais sucinta no tocante ao direito de liberdade de expressão do que a do Grupo de Ministros que deferem o pedido de *Habeas Corpus*, haja vista recorrerem essencialmente em suas argumentações às experiências jurídicas internacionais pós-2ª Guerra Mundial, ao combate aos ódios históricos, raciais, étnicos etc. e à internacionalização dos direitos humanos.

É indubitável que a Constituição Brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de comunicação e a liberdade de imprensa (...). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas (...) que a Lei Maior repudia.¹³⁸

Conforme pode-se observar, entende esse grupo de Ministros que não estão abrangidos pela proteção da liberdade de expressão eventuais ofensas e estímulos à intolerância racial ou qualquer tratamento hostil, pautando-se dessa maneira em tratados internacionais que garantem direitos fundamentais, inseridos no sistema constitucional e devidamente regulamentados na forma preconizada no § 2º do artigo 5º.

Percebe-se que para esse grupo de Ministros, constituem-se como limitações externas à liberdade de expressão os postulados da igualdade e da dignidade de cada ser humano, de maneira que a liberdade de expressão não poderá ser exercida com o objetivo de veicular práticas criminosas a fim de fomentar a intolerância e o ódio¹³⁹.

Cabe ressaltar, entretanto, que mesmo para esse grupo de Ministros, como bem destaca Mayra GOUVEIA¹⁴⁰, a liberdade de expressão aparece como preceito de enorme importância na ordem jurídica brasileira, pois se a democracia deve ser entendida como controle popular do governo, ela somente se torna possível quando o povo tem a possibilidade de manifestar suas opiniões e pensamentos.

Ainda, compreendem os Ministros que para que exista esta liberdade de expressão não deve haver censura, mas também não deve haver primazia absoluta deste direito, afinal não são aceitáveis declarações de conteúdo discriminatório, racista ou preconceituoso, tampouco incitações ao ódio público e publicações que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa ou opinião histórica.

Dessa maneira, vê-se que mesmo diante das decisões em sentidos opostos, os Ministros votantes referidos apresentam grande preocupação com a liberdade de expressão, divergindo contudo quanto aos limites a tal liberdade.

138 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.83.

139 *Idem*, p.83.

140 GOUVEIA, Mayra Zago de Faria Custódio. O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal - HC 82.424-2 RS. Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação (Sociedade Brasileira de Direito Público). Disponível em <http://www.sbdp.org.br/monografia/64_Mayra%20Gouveia.pdf>. Acesso em 01 out. 2008.

Curiosamente, cabe acentuar que já se pode perceber uma aproximação dos Ministros que deferem o *Habeas Corpus* à corrente libertária de pensamento quanto à liberdade de expressão, enquanto os Ministros que indeferem o pedido de *Habeas Corpus* delineiam-se como partidários da corrente democrática.

Saliente-se que a referida distinção tornar-se-á mais clara a seguir, quando serão analisadas as decisões efetivamente tomadas no caso.

3.3 - A RESOLUÇÃO DO CONFLITO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Feita essa exposição acerca da interpretação dada *in casu* a cada um dos direitos fundamentais, chega-se ao momento principal do trabalho, em que se pode observar de maneira mais nítida as compreensões sobre o confronto existente entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Caso Ellwanger e de que maneira se deu a resolução do conflito.

Assim como nos demais subtítulos, procurar-se-á utilizar a divisão em dois grupos de Ministros votantes, ou seja, entre aqueles que deferem o pleito do *Habeas Corpus* e aqueles que indeferem o pedido¹⁴¹; entretanto, tendo em vista que é justamente no presente momento que mais de destacam as visões individuais dos Ministros e mais rica se mostra a exposição, adotar-se-á uma exposição preferencialmente mais individualizada dos votos.

3.3.1. - Ministros que deferem o *Habeas Corpus*

São três os Ministros que deferem o pleito de *Habeas Corpus*, Ministros Moreira Alves, Ayres Britto e Marco Aurélio, tendo portanto três visões diferentes sobre o conflito que merecem ser evidenciadas.

141 Somente serão utilizados na análise os votos dos Ministros que reconhecem o conflito, mesmo quando não de maneira muito clara e bem trabalhada, salientando-se dessa maneira que tanto os votos da Ministra Ellen Gracie quanto do Ministro Sepúlveda Pertence sequer serão aludidos, haja vista que em nenhum momento mencionam a existência de um conflito entre princípios, decidindo pelo indeferimento do pedido com base no conceito de “raça” por eles compreendido.

Como vê-se, a Ministra fundamenta-se tão somente na definição de raça para concluir que não existem raças em um sentido biológico, havendo tão somente a raça humana, e portanto a conduta do paciente deveria ser encarada como racista. Já o ministro Sepúlveda expressa-se rapidamente sobre a liberdade de expressão e decide por denegar a ordem com relação ao paciente pelo fato de caracterizar a conduta como criminosa, haja vista que a liberdade de expressão não dá azo à imunidade criminal.

O Ministro Moreira Alves em seu voto, ao compreender pela inexistência da devida conceituação do termo racismo no texto constitucional, procurou enfatizar a idéia de raça como a comunmente empregada, essencialmente pautada à cor da pele, uma vez que não tinha a intenção de tornar aberto o tipo penal discriminatório, ainda mais considerando ele que em nenhum momento em nosso país houve perseguição ou atrocidades equiparadas às ocorridas na Alemanha nazista.

Entretanto, em que pese o Ministro deixar de reconhecer expressamente a colisão entre direitos fundamentais quando fundamenta seu voto, pautado nitidamente à sua concepção de “raça” e “racismo”, acaba por transparecer sua visão sobre o conflito ao momento em que passa a se referir à jurisprudência estrangeira sobre o tema para a resolução do caso presente, destacando a prevalência da liberdade de expressão¹⁴².

Dessa maneira, apesar de não importar para o caso concreto a solução apresentada no estrangeiro, Moreira Alves atenta-se ao fato de que houve no “Caso Ellwanger” um conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da dignidade humana, privilegiando aquela em desfavor desta em sua decisão.

Por sua vez, o Ministro Ayres Britto reconhece de maneira evidente o confronto entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana¹⁴³. Segundo o Ministro, considerando-se que a legitimação abstrata do uso de uma vontade individual pode acabar resvalando em uma prática tida como abusiva, existem fórmulas compensatórias para devida resolução de conflitos, reconhecendo o magistrado que, ao menos para ele, a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo revela-se como a mais estratégica de todas elas, uma vez que através dela poderá a sociedade voltar ao seu estado de harmonia¹⁴⁴.

Dessa maneira, a fim de evitar o sacrifício de um dos direitos em jogo, o Ministro prefere dar prevalência à norma-princípio que menor sacrifício impuser aos outros princípios, tomando em consideração em sua interpretação o preâmbulo de nossa Constituição Federal, bem como os fundamentos e objetivos da Federação Republicana

142 Veja-se a menção à decisão da Suprema Corte norte-americana de julho de 1992, no caso “*RAV versus Saint Paul/Minnessota*”, no qual um menor atirara um cruz incendiada contra uma família negra, sendo acusado pela prática de racismo e absolvido por aquela Corte por se compreender a necessidade de prevalecer a liberdade de expressão (In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.51).

143 Em especial, vide o sub-título “*O manejo de princípios constitucionais contrapostos*” na manifestação do Ministro Ayres Britto em sua manifestação (In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.137-138).

144 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.137.

Brasileira.

Nessa toada, compreende Ayres Britto que:

(...) o que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia. (...) Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias (...). Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal.¹⁴⁵

Assim, acaba Ayres Britto por decidir que as manifestações de Siegfried Ellwanger em seu livro *“Holocausto: Judeu ou Alemão – Nos Bastidores da 2ª Guerra Mundial”* estavam albergadas pela liberdade de expressão e as edições realizadas pela Editora Revisão de obras de outros autores também se encontravam albergadas pelo texto constitucional por meio da liberdade de iniciativa, protegendo portanto a possibilidade de plena manifestação do autor/editor-paciente.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio também entende pela existência de um conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana¹⁴⁶. Conforme ressalta o Ministro, a liberdade de expressão, componente do sistema dos direitos fundamentais, não possui um caráter absoluto, encontrando limites nos demais direitos fundamentais, podendo inclusive vir a colidir com eles.

Citando Robert ALEXY¹⁴⁷, entende Marco Aurélio que as colisões tão somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício for imposto a um ou aos dois lados; desta feita, enquanto em um conflito de regras a solução dá-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como os de especialidade, hierarquia e anterioridade, o embate entre princípios encontra sua solução na dimensão do valor, por meio da ponderação.

145 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.158.

146 Trabalha o tema com bastante complexidade e argúcia no título *“A colisão entre direitos fundamentais – o princípio da proporcionalidade”* de seu voto o Ministro Marco Aurélio (In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.182.185).

147 ALEXY, Robert (Apud: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p. 177).

Nesse toar, compreende Marco Aurélio pela utilização do princípio da proporcionalidade para realização da ponderação exigida no caso concreto por conta da semelhança de hierarquia dos valores em jogo, quais sejam a dignidade humana do povo judeu e a liberdade de expressão do paciente Siegfried Castán Ellwanger.

Utiliza-se portanto da verificação das idéias de conformidade (ou adequação dos meios), exigibilidade (ou necessidade dos meios) e proporcionalidade em sentido estrito, pautando-se em sua compreensão da realidade brasileira para definir se efetivamente a dignidade dos judeus encontrava-se em perigo ou fora violada pela ação do paciente, bem como se esta ameaça é suficientemente grave a ponto de justificar uma intervenção estatal restritiva à liberdade de Ellwanger.

Ao fim, concluiu o Ministro pela prevalência da liberdade de expressão, por não identificar qualquer manifestação de induzimento a preconceito e compreender que a obra produzida e editada pelo paciente prestou-se essencialmente à difusão de uma ideologia e à exposição de uma versão deturpada de um fato histórico controvertido.

Conforme facilmente observar-se-á, tal decisão é diametralmente oposta à decisão tomada pelo outro grupo de Ministros, a seguir exposta.

3.3.2. - Ministros que indeferem o *Habeas Corpus*

Esse grupo, composto pelos Ministros Maurício Côrrea, Nelson Jobim, Celso de Mello, Carlos Velloso e Gilmar Mendes, também apresenta um rico trabalho sobre a idéia do conflito¹⁴⁸.

Como bem coloca Mayra GOUVEIA¹⁴⁹, os Ministros Maurício Corrêa e Nelson Jobim demonstram a convicção de que se deve harmonizar os bens jurídicos em oposição a fim de que haja a tutela do direito prevalente, garantindo-se por consequência o significado da norma e a simétrica confirmação da Constituição.

Assim, compreendem os Ministros que a previsão constitucional da liberdade de expressão não deve servir de salvaguarda para práticas criminosas racistas

148 Novamente não serão trazidos à baila os votos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, haja vista, como sabido, não terem eles trabalhado com a idéia de conflito entre direitos fundamentais.

149 GOUVEIA, Mayra Zago de Faria Custódio. O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal - HC 82.424-2 RS.

e anti-semitas, assim como ocorre nos delitos para a honra¹⁵⁰.

Conforme alude o Ministro Maurício Côrrea, é premissa básica do Estado de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana, destacando, como já exposto, que nada se revela mais ultrajante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado no seu meio social.

Nessa medida, vê-se que para os Ministros referidos, em casos de conflito como o presente deve-se fazer preponderar os direitos de toda aquela parcela da sociedade que foi atingida com a publicação das obras escritas e/ou editadas pelo autor, sob pena de colocar-se em risco a dignidade, a igualdade, a cidadania e até mesmo a vida.

Pautando-se nos ensinamentos de Joaquim José Gomes CANOTILHO¹⁵¹ e Alexandre de MORAES¹⁵², é sustentada a tese de que deve prevalecer dentre as interpretações possíveis aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas previstas no texto constitucional, buscando tal interpretação, portanto, a harmonia da Constituição com suas finalidades, adequando-a à realidade fática e pleiteando dessa maneira uma maior aplicabilidade dos direitos e liberdades públicas.

Nesse toar, compreendem portanto os Ministros citados (Maurício Côrrea e Nelson Jobim) que no caso em tela (“Caso Ellwanger”), deve prevalecer a dignidade do povo judeu, haja vista que segundo depreende-se da leitura dos votos dos mesmos, entender de outra forma seria “esvaziar” indevidamente o conteúdo da dignidade em prol da liberdade de expressão.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello traí-se com as próprias palavras de seu voto¹⁵³, pois acaba por aceitar a existência de liberdades em conflito, haja vista reconhecer que o exercício da liberdade de expressão pode instaurar situações de tensão entre valores essenciais da República, protegidos constitucionalmente da mesma maneira, dando causa a colisões de direitos e, por conseqüência, reclamando soluções jurídicas adequadamente resolvidas por meio de uma ponderação concreta dos bens e

150 Vide em especial: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.40 e 106.

151 CANOTILHO, Joaquim José Gomes (Apud: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.41-42.).

152 MORAES, Alexandre de. (Apud: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.42.).

153 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p..59-60.

valores envolvidos na questão.

Segundo o Ministro, “a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência não constitui meio que se possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos especialmente quando as expressões de ódio racial (...) transgridem de modo inaceitável valores tutelados pela própria ordem constitucional.”¹⁵⁴

Para ele, não se revela cabível valer-se de um processo hermenêutico que comprometa a força normativa da Constituição, expondo a autoridade suprema da mesma a critérios de exegese que subtraíam a sua máxima eficácia, tornando os postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica fórmulas vazias, destituídas de significação e despojadas da abrangência quista pelo Constituinte¹⁵⁵.

Assim, observa-se a exaltação de um dever do Estado de atuar na defesa de postulados essenciais que proclamam a dignidade da pessoa humana, compreendida como um limite externo à liberdade de expressão, e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade e ofender a igualdade e a tolerância, numa clara defesa das minorias em situação de vulnerabilidade.

No presente caso, aderindo à mesma linha do raciocínio trazida pelo Ministro Celso de Mello, o Ministro Carlos Velloso compreende que os discursos de ódio contra o povo judeu não estariam albergados pelo dispositivo constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Segundo o Ministro, novamente em consonância com o Ministro Celso de Mello, a dignidade humana deve ser compreendida como um limite externo à liberdade de expressão, não podendo haver sobreposição da liberdade de expressão à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito brasileiro, ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada¹⁵⁶.

Desta forma dá prevalência Carlos Velloso à dignidade do povo judeu, por entender que é o direito que mais realiza o sistema de proteção de direitos e garantias inscritos na Constituição Federal e mais encontra-se coadunado com o movimento de internacionalização dos direitos humanos, sem detrimento portanto da liberdade do autor/editor-paciente, haja vista a compreensão de que seus atos sequer estariam

154 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p..59.

155 *Idem* – citação indireta

156 *Ibidem*, p.82-83.

protegidos pela liberdade de expressão.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, atentando para os discursos de ódio e a prática de anti-semitismo através de obras revisionistas no contexto europeu, destaca que a discriminação racial por meio da liberdade de expressão acaba por comprometer o ideal de igualdade. Citando jurisprudência internacional (em especial, ao “*Caso Robert Faurisson versus França*”), revela o Ministro que se vêm admitindo certas interferências no direito à liberdade de expressão, desde que justificáveis, em defesa de outros valores essenciais à sociedade, como a dignidade da pessoa humana.

Em seguida, atenta-se precisamente para o conflito existente no caso concreto e o resolve por meio da proporcionalidade¹⁵⁷, enfatizando a discussão sobre a medida permitida de liberdade de expressão e sobre o modo de cerceamento dos atos que possam levar à intolerância e ao racismo, prejudiciais ao regime democrático e atentatórios aos valores inerentes a uma sociedade pluralista (dentre eles, a dignidade da pessoa humana).

Para o Ministro, portanto, devem ser observadas as máximas parciais do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito) para que em face do conflito entre direitos fundamentais o ato estatal seja apto a produzir o resultado desejado, utilizando-se do meio menos gravoso e mais eficaz e estabelecendo uma relação adequada entre a restrição de um princípio e a realização de outro, de modo a não tornar vazio o conteúdo de nenhum deles.

Compreende assim Gilmar Mendes¹⁵⁸ que não é possível a atribuição de primazia à liberdade de expressão em uma sociedade pluralista, que consagra valores como a igualdade e a dignidade humana e que no caso concreto houve certamente o respeito à proporcionalidade quando condenou-se o paciente pela prática de racismo, motivo pelo qual ele não deferiu a ordem do *Habeas Corpus*.

Já o Ministro Cezar Peluso, em sua extremamente sucinta manifestação, entende que a prática do paciente “*contraria a tutela constitucional, e portanto, se tipifica, em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão.*”¹⁵⁹

157 Em especial, vide o subtítulo “*O princípio da proporcionalidade*” do voto do Ministro Gilmar MENDES (In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.70-77).

158 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p.70.

159 *Idem*, p.129.

Dessa maneira, vê-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, atentam-se para o conflito existente entre os direitos fundamentais no presente caso.

Tal conflito, por certo, para a maior parte dos Ministros não se mostrou meramente aparente, pois demonstram eles (Ministros), por meio da ponderação, a justeza da condenação, não se atentando nesse contexto a uma atividade hermenêutica de mera subsunção norma-fato na estreita via do *Habeas Corpus*, promovendo um amplo debate sobre como deve ser compreendida a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no presente Estado Constitucional.

In casu, entenderam os Ministros como correta a tipificação da conduta do acusado Siegfried Castán Ellwanger como delito de racismo (art. 20 da Lei nº: 7.716/89), crime esse tido como inafiançável e imprescritível por força de disposição constitucional (art. 5º, LXII, CF), utilizando-se para tanto de uma definição ampla do termo “raça”, a fim de melhor proteger a dignidade de um conjunto maior de pessoas.

Diante de todo o exposto, verifica-se que na presente decisão os Ministros, em sua maioria, compreendem pela não proteção dos discursos de ódio no contexto nacional, dando prevalência à preservação da dignidade do povo judaico no caso concreto. Destaca-se a ementa da decisão:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e

infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aécticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que

permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.”¹⁶⁰ (grifo nosso)

160 STF - Supremo Tribunal Federal, HC - HABEAS CORPUS nº 82424-RS. Rel. Min. Moreira Alves. Publicado no DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

4. APONTAMENTOS FINAIS

Os direitos fundamentais, por certo, são a chave-mestra de nossa democracia, basilares ao desenvolvimento do Estado e da sociedade pluralista que se pretende construir, de modo que os representantes do povo brasileiro reunidos na Assembléia Constituinte, ao proclamarem estarem ali no intuito de instituir “*um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*” não realizavam pois mais um discurso político meramente demagógico, mas traçavam o “*pilar ético-jurídico-político da compreensão da Constituição*”¹⁶¹.

Entretanto, os direitos e garantias fundamentais insculpidos no texto Constitucional não se mostram absolutos, devendo se observar qual o seu núcleo de proteção e seus limites, por vezes somente visualizados em casos concretos.

No “Caso Ellwanger” pode-se constatar que até mesmo o direito à liberdade de expressão, essencial em qualquer regime constitucional que se pretenda democrático, por permitir a formação de uma vontade coletiva através do um livre confronto de idéias entre todos os partícipes da sociedade, pode encontrar limitações em casos concretos, principalmente quando se verifica a disseminação de discursos de ódio, haja vista que o Constituinte também atribuiu ao Estado um papel ativo no combate a práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados.

Conforme se destacou em momento anterior, essencialmente se prestam os discursos de ódio a negar a igualdade entre as pessoas, propagando a inferioridade e legitimando a discriminação, prejudicando sobremaneira a construção democrática, pois tendem em regra a produzir ou o revide ou o silêncio, ao invés de uma discussão voltada para o bem de todos.

Assim, a restrição ao “*hate speech*” deve ser vista como um instrumento necessário para garantir a integridade do próprio discurso público, o qual necessita de regras que assegurem a todos igual dignidade para o devido desenvolvimento.

Conforme alude KROLL/HONÓRIO, no contexto democrático, preservar a solidez do debate público é papel do Estado, cabendo a ele restringir, se necessário, os discursos que apresentam um “efeito silenciador”¹⁶².

161 MENDES, Gilmar *et alli*. Op. Cit., p. 231.

162 KROLL, Heloísa e HONORIO, Cláudia. Jurisdição Constitucional, Democracia e Liberdade de

Entretanto, deve-se ter como fixa a idéia de que a liberdade de expressão não pode ser vulnerabilizada de modo a tornar a vida em sociedade um eterno “cale-se”, pois como bem alerta Marco Aurélio em seu voto:

Garantir e expressão apenas das idéias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar idéias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas idéias somente são assim consideradas quando comparadas com o pensamento da maioria.¹⁶³

Sendo assim, é necessário se observar determinados critérios¹⁶⁴ para que a limitação da liberdade de expressão não se torne a regra, mas sim a exceção, principalmente no tocante aos discursos de ódio:

(a) é necessário uma maior tolerância com relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas com relação aos grupos hegemônicos, tolerância essa inversamente proporcional aquela que se deve ter com aqueles pertencentes a grupos hegemônicos quando atacarem estas minorias, pois há que se ter em mente que o “efeito silenciador” normalmente não atinge o discurso das majorias, entretanto, o contrário não é verdadeiro, pois os integrantes destes grupos, já marginalizados, normalmente sofrem mais com os ataques comunicativos hegemônicos;

(b) deve-se partir do princípio de que para combater uma “má idéia” melhor o debate público amplo do que a censura, ainda que as contribuições para o debate de idéias sejam absolutamente desfavoráveis às minorias;

(c) A categoria do “*hate speech*” não pode ser banalizada, de modo

Expressão – Análise do Caso Ellwanger. Revista Direitos Fundamentais e Democracia – Unibrasil, v. 1, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/18/39>>. Acesso em: 01 out. 2008.

163 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo (...), p. 176.

164 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech* – citação indireta.

que inexistente espaço para que o intérprete se engaje em desconstruções arbitrárias dos atos expressivos, a fim de encontrar preconceitos e mensagens discriminatórias ocultas para fundamentar limitações à liberdades de expressão;

(d) qualquer decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada a obra que contenha “*hate speech*” não poderá ignorar o valor artístico, teórico ou científico de tal obra;

(e) deve-se ter como um critério extremamente importante na ponderação o grau de dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceito possam provocar nos seus alvos;

(f) deve-se também ter como critério para a análise a composição do auditório das mensagens do “*hate speech*”, é necessário se presumir que os adultos, apresentam um maior discernimento necessário para formarem suas convicções, não valendo o mesmo para as crianças e adolescentes, sujeitos em processo de formação;

(h) ainda, deve-se considerar o meio empregado para divulgação dos discursos de ódio, vedando-se de maneira mais enfática os atos praticados através dos meios de comunicação de massa, do que os veiculados através de livros e/ou manifestações individuais, tendo em vista a amplitude do discurso e a maior probabilidade de que estes atinjam crianças e adolescentes.

Há que se ter em mente ainda, como bem coloca SARMENTO¹⁶⁵, que a proibição do *hate speech*, individualmente considerada, não é capaz de resolver todas as injustiças estruturais e toda a falta de reconhecimento social das quais são alvos as minorias, sendo tão somente uma das estratégias tidas pelo Estado em prol da igualdade e do respeito a tais minorias.

Necessário, portanto, em primeiro lugar, a atividade estatal por meio de políticas de ação afirmativa, a fim de reduzir as desigualdades relacionadas a estes

165 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 81.

grupos, bem como o desenvolvimento de uma cultura de tolerância e valorização da diversidade, através principalmente da educação e das campanhas públicas.¹⁶⁶

Por fim, há que se reconhecer o esmero e a saudável preocupação trazida pelo Supremo Tribunal Federal no combate ao racismo e aos discursos de ódio, entretanto, por certo, é necessário cautela na análise e limitação dos “*hate speechs*”, principalmente tomando em consideração que recém saímos da Ditadura Militar e mal aprendemos a conviver com a democracia.

Deve-se pois ter em mente que os salutareos objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos, conforme quistos pelo Constituinte na formação do Estado Brasileiro não resvalem para o perigoso decisionismo travestido de politicamente correto, no qual os princípios constitucionais (e os direitos fundamentais) convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’¹⁶⁷, possibilitando ao julgador fazer quase tudo o que quiser, menos buscar a justiça.

166 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, p. 81.

167 SARMENTO, Daniel Antonio Moraes de. Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006, p. 200.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 127, p. 55-66, jul./set. 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Direito e Paixão. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto062.rtf>>. Acesso em 01 out. 2008.

_____, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 4 ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 15 ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2004.

BOROWSKI, Martin. La estructura de los derechos fundamentales. Trad: Carlos Bernal Pulido. Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes Canotilho. Direito Constitucional. 3 ed. Coimbra, Ed. Almedina, 1983.

DIMENSTEIN, Gilberto. O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil, 20 ed. São Paulo, Ed. Ática, 2002.

DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. Barcelona: Ariel, 2002.

FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expresión. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01474063322636384254480/isonomi_a04/iso03.pdf>. Acesso em: 01 out. 2008.

GOUVEIA, Mayra Zago de Faria Custódio Gouveia. O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal - HC 82.424-2 RS. Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação (Sociedade Brasileira de Direito Público). Disponível em <http://www.sbdp.org.br/monografia/64_Mayra%20Gouveia.pdf>. Acesso em 01 out. 2008.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no *DANC* de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <http://apache.camara.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/plenario/discursos/escreven_dohistoria/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em 01 out. 2008.

KROLL, Heloísa e HONORIO, Cláudia. Jurisdição Constitucional, Democracia e Liberdade de Expressão – Análise do Caso Ellwanger. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia – Unibrasil*, v. 1, 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/18/39>>. Acesso em: 01 out. 2008.

ISHISATO, João Paulo. A proteção contra a discriminação atentatória dos direitos e liberdade fundamentais e a Constituição. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2007.

LAFER, Celso. Parecer - o caso Ellwanger : anti-semitismo como crime da prática do racismo. In: *Revista de informação legislativa*, v.41, nº 162, p. 53-89, abr./jun. de 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/948/4/R162-08.pdf>> . Acesso em 01 out. 2008.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6 ed. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Iuris, 2001.

MARINHO, Karoline Lins Câmara. A colisão entre direitos fundamentais e sua solução no caso “Siegfried Ellwanger” julgado pelo STF. *Revista Direito e Igualdade – Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte*, ano 3, v. 7, n. 1. Disponível em: <http://mossoro.esmarn.org.br/revista_direito_liberdade/edicoes/Revista_Direito_e_Liberdade_volume_7.pdf>. Acesso em: 01 out. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. v.1. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alli*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Aspectos Jurídicos do Brasil Contemporâneo. O Pós-Positivismo chega ao Brasil. Inaugura-se um Constitucionalismo de transição*.

Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, nº 06, jun./ago., 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-6-JUNHO-2006-DIOGO%20FIGUEIREDO.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2008.

PAMPLONA, Danielle Anne e ANNONI, Danielle. O processo de decisão judicial diante do Pós-Positivismo. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador, 2008, SALVADOR. Anais CONPEDI / Salvador - BA. SALVADOR : CONPEDI, 2008. v. 1. p. 3953-3968. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/danielle_anne_pamplona-1.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal: parte geral. Curitiba: ICPC, Lumen Iuris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2004.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais, 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 09 (jan/jun 2007). Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 01 out. 2008.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. A Liberdade de Expressão e o Problema do Hate Speech. In: Leituras Complementares de Direito Civil. Salvador, Editora Jus Podivm. 2007.

_____. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº. 16, maio-junho-julho-agosto, 2007. Disponível em: <
http://www.direitopublico.com.br/pdf/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf> Acesso em 01 out 2008.

_____. Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 25 ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

SILVA, Tadeu Antonio da. Liberdade de expressão e Direito Penal: no Estado Democrático de Direito. São Paulo, Ed. IBCCRIM, 2000.

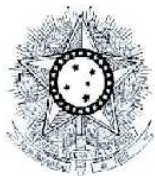
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Crime de Racismo e Anti-Semitismo: um julgamento histórico do STF – Habeas Corpus nº 82.424-RS. Brasília, Ed. Supremo Tribunal Federal, 2004.

STUKA, Banda. Kipás irão para o Ar. Disponível em <<http://letras.terra.com.br/stuka/1095097/>>. Acesso em: 02 out. 2008

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.

THEODORO, Marcelo Antonio, A concretização dos direitos fundamentais. Tese de dissertação para a obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, 2000.

6. ANEXOS



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

**Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988,
publicado no *DANC* de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382.**

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães) – Exmo. Sr. Presidente da República, José Sarney; Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, Humberto Lucena; Exmo. Sr. Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Rafael Mayer; Srs. membros da Mesa da Assembléia Nacional Constituinte; eminente Relator Bernardo Cabral; (*palmas*) preclaros Chefes do Poder Legislativo de nações amigas; insignes Embaixadores, saudados no decano D. Carlo Furno; Exmos. Srs. Ministros de Estado; Exmos. Srs. Governadores de Estado; Exmos. Srs. Presidentes de Assembléias Legislativas; dignos Líderes partidários; autoridades civis, militares e religiosas, registrando o comparecimento do Cardeal D. José Freire Falcão, Arcebispo de Brasília, e de D. Luciano Mendes de Almeida, Presidente da CNBB; prestigiosos Srs. Presidentes de confederações, Sras. e Srs. Constituintes; minhas senhoras e meus senhores:

Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia.

Dois de fevereiro de 1987: *“Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar.”* São palavras constantes do discurso de posse como Presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

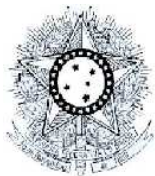
Hoje, 5 de outubro de 1988, no que tange à Constituição, a Nação mudou. (*Palmas.*)

A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa. (*Palmas.*)

Num país de 30.401.000 analfabetos, afrontosos 25% da população, cabe advertir: a cidadania começa com o alfabeto.

Chegamos! Esperamos a Constituição como o vigia espera a aurora.

Bem-aventurados os que chegam. Não nos desencaminhamos na longa marcha, não nos desmoralizamos capitulando ante pressões aliciadoras (*palmas*) e comprometedoras, não desertamos, não caímos no caminho. Alguns a fatalidade derrubou: Virgílio Távora, Alair Ferreira, Fábio Lucena, Antonio Farias e Norberto Schwantes. (*Palmas.*) Pronunciamos seus nomes queridos com saudade e orgulho:



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

cumpriram com o seu dever.

A Nação nos mandou executar um serviço. Nós o fizemos com amor, aplicação e sem medo. (*Palmas.*)

A Constituição certamente não é perfeita. Ela própria o confessa, ao admitir a reforma.

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. (*Palmas.*) Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. (*Muito bem! Palmas.*) Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. (*Muito bem! Palmas.*)

A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (*Muito bem! Palmas prolongadas.*) Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina. (*Palmas.*)

Assinalarei algumas marcas da Constituição que passará a comandar esta grande Nação.

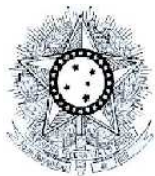
A primeira é a coragem. A coragem é a matéria-prima da civilização. Sem ela, o dever e as instituições perecem. Sem a coragem, as demais virtudes sucumbem na hora do perigo. Sem ela, não haveria a cruz, nem os evangelhos.

A Assembléia Nacional Constituinte rompeu contra o *establishment*, investiu contra a inércia, desafiou tabus. Não ouviu o refrão saudosista do velho do Restelo, no genial canto de Camões. Suportou a ira e perigosa campanha mercenária dos que se atreveram na tentativa de aviltar legisladores em guardas de suas burras abarrotadas com o ouro de seus privilégios e especulações. (*Muito bem! Palmas.*)

Foi de audácia inovadora a arquitetura da Constituinte, recusando anteprojeto forâneo ou de elaboração interna.

O enorme esforço é dimensionado pelas 61.020 emendas, além de 122 emendas populares, algumas com mais de 1 milhão de assinaturas, que foram apresentadas, publicadas, distribuídas, relatadas e votadas, no longo trajeto das subcomissões à redação final.

A participação foi também pela presença, pois diariamente cerca de 10 mil postulantes franquearam, livremente, as 11 entradas do enorme complexo arquitetônico



Câmara dos Deputados
Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação
Escrevendo a História - Série Brasileira

do Parlamento, na procura dos gabinetes, comissões, galeria e salões.

Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiros, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar. Como o caramujo, guardará para sempre o bramido das ondas de sofrimento, esperança e reivindicações de onde proveio. (*Palmas.*)

A Constituição é caracteristicamente o estatuto do homem. É sua marca de fábrica.

O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüência da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria. (*Palmas.*)

Tipograficamente é hierarquizada a precedência e a preeminência do homem, colocando-o no umbral da Constituição e catalogando-lhe o número não superado, só no art. 5º, de 77 incisos e 104 dispositivos.

Não lhe bastou, porém, defendê-lo contra os abusos originários do Estado e de outras procedências. Introduziu o homem no Estado, fazendo-o credor de direitos e serviços, cobráveis inclusive com o mandado de injunção.

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “a Constituição cidadã”. (*Palmas.*)

Vivenciados e originários dos Estados e Municípios, os Constituintes haveriam de ser fiéis à Federação. Exemplarmente o foram. (*Palmas.*)

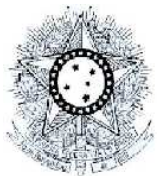
No Brasil, desde o Império, o Estado ultraja a geografia. Espantoso despautério: o Estado contra o País, quando o País é a geografia, a base física da Nação, portanto, do Estado.

É elementar: não existe Estado sem país, nem país sem geografia. Esta antinomia é fator de nosso atraso e de muitos de nossos problemas, pois somos um arquipélago social, econômico, ambiental e de costumes, não uma ilha.

A civilização e a grandeza do Brasil percorreram rotas centrífugas e não centrípetas.

Os bandeirantes não ficaram arranhando o litoral como caranguejos, na imagem pitoresca mas exata de Frei Vicente do Salvador. Cavalgaram os rios e marcharam para o oeste e para a História, na conquista de um continente.

Foi também indômita vocação federativa que inspirou o gênio do Presidente



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

Juscelino Kubitschek, (*palmas*) que plantou Brasília longe do mar, no coração do sertão, como a capital da interiorização e da integração.

A Federação é a unidade na desigualdade, é a coesão pela autonomia das províncias. Comprimidas pelo centralismo, há o perigo de serem empurradas para a secessão.

É a irmandade entre as regiões. Para que não se rompa o elo, as mais prósperas devem colaborar com as menos desenvolvidas. Enquanto houver Norte e Nordeste fracos, não haverá na União Estado forte, pois fraco é o Brasil. (*Palmas.*)

As necessidades básicas do homem estão nos Estados e nos Municípios. Neles deve estar o dinheiro para atendê-las.

A Federação é a governabilidade. A governabilidade da Nação passa pela governabilidade dos Estados e dos Municípios. (*Palmas.*) O desgoverno, filho da penúria de recursos, acende a ira popular, que invade primeiro os paços municipais, arranca as grades dos palácios e acabará chegando à rampa do Palácio do Planalto. (*Palmas.*)

A Constituição reabilitou a Federação ao alocar recursos ponderáveis às unidades regionais e locais, bem como ao arbitrar competência tributária para lastrear-lhes a independência financeira.

Democracia é a vontade da lei, que é plural e igual para todos, e não a do príncipe, que é unipessoal e desigual para os favorecimentos e os privilégios.

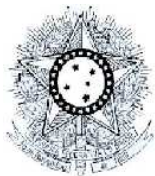
Se a democracia é o governo da lei, não só ao elaborá-la, mas também para cumpri-la, são governo o Executivo e o Legislativo.

O Legislativo brasileiro investiu-se das competências dos Parlamentos contemporâneos.

É axiomático que muitos têm maior probabilidade de acertar do que um só. O governo associativo e gregário é mais apto do que o solitário. Eis outro imperativo de governabilidade: a co-participação e a co-responsabilidade.

Cabe a indagação: instituiu-se no Brasil o tricameralismo ou fortaleceu-se o unicameralismo, com as numerosas e fundamentais atribuições cometidas ao Congresso Nacional? A resposta virá pela boca do tempo. Faço votos para que essa regência trina prove bem.

Nós, os legisladores, ampliamos nossos deveres. Teremos de honrá-los. A Nação repudia a preguiça, a negligência, a inépcia. (*Palmas.*) Soma-se à nossa atividade ordinária, bastante dilatada, a edição de 56 leis complementares e 314 ordinárias. Não



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

esqueçamos que, na ausência de lei complementar, os cidadãos poderão ter o provimento suplementar pelo mandado de injunção.

A confiabilidade do Congresso Nacional permite que repita, pois tem pertinência, o slogan: “*Vamos votar, vamos votar*”, (*palmas*) que integra o folclore de nossa prática constituinte, reproduzido até em horas de diversão e em programas humorísticos.

Tem significado de diagnóstico a Constituição ter alargado o exercício da democracia, em participativa além de representativa. É o clarim da soberania popular e direta, tocando no umbral da Constituição, para ordenar o avanço no campo das necessidades sociais.

O povo passou a ter a iniciativa de leis. Mais do que isso, o povo é o superlegislador, habilitado a rejeitar, pelo referendo, projetos aprovados pelo Parlamento.

A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao Prefeito, do Senador ao Vereador.

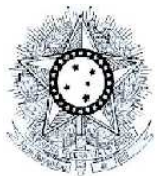
A moral é o cerne da Pátria.

A corrupção é o cupim da República. (*Palmas.*) República suja pela corrupção impune tomba nas mãos de demagogos, que, a pretexto de salvá-la, a tiranizam.

Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública. (*Muito bem! Palmas.*)

Pela Constituição, os cidadãos são poderosos e vigilantes agentes da fiscalização, através do mandado de segurança coletivo; do direito de receber informações dos órgãos públicos, da prerrogativa de petição aos poderes públicos, em defesa de direitos contra ilegalidade ou abuso de poder; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da obtenção de certidões para defesa de direitos; da ação popular, que pode ser proposta por qualquer cidadão, para anular ato lesivo ao patrimônio público, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico, isento de custas judiciais; da fiscalização das contas dos Municípios por parte do contribuinte; podem peticionar, reclamar, representar ou apresentar queixas junto às comissões das Casas do Congresso Nacional; qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato são partes legítimas e poderão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, do Estado ou do Município. A gratuidade facilita a efetividade dessa fiscalização.

A exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação permite conceituá-la, sinoticamente, como a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do



Câmara dos Deputados
Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação
Escrevendo a História - Série Brasileira

Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável. Ela própria, com humildade e realismo, admite ser emendada, até por maioria mais acessível, dentro de 5 anos.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos. (*Palmas.*)

É consagrador o testemunho da ONU de que nenhuma outra Carta no mundo tenha dedicado mais espaço ao meio ambiente do que a que vamos promulgar.

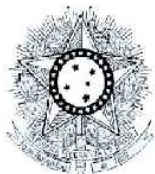
Sr. Presidente José Sarney: V.Exa. cumpriu exemplarmente o compromisso do saudoso, do grande Tancredo Neves, de V.Exa. e da Aliança Democrática ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte. A Emenda Constitucional nº 26 teve origem em mensagem do Governo, de V.Exa., vinculando V.Exa. à efemeridade que hoje a Nação celebra.

Nossa homenagem ao Presidente do Senado, Humberto Lucena, atuante na Constituinte pelo seu trabalho, seu talento e pela colaboração fraterna da Casa que representa.

Sr. Ministro Rafael Mayer, Presidente do Supremo Tribunal Federal, (*palmas*) saúdo o Poder Judiciário na pessoa austera e modelar de V.Exa.

O imperativo de “Muda Brasil”, desafio de nossa geração, não se processará sem o conseqüente “Muda Justiça”, (*palmas*) que se instrumentalizou na Carta Magna com a valiosa contribuição do poder chefiado por V.Exa. Cumprimento o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Moreira Alves, que, em histórica sessão, instalou em 1º de fevereiro de 1987 a Assembléia Nacional Constituinte.

Registro a homogeneidade e o desempenho admirável e solidário de seus altos deveres, por parte dos dignos membros da Mesa Diretora, condôminos imprescindíveis de minha Presidência.



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

O Relator Bernardo Cabral foi capaz, (*palmas*) flexível para o entendimento, mas irremovível nas posições de defesa dos interesses do País. O louvor da Nação aplaudirá sua vida pública.

Os Relatores Adjuntos, José Fogaça, Konder Reis e Adolfo Oliveira, (*palmas*) prestaram colaboração unanimemente enaltecida. Nossa palavra de sincero e profundo louvor ao mestre da língua portuguesa Prof. Celso Cunha, por sua colaboração para a escorreita redação do texto.

O Brasil agradece pela minha voz a honrosa presença dos prestigiosos dignitários do Poder Legislativo do continente americano, de Portugal, da Espanha, de Angola, Moçambique, Guiné Bissau, Príncipe e Cabo Verde. (*Palmas.*) As nossas saudações. (*Palmas prolongadas.*)

Os Srs. Governadores de Estado e Presidentes das Assembléias Legislativas dão realce singular a esta solenidade histórica.

Os Líderes foram o vestibular da Constituinte. Suas reuniões pela manhã e pela madrugada, com autores de emendas e interessados, disciplinaram, agilizaram e qualificaram as decisões do Plenário. Os Anais guardarão seus nomes e sua benemérita faina. (*Palmas.*)

Cumprimento as autoridades civis, eclesiásticas e militares, integrados estes com seus chefes, na missão, que cumprem com decisão, de prestigiar a estabilidade democrática.

Nossas congratulações à imprensa, ao rádio e à televisão. (*Palmas.*) Viram tudo, ouviram o que quiseram, tiveram acesso desimpedido às dependências e documentos da Constituinte. Nosso reconhecimento, tanto pela divulgação como pelas críticas, que documentam a absoluta liberdade de imprensa neste País.

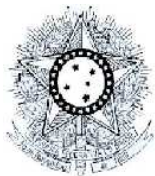
Testemunho a coadjuvação diuturna e esclarecida dos funcionários e assessores, (*muito bem! palmas*) abraçando-os nas pessoas de seus excepcionais chefes, Paulo Affonso Martins de Oliveira e Ademar Sabino. (*Muito bem! Palmas.*)

Agora conversemos pela última vez, companheiras e companheiros constituintes.

A atuação das mulheres nesta Casa foi de tal teor (*palmas prolongadas*), que, pela edificante força do exemplo, aumentará a representação feminina nas futuras eleições.

Agradeço a colaboração dos funcionários do Senado – da Gráfica e do Prodasen.

Agradeço aos Constituintes a eleição como seu Presidente e agradeço o convívio alegre, civilizado e motivador. Quanto a mim, cumpriu-se o magistério do filósofo: o



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

segredo da felicidade é fazer do seu dever o seu prazer. (*Palmas.*)

Todos os dias, meus amigos constituintes, quando divisava, na chegada ao Congresso, a concha côncava da Câmara rogando as bênçãos do céu, e a convexa do Senado ouvindo as súplicas da terra, (*palmas*) a alegria inundava meu coração. Ver o Congresso era como ver a aurora, o mar, o canto do rio, ouvir os passarinhos.

Sentei-me ininterruptamente 9 mil horas nesta cadeira, em 320 sessões, gerando até interpretações divertidas pela não-saída para lugares biologicamente exigíveis. (*Risos. Palmas.*) Somadas as das sessões, foram 17 horas diárias de labor, também no gabinete e na residência, incluídos sábados, domingos e feriados.

Político, sou caçador de nuvens. Já fui caçado por tempestades. (*Palmas.*) Uma delas, benfazeja, me colocou no topo desta montanha de sonho e de glória. Tive mais do que pedi, cheguei mais longe do que mereço. (*Não apoiado.*) Que o bem que os Constituintes me fizeram frutifique em paz, êxito e alegria para cada um deles.

Adeus, meus irmãos. É despedida definitiva, sem o desejo de retorno.

Nosso desejo é o da Nação: que este Plenário não abrigue outra Assembléia Nacional Constituinte. (*Palmas prolongadas.*) Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa.

Autoridades, Constituintes, senhoras e senhores,

A sociedade sempre acaba vencendo, mesmo ante a inércia ou antagonismo do Estado.

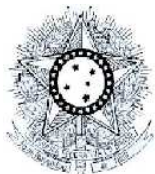
O Estado era Tordesilhas. Rebelada, a sociedade empurrou as fronteiras do Brasil, criando uma das maiores geografias do Universo.

O Estado, encarnado na metrópole, resignara-se ante a invasão holandesa no Nordeste. A sociedade restaurou nossa integridade territorial com a insurreição nativa de Tabocas e Guararapes, (*palmas*) sob a liderança de André Vidal de Negreiros, Felipe Camarão e João Fernandes Vieira, que cunhou a frase da preeminência da sociedade sobre o Estado: "*Desobedecer a El-Rei, para servir a El-Rei*". (*Muito bem!*)

O Estado capitulou na entrega do Acre, a sociedade retomou-o com as foices, os machados e os punhos de Plácido de Castro e dos seus seringueiros. (*Palmas.*)

O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou. (*Palmas.*)

A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram. (*Muito bem! Palmas prolongadas.*)



Câmara dos Deputados

Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação

Escrevendo a História - Série Brasileira

Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas-já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador.

Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Que a promulgação seja nosso grito:

– Mudar para vencer!

Muda, Brasil! (*Muito bem! Muito bem! Palmas prolongadas.*)

Supremo Tribunal Federal

687

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

D.J. 19.03.2004

17/09/2003

EMENTÁRIO Nº 2144-3

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL**RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MOREIRA ALVES**

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO PRESIDENTE

PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER

IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA.

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam *raça inferior, nefasta e infecta*, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade,



Supremo Tribunal Federal

688

HC 82.424 / RS

de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre

Supremo Tribunal Federal

689

HC 82.424 / RS

expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Ordem denegada.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o habeas-corpus.

Brasília, 17 de setembro de 2003.


MAURÍCIO CORRÊA - PRESIDENTE E RELATOR PARA O ACÓRDÃO

Supremo Tribunal Federal

12/12/2002

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES
 PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER
 IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA
 COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - (Relator):

É este o teor da ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, por maioria de votos, indeferiu "habeas corpus" impetrado em favor do ora paciente :

"CRIMINAL. 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

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



efetivamente "quis dizer" nesta ou naquela afirmação feita no decisor.

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." (fls. 123)

Contra essa decisão os Drs. Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker impetram "habeas corpus" substitutivo de recurso ordinário em que sustentam que, embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5º, XLII, da Constituição ficou restrito ao crime de racismo. E, depois de sustentarem, com apoio em autores de origem judaica, que os judeus não são uma raça, requerem que "seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



sentença", sendo afinal concedida a ordem para "desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado", reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão com "sursis" em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.

Solicitadas informações, após o indeferimento da medida liminar requerida, foram elas prestadas com o encaminhamento do acórdão atacado pelo presente "writ".

A fls. 151/155, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles:

"1. O advogado Werner Becker e a estudante Rejana Becker ajuízam pedido de habeas-corpus em favor de Siegfried Ellwanger.

2. A tese da impetração que tem como ato a significar ilícito constrangimento a decisão majoritária da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça - fls. 123/148 - sintetiza-se no que expressamente veicula a fls. 9, **verbis**:

"A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

discriminatória. Repete-se: Não se está afirmando que as práticas discriminatórias não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo." (vide: fls. 09)

3. Assim marcada a controvérsia, o habeas-corpus é ação propícia a sediar sobre ela, a discussão jurídica.

4. Tem-se a realidade assente - publicações a incitar discriminação contra o povo judeu - e se quer concluir que isto **não** constitui discriminação racial, sujeitando-se a reprovação criminal, fixada em sanção, aos lapsos prescricionais, pois "... apenas a prática do racismo está abrigada no art. 5º, XLII da Constituição Federal como imprescritível" (fls. 04)

6. Afirmada a compatibilidade do habeas-corpus ao que se discute, no mérito **é de ser indeferido.**

7. Está no **inciso XLII, do artigo 5º, verbis:**

XLII - "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, **nos termos da lei.**" (grifamos)

8. Faz-se necessária esta indagação: definiu o legislador constituinte o que é a prática do racismo?

9. Disse que a prática do racismo é:

- crime;
- crime inafiançável e
- crime imprescritível

11. Aqui se encerra a compreensão do texto constitucional.

12. Transferiu - **é textual** ("nos termos da lei") - à legislação ordinária a **definição da prática** do racismo, como crime.

13. Antes, a Lei 7716/90 restringia-se a **definir como prática do racismo** condutas de discriminação pertinentes à raça e à cor.

14. Depois, com o advento da Lei 8081/90, a prática do racismo contempla a discriminação alusiva não só à raça e a cor, como também à religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

15. Hoje, pela Lei 9459/97, o meio - "valendo-se dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" - passou a constituir-se em **forma qualificada**, com apenação autônoma mais grave, do crime de prática do racismo, sob a modalidade de discriminação, visto que se constitui no § 2º, do artigo 20.

16. De toda a sorte, **no** praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (**artigo 20**), "por meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" (§ 2º do **artigo 20**, na leitura atual), a Lei 7716/89, **como em outras condutas que tipificou**, em todas definiu "os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor," como mesmo está em sua ementa. São, pois, **todos** eles **imprescritíveis**.

17. Como se vê, interpreta-se o texto constitucional, **sem extravasamentos**.

18. Interpreta-se-o pelo que propriamente significa: transferir à legislação ordinária a definição da **prática do racismo**, e esta o fez por instituir **várias figuras penais**, a tanto **típicas**, presentes na Lei 7716, e modificações ulteriores.

19. Pelo **indeferimento** do pedido."

É o relatório.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

V O T O**O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - (Relator):**

1. O ora paciente, que fora absolvido no primeiro grau de jurisdição, veio a ser condenado a dois anos de reclusão, com "sursis" pelo prazo de quatro anos, como incurso no "caput" do artigo 20 da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa "Revisão Editora Ltda.", editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria ("Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da Mentira do Século") e da autoria de autores nacionais e estrangeiros ("O Judeu Internacional" de Henry Ford; "A História Secreta do Brasil", "Brasil Colônia de Banqueiros" e "Os Protocolos dos Sábios de Sião", os três de autoria de Gustavo Barroso; "Hitler - Culpado ou Inocente?" de Sérgio Oliveira; e "Os conquistadores do Mundo - os verdadeiros criminosos de guerra" de Louis Marschalko), que, segundo a denúncia, "abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias", procurando com isso "incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica".

Reza o referido artigo 20, "caput", da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90:

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



"Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos".

Na presente impetração, sustenta o impetrante:

"Todas estas práticas, a partir da Lei 8.081, passaram a receber a reprimenda penal. Entretanto, apenas a prática do racismo está abrigada no art. 5º, XLII da Constituição Federal como imprescritível.

Este é o texto da norma:

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

Não se está discutindo, aqui, o mérito da condenação. Apenas, neste pedido, está se afirmando que o paciente não foi condenado por crime de racismo.

A condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 1º, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela lei 8.081/90, não significa necessariamente que a condenação seja pela prática de racismo.

A própria parte dispositiva do acórdão não fala em condenação por racismo. Diz a parte dispositiva, sem se referir a crime de racismo ou a imprescritibilidade:

'Rejeitadas as preliminares, deram provimento ao apelo da assistência da acusação para condenar o apelado Siegrified Elwanger, com amparo no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a nova redação da Lei nº 8.081/90, a cumprir a pena de 2 anos de reclusão com sursis.'

Há de se observar que a redação originária da Lei 7.716/89 somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

Somente a inserção posterior do art. 20, através da Lei 8.081/90, estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência nacional.

Este novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade que por força de disposição

209

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



constitucional ficou restrita apenas à prática do racismo e não às outras práticas constantes do novo tipo penal.

O legislador preocupou-se em estender a tipificação a outras condutas que não as relativas ao racismo. Entretanto, esta preocupação **não se estendeu à imprescritibilidade** que ficou restrita, por disposição constitucional, apenas à prática do racismo. Evidente que a disposição constitucional restritiva de direito não pode ser entendida extensivamente" (fls. 04/05).

Portanto, em última análise, a impetração não se insurge contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, mas alega que, no caso, não foi cometido crime de racismo e que este só, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Constituição, é imprescritível, e isso porque seu delito foi contra os judeus, e não são os judeus uma raça.

2. Assim, a questão que se coloca neste "habeas corpus" é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão "racismo", cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão "nos termos da lei", que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de "racismo", mas, sim, que cabe a ela tipificar

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.

Reza o artigo 5º, XLIII, da Constituição:

"A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

Esse dispositivo se prende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o que se encontra no inciso IV do artigo 3º da Carta Magna: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLIII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de "racismo", não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó ("A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), apresentada em 12.01.1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação:

"Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime".

Posteriormente, em 3 de fevereiro de 1988, o Sr. Carlos Alberto Caó assim discursava:

"Ocupamos de novo a tribuna do Congresso Nacional Constituinte para discutir uma questão de extrema importância para a construção do estado democrático em nosso País.

Nós somos apenas formalmente autores desta emenda. Na sua co-autoria tivemos a honra e o prazer de

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

contar com a Constituinte Benedita da Silva. Mas, na verdade, Sr. Presidente, são autores material e substantivamente desta emenda mais de 60 milhões de brasileiros, que, geração após geração, secularmente, estão de tal forma submetidos que lhes tem sido recusado aquele direito elementar, o direito à cidadania. É em nome desses milhões de brasileiros, é em nome da nossa Nação brasileira que nós pretendemos falar aos corações, às mentes e à reflexão dos Constituintes de todos os partidos, de todas as tendências políticas que aqui se encontram representando essas tendências e esses partidos na Assembléia Nacional Constituinte.

.....
 Neste momento, Sr. Presidente, em que nos empenhamos em construir um Estado democrático, em trabalhar no sentido de transformar a sociedade civil brasileira numa sociedade civil civilizada é indispensável que tenhamos conta de que a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado de trabalho.

Em nome desta Nação dinâmica, heterogênea, pluricultural e plurirracial, peço aos Srs. Constituintes e a este Plenário, onde a Nação Brasileira está desigualmente representada, que fuçamos, Sr. Presidente, aos apelos, às pressões e à coerção que o Estado patrimonial brasileiro tem feito sobre a Nação. É hora de construir a democracia! É hora de construir uma sociedade civil civilizada! É hora de construir o Estado democrático! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui um crime inafiançável!

....."

Em seguida o Constituinte José Lourenço, depois de dizer "procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso País, Castro Alves, em 'O Navio Negreiro'", recitou essa poesia,

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

concluindo com estas palavras: "Adeus!... adeus!... racismo, jamais!"

Para a questão da raça convergem também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no artigo 5º, XLII, da Constituição. Assim, PINTO FERREIRA ("Comentários à Constituição Brasileira", vol. I, p. 158, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: "PROIBIÇÃO DO RACISMO. A Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros". Igualmente, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. I, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo 1997): "A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, idéia antiga e que não será eliminada de um sopro pela lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa idéia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e condenável, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, já o constituinte de 1967 lembrará-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



sua difusão (art. 153, § 8º, "in fine"). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime". CELSO RIBEIRO BASTOS ("Comentários à Constituição do Brasil", vol. II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5º, XLII, partindo da definição, que se encontra no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é "doutrina que sustenta a superioridade de certas raças", e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais no Brasil, que é a raça negra. Não discrepa dessa convergência CRETELLA JÚNIOR ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. I, 2ª edição, ps. 484/485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: "Quando a Constituição diz, no art. 5º, XLII, que 'a lei punirá a prática do racismo', esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio de isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o constituinte defere a elaboração de regra jurídica que capitule o preconceito de raça".

3. Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de NICOLA ABBAGNANO ("Diccionario

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

de Filosofia", trad. Galletti, ps. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

"O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'."

4. Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomeado antropólogo judeu

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



que escreveu "O Judaísmo Vivo - As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes"), do rabino Morris Kertzer (no livro "O que é um judeu") e de Moacyr Scliar (no livro "A Condição Judaica"), citados, em expressivas passagens na inicial deste "habeas corpus", outros mais há no mesmo sentido.

Assim, o rabino Henry I. Sobel - Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista -, em conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, em 15 de fevereiro de 1998, a propósito, observa:

"Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes.

Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como 'nação', embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo povo".

Fred E. Foldvaruy, em artigo "Zionism and Race", escreve:

"Um dicionário lhe dirá que uma 'raça' neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça.

Os judeus não são, portanto, uma raça. Os judeus são membros de uma religião, o judaísmo. Houve uma época em que a nação hebraica era um grupo étnico, mas desde tempos antigos a dispersão dos judeus pelo mundo e os casamentos entre diferentes nacionalidades e as conversões fizeram a origem hebraica menos um vínculo genético e mais um vínculo espiritual. Há também uma cultura ligada à religião e a suas leis relativas à alimentação, ao 'Sabbath', e a vários rituais juntamente com práticas culturais encontrados em vários lugares que são 'judaicos' por coincidência. Mas não há raça judaica."

Em 1986, por ocasião do cinquentenário da Congregação Israelita Paulista, editou-se a tradução do escrito "Compreendendo o Judaísmo" de autoria de Eugene B. Bnorowitz, e em seu capítulo 2 ("Que tipo de grupo formam os judeus") lê-se:

"Seríamos talvez uma raça?

Dizer que o judaísmo é uma religião é ignorar muito da vida judaica. Torna os judeus apenas mais um grupo religioso. Sabemos que isto é errado. Então, o que somos, ainda precisa ser esclarecido. No princípio de nosso século, a Ciência pareceu resolver este problema - mas, em vez disso, cometeu um terrível erro. Os cientistas sugeriram que o que faz um grupo de pessoas ter um modo de vida diferente dos outros é a sua raça. Havia algo na biologia das pessoas, na própria essência da vida, que fazia com que tivessem diferentes estilos de vida. A raça podia ser definida, assim como a cor da pele ou o formato da cabeça. Alvoroados com as novas descobertas e não tendo muitas outras idéias sobre grupos diferentes, começou-se a aplicar a palavra 'raça' a qualquer tipo de grupo, tais como os judeus (somente um grupo entre vários conhecidos como semitas) e os alemães louros de olhos azuis (erroneamente rotulados por Adolf Hitler de

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



'arianos'). A princípio, isso parecia inofensivo, mas os anti-semitas se apegaram a esta idéia. Disseram que os judeus formavam uma raça e que eram inferiores; seriam uma ameaça biológica para as pessoas decentes e, portanto, o mundo deveria livrar-se deles. Esta idéia tornou-se poderosa sob a influência de Hitler e o resultado foi o Holocausto. Desde então, a noção de uma 'raça' judaica tornou-se extremamente repugnante.

Não fique surpreso, portanto, se os livros de cinquenta ou setenta e cinco anos atrás chamam o nosso povo de raça ou falavam de 'sangue' judeu. Isto já foi uma explicação correta e científica do que faz dos judeus um grupo especial. Poucos jamais sonharam que ela se tornaria uma desculpa para uma execução em massa. Agora fica claro que jamais houve qualquer sólida evidência de que os judeus formassem uma raça e a idéia, atualmente, é rejeitada pelos cientistas sociais".

Ainda recentemente, em 3 de maio de 2002, o rabino Samuel M. Stahl fez um sermão sobre as três seguintes indagações: Por que os judeus não acreditam numa outra vida depois da morte? Por que os judeus não acreditam em Jesus? São os Judeus uma raça? E, afinal, sobre essa terceira questão assim se pronunciou:

"Finalmente, a terceira questão: 'São os judeus uma raça?'

Isso é uma questão particularmente sensível, especialmente desde a época de Hitler. Ele falava da magistral raça ariana. Hitler considerava os judeus parte de uma raça sub-humana, que deveria ser exterminada. A verdade é que os judeus não constituem uma raça.

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

Todavia, nós judeus somos representados em toda a grande comunidade racial. Não temos somente judeus caucasianos, mas também judeus orientais e judeus negros.

Quando eu era capelão judeu na Coréia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecidamente, não eram judeus natos. Todavia, depois

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

Similarmente, nas últimas duas décadas, cerca de 25.000 judeus negros deixaram a Etiópia e se fixaram em Israel. Eles eram judeus havia séculos. Em poucas cidades maiores da nossa nação há também congregações de judeus negros. Sucede, pois, que uma mulher africana, vivendo agora em Denver, matriculou-se no 'Hebrew Union College' para estudar e tornar-se rabino.

Assim, se nós judeus não somos uma raça, o que somos nós? Nós não somos uma nacionalidade, porque nós somos representados em quase todas as maiores nacionalidades do mundo. Há judeus americanos, judeus franceses, judeus russos, judeus turcos, judeus gregos, judeus italianos, judeus mexicanos, etc. Então o que somos nós?

A melhor definição de judeus que eu encontrei é esta do Dr. Mordecai M. Kaplan: 'Nós judeus somos um povo com uma desenvolvida civilização religiosa'. Sim, nós somos mais do que um grupo religioso. Nós judeus somos uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Nós também temos línguas como o 'Yiddish'. Nós temos alimentos, como o peixe 'gefilte'. Nós temos danças, como a 'hora'. Nem o 'Yiddish', nem o peixe 'gefilte', nem a 'hora' têm natureza religiosa. Todavia são elementos da civilização judaica. Em resumo, nós judeus somos parte de uma entidade religiosa, mas muito mais do que isso".

5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14.11.91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

condenou, e que foi proferido em 31.10.96, decorreram mais de quatro anos.

6. Em face do exposto, defiro o presente "habeas corpus" para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.



/mal

Supremo Tribunal Federal

12/12/2002

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES
PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER
IMPETRANTES: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E/OUTRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VISTA

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Senhor Presidente, apenas para induzir a discussão sobre o tema, que é realmente palpitante, sem a pretensão de passar à frente de quem quer que seja, gostaria de tecer algumas considerações preliminares.

2. Não há dúvida de que os judeus não se constituem em uma raça, pelo menos segundo nossa visão. Também não há dúvida de que a proposta da Constituinte para que se desse o tom de imprescritibilidade aos crimes tidos como de racismo foi da autoria do então deputado Caó e, em decorrência, teve a defesa da comunidade negra no Brasil, e afinal de todos nós.

3. Formulo, apenas para agitar o debate, a seguinte passagem bíblica:

Abrão, em Ur, na Caldéia, recebeu a visita do anjo do Senhor que lhe ordenou largasse a parentela e se mudasse daquele local. Seu pai, que já estava doente, morreu. Dirigiu-se, então, ao lugar onde deveria instalar-se, que era exatamente a terra dos cananeus. Lá, novamente o Senhor se fez presente e anunciou que dele faria uma grande Nação.¹

¹ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 12, versículos de 01 a 09



*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

Abrão levou consigo a mulher cujo nome era Sarai. No caminho, esse nome foi mudado para Sara por ordem do Senhor, assim como Abrão passou a se chamar Abraão.²

Pois bem. Sara não podia conceber em função da idade - o Ministro Ilmar Galvão que melhor conhece o Velho Testamento irá corrigir-me se eu estiver enganado -, razão pela qual permitiu ao marido que tivesse relações sexuais com sua serva Agar, na verdade, uma escrava egípcia³. Daí nasceu Ismael, que, segundo se proclama, passou a ser o tronco que se constituiu no povo árabe, que, hegemonicamente, seguiu o islamismo fundado pelo profeta Maomé no Século VI d.C.

Novamente, entretanto, o anjo aparece para Abraão e lhe diz:

- Sara irá conceber.
- Como irá conceber se ela tem mais de noventa anos?
- Ela vai conceber, repetiu.

Abraão levou o fato ao conhecimento de Sara. Ela riu, mas acabou engravidando e dando à luz Isaac,⁴ pai de Jacó⁵, que teve vários filhos, dentre os quais um a quem chamou de José, filho legítimo da mulher verdadeira de Jacó. José gerou ciúmes em seus irmãos, que o levaram para o deserto e o jogaram num daqueles poços que proliferam por ali, com a intenção de matá-lo. Depois se arrependeram, dizendo:

- Vamos levar uma grande tristeza para o nosso pai. É bom salvá-lo.

² B.S. Livro de Gênesis, capítulo 17, versículos de 04 a 16

³ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 16, versículos de 01 a 04

⁴ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 18, versículos de 09 a 15

⁵ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 25, versículos de 19 a 26

*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

Acabaram então vendendo José a um caravaneiro, que o levou para o Egito⁶, onde se transformou na segunda figura do império faraônico: o José do Egito, o provedor-mor do reino, a autoridade que era uma espécie de primeiro-ministro⁷.

Sobrevindo grande e desastrosa fome em Canaã ou Terra dos Hebreus, Jacó falou a seus filhos:

- Vocês têm de procurar alimentos.

E eles foram ao Egito em busca de suprimentos, dado que lá havia fartura. Quando chegaram, José disse consigo:

- Esses são meus irmãos.

Disso, todavia, não lhes deu conhecimento.

Fez algumas exigências. Em duas outras oportunidades, porém, seus irmãos voltaram para pegar alimentos, levando ao Egito toda a família de Jacó - mais de setenta pessoas. Esses familiares, tidos como filhos de José, transformaram-se nas centenas de milhares de hebreus que durante 430 anos lá habitaram, confinados num local chamado Gosen⁸, na condição de oleiros do faraó, portanto escravos do império.

4. Aí começa, verdadeiramente, a saga dos judeus, cuja polêmica acerca da dicotomia que deu origem aos árabes (semitas) e aos semitas descendentes do tronco de Isaac, que é exatamente o lado da família de José, bisneto de Abraão, permanece até hoje.

⁶ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 37, versículos de 01 a 28

⁷ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 41, versículos de 37 a 44

⁸ B.S. Livro de Gênesis, capítulos 42 ao 46

*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

5. Mais adiante, depararemos com situação curiosa: quem era Dalila? Uma filistéia que se envolveu com Sansão⁹ - nazireu seguidor de rito do judaísmo que exigia se deixasse o cabelo crescer. Os integrantes desse rito não podiam tomar nada que viesse da uva, além de observarem mais uma série de prescrições, entre as quais a de não ter contato com cadáveres.

6. Essa é a saga trágica de um povo existente desde aquela época. Anote-se igualmente o famoso episódio ocorrido entre Davi e Golias¹⁰, conseqüentemente entre um hebreu e um filisteu. Se pesquisarmos a história, chegaremos a vários acontecimentos, todos indicando a refrega que sempre existiu entre os filisteus, povo de origem mediterrânea - vieram de Creta e de Chipre -, que se localizaram na parte hoje denominada Faixa de Gaza, na atual Palestina, como é conhecida pelos árabes.

Segue-se assim o longo percurso do povo judeu.

7. O êxodo do Egito para a Terra Prometida é outra saga maravilhosa. Construiu-se, por inspiração de Deus, a Arca da Aliança, posteriormente surrupiada pelos filisteus. Houve várias batalhas para resgatá-la até que um dia retornou à posse de Israel. Samuel a protegeu com os seus exércitos, ocorrendo, a partir daí, vitórias sucessivas.

Os filisteus levaram os seus astarotes e deuses balains para as cidades hebréias. Entretanto, Samuel comemorou os feitos de seu povo: colocou uma pedra para sinalizar o

⁹ B.S. Livro de Juízes, capítulo 16, versículos de 04 a 22

¹⁰ B.S. Livro de 1 Samuel, capítulo 17, versículos de 24 a 58

*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

evento e lhe deu o nome de Ebenezer¹¹, que quer dizer "Até aqui o Senhor nos ajudou".

É uma expressão bíblica extraordinariamente bela.

8. Essas são apenas algumas páginas da milenar trajetória percorrida por esse povo.

9. Caminhando ao longo da história, chega-se à era cristã, em que Jesus Cristo surge como o Messias¹² tão esperado. Esse fato provocou uma cisão entre os judeus, dado que parte deles acredita ser Ele o Messias anunciado pelos profetas, enquanto a outra não crê e O espera até hoje.

10. Essa é a grande primeira cisão estabelecida entre os judeus do mundo inteiro. Por isso a estigmatização que ainda sofrem, assinalando-se como o mais cruel instrumento resultante dessa divisão os tristes episódios registrados por ocasião da Inquisição iniciada no Século IV e que perdurou até recentemente, tendo como um dos maiores corifeus o terrível Tomás de Torquemada, principal executor de seus veredictos, que incluíam todos os que pudessem fazer sombra à Igreja, especialmente os judeus que *renegaram e crucificaram Jesus*.

11. Não vou aqui recordar aos ilustres Colegas essa passagem histórica relativamente ao que sucedeu com o povo judeu, mas sim que, em face dessa situação discriminatória, criou-se no vernáculo o peculiar substantivo judiação como sinônimo de pessoa que sofre nas mãos de alguém, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar.

¹¹ B.S. Livro de 1 Samuel, capítulo 07, versículos de 05 a 17

¹² B.S. Livro de Mateus, capítulo 01, versículos de 18 a 24

*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

Por que isso?

Porque os judeus teriam judiado de Cristo.

12. Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis - que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus assecclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indelévels de dor e de aflição.

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si - e não falo isso para situar-me nesse terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um J como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje ...

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de



*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

reclusão, nos termos da lei", só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?

13. Se os Colegas permitirem, pedirei vista dos autos. Não porque pretenda de pronto discordar do relator, o que poderei até fazê-lo, mas depois de amadurecida análise da matéria, que, em face da magna relevância jurídica, irá estabelecer o exato divisor de águas da extensão do preceito. Considere-se, ainda, que é a primeira vez que a Corte vai pronunciar-se especificamente acerca do tema, impondo-se, reconhecamos, maior aprofundamento de seu exame, sem nenhum demérito do douto voto já proferido.

14. Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15. Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial,



*Supremo Tribunal Federal*HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

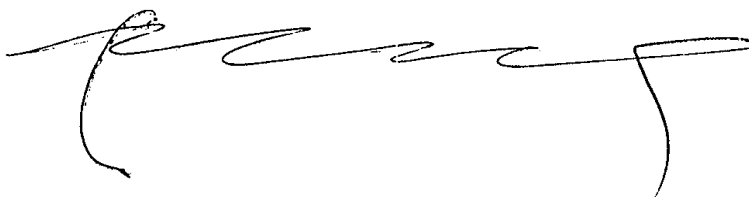
considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?

Teria sido essa a *mens legislatoris* ou pelo menos a *mens legis*?

16. Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

17. Alguém poderá dizer que isso não será revitalizado. E os movimentos que, como temos visto, pipocam aqui e acolá, ora através dos KLU-KLUX-KLAN, SKIN HEADS e outras insanidades desse jaez que surgem no mundo e até no Brasil, de que é exemplo o livro de autoria do paciente "HOLOCAUSTO. JUDEU OU ALEMÃO", segundo se anuncia já ultrapassada a 29ª edição...

18. Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.



Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 82.424-2

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES

PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER

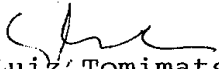
IMPRES.: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem para pronunciar a prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2002.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

71

Supremo Tribunal Federal

09/04/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULINCIDÊNCIAS AO VOTO VISTA

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei 7716/89, com a redação dada pela Lei 8081/90¹, por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros, representativas de discriminação contra judeus. Restringe-se o tema em debate exclusivamente à imprescritibilidade atribuída à conduta.

2. O paciente publicou os livros "O Judeu Internacional", de Henry Ford; "A história Secreta do Brasil" e "Brasil Colônia de Banqueiros", ambos de Gustavo Barroso; "Os Protocolos dos Sábios de Sião", "Hitler-culpado ou inocente?", de Sérgio Oliveira; "Os Conquistadores do Mundo - os verdadeiros criminosos de guerra", de Louis Marschalko; "Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século", este de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de S.E. Castan (fls. 18/19).

3. Tais publicações procuram negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e imputando-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação.

4. Absolvido em primeira instância, foi o paciente condenado pelo Tribunal de Justiça. Em razão da imprescritibilidade inerente

¹ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

ao delito, impetrou-se habeas-corpus perante o Superior Tribunal de Justiça que, por sua 5ª Turma, denegou a ordem.

5. Consignou o relator Ministro Gilson Dipp, que "a condenação do paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento - o qual restou claramente apontado na parte dispositiva e nos fundamentos da condenação ora impugnada" (fl. 705), tendo o Ministro Jorge Scartezzini, que o acompanhou, destacado que "o legislador constituinte teve a intenção de não só punir o preconceito decorrente das diferenças de raças, mas também aqueles relacionados à etnia ou a grupos nacionais" para que a prática do racismo fosse "abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez" (fls. 134/135 e 141).

6. Contra essa decisão foi impetrado o presente habeas-corpus, substitutivo de recurso ordinário, em que se reitera a tese de que o delito de discriminação contra os judeus não se constitui crime de racismo, estando sujeito, por isso mesmo, à observância do prazo prescricional previsto em lei.

7. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opina pelo indeferimento do pedido. Afirma ser "injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, reduz a prática de racismo 'à raça'" e sustenta que o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal "não define prática de racismo, mas à legislação infra-constitucional transferiu tal propósito, fazendo-o esta - a Lei 7716/90 - por uma gama de condutas, todas imprescritíveis".

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

8. O eminente relator Ministro Moreira Alves votou pela concessão da ordem. Entendeu que o crime de racismo não alcança toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação, devendo merecer interpretação estrita. Após citar manifestações de diversos autores e rabinos que cuidaram da questão, concluiu que não sendo "*os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo*", pelo que inaplicável a regra do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal². Decorrido o prazo legal de prescrição, declarou extinta a punibilidade.

9. Na sessão do dia 12/12/02, ao fazer algumas referências preliminares acerca da questão, rememorei fatos históricos ligados ao povo judeu, submetido a obsessiva perseguição ao longo da história, para concluir pela necessidade de maior reflexão sobre o tema. Pedi, assim, vista dos autos, que ora trago para prosseguirmos no julgamento.

10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. 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.

² XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

11. Nessa ordem de idéias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG)³.

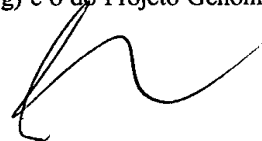
12. Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

13. Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética baniu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter "há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos"⁴.

³Genoma - Conjunto de genes de um organismo, o patrimônio genético armazenado no conjunto de seu DNA ou de seus cromossomos. Possui informações sobre as principais características hereditárias, alterações e doenças que o ser pode sofrer em sua vida. Conhecer e localizar os genes humanos possibilita intervir sobre aqueles responsáveis pelas doenças.

⁴ O trabalho da Celera foi publicado pela revista americana "Science" (www.sciencemag.org) e o do Projeto Genoma pela britânica "Nature" (www.nature.com).



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1 % (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários - três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca⁵.

16. O professor Sérgio Danilo Pena⁶, titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele "todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem".

17. Acrescenta, ainda, que "com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior, 19 vezes maior, do que entre os grupos raciais. Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre o Sérgio Pena [entrevistado] e o Marcelo Leite [entrevistador] são tão grandes quanto as diferenças genéticas entre o Sérgio Pena e alguém na África agora", e esclarece que "a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente".

⁵www.mazen.hpg.ig.com.br/saude/10/index_int_4.html - Fonte: O Globo e Folha On line

⁶www.gene.com.br/Dr_serGIO/publica-atuais05.htm. "Cf. "Folha On Line".



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, *"a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original"*, pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

20. No Brasil, mestre Gilberto Freire há tempos já definira de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de vez uma pá de cal na velha definição. *"Aliás"* - diz ele - *"na inferioridade*



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros⁷.

21. Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbete "raça" encontra-se devidamente definido como "divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.). Etnologicamente, a noção de raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças diferentes estão muito mais próximas do que outras da mesma raça".

22. Como já referido, mesmo antes dos estudos que abriram o chamado Livro do Genoma Humano, a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana, mongolóide e negróide, já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça é a "coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia⁸".

23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1º, na versão original em inglês:

"Art. 1 - 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are

⁷ Casa Grande & Senzala, José Olympio Editora, 16ª edição, págs. 294/5.

⁸ Dicionário Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity."

24. Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade⁹. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito - agora cientificamente ultrapassado - não nos serve para a solução do caso.

25. Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico o escravismo e o holocausto.

26. Como tive a oportunidade de dizer em improvisada manifestação na assentada em que se iniciou este julgamento, "se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis - que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais

⁹ "Art. 1 - 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity."

"Art. 1 - 2 All individual and groups have the right to be different, to consider themselves as different and to be regarded as such. However, the diversity of life styles and the right to be different may not, in any circumstances, serve as a pretext for racial prejudice; they may not justify either in law or in fact any discriminatory practice whatsoever, nor provide a ground for the policy of "apartheid", which is the extreme form of racism."

"Art. 2 - 1 Any theory which involves the claim that racial or ethnic groups are inherently superior or inferior, thus implying that some would be entitled to dominate or eliminate others, presumed to be inferior, or which bases value judgements on racial differentiation, has no scientific foundation and is contrary to the moral and ethical principles of humanity."



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição".

27. Esse quadro de espanto e terror bem sinaliza os fundamentos que estruturaram o estado alemão sob o signo do que se chamou de nacional-socialismo, em que Hitler, havendo haurido em Joseph Athur de Gobineu (1816/1882) os primeiros rudimentos para a montagem da catástrofe, promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de *raça inferior e impura* e coisas do gênero.

28. A tresloucada estupidez serviria de pano de fundo para levantar o moral da Alemanha dos vexames do passado e em especial da vergonha da submissão imposta pelo Tratado de Versailles, dentre tantas outras amargas iniciativas, até que, passo a passo, pôde fortificar-se a ponto de dominar o País e seu povo, boa parte da Europa, e no alucinado ritmo, quase o mundo.

29. Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma *sub-raça*, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da *raça ariana*, que deveria prevalecer sobre outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado. Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

inquisição, que no seu período áureo teve como alvo maior também os judeus, cujo resultado atingiu a casa de muitos milhares de mortos, além de outras vítimas que foram condenadas com penas diversas, após torturas cruéis e desumanas, e ao confisco de seus bens, como registram estudos e estatísticas posteriormente realizados, para dizer de seus efeitos apenas na Espanha¹⁰ e em Portugal¹¹.

30. Ressai claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo. Se em outros tempos se admitia a conversão do judaísmo ao catolicismo, para se evitar ou minimizar as discriminações, com ênfase na Alemanha de Hitler, a segregação passou a ter motivo fundamentalmente diverso, tendo como causa a ancestralidade e a pretensa "infeção da raça judia". Pode-se afirmar que ser judeu deixaria de ser uma questão de escolha, mas efetivamente um sinal inapagável derivado dos laços de consangüinidade que uniam esse povo, agora tisonado pelas características físicas e morais negativas que lhes foram impingidas.

31. Dentro desse específico contexto situa-se o episódio que culminou com o assassinato em agosto 1942, em Auschwitz, campo de concentração existente então na Polônia, de Edith Stein, a qual, no

¹⁰ O historiador espanhol Joaquín del Castillo y Mayone, no seu trabalho *O Tribunal da Inquisição*, editado em 1835, em Barcelona, dava o número de vítimas causadas por cada inquisidor-geral (no total houve 41), desde Torquemada até Jerónimo Carstellón y Salas (1818). O saldo apresentado é o seguinte: queimados 366212; queimados em efígie, 19790; outros penitenciados, 289624. Total 345626.

Confirmando estes números 40 anos depois, José Amador de los Rios obteve o seguinte resultado: queimados 28540; queimados em efígie, 16520; atingidos por outras penas: 303840. Total 348900. (Iossif Grigulévitch, Editorial Caminho S.A., Lisboa, págs. 324/329). (CF. S.G.Loizinski, História da Inquisição de Espanha, págs. 140 e 127, respectivamente; *apud* ob. cit., p. 262).

¹¹ Segundo Mary Brearley (M. Brearley, Hugo Gorgeny. Prisoner of Lisbon Inquisition, p.11) eis a estatística da inquisição em Portugal de 1536 a 1821: queimados vivos na capital portuguesa 355 homens e 221 mulheres; torturados 6005 homens e 4960 mulheres; morreram na prisão 706 homens e 546 mulheres; morreram na prisão 706 homens e 546 mulheres. Total 12793 pessoas, das quais 5727 mulheres. (Iossif Grigulévitch, Editorial Caminho S. A., Lisboa, 1990, pág. 328).

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

dia 11 de outubro de 1998, com o nome de Teresa Benedita da Cruz, foi canonizada como Santa Edith Stein. Embora fosse teóloga conversa do judaísmo ao catolicismo foi, mesmo assim, morta em câmara de gás pelo simples estigma da origem, adotado como fundamento para o gesto fatal. Essas e outras práticas da mesma espécie, que aqui seria desnecessário relembrar, somadas ao que acima dito, deixam explícito que na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, *sub-raça*, *raça inferior* marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica.

32. O nazismo, nesses termos, está bem delineado em pronunciamentos de seus precursores, tais como Ernst Renan, que se dizia o "primeiro a reconhecer que a raça semítica, comparada à raça indo-européia, representa realmente uma combinação inferior da natureza humana"¹², ou ainda Edouard Drumont para quem "o semita é mercantil, cupido, intrigante, sutil, artiloso; o ariano entusiasta, heróico, cavalheiresco, desinteressado, franco, confiante, mesmo ingênuo"¹³.

33. Adolph Hitler, no capítulo "Povo e Raça" de seu livro "Minha Luta" escreveu que "a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica" e que "para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça"¹⁴. Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a "lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã" de 15 de setembro de 1935, que proibia casamento entre

¹² Histoire Générale et Comparée des Langues Sémitiques, 1855, *apud* Izidoro Blikstein, Professor Titular de Semiótica e Lingüística da Universidade de São Paulo, em parecer juntado aos autos.

¹³ A França Judaica - 1886 *apud* Izidoro Blikstein, em parecer juntado aos autos.

¹⁴ Mein Kampf - "Minha Luta" - SP, Moraes, 1993, pp. 185-212, *apud* Izidoro Blikstein, em parecer juntado aos autos.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

"judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão", anulando os "enlaces já contratados". Vedava, ainda, "as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão", impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão.

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Lingüística da USP, de que anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que "a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio"¹⁵. Por isso mesmo a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves conseqüências¹⁶.

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como

¹⁵ "The Distruction os the European Jews - Chicago, 1961.

¹⁶ "Racismo é muitas vezes uma questão latente nos fatores econômicos e políticos que levam a guerras e conflitos. É explícito em algumas ideologias políticas, como certas formas de fascismo. Um exemplo extremo das conseqüências do racismo é o dos nazistas alemães, cuja crença na superioridade dos povos nórdicos ou germânicos em relação aos 'não arianos' levou à discriminação crescente e, por fim, ao genocídio de milhões de judeus, eslavos e ciganos na Europa, durante o regime nazista" ("Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial", Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, Revista dos Tribunais, 7º, ed. v. 2, p. 2645, por José da Silva Franco).

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe¹⁷.

37. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um "Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes"¹⁸.

38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem¹⁹, "raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais", possuindo o termo um "poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção

¹⁷ "racismo é o conjunto de crenças de que diferenças orgânicas (reais e imaginárias), geneticamente transmitidas entre grupos humanos, são intrinsecamente associadas à presença ou à ausência de algumas características ou capacidade socialmente significativas e, portanto, que tais diferenças constituem base legítima de distinções injustas entre grupos socialmente definidos como raça" (James M. Jones, "Racismo e preconceito", Edgard Blucher, Edusp, p. 4, 1973 - Apud José Silva Júnior, obra citada).

¹⁸ Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais, São Paulo, UNESP, 2002, pp.125-126.

¹⁹ Professora da Universidade de Brasília, em laudo antropológico sobre o tema, datado de 14/02/03.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

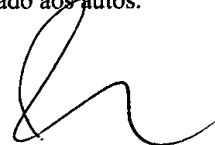
cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vive-versa".

39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

40. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que *"'raça' é, sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar".* Assim, *"o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuírmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal"*²⁰. Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, consequência lógica da ausência de raças.

41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre

²⁰ J. A. Lindgren Alves, A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos, *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, nº 2, 2002, pp. 206 e 208, *apud* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

outra. Para George Fredrickson²¹ dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indelévels, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma *ordem racial*.

42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: - **Racialismo**, que é "o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua possessão de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular"; - **racismo**, "um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa"; e **racialização**, "o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como 'raça' "²². Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o racialismo em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.

43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de "revisão", como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

²¹ *Breve storia del razzismo*, Roma, Universale Donzelli, trad. Annalisa Merlino, 2.002, p. 11 e 172, *apud* Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

²² Gordon Marshall, Oxford University Press, 1998:548/9, por Sonia Bloomfield Ramagem em parecer juntado aos autos.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

44. Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito:

Livro "Judeu Internacional", Henry Ford (fls. 19/20):

- "Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos" (p.11);

- "Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação" (p. 24);

- "não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder" (p.75)

- "Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter" (p. 171).

Livro "Conquistadores do mundo - os verdadeiros criminosos de guerra", Louis Marschalko (fls. 20/21):

- "toda essa divisão, toda essa desordem todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas(...) [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial,

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história" (p.09)

- "o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus..." (p.112)

- "Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais" (p. 214).
(...)

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Esse autor, Louis Marschalko, é de origem húngara, salvo engano naturalizado argentino. Escreveu, inclusive, um trabalho sobre o Purim, uma festa muito especial para o povo judeu, extraída do Livro de Ester, uma judia que se casou com um rei que não era judeu; disso decorreu uma sucessão de fatos em torno dos quais se sedimentaram as comemorações acerca de sua coragem, ousadia e resistência, isso consideradas as condições da época, sob cujo pálio viviam os judeus na diáspora de Nabucodonosor, na velha Babilônia. Purim, portanto, passou, há mais de dois mil e quinhentos anos, a ser uma das principais festas do judaísmo.

Pois bem, esse autor descreve o fato da maneira mais deprimente possível, registrando o Purim como se fosse ato de orgia, chegando à conclusão de que os judeus são sub-raça, nefasto, argentário e que contaminava o povo alemão e o mundo.

Marschalko teria saído da Hungria, sua terra de berço, por ser nazista e não concordar com o comunismo que então estava em fase de implantação naquele país.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Há passagens, no mínimo, repulsivas, nos livros editados pelo paciente, tais como se pode verificar:

(...)

Livro "Brasil - Colônia de Banqueiros", Gustavo



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Barroso (fl. 21):

- "Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial" (p. 34)

- "O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora" (p. 95).

Livro "**Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira**", escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S.E. Castan (fl. 23):

- "o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda" (p. 23).

- "os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus" (p. 23).

E por aí seguem-se as verberações contra os judeus, todas de conteúdo altamente preconceituoso e discriminatório.

Dentre os livros indicados na denúncia está "Os Protocolos dos Sábios do Sião", apostilado por Gustavo Barroso (fl. 19). Cuida-se de uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em *complot* judaico mundial, facilitador do racismo nazista²³.

45. Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

²³Revista *L'Histoire*, nº269 de outubro de 2.002, p. 60, por Miguel Reale Júnior em parecer juntado aos autos.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

46. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado em tratados internacionais. A visão contemporânea dos direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se à visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens.

47. Inicialmente é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1º assegura a liberdade e igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade como pressuposto da razão e consciência humanas. A seguir, repele qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos de gozar dos mesmos direitos e liberdades²⁴.

48. O Brasil não ficou passivo diante dessa realidade. Ao pronunciar-se perante a Assembléia Geral da ONU em 1960, o então Chanceler Horácio Lafer já afirmava 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"*, sendo contra quaisquer políticas de segregação, *"baseadas em distinção de raça, cor ou religião, que repugnam a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização"*²⁵.

49. Na ocasião ficou consignada a adesão do Brasil à Convenção Internacional Contra o Genocídio²⁶, norma também aprovada

²⁴Art. 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 2º - 1 - Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declarações, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

²⁵"A palavra do Brasil nas Nações Unidas - 1946-1995", Luiz Felipe Seixas Corrêa, FUNAG, p. 134, *apud* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

²⁶Decreto Legislativo 2/51 e Decreto 30822/52.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

pela ONU em 1948 e que teve como origem nada menos do que o próprio holocausto - negado pelo paciente -, a que submetidos os judeus.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Sei que o voto está cansativo, mas reputo ser uma questão da mais alta importância, por isso estou sendo, até, repetitivo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O voto de Vossa Excelência, Senhor Ministro Maurício Corrêa, revela-se de fundamental importância, considerada a gravidade do tema ora em análise. Esteja certo, Senhor Ministro Maurício Corrêa, que o Supremo Tribunal Federal ouve Vossa Excelência com a máxima atenção, por considerar que o seu pronunciamento examina, com extrema propriedade, matéria impregnada de tantas e tão relevantes conseqüências que se projetam no plano da tutela constitucional dos direitos pertinentes aos denominados grupos vulneráveis.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): - Ministro Celso de Mello, agradeço a distinção de V.Exa.

50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65810/69²⁷),

²⁷Decreto nº 65.810 - de 8 de dezembro de 1969

Presidente da República, havendo o Congresso Nacional aprovado pelo decreto legislativo n. 23 (*), de 21 de junho de 1967, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas Discriminação Racial, que foi aberta à assinatura em Nova York e pelo Brasil 7 de março de 1966;

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

Os Estados partes na presente Convenção, (...) *Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963, (Resolução n. 1.904 (XVIII) da Assembléia Geral), afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial através do mundo em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana, Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum, (...), Acordam no seguinte:*

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. Nas palavras do professor Celso Lafer a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi "a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões", motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do *apartheid* na África do Sul.

51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1º qualifica como **discriminação racial** qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, **descendência ou origem nacional ou étnica**, e no artigo 4ª condena também a incitação às práticas discriminatórias que "**se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais**". É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.

Art. I. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem acional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida (...)

Art. IV - Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento (...);



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de "apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência"²⁸, que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto de São José da Costa Rica²⁹, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92, e Decreto 4463/02).

53. Mais recentemente, e aqui o testemunho é pessoal, o Brasil ratificou sua posição sobre a matéria na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, quando eu, então Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, defendi a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, ressaltando a recente adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como também ao de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

54. A Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU, de dezembro de 1998³⁰, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, negrofobia, **anti-semitismo** e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público.

²⁸ Pacto ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/91 e promulgado em 06/12/96 pelo Decreto 592.

²⁹ 13-5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

³⁰ *Apud* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

55. No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se que "o holocausto jamais deverá ser esquecido". No item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo e da "islamofobia", como de resto outros "movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe". O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas "idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial"³¹.

56. Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas no mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2º do artigo 5º, em harmonia com o inciso II do artigo 4º da mesma Carta.

57. A propósito, esta Corte examinou questão similar, antes mesmo da edição da Lei 9455, de 07 de abril de 1997, que disciplinou o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, ao apreciar matéria relacionada com o crime de tortura praticado contra criança/ou adolescente. (...)

³¹ J. A. Ludgren Alves, "A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos", Revista Brasileira de Política Internacional, ano 45, nº 2, 2002, p. 211.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Aqui, o Ministro Nelson Jobim antecipou-me no que eu pretendia fazer, porque essa lei, na verdade, é o resultado da disciplina desse dispositivo - o projeto já havia sido encaminhado à Câmara -, e foi por S. Exa. implementado, transformando-se, hoje, na lei contra tortura.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Como disse, anteriormente, sempre segui os passos de V.Exa.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): (...) Nesse julgamento - HC 70389, relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, DJ de 10.08.01 - assentou-se que os atos normativos internacionais *"fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes"*. O mesmo sucede com a correta exegese a ser dada ao crime de racismo, que tal como o de tortura, fere de morte os postulados gerais dos direitos humanos.

58. No plano do direito comparado, dispensou-se tratamento adequado a tais discriminações. Na França, a Lei 90615/90 dispôs que é conduta punível a *"negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto"*. O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério das vítimas do Nazismo em Carpentras em 1991, *"aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel racista"*.

59. Também na Espanha a denominada "lei contra o racismo" de 1995 tipificou como crime a negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas, ao



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação "de crimes de guerra ou contra a paz e a Humanidade"³².

60. 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**³³.

61. No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso *United States versus Lemrick Nelson*, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus "*são considerados raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13*".

62. A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do *Justice White*, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). Afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma

³² Pesquisa realizada por Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

³³ Resolução B4-0108/98 – *apud* Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

sinagoga com mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei³⁴.

63. Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra em 1983. No caso "*Mandla and another versus Dowell Lee and another*", debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem "*sikh*" de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os "*sikhs*" constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do "*Race Relations Act*", uma vez que os "*sikhs*" são um grupo racial em face de suas origens étnicas³⁵.

64. Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana. O professor Celso Lafer, em seu parecer, conclui que a correta interpretação e aplicação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição não está na definição de "*raça - pois só existe uma raça humana - mas nas práticas discriminatórias do racismo que são histórico-político-culturais*".

65. Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu sim ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de

³⁴ Conforme notícia o Ministro Celso Lafer em estudo sobre o tema.

³⁵ Internet- www.hrcr.org/safrica/equality/Mandla_DowellLee.htm

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3º da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, **raça**, **sexo**, **cor**, idade e quaisquer outras formas de discriminação". A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.

66. É de observar-se ainda que além da incriminação do racismo mencionada no inciso XLII do artigo 5º, a Carta Federal cuida do tema no seu artigo 4º, inciso VIII, ao definir como um dos princípios que devem reger a política transnacional brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Relembro nesse ponto as convenções a que antes me referi, e que certamente motivaram o legislador constituinte a incluir a luta contra o racismo entre os fundamentos da atuação externa do governo brasileiro, evidentemente como reflexo do pensamento interno dominante.

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais.

68. Vem a propósito a lição de José Cretella Júnior que, ao tratar do inciso VIII do artigo 4º da Constituição, entende ser



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

racismo a "ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)", tendente a promover a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos, judeus e escravos³⁶. Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo "propugnar a separação de etnias"³⁷.

69. Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lamêgo Bulos define-o como "**todo e qualquer** tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc.."

70. José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional que "proíbe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia-se, antes de tudo, um repúdio à barbárie do tipo nazista que vitimara milhares de pessoas, e consagra a condenação do apartheid". Finaliza dizendo que "o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são conseqüências da teoria"³⁸.

71. Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade

³⁶ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense, p. 175, *apud* Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

³⁷ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, v. 1, 3ª Ed., 2000, p. 57.

³⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo, 2ª Ed., Malheiros, pp. 223/224.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o "direito de ter direitos".

72. Ora, as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1º, II; 3º, IV; 4º, II e VIII; 5º, caput, I, XLI).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

75. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.

76. Malgrado não seja fundamento do writ, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte³⁹).

77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, caput, in fine). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o "direito à incitação ao racismo", até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada "concordância prática", a que se refere a doutrina⁴⁰.

³⁹ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴⁰ Alexandre de Moraes, "Direito Constitucional", Atlas, 10ª ed., p. 59.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

80. Recentemente o Tribunal, ao apreciar a RCL 2040, Néri da Silveira, j. de 21.02.02 - caso Glória Trevi -, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.

81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os *direitos humanos*, no caso, grafe-se, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

82. Daí a afirmação de Alain Laquièze, de que *"existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoia sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento"*⁴¹, sendo por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime de racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite.

⁴¹ Le Debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, in *Droits*, 31, 2000, p. 19, *apud* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

83. A exegese constitucional, como visto, justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio.

84. Dir-se-á tratar-se de grotesca utopia, o que não é verdade, uma vez que as grandes catástrofes da história só se tornaram tristes realidades diante do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir, e não o fizeram. Quando evidenciadas, já não havia mais tempo para se evitar o desastre, situação que, de forma insuperável e exemplar, conseguiu retratar o poeta brasileiro Eduardo Alves da Costa em seu "NO CAMINHO COM MAIAKOWSKY"⁴², conhecido de muitos, mas sempre oportuno:

*"Tu sabes,
Conheces melhor do que eu
A velha história.
Na primeira noite eles se aproximam
E roubam uma flor
Do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem:
Pisam as flores, matam nosso cão,
E não dizemos nada.
Até que um dia,
O mais frágil deles
Entra sozinho em nossa casa,
Rouba-nos a luz, e,
Conhecendo nossos medos,*

⁴²"No Caminho com Maiakowsky" de Eduardo Alves Costa* :

*Escritor brasileiro, residente em São Paulo, nascido em Niterói em 1937. Fragmento extraído do livro "POESIA VIVA", Editora Civilização Brasileira, 1968, página 209. É como consta também como sendo de sua autoria o poema no verbete que lhe consagra a ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA, de Afrânio Coutinho e J. Galante de Sousa, SP, Fundação Biblioteca Nacional, 2001. Fica assim claro que o poema é de autoria de poeta brasileiro e não do próprio Maiakowsky e/ou Berthold Brecht.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

*Arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada."*

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos *raça* e *racismo* não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

86. Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que *"dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais"*. Alexandre de Moraes, ao cuidar da aplicação dos direitos humanos fundamentais, assevera que a interpretação *"deve buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-a à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas"*⁴³.

87. O significado do termo *racismo* empregado pelos impetrantes na inicial encerra a própria negação de seu verdadeiro sentido constitucional, de modo a limitar a eficácia não apenas da norma constitucional específica (CF, artigo 5º, XLII), mas do

⁴³ "Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral", Atlas, 3ª Ed., 2000, pp. 22/24.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

conjunto dos princípios que informam os direitos e garantias fundamentais.

88. Registro que após a promulgação da Constituição Federal cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema, ao editar a Lei 7716/89, que definiu "*os crimes resultantes de raça ou de cor*". Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exhibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião e de precedência nacional, aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema.

89. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que "*o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam*".

90. Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.

91. A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do Ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

92. O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, CAÓ, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das **discriminações raciais** para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

93. Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de resto os ciganos e os índios. No Brasil-colônia a discriminação era fundada na pretensa "*pureza do sangue*". Os judeus, mesmo os cristãos-novos,

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

marranos, eram tidos como de "raça infecta", a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública⁴⁴.

94. E essa mácula de impureza podia gerar trágicas conseqüências, como levar os judeus às chamas da fogueira da Inquisição, tal como ocorreu com o escritor brasileiro Antônio José da Silva - o Judeu -, em Lisboa⁴⁵. Também na década de 30 do século passado, as teorias racistas baseadas na hierarquização de raças tiveram repercussões no Brasil, com o provimento de atos discriminatórios pelo próprio aparelho estatal, notadamente como sucedeu com as restrições impostas à imigração de judeus por critérios de ordem racial. (...)

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Recebi cópia de uma carta inusitada, de triste e histórica lembrança, endereçada ao então Ministro da Justiça da época da ditadura de Getúlio, com um pedido para que um judeu ingressasse no Brasil, cuja expressa resposta foi a de que a sua fixação no Brasil era proibida exatamente em virtude de ser judeu...

(...)

95. Esse preconceito de raça em relação a eles judeus, conforme me manifestei na sessão anterior em que pedi vista dos autos, persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo **judiação** como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo.

⁴⁴ "O Racismo na História do Brasil", Maria Luzia Tucci Carneiro, 18ª Ed., Ática, 2002.

⁴⁵ "Vínculos do Fogo", Alberto Dines, vol. I, São Paulo, Cia. das Letras, 1992.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

96. Encerrei minha manifestação no dia 12/12/02, dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça. Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Como diz Gregório Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, deve-se "*favorecer siempre y en todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho*"⁴⁶.

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são,

⁴⁶ "Curso de Derechos Fundamentales Teoria General, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1995, p. 577, *apud* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

deliberadamente, racistas, e em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

99. Incensurável, pois, o acerto do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada." (fl. 28).

100. Finalmente, cumpre-me assinalar que os quatro pareceres que nos foram apresentados acerca do tema, e que penso devem ser juntados aos autos, ainda que por linha, são peças de substancial conteúdo jurídico e científico, e por isso serviram em grande parte de subsídio para ilustrar este voto. Na peça elaborada pelo ilustre Professor Celso Lafer ficou claro que o delito cometido pelo paciente configura prática de racismo, espécie da qual *"nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista"*, razão pela qual *"não admite o esquecimento"*.

101. Como é sabido, Auschwitz é o espelho para a memória da humanidade de uma das mais lamentáveis páginas de suplício a que foram submetidos seres humanos. Não vou recordar episódios ali vividos. Mas servem para registrar até onde chegou a loucura e insanidade nazista. Em trabalho monográfico de Uilson Linck,



Supremo Tribunal Federal

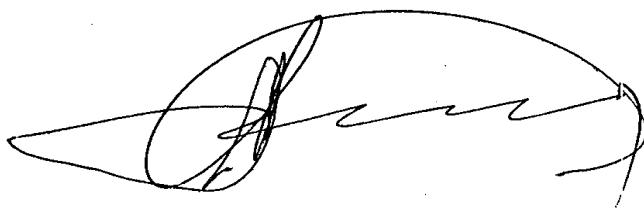
HC 82.424 / RS

desenvolvido por Fernando Meyer⁴⁷, citando Christian Bernardac, em os "Manequins Nus"⁴⁸, há uma passagem de extraordinária atualidade para o caso:

"Hoje cada um 'imagina' Auschwitz sabendo que Auschwitz faz parte do remorso do homem - porque este crime - talvez o maior de nossa história foi cometido pelo homem. E o homem não pode perdoar Auschwitz ao homem. E o homem sabe que em certas circunstâncias, este mesmo homem é capaz de tornar a inventar Auschwitz".

102. Buchenwald, terceiro campo de concentração, que fica a poucos quilômetros da cidade de Weimar, guarda até hoje em seu museu o detalhe do portão que lhe servia de acesso, que traz o lema **Jedem das Seine**, o que traduzido significa "a cada um o que merece", e que encerra tudo que o nazismo pretendeu com a chamada *solução definitiva*.

Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o habeas-corpus.



⁴⁷ [Http://www.fernandomeyer.hpg.ig.com.br](http://www.fernandomeyer.hpg.ig.com.br)

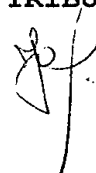
⁴⁸ Tradução de Leda Richard de Faria e Marina Camargo Celidonio, Rio de Janeiro: Otto Pierre, 1980.

Supremo Tribunal Federal

09/04/2003
PLENO

TRIBUNAL

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL



V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - (Relator): Sr. Presidente, se não fosse eu atingido pela aposentadoria compulsória em breve, indicaria adiamento para examinar, mais aprofundadamente, a fundamentação do voto do eminente Ministro Maurício Corrêa.

Sucedo que esta será a penúltima sessão do Plenário a que comparecerei antes de aposentar-me, razão por que vou confirmar meu voto, fazendo algumas considerações quanto ao voto agora dissidente, que segue de perto um dos pareceres que acompanham um memorial onde se diz que foi apresentado em atenção a um honroso convite - que não partiu de mim - para funcionar como amicus curiae neste habeas corpus em que ele atua, de certa forma, como assistente de acusação.

O certo é que o ilustre Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, praticamente segue a linha de fundamentação do parecer de meu prezado colega de Faculdade de Direito da Universidade de

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

São Paulo, o professor Celso Lafer. Por isso, Sr. Presidente, de improviso - como disse, recebi há pouco esse memorial e não tive tempo para redigir uma confirmação de voto - farei considerações que reputo oportunas, porque, em face do voto discordante, poderia ter-se a impressão de que seria eu um inimigo do povo judaico, desprezando o seu sofrimento na guerra para ater-me a uma interpretação quase nazista, quiçá também fascista, porque na época de Mussolini, como acentuou o professor Celso Lafer, editou-se na Itália lei segundo a qual todas as raças, que não a italiana, seriam inferiores.

Sr. Presidente, quando examinei este habeas corpus para proferir meu voto como relator, chamou-me a atenção a circunstância de que nossa legislação ordinária, que poderia ter declarado imprescritíveis os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, não o fez, razão por que a imprescritibilidade, em se tratando de racismo, se baseou exclusivamente na interpretação do texto constitucional a ele referente. E aqui faço uma observação: quando a denúncia foi recebida, em 1991, ainda não havia a noção científica de genoma, que é do ano 2.000, não podendo ter sido levada em consideração pela Carta Magna de 1988 ao aludir ao preconceito de raça, para se sustentar que só existe uma raça, que é a humana, e que por

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



ser única não daria margem a preconceito racial a que é ínsita a diversidade de raças.

Mas, Sr. Presidente, sendo a legislação ordinária referida tipificadora de várias condutas que dão margem a crimes relativos de discriminação, se se der ao termo constitucional "racismo" a amplitude que agora se pretende dar no sentido de que ele alcança quaisquer grupos humanos com características culturais próprias, vamos ter o crime de racismo como um tipo de conteúdo aberto, uma vez que os grupos humanos com características culturais próprias são inúmeros, e não apenas, além do judaico, o dos curdos, o dos bascos, o dos galegos, o dos ciganos, grupos esses últimos com relação aos quais não há que se falar em holocausto para justificar a imprescritibilidade.

Há que se ter presente, para a interpretação da Constituição, que ela distingue nitidamente qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, determinando sua punição, inclusive penal, e a prática do crime de racismo, dizendo respeito à primeira hipótese o disposto no inciso XLI do artigo 5º ("A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") e à segunda o estabelecido no inciso XLII desse mesmo artigo ("A prática do racismo constitui crime inafiançável

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

e imprescritível"), imprescritibilidade essa que aberrava de nossa tradição jurídica, sendo que a outra hipótese em que a Constituição atribui a imprescritibilidade a crime (e que é a do inciso XLIV do mesmo artigo 5º - "Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático") diz respeito à defesa das instituições constitucionais e ao Estado democrático, o que, na prática, só será aplicado se o grupo armado, civil ou militar, for derrotado, pois, se vencedor, nenhuma punição se lhe será imposta com base nesse texto, sequer para o futuro, bastando revogá-lo.

A não ser os crimes aludidos nesses dois dispositivos da Constituição de 1988, não se impõe a imprescritibilidade sequer aos crimes hediondos assim considerados pela própria Carta Magna, sendo que nos pareceres a que me referi de início, embora exuberantes em citações de convenções internacionais, não se citou uma só, nem lei alguma de país algum, em que se tivesse como imprescritível o crime de racismo. Só conheço o caso da Alemanha - e aí prescrição não pertence ao âmbito do direito material, mas ao do direito processual - que, depois da 2ª Guerra Mundial, e com relação aos crimes de guerra pretéritos prescritíveis, tornou-os imprescritíveis, por certo pela atrocidade deles especialmente contra o povo judaico, o que, no

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



Brasil, em tempo de paz ou de guerra, nunca aconteceu com relação a qualquer grupo humano, por motivo racial, dada, até, a miscigenação das raças tradicionalmente tidas como tal existentes em nosso país. E, na extradição do sargento Franz Wagner por crimes contra judeus durante a guerra, não admitiu esta Corte a aplicação dessa lei alemã, indeferindo-se a extradição requerida.

Pela Constituição de 1988, como se vê dos incisos XLI e XLII do artigo 5º, a discriminação é o gênero, sendo o racismo uma espécie agravada da discriminação.

Se se considerar que qualquer discriminação a membros de grupo humano com características culturais próprias configura a prática de racismo, teremos, considerados os tipos penais da legislação ordinária relativos à discriminação, quando motivados pela raça, que serão eles imprescritíveis, como, por exemplo, o de impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas, casas de massagem, ou estabelecimentos com finalidades semelhantes; ou então, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. E crimes esses que são sancionados por penas leves, já que a mais grave é de reclusão de dois a cinco anos, ao passo que crimes com penas

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

muito maiores, como o homicídio simples, sem falar nos hediondos, não são imprescritíveis.

Tudo isso - e especialmente a aberração que é a imprescritibilidade em matéria penal - me levou a dar ao texto constitucional referente à prática do racismo como crime uma interpretação estrita a que se chegasse com fundamento jurídico, e não com base na controvérsia que há sobre o conceito de raça e de racismo com base em aspectos antropológicos, sociológicos ou científicos, estes de conhecimento recentíssimo e posterior à Constituição de 1988 e ao crime por que foi condenado o ora paciente como sendo de racismo.

Uma vez que a Carta Magna não conceituava o racismo, pareceu-me que se deveria restringi-lo à idéia de raça como comumente entendida - ou seja, a branca, a negra, a amarela e a vermelha -, até para não se tornar inteiramente aberto o tipo penal discriminatório a ele relativo e qualificável, com base no texto constitucional, como imprescritível. Conceito esse que leva em consideração as diferentes características físicas que podem ser transmitidas hereditariamente que não apenas a cor. E conceito que afasta a objeção de que, sendo a raça fundada apenas na cor, a Constituição, ao distinguir a raça da cor, teria adotado outro entendimento do que fosse raça. Com efeito, raça e cor se distinguem, porquanto esta se aplica, em virtude

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

da miscigenação racial, aos pardos, mulatos, cafuzos, mamelucos, que não são raças qualquer o sentido que se dê a raça.

Para justificar juridicamente essa interpretação, em face inclusive da nossa realidade social sem qualquer conotação de atrocidade, vali-me de um critério lógico na exegese constitucional, que, nesse ponto, diferencia esta da interpretação das normas infraconstitucionais de direito público e privado. Com relação a essas normas infraconstitucionais, a partir do final do século XIX, quando sustentada tal posição por Josef Kohler, o que se interpreta é o que a norma diz (a mens legis) e não aquilo que, por meio dela, pretendeu dizer o legislador (a mens legislatoris), o que não é seguido na exegese de texto constitucional, que dá relevante importância ao elemento histórico do texto constitucional, e, portanto, ao que se pode extrair do que se discutiu na Assembléia Constituinte, especialmente quando entre a sua promulgação e o momento de sua aplicação não medeia longo espaço de tempo a permitir a denominada interpretação evolutiva em que se leva em consideração a mudança das condições sociais.

Ora, no caso, qual é esse elemento histórico? Do que decorreu a emenda que deu margem ao inciso XLII do artigo 5º da Constituição de 1988? Que, então, pretendeu o legislador

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

constituente? Eis, Sr. Presidente, o que disse em meu voto proferido no início deste julgamento:

"O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó ("A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei") - exatamente o que foi consagrado no texto do inciso XLII do artigo 5º -, apresentada em 12.01.1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII da Constituição, tinha a seguinte justificação:

'Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois imperam no País diferentes formas de discriminação racial.'

Ninguém estava discutindo se "raça" dizia respeito a grupos culturalmente diferentes, ou se era tomada em seu conceito tradicional, mas, estando em causa o negro em geral, o racismo dizia respeito à tradicionalmente dita raça negra.

Continuando, dizia o Deputado Caó:

"... velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime".

Posteriormente, em 3 de fevereiro de 1988, o Sr. Carlos Alberto Caó assim discursava, para justificar sua emenda:

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

"Ocupamos de novo a tribuna do Congresso Nacional Constituinte para discutir uma questão de extrema importância para a construção do Estado democrático em nosso país.

Nós somos apenas formalmente autores desta emenda. Na sua co-autoria tivemos a honra e o prazer de contar com a constituinte Benedita da Silva. Mas, na verdade, Sr. Presidente, são autores material e substantivamente desta emenda mais de 60 milhões de brasileiros, que, geração após geração, secularmente, estão de tal forma submetidos que lhes tem sido recusado aquele direito elementar, o direito à cidadania. É em nome desses milhões de brasileiros, é em nome da nossa nação brasileira que nós pretendemos falar aos corações, às mentes e à reflexão dos constituintes de todos os partidos, de todas as tendências políticas que aqui se encontram representando essas tendências e esses partidos na Assembléia Nacional Constituinte."

E prosseguia:

"Neste momento, Sr. Presidente, em que nos empenhamos em construir um Estado democrático, em trabalhar no sentido de transformar a sociedade civil brasileira numa sociedade civil civilizada é indispensável que tenhamos conta de que a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado do trabalho.

Em nome desta nação dinâmica, heterogênea, pluri-cultural e pluri-racial, peço aos Srs. Constituintes e a este Plenário, onde a nação brasileira está desigualmente representada, que fujamos, Sr. Presidente, aos apelos, às pressões e à coerção que o Estado patrimonial brasileiro tem feito sobre a nação. É hora de construir a democracia! É hora de construir o Estado democrático! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui crime inafiançável.

.....".

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Em seguida, o constituinte José Lourenço, depois de dizer "procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas", acrescentou: "mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso país, Castro Alves, em o Navio Negreiro"; e, tendo recitado essa poesia, concluiu: "Adeus! ... adeus! ... racismo, jamais".

Como se vê, a emenda de que resultou o texto constitucional visou à discriminação da raça negra - raça no sentido comum da palavra, o que resulta inequívoco das expressões "a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado de trabalho" - , não havendo qualquer alusão à amarela e à vermelha, nem muito menos a grupos humanos com características culturais próprias.

Decorrendo a imprescritibilidade do crime de prática do racismo, não da legislação ordinária, mas da própria Constituição, e imprescritibilidade que aberrava da consciência jurídica pelos absurdos a que conduz, dei-lhe interpretação restrita, para abarcar apenas as raças tradicionalmente tidas como tais: a negra, a amarela e a vermelha. Se se adotar a exegese de que racismo diz respeito à discriminação contra

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

pessoa de grupo humano com características culturais próprias, o que abarca qualquer grupo humano que se distinga de outro por sua cultura, ter-se-á que alguém que, aos dezoito anos de idade, cometer discriminação, pequena que seja, e passar abjurando esse seu comportamento até alcançar os oitenta anos, poderá, sessenta e dois anos após o fato, vir a ser condenado por ele a uma pena que é irrisória - entre dois e cinco anos de reclusão - em face da gravidade da imprescritibilidade.

É certo que os dicionários atestam o emprego da palavra raça em expressões diversas, inclusive com a sua aplicação a grupos familiares ou nacionais. O dicionário de Houaiss, por exemplo, chega a aludir à "raça dos Figueredos". Mas, evidentemente, conceito impreciso pela pluralidade de situações que se pretende por ele abrangidas, e que não é explicitado pela lei nem resulta do conhecimento comum, não se compadece com a tipicidade da norma penal para ter-se um ato de discriminação como prática de racismo, o que torna o crime de discriminação imprescritível.

Nem se diga que o conceito tradicional de raça, que é o antropológico, estivesse ultrapassado quando da elaboração e da promulgação da atual Constituição, porquanto, como observei em meu voto, o ilustre filósofo e sociólogo italiano NICOLA ABBAGNANO ("Dicionário de Filosofia", trad. Galletti, ps.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS


977/978, Fondo de Cultura Econômica, México, 1993), no verbete relativo à raça e à questão do racismo, salienta:

"O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto a subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados "raças" sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça "ariana" ou "nórdica".

Por outro lado, nos pareceres dos Drs. Celso Lafer e Miguel Reale Júnior - este seguindo, em boa parte, aquele nesse particular, invocam-se conceitos de raça em convenções internacionais. Sucede, Sr. Presidente, que nenhuma dessas convenções impõe a imprescritibilidade de crime de racismo, que é a razão de ser da interpretação restritiva que dou a esse termo "racismo" no inciso XLII do artigo 5º da atual Constituição brasileira. Mais. A ps. 80 de seu parecer, diz o Prof. Celso Lafer: "Com relação ao problema da convenção

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS



internacional relativa à eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, elaborada no âmbito da ONU, esta convenção sentiu a necessidade de dizer no art. 1º dela que a expressão discriminação racial significará qualquer distinção e exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano e em igualdade de condição de direitos humanos, liberdades fundamentais no domínio político, econômico e social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública". Além de essa convenção, com esse conceito amplíssimo de discriminação racial, não ser observada por boa parte das nações até quanto a limitações de imigração de grupos étnicos, o que é certo é que tal conceito tem sua aplicação restrita a essa convenção especificamente, que, como salientei, não trata da imprescritibilidade de crimes de racismo, de pena baixa, ao contrário de crimes gravíssimos, como os hediondos, de pena altíssima, mas todos eles prescritíveis. E, note-se uma vez mais que no Brasil não há perseguição a judeus, nem, evidentemente, qualquer resquício de holocausto a inspirar o constituinte brasileiro para a inclusão na Constituição da imprescritibilidade do crime de racismo. Ademais, qualquer discriminação a qualquer nacional de outro país (restrição por

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

origem nacional) ensejaria o enquadramento no crime imprescritível de racismo.

No caso, saliente-se, o enquadramento no crime de racismo se deu também por edição de obras que se encontram em bibliotecas e no comércio de livros, como as de Gustavo Barroso, que foi membro da Academia Brasileira de Letras, como ocorre com a "História Secreta do Brasil", em que ataca o capitalismo judaico, e que foi editada na Coleção Brasileira, coleção clássica de obras da história do Brasil. Reeditá-la será crime, e crime imprescritível? Estará ela incluída num index de livros proibidos, de certa forma de conseqüências temporais mais graves, por implicar crime, de origem religiosa?

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

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (Relator) - Esse aspecto não me escapou, mas fiquei em situação delicada, porque ele não foi objeto do presente habeas corpus, e eu o teria de conceder de ofício, havendo a possibilidade de o Tribunal vir a negar essa concessão, o que implica agravar a situação penal do paciente.

Prosseguindo, Sr. Presidente, quero fazer algumas considerações sobre os precedentes colhidos no direito comparado, tendo eu reservas quanto à interpretação do direito nacional com base no direito estrangeiro, porquanto as tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo.

Ora, com relação a decisões da Corte Suprema norte-americana, tomo a que foi prolatada - esse exemplo se encontra a ps. 45 do parecer apresentado - em 18 de maio de 1987, relativa à sinagoga de uma congregação em Maryland que tinha sido grafitada, em tinta vermelha e preta, com "slogans" anti-semitas, frases e símbolos; a congregação e alguns de seus membros moveram ação contra os responsáveis invocando lei de 1982 voltada ao combate à discriminação racial; os acusados se defenderam alegando, à maneira do ora paciente neste habeas corpus, que, não sendo os judeus um grupo racial distinto, não

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

eram eles objeto da tutela prevista nessa lei, vencendo em primeira e em segunda instâncias, o que foi revertido por decisão da Suprema Corte em 18 de maio de 1987. Sucede que o fundamento dessa última decisão foi claro: apesar de os judeus serem parte do que é tido como raça caucasiana - conseqüentemente branca -, estavam tutelados pela referida lei porque ela visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas submetidas à discriminação intencional, apenas por conta de sua origem ou características próprias, afirmando a Corte, com base no histórico da mesma lei, que árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, o que significava que se tratava, no caso, de interpretação da lei de 1982 para verificar o seu alcance, o que não quer dizer que, com isso, se firmava uma conceituação abstrata e genérica de racismo.

Há, ainda, uma decisão mais recente da mesma Corte sobre o problema do racismo em face da liberdade de manifestação de pensamento. Isso ocorreu em decisão de junho de 1992 no caso RAV (como era indicado o réu, que era menor) versus a cidade de Saint Paul, em Minesota. Tratava-se de caso de um garoto que atirara uma cruz incendiada contra uma família negra e, por isso, foi acusado de crime de discriminação contra membro de uma

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

raça. Foi ele absolvido, considerando que, nessa hipótese, prevalecia a liberdade de expressão.

Outro mais antigo é um caso em que um padre católico que, do púlpito de sua igreja, atacou, violentamente, um grupo judaico que repeliu o ataque em altos brados. Veio a polícia e o sacerdote foi preso por desordem social. A Suprema Corte o absolveu por estar ele protegido pela liberdade de expressão.

Sucede, porém, Sr. Presidente, que, no presente habeas corpus, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim e apenas, a questão da imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo. Por isso, após a observação do Ministro Pertence, salientei que só por concessão de ofício se poderia chegar à inexistência de crime de discriminação por atos de incitamento em face da referida liberdade.

Com relação às convenções internacionais, Sr. Presidente, há que se fazerem algumas considerações. Aos posteriores à promulgação da Constituição não se aplica sequer o § 2º do seu artigo 5º, porque tratado internacional não se incorpora ao nosso direito interno como emenda constitucional, mas, sim, como lei ordinária. E aos anteriores relativos a direitos e garantias fundamentais, não há nenhum que estabeleça que a prática de racismo é crime imprescritível, porquanto até a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

convenção internacional de 1965, a que já aludi, se limita a dar um conceito amplíssimo de racismo para os fins a que ela se destina e neles não se inclui a imprescritibilidade do delito de racismo que, no caso presente, é o que está em causa. Por isso, interpretei o texto constitucional a respeito restritivamente dando ênfase ao seu elemento histórico a traduzir o que pretendeu o constituinte alcançar com ele, num país, como o nosso, em que nunca, por questão racial, houve perseguição ou atrocidades do tipo do holocausto na Alemanha nazista. E isso com relação a qualquer das raças como tal tradicionalmente conhecidas, vindo-me à memória o livro - de cuja divulgação nenhum desses resultados ocorreu - "O perigo amarelo", em que um ilustre médico carioca denunciava, antes da Segunda Guerra, o perigo das imigrações de orientais, especialmente os japoneses, pelos quistos, em virtude da diferença cultural, que se poderiam criar no território nacional, erro que o futuro demonstrou.

Concluindo, Sr. Presidente, mantenho o meu voto, em que, como sempre pautei minha atuação como juiz, procurei cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais que não diziam, nem dizem, respeito à nossa tradição racial. E as considerações que agora faço, faço-as para deixar bem clara a posição que nele assumi.



Supremo Tribunal Federal

09/04/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O

(Antecipação de voto)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O ora impetrante **insurge-se** contra decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **ao denegar** a pretendida concessão de **habeas corpus**, manteve condenação penal imposta, ao paciente, pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/89, **na redação** que lhe deu a Lei nº 8.081/90.

O acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **objeto** de impugnação na **presente** sede processual, **acentuou** **inexistir** ilegalidade no julgamento **que decreta** "(...) 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**" (grifei).



Supremo Tribunal Federal

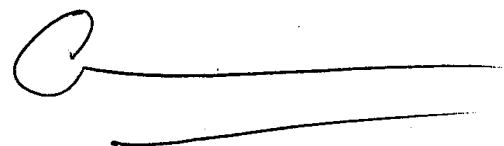
HC 82.424 / RS

Ao **assim decidir**, e como conseqüência direta desse julgamento, o Tribunal ora apontado como coator **proclamou a imprescritibilidade** da pretensão punitiva do Estado, **fazendo incidir**, sobre o delito em questão - **caracterizado** como crime de racismo - a cláusula inscrita no art. 5º, XLII da Constituição da República, **que assim dispõe**:

"(...) a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei."

Sustenta-se, na presente impetração, que a conduta de Siegfried Ellwanger - **por não se identificar** com a prática do racismo - **não pode** sofrer a incidência da cláusula constitucional da imprescritibilidade penal, **especialmente** se se considerar que o crime imputado ao ora paciente, **segundo ele próprio afirma**, "**foi contra judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica, não podendo** (...) **ser inserido entre os decorrentes da prática de racismo**" (fls. 09 - grifei).

Vê-se, portanto, que a controvérsia suscitada na presente causa **consiste** em saber **se** a prática do **anti-semitismo** subsume-se, ou não, à noção mesma de racismo, **notadamente** para efeito de incidência da cláusula da **imprescritibilidade** constante do art. 5º, XLII da Carta da República.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O **magnífico** voto que acabamos de ouvir, **proferido** pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **dispensar-me-ia** de considerações adicionais, **pois analisou**, com propriedade, a questão ora em exame.

A **gravidade** do tema, contudo, **exige** que os Juizes deste Tribunal se pronunciem sobre a controvérsia em causa. **E é por tal razão** que desejo expor, **nesta** decisão, o meu pensamento sobre a matéria ora em debate.

O **exame** dos fundamentos em que se apóia a presente impetração **requer** algumas considerações preliminares e impõe necessárias reflexões prévias **em torno** da grave questão que somos hoje chamados a apreciar.

Não tenho dúvida, Senhor Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, **reúne-se** para proferir um julgamento impregnado **de indiscutível** transcendência e revestido **de irrecusável** valor simbólico, **pois**, hoje, **está em debate**, nesta Corte, **questão** que se projeta com máxima intensidade **na definição** de um dos mais expressivos valores, **cujo respeito** confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Refiro-me ao princípio indisponível da **dignidade** da pessoa humana, que, **mais** do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, III), **representa** o reconhecimento **de que reside**, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional.

O **sentido emblemático** desta reunião **tanto** mais se acentua **quando** se tem presente **que este julgamento ocorre no contexto de marcos temporais**, que, **intimamente** associados ao debate da questão judaica, **põem em relevo** - dada a sua relativa proximidade no tempo histórico - a atualidade preocupante do tema versado **nesta** causa.

Um desses marcos temporais **relembra-nos** que, há 70 (setenta) anos, **em 30/01/1933**, o Partido Nacional Socialista, **emergindo** das ruínas provocadas pela queda da República de Weimar, ascendeu ao poder na Alemanha, **fazendo instaurar**, nesse país, uma ordem totalitária, **infensa** aos direitos básicos da pessoa humana, **sobre a qual** se erigiu um sistema de poder absoluto **que fez abater**, sobre todos, **notadamente** sobre os judeus, um tempo de horror e de indescritível torpeza humana.

Outro desses marcos temporais, sob cuja égide e memória se processa o julgamento que hoje aqui realizamos, **recorda-nos** que



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

há 60 (sessenta) anos, em 19/04/1943, o regime nazista sufocava, com o peso de sua infinita crueldade, o Levante do Gueto de Varsóvia, que representou, naquele momento histórico, o grito de desespero de um povo subjugado pela face sombria e sinistra de um regime de opressão e de um sistema de frontal desrespeito ao gênero humano.

Ainda na perspectiva desses marcos históricos que tão bem situam o instante em que **este** julgamento tem lugar, **cabe referir** a existência de um documento luminoso e de incomensurável valor para toda a humanidade: a encíclica "**Pacem in Terris**", publicada há 40 (quarenta) anos, em 11/04/1963, na qual João XXIII **denunciou o caráter abominável** de qualquer prática fundada na discriminação e no racismo, **bem assim** no ódio e na intolerância que lhes são inerentes.

É também importante assinalar, **sempre** no contexto dos marcos temporais a que inicialmente me referi **neste** voto, que o **presente** julgamento **tem lugar** em momento **que precede** a celebração, em 29 de abril, logo após a festa do **Pessach** (Páscoa Hebraica), do Dia da Recordação dos Mártires e Heróis do Holocausto (**Yom Hashoá Vehagevurá**), **data** em que o povo de Israel **relembra e honra** a memória dos milhões de judeus vitimados por um dos maiores genocídios registrados na história de toda humanidade.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Tal como no Dia da Recordação - em que se rememora, **com respeito**, o Holocausto que imolou o povo judeu -, **também** este Supremo Tribunal **não pode ser indiferente**, no exame dessa controvérsia, **à grave advertência** que a História nos impõe, **pois**, também aqui e agora, **é preciso** "lembrar e recordar - **já** **jamais esquecer**".

Cumpre destacar, bem por isso, Senhor Presidente, dentro desse contexto, a **significativa** importância **que representou**, no processo de conquista e preservação das liberdades fundamentais, a **promulgação**, há quase 55 (cinquenta e cinco) anos, em 10/12/1948, pela 3ª Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, a **Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana**.

Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas **nascem** livres e iguais **em dignidade** e direitos, **são** dotadas de razão e consciência e **titularizam** prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional - **impulsionados** pelo estímulo originado de um insuprimível senso de responsabilidade e **conscientes do ultraje** representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista e pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder - tiveram a percepção histórica **de que era preciso forjar** as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, **em favor de todas as pessoas**, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, **assegurando-lhes** o direito de viver protegidas do temor e a salvo das necessidades.

Esse documento extraordinário, **mais** do que simples repositório **de** verdades fundamentais, **de** promessas essenciais e **de** compromissos irrenunciáveis, **deve constituir**, no plano doméstico dos Estados nacionais - **e do Brasil**, em particular -, o instrumento de realização permanente dos direitos e das liberdades nele proclamados.

A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, por isso mesmo, deve representar, na consciência dos governantes responsáveis e dos Estados comprometidos com a causa da liberdade, da justiça, da paz entre os povos e da democracia, o elemento vital e impulsionador de medidas, que, de um lado, visem a afastar, das



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

relações entre os indivíduos e o poder estatal, o medo da opressão e, de outro, tendam a evitar a frustração dos sonhos que buscam dar sentido de concreta efetividade às legítimas aspirações do ser humano, **banindo**, para sempre, das relações entre as pessoas, o ódio e a intolerância, o preconceito e a discriminação que tão profundamente desonram aqueles que os praticam.

É preciso, pois, que o Estado, **por intermédio** desta Suprema Corte, **ao magnificar e valorizar** o significado real que inspira a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, pratique, **sem** restrições, **sem** omissões e **sem** tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de toda a humanidade.

Hoje, portanto, **muito mais** do que a realização de um julgamento - e de um julgamento **revestido** de significação histórica na jurisprudência de nosso país - **é chegado** o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, **em sua agenda**, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro **e de manifestar** a preocupação **desta Corte** com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos.

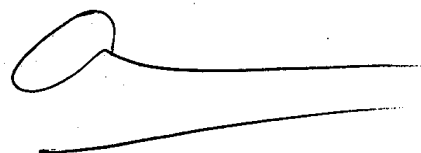
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Este momento, tão fortemente impregnado do sentido histórico que assume o presente julgamento, **impõe**, por tal motivo, um instante de necessária reflexão sobre o significado do grave compromisso que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. **Os deveres irrenunciáveis** que emanam desse instrumento internacional incidem sobre o Estado brasileiro **de modo pleno**, impondo-lhe - e aos órgãos nele estruturados, **notadamente** ao Poder Judiciário e a este Supremo Tribunal Federal, **em particular** - a execução responsável e conseqüente dos compromissos instituídos **em favor** da defesa e proteção da integridade e da dignidade de **todas** as pessoas.

A **luta** pelos direitos e pelo respeito à essencial dignidade das pessoas e a experiência da liberdade e da tolerância não de representar **etapa essencial** na jornada permanente em busca da **realização plena** dos objetivos insuprimíveis **que a consciência dos povos**, estimulada por uma notável percepção das exigências éticas subjacentes à atuação do Poder Público, concebeu e atribuiu à Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana.

É esse, pois, o grande desafio com que nós, **Juízes da Suprema Corte** deste País, nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: **extrair**, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **a sua máxima eficácia**, em



Supremo Tribunal Federal


HC 82.424 / RS

ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se **palavras vãs**.

Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, **que se delinea**, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. **É que**, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, **os tratados e convenções**, presentemente, **não mais consideram** a pessoa humana como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O **eixo** de atuação do direito internacional público contemporâneo **passou** a concentrar-se, **também**, na dimensão subjetiva da pessoa humana, **cuja essencial dignidade** veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, **como valor fundante** do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representou um passo decisivo no processo de **reconhecimento, consolidação e contínua expansão** dos direitos básicos da pessoa humana.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

A **Declaração e Programa de Ação de Viena**, adotada consensualmente pela **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, foi responsável - consoante observa o diplomata brasileiro JOSÉ AUGUSTO LINDGREN ALVES ("**Os Direitos Humanos como Tema Global**", p. 135/144, item n. 8.2, 1994, Perspectiva) - por significativos **avanços conceituais** que se projetaram nos planos concernentes à **legitimidade** das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), à **interdependência** entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) e, ainda, ao **reconhecimento** do sentido de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º).

Cumprir não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de **diversas** proclamações constantes da **Declaração de Viena**, especialmente daquelas que enfatizam o compromisso solene de **todos** os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, assegurando-lhes, para esse efeito, meios destinados a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

A **intolerância** e as **conseqüentes práticas discriminatórias**, motivadas por impulsos racistas, **especialmente** dirigidos contra grupos minoritários, **representam um gravíssimo**

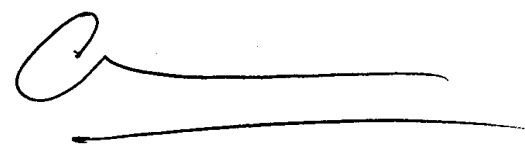
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

desafio que se oferece à sociedade civil, a **todas** as instâncias de poder no âmbito do aparelho de Estado e ao Supremo Tribunal Federal.

Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do **valor essencial** dos direitos fundamentais da pessoa humana, **reagir** contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a **injusta** marginalização, **dentre outros**, de grupos étnicos, nacionais e confessionais.

Essa reação - que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte - **deve buscar** os meios que permitam transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e, **considerado o contexto da presente causa**, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, **por efeito** de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, **como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (UNESCO/1978) e a Declaração de Durban e Plano de Ação**, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata (África do Sul/2001), **"inter alia"**.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Cabe recordar, neste ponto, **ante** a sua inquestionável pertinência, o **Preâmbulo** da Constituição da Unesco (1945) - órgão das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura - **que expressamente advertiu** que o terrível conflito mundial que se abateu sobre a humanidade "não teria sido possível sem a negação dos princípios democráticos, da igualdade, da dignidade e do respeito mútuo entre os homens, e sem a vontade de substituir tais princípios, explorando os preconceitos e a ignorância, pelo dogma da desigualdade dos homens e das raças".

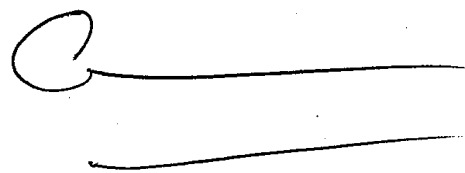
Foi por tal razão que esse e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, **sempre odiosas**, de discriminação racial, **reconheceram** "a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos...", **proclamando**, com irrecusável correção, que "Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem", **pois** "Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade", **razão pela qual** "a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais", **mesmo porque** as diferenças entre os povos do mundo **não justificam** qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Em uma palavra, Senhor Presidente: **nem gentios, nem judeus; nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.**

Eis porque, Senhor Presidente, a noção de racismo - ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração - não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, como bem o evidenciou HANNAH ARENDT, em sua clássica obra "Origens do Totalitarismo", quando, ao versar o tema do anti-semitismo - por ela qualificado "como uma ofensa ao bom senso" - refere-se à manipulação arbitrária dos conceitos de inimigo objetivo e de verdade oficial, como expressões destinadas a fomentar os "ódios públicos" contra o povo judeu.

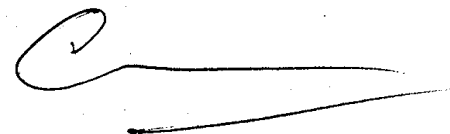


Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Irrepreensível, neste ponto, o magistério, **sempre** douto e erudito, do eminente Professor CELSO LAFER, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (que é a minha "alma mater"), **cujo parecer** - oferecido na **legítima e informal** condição de **amicus curiae** - bem analisa a questão em foco (fls. 120/122):

"O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, **do crime da prática do racismo**, tipificado pela legislação infra-constitucional, **reside** nas teorias e preconceitos **que estabelecem** diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as **características de uma 'raça'** para **discriminá-las**. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. **Só existe uma 'raça'** - a espécie humana - e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades **não formam raças distintas**. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; **é o que dizem** autores citados pelo impetrante, **que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade**. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, **os judeus não são uma raça**, mas também **não são raça** os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. **Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raça'**, como argumenta o impetrante, exprime não só uma **seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena**. Representa, sobretudo, **reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais**.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento **contrario sensu**, que cabe em matéria penal. Com efeito, **levadas às últimas** conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, **em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (...).**" (grifei)

Essa mesma **percepção** do tema é **também** partilhada por ilustres acadêmicos (EDSON BORGES, CARLOS ALBERTO MEDEIROS e JACQUES d'ADESKY, "Racismo, Preconceito e Intolerância", p. 43, 48/49 e 57/58, 2002, Atual Editora), **cuja análise**, versando a questão do racismo, **praticado contra o judeu**, assim discute os aspectos concernentes ao **anti-semitismo**:

"Enquanto aceitarmos dividir a grande raça humana em raças - branca, negra, amarela, etc. -, estaremos legitimando as falsas hipóteses defendidas pelos grupos teóricos racistas.

.....
 Como vimos, a palavra racismo designa um comportamento **de hostilidade e menosprezo** em relação a pessoas ou grupos humanos cujas características intelectuais ou morais, consideradas 'inferiores', estariam diretamente relacionadas a suas características 'raciais', isto é, físicas ou biológicas.

.....
 Finalmente, é preciso observar que o **anti-semitismo** é um **racismo paradoxal**, pois, ao contrário do racismo contra o negro, **sequer** se baseia em diferenças aparentes (...). Assim, o racista precisa alegar supostas **diferenças psicoculturais** imaginárias para inferiorizar os judeus.

Ao estigmatizar os judeus como membros de uma raça considerada inferior à ariana, o **anti-semitismo** condenava-os **de modo intrínseco** e permanente, já que **não bastava** que renegassem sua religião e se tornassem cristãos para se livrar de sua 'condição'. Em outras

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

palavras, **os judeus seriam**, em essência, **diferentes dos não-judeus, não pertenceriam à mesma humanidade dos arianos**. Essa depreciação forneceu condições **ideológicas** importantes aos **nazistas** para discriminar, segregar e eliminar fisicamente **os judeus**.

É importante termos essas considerações **sempre vivas em nossa memória, já que o anti-semitismo não desapareceu. (...)**" (grifei)

Incensurável, desse modo, a meu juízo, o **douto** voto proferido pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **quando**, com apoio nos fundamentos que expôs, **sustenta** a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento -- ao **corretamente** denegar a ordem de **habeas corpus** -- **manteve** o acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nem se diga, finalmente, que a **incitação** ao ódio público contra o povo judeu **estaria** protegida pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

É que publicações -- como as de que trata esta impetração -- **que extravasam** os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, **do estímulo à intolerância e ao ódio público** pelos judeus, **não merecem** a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, **que não pode compreender**, em seu âmbito de tutela, manifestações **revestidas** de ilicitude penal.

A large, stylized handwritten signature or mark, followed by two horizontal lines, possibly indicating a signature or a specific section of the document.

HC 82.424 / RS

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial - veiculadas com **evidente superação** dos limites da crítica política ou da opinião histórica - **transgridem**, de modo inaceitável, valores tutelados **pela própria ordem constitucional.**

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, **ao pronunciar-se** sobre a **extensão** dos direitos e garantias individuais, **fez consignar** a seguinte advertência, **que cumpre ser relembrada:**

"Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros."
(RTJ 173/805-810, **807-808**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão **pode** fazer instaurar **situações de tensão dialética** entre valores essenciais, **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, caracterizado pelo **confronto** de liberdades revestidas de **idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delineie, **torne possível** conferir primazia **a uma** das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso ora exposto pela parte impetrante, no entanto, **não traduz**, a meu juízo, a ocorrência, na espécie, de **situação de conflituosidade** entre direitos básicos **titularizados** por sujeitos diversos.

Com efeito, **há**, na espécie, norma constitucional que **objetiva** fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a **incolumidade** dos direitos da personalidade, **como** a essencial dignidade da pessoa humana, **buscando inibir**, desse modo, **comportamentos abusivos** que possam, **impulsionados** por motivações



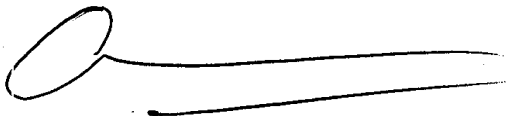
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

racistas, **disseminar**, criminosamente, o ódio contra **outras** pessoas, **mesmo porque a incitação** - que constitui **um dos núcleos** do tipo penal - **reveste-se** de caráter proteiforme, **dada** a multiplicidade **de formas executivas** que esse comportamento **pode** assumir, **concretizando**, assim, **qualquer** que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida **com o propósito subalterno** de veicular práticas criminosas, **tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público**.

Entendo que a **superação dos antagonismos** existentes entre princípios constitucionais **há de resultar** da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam **ponderar e avaliar**, "*hic et nunc*", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, **qual deva ser** o direito a preponderar no caso, **considerada** a situação de conflito ocorrente, **desde que**, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses **não importe** em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, **tal como adverte** o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, "**A Ponderação de Interesses na Constituição**

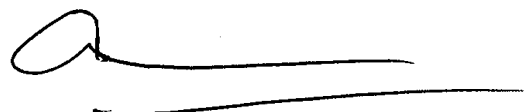


Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Federal" p. 193/203, "**Conclusão**", itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Temas de Direito Constitucional**", p. 363/366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, "**Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias**", in "**Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988-1998)**", p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito Constitucional**", p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, "**Colisão de Direitos**", p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, "**Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**", p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, "**O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**", p. 216, "**Conclusão**", 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica).

Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método - que é apropriado e racional - da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em torno de supostas ilicitudes penais praticadas por



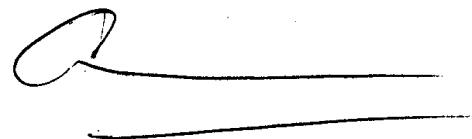
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

qualquer pessoa **basta**, por si só, **para atribuir**, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais.

Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, **ao manifestar-se** sobre a necessidade de se "controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição", **deixou assentado** que é "**inaceitável** que se deixe de punir a manifestação da opinião, **quando transparece** evidente e cristalina a **intenção de discriminar** raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera 'revisão da história'" (fls. 50 - grifei).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, **não posso aceitar** a tese exposta na impetração, **pois admiti-la** significaria tornar perigosamente **menos intensa** e socialmente **mais frágil** a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, **especialmente** àqueles que se expõem a **uma situação de maior vulnerabilidade**.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Cabe ter em consideração, no ponto, que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam - na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas - elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, como observa, em seu lúcido parecer, o ilustre Professor CELSO LAFER.

Não se pode ignorar, Senhor Presidente, a propósito do tema que ora julgamos, que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou, em 09/12/1998 (na véspera do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana), pela Resolução 623, que o anti-semitismo e todos os atos de intolerância a ele relacionados constituem manifestações preocupantes de formas contemporâneas de racismo, impondo-se, por isso mesmo, a adoção, pela comunidade internacional e pelos Estados nacionais, de medidas que impeçam a propagação desse modo perverso de exclusão social.

Se é certo, como proclama a milenar sabedoria judaica, que aquele que salva uma vida, salva toda a Humanidade, não é menos exato afirmar, Senhor Presidente, que aquele que ofende a dignidade


Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

peçoal de **qualquer** ser humano, **especialmente** quando movido por razões de fundo racista, **também** atinge - e **atinge** profundamente - a dignidade **de todos e de cada um de nós**.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, e **acolhendo**, ainda, os fundamentos **doutamente** expostos pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, peço vênia ao ilustre Relator **para indeferir** o pedido de **habeas corpus** formulado por Siegfried Ellwanger, **mantendo**, em consequência, a **condenação penal** que foi **corretamente** imposta, ao ora paciente, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

É o meu voto.



/csm.
/rs.
/mmo.

Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 82.424-2

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES

PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER

IMPTES.: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem para pronunciar a prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2002.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem, e dos votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, este último em antecipação, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 09.04.2003.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Fomimatsu
Coordenador

Supremo Tribunal Federal

26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2RIO GRANDE DO SUL

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:

Introdução

Como já relatado pelo Ministro Moreira Alves, a questão gira em torno de decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu *habeas corpus* para manter a condenação de acusado de crime de discriminação contra os judeus, sob o fundamento de que tal conduta se enquadraria como racismo sendo, portanto, imprescritível.

Proferiu voto o Ministro-Relator no sentido de declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, ante a não configuração do crime de "racismo" nos moldes do artigo 5º, XLII, da Constituição.

Apontou como fundamentos de sua decisão, em síntese, que a expressão "nos termos da lei", que se encontra na parte final do art. 5º, XLII, CF, não delega ao legislador ordinário a função de



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de "racismo", mas apenas que cabe a ele tipificar as condutas em que consiste esta prática e quantificar a respectiva pena. O Relator partiu de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, para concluir que o anti-semitismo não está compreendido no conceito de racismo. Buscou a intenção do constituinte de 1987/88, ao mencionar as discussões acerca da Emenda Aditiva que deu origem ao art. 5º, XLII, da Constituição. Afirmou o Ministro: "O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a 'racismo' o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra." E foi, por entender que o dispositivo constitucional não se aplicava a outros grupos, que o Ministro concluiu que "não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado."

Em sede de voto-vista, afirmou o Ministro Maurício Corrêa que não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as diversas acepções a que o termo se submete, incluindo aí a antropológica e a sociológica. Ademais, a experiência genética vem apontando que o conceito tradicional de raça - negros, brancos e amarelos - não pode mais ser considerado. Ressaltou ainda que a discussão se os judeus se constituem ou não uma raça perde sentido na medida em que quem discrimina o está fazendo como uma raça, promovendo e incitando a segregação. Assim, afigura-se mais relevante o conceito antropológico do que o científico. A existência

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, sendo ela a ser considerada na aplicação do Direito.

Entendeu, portanto, o Ministro Corrêa, que o anti-semitismo constitui forma de racismo e, em consequência, crime imprescritível, seja porque o conceito de raça não pode ser resumido à semelhança de meras características físicas, seja porque tal movimento vê os judeus como uma raça, ainda que esta concepção seja sob a ótica social e política.

Na mesma linha, sustentou o Ministro Celso de Mello em antecipação de voto.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

O conceito de racismo

A questão central trazida à análise do Supremo Tribunal Federal gira em torno do alcance do termo "racismo" empregado pelo constituinte no art. 5º, inciso XLII, para se considerar ou não imprescritível a conduta anti-semita atribuída ao paciente.

Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudo-científicas. Nesse sentido, destaquem-se as considerações de Kevin Boyle:

"Reconhecemos hoje que a classificação biológica dos seres humanos em raça e hierarquia racial - no topo da qual encontrava-se certamente a raça branca



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

- era produto pseudo-científico do século XIX. Num tempo em que nós já mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que existe somente uma raça - a raça humana. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, etnias e identidades culturais, não são baseadas em atributos biológicos. Na verdade, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandona qualquer base biológica em seus discursos. Eles agora enfatizam diferenças culturais e irreconciliáveis como justificativa de seus pontos de vista extremistas." (Boyle, Kevin. Hate Speech - The United States versus the rest of the world? In: *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001, p. 490)

É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros.

A propósito da configuração da ideologia racista, anota Bobbio, que são necessárias três condições, que ele define como postulados do racismo como visão de mundo, *verbis*:

"1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente.

[...]

2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra.

[...]

3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis. A justificação do colonialismo se serviu sobretudo do segundo princípio: há não muitos anos, a União Soviética justificou a agressão ao Afeganistão sustentando que era seu dever dar uma ajuda fraterna ao povo vizinho ameaçado por inimigos poderosos. No entanto, o racismo jamais renunciou ao uso do terceiro princípio." (Bobbio, Norberto. *Elogio da Serenidade*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 127-128)

Daí concluir Bobbio:

"Não há necessidade de ler o *Mein Kampf* de Hitler para encontrar frases em que se afirma peremptoriamente que as raças superiores devem dominar as inferiores, porque já no tempo do colonialismo triunfante havia quem dizia, como o

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

historiador e filósofo Ernest Renan, que a conquista de um país de raça inferior por parte de uma raça superior não tem nada de inconveniente. Mas foi apenas com o advento ao poder de Hitler que se formou pela primeira vez na história da Europa civilizada 'um Estado racial': um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores fisicamente ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes." (Bobbio, *Elogio da Serenidade, cit.*, p. 128-129)

Já em 1932, como aponta Pierre-André Taguieff, em seu *La force du préjugé*, a referência ao termo "racista" apresentada pela Larousse restringia sua extensão aos "nacionais-socialistas alemães", ao atribuir-lhes uma intenção assim descrita na referida enciclopédia:

"... eles pretendem representar a pura raça alemã, excluindo os judeus, etc." (Taguieff, Pierre-André. *La force du préjugé : essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, la Découverte, 1992, p. 149)

Surge assim, conforme Taguieff, um dos dois elementos centrais metafóricos constitutivos das definições do racismo - a *pureza da raça* - , por meio de uma referência que caracterizava o nacional-socialismo, antes mesmo de sua instituição como regime. O segundo elemento metafórico, a *superioridade da raça*, apareceu no

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

suplemento de 1953 da mesma Larousse, que assim definiu o termo "racismo":

"Teoria que tem por finalidade proteger a pureza da raça dentro de uma nação e que lhe atribui uma superioridade sobre as demais". (Taguieff, *La force du préjugé*, cit., p.149)

Continua Taguieff:

"Em 1925, no seu livro de referência sobre a Alemanha contemporânea, Edmond Vermeil reintroduziu proposital e expressamente o adjetivo 'racista' para traduzir o termo intraduzível alemão **völkisch** e sugeriu a identificação, que acabou se banalizando na década dos trinta, do racismo (alemão) ao anti-semitismo nacionalista ou às tendências anti-judaicas do movimento nacionalista na Alemanha dos anos vinte: 'É assim que o partido nacional-alemão se dividiu em dois campos. A extrema direita 'racista' (**völkisch**) se separou do partido. O racismo pretende, assim, reforçar o nacionalismo, lutar, internamente, contra tudo que não é alemão e, no exterior, em favor de todos os que têm nomes alemães. Sua doutrina incorporou a de Hitler na Baviera. Ele floresce hoje em todos os estados alemães, onde está por toda parte em luta aberta contra os elementos mais moderados do nacionalismo [...]. O Partido Populista [...] se crê tão patriota, tão alemão quanto os nacionais-alemães ou

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

os racistas" (Taguieff, *La force du préjugé*, cit., p. 131)

Daí a observação de Taguieff:

"Se há racismo no discurso sobre as raças e fora dele, se há racismo com ou sem a invocação da raça, é porque há um sentido social complexo daquilo que chamamos de racismo, e por trás daquilo que designamos ordinariamente como tal - a saber, as marcas exteriores do racismo [...]. O 'racismo' não é um conceito biológico, remarcou um dia Emmanuel Lévinas, que acrescentou: 'o anti-semitismo é o arquétipo de todo aprisionamento. A opressão social, ela mesma, não faz mais do que reproduzir este modelo. Ela enclausura em uma classe, priva de expressão e condena ao 'significante sem significado', e, desde já, à violência e aos combates." (Taguieff, *La force du préjugé*, cit., p. 105-106)

Sobre a dinâmica que marca o fenômeno do racismo, é interessante registrar a observação de Norberto Bobbio, *verbis*:

"Dou alguns exemplos para mostrar que não existem surpresas: o preconceito é monótono. As frases que hoje são dirigidas aos extracomunitários, ou seja, aos que não pertencem à Comunidade Européia, são mais ou menos as mesmas que, há alguns decênios, em Turim, eram dirigidas aos italianos do Sul, aos meridionais.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

[...]

O preconceito não apenas provoca opiniões errôneas, mas, diferentemente de muitas opiniões errôneas, é mais difícil de ser vencido, pois o erro que ele provoca deriva de uma crença falsa e não de um raciocínio errado que se pode demonstrar falso, nem da incorporação de um dado falso, cuja falsidade pode ser empiricamente provada." (Bobbio, *Elogio da Serenidade*, cit., p. 120-121)

Sobre esse aspecto, vale também trazer a lição de Norberto Bobbio, que, ao descrever a fenomenologia do racismo, esclarece:

"[...] A relação de diversidade, e mesmo a de superioridade, não implica as conseqüências da discriminação racial. Que não se restringe à consideração da superioridade de uma raça sobre outra, mas dá um outro passo decisivo (aquele que chamei de terceira fase no processo de discriminação): com base precisamente no juízo de que uma raça é superior e a outra é inferior, sustenta que a primeira deve comandar, a segunda obedecer, a primeira dominar, a outra ser subjugada, a primeira viver, a outra morrer. Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes. Entre estas aberrações, a historicamente mais destrutiva foi a 'solução final' concebida pelos nazistas para resolver o problema judaico no mundo: o extermínio sistemático de todos os judeus existentes em todos os países em que o nazismo estendera seu domínio. Para chegar a esta conclusão, os doutrinadores do nazismo tiveram de passar por estas três diversas fases: a) os judeus são diferentes dos arianos; b) os arianos são uma raça superior; c) as raças superiores devem dominar as inferiores, e até mesmo eliminá-las quando isto for necessário para a própria conservação." (Bobbio, *Elogio da Serenidade*, cit., p. 109-110)

Essas considerações demonstram que, do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do anti-semitismo.

Não é por outra razão que, tal como ressaltado nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil não deixam dúvida sobre o claro compromisso no combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o anti-semitismo.

A propósito, vale aqui mencionar decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra, transcritas no Parecer do Professor Celso Lafer, já referidas nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

A Suprema Corte Americana, em caso julgado em 1987 (*Shaare Tefila Congregation versus Cobb*, US 615), reformou decisão proferida pelas instâncias inferiores, no sentido de se negar aos judeus, por não serem grupo racial distinto, a tutela prevista pela legislação norte-americana de 1982, voltada para o combate à discriminação racial:

Entendeu a Corte Americana que, apesar de serem judeus, na data da decisão, parte do que é tido como a raça caucasiana, estavam eles tutelados pela legislação de 1982, que visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, dando assim, maior conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana e à repressão à prática do racismo (cf. Lafer, Celso, *Parecer*, p. 44-47)

A Câmara dos Lordes, em 1983, no caso *Mandla e outro versus Dowell Lee e outro*, entendeu que, à luz do Racial Relations Act de 1976, tratava-se de um caso de discriminação, apesar das longas discussões acerca da inclusão ou não do *sikhs* como um "grupo racial". Firmou a Corte que o significado do termo 'étnico' não pode ter sido empregado em sentido estrito. Acrescentou, ainda, que seria absurdo o Parlamento pretender que grupos raciais fossem formados a partir de uma prova científica. Afirmou, então, o juiz inglês que a palavra "étnico" deveria ser interpretada de maneira ampla, em seu sentido cultural e histórico (cf. Lafer, *Parecer*, p. 47-50).

Nesse sentido, bem conclui Trina Jones, Professora Associada de Direito da Universidade de Duke:

"Raça é o significado social atribuído a uma categoria. É um conjunto de crenças e convicções sobre indivíduos de um grupo racial em particular.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Essas crenças são abrangentes, compreendendo convicções sobre a parte intelectual, sobre a parte física, sobre classe e moral, dentre outras coisas." (Shades of Brown: the Law of Skin Color. In: *Duke Law Journal*, v. 49: 1487, 200, p. 1497)

Todos esses elementos levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial "raça". Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).

Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer em seu bem lançado parecer, já referido nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello:

"Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424-2 em favor de Siegfried Ellwanger, é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5.º, XLII, devidamente disciplinado pela legislação infra-constitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5.º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma 'raça'. Só existe uma 'raça' - a espécie humana - e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo." (p. 42)

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

O racismo e a liberdade de expressão e de opinião

Se se aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, há de se perguntar sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do "**hate speech**". Ressalte-se, porém, que o "**hate speech**" não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, Hate Speech, cit., p. 490).

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: "Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?" Ele mesmo responde:

"A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática - a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. 'Every one counts as one and no more than one', como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa." (Boyle, Hate Speech, cit., p. 490)

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade.

Mais uma vez peço vênha para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso:

"O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias européias. No início deste ano [a referência é ao ano de 2001] os países da União Européia tomaram a extraordinária decisão de boicotar o governo austríaco, por vários meses, pela inclusão, na nova colisão de governo, do Partido Nacional de extrema-direita, dirigido por Jorg Heider, que defende políticas contra imigrantes e idolatra as políticas econômicas de Hitler. [...] o governo alemão solicitou à Corte Constitucional Alemã que considerasse a supressão ou o banimento do Partido Democrático Nacional. Ele é acusado de preparar jovens para ataques a estrangeiros, judeus e sinagogas judaicas.

A preocupação com o tema do anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado *discurso revisionista* e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

1945. Os campos de concentração, como Auschwitz, não foram abertos a um mundo horrorizado antes que as primeiras publicações minimizassem o que realmente havia ocorrido. Esse tipo de literatura tornou-se mais proeminente nos anos 70. O material incluía desde o simplório - um recente panfleto com a frase 'O Holocausto foi um EMBUSTE, vamos torná-lo REAL!' - à aparentemente sérias pesquisas históricas em publicações acadêmicas, como o impressionante 'Journal for Historical Review'. Nessas publicações são encontradas afirmações tais como o fato de não terem sido mortos 6 milhões de judeus, mas somente algumas centenas; ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido utilizadas em Auschwitz porque eles não tinham a tecnologia para tal. Alegadas evidências documentais de testemunhas sobreviventes ou o diário de Anne Frank não passam de fabricações. Hitler jamais ordenou a Solução Final - ele era inocente, etc.

O anti-semitismo nessas publicações, explícito ou implícito, é bastante claro. Não foi melhor exposto, entretanto, como no início deste ano, quando o historiador David Irvine, um notório negador do holocausto, processou a Editora Penguin e Deborah Lipstadt, sob a alegação de que ele havia sido difamado no livro 'Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory', de autoria de Lipstadt. Ela referiu-se a ele como anti-semita, um partidário de Hitler, um falso historiador. O próprio Irvine subiu à tribuna para defender-se. O juiz, em um julgamento devastador (os autos

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

atingiram 300 páginas!), afirmou que Lipstadt estava certa - e que Irvine era mesmo tudo aquilo.

Cinco países europeus - a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suíça - adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como lei Gaysott, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanação e pinturas de suásticas em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenófobos.

[...], as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram as leis mantidas pelos tribunais. Em 1987, o líder da Frente Nacional, do partido de extrema-direita na França, Jean Marie Le Pen, foi multado por declarar numa entrevista de rádio que o assassinato de judeus em câmaras de gás foi 'um *point de detail*' (um mero detalhe). O historiador revisionista Robert Faurisson, numa entrevista para uma revista francesa, criticou a lei Gaysott, considerando-a ameaçadora da liberdade de expressão; e ele foi além, ao declarar que tinha uma convicção



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

pessoal de que a exterminação de judeus em câmaras de gás jamais existiu nos campos de concentração. Com base nessa última afirmação, ele foi condenado e multado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI), em 1991. Ele depois interpôs recurso para o Comitê de Direitos Humanos, com base na Convenção de Direitos Políticos e Cíveis, que vinha sendo discutida, sob a alegação de que sua condenação era uma violação à garantia da liberdade de expressão, expressa no artigo 19 da Convenção.

O Comitê de Direitos Humanos manteve a condenação, considerando-a uma interferência justificável ao direito de liberdade de expressão, expresso no artigo 19 da Convenção. O Comitê foi persuadido pelos argumentos do governo francês, no sentido de que a negação do holocausto é o principal veículo do anti-semitismo na França. O então membro dos E.U.A. no Comitê, Sr. Tom Burgenthal, como sobrevivente dos campos de concentração de Auschwitz e Sachsenhausen, absteve-se.

A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]. Um grande número de recursos contra as leis de negação ao holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Européia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito da liberdade de expressão." (Boyle, Hate Speech, *cit.*, p. 497-499)

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Poder-se-ia ainda indagar, como o fez o Ministro Sepúlveda Pertence, se o livro poderia ser instrumento de um crime, cujo verbo central é "incitar".

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes europeias a propósito da criminalização do "Holocaust Denial" confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, *Hate Speech*, cit., p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto - diria inevitavelmente aberto - da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A propósito, a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Lehideux e Isorni versus França* (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o art. 10 (liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Nesse caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-François Lehideux, foram condenados penalmente pelo Judiciário francês, por "apologia aos crimes de guerra, ou de crimes

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

e delitos de colaboração", depois da publicação de um encarte publicitário no jornal Le Monde, em 13 de julho de 1984, apresentando como "salutares" certos atos de Philippe Pétain. A Corte Européia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Européia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.

O princípio da proporcionalidade

Nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional - "*Nenhuma lei conterà dispositivo..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*" - parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção estatal. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão-somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção estatal com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

Da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI).

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Nesse sentido, afirma Robert Alexy:

"O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz:

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'."

(Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98)

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264).

No caso concreto, poder-se-ia examinar se a decisão condenatória ao enquadrar, como racismo, a conduta do paciente e, portanto, imprescritível, atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade.

A Corte constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei eventualmente aprovada pelo Parlamento submetem-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade (Schneider, *Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle*, cit., p. 403).

Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, especialmente naqueles que envolvem normas de conformação extremamente aberta (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas) (Jakobs, Michael, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Colônia, 1985, p. 150). É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação.

Richter e Schuppert analisam essa questão, com base no chamado "caso Lebach", no qual se discutiu a legitimidade de repetição de notícias sobre fato delituoso ocorrido já há algum tempo e que, por isso, ameaçava afetar o processo de ressocialização de um dos envolvidos no crime. Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação "in concreto" das diversas normas (Richter/Schuppert, Casebook Verfassungsrecht, p. 29).

No caso, após analisar a situação conflitiva, concluiu a Corte que "a repetição de informações, não mais coberta pelo interesse de atualidade, sobre delitos graves ocorridos no passado, pode revelar-se inadmissível se ela coloca em risco o processo de ressocialização do autor do delito" (BVerfGE 35, 202 (237)).

Essa distinção não passou despercebida ao nosso Supremo Tribunal Federal, quando apreciou pedido liminar contra a Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, que vedava a concessão de provimentos liminares ou cautelares contra as medidas provisórias constantes do Plano "Collor" (MPs nº 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168).

O voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence revela perfeitamente a necessidade de um duplo juízo de proporcionalidade, especialmente em face de normas restritivas abertas ou extremamente genéricas. Após enfatizar que o que chocava na Medida Provisória no 173 eram a generalidade e a abstração, entendeu Sua Excelência que essas características dificultavam um juízo seguro em sede de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 223, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132, p. 571 s).

Vale transcrever expressiva passagem do aludido voto, *verbis*:

"[...] essa generalidade e essa imprecisão, que a meu ver, podem vir a condenar, no mérito, a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

validade desta medida provisória, dificultam, sobremaneira, agora, esse juízo sobre a suspensão liminar dos seus efeitos, nesta ação direta.

Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, veto a priori, a toda e qualquer restrição que se faça a concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares, **initio litis**, distinguir, em tese, e só assim poderemos decidir neste processo - até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso de poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta a jurisdição legítima do Poder Judiciário.

[...]

Por isso, [...] depois de longa reflexão, a conclusão a que cheguei, **data venia** dos dois magníficos votos precedentes, é que a solução adequada às graves preocupações que manifestei - solidarizando-me nesse ponto com as idéias manifestadas pelos dois eminentes Pares - não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória.

O caso, a meu ver, faz eloqüente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado.

[...]

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose constitucional a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde - segundo a premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello - a vedação da liminar, porque desarrazoada, por que incompatível com o art. 5º, XXXV, por que ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva" (ADIn 223, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132, p. 571 (589-590)).

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Na espécie, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou detidamente a questão, como se pode depreender de excertos do voto do eminente Relator, Desembargador Fernando Mottola, *verbis*:


"Passo, então, eminentes colegas, ao exame de mérito.

'Tratando-se de uma obra envolvendo FATOS HISTÓRICOS, longamente pesquisados, que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas, o autor libera a reprodução e divulgação parcial dos capítulos isolados deste livro'

Essa insólita autorização precede o índice de **Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos Bastidores da Mentira do Século**, antecipando a intenção proselitista da obra.

Quatro páginas adiante, agradecendo conselhos e sugestões recebidos, o autor lança uma primeira farpa:

'Para isso, para nos fazer ver, servem também os verdadeiros amigos, dos quais todos nós precisamos e que são uma das maiores riquezas de um homem - e de um povo. Sim, porque há povos que podem ter e de fato TÊM amigos em outros povos' (grifo meu).



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Seguem-se capítulos e mais capítulos, todos de anátema ao judaísmo, cuja síntese tanto pode ser uma frase de efeito atribuída (sem indicação da fonte) a GEORGE WASHINGTON:

'Eles - os judeus - lutam contra nós mais eficazmente que os exércitos inimigos. São cem vezes mais perigosos para a nossa liberdade e são o grande problema que temos. É de lamentar que todo o Estado, há tempo, não os tenha perseguido como a peste da sociedade e como os maiores inimigos da felicidade da América' (p. 59);

como uma outra, retirada do 'testamento político' de HITLER:

'Passarão os séculos, mas as ruínas de nossas cidades e nossos monumentos serão testemunhas, e delas brotará para sempre o ódio contra os responsáveis por esses desastres: a judiaria internacional e quem se pôs a seu serviço' (p. 193).

Fique claro, desde logo, que não se trata de obra historiográfica. O autor professa o que MARC BLOCK denomina '*superstição da causa única*' (**Introdução à História**, tradução de Maria Manuel Miguel e Rui Grácio, p. 167), e tudo o que pretende é responsabilizar o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Ele seria, por exemplo, a força oculta que teria determinado o prematuro encerramento da carreira do atleta norte-americano Jesse Owens, herói da Olimpíada de 1936:

[...]

ele teria, entre outras absurdas felonias, desestabilizado o regime do ex-presidente paraguaio Alfredo Stroessner,

[...]

Há passagens de ingenuidade inacreditável:

[...]

Outras, de linguagem surpreendente:

[...]

Uma página lacrimosa sobre Josef Mengele:

[...]

E pelo menos duas do mais grosseiro escárnio. Uma sobre o bombardeio da cidadezinha de Pulawy, descrito por Stanislaw Szmajzner no livro ***Inferno em Sobibor***.

[...]

Outra sobre 'O POVO ELEITO':

[...]

Eu poderia citar muitas mais, retirando-as capítulo por capítulo, mas penso que essas bastam para definir o Sigfried Ellwanger escritor.

Vejamos os livros que ele, como editor, distribuiu ao público.

O **Judeu Internacional**, de Henry Ford; Os **Protocolos dos Sábios do Sião**, Brasil Colônia de **Banqueiros**, e **A História Secreta do Brasil**, de

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Gustavo Barroso; foram escritos e publicados, pela primeira vez, antes de 1938.

Os Conquistadores do Mundo - Os Verdadeiros Criminosos de Guerra, de Louis Marschalko, é produto contemporâneo.

Consta da introdução de **Hitler - Culpado ou Inocente?**, de Sérgio Oliveira, que ele foi escrito a partir da leitura de **Holocausto Judeu ou Alemão - Nos Bastidores da Mentira do Século** (p. 7 e 11).

Todos foram objeto de difusão conjugada, com chamadas de capa que procuram induzir à leitura do conjunto.

Todos são pragmáticos, adotam o monismo da causa como explicação histórica, e fazem escancarado proselitismo de idéias anti-judaicas." (sublinhei)

E passa o Desembargador a transcrever várias passagens dos livros. Após, continua:

"Esses trechos não são passagens isoladas. Eles representam a essência conclusiva de cada obra, o pensamento obsessivo de cada autor. Não há capítulo com tema diverso. Não se está, portanto, julgando historiadores. O que se discute neste processo não são os limites da pesquisa histórica ou da criação literária, são os limites da sustentação ideológica, da pregação de idéias preconcebidas e carregadas de intolerância.

Já se disse alhures que 'o comportamento social é necessariamente teleológico, realiza um projeto, caracteriza-se pela intencionalidade, e só tem



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

sentido na relação entre a situação que o agente vive e a orientação que consciente ou inconscientemente ele adota' (Ap. Cr. nº 6.460, IIª Câm. Crim. do TARGS, em 17.3.77).

O réu, no interrogatório, afirmou que sua editora é ideológica, pretende 'levar adiante um ideal' (fl. 259v.).

Parece evidente que esse ideal se confunde com a concreção da frase atribuída a WASHINGTON, ou, mais provavelmente, daquela última vontade do **Führer**...

E isso agride o texto expresso da lei brasileira." (sublinhei)

Também o revisor, Desembargador José Eugênio Tedesco anota, em seu voto:

"Sem qualquer dúvida, ao exame das obras editadas, distribuídas, escritas e comercializadas pelo apelado, do seu conjunto se extrai tranqüilamente a intenção única de impor outra verdade, qual seja a execração de uma raça. Em cima de fatos históricos foi lançada uma outra pretensa realidade, sem qualquer escoro, no entanto, em elementos confiáveis, a não ser na imaginação dos escribas.

Ora, como já por demais ressaltado pelo eminente Relator, as afirmações constantes das obras, conforme destacou, dizem com atributos pejorativos, juízos, e não fatos, infamantes do homem e da raça judaica.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Como disse o Dr. Procurador de Justiça, as mencionadas obras tentam negar o holocausto, atribuindo-o aos judeus, como substrato da ação dos aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios ocupados por essa, em uma criminosa distorção da realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha.

Dessa sorte, pelo exame dos autos, extraio a convicção de que a intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo, sem base histórica provadamente séria. Isso não pode ser catalogado de revisionismo."

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais 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, CF), do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).



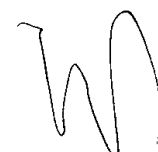
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

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.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da "proibição do excesso".

A decisão atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.



26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL**RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES**

PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER

IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NOTAS PARA O VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, se os Colegas que me antecedem na votação permitirem, estimo ter vista antecipada dos autos.

Informo, desde já, que refletirei principalmente sobre um bem que acredito ser, em uma sociedade democrática, de envergadura maior, que é a liberdade de expressão, sem desconsiderar, evidentemente, os parâmetros do próprio *habeas corpus*.



26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES

PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER

IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424

NOTAS PARA O VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Sr.

Presidente, não me oponho à antecipação de vista ao Ministro Marco Aurélio, mas gostaria de expor um rápido pensamento que talvez ajude à elucidação do caso.

Entendo que a Constituição, no inciso XLII do art. 5º, ao referir-se à prática do racismo, estabelece uma distinção nítida entre prática e teoria, ou seja, a prática, o comportamento, a conduta do racismo, parece-me, pode assumir várias formas. O racista age por si mesmo ou, obliquamente, por induzimento, por incitação. De sorte que quando a lei penal refere-se aos três núcleos deônticos: da prática, da incitação e do induzimento, acho que ela até labora num certo equívoco: induzimento e incitação não passam de formas de prática. De maneira que o núcleo da idéia que quero transmitir - aqui, causa-me um certo embaraço, neste momento;



precisaria aprofundar a discussão - é o seguinte: publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da reflexão, não no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática. Escrever um livro está nos domínios da vida pensada, não propriamente da vida vivida. A vida vivida diz com a prática, a vida pensada diz com a edição do livro, em si.

Assim pensando, estou tentando conciliar os dois princípios: o da vedação do preconceito e o da liberdade de pensamento.

Certamente, como todos aqui - e como o eminente Ministro Marco Aurélio acabou de dizer - , prezo muito o princípio da liberdade de pensamento.

Lembro-me de que quando era adolescente, dezoito ou dezenove anos, fiz um poema que começa dizendo assim: A liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. Então, eu me inclinaria, na discussão deste caso, por uma interpretação mais generosa do princípio da liberdade de pensamento. Entretanto, entendo que exprimir o pensamento é uma coisa, mas, a pretexto de exprimir o pensamento, induzir, incitar, convocar certas práticas racistas, isso já é outra coisa. Quero dizer que pode haver um transbordamento do campo da lídima expressão do pensamento para o campo da ação propriamente dita. Por exemplo, expor uma idéia, conceber uma teoria, defender um ponto de vista, científica ou artisticamente,



HC 82.424 / RS

convenhamos, é liberdade de expressão. Entretanto, se, na exposição do pensamento, se contiver uma provocação, uma incitação, um induzimento, uma convocação para a ação propriamente dita, aí já temos o transbordamento da reflexão para a ação propriamente dita.

Se eu tivesse de votar agora teria a necessidade de pedir vista em mesa do processo, para ler melhor o acórdão e perceber de que maneira o autor, ao exprimir o seu pensamento, limitou-se à expressão do pensamento ou transbordou para o campo da apologia, do induzimento, da incitação.

Se for possível, regimentalmente, gostaria de perflustrar o acórdão, objeto do **habeas corpus**.

* * * * *



Supremo Tribunal Federal

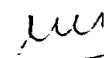
26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - O paciente, Siegfried Ellwanger, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, redação da Lei 8.081/90. O Tribunal fez incidir a cláusula da imprescritibilidade do delito (C.F., art. 5º, XLII).

O paciente, então, pediu **habeas corpus** ao Superior Tribunal de Justiça, pretendendo eliminar da condenação a citada cláusula da imprescritibilidade. O acórdão daquela Corte, aqui impugnado, decidiu pela inexistência de ilegalidade na "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". Desta forma, considerou o Tribunal **a quo** a imprescritibilidade da pretensão punitiva do



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Estado, incidindo a cláusula inscrita ao art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

O argumento básico da impetração é este: a conduta do paciente não se identifica com a prática do racismo. É que o crime que lhe foi imputado "*foi contra judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica*", que não se insere "*entre os decorrentes da prática de racismo*", por isso que os judeus não constituem uma raça.

A questão a ser resolvida, aqui, portanto, é esta: a prática do anti-semitismo pode ser considerada racismo?

Convém anotar que a Lei 9.459, de 13.5.97, deu nova redação ao art. 20 da Lei 7.716 de 1989:

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional."

O § 2º desse artigo 20, redação da Lei 9.459/97, estabelece: *uu*

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

"§ 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."

É dizer, se o delito "é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza", adquire ele forma qualificada com apenação mais grave.

A conduta do paciente, entretanto, há de ser analisada tendo em consideração o art. 20 da Lei 7.716/89, redação da Lei 8.081/90.

II

Abrindo o debate, registro que a necessidade de serem tutelados os direitos humanos é inerente ao constitucionalismo, que surgiu na segunda metade do Século XVIII, certo que as primeiras Declarações — Virgínia, 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 — são, por isso mesmo, contemporâneas da idéia de Constituição. A Constituição surge, pois, como limitadora do poder estatal e a divisão dos poderes preconizada por Montesquieu visou à proteção dos direitos da pessoa humana, cumprindo à

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Constituição realizar a combinação da separação dos poderes e dos direitos individuais para o fim de efetivar a tutela destes. Daí a ênfase posta pelo revolucionário francês no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "*Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição*".

Hoje, segundo Norberto Bobbio — "*A Era dos Direitos*", Rio, 1992 — anota o Prof. Celso Lafer, com a positivação dos direitos humanos nas Constituições e a sua generalização, que implica sua proclamação igualitária e a sua especificação, determinados, em concreto, os destinatários da tutela dos direitos e garantias, e a sua internacionalização, vivemos menos a era dos direitos declarados e muito mais a dos direitos garantidos.

Especial menção deve ser feita à internacionalização dos direitos humanos, a demonstrar que estes, por interessar a todos os povos, integram a ordem internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, dá início a esse processo, lecionando Flávia Piovesan que "*o movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a*

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Por isso, há autores, como Louis Henkin, que afirmam a existência de um Direito Internacional pré e pós 45, dadas as extraordinárias transformações decorrentes da Segunda Guerra Mundial no campo do Direito Internacional. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional" ("O Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas", Rev. Trim. de Advocacia Pública, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, dez/2000, nº 12).

J. A. Lindgren Alves, que tem se notabilizado pelo estudo e pela divulgação da teoria geral dos direitos humanos, no campo interno e internacional, registra que, "dada a força persuasiva e liberatória que" a Declaração de 1948 "tem demonstrado, ao longo de cinco décadas, para indivíduos e coletividades", precisa "ser mantida como está", certo que vem ela sendo fortalecida "nas grandes conferências desta década, de Viena (sobre direitos humanos), Cairo (sobre população), Copenhague (sobre desenvolvimento social), Beijing (sobre a mulher) e Istambul (sobre assentamentos humanos)" (J.A. Lindgren Alves, "A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade", em "Os Direitos Humanos e

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

o *Direito Internacional*", vários autores, organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nádía de Araújo, Ed. Renovar, Rio, 1999, pág. 139).

Proteger os direitos humanos, garanti-los no plano interno e internacional é, na verdade, a tônica da era dos direitos de que fala Norberto Bobbio.

É nesse contexto que se insere a Constituição brasileira de 1988, que, antes de cuidar da organização do Estado, preocupou-se em estabelecer princípios fundamentais, deixando expresso que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III). Em seguida, no art. 5º, proclama os direitos e deveres individuais e coletivos. Consagra ela, aliás, direitos de três gerações, os individuais e coletivos, os direitos políticos, os direitos sociais e os interesses difusos e coletivos, aqueles no plano interno e internacional. Esses direitos, de 1ª, 2ª e 3ª geração, espalham-se na Constituição, certo que são três as vertentes dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: a) estão escritos na Constituição, b) decorrem do regime e dos princípios por ela adotados — direitos implícitos — e c) estão nos



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (C.F., art. 5º, § 2º).

Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc.

III

O seqüenciamento do genoma humano demonstra que não há falar em raça em termos biológicos. Por isso mesmo, o Dr. Sérgio Danilo Pena, médico e professor, notável divulgador do tema, cujo renome vai além das fronteiras do país, leciona que há apenas uma raça, a do **homo sapiens**, a raça humana ("*Lição de Vida do Genoma Humano*", Folha de São Paulo, 23.01.2001). Destarte, em termos biológicos e antropológicos, não há falar que os brancos, os negros, os amarelos, os ciganos, os judeus, os árabes, constituem uma raça. Somos todos integrantes da raça humana.

Se é assim, em termos biológicos e antropológicos, importa registrar, entretanto, que, culturalmente, sociologicamente,

mu

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

esses grupos humanos podem ser diferenciados. E é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo, o racismo que a Constituição não tolera — C.F., art. 5º, XLII — porque representa forma grave de desrespeito aos direitos humanos. Bem por isso a Carta da República estabelece que esta, nas suas relações internacionais, rege-se, dentre outros princípios, pelo repúdio ao racismo (C.F. art. 4º, VIII).

IV

O Prof. Celso Lafer, analisando a Declaração da UNESCO, mediante a transcrição de textos desta, esclarece que, segundo o art. 1.1. da Declaração, todos os seres humanos pertencem a uma única espécie. Todavia, o inciso II do citado art. 1 não exclui o direito à diversidade de indivíduos e grupos. O racismo, segundo o art. 2.2 da Declaração, reside, então, nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, no comportamento discriminatório que levam à desigualdade racial. O racismo, pois, não está no conceito de raça, mesmo porque só há uma raça, a espécie humana.

J.A. Lindgren Alves leciona que "*todos de boa-fé sabem que 'raça' é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva,*

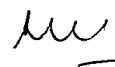
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

conforme o objetivo que se lhe queira dar". Acrescenta: "o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, linguísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal" (J. A. Lindgren Alves, "A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos", Rev. Brasileira de Política Internacional, 2002, 2/206-208).

V

Vale invocar, novamente, o magistério do Prof. CELSO LAFER, que, na condição de **amicus curiae**, ofereceu à nossa reflexão magnífico parecer, onde deixa expresso que "o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios,



9


Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas".

Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião. Bem acentua Celso Lafer, os judeus não são uma raça. Como não são uma raça os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características "raciais" para instaurar a desigualdade e a discriminação.

O paciente, Siegfried Ellwanger, publicou livros hostis aos judeus: "O Judeu Internacional", de Henry Ford; "A História Secreta do Brasil" e "Brasil Colônia de Banqueiros", ambos de Gustavo Barroso; "Os Protocolos dos Sábios de Sião"; "Hitler - culpado ou inocente?", de Sérgio Oliveira; "Os Conquistadores do Mundo - Os Verdadeiros Criminosos de Guerra", de Louis Marschalko; "Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século", de autoria do paciente, publicado sob o pseudônimo de S.E. Castan.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

VI

Registra o Prof. Miguel Reale Júnior, no erudito parecer que nos ofereceu como **amicus curiae**, que "em diversas passagens dos livros menciona-se a 'raça judaica'", a "inclinação racial dos judeus", a "inclinação parasitária que forma parte do caráter dos judeus", as "tendências que se enraizam no sangue judeu". Continua o Prof. Miguel Reale Júnior: "Além de se constituir em violento ataque aos judeus, os livros 'Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira', obra de sua autoria, e 'Os conquistadores do mundo - os verdadeiros criminosos de guerra' fazem a defesa do regime nazista, pretendendo negar o holocausto, desfazendo a memória de Auschwitz e transformando os judeus nos verdadeiros culpados pela 2ª Grande Guerra e os 'únicos beneficiários dela'".

Processado por infração do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação da Lei 8.081/90, o paciente foi absolvido no 1º grau, por entender a Juíza que os textos não incitam ou induzem à discriminação étnica do povo judeu. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entretanto, conforme já foi dito, deu provimento à apelação para condenar o apelado à pena de dois anos de reclusão, reduzida a pena proposta pelo relator, em face de ser o crime



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

imprescritível, conforme o disposto no art. 5º, XLII, da Constituição.

O Tribunal entendeu ter havido discriminação racial, "a execração de uma raça", e que a intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo (Voto do Des. José Eugênio Tedesco).

Para o Prof. Miguel Reale Júnior, forte em George Fredrickson, o racismo não passa de uma ideologia, "um ponto de vista sobre o mundo. Na História ocidental há duas expressões fundamentais do racismo, as mais duráveis e malévolas, o anti-semitismo e a supremacia da raça branca sobre a negra, que apresentam vários pontos similares". Acrescenta Miguel Reale Júnior que, "segundo FREDRICKSON, são sociedades em regime abertamente racista o Sul dos Estados Unidos ao tempo de Jim Crow, a África do Sul sob o 'apartheid', e a Alemanha nazista".

Não tenho dúvida em afirmar que a conduta do paciente, no publicar e escrever livros hostis aos judeus — ele próprio é autor de um deles — implica prática de "racismo", o que a Constituição considera delito grave, imprescritível (C.F., art. 5º, XLII).




Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

VII

Também eu, na linha do voto do Ministro Celso de Mello, entendo "que a incitação ao ódio público contra o povo judeu" não "estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão."

A uma, porque as publicações não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do conhecimento humano. Ao contrário, porque têm caráter panfletário, ideológico, em termos de raça, degradam esse conhecimento, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica. A duas, porque, se se tem conflito aparente de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscrito na Lei Maior.

Foi o que sustentei, no antigo Tribunal Federal de Recursos, nos EAC 39.153/SC (Rev. do T.F.R. 67/31) e, nesta Corte, no RE 111.787/GO (RTJ 136/1.292). 

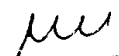
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

É indubitoso que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (C.F., art. 5º, IV e IX; art. 220). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (C.F., art. 4º, VIII; art. 5º, XLII).

A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos — C.F., art. 1º, III — ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada.

Vale relembrar o que disse, com exemplar propriedade, o eminente Ministro Celso de Mello, no voto que proferiu: "(...) os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público."

VII

Concluo, Sr. Presidente: acompanho, com a vênua do eminente Ministro Moreira Alves, que não mais está aqui, porque aposentado, compulsoriamente, por implemento de idade, a quem presto singela porém sincera homenagem, ele que tanto honrou e dignificou esta Casa, acompanho, repito, com a vênua de S. Exa., o voto do não menos eminente Ministro Maurício Corrêa, Relator: indefiro o writ. *MOURA*

* * * * *

Supremo Tribunal Federal

26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

(À revisão de apartes dos Srs. Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Carlos Britto).

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, vou pedir vênias, também, ao Ministro Ayres de Britto. Gostaria de antecipar o voto. Havia tomado notas, mas não vou cansar os Colegas. Depois, farei juntar ao voto escrito.

Quero lembrar que a questão posta no **habeas**, com um condicional verdadeiro, é exatamente uma pergunta: sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal, no que se refere à imprescritibilidade do delito, ou seja, parte do pressuposto de que a expressão "racismo", usada na Constituição, teria a conotação de conceito antropológico que não existe? Ora, se partimos desse pressuposto como verdadeiro, o dispositivo da Constituição é inútil. A conclusão necessária é esta: não havendo raça, logo, não haverá a prática de racismo e não havendo isso, sendo impossível essa prática de racismo, porque não

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

há sujeito da prática, as raças não existem, não teríamos aplicabilidade do texto.

Toda tentativa que aqui se faça é muito aguda em teoria da linguagem, isto é, temos uma tendência, principalmente no ramo do Direito, dentre outras ciências, de tentar encontrar o significado das palavras no mundo, buscar certos objetos e deles extrair o conceito do significado da palavra. Tanto é que a grande tentativa definitiva de palavras se dá sempre pela tentativa de descrever algo no mundo. Se faço uma pergunta sobre o conceito ou definição de uma expressão como, por exemplo, "Lápis", poderíamos fazer uma definição ostentatória, quer dizer, ao mostrarmos o objeto, estaríamos aplicando a palavra sobre isso. Aí, no momento em que começamos a definir a palavra, vem um velho vício que nos foi imposto pelo tomismo e pela escolástica de tentar descrever a essência da coisa, e a palavra está correta na medida em que essa definição tenha captado a essência da coisa. Assim, temos que inventar coisas no mundo para tentarmos dar significação às palavras. Esse compromisso realista da linguagem, típico da nossa cultura, nos leva a equívocos, porque, na verdade, temos determinados tipos de palavras que são, nada mais nada menos, regras ou expressões que têm, como finalidade, captar fenômenos sociais de comportamentos, mas não fatos e coisas. É exatamente o que se passa com essa expressão "racismo". Se ficássemos com o conceito antropológico, estaríamos liquidados.

Quero deixar muito claro que esta conceituação de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso e ali vamos identificar se, efetivamente, estamos perante uma conduta ostensiva ou veladamente da prática do racismo, ou estamos em outro tipo de conduta. Darei um exemplo: aqui em Brasília, o eminente Embaixador, Yshaya El Qhouy, do Líbano, costumava contar, na Embaixada do Líbano, a seguinte história: em determinada sala de aula, a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

professora de Matemática perguntava a Yussef, que era libanês, com seis anos de idade, e dizia o Embaixador Yshaya:

I. Quanto é dois mais dois? E o menino levantou-se e disse assim:

- É para vender ou comprar?

Evidentemente, aqui temos uma expressão que não tem nada de prática de racismo, embora pudesse alguém construir em cima desta conduta, jocosa, uma tentativa de ter preconceito em relação a um determinado tipo de personagem, que seriam libaneses ou árabes.

Ora, Sr. Presidente, considerando isso um fenômeno social, detenho-me ao caso concreto e vejo, nitidamente, nas condutas traduzidas no acórdão e aquilo que está nos autos, a evidente e clara destinação da prática daquilo que está coibido na Constituição. O que ela faz? Ela meramente determina que a legislação infraconstitucional não pode tratar esse tipo de ilícito com as regras da prescrição, ou seja, torna imprescritível e inafiançável a prática do racismo. Significa que não poderá haver norma infraconstitucional que atribua a esse tipo de conduta - prática do racismo - as regras gerais de prescritibilidade e afiançabilidade existentes no Código Penal.

Creio, Sr. Presidente, que ficou muito claro, pelo voto de V.Exa. e, também, pelo voto do eminente Ministro Celso de Mello e Gilmar Mendes, que estamos perante um caso típico de - claro, nítido - fomentação, principalmente da região que conheço muito bem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não lhe causa nenhuma preocupação o problema de definir como crime de incitamento ao racismo a reedição de livros de há muito conhecidos?

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Eu não estou me referindo a este. Aqui há edição de livros próprios.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O Ministro Carlos Britto mostrou a sua preocupação. Há até reedição de obras de Gustavo Barroso, encontráveis em qualquer sebo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Se fosse isso, examinaria por outro lado. Por isso estou dizendo. Exatamente essa pergunta de V.Exa. mostra que caso a caso tem de ser examinado.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não quero deixar passar em brancas nuvens esse aspecto. Infelizmente, até suscitei o problema, na discussão inicial entre o Ministro Moreira Alves e Maurício Corrêa, quando simplesmente sequer se cogitara disso, até porque não é fundamento do pedido. Mas, agora, é inevitável. Depois dos votos hoje proferidos, sobretudo os dos Ministros Gilmar Mendes e Carlos Velloso, subscrevendo expressa declaração do Ministro Celso de Mello, segundo o qual a vedação do preconceito - se não me engano, a expressão é essa - constitui um limite externo à liberdade de expressão. Quer dizer, a esta altura, inevitavelmente, vamos conceder ou negar o **habeas corpus**, de ofício. Tenho muito constrangimento neste problema de negar **habeas corpus** de ofício que, às vezes, no entanto, é contingência de um colegiado. Por isso, de regra, só proponho **habeas corpus** de ofício quando estou com muita confiança nos colegas.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, para concluir, o Ministro Sepúlveda Pertence mencionou o livro de Gustavo

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Barroso, mas outros foram indicados, que contêm literatura contrária aos judeus, de hostilidade...

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Excelência, por isso Ministro Gilmar Mendes citou trechos deles e o Ministro Carlos Britto revelou sua preocupação...

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Fiquei na dúvida se se trata de livro próprio ou alheio.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Por isso pedi seja distribuído também o acórdão, para evitar novos pedidos de vista.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro, veja V.Ex^a: "Os Conquistadores do Mundo", "Os Verdadeiros Criminosos de Guerra", de Louis Marschalsko, "Holocausto: Judeu ou Alemão?", pretendendo dizer que o holocausto foi dos alemães, dos nazistas. É o mesmo que dizer que o preto é branco, que o branco é preto. E o próprio livro do paciente, sob o pseudônimo de SE.Castan: "Nos Bastidores da Mentira do Século".

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, a questão não é o problema específico da edição do livro; é a forma pela qual esta edição tenha sido utilizada e para qual foi utilizada.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Vamos admitir que a Biblioteca do Exército ou a Biblioteca Nacional editassem o livro para registros históricos. Mas aqui não é o caso. Aqui, temos esses livros, de controle histórico - como é o caso do Gustavo Barroso, que também já li -, e juntando aos demais, e toda a conduta atrás disto mostra que a edição do livro é um instrumento para a prática do racismo. Não é a edição do livro **stricto sensu** que seja a prática do racismo. mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode-se produzir o racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo.

É fundamental examinar o caso concreto e, neste conjunto de condutas definidas, está claro que as edições dos livros não foram por motivos históricos, não foram para o enriquecimento de sua biblioteca, foram instrumentos para se opor e produzir o anti-semitismo.

Por essas razões, acompanho o eminente Ministro-Relator.

Supremo Tribunal Federal

26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM

1. SÍNTESE DOS FATOS.

Em 14 de novembro de 1991, o PACIENTE foi denunciado pelo crime de racismo contra judeu (art. 20 da L. 7.716/89, com a redação dada pela L. 8.081/90).

Foi absolvido, em primeira instância.

Em 31 de outubro de 1996, o TJ/RS deu provimento à apelação dos assistentes de acusação (L. 7716/89, art. 20, c/ a redação da L. 8.081/90).

Impôs a pena de 02 (dois) anos de reclusão, com *sursis*.

O fundamento foi fazer apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus.

Impetrou HABEAS.

Está na ementa:

J "Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei n°

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada". (referência no memorial da ANAJUBI - Associação Nacional de Advogados e Juristas Brasil-Israel).

Contra essa decisão, a DEFESA do PACIENTE impetrou HABEAS.

O STJ indeferiu.

Entendeu que o crime de racismo é imprescritível.

Leio na ementa:

".....

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.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

.....”

No presente HABEAS, o IMPEETRANTE alega que o delito cometido pelo PACIENTE não tem conotação racial.

Sustenta que os judeus não são uma raça.

São um povo.

Aduz que a norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo.

Sustentou que a primeira norma federal que tratou dos crimes de racismo (L. 7.716/89) somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

E que a L. 8.081/90 inseriu o art. 20 na L. 7.716/89 e estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência.

Esse novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade.

Por isso ela está restrita apenas à prática de racismo e não às outras formas de discriminação, constantes do novo tipo penal.

Por esse motivo, o delito cometido pelo PACIENTE já está prescrito.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

2. VOTO DO RELATOR.

Em 12 de dezembro de 2002, teve início o julgamento pelo Plenário.

Na ocasião, o Relator votou no sentido de deferir o HABEAS para declarar a extinção da punibilidade do PACIENTE pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Está no Voto:

".....

1.....

... a impetração não se insurge contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, mas alega que, no caso, não foi cometido crime de racismo e que este só, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Constituição, é imprescritível, e isso porque seu delito foi contra os judeus, e não são os judeus uma raça.

2. Assim, a questão que se coloca neste "habeas corpus" é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão "racismo", cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão 'nos termos da lei', que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de "racismo", mas, sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.

Reza o artigo 5º, XLII, da Constituição:

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

'A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei'.

Esse dispositivo se prende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o que se encontra no inciso IV do artigo 3º da Carta Magna: 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'.

Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5º, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de "racismo", não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5º apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caç ("A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), apresentada em 12.01.1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação:

'Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime'.

377

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Posteriormente, em 3 de fevereiro de 1988, o Sr. Carlos Alberto Caó assim discursava:

'Ocupamos de novo a tribuna do Congresso Nacional Constituinte para discutir uma questão de extrema importância para a construção do estado democrático em nosso País.

Nós somos apenas formalmente autores desta emenda. Na sua co-autoria tivemos a honra e o prazer de contar com a Constituinte Benedita da Silva. Mas, na verdade, Sr. Presidente, são autores material e substantivamente desta emenda mais de 60 milhões de brasileiros, que, geração após geração, secularmente, estão de tal forma submetidos que lhes tem sido recusado aquele direito elementar, o direito à cidadania. É em nome desses milhões de brasileiros, é em nome da nossa Nação brasileira que nós pretendemos falar aos corações, às mentes e à reflexão dos Constituintes de todos os partidos, de todas as tendências políticas que aqui se encontram representando essas tendências e esses partidos na Assembléia Nacional Constituinte.

.....

Neste momento, Sr. Presidente, em que nos empenhamos em construir um Estado democrático, em trabalhar no sentido de transformar a sociedade civil brasileira numa sociedade civil civilizada é indispensável que tenhamos conta de que a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado de trabalho.

Em nome desta Nação dinâmica, heterogênea, pluricultural e plurirracial, peço aos Srs. Constituintes e a este Plenário, onde a Nação Brasileira está desigualmente representada, que fuja, Sr. Presidente, aos apelos, às pressões e à coerção que o Estado patrimonial brasileiro tem feito sobre a Nação. É hora de construir a democracia! É hora de construir uma sociedade civil civilizada! É hora de construir o Estado democrático! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui um crime inafiançável!

.....'

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Em seguida o Constituinte José Lourenço, depois de dizer "procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso País, Castro Alves, em 'O Navio Negreiro'", recitou essa poesia, concluindo com estas palavras: 'Adeus!... adeus!... racismo, jamais!'

Para a questão da raça convergem também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no artigo 5º, XLII, da Constituição. Assim, PINTO FERREIRA ("Comentários à Constituição Brasileira", vol. I, p. 158, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: "PROIBIÇÃO DO RACISMO. A Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros". Igualmente, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. I, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo 1997): "A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, idéia antiga e que não será eliminada de um sopro pela lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa idéia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e condenável, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, já o constituinte de 1967 lembrara-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a sua difusão (art. 153, § 8º, "in fine"). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime". CELSO RIBEIRO BASTOS ("Comentários à Constituição do Brasil", vol. II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5º, XLII, partindo da definição, que se encontra no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é "doutrina que sustenta a superioridade de certas raças", e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais no Brasil, que é a raça negra. Não discrepa dessa convergência CRETELLA JÚNIOR ("Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. I, 2ª edição, ps. 484/485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: "Quando a Constituição diz, no art. 5º, XLII, que 'a lei punirá

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

a prática do racismo', esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio de isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o constituinte defere a elaboração de regra jurídica que capitule o preconceito de raça'.

3. Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de NICOLA ABBAGNANO ("Diccionario de Filosofia", trad. Galletti, ps. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

'O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, lingüísticos e culturais não podem ser denominados 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem os foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'.'

4. Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5º, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomeado antropólogo judeu que escreveu "O Judaísmo Vivo - As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes"), do rabino Morris Kertzer (no livro "O que é um judeu") e de Moacyr Scliar (no livro "A Condição Judaica"), citados, em expressivas passagens na inicial deste "habeas corpus", outros mais há no mesmo sentido.

Assim, o rabino Henry I. Sobel - Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista -, em conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, em 15 de fevereiro de 1998, a propósito, observa:

'Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes.

Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como 'nação', embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo povo'.

Fred E. Foldvaruy, em artigo "Zionism and Race", escreve:

'Um dicionário lhe dirá que uma 'raça' neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Os judeus não são, portanto, uma raça. Os judeus são membros de uma religião, o judaísmo. Houve uma época em que a nação hebraica era um grupo étnico, mas desde tempos antigos a dispersão dos judeus pelo mundo e os casamentos entre diferentes nacionalidades e as conversões fizeram a origem hebraica menos um vínculo genético e mais um vínculo espiritual. Há também uma cultura ligada à religião e a suas leis relativas à alimentação, ao 'Sabbath', e a vários rituais juntamente com práticas culturais encontrados em vários lugares que são 'judaicos' por coincidência. Mas não há raça judaica.'

Em 1986, por ocasião do cinquentenário da Congregação Israelita Paulista, editou-se a tradução do escrito "Compreendendo o Judaísmo" de autoria de Eugene B. Bnorowitz, e em seu capítulo 2 ("Que tipo de grupo formam os judeus") lê-se:

'Seríamos talvez uma raça?

Dizer que o judaísmo é uma religião é ignorar muito da vida judaica. Torna os judeus apenas mais um grupo religioso. Sabemos que isto é errado. Então, o que somos, ainda precisa ser esclarecido. No princípio de nosso século, a Ciência pareceu resolver este problema - mas, em vez disso, cometeu um terrível erro. Os cientistas sugeriram que o que faz um grupo de pessoas ter um modo de vida diferente dos outros é a sua raça. Havia algo na biologia das pessoas, na própria essência da vida, que fazia com que tivessem diferentes estilos de vida. A raça podia ser definida, assim como a cor da pele ou o formato da cabeça. Alvorçados com as novas descobertas e não tendo muitas outras idéias sobre grupos diferentes, começou-se a aplicar a palavra 'raça' a qualquer tipo de grupo, tais como os judeus (somente um grupo entre vários conhecidos como semitas) e os alemães louros de olhos azuis (erroneamente rotulados por Adolf Hitler de 'arianos'). A princípio, isso parecia inofensivo, mas os anti-semitas se apegaram a esta idéia. Disseram que os judeus formavam uma raça e que eram inferiores; seriam uma ameaça biológica para as pessoas decentes e, portanto, o mundo deveria livrar-se deles. Esta idéia tornou-se poderosa sob a influência de Hitler e o resultado foi o Holocausto. Desde então, a noção de uma 'raça' judaica tornou-se extremamente repugnante.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Não fique surpreso, portanto, se os livros de cinquenta ou setenta e cinco anos atrás chamam o nosso povo de raça ou falavam de 'sangue' judeu. Isto já foi uma explicação correta e científica do que faz dos judeus um grupo especial. Poucos jamais sonharam que ela se tornaria uma desculpa para uma execução em massa. Agora fica claro que jamais houve qualquer sólida evidência de que os judeus formassem uma raça e a idéia, atualmente, é rejeitada pelos cientistas sociais'.

Ainda recentemente, em 3 de maio de 2002, o rabino Samuel M. Stahl fez um sermão sobre as três seguintes indagações: Por que os judeus não acreditam numa outra vida depois da morte? Por que os judeus não acreditam em Jesus? São os Judeus uma raça? E, afinal, sobre essa terceira questão assim se pronunciou:

'Finalmente, a terceira questão: 'São os judeus uma raça?'

Isso é uma questão particularmente sensível, especialmente desde a época de Hitler. Ele falava da magistral raça ariana. Hitler considerava os judeus parte de uma raça sub-humana, que deveria ser exterminada. A verdade é que os judeus não constituem uma raça.

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

Todavia, nós judeus somos representados em toda a grande comunidade racial. Não temos somente judeus caucasianos, mas também judeus orientais e judeus negros.

Quando eu era capelão judeu na Coréia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecidamente, não eram judeus natos. Todavia, depois de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

Similarmente, nas últimas duas décadas, cerca de 25.000 judeus negros deixaram a Etiópia e se fixaram em Israel. Eles eram judeus havia séculos. Em poucas cidades maiores da nossa nação há também congregações de judeus negros. Sucede, pois, que uma mulher africana, vivendo agora em Denver, matriculou-se no 'Hebrew Union College' para estudar e tornar-se rabino.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Assim, se nós judeus não somos uma raça, o que somos nós? Nós não somos uma nacionalidade, porque nós somos representados em quase todas as maiores nacionalidades do mundo. Há judeus americanos, judeus franceses, judeus russos, judeus turcos, judeus gregos, judeus italianos, judeus mexicanos, etc. Então o que somos nós?

A melhor definição de judeus que eu encontrei é esta do Dr. Mordecai M. Kaplan:

'Nós judeus somos um povo com uma desenvolvida civilização religiosa'. Sim, nós somos mais do que um grupo religioso. Nós judeus somos uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Nós também temos línguas como o 'Yiddish'. Nós temos alimentos, como o peixe 'gefilte'. Nós temos danças, como a 'hora'. Nem o 'Yiddish', nem o peixe 'gefilte', nem a 'hora' têm natureza religiosa. Todavia são elementos da civilização judaica. Em resumo, nós judeus somos parte de uma entidade religiosa, mas muito mais do que isso'.

5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva corre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14.11.91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31.10.96, decorreram mais de quatro anos.

6. Em face do exposto, defiro o presente "habeas corpus" para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva."

Nessa oportunidade o Ministro MAURÍCIO CORRÊA antecipou-se na ordem de votação e, após discorrer sobre a evolução histórica do povo judeu, pediu vista.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

No dia 04 de abril de 2003, prosseguindo o julgamento, proferiu seu Voto-Vista, no sentido de reconhecer a imprescritibilidade do delito de discriminação contra judeus e indeferiu o HABEAS.

Leio em seu Voto:

"9.

10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível.

Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. 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.

11. Nessa ordem de idéias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG) .

12. Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

13. Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter "há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos" .

15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1 % (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários - três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca .

16. O professor Sérgio Danilo Pena , titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele "todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem".

17. Acrescenta, ainda, que "com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior, 19 vezes maior, do que entre os grupos raciais. Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre o Sérgio Pena [entrevistado] e o Marcelo Leite [entrevistador] são tão grandes quanto as diferenças genéticas entre o Sérgio Pena e alguém na África agora", e esclarece que 'a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente'.

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, "a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

do homem original", pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

20. No Brasil, mestre Gilberto Freire há tempos já definira de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de vez uma pá de cal na velha definição. "Aliás" - diz ele - "na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros" .

21. Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbete "raça" encontra-se devidamente definido como "divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.). Etnologicamente, a noção de raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças diferentes estão muito mais próximas do que outras da mesma raça".

22. Como já referido, mesmo antes dos estudos que abriram o chamado Livro do Genoma Humano, a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana, mongolóide e negróide, já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça é a "coletividade de indivíduos

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia ”.

23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1º, na versão original em inglês:

“Art. 1 - 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.”

24. Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito - agora cientificamente ultrapassado - não nos serve para a solução do caso.

25. Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico o escravismo e o holocausto.

26. Como tive a oportunidade de dizer em improvisada manifestação na assentada em que se iniciou este julgamento, “se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis - que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição”.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

27. Esse quadro de espanto e terror bem sinaliza os fundamentos que estruturaram o estado alemão sob o signo do que se chamou de nacional-socialismo, em que Hitler, havendo haurido em Joseph Athur de Gobineu (1816/1882) os primeiros rudimentos para a montagem da catástrofe, promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de raça inferior e impura e coisas do gênero.

28. A tresloucada estupidez serviria de pano de fundo para levantar o moral da Alemanha dos vexames do passado e em especial da vergonha da submissão imposta pelo Tratado de Versailles, dentre tantas outras amargas iniciativas, até que, passo a passo, pôde fortificar-se a ponto de dominar o País e seu povo, boa parte da Europa, e no alucinado ritmo, quase o mundo.

29. Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma sub-raça, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da raça ariana, que deveria prevalecer sobre outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado. Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a inquisição, que no seu período áureo teve como alvo maior também os judeus, cujo resultado atingiu a casa de muitos milhares de mortos, além de outras vítimas que foram condenadas com penas diversas, após torturas cruéis e desumanas, e ao confisco de seus bens, como registram estudos e estatísticas posteriormente realizados, para dizer de seus efeitos apenas na Espanha e em Portugal .

30. Resta claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo. Se em outros tempos se admitia a conversão do judaísmo ao catolicismo, para se evitar ou minimizar as discriminações, com ênfase na Alemanha de Hitler, a segregação passou a ter motivo fundamentalmente diverso, tendo como causa a ancestralidade e a pretensa "infecção da raça judia". Pode-se afirmar que ser judeu deixaria de ser uma questão de escolha, mas efetivamente um sinal inapagável derivado dos laços de consangüinidade que uniam esse povo, agora tisonado pelas

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

características físicas e morais negativas que lhes foram impingidas.

31. Dentro desse específico contexto situa-se o episódio que culminou com o assassinato em agosto 1942, em Auschwitz, campo de concentração existente então na Polônia, de Edith Stein, a qual, no dia 11 de outubro de 1998, com o nome de Teresa Benedita da Cruz, foi canonizada como Santa Edith Stein. Embora fosse teóloga conversa do judaísmo ao catolicismo foi, mesmo assim, morta em câmara de gás pelo simples estigma da origem, adotado como fundamento para o gesto fatal. Essas e outras práticas da mesma espécie, que aqui seria desnecessário relembrar, somadas ao que acima dito, deixam explícito que na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, sub-raça, raça inferior marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica.

32. O nazismo, nesses termos, está bem delineado em pronunciamentos de seus precursores, tais como Ernst Renan, que se dizia o "primeiro a reconhecer que a raça semítica, comparada à raça indo-européia, representa realmente uma combinação inferior da natureza humana" , ou ainda Edouard Drumont para quem "o semita é mercantil, cupido, intrigante, sutil, artiloso; o ariano entusiasta, heróico, cavalheiresco, desinteressado, franco, confiante, mesmo ingênuo" .

33. Adolph Hitler, no capítulo "Povo e Raça" de seu livro "Minha Luta" escreveu que "a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica" e que "para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça". Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a "lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã" de 15 de setembro de 1935, que proibia casamento entre "judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão", anulando os "enlaces já contratados". Vedava, ainda, "as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão", impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão.

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que "a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio". Por isso mesmo a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves conseqüências.

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe .

37. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um "Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes".

38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem, "raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais", possuindo o termo um "poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vive-versa".

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

40. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que "raça" é, sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar". Assim, "o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal". Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, conseqüência lógica da ausência de raças.

41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. Para George Fredrickson dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indelévels, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma ordem racial.

42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: - Racialismo, que é "o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua posse de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular"; - racismo, "um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa"; e racialização, "o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como 'raça'". Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o racialismo em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de "revisão", como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

44. Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito:

'Livro "Judeu Internacional", Henry Ford (fls. 19/20):

- "Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos" (p.11);

- "Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação" (p. 24);

- "não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder" (p.75)

- "Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter" (p. 171).

'Livro "Conquistadores do mundo - os verdadeiros criminosos de guerra", Louis Marschalko (fls. 20/21):

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

- "toda essa divisão, toda essa desordem todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas(...) [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história" (p.09)

- "o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus..." (p.112)

- "Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais" (p. 214).

Livro "Brasil - Colônia de Banqueiros", Gustavo Barroso (fl. 21):

- "Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial" (p. 34)

- "O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora" (p. 95).

Livro "Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira", escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S.E. Castan (fl. 23):

- "o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda" (p. 23).

- "os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus" (p. 23).

Dentre os livros indicados na denúncia está "Os Protocolos dos Sábios do Sião", apostilado por Gustavo Barroso (fl. 19). Cuida-se de uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em complot judaico mundial, facilitador do racismo nazista.

45. Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

46. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado em tratados internacionais. A visão contemporânea dos direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se à visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens.

47. Inicialmente é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1º assegura a liberdade e igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade como pressuposto da razão e consciência humanas. A seguir, repele qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos de gozar dos mesmos direitos e liberdades.

48. O Brasil não ficou passivo diante dessa realidade. Ao pronunciar-se perante a Assembléia Geral da ONU em 1960, o então Chanceler Horácio Lafer já afirmava 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", sendo contra quaisquer políticas de segregação, "baseadas em distinção de raça, cor ou religião, que repugnam a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização".

49. Na ocasião ficou consignada a adesão do Brasil à Convenção Internacional Contra o Genocídio, norma também aprovada pela ONU em 1948 e que teve como origem nada menos do que o próprio holocausto - negado pelo paciente -, a que submetidos os judeus.

50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65810/69), sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. Nas palavras do professor Celso Lafer a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi "a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões", motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do apartheid na África do Sul.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1º qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e no artigo 4ª condena também a incitação às práticas discriminatórias que "se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais". É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.

52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de "apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência", que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto de São José da Costa Rica, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92, e Decreto 4463/02).

53. Mais recentemente, e aqui o testemunho é pessoal, o Brasil ratificou sua posição sobre a matéria na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, quando eu, então Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, defendi a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, ressaltando a recente adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, como também ao de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

54. A Resolução 623 da Assembléia Geral da ONU, de dezembro de 1998, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, negrofobia, anti-semitismo e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público.

55. No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se que "o holocausto jamais deverá ser esquecido". No

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo e da "islamofobia", como de resto outros "movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe". O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas "idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial" .

56. Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas no mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2º do artigo 5º, em harmonia com o inciso II do artigo 4º da mesma Carta.

57. A propósito, esta Corte examinou questão similar, antes mesmo da edição da Lei 9455, de 7 de abril de 1997, que disciplinou o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, ao apreciar matéria relacionada com o crime de tortura praticado contra criança/ou adolescente. Nesse julgamento - HC 70389, relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, DJ de 10.08.01 - assentou-se que os atos normativos internacionais "fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes". O mesmo sucede com a correta exegese a ser dada ao crime de racismo, que tal como o de tortura, fere de morte os postulados gerais dos direitos humanos.

58. No plano do direito comparado, dispensou-se tratamento adequado a tais discriminações. Na França, a Lei 90615/90 dispôs que é conduta punível a "negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto". O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério das vítimas do Nazismo em Carpentras em 1991, "aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel racista".

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

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

60. 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 .

61. No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso *United States versus Lemrick Nelson*, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus "são considerados raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13".

62. A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do Justice White, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). Afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei.

63. Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra em 1983. No caso "*Mandla and another versus Dowell Lee and another*", debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem "sikh" de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os "sikhs" constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do "Race Relations Act", uma vez que os "sikhs" são um grupo racial em face de suas origens étnicas.

64. Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana. O professor Celso Lafer, em seu parecer, conclui que a correta interpretação e aplicação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição não está na definição de "raça - pois só existe uma raça humana - mas nas práticas discriminatórias do racismo que são histórico-político-culturais".

65. Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu sim ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3º da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.

66. É de observar-se ainda que além da incriminação do racismo mencionada no inciso XLII do artigo 5º, a Carta Federal cuida do tema no seu artigo 4º, inciso VIII, ao definir como um dos princípios que devem reger a política transnacional brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Relembro nesse ponto as convenções a que antes me referi, e que certamente motivaram o legislador constituinte a incluir a luta contra o racismo entre os fundamentos da atuação externa do governo brasileiro, evidentemente como reflexo do pensamento interno dominante.

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o apartheid sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Constituição e a Lei 7716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais.

68. Vem a propósito a lição de José Cretella Júnior que, ao tratar do inciso VIII do artigo 4º da Constituição, entende ser racismo a "ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)", tendente a promover a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos, judeus e escravos. Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo "propugnar a separação de etnias".

69. Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lamêgo Bulos define-o como "todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc.."

70. José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional que "proíbe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia-se, antes de tudo, um repúdio à barbárie do tipo nazista que vitimara milhares de pessoas, e consagra a condenação do apartheid". Finaliza dizendo que "o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são conseqüências da teoria".

71. Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o "direito de ter direitos".

72. Ora, as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1º, II; 3º, IV; 4º, II e VIII; 5º, caput, I, XLI).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

75. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.

76. Malgrado não seja fundamento do writ, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, caput, in fine). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o "direito à

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

incitação ao racismo", até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada "concordância prática", a que se refere a doutrina .

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

80. Recentemente o Tribunal, ao apreciar a RCL 2040, Néri da Silveira, j. de 21.02.02 - caso Glória Trevi -, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.

81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os direitos humanos, no caso, grafe-se, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

82. Daí a afirmação de Alain Laquièze, de que "existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento" , sendo por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime de racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite.

83. A exegese constitucional, como visto, justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam idéias que, se executadas,

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio.

84

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

86. Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que "dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais". Alexandre de Moraes, ao cuidar da aplicação dos direitos humanos fundamentais, assevera que a interpretação "deve buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-a à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas".

87. O significado do termo racismo empregado pelos impetrantes na inicial encerra a própria negação de seu verdadeiro sentido constitucional, de modo a limitar a eficácia não apenas da norma constitucional específica (CF, artigo 5º, XLII), mas do conjunto dos princípios que informam os direitos e garantias fundamentais.

88. Registro que após a promulgação da Constituição Federal cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema, ao editar a Lei 7716/89, que definiu "os crimes resultantes de raça ou de cor". Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exhibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião e de precedência nacional,

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema.

89. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que "o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam".

90. Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, data venia, uma conclusão inaceitável.

91. A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do Ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

92. O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, CAÓ, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das discriminações raciais para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

93. Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

resto os ciganos e os índios. No Brasil-colônia a discriminação era fundada na pretensa "pureza do sangue". Os judeus, mesmo os cristãos-novos, marranos, eram tidos como de "raça infecta", a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública .

94. E essa mácula de impureza podia gerar trágicas conseqüências, como levar os judeus às chamas da fogueira da Inquisição, tal como ocorreu com o escritor brasileiro Antônio José da Silva - o Judeu -, em Lisboa. Também na década de 30 do século passado, as teorias racistas baseadas na hierarquização de raças tiveram repercussões no Brasil, com o provimento de atos discriminatórios pelo próprio aparelho estatal, notadamente como sucedeu com as restrições impostas à imigração de judeus por critérios de ordem racial.

95. Esse preconceito de raça em relação a eles, conforme me manifestei na sessão anterior em que pedi vista dos autos, persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo judiação como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo.

96. Encerrei minha manifestação no dia 12/12/02, dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos in memoriam ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça. Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Como diz Gregório Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, deve-se "favorecer siempre y em todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho" .

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas, e em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

....."

Após esse Voto pediu vista o Ministro GILMAR MENDES.

Na ocasião, o Ministro CELSO DE MELLO antecipou seu voto, no sentido de indeferir o HABEAS, acompanhando o Ministro MAURÍCIO CORRÊA.

Está no Voto:

"....."

... a noção de racismo - ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração - não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, como bem o evidenciou HANNAH ARENDT, em sua clássica obra "Origens do Totalitarismo", quando, ao versar o tema do anti-semitismo - por ela qualificado 'como uma ofensa ao bom senso' - refere-se à manipulação arbitrária dos conceitos de inimigo objetivo e de verdade oficial, como expressões destinadas a fomentar os 'ódios públicos' contra o povo judeu.

.....

Incensurável, desse modo, a meu juízo, o douto voto proferido pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, quando, com

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

apoio nos fundamentos que expôs, sustenta a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento - ao corretamente denegar ordem de habeas corpus - manteve o acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

É que publicações - como as que trata esta impetração - que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

.....

Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao manifestar-se sobre a necessidade de se 'controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição', deixou assentado que é 'inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera 'revisão da história''...

.....".

3. VOTO.

A raiz da controvérsia está em reconhecer-se ou não a condição de imprescritibilidade para o delito de discriminação contra judeus.

Analiso.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Para dirimir essa controvérsia, é importante que se faça, ainda que de forma sumária, a recuperação da origem histórica do judaísmo.

Essa incursão no tempo é necessária para poder se concluir se os judeus são um povo ou uma raça.

O Ministro MAURÍCIO CORRÊA, na oportunidade em que pediu vista, procedeu a essa retomada histórica.

Leio:

"....."

2. Não há dúvida de que os judeus não se constituem em uma raça, pelo menos segundo nossa visão. Também não há dúvida de que a proposta da Constituinte para que se desse o tom de imprescritibilidade aos crimes tidos como de racismo foi da autoria do então deputado Caó e, em decorrência, teve a defesa da comunidade negra no Brasil, e afinal de todos nós.

3. Formulo, apenas para agitar o debate, a seguinte passagem bíblica:

Abrão, em Ur, na Caldéia, recebeu a visita do anjo do Senhor que lhe ordenou largasse a parentela e se mudasse daquele local. Seu pai, que já estava doente, morreu. Dirigiu-se, então, ao lugar onde deveria instalar-se, que era exatamente a terra dos cananeus. Lá, novamente o Senhor se fez presente e anunciou que dele faria uma grande Nação.^{1[1]}

Abrão levou consigo a mulher cujo nome era Sarai. No caminho, esse nome foi mudado para Sara por ordem do Senhor, assim como Abrão passou a se chamar Abraão.^{2[2]}

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Pois bem. Sara não podia conceber em função da idade - o Ministro Ilmar Galvão que melhor conhece o Velho Testamento irá corrigir-me se eu estiver enganado -, razão pela qual permitiu ao marido que tivesse relações sexuais com sua serva Agar, na verdade, uma escrava egípcia^{3[3]}. Daí nasceu Ismael, que, segundo se proclama, passou a ser o tronco que se constituiu no povo árabe, que, hegemonicamente, seguiu o islamismo fundado pelo profeta Maomé no Século VI d.C.

Novamente, entretanto, o anjo aparece para Abraão e lhe diz:

- Sara irá conceber.
- Como irá conceber se ela tem mais de noventa anos?
- Ela vai conceber, repetiu.

Abraão levou o fato ao conhecimento de Sara. Ela riu, mas acabou engravidando e dando à luz Isaac,^{4[4]} pai de Jacó^{5[5]}, que teve vários filhos, dentre os quais um a quem chamou de José, filho legítimo da mulher verdadeira de Jacó. José gerou ciúmes em seus irmãos, que o levaram para o deserto e o jogaram num daqueles poços que proliferam por ali, com a intenção de matá-lo. Depois se arrependeram, dizendo:

- Vamos levar uma grande tristeza para o nosso pai. É bom salvá-lo.

Acabaram então vendendo José a um caravaneiro, que o levou para o Egito^{6[6]}, onde se transformou na segunda figura do império faraônico: o José do Egito, o provedor-mor do reino, a autoridade que era uma espécie de primeiro-ministro^{7[7]}.

Sobrevindo grande e desastrosa fome em Canaã ou Terra dos Hebreus, Jacó falou a seus filhos:

- Vocês têm de procurar alimentos.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

E eles foram ao Egito em busca de suprimentos, dado que lá havia fartura. Quando chegaram, José disse consigo:

- Esses são meus irmãos.

Disso, todavia, não lhes deu conhecimento.

Fez algumas exigências. Em duas outras oportunidades, porém, seus irmãos voltaram para pegar alimentos, levando ao Egito toda a família de Jacó - mais de setenta pessoas. Esses familiares, tidos como filhos de José, transformaram-se nas centenas de milhares de hebreus que durante 430 anos lá habitaram, confinados num local chamado Gosen^{8[8]}, na condição de oleiros do faraó, portanto escravos do império.

4. Aí começa, verdadeiramente, a saga dos judeus, cuja polêmica acerca da dicotomia que deu origem aos árabes (semitas) e aos semitas descendentes do tronco de Isaac, que é exatamente o lado da família de José, bisneto de Abraão, permanece até hoje.

5. Mais adiante, depararemos com situação curiosa: quem era Dalila? Uma filistéia que se envolveu com Sansão^{9[9]} - nazireu seguidor de rito do judaísmo que exigia se deixasse o cabelo crescer. Os integrantes desse rito não podiam tomar nada que viesse da uva, além de observarem mais uma série de prescrições, entre as quais a de não ter contato com cadáveres.

6. Essa é a saga trágica de um povo existente desde aquela época. Anote-se igualmente o famoso episódio ocorrido entre Davi e Golias^{10[10]}, conseqüentemente entre um hebreu e um filisteu. Se pesquisarmos a história, chegaremos a vários acontecimentos, todos indicando a refrega que sempre existiu entre os filisteus, povo de origem mediterrânea - vieram de Creta e de Chipre -, que se localizaram na parte hoje denominada Faixa de Gaza, na atual Palestina, como é conhecida pelos árabes.

Segue-se assim o longo percurso do povo judeu.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

7. O êxodo do Egito para a Terra Prometida é outra saga maravilhosa. Construiu-se, por inspiração de Deus, a Arca da Aliança, posteriormente surrupiada pelos filisteus. Houve várias batalhas para resgatá-la até que um dia retornou à posse de Israel. Samuel a protegeu com os seus exércitos, ocorrendo, a partir daí, vitórias sucessivas.

Os filisteus levaram os seus astarotes e deuses balains para as cidades hebréias. Entretanto, Samuel comemorou os feitos de seu povo: colocou uma pedra para sinalizar o evento e lhe deu o nome de Ebenezer¹¹⁽¹¹⁾, que quer dizer "Até aqui o Senhor nos ajudou".

É uma expressão bíblica extraordinariamente bela.

8. Essas são apenas algumas páginas da milenar trajetória percorrida por esse povo.

9. Caminhando ao longo da história, chega-se à era cristã, em que Jesus Cristo surge como o Messias¹²⁽¹²⁾ tão esperado. Esse fato provocou uma cisão entre os judeus, dado que parte deles acredita ser Ele o Messias anunciado pelos profetas, enquanto a outra não crê e O espera até hoje.

10. Essa é a grande primeira cisão estabelecida entre os judeus do mundo inteiro. Por isso a estigmatização que ainda sofrem, assinalando-se como o mais cruel instrumento resultante dessa divisão os tristes episódios registrados por ocasião da Inquisição iniciada no Século IV e que perdurou até recentemente, tendo como um dos maiores corifeus o terrível Tomás de Torquemada, principal executor de seus veredictos, que incluíam todos os que pudessem fazer sombra à Igreja, especialmente os judeus que renegaram e crucificaram Jesus.

11. Não vou aqui recordar aos ilustres Colegas essa passagem histórica relativamente ao que sucedeu com o povo judeu, mas sim que, em face dessa situação discriminatória, criou-se no vernáculo o peculiar substantivo judiação como sinônimo de pessoa que sofre nas mãos de alguém, assim como

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar.

Por que isso?

Porque os judeus teriam judiado de Cristo.

12. Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis - que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas - , mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indelévels de dor e de aflição.

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si - e não falo isso para situar-me nesse terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um J como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje ...

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

13. Se os Colegas permitirem, pedirei vista dos autos. Não porque pretenda de pronto discordar do relator, o que poderei até fazê-lo, mas depois de amadurecida análise da matéria, que, em face da magna relevância jurídica, irá estabelecer o exato divisor de águas da extensão do preceito. Considere-se, ainda, que é a primeira vez que a Corte vai pronunciar-se especificamente acerca do tema, impondo-se, reconhecamos, maior aprofundamento de seu exame, sem nenhum demérito do douto voto já proferido.

14. Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo stricto sensu de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15. Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?

Teria sido essa a 'mens legislatoris' ou pelo menos a 'mens legis'?

16. Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

17. Alguém poderá dizer que isso não será revitalizado. E os movimentos que, como temos visto, pipocam aqui e acolá, ora através dos KLU-KLUX-KLAN, SKIN HEADS e outras insanidades desse jaez que surgem no mundo e até no Brasil, de que é exemplo o livro de autoria do paciente "HOLOCAUSTO. JUDEU OU ALEMÃO", segundo se anuncia já ultrapassada a 29ª edição...

18. Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos 'in memoriam' ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça."

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Em tempos modernos, o Rabino HENRY I. SOBEL definiu os judeus como um povo.

Leio:

".....
 ... As aspirações universais do judaísmo, aliadas à firme determinação de preservar suas próprias tradições, impeliram o povo judeu a criar uma teoria segundo a qual houvesse lugar no plano de Deus - e no mundo - para pessoas de outras convicções.
 "13

".....
 ... os judeus em toda parte se consideram até hoje membros de uma grande família. A condição de membro provém da mãe. ...

... judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; ...
 "14

Assim também o fez HENRIQUE RATTNER.

Leio:

".....
 ... a definição mais apropriada para o povo judeu seria a de uma comunidade de destino. Temos um passado comum e, queiramos ou não, um futuro comum. O que impacta em uma parte do povo afeta as outras, onde for que se encontrem. ...
 "15

¹³ Direitos das minorias e liberdade religiosa em uma sociedade democrática - RABINO HENRY I. SOBEL. Rotary Club de Copacabana, Rio de Janeiro, 25 de agosto de 1997.

¹⁴ Judaísmo. RABINO HENRY I. SOBEL. Conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, 15 de fevereiro de 1998.

¹⁵ O Povo judeu no limiar do século 21: crise ou continuidade. HENRIQUE RATTNER. Palestra proferida no Simpósio Latino Americano organizado pela 'Sociedade

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Digo eu.

¿Sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela CF, art. 5º XLII?

¿E, também, pelas Leis Infraconstitucionais 7.716/89 modificada pela 8.081/90?

Entendo que sim.

MIGUEL REALE JÚNIOR em seu parecer afirma:

".....
A história contemporânea e as ciências sociais a que deve recorrer o intérprete na construção do conceito de racismo conduzem à conclusão de que o mesmo é mais do que um preconceito baseado na visão da antropologia física de raça, sendo uma realidade social e política, para exercício de dominação e segregação em função da raça, ou cor, ou origem étnica ou nacional ou descendência de um determinado grupo de pessoas.

.....
... o reclamo pela incriminação do racismo, entendido como discriminação racial não só em razão da cor ou da raça, mas em vista, também, da descendência, da origem nacional ou étnica.

.....
na compreensão da expressão racismo, portanto, deve o intérprete, como já assinalei, valer-se de valorações admitidas pela consciência social, em regras morais, sociais e de costume, sendo certo que, ao se interpretar a norma, está-se inserido em uma tradição, em um círculo formado pela memória e pela experiência social do intérprete.

.....
... em sua justificativa à emenda que se transformou no art. 5º, XLII, o constituinte CAÓ frisa que o 'Estado

Brasileira de Amigos da Universidade Hebraica de Jerusalém", 7 e 8 de agosto de 1999, em São Paulo.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Democrático se inicia pela superação das discriminações raciais', referência, portanto, no plural às discriminações raciais, o que torna o exemplo do sofrimento dos negros apenas um exemplo, não a fonte de uma interpretação reducionista.

....."

Com a mesma orientação, IZIDORO BLIKSTEIN:

"....."

... no discurso nazista, o termo ariano designa 'raça superior', por oposição ao termo semita, que designa 'raça inferior'. Opor-se ao semita é preservar o ariano. Legitima-se, portanto, a política de eliminação e extermínio praticada com toda frieza e competência técnica pelos nazistas. Como bem observa o historiador Raul Hilberg, no prefácio de seu indispensável **The Destruction of the European Jews** (Chicago, 1961), a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio.

A 'raça' ariana/nazista não pode existir sem o seu oposto, a 'raça' semita/judaica.

O anti-semitismo é, portanto, uma forma de racismo.
....."

Concluindo-se que seja um povo, a indagação que se impõe é:

¿A discriminação com o povo judeu constitui crime imprescritível à luz da CF, art. 5º XLII?

A resposta é afirmativa.

A norma constitucional não se dirige apenas à discriminação contra o NEGRO, como pode parecer.

A raça negra, que inspirou a Emenda CAÓ, foi tomada apenas de forma exemplificativa, tendo em vista as raízes históricas do

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

povo brasileiro, assentada na colonização portuguesa que instituiu a escravidão.

A evolução dessa história vem cumprindo etapas com a abolição da escravatura, com o chamado processo de branqueamento, e, recentemente, com as manifestações pró-ativas em favor da completa integração do negro na sociedade brasileira.

Isso não significa que a norma constitucional, numa sociedade multirracial tenha deixado a descoberto de sua proteção a discriminação contra descendentes de outros povos, tais como os alemães, os judeus, os italianos, que têm marcante presença na história do desenvolvimento do Brasil.

Nesse sentido, leio síntese conclusiva do Professor CELSO LAFFER.

Leio:

".....
IX - Síntese Conclusiva.

Respondo, assim, à consulta formulada: o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, imprescritível. As razões e os fundamentos jurídicos nos quais se baseia este parecer, estão sumariadas abaixo, na forma de uma síntese conclusiva.

28 - Na Conferência mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, o Ministro Maurício Corrêa, que chefiava a Delegação brasileira na sua condição à época, de ministro da Justiça, em discurso no plenário, em 14/6/93, fixou a linha geral da posição brasileira, invocando a indivisibilidade dos direitos humanos (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, cit., p 105). A Conferência de Viena, na sua Declaração e Programa de Ação, agregou a noção de indivisibilidade ao seu item 5,

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

esclarecendo-a ao afirmar que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. Por isso mesmo a Conferência, no item 32, reafirmou a importância de se garantir universalidade, objetividade e não seletividade na consideração de questões relativas a direitos humanos. (A Declaração e Programa de Ação de Viena está reproduzida no apêndice do livro de J. A. Lindgren Alves, *Os Direitos Humanos como tema global*, São Paulo, Perspectiva, 1994 os itens 5 e 32, estão respectivamente, nas páginas 153 e 162).

Indivisibilidade e, por via de consequência, universalidade, interdependência, inter-relacionamento e não-seletividade foi a posição assumida pelo ministro Maurício Corrêa em Viena. Ela corresponde inteiramente ao que estipula, para o plano interno e externo, a Constituição de 1988, e foi esta posição o ponto de partida deste parecer.

29 - O art. 5.º, -LXII, está inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias individuais, tutelada por cláusula pétrea, o que significa que a 'vis directiva' do constituinte foi dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica. Deve, por isso mesmo, o art. 5.º, -LXII, ser apreciado e interpretado com os cuidados especiais exigidos pela indivisibilidade dos direitos humanos (cf. Parte 1 e conclusão nº 1).

30 - O art. 5.º, -LXII, exprime a especificação do princípio geral da igualdade e da não discriminação. O seu destinatário é o ser em situação vitimado pela prática do racismo. O artigo é uma inovação da Constituição de 1988 e é parte do processo mais amplo da especificação dos direitos humanos, que caracteriza o nosso texto constitucional. Tem como nota própria o rigor da tutela penal, indicativa da importância que a Constituição atribui à repressão da prática do racismo (cf. Parte II e conclusão nº 2).

31 - O critério de interpretação dos direitos humanos deve favorecer, pela importância a eles atribuída pela Constituição de 1988, de maneira ampla, o conteúdo do direito contemplado. Entre os direitos e garantias individuais se inclui, 'ex vi' do art. 5.º, -LXII, a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de Direitos Humanos, o que configura uma identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno, quanto à proteção da pessoa humana. Por isso mesmo, como decidiu o S.T.F. no acórdão de 23/6/1994 (HC 7384), do

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

qual foi relator o Ministro Celso de Mello, na interpretação em matéria de Direitos Humanos, o Direito Interno e o Direito Internacional não são estanques. Interação com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido. Este é, conseqüentemente, também um critério relevante para a interpretação do art. 5.º, -LXII, da Constituição de 1988 (cf. Parte III e conclusão nº 3).

32 - O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5.º, -LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' - a espécie humana - e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da UNESCO de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raça', como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento 'contrario sensu', que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (cf. Parte IV e conclusão nº 4).

33 - O acerto da não interpretação do crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raças', à maneira

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

do que preconiza o HC 82424-2 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, confirma-se por dois casos decididos por eminentes Cortes Superiores de outros países, que comportam aproximação com o HC 82424-2 ora submetido ao julgamento do S.T.F. Tanto o caso da Shaara Tefila Congregation v Cobb, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1987, quanto o caso Mandla and another v Dowell Lee and another, decidido pela House of Lords da Inglaterra, em 1983 interpretam e aplicam a legislação dos seus respectivos países em matéria de discriminação racial. O caso decidido pela Suprema Corte dos EUA diz respeito à prática do racismo em relação a judeus. O caso decidido pela House of Lords diz respeito à prática do racismo em relação aos sikhs. Em ambos, estas duas Cortes Superiores decidiram, não obstante as alegações dos réus semelhantes às do impetrante que, apesar dos judeus e dos sikhs não serem uma 'raça', foram vítimas de práticas racistas, cabendo assim, respectivamente, a tutela da legislação norte-americana de 1982 e da legislação inglesa de 1976, que tratam da discriminação racial. Nestes dois casos que julgaram em matéria de discriminação racial, atribuiu-se ao termo 'raça' sua dimensão histórico-cultural, da qual provêm as práticas discriminatórias (cf. Parte V e conclusão nº 5).

34 - A etimologia da palavra raça, no entender de vários filólogos é obscura, como obscuras vieram a ser as conseqüências do seu uso social. Em português, na sua origem, além de ser utilizada para diferenciar, cão, cavalo, de boa ou má raça, adquiriu outro significado. Ter raça é ter sangue de mouro ou judeu. Esta mesma acepção de cunho negativo, se encontra em espanhol e a origem deste emprego, nas duas línguas, reside nas tensões provenientes da Reconquista pelos cristãos da Península ibérica, dominada por séculos pelos árabes e nos conflitos religiosos que posteriormente levaram ao estabelecimento da Inquisição.

Alguns filólogos derivam raça do latim, ratio - rationis, na acepção da modalidade, espécie. Foi esta acepção que prosperou quando, no século XVIII teve início, pela obra de Lîneu, não só a classificação das plantas e animais como também dos seres humanos. A taxonomia tornou-se dinâmica com o evolucionismo de Darwin e, no que diz respeito aos seres humanos, os múltiplos porém imprecisos critérios de classificação das raças estavam ligados à aparência.

No século XIX a taxonomia das raças acabou induzindo o racismo. Com efeito, a classificação das raças levou às teorias racistas - por exemplo, as de Gobineau - que justificaram a desigualdade com base na diferença entre raças superiores e inferiores. Estas teorias vicejaram no caldo de

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

cultura do darwinismo social e passaram a fazer parte da História das mentalidades.

As teorias racistas buscaram sua fundamentação nas ciências biológicas. Justificaram a prepotência da expansão colonial européia e foram a base do racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista. Esta instigou ódios públicos e conduziu uma guerra pública em relação aos que a liderança nazista considerava raças inferiores, com destaque para os judeus.

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

As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno, e não a 'raça', o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5.º, -LXII, da Constituição, e da sua correspondente legislação infraconstitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e também sua evolução legislativa, tipifica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos meios de comunicação, a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de 'raças inferiores'. Esta divulgação é crime de prática de racismo. Foi por estas bem fundamentadas razões que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou Siegfried Ellwanger e o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acerto jurídico do Tribunal gaúcho (cf. Parte VI e conclusão nº 6).

35 - As teorias e visões do mundo racistas partem do princípio que existem raças; que estas se dividem entre superiores e inferiores e que as superiores têm o direito de dominar as inferiores. Uma visão racista do mundo leva a distintas escalas de agressividade, lastreada pelo não reconhecimento aos 'outros' dos mesmos direitos e garantias, cujo fundamento é o princípio da igualdade e o corolário da não discriminação. A escala de agressividade se intensifica com a violência da segregação de que é exemplo o que foi o

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

apartheid na África do Sul. O paroxismo da violência é o extermínio físico, tal como tipificado pelo crime do genocídio. O paradigma deste paroxismo foi o Holocausto levado a efeito pelo Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, que conduziu uma guerra pública contra as raças inferiores, com destaque para o extermínio de judeus.

A Carta da ONU procurou responder ao ineditismo da escala sem precedentes do mal, da experiência da Segunda Guerra Mundial e de seus antecedentes. Nesta resposta deu realce para o que representou o genocídio como afronta ao valor da dignidade da pessoa humana. Fez, assim, da tutela dos direitos humanos no plano internacional, não um tema circunscrito, mas um tema global.

Na etapa da especificação, do processo de positivação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito internacional Público, em matéria de discriminação racial, o grande texto jurídico é a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965. O Brasil participou de sua elaboração normativa e a Convenção que está em vigor no plano internacional foi recepcionada pelo Direito brasileiro.

São relevantes na discussão do HC 82424-2, ora em exame pelo S.T.F., o art. 1-1 - da Convenção, que dá uma definição abrangente da expressão 'discriminação racial' e o art. 4, que insere na tutela penal a difusão de idéias baseada na superioridade ou ódios raciais.

A Convenção de 1965, antecede em vigência e aplicação a Constituição de 1988; não suscita o problema das antinomias nem a discussão sobre a mudança da Constituição de forma distinta da prevista para as emendas constitucionais - temas com os quais se preocuparam os ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes. É, portanto, um meio válido, à disposição do intérprete para a aplicação do Direito no Brasil em matéria de Direitos Humanos, nos termos da Constituição de 1988, como decidiu o S.T.F. no acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello em 23/6/94 (HC7384).

O Direito Internacional Público é um elemento adicional a confirmar que o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo. Com efeito, a Convenção de 1965 qualifica, no seu art. 1, como discriminação racial, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional e estipula, no seu art. 4, como delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

incitamento à discriminação racial, tal como definido no art. 1º. A prática do crime de racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de 'raças'.

A história legislativa da Convenção de 1965 comprova também que as práticas anti-semitas do nazismo foram uma das causas de sua elaboração e que o Brasil, nos travaux preparatoires, foi explícito nesta matéria. Na agenda internacional da ONU o anti-semitismo como prática de racismo tem sido considerado um tema de preocupação atual e não apenas histórica. É o que afirma, por exemplo, a Resolução 623/98 da Assembléia Geral e o item 61 da Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001, cabendo igualmente lembrar que a Declaração de Durban reitera, no seu item 58, que o Holocausto jamais deverá ser esquecido. Aponto, neste sentido, que negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é parte do crime da prática do racismo pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger (cf. Parte VII e conclusão nº 7).

36 - As práticas do racismo, na experiência histórica do Brasil, em oposição ao que alega o impetrante, tiveram uma amplitude de destinatários que foram vitimados pela discriminação. Negros, mulatos, índios, ciganos, judeus, foram, em diversos momentos da nossa História, considerados 'raças inferiores' e, como tal, discriminados.

No período colonial as práticas racistas se davam pela distinção entre os limpos de sangue - os brancos, portugueses, cristãos-velhos - e os de raças ditas impuras, cujo sangue manchava - os negros, os mestiços, os indígenas e os judeus, inclusive os convertidos, qualificados de cristãos-novos. Para os cristãos-novos a impureza de sangue era uma ameaça onipresente em função da Inquisição que fazia do critério da impureza de sangue um elemento comprobatório de judaísmo oculto, que poderia conduzir à morte nas fogueiras dos autos-de-fé. O teatrólogo Antonio José da Silva - o Judeu, nascido no Rio de Janeiro, é a mais notória vítima, na História da literatura luso-brasileira, condenado a morrer na fogueira, num auto-de-fé, ocorrido em Lisboa em 1739. A distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, no Brasil, só foi eliminada pela Carta-Lei de 1773, promulgada ao tempo do Marquês de Pombal.

O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na 'impureza de sangue', persistiu na memória da língua portuguesa, tal como usada em nosso País com os vocábulos judiar e judiaria e na representação do judeu no folclore brasileiro, como atesta Luís da Câmara Cascudo.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O Brasil recepcionou, nos séculos XIX e XX, teorias racistas que foram parte da História das Mentalidades voltadas para justificar e legitimar a desigualdade com base na distinção entre 'raças' superiores e inferiores. Na década de 30 teve irradiação em nosso País o racismo nazista alemão, que tinha no anti-semitismo o seu foco preponderante. Isto contribuiu para a existência de práticas racistas no aparelho do Estado, em especial no que tange às restrições da imigração de judeus para o Brasil na década de 30 e durante a Segunda Guerra Mundial, justificadas por critérios raciais. A postura governamental, que não era ostensiva mas é documentada, se viu facilitada pela propaganda contra o judeu, contida nas obras anti-semitas publicadas na época, em especial as de Gustavo Barroso. É a reedição das obras do espalhafatoso anti-semitismo de Gustavo Barroso, parte integrante do crime pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.

A legislação brasileira, desde a lei Afonso Arinos de 1951, que dá início ao processo de especificação da tutela penal para proteger as vítimas da discriminação racial, não tem como destinatários exclusivos o ser em situação, vitimado pela cor de sua pele, como argumenta sem base histórica e jurídica o impetrante. O Direito brasileiro contempla tanto o preconceito de raça - que o sociólogo Oracy Nogueira qualificou de preconceito de origem - quanto o preconceito de cor - por ele qualificado de preconceito de marca. Esta é a interpretação correta a ser dada ao art. 5.º, -LXII, da Constituição de 1988, e à sua correspondente legislação infraconstitucional, inclusive por força da vis diretiva do Preâmbulo da Constituição que afirma os valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (cf. Parte VIII e conclusão nº 8).

37 - Uma palavra final sobre a imprescritibilidade, pois o impetrante, na petição do HC 82424-2, não nega a existência de um delito cometido por Siegfried Ellwanger. Busca afastar a imprescritibilidade, argumentando não se tratar de crime de prática de racismo.

Existe umnexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se esca sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento, como explica Alain Laquièze (Le Debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, in Droits, 31, 2000, p. 19).

A memória das práticas racistas que dificultaram, na

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

História do Brasil, a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos - valores supremos do País consagrados no Preâmbulo da Constituição - é o que o Constituinte quis preservar, para impedir sua reincidência. Por isso conferiu, no art. 5.º, -LXII, ao crime da prática do racismo, o peso e a gravidade da imprescritibilidade.

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

.....".

Concluo, na linha doutrinária e filosófica das transcrições e citações aqui lançados, que a discriminação contra o povo judeu caracteriza o crime inafiançável e imprescritível de racismo, mesmo que as Leis Infraconstitucionais não tenham contemplado o princípio da imprescritibilidade (L. 7.716/89 modificada pela 8.081/90).

Nesse aspecto, em plena vigência, a norma constitucional (CF, art. 5º, XLII).

Acompanho o Voto divergente do Ministro MAURÍCIO CORRÊA, com as devidas vênias ao Relator.

Indefiro o HABEAS.

Supremo Tribunal Federal

26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - : Sr. Presidente, se V.Exa. me permite, e se o Colega Carlos Ayres Britto também permitir, gostaria de adiantar posição.

Por isso, peço-lhe licença para também me manifestar.

Sr. Presidente, ouvi com atenção os votos proferidos no julgamento desta causa. Pouco teria a acrescentar ao rigor técnico e à agudeza de análise com que a questão foi enfrentada. Gostaria, no entanto de agregar algumas considerações que o tema enseja. A propósito deste julgamento, fui revisar alguns trabalhos antigos, e outros, nem tanto, mas incompletos e interrompidos pela escassez de tempo.

Iniciei minha vida profissional, muito cedo, como tradutora. Coube-me verter do inglês para o português boa parte dos verbetes da Enciclopédia Judaica Roth, editada no Brasil pela Editora Tradição, do Rio de Janeiro. Nesta obra fui buscar a definição de raça e racismo.

Diz o verbete nº 1.571:

“RAÇA; RACISMO. A concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes encontra-se de maneira vaga e imprecisa na Bíblia, onde, no entanto, (como acentuavam os rabinos) a unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todos os homens. O conceito de r. começou a tomar novo aspecto no séc. XIX. A descoberta da existência dos grupos de línguas Semítico e Ariano levou à teoria da existência das raças Ariana e Semita e, mais tarde, à classificação de suas subdivisões, sendo os Teutões representantes da primeira e os Judeus da segunda. A teoria era baseada na crença, logo rejeitada pelos cientistas, de que (1) os Judeus eram fisicamente homogêneos e (2) de que havia correlação

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

entre o tipo físico e as características mentais – intelectuais, sendo os Judeus (e alguns outros grupos) considerados racialmente “inferiores”. Ao fim do séc. XIX, isto tornou-se um conceito básico no reestabelecimento do movimento anti-judaico na Alemanha que, na nova era de tolerância, não podia mais se basear exclusivamente na religião e que, além disso, se confrontava com grandes números de Judeus em cujas vidas o Judaísmo não tinha nenhuma participação. Desta forma, o que tinha sido, até aqui, uma teoria inócua e contestável, tornou-se nas mãos de E. Dühring, Wilhelm Marr, Houston Stewart Chamberlain, A. Rosenberg, etc. uma arma poderosa. Princípio fundamental do movimento Nazista desde suas origens (ver Nacional Socialismo) foi oficialmente e precisamente formulado nas Leis de Nuremberg em 1935, (...). Esta concepção foi aplicada com menos rigor na Itália Fascista em 1938 e em vários países europeus ocupados pelos nazistas entre 1939-45. Nela foi baseada a política de exterminação desenvolvida pelos nazistas durante este período estendendo-se conseqüentemente, em muitas ocasiões a pessoas com apenas as mais leves ligações Judaicas e mesmo a pastores e padres Cristãos. As alegadas evidências “científicas” de raça, baseadas na craniometria, etc. provaram-se insustentáveis.”

É de ver, que neste texto, datado da década de 60, não vão referidas as descobertas posteriores que, de uma vez por todas, desfizeram a teoria das raças. E, vale lembrar que o Congresso da Unesco de 1964 já renegava o valor biológico da idéia das raças humanas¹.

Mas, é na autoridade atual do biólogo Edward O. Wilson que se deve buscar a palavra definitiva sobre o assunto: *“A maior parte dos biólogos e antropólogos usam a expressão ‘raça’, apenas de maneira vaga e eles não desejam sugerir nada mais do que a observação de que certos traços, tais como, estatura média ou cor da pele variam geneticamente de um local a outro. Quando se diz que asiáticos e europeus diferem em determinada característica, essa afirmação significa que o traço se altera em alguma medida entre a Ásia e a Europa. Não significa que ‘raças’ distintas possam ser definidas com base neste traço e, deixa aberta a forte probabilidade de que o mesmo traço apresente variação adicional dentro de regiões diversas da Ásia e da Europa. Ademais, várias propriedades em anatomia e fisiologia*

¹ A Antropologia. Enciclopédia do Mundo Actual, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1977, p. 166.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

– por exemplo, a cor da pele ou a capacidade para digerir leite – apresentam padrões altamente diversos de variação geográfica ('racial'). Em conseqüência, a maior parte dos cientistas já de há muito reconheceu que se trata de um exercício fútil tentar definir raças humanas distintas. Tais entidades, de fato, não existem. Igualmente importante é afirmar que a descrição de uma variação geográfica em um ou outro traço, por parte de um antropólogo ou biólogo ou por qualquer outra pessoa, não deve comportar juízos de valor em relação à valia das características definidas.”²

Fiz as referências, para deixar consignado que, quanto ao fato de que a divisão da humanidade em raças diversas não encontra qualquer respaldo, estamos todos de acordo. Os autores citados pelo eminente relator, os que foram referidos por V. Exa., pelo Ministro Celso de Mello, pelos Ministros Gilmar Mendes e Nelson Jobim, nesta assentada, e, até mesmo aqueles em que busca amparo o ilustre patrono do paciente repetem esta verdade científica, reafirmada com a decodificação do genoma humano.

A questão está em saber se, amparados nesta premissa, a de que existe apenas uma única raça humana, o comportamento imputado ao paciente não se poderia subsumir nos preceitos mediante os quais a Constituição Federal marca o repúdio, a manifesta aversão a absoluta inaceitação da nação brasileira ao preconceito dito racial, a ponto de tornar imprescritíveis as ofensas que tenham por móvel tal discriminação.

Tomada isoladamente tal premissa, a resposta é negativa.

Todavia, a existência de raças definidas é apenas um dos postulados da ideologia racista. E, com a acuidade científica deste postulado nunca estiveram preocupados os seus adeptos. Do ponto de vista da antropologia, o racismo é definido como a doutrina segundo a qual a raça (herança genética) ou o tipo físico geram cultura, ou seja, “tudo quanto seja não-biológico e socialmente transmitido numa sociedade, incluindo padrões de comportamento artístico, social, ideológico e religioso”³.

Portanto, quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não se há de pensar em critérios científicos para defini-la – que já sabemos não os há – mas, na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na

² Wilson, Edward O., “On Human Nature”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, p. 48.

³ Winick, Charles, “Dictionary of Anthropology, Littlefield, Adams & Co., Totowa, New Jersey, 1977. p. 144.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação.

E, o que é um preconceito?

Segundo Bobbio⁴, uma opinião acolhida passiva e acriticamente e, que, por isso mesmo resiste a qualquer refutação racional. Para esse autor, *“a inclusão na esfera das idéias que não aceitam se submeter ao controle da razão serve para distinguir o preconceito de qualquer outra forma de opinião errônea”*⁵. Noutra passagem, o mestre italiano, citando Pierre-André Taguieff⁶, refere que o preconceito é *“um juízo prematuro”*, que induz a que se *“acredite saber sem saber, se preveja sem indícios seguros suficientes, se chegue a conclusões sem se ter as certezas necessárias”*. Por isso mesmo, ele *“é mais difícil de ser vencido, pois o erro que ele provoca deriva de uma crença falsa e não de um raciocínio errado que se pode demonstrar falso, nem da incorporação de um dado falso, cuja falsidade pode ser empiricamente provada.”*⁷ A mente humana comete muitos erros, rotineiramente. *“O preconceito, porém é um erro mais tenaz e socialmente mais perigoso”*⁸ Ele se difunde e mantém porque serve a determinados propósitos: *“...a crença na veracidade de uma opinião falsa corresponde a(...) desejos, mobiliza (...) paixões, serve a(...) interesses”*⁹. Daí a predisposição a acreditar, mesmo contra toda a evidência.

Exemplo claro de manifestação desse preconceito em ação é uma das obras, objeto de divulgação pelo paciente do presente HC. Os chamados “Protocolos dos Sábios do Sião” correspondem a uma fabricação grosseira, construída por anti-semitas franceses, por volta de 1897, exaustivamente desmascarada¹⁰ e que, apesar disso, passado mais de um século, ainda corresponde ao credo anti-semita. Tão absurda é sua persistência neste ideário do ódio que o humor judaico, em piada frequentemente ouvida, manifesta sua incredulidade diante das circunstâncias contraditórias de que os judeus sejam tão hábeis a ponto de tecerem um plano perfeito para dominação do mundo e, ao mesmo tempo, tão néscios, como para o divulgarem aos quatro ventos.

Segundo Christofer Hitchens, autor de “Jewish Power, Jewish Peril”, *“O anti-semitismo distingue-se de outros preconceitos. Ele é um tipo destilado*

⁴ Bobbio, Norberto, “Elogio da Serenidade e outros escritos morais”, São Paulo, Ed. UNESP, 2002, p. 103.

⁵ Idem, ibidem, p. 103.

⁶ P.-A Taguieff, La force du préjugé, essai sur le racisme et ses doubles, Paris, Éditions de la Découverte, 1987.

⁷ Bobbio, N. op. et. loc cit. p. 121

⁸ idem ibidem, p. 104

⁹ idem ibidem, p. 104

¹⁰ Ver Norman Cohn, 1966; Christofer Hitchens, “Jewish Power, Jewish Peril”, 2002.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

venenoso da teoria conspiratória e é dirigido contra um grupo que, quando não possa ser atacado enquanto raça, possa sê-lo enquanto religião. Ou, quando não possa ser incriminado como uma plutocracia capitalista, possa ser apontado como o gênio do mal que inspira o comunismo. Os nazistas retrataram os judeus ora como especuladores rotundos, ora como esqualidos e sinistros bolchevistas. O anti-semitismo é como uma epidemia que ocorre em quase todas as sociedades, eclode nos períodos mais diversos e deriva da paranóia. Por isso, não admite prova em contrário.”¹¹

É ainda Bobbio quem distingue três fases na construção do preconceito de raça. A primeira consiste num juízo de fato e na constatação da diversidade, que em si nada tem de reprovável. Ao anódino juízo de fato sobrepõe-se um juízo de valor que faz com que os diversos sejam colocados em patamares desiguais: um é bom, o outro mau; um é civilizado o outro bárbaro; um superior (em virtudes morais, em dotes intelectuais), o outro inferior. Até aqui, todavia, podemos nos encontrar no mero terreno do esnobismo e do provincianismo, das cliques e do sectarismo. É, entretanto, na terceira fase que o preconceito discriminatório torna-se socialmente nocivo e mesmo perigoso. É quando, segundo Bobbio, após as duas primeiras etapas, e com base na conclusão de superioridade, um grupo passa a considerar-se titularizado a comandar, dominar, submeter e, até mesmo eliminar o grupo que considera inferior. Ainda aqui é possível distinguir entre a atitude de superioridade que recomenda a “tutela” dos considerados inferiores, para fazê-los aceitar os princípios, o modo de vida, as crenças religiosas dos que se julgam superiores. Foi o que vimos ocorrer com os indígenas americanos ao longo da dolorosa Conquista. No campo político, portanto, a pretensa superioridade, tem sido a justificativa ética de todos os impérios coloniais. O mesmo Bobbio, citando agora Tzvetan Todorov¹², refere que “*transformar, de modo indevido, em valores universais, os valores característicos da sociedade a que pertencemos, ainda quando esses valores nascem de costumes locais, particularísticos, com base nos quais é incorreto, para não dizer insensato e até mesmo ridículo, falar em nossa superioridade com respeito aos que pertencem a um grupo étnico de costumes diversos, igualmente particularísticos.*” (124). Em sua forma mais virulenta, porém, o preconceito excludente, levado ao extremo, objetiva não a “conversão”, mas a eliminação física, como no caso da “solução final” concebida e posta em prática pelos nazistas.

Dada esta compreensão à matéria é que se torna necessário concluir que, muito embora o racismo não possa ser “justificado por fundamentos biológicos

¹¹ Vanity Fair, sept/2002.

¹² T.Todorov, “Nous et les autres”. La réflexion française sur la diversité humaine, Paris Éd. Du Seuil, 1989)

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

ele, no entanto, persiste como fenômeno social. E, é este fenômeno social o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII da Constituição Federal e sua correspondente legislação infra-constitucional.”, conforme a precisa expressão do Prof. Celso Lafer, em parecer que foi apresentado à Corte.

Para exemplificar, valho-me de relatos trazidos pelo historiador Ingo Müller em sua obra “A Justiça de Hitler”.¹³ Nesse livro, seu autor busca responder à perplexidade que decorre do fato de que tais e tantas agressões aos mais básicos direitos humanos tenham ocorrido, sem que as vítimas pudessem contar com o amparo do sistema jurídico e judiciário alemão. De fato, a todos nós causa espanto verificar que num país, onde apenas cem anos antes, um simples camponês podia desafiar o poderoso Kaiser, afirmando sua confiança nos juízes que havia em Berlim; um país cujas instituições jurídicas haviam servido de modelo para tantos outros, ao redor do mundo, pudesse assistir insensível e inerte aos desmandos que tanto sofrimento causaram a tantos. O autor, em análise minuciosa, situa as causas de tal desmonte do sistema de garantias dos cidadãos contra o Estado, num longo percurso através do qual se foi direcionando a magistratura ao estado de conformismo e à ausência de independência, da qual resultou, afinal, a vitimização das liberdades civis e dos direitos humanos.

Por isso mesmo, segundo aquele autor, já em 1844, “Heinrich Simon, Juiz do Tribunal Municipal de Breslau, assinalava a manipulação das Cortes pelo Estado e profetizava: *‘O judiciário prussiano, até aqui tão exaltado, cairá ... e as ruínas desta instituição cairão sobre o trono prussiano e sobre as liberdades civis do povo prussiano.’*”¹⁴ Entre as tantas medidas adotadas pelo regime absolutista de Bismarck, como fórmulas para afastar da magistratura elementos que representassem alguma sorte de oposição ou resistência ao regime, o autor refere o estímulo a aposentadorias precoces a alteração de critérios para admissão à carreira, com a instalação de um período probatório de oito a dez anos em que o juiz não gozava da garantia da independência. Ao longo desse período de “observação” os candidatos podiam ser excluídos sem maiores formalidades. De tudo isso resultou o quadro que o autor pinta com cores vívidas: *“Os únicos candidatos que sobreviviam ao escrutínio eram os leais e complacentes em nível particularmente elevado - aqueles que, em outras palavras, aceitavam a ordem social e política existente de forma incondicional.”*¹⁵

¹³ Ingo Müller, “*Hitler’s Justice – The Courts of the third Reich*”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.

¹⁴ op. cit. p. 5.

¹⁵ op. cit. p. 6.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

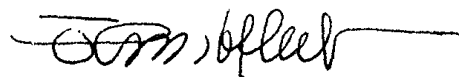
Pois bem, Sr. Presidente, já encerrando essa digressão, é assim que se explica a involução de um sistema judiciário até então exemplar. Corroendo-se sua autonomia, atacando-se sua dignidade, reduzindo-o a mero apêndice ou caixa de ressonância dos projetos de um regime autoritário, conseguiram-se afinal decisões como as que são referidas no livro antes citado, e que vem a propósito da temática versada nestes autos.

Refiro-me, entre tantos outros, ao episódio, relatado pelo mesmo Ingo Müller, em que um locador judeu, após ser chamado, por diversas vezes de “alemão porco” por um de seus inquilinos, notificou-o e requereu o despejo. O Tribunal Central de Pequenas Causas de Berlim rejeitou o caso, mediante a espantosa fundamentação de que : “*Apesar de sua cidadania alemã, o requerente não se enquadra na categoria de pessoas popularmente referida pela palavra ‘alemão’*”¹⁶, e, logo, não teria porque ofender-se ao ser assim apostrofado. Depois, quando o orador nazista Bernhard Fischer afirmou, em reunião pública, que o chefe de polícia era um “*judeu bastardo*”, foi absolvido pelo tribunal distrital de Neuruppin porque não se podia “*reconhecer na afirmação de que alguém tivesse ascendência ilegítima judaica nenhuma expressão de desprezo*”.¹⁷

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

Por essas razões, Sr. Presidente, que agrego às muito melhor formuladas pelos Colegas, é que afirmo ser impossível aceitar a argumentação segundo a qual, se não há raças, não é possível o delito de racismo.

Por isso, com a devida vênia dos que pensam diversamente, alinhom-me à divergência inaugurada por V. Ex^a, para denegar a ordem.



¹⁶ op. cit. p. 19.

¹⁷ op. cit. p.19.

Supremo Tribunal Federal

26/06/2003
TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente, peço vênia aos Ministros MARCO AURÉLIO e CARLOS BRITTO, para antecipar meu voto.

Quando adentrei o Plenário, estava hoje com muitas certezas, mas, após os votos eruditos agora proferidos, além daqueles que V. Exa. e o eminente Ministro CELSO DE MELLO já haviam, com não menos brilho e erudição, proferido, e aos quais tive o acesso prévio, já não tenho dúvidas.

Partindo do pressuposto de que, no campo científico pré-jurídico, ou extrajurídico, já não se reconhece hoje a existência de raças, senão de uma única raça, que é a humana, eu diria que, ainda quando essa não fora verdade científica estabelecida, o que sobretudo releva, no trabalho de interpretação da norma inserta no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, é captar-lhe a idéia subjacente à base semântica do conceito de racismo, ou seja, a idéia do que significaria a palavra “raça”, para efeito de intelecção e incidência dessa regra constitucional.

Ocorre-me ao propósito que, como as demais ciências, o Direito também tem suas próprias realidades, seus conceitos: o Direito cria, mediante múltiplas técnicas, como a ficção, por exemplo, as categorias e os termos exigidos pela operacionalidade do seu sistema, que é o de uma ciência prática.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Em muitas matérias, a ciência jurídica apropria-se, no todo ou em parte, de conceitos, categorias, realidades e termos de outras ciências, incorporando-os ao mundo jurídico e ao sistema jurídico-normativo. E, nesses casos, é menos árduo o trabalho reconstrutivo do intérprete.

Ora, suposto seja ainda possível sustentar, do ponto de vista biológico ou genético, que existam raças, eu diria que, na hipótese, a Constituição não adotou nenhum rigoroso e puro conceito extrajurídico, senão que elaborou conceito próprio, isto é, um conceito normativo. E é com esta como especificidade operacional da Constituição, ao formular a noção de racismo, que deve o intérprete lidar e, lidar com redobrado cuidado, porque está diante da hipótese excepcional de uma modalidade de crime imprescritível. O ordenamento deu, com isso, manifesto relevo valorativo de vigoroso repúdio a um recorte da realidade histórica, que é fruto da crença político-ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros, à vista das suas graves conseqüências sociais, ao negar-lhe à reprovação penal a aplicação da regra geral de prescritibilidade das pretensões, que serve à paz social.

O método exegético consiste, aqui, em retirar da Constituição mesma, mediante raciocínio que guarda alguma afinidade com a chamada "*interpretação teleológica*", o conteúdo nuclear do conceito jurídico-penal de racismo, no seu confronto com a gravidade da norma constitucional e os bens e valores jurídicos por ela tutelados.


Noutras palavras, eu concordaria, em termos, com o Ministro NELSON JOBIM, no passo em que S. Exa. sustenta que a definição de racismo

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

tem de ser pragmática. Mas, pragmática no sentido de atender a esse procedimento lógico-jurídico material de pesquisa da racionalidade da norma.

Parece-me claro que, nela, a Constituição tende, em última instância, a resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem, enquanto portadores de qualificações secundárias, mas capazes de fazê-los alvo cego dessa perversão moral, que é a ideologia racista, expondo-os, com o perigo de repetições históricas, a todas as manifestações concretas de discriminação e violência, as quais, porque atentam contra a dignidade das pessoas que os integram, põem em risco os fundamentos de uma sociedade que quer ser fraterna, plural e solidária.

Parece-me, com o devido respeito, não ser lícito, nessa moldura, emprestar sentido restrito ao termo "*racismo*", até porque, se doutro modo não se tornasse absolutamente inútil, como asseverou o Ministro NELSON JOBIM, seria, quando menos, extremamente pobre, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas. Acho que não foi tão mesquinha a intenção objetiva da norma constitucional, que aparece, antes, extremamente generosa na tutela daqueles grupos humanos, porque, no fundo, o de que se trata é de preservar os fundamentos da República (art. 1º, II e III, da CF), preservando a integridade das pessoas, no que têm de substancial e universal, enquanto dotadas da mesma dignidade como iguais membros da raça, dessa orgulhosa raça humana. 

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

De modo que, Sr. Presidente, já não teria nenhuma dúvida em denegar a ordem.

O que me impressionou foi a objeção de certo modo insinuada nas intervenções do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Mas, nesse aspecto, ainda que reconheça e afirme a liberdade teórica de expressão de todo editor e autor, cujas atividades são de óbvia licitude - eu mesmo já li, sem nenhum juízo de censura ao editor, "*Os Protocolos dos Sábios do Sião*", com introdução e notas de Gustavo Barroso, se bem me recordo -, o que me basta e convence, no caso, é o fato incontroverso de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica. Ou seja, se ele se propusesse ou apresentasse apenas como editor casual de tais obras, ou até como editor de excentricidades, eu decerto consideraria com outros olhos este **habeas corpus**. Não é esse o caso, porém, senão de reprovável comportamento sistemático. Ele, na verdade, dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos. E isso tem significado óbvio: trata-se, a meu ver, de prática que contraria a tutela constitucional e, portanto, se tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão.

Não obstante o grande respeito, que sempre tive e reitero nesta oportunidade, ao Ministro MOREIRA ALVES, a quem reconheço como um dos



Supremo Tribunal Federal
HC 82.424 / RS

mais eruditos, inteligentes e respeitáveis Ministros que ilustraram esta Corte,
peço vênua para denegar o **habeas corpus**.



Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 82.424-2

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES

PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER

IMPTES.: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem para pronunciar a prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2002.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem, e dos votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, este último em antecipação, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 09.04.2003.

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por inexistência de previsão regimental, indeferiu o pedido de nova sustentação oral do ilustre advogado do paciente, tendo em vista não se encontrar mais nesta Corte, pela aposentadoria, o Senhor Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, nesta preliminar, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que indeferia o *habeas corpus*, anteciparam os votos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, também denegando a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Carlos Britto. Não participou da votação o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.06.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.


Luiz Tomimatsu
— Coordenador

Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MOREIRA ALVES
RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO PRESIDENTE
PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER
IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEBATES

J O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro, V.Exa. não está reexaminando todo o juízo emitido pelo primeiro e pelo segundo grau em sede de **habeas corpus**? Reexaminando toda a prova no sentido de que a conduta seria atípica?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - É o que enfrento na seqüência imediata.

J O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - V. Exa. está examinando esse problema?

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE) - Ministro Carlos Britto, parece que esta questão não está em jogo, porque o **habeas corpus** cuida apenas da imprescritibilidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Essa parte do voto do Ministro Carlos Britto envolve uma proposta de **habeas corpus** de ofício.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Exatamente; é quanto a isso que eu quero concluir.

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sim, mas V.Exa. está examinando toda uma prova sem ter os autos em mãos, pois tem os elementos que vieram no **habeas corpus**. V.Exa. está revendo um juízo material de valor emitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação à matéria. Ou seja, estamos nos erigindo em terceiro grau de jurisdição para efeito de rever a decisão penal? Sendo que as condutas tipificadas não se realizaram em determinado momento e, se assim não aconteceu, não se caracterizava um crime? Estamos invertendo todo o processo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Como diria Camões, redivivo: "Cessa tudo que a antiga musa canta que outro valor mais alto se alevanta".

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Camões não conhecia Processo Penal. V.Exa. está pretendendo que o Tribunal, com Camões ou sem Camões, ponha-se no lugar do Tribunal de Justiça para emitir um juízo de valor sobre a conduta realizada. E a questão posta aqui é: é imprescritível ou não?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - É que se trata de impedir a consumação de nulidade absoluta: a retroatividade incriminadora da lei.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - V. Exa. me permite? Só para complementar a linha de raciocínio do Ministro NELSON JOBIM, eu

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

faria duas indagações: V. Exa. tem em mãos todas as provas dos autos?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Tenho.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - E, segundo essas provas, está porventura demonstrado que os fatos imputados ao ora paciente foram anteriores ao início de vigência da lei que definiu e tipificou o crime?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Perfeito. Se alguém quiser pedir vista em mesa dos autos, pode confirmar.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Não é preciso. V.Exa., como examinou os autos e evidentemente vai, com base neles, sustentar o seu ponto de vista, pode indicar-nos quais são essas provas.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, a mim me parece, com a proposta, por um Ministro, de **habeas corpus** de ofício - cabível ou não, examinando prova ou não, isso são considerações para acompanhá-lo ou não -, o Tribunal tem de votar. E como não temos mais a presença do Relator o em. Ministro Moreira Alves, V.Exa., que votou em seguida, é o substituto do Relator.

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE)- Ministro Carlos Britto, se esta preliminar sua da questão de ordem for vencida, V.Exa. prossegue o voto ou pára por aí?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Prossigo. A questão de mérito será enfrentada.

Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULVOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE) - Entendo que essa questão é estritamente de fato. A matéria de que cuida o habeas-corpus é exclusivamente relativa à prescritibilidade ou imprescritibilidade do delito; por conseguinte não vejo aqui campo para conceder-se de ofício o habeas-corpus.

Nestes termos, manifesto-me, **data venia**, contrário à questão de ordem, para que se prossiga no julgamento.



Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULVOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, ainda não posso votar. Preciso saber se os fatos estão demonstrados, porque, se estiverem com certeza, não vejo como evitar concessão de **habeas corpus ex officio**. O problema todo é prévio: saber se os fatos são duvidosos, ou se estão demonstrados suficientemente para que o Tribunal profira decisão tão grave como esta, que é a de expedir **habeas corpus ex officio**, quando não há impedimento a que essa matéria seja rediscutida, com a profundidade necessária, em eventual **habeas corpus** de iniciativa do paciente. Tenho de me armar de certeza absoluta para proferir decisão tão relevante. ✓

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Tal como lido, fiz um confronto de datas, e cheguei à conclusão, convictamente.

HC 82.424 / RS *Supremo Tribunal Federal*

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - V. Exa. sustenta, então, que o racismo no Brasil só veio a ser apenado com a reforma estabelecida pela lei de 1990?

E a lei anterior, de 1939, Lei Caó?

E a lei anterior, de Sarney?

E a lei anterior, de Afonso Arinos, de 1950?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Mas a vedação de publicação de livros só veio com a Lei nº 8.081.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE):
- E a Constituição?

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Onde temos regras gerais em relação a isso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - A Constituição também não fala da publicação de livros, porque remeteu para a lei a incumbência de definir o crime, de

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

aportar os elementos conceituais do crime e o respectivo apenamento. Mas é uma proposta. V. Exas. decidem.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE):

- A verdade é que os livros foram editados, e a matéria já está mais do que esclarecida.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Se o Tribunal me permite uma reflexão, continuo um tanto preocupado, por ter aventado uma consideração que poderia envolver a concessão de um **habeas corpus** de ofício: estou cada vez mais constrangido porque o julgamento parece dirgir-se para uma denegação de ofício de **habeas corpus**, quanto a fundamento não invocado pelo impetrante. Evoluo, assim, para afastar qualquer outra consideração que não seja o fundamento da impetração.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A não ser que contemos, nos autos, com os parâmetros indispensáveis à concessão.


HC 82.424 / RS *Supremo Tribunal Federal*

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - À concessão, ou então a uma clara definição de que não estamos decidindo de ofício sobre a questão. Proferir um **non liquet**, como é o sentido do voto que acaba de proferir o Ministro Cezar Peluso, que não se sente esclarecido sobre a questão.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - E sem prejuízo para o paciente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O indeferimento poderá sinalizar que os dados cronológicos apontados pelo relator não procedem. Aí é que está o perigo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aí é grave, porque se estará suprimindo uma instância; isso é evidente. Um prejuízo para o acusado.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Como é imprescritível o poder de ajuizar **habeas corpus**, os fatos poderão ser rediscutidos a qualquer tempo, com a certeza exigível a respeito. 

HC 82.424 / RS *Supremo Tribunal Federal*

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE):

- Ministro Cezar Peluso, de que maneira V. Exa. votaria então?

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Não tenho nenhum elemento para tomar tão grave decisão, com o devido respeito. Denego o **habeas corpus** de ofício. ✓


O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE):

- V. Exa. resolve a questão de ordem denegando o **habeas corpus**, de ofício.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, a preocupação do ministro Sepúlveda Pertence procede. Algo é assentarmos que não temos elementos para chegar à concessão de ofício. Outra coisa, diversa, é denegar-se a ordem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Eu proporia ao Ministro Cezar Peluso uma modificação vocabular: não é não conhecer, porque ninguém pediu; é não conceder o **habeas corpus** de ofício, por não se sentir devidamente esclarecido quanto à questão de fato.

HC 82.424 / RS *Supremo Tribunal Federal*

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente,
assumo esse enunciado. 

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MOREIRA ALVES
RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO PRESIDENTE
PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER
IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Tem que deixar muito claro que é um **non liquet**, porque as ponderações do Ministro Carlos Britto são muito sérias.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE) - Tenho a impressão de que essa questão está mais ligada ao mérito.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - É claro que isso está fora do pedido. Se não fosse **habeas corpus**, não estaríamos nem cogitando disso e nenhum dos outros Ministros, a partir de uma provocação minha, teria descido a doutíssimas considerações sobre o problema de liberdade de expressão **versus** racismo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Eu assumo isso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, V. Exa., o voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes, já antes o voto do Sr. Ministro Celso de Mello, que são verdadeiras denegações de um **habeas corpus** que ainda não foi impetrado.



Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, o princípio da anterioridade da lei penal, para chegar-se à persecução e ao decreto condenatório, é de conhecimento de todos. Não posso imaginar que, diante do que seria o aqodamento na propositura da ação penal, não se tenha buscado a glosa desse mesmo aqodamento. Não teria a menor dúvida em acompanhar o relator se o voto de Sua Excelência partisse de elementos concretos existentes nos autos, elementos ligados às datas das edições, da elaboração ou da prática dos atos tidos - e é essa a decisão transitada, penso, em julgado -, aqui, como configurados.

Lembro-me, e acompanhei com atenção o voto proferido, que Sua Excelência partiu para ilações, presente até mesmo a presunção. Mas diria, Presidente, que a presunção deve militar no sentido do que normalmente ocorre. E, se tivesse havido o ajuizamento precoce da ação penal, teríamos a mais fácil, a mais viável das matérias de defesa a serem veiculadas, que é a ausência de anterioridade.

Por isso, creio que a hipótese não comporta o *habeas* de ofício, por não termos aí elementos concretos definidores de que, só após a prática, houve a disciplina e a definição da tipologia

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

penal. Creio que a situação conduz ao indeferimento do que preconizado pelo relator mas, a partir, repito, da ausência de elementos, o que não fecha a porta a uma nova impetração, uma vez averiguado e confirmado o quadro fático que lhe dê respaldo.



Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O

(S/QUESTÃO DE ORDEM)

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - Sr. Presidente, essa questão não constitui fundamento do pedido de **habeas corpus**. O fundamento do **habeas corpus** situa-se no campo de ser imprescritível, ou não, o delito. Mesmo nos casos em que o exame da prova diga respeito ao fundamento do **habeas corpus**, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se faz, no processo de **habeas corpus**, exame da prova, principalmente se esse exame há de ser aprofundado.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Veja a conclusão: os livros teriam sido editados em 1989; mas não é de edição que se trata. Como votou o Ministro Cezar Peluso, na última sessão, trata-se, claramente, da divulgação e da campanha, e deu-se, exatamente, depois de 1990; então essa é matéria estritamente de prova. Se ele editasse o livro em 1930 e guardasse os livros, e, depois, a sua família o distribuísse no ano 2000, não estaria praticando um crime? Não é a edição do livro, é a divulgação visando atingir a raça.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - V. Exa. está levando a imprescritibilidade até depois da morte.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Todos os judeus do holocausto sabem o que significa a morte. Sabem muito mais do que nós.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Foi maldade minha: V. Exa. se referiu à família.

O SENHOR MINISTRO CARLOS VELLOSO - E veja V.Exa., Sr. Presidente, que se tem questão nova, dado que o impetrante, em nenhum momento, pretendeu isso. Será que não estaria bem assistido o paciente? E posso dizer, pelo que conheço do impetrante, que está o paciente muito bem assistido, em termos de assessoria jurídica, por um notável advogado gaúcho. De maneira que estamos laborando em terreno movediço, examinando prova num caso em que nem o impetrante desejou que isso fosse feito.

Ora, o réu não está preso, não se tem esta necessidade, não é razoável a precipitação precipitadamente, a tentativa de concessão de **habeas corpus** de ofício num caso tão relevante. Essa questão ficaria, caso desejasse o impetrante, para revisão criminal.

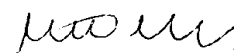


Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Afinal de contas, a questão não fica somente na data em que o livro foi editado. Pode-se editar um livro, hoje, com data de dez anos atrás para se evitar implicações V.Exa. sabe que isso ocorre, e a prova é muito complexa. No caso, quando é que se fez essa divulgação?

Peço licença ao meu eminente Colega, Ministro Ayres Britto, para o fim de decidir por não ser o caso, por não estarem preenchidos os requisitos, de **habeas corpus** de ofício.



* * * * *

Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

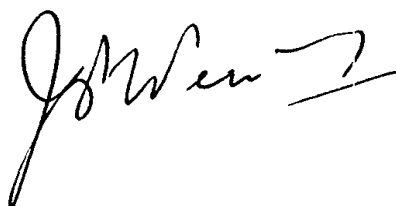
TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O

S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, deixo de conceder **habeas corpus** de ofício, nos exatos termos dos votos pronunciados pelos eminentes Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio. Dado que há o risco iminente de denegação de ofício de **habeas corpus**, como se acaba de ver do eloqüente voto do eminente Ministro Celso de Mello, acho que o mais prudente é, simplesmente, não cogitar de **habeas corpus** de ofício e me adstringir, em homenagem ao Relator, a partir de agora, exclusivamente, à fundamentação do pedido.

CR/



Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

TRIBUNAL PLENO


HABEAS CORPUS 82.424

VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Sr. Presidente, não retiro a proposta, porque fiz uma coisa muito simples: li a denúncia e busquei as datas nela própria. Acabei de receber o processo. A autoridade denunciante indica as datas de edição e reedição dos livros, e elas ou são manifestamente anteriores à data da lei increpadora, ou, simplesmente, suscitam aquela dúvida. A lei é de 90. Há dois livros que são de 90, mas o órgão promotorial público não diz em que mês essas edições ou reedições se deram. Então, aplico o princípio constitucional do **in dubio pro reo**; simplesmente isso. Mas acato, do ponto de vista do respeito, a decisão de V. Ex^a., e não tenho como deixar de fazê-lo, apenas não mudo de opinião.

Peço vênias para persistir na minha proposta.

* * *



Supremo Tribunal Federal

26/06/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL**RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES**

REDATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO PRESIDENTE

PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER

IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V O T O

(VISTA)

Introdução

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Por haver solicitado vista do processo, durante a sessão plenária do dia 26 de junho do fluente ano, trago à douta apreciação dos meus dignos pares o voto que adiante verbalizo.

2. À guisa de introdução acerca da tramitação do feito, no entanto, permito-me anotar que o presente *habeas corpus* tem por paciente o **Sr. Siegfried Ellwanger Castan**. No pólo contrário, ou seja, na condição de parte nominalmente apontada como coatora, comparece o augusto **Superior Tribunal de Justiça**. E como objeto da impetração, pedido de desfazimento da cláusula de imprescritibilidade que se encontra averbada à condenação penal imposta a ele, paciente, pela 3ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

3. Atento à natureza e ao conteúdo das peças judiciais acostadas ao *remédio heróico* do *habeas*, assim como aos documentos constitutivos do processo originário (por mim requisitado), relembro que tudo começou pela aceitação de denúncia do Ministério Público *sul-rio-grandense* contra o paciente, sob a acusação do crime de "incitar e induzir a discriminação racial". Denúncia que se fez em acatamento a representação de terceiros (um deles enquanto representante da Federação Israelita do Rio Grande do Sul), **em data de 12 de novembro de 1991** e assim nuclearmente vocalizada pelo digno Promotor de Justiça:

"Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda., situada na Rua Voltaire Pires, nº 300, conj. 02/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e com isso procura **incitar e induzir a discriminação racial**, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica" (fls. 18, sem os caracteres negritados).

4. Em seqüência, o Órgão Ministerial Público arrolou as obras que o paciente escreveu ou editou, delas pinçando os trechos que entendeu caracterizadores do mencionado delito de discriminação racial (fls.18/23). Todavia, como o paciente veio a ser absolvido pela juíza substituta **Bernardete Coutinho Friedrich**, da sentença



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

absolutória recorreram os assistentes da acusação. Recorreram e obtiveram êxito na sua irresignação, acrescento, visto que o ato sentencial monocrático veio a ser totalmente reformado pela unanimidade dos membros da referida Câmara Criminal do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E confirmado esse último aresto, enquanto peça condenatória do paciente, pela quase totalidade dos ministros que formam a egrégia "Quinta Turma" do Superior Tribunal de Justiça STJ (a única discordância ocorreu pelo voto do ilustrado ministro **Edson Vidigal**).

5. De lembrar, por importante, que as doudas manifestações do Ministério Público também não primaram pela irrestrita convergência. Enquanto o órgão promotorial da primeira instância terminou por requerer a absolvição do réu (tanto que nem recorreu da sentença absolutória), os outros agentes ministeriais que atuaram nas supervenientes instâncias judicantes insistiram na tipicidade penal da conduta do ora paciente.

6. Prosseguindo neste retrospecto, consigno que a ação criminal teve por calço jurídico-positivo o **art. 20, caput, da Lei nº 7.716/89, com a redação da Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990**. O mesmo e único fundamento, por sinal, em que se louvou a multicitada Câmara Criminal (fls. 28) para reformar a sentença de 1ª



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

instância e condenar o paciente a 2 (dois) anos de reclusão, com direito a *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos. E sem nenhum acréscimo, supressão ou modificação por parte da colenda Quinta Turma do STJ quanto àquele embasamento jurídico-positivo condenatório.

7. Aqui, nesta Casa Maior da Justiça Brasileira, o processo chegou pela mais desembaraçada via do *habeas corpus*, conforme anunciado nas primeiras linhas desta anotação prévia. Impetração, essa, recebida como "instrumento substitutivo de recurso ordinário" e que já foi conclusivamente relatada pelo eminente ministro **Moreira Alves**; tendo Sua Excelência votado, como sabido, pelo deferimento do *heróico remédio*. E assim procedeu o erudito relator, em consideração ao juízo comprovadamente objetivo (porque científico) de que não há raças humanas. É dizer: "não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado". No que o preclaro Ministro terminou por acolher o próprio fundamento do *habeas*, consistente na afirmação de que discriminar o judaísmo é crime, sim, porém não chega a ser manifestação de racismo. E não chega a ser manifestação de racismo, precisamente porque não há raças humanas, assim no plural. O que existe é tão-somente uma raça



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

humana, uma única raça humana, em oposição às raças que proliferam no reino dos animais irracionais.

8. Não logrou adeptos imediatos, contudo, o consagrado ministro **Moreira Alves**. 6 (seis) não menos ilustrados membros desta Corte Suprema já pronunciaram seus votos de forma diametralmente oposta à pretensão do paciente. É falar, os eminentes ministros **Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Nelson Jobim, Ellen Gracie** e **Cezar Peluso** entenderam praticado o crime de racismo, sim, contra o povo judeu; mesmo reconhecendo, a *una voce*, a cientificidade daquele juízo da inexistência de raças humanas. E se crime de racismo houve, não há por que desconstituir a cláusula de imprescritibilidade de que a trata a Constituição Federal.

9. Se me fosse possível avançar um *minimum minimorum* de comentário sobre a contradita de todos os seis preclaros ministros, falaria: a) inicialmente, da proposição **jobiniana** de que a tese do insigne relator do *habeas* deixaria sem núcleo semântico, sem conteúdo significante o próprio dispositivo constitucional que faz da prática do racismo um crime (pois é de todo evidente que não se pode dar a um dispositivo constitucional-originário nenhum tipo de interpretação nulificadora da própria norma por ele veiculada); b) em segundo lugar, traria à tona o juízo de que toda forma de anti-



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

semitismo é incontornável manifestação de racismo (tal como exposto nos fundamentados votos dos ministros **Maurício Corrêa**, **Celso de Mello** e **Carlos Mário Velloso**), pela mais direta, recente e dolorosa vinculação desse gravíssimo preconceito ao holocausto de que foi vítima o povo judeu, no transcurso da Segunda Grande Guerra; c) comentaria, enfim, a sólida convicção dos ministros **Ellen Gracie**, **Gilmar Mendes**, **Celso de Mello** e **Cezar Peluso** quanto ao fato de que o paciente ultrapassou todas as fronteiras da sua liberdade de manifestação do pensamento para invadir o proibido território do racismo anti-judaico, seja por escrever, editar e reeditar o livro "Holocausto Judeu ou Alemão?" (com o subtítulo de "Nos Bastidores da Mentira do Século"), seja por reeditar e expor à venda livros de autores que enveredaram pelo mesmo infectado pântano do anti-semitismo. Sendo, por conseqüência, irretocavelmente justa ("adequada" e rigorosamente conforme "o princípio da proporcionalidade", ponderou o ministro **Gilmar Mendes**) a pena que lhe fora aplicada pela egrégia 3ª Câmara Criminal da Corte de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Com a averbação de imprescritibilidade e tudo.

10. Este o breve retrospecto de uma causa, Senhor Presidente, que talvez como nenhuma outra me possibilitou conhecer o apurado desvelo profissional e a fulgurante inteligência de todos os 6



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

(seis) ministros que tive a honra de citar pelos respectivos nomes. A cujo refinado labor é de se ombrear as peças já produzidas pelo insigne relator **Moreira Alves**, pelo douto Procurador Geral **Cláudio Fonteles**, e pelo assim chamado *amicus curiae* **Celso Lafer** (autor do alentado parecer que tão bem impressionou os ministros **Celso de Mello** e **Carlos Mário Velloso** e que também tive a honra profissional e o deleite pessoal de ler).

O manejo de princípios constitucionais contrapostos

11. Passando ao esboço do meu voto, propriamente, observo — como certamente os doutos ministros já observaram, mesmo sem explícita verbalização — que toda esta demanda nos coloca no epicentro do instigante e atualíssimo tema da contraposição de princípios jurídicos. É como dizer: os fatos ensejadores da denúncia e trazidos ao conhecimento deste STF pela via constitucional do *habeas corpus* são fatos para cuja subsunção o magistrado tem que aplicar alguns modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência; ou seja, o decididor tem que trabalhar com determinadas normas de conteúdo axiológico e índole constitucional que, no caso, parecem demandar interpretação maniqueísta ou de radical exclusão de uma delas.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

12. Com efeito, seja qual for o ângulo jurídico de análise da questão de fato, o decididor se vê na insólita dificuldade de aplicar certos comandos jurídico-positivos em concreto estado de tensão, *pressionando*, cada um deles, por uma exclusiva ocupação de espaço. E o que é mais trabalhoso e delicado é que se trata de comandos expressivos daqueles princípios que, de tão excelsos, a Constituição incluiu nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil (como desenganadamente são os *protoprincípios* da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e do pluralismo político). E perpassantes, além do mais, do preâmbulo e dos objetivos fundamentais da mesma Federação Republicana.

13. Como sobejamente conhecido, os princípios constitucionais ostentam essa característica da inter-referência e ela se dá tanto por complementação (um princípio se colocando enquanto *sub* ou *serviente* de outro) **quanto por oposição**. E é quando o caso concreto suscita a aplicabilidade da inter-referência por oposição que o magistrado nem sempre tem a chance do ajustamento ou compatibilização deôntica. Sua opção é por vezes radical, no sentido de ter que excluir a incidência de um dos princípios em confronto.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

14. Esse fenômeno da inter-referibilidade por oposição é de maior ocorrência — força é dizê-lo — no curso das relações que os particulares travam entre si e com o propósito de exercitar direitos e garantias individuais. Que são direitos e garantias imediatamente referidos ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e defluentes de uma sociedade **culturalmente pluralista**; ou seja, de uma sociedade que se compõe de grupos humanos culturalmente díspares, formados por seres dotados de estrutura biopsíquica também personalíssima. Vale dizer, pessoas de mundividência e gosto pelas coisas verdadeiramente únicos. Por isso mesmo, pessoas que se fazem detentoras de uma jurídica autonomia de vontade para materializar as suas insimilares convicções políticas e filosóficas, de parelha com suas também insimilares preferências estéticas, profissionais, sexuais, religiosas, culinárias, etc., pois somente assim é que o ser humano se realiza enquanto ser humano mesmo (“ninguém é igual a ninguém”, “cada cabeça uma sentença” e “gosto não se discute” são ditos populares que muito bem exprimem a incrível capacidade que tem a natureza de jamais se repetir). Assumindo o Direito Positivo, de conseguinte, o inevitável risco de ver uma dada autonomia de vontade a se antagonizar com outra, por abuso de uma delas.

15. Este o fadário, a assumida destinação de um Direito que faz da convivência entre os contrários um dos mais expressivos



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

conteúdos da Democracia (**Tobias Barreto** dizia ser o Direito o *modus vivendi* possível). Sabendo, de antemão, que a abstrata legitimação do uso de uma vontade individual pode resvalar para a danosa prática da abusividade. Mas também por antecipação convencido da maior valiosidade da premissa democrática de que não é pelo receio do abuso que se vai proibir o uso daqueles direitos e garantias em que mais resplende o valor da Liberdade. Há fórmulas compensatórias de resolução de conflitos e a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é a mais estratégica de todas elas. Com o quê a sociedade pode recobrar o seu necessário estado de harmonia.

16. Ciente e consciente de tal *sobredificuldade* metodológica, antecipo que todo o meu esforço operacional será o de demarcar o campo de lídima expressão de cada princípio em estado potencial de atrito, a fim de evitar o concreto sacrifício de um deles. Se não me for possível fazê-lo, também adianto que a minha preferência recairá sobre essa ou aquela norma-princípio que melhor assegure a aplicabilidade de outras que também tenham tudo a ver com o preâmbulo da Constituição, os fundamentos (incisos de I a V do art. 1º da C.F.) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (incisos de I a IV do art. 3º da mesma C.F.). Dito pela forma contrária, o meu crivo de seleção prestigiará esse ou aquele princípio que, no caso vertente, menos sacrifício imponha aos



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

demais. Demais princípios, reafirmo, nos páramos da mesma *santíssima trindade* do preâmbulo da Constituição e dos fundamentos e objetivos fundamentais da Federação Republicana brasileira.

Questão de Ordem

17. Assim postas as coisas, começo por levantar **uma questão de ordem**. E digo uma questão de ordem porque o fato a que vou me referir não foi, ao que me parece, até agora processualmente mencionado ou, por qualquer modo, versado. Ele se traduz no seguinte: nem o órgão promotorial de 1ª instância, nem os assistentes da acusação, nenhum desses atores processuais originários fez a prova de que o delito em foco se materializou **no lapso de vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como incriminador da conduta do réu, agora paciente**. Quero dizer: nada nos autos atesta que a denunciada prática do crime de racismo se deu após a publicação da Lei federal de nº 8.081, de 21 de setembro de 1990; que foi a lei veiculadora do *novidadeiro* artigo nº 20, por ela adicionado à Lei penal nº 7.716/89, e cuja redação é esta:

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos."



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

18. Convém insistir ainda um tanto, para maior clareza da questão de ordem: o pólo processual ativo do processo, na instância originária, tinha o dever de provar que o delito se materializara após a entrada em cena do dispositivo penal increpador. E tinha o dever de provar, porque até a data de vigência da Lei nº 8.081 o preconceito racial enquanto crime não estava associado à sua veiculação "pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza". É só conferir o modo originário como a Lei nº 7.716 foi redigida para de pronto se concluir que dela **não constava a ocorrência do delito pela via a que se reporta a lei que lhe deu imediata seqüência temporal (a de nº 8.081)**. Nova lei, por sinal, qualificadora do crime, naturalmente pelo fato de que "praticar, induzir ou incitar" o racismo "pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" passa a implicar propaganda aberta ou convocação pública para delinquir. Uma *orquestração*, destarte, própria de quem não tem sequer o pejo de se assumir como racista, ou de quem se esforça por fazer proselitismo (por hipótese, se alguém faz publicar edital de recrutamento de pessoas de "boa aparência" e ali mesmo exclui os candidatos de cor, ou portadores de uma nacionalidade em particular, está a incidir em preconceito racial pela forma direta ou pessoal. Mas se vem a público para falar bem desse tipo de prática excludente, ou de outras do gênero, passa a compor um tipo de discurso aliciante que o tangencia para a



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

zona da incitação ou do induzimento, que são práticas indiretas do mesmo e proibido preconceito).

19. Acresça-se que dois outros específicos mandamentos jurídicos jungiam a instância acusadora ao dever de provar que a ação tida por criminosa ocorrera em data posterior à da lei increpadora. São eles:

I - o inciso XXXIX do Magno Texto Federal, assim vernacularmente paramentado: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Estatuição que se traduz no princípio da **estrita legalidade penal**, particularização que é do genérico princípio da **reserva legal**, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (inciso II do art. 5º da Carta Republicana de 1988);

II - o art. 41 do Código de Processo Penal, na redação de todos conhecida: "A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas".



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

20. Ora bem, de tal inafastável dever não se desincumbiu o pólo acusatório da demanda, *venia concessa*, conforme se constata pela simples confrontação de datas; ou seja, da confrontação da data de publicação da Lei nº 8.081 (tal publicação é de 24 de setembro de 1990) com as datas de edição e reedição dos livros objeto da ação penal pública, **o que resulta é a falta de demonstração da anterioridade da primeira em relação às demais.**

21. Realmente, fácil é perceber que:

I - são de 1989 as datas de edição ou reedição dos seguintes livros, objeto da denúncia e apreendidos por ordem judicial: "O Judeu Internacional", de **Henry Ford**; "Os Protocolos dos Sábios de Sião", apostilada por **Gustavo Barroso**; "Brasil Colônia de Banqueiros", de **Gustavo Barroso**; "Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da Mentira do Século", de autoria dele mesmo, paciente, sob o pseudônimo de **S.E. Castan**;

II - não vem acompanhada de nenhuma indicação de data a 3ª edição do livro "Os conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra", que tem por autor o húngaro **Louis Marschalko**", mas é de se presumir que tenha



Supremo Tribunal Federal

470

HC 82.424 / RS

sido anterior à data da denúncia, pois o fato é que esse livro, cuja 1ª edição é de 1958, já constava da representação em que se louvou o Órgão Promotorial para o ajuizamento da denúncia (e tal representação é de 3 de julho de 1990);

III - finalmente, as outras duas obras ("A História Secreta do Brasil", 1ª reedição, escrita por **Gustavo Barroso**, e "Hitler, Culpado ou Inocente?", 1ª edição, do escritor **Sérgio Oliveira**, essas têm data, sim, mas apenas quanto ao ano nelas impresso (que foi o de 1990). Nenhuma referência existe quanto ao mês das respectivas publicações, porém é de se presumir que esse mês tenha sido anterior à data de publicação da Lei nº 8.081 (sem falar que a primeira delas também figurava na citada representação, enquanto a outra, por silêncio do Ministério Público, não comporta exegese que não seja a do *in dubio pro reo*).

22. Por que a exegese do *in dubio pro reo*? Pela clara razão de que vigora em nosso Ordenamento Jurídico o princípio **da presunção de inocência** em matéria penal, todo ele defluente do seguinte versículo da *Lex Legum* de 1988: "ninguém será considerado culpado



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (inciso LVII do art. 5º).

23. É certo que, em contraponto a este equacionamento, alguém poderá dizer que o paciente não apenas editou e reeditou livro próprio e livros alheios. Ele também expôs à venda todas essas obras. Mas a contradita se me antolha descabida. Primeiramente, porque a venda ou comercialização de livros é tão-somente uma consequência ou efeito natural das respectivas edições ou reedições (aquela é absorvida por estas). Em segundo lugar, porque essa mesma comercialização faz parte da liberdade empresarial ou liberdade de iniciativa que o Código dos Códigos erige a fundamento da República Federativa e da Ordem Econômica brasileira (a teor do inciso IV do art. 1º e do *caput* do art. 170, mais o parágrafo único desse mesmo artigo, assim redigidos:

"Art. 1º. (...):
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".



HC 82.424 / RS

24. Acresça-se uma terceira razão em prol da licitude da concreta ação do condenado, ora paciente, que é precisamente esta: **a proibição da venda de livros não constava da Lei nº 8.081/90**. Ela, proibição de venda, somente foi normatizada pela Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, **e ainda assim para criminalizar um outro tipo de conduta**: "Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo" (§ 1º do artigo 20). Que não é o caso dos autos.

25. Outro fundamento aparentemente oponível a atipicidade da conduta do réu, ora paciente, estaria no chamado "crime permanente". Acontece que não estão presentes os pressupostos ou elementos conceituais desse crime. A uma, porque editar ou reeditar livros é conduta que se perfaz e se exaure com a sua instantânea ocorrência. O empirismo em si do seu desencadear (o que se pode protrair no tempo são os efeitos da conduta, mas aí o que se tem já é a figura distinta do "crime instantâneo de efeitos continuados"). A duas, porque a outra característica do crime permanente é o fato de sua consumação poder cessar pela vontade do agente (caso típico do seqüestro) e o fato é que a pessoa responsável pela concreta edição de um livro já não tem como praticar a respectiva *desedição* nem impedir a leitura desse livro por eventuais adquirentes (para melhor



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

proveito, na matéria, é de ler a obra "Direito Penal," vol. 1, Parte Geral, Ed. Saraiva, 23 edição de, 1999, pp. 193/194, de **Damásio de Jesus**).

26. Este o primeiro anunciado entrechoque de normas constitucionais, todo ele situado na esfera daqueles imediatos direitos e garantias que a *Lex Maxima* colocou ao serviço do megaprincípio da dignidade da pessoa humana, conforme anteriormente falado. É que o direito de não ser racialmente discriminado **é tão direito humano quanto a garantia da licitude da conduta não previamente incriminada por lei.** Se se prefere, o delito inafiançável e imprescritível da discriminação racial somente por diploma legal é que tem descritos os elementos de sua completa definição (o Texto Maior de 1988 só não requesta as achegas da lei, em matéria de crime e de pena, quando menciona "a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático", que é o tema do inciso XLIV do art. 5º). Como também por conduto da lei é que se lhe gradua a pena de reclusão a que fica sujeito, consoante ressaí da seguinte voz de comando: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (inciso XLII do art. 5º). Saltando à evidência que a lei aqui referida é a lei em sentido formal — de elaboração congressional, portanto — e necessariamente



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

prévia à conduta de um eventual acusado de praticar a discriminação por racismo; pois é certo que tal previsão legal já consta de um inciso anterior do mesmo art. 5º do Magno Texto Federal, que é o inciso XXXIX, ainda há pouco transcrito ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal").

27. A consequência lógica desse encadeado visualizar das coisas é que, sem previsão legal, o crime não se materializa. Assim como não se materializa o respectivo apenamento. E por tudo isto é que não tenho como fugir, Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Procurador Geral da República, — não tenho como fugir do reconhecimento da carência de justa causa para o aforamento da ação penal pública.

28. Que o fecho deste segmento de idéias coincida com a lembrança de que a garantia constitucional da necessidade de edição de lei formal, e lei prévia, tanto para incriminar alguém quanto para infligir-lhe castigo, é uma das mais brilhantes e atualizadas páginas do constitucionalismo liberal. É preceito figurante do art. XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem ("Ninguém poderá ser condenado por qualquer ação ou omissão que, no momento em que foram praticadas, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional (...)") e princípio constitucional do processo, aqui no Brasil, com a majestade própria daquelas relações sobre as quais se pode dizer que "a forma é da substância do ato".



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Ou diante das quais **Von Ihering** pôde ajuizar que "a forma é inimiga do capricho e irmã gêmea da liberdade". Tudo a inadmitir desprezo ou postergação, mesmo diante de conduta sinalizadora dessa "perversão moral" que é o racismo, tal como adjetivado pelo eminente ministro Cezar Peluso.

29. É o quanto me basta para, resolvendo a questão de ordem, **conceder o habeas corpus**. Concessão de ofício, claro, pela inovação da causa de decidir: a atipicidade da própria conduta do paciente, à época dos fatos noticiados na denúncia. E como se trata de impedir, aqui, a consumação de nulidade absoluta (retroatividade da lei penal para prejudicar o réu), penso que nada impede o deferimento do writ no próprio instante processual do seu julgamento, nos termos do § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal.

Mérito da CausaO regime constitucional do racismo• *O racismo enquanto crime*

30. Quanto ao mérito da demanda, propriamente, impõe-se-me reconhecer que o seu enquadramento jurídico passa, antes de tudo, pela fixação dos contornos constitucionais do racismo; ou seja, antes mesmo do exame da citada legislação infraconstitucional, é



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

preciso ver o modo pelo qual a Constituição versou, por conta própria, o tema da discriminação racial. Sabido que esse vexatório assunto faz parte das mais cuidadosas preocupações da Carta Republicana do Brasil.

31. Com efeito, há um regime diretamente constitucional do racismo. O tema é de berço normativo nobre e muitos são os aspectos que ressaem dessa normatividade jurídica *de primeiríssimo escalão*; afigurando-se-me de boa metodologia focar o assunto a partir do próprio dispositivo que tipifica o racismo como crime. É o sobredito inciso XLII do art. 5º, agora literalmente reproduzido: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

32. De pronto, atina-se com a relevância constitucional do assunto. Dos 77 (setenta e sete) dispositivos em que se desdobra o art. 5º da Carta Maior de 1988, apenas 3 (três) são diretamente *criminalizadores* de conduta. São os incisos XLII a XLIV, e um deles, justamente, faz da prática do racismo a sua hipótese de incidência. Logo, mais que genérica ou anódina ilicitude, mais que uma caracterizada contravenção penal, **o racismo é crime**. E crime tão inafiançável quanto imprescritível e ainda sujeito à pena de reclusão. Tudo por expressa vontade da Constituição.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

33. Há mais o que dizer, pois no rol dos comportamentos que o Texto Magno categoriza como preconceito (inciso IV do art. 3º) o **único deles assim tachado de criminoso foi o racismo**. Como um pouco mais para a frente voltarei a comentar.

• *A significação coloquial do substantivo "prática"*

34. Por enquanto, mais importante me parece conhecer do núcleo semântico ou base significativa do substantivo feminino "prática". É o mesmo que dizer: a palavra de que se valeu o inciso transcrito foi recolhida do vocabulário comum do povo, ou, em sentido oposto, a ela foi emprestado um significado da própria técnica jurídica? Somente explicável, então, à luz de um vocabulário jurídico-positivo?

35. A resposta já se patenteia. Nenhum outro elemento da própria Constituição concorre para negar ao termo "prática" aquele sentido de *moeda corrente vernacular*. Aqui, como em tantas outras passagens do seu falar normativo, a *Constituição-cidadã* primou por uma linguagem usual, comum, desde sempre conhecida daquela *massa anônima* de que falava **Gilberto Freyre** no monumental ensaio de sociologia e antropologia brasileira que é o livro "Casa Grande e Senzala".



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

36. De todos os ramos jurídicos, sem dúvida o Direito Constitucional é o que mais se utiliza de uma estrutura popular de linguagem, conforme, aliás, tive oportunidade de escrever já no distante ano de 1982, na boa e inesquecível companhia do jurista e pensador **Celso Ribeiro Bastos**. Dissemos, na ocasião:

"Quanto ao seu revestimento lingüístico de traço coloquial — já foi assinalado —, a Constituição se revela como uma carta de nacionalidade ou estatuto de cidadania, na medida em que dirige o seu discurso normativo a todos os membros da sociedade política — e não apenas a determinados segmentos sociais ou categorias profissionais —, de modo inicial.

Instrumento inaugural de regulação das vivências coletivas, a Lei Suprema é redigida, em certa medida, à feição de cartilha de primeiras letras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquelas palavras e expressões de uso e domínio comum. É a primeira voz do Direito aos ouvidos do povo, seu principal endereçado normativo, compondo um discurso que será tanto mais recepcionado quanto se utilize de instrumental terminológico já conhecido" (em "Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais", pp. 24/25, Editora Saraiva).

37. Era assim também que doutrinava o tão portentoso quanto pranteado **Geraldo Ataliba**, pois é dele próprio esta lapidação de jóia de pensamento: "A interpretação constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos. Na



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário a preferência recai sobre o sentido técnico, sendo que a acepção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma acepção técnica" (em "Elementos de Direito Tributário", p. 238, Editora Revista dos Tribunais, ano de 1978).

- O substantivo "prática" enquanto comportamento ambivalentemente concreto e abstrato

38. Pois bem, é ainda no senso comum das pessoas que o verbete "prática" assume o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduza no fato de o ser humano sair de si mesmo. Atuar. Vir à tona da existência. *Experenciar* a vida, enfim, sem a sutileza da distinção (e aqui desfaço uma cogitação que cheguei a verbalizar na sobredita sessão plenária do dia 26 de junho transato) — sem a sutileza da distinção entre a postura abstrata e solitária do escrever e a postura concreta e social do agir, pois ambas as formas de extrapolação do puro psiquismo humano são materializações de conduta; quer dizer, tudo é comportamento,



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

interação, empirismo existencial, trajetória de vida em recíproca interferência.

39. Por esse prisma do mais generalizado sentido da palavra, serve-se melhor ao desígnio constitucional de combater o preconceito racial. Cumpre-se bem mais o imperativo hermenêutico da efetividade da Constituição. Pois a tipificação do racismo passa a ocorrer tanto por palavra quanto por ação. Palavra escrita, ou oral. Ação que signifique realizar um trabalho, produzir uma obra, exteriorizar uma opinião, *mimetizar* ou *gestuar* uma comunicação. Só escapa mesmo da increpação, lógico, o ato psíquico de pensar. Uma vez que "pensar não ofende" — é o que se diz amiúde —, desde que o pensador permaneça mudo ou evite gesticulação inequivocamente reveladora de propósito relacional discriminador.

40. Não se fale, porém, que esse modo mais à solta de interpretação padece do defeito de solapar a base significativa de duas espécies constitucionais de liberdade: a liberdade de manifestar o pensamento (inciso IV do art. 5º, sob esta conhecidíssima dicção: "É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato") e a de expressar a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX do mesmo art. 5º, vocalizado por esta forma: "é livre a expressão da atividade



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença"). Assim não se argumente, porquanto ilusório é esse temor de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade. Como passo a demonstrar, de imediato.

• A diferenciação entre "uso" e "abuso" da liberdade de expressão

41. Que a *Lex Maxima* declara e garante a liberdade de expressão, é juízo que ninguém desconfirma. Liberdade tanto para manifestar o pensamento (exteriorizá-lo, portanto) como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica, ou de comunicação. Ponto pacífico. Uma coisa, porém, é a liberdade de que desfruta **quem quer que seja para dizer o que quer que seja** (em poema antigo, cheguei a trocadilhar que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade), ou, ainda, para *trazer à ribalta* suas incursões pelos domínios da Arte, do Intelecto, da Ciência, ou da Comunicação; outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

42. Deveras, o que a Lei das Leis garante a cada ser humano é um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação. O abuso e o agravo são questões que somente a *posteriori* se colocam. E para combatê-los é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do art. 5º, segundo o qual "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; b) o inciso X do mesmo art. 5º, a saber: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

43. Agravo e abuso passam a ser ventilados, portanto, já no plano da reação de outrem; sendo que o agravo suscita o exercício de um direito de resposta que nem depende de processo de apuração de transbordamento da originária autonomia de vontade. O abuso, no entanto, pressupõe a constatação processual do transbordamento daquela primitiva autonomia de vontade. Um transbordamento que só é transbordamento por violar uma outra e alheia autonomia de vontade, também juridicamente prezada. Mas a premissa da Constituição é uma só: **não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso**



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrollabilidade da sua apriorística manifestação. Sendo que esse fraseado em si - "liberdade de expressão"- alcança as duas tipologias de liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no *quadripartite* domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação.

44. Pontue-se bem a diferença: do ângulo da autonomia de vontade de quem fala, escreve, gesticula, ou ainda de quem produz uma obra de natureza artística, intelectual, científica, ou de comunicação, **o que se tutela de forma até absoluta é o direito mesmo de fazer algo ou passar para outrem u'a mensagem, um recado, uma obra.** Transformar em ação ou coisa objetiva algo até então subjetivo. O que se traduz no exercício do direito de não sofrer impedimento ou censura prévia nesse ato mesmo de agir ou de dirigir-se a terceiros. E uma vez operado esse transpasse de um momento psíquico de vida humana para um momento fático de vida social, **realizada fica essa espécie de autonomia de vontade.** Se se prefere, é no instante mesmo de materialização da autonomia de vontade que o direito subjetivo se realiza e a Constituição resta plenamente respeitada. Mas ele, direito subjetivo, tem no próprio instante de sua realização o exaurimento do seu conteúdo; quero dizer, não



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

incorpora a si a força de bloquear posturas reativas de terceiros eventualmente prejudicados nas respectivas autonomias de vontade.

45. Veja-se então o outro ângulo, que é o prisma de quem se sente vítima de agravo ou de abuso no exercício da primeira modalidade de autonomia de vontade. Agora, o que se protege é: primeiro, o direito de resposta; segundo, o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade, com o fito de responsabilização tanto civil quanto penal (se for o caso) do agente abusivo; pois é óbvio que a tutela penal de certos valores — como a honra pessoal e a não-submissão a práticas racistas, por hipótese —, implica a possibilidade de acesso a uma jurisdição especificamente criminal. Para além, portanto, daquele singelo direito de resposta e até mesmo da prefalada reparação civil.

- *A conciliação entre o uso da liberdade de expressão e o direito de não sofrer discriminação*

46. Não que o sujeito pego em abusividade fique, a partir daí, proibido de reexercitar sua liberdade de pensamento ou de manifestação intelectual, artística, científica, ou de comunicação. Não! A abusividade se questiona e se afere é caso-a-caso ou a cada nova manifestação de autonomia do primeiro tipo de vontade. Reiniciando-se o ciclo de reclamação, apuração, constatação e



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

apenamento do abuso, acaso empiricamente repetido. Porque somente assim é que se conciliam o direito de uso, de uma banda, e o direito de não sofrer abuso, de outra. É rematar: como não se pode afastar aquela premissa constitucional de que não é pela possibilidade do abuso que se vai coibir o uso, o direito de não voltar a sofrer abuso se resolve mesmo é pela repetição do sancionamento do infrator reincidente (pois, ainda que ele se encontre em regime de aprisionamento ou custódia estatal, ainda assim permanece titular do direito à liberdade de expressão).

47. As coisas se encaixam. Se o titular da primeira autonomia de vontade pode bater às portas do Judiciário para não sofrer constrangimento apriorístico ou de antemão, valendo-se do lapidar princípio constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do art. 5º), não tem, entretanto, o poder de impedir que terceiros também se valham do mesmo dispositivo maior para reclamar da violação da autonomia de vontade deles, ofendida, precisamente, por efeito da excessiva manifestação da primeira.

48. Os dois momentos de licitude são estes: a) o primeiro sujeito de direito não pode ser obstado, por antecipação, quanto à sua liberdade de manifestar ou de voltar a manifestar um pensamento,



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

ou, ainda, de desempenhar ou tornar a desempenhar aquelas outras quatro atividades (a literária, a científica, a artística e a de comunicação); b) correlatamente, o segundo sujeito de direito também não pode ser obstado em sua pretensão de punir o autor da conduta extravasante, quantas vezes o extravasamento vier a conspurcar a sua (dele, segundo sujeito de direito) autonomia de vontade.

• *As excludentes constitucionais da abusividade*

49. Três comportamentos, todavia, são especialmente normados como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Matéria que também faz parte da altissonante *nominata* dos direitos e garantias individuais, a saber: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei" (inciso VIII do art. 5º). Logo, de fora a parte essa ressalva que se lê na parte final do dispositivo, a liberdade de expressão ganha um decidido reforço constitucional. Desde que utilizada, evidente, numa das três explicitadas esferas da mais íntima subjetividade humana: a crença



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

religiosa, a convicção filosófica e a mundividência ou cosmovisão política.

50. É bom repetir: com essas três excludentes de abusividade no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e das sempre lembradas atividades artística, científica, literária e de comunicação, a Constituição homenageou três aspectos fundamentais da ontologia humana: o anseio de infinito (que é a busca da religação da criatura ao Criador), a inata curiosidade pela produção de um tipo tão especulativo quanto universalizante do saber (*núcleo duro* de toda investigação filosófica) e, finalmente, a formulação de doutrinas e teorias que tenham na estruturação e funcionalização otimizadas dos Estados e dos Governos o seu específico objeto (fórmula simplificada de compreensão da Política enquanto Ciência e enquanto arte de governar). Mas com este acréscimo de idéia: a convicção política de que trata o Código dos Códigos é aquela que materializa o fundamento republicano-federativo de nome "pluralismo político" (inciso V do art. 1º). De conseguinte, atividade que ora se contém no fechado conteúdo programático de uma determinada agremiação partidária, ora se exprime numa concepção estritamente pessoal do modo *optimum* de estruturação e funcionalização da *pólis* (espaço ideal de materialização das primárias relações entre



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

governados e governantes e ainda entre os próprios Estados e Governos soberanos).

- *A significação também coloquial do substantivo "racismo"*

51. Neste novo tópico de tentativa de revelação da vontade constitucional, ajuízo que também o termo "racismo" foi usado em sentido coloquial. Não foi outra a intenção da Lei Maior senão a de pinçar o vocábulo do próprio linguajar corrente da população. Até como condição de facilitada compreensão e cumprimento de um preceito a que ela, Constituição, emprestou a mais forte coatividade.

52. Esse núcleo semântico popular figura em dicionários da língua portuguesa e até de outros idiomas. Consultei muitos deles e verifiquei a ambivalência do termo. Ora ele é usado para se referir à discriminação das pessoas de cor negra, ora é utilizado para se reportar à discriminação desse ou daquele povo de mais pronunciada diferenciação histórico-cultural. Não diferenciação antropológica ou por caracteres físicos, visto que, à luz da Antropologia (como à luz da Genética, da Geografia Humana, da Biologia ou de qualquer outra Ciência Natural), **os homens não se compartimentam em raças;** mas, repise-se, uma diferenciação histórico-cultural, resultante de um tipo especial de predomínio como que atemporal: o predomínio do



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

sangue sobre o território. É aclarar: seja qual for o território estatal onde se encontrem certos povos de ancestralidade comum, o elemento de identidade ou da mais íntima agregação dos respectivos membros é tal ancestralidade mesma. Não o vínculo jurídico de nacionalidade que venha a decorrer das leis vigentes naquele território de domínio de um particular Estado. Nesse sentido, é de se conferir, por amostragem:

I - "(...) O racismo, portanto, não é uma ideologia que tem somente os 'negros' como objeto, o que nos permite levar em conta a observação de que os judeus e irlandeses, por exemplo, foram objeto de ideologias racistas (...)" (Cashnore, Ellis. "Dicionário de Relações Étnicas e Raciais". São Paulo: Summus, 2000, p. 461);

II - "(...) A ideologia racista, retomada pelos chefes do nazismo, resultou no anti-semitismo (...) As teorias racistas não ficaram limitadas à Alemanha; haviam sido utilizadas pelos eslavos, antes de 1914, para fundamentar o pan-eslavismo. Assumiram grande importância nos EUA com o problema dos negros (...)" ("Grande Enciclopédia Delta Larousse" Rio de Janeiro: Editora Delta, p. 5648);

III - "(...) Se, através da história, as teorias racistas foram elaboradas sobretudo contra os negros e judeus, não se pode decerto afirmar que só eles têm sido visados (...)" (Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. "Dicionário de Política" Brasília: Editora UNB, p. 1060.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

53. Veja-se bem: enquanto vocábulo vulgarmente dicionarizado, o racismo é visto como discriminação ou preconceito. Mas uma discriminação ou preconceito que principalmente abarca, na sua esfera de concreta incidência, duas distintas realidades: a realidade dos negros e a realidade daqueles povos (organizados ou não em Estado soberano) que mais se distinguem dos outros por um pronunciado perfil histórico-cultural. É a via de cognição que passo a palmilhar, sem mais tardança.

• *A ambivalência do termo "racismo"*

54. Já ficou assentado, linhas atrás, que a *Norma Normarum* vocalizou o termo "racismo" em duas oportunidades (a respeito das relações internacionais do Brasil e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos). Porém é preciso aduzir que em nenhum desses dois momentos o legislador constituinte se deu ao trabalho de explicitar que tipo de sujeito de direito se encaixaria no âmbito pessoal de incidência da normatividade constitucional. Falou de racismo, e só. Como se a palavra fosse auto-explicável quanto àquelas pessoas a quem se visou proteger da sua (dele, racismo) deletéria prática.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

55. Num primeiro golpe de vista, o intérprete fica propenso a sinonimizar racismo e raça, pelo fato de que este último vocábulo ("raça"):

I - foi literalmente citado pelo inciso IV do art. 3º do Código Supremo, de par com outras modalidades de preconceito ("promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação");

II - foi também literalmente apartado do vocábulo "cor", no mesmo inciso IV do art. 3º da Constituição, impelindo o exegeta a deduzir que preconceito de raça e preconceito de cor são figuras jurídicas distintas.

56. Ora, se o Código Político Republicano fala de preconceito de raça e ainda separa esse preconceito daquele referente a cor, então parece lógico inferir que racismo não é preconceito de cor, mas de raça. Unicamente de raça.

57. Acontece que esse tipo semanticamente restritivo de interpretação conduz ao paradoxo de negar a um só tempo:



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

I - a história mesma do Brasil, toda ela tão discriminadora dos negros que chegou ao cúmulo de fazer da escravidão desses nossos irmãos um instituto jurídico. E que perdurou do início do segundo século do descobrimento do País até a redentora data de 13 de maio de 1888 (daí porque a última lei federal sobre o racismo, a de nº 9.459/97, **é datada de 13 de maio**);

II - as particularidades do processo constituinte de discussão dos temas afinal positivados na Constituição-cidadã de 1988, sabido que toda a regração atinente ao racismo se deu por inspiração do Movimento Negro e específica proposta dos deputados federais **Carlos Alberto Caó** e **Benedita da Silva**, ambos de pele negra (conforme, aliás, noticiado nos lúcidos votos dos ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa). O mesmo deputado **Carlos Alberto Caó**, **ajunte-se, que tomara a exitosa iniciativa da própria lei 7.716/89**;

III - a linguagem popular de ontem e de hoje, aqui nesta nossa "Terra de Santa Cruz", que tem o racismo como palavra imediata e preponderantemente significativa de preconceito de cor, e cor negra, enfatize-se.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

58. É isto mesmo. Excluir a negritude do raio de aplicabilidade do comando constitucional vedatório do racismo é pensar e sentir a partir de uma realidade que não é a brasileira. Certamente não. É não ter ouvido falar sequer do citado livro "Casa Grande e Senzala", do sociólogo **Gilberto Freyre**; ou de poemas como "Vozes d'África", do vate **Castro Alves**; ou de ensaios como "O Povo Brasileiro", do antropólogo **Darcy Ribeiro**, páginas de cuja leitura ainda escorrem o sangue, o suor e as lágrimas de uma gente que, tão-somente pelo azeviche da sua pele, era tratada como coisa. Pior ainda, era tratada como se fosse fera, bicho, animal. "Alimária do universo" ou "pasto universal", como escrito no poema castrense "Vozes D'África". E de cujo incomparável drama fala e chora e freme e urra de dor e de indignação o monumental poema "O Navio Negreiro", do mesmo vate sublime da Bahia, como se lê destes versos que ainda ecoam no tribunal das nossas consciências:

*"E existe um povo que a bandeira empresta
P'ra cobrir tanta infâmia e cobardia!
E deixa-a transformar-se nessa festa
Em manto impuro de bacante fria!
Meu Deus! meu Deus! mas que bandeira é esta
Que impudente na gávea tripudia?!...
Silêncio!... Musa! Chora, chora tanto
Que o pavilhão se lave do teu pranto..."*



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

*Auriverde pendão da minha terra,
Que a brisa do Brasil beija e balança,
Estandarte que a luz do sol encerra,
E as promessas divinas da esperança...
Tu, que da liberdade após a guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança,
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!...*

*Fatalidade atroz que a mente esmaga!
Extingue nesta hora o brigue imundo
O trilho que Colombo abriu na vaga,
Como um íris no pélago profundo!
... Mas é infâmia demais... Da etérea plaga
Levantai-vos, heróis do Novo Mundo...
Andrada! Arranca este pendão dos ares!
Colombo! Fecha a porta dos teus mares!"*

59. Numa frase, o racismo de que trata a Constituição não é excludente da realidade dos negros. Não pode ser. É termo exigente de um tipo histórico-cultural de interpretação que atenta para a mais viva história do povo, da geografia, das instituições e dos costumes do Brasil. E que, se desprezado, terminaria por liberar o crime de discriminação contra ela, a negritude, daqueles dois mencionados fatores de inibição: a inafiançabilidade e a imprescritibilidade. É, enfim, desconsiderar o que realisticamente ensinou **Darcy Ribeiro**, com estas palavras:



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

"A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele" (em "O Povo Brasileiro", editora Companhia das Letras, p. 225).

60. Urge reconhecer, porém, que é também da tradição brasileira falar-se de raça para além da referência aos negros. Embora com bem menor constância e crueldade (ou até, por vezes, de forma elogiosa), a palavra é usada como signo distintivo de outros segmentos humanos, ora na sua virginal condição de "nativos" (situação dos índios), ora tidos como apátridas (caso dos ciganos), ora procedentes de um outro Estado-nação. Donde nos soar como familiares as expressões "colônia alemã" do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, "colônia italiana" e "colônia japonesa" de São Paulo, "colônia espanhola" da Bahia e assim avante.

61. É nesse contexto brasileiro de multirracionalidade para além da cor da pele (ou seja, não apenas em função da negritude) que os ciganos, por exemplo, têm experimentado o gosto amargo da discriminação; pois o seu atávico nomadismo tem servido de escuso pretexto para serem tachados de cabalistas, endogâmicos, desprofissionalizados e pouco afeitos a regras mínimas de higiene corporal e coisas assim desprimorosas. Modo social de ver que também estigmatiza os nossos índios, não raras vezes injustamente citados como indolentes, vulneráveis a doenças endêmicas e epidemias,



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

indisciplinados para o trabalho e pouco dispostos a permutar suas primitivas crenças politeístas pela doutrina monoteísta e cristã da Igreja católica apostólica romana.

62. Um último fundamento em prol dessa abrangência dúplice do termo "racismo" está em que o nosso Legislador Constituinte laborou num período em que mais fortemente permaneciam na ciência dos doutos e no imaginário popular duas tristemente célebres ignomínias mundiais: a) o *apharteid* que se abatia sobre a população negra da África do Sul; b) a sistemática perseguição genocida que o **nazismo** empreendera contra o povo judeu que habitava os territórios sob ocupação alemã, no curso da Segunda Grande Conflagração.

- *A distinção e ao mesmo tempo a identificação possível entre "raça" e racismo"*

63. De toda maneira, duas afirmativas aparentemente contraditórias tomam corpo: a) racismo não é preconceito de raça, propriamente, se a palavra "raça" for considerada à luz de qualquer das chamadas Ciências Naturais; b) racismo é preconceito de raça — como não? —, se o vocábulo raça for encarado enquanto modo de falar, sentir e praticar da população nacional. Logo, enquanto modo histórico-cultural de ser brasileiro. **Que é um modo ambivalente,** porquanto incorporador dos negros e dos grupos humanos ainda há



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

pouquinho referidos. Grupos, a seu turno, juridicamente vinculados a um só Estado soberano, ou difusamente domiciliados em muitas outras dessas unidades estatais. Pouco importa.

64. Se no inciso IV do seu art. 3º a Constituição de 1988 distinguiu entre o preconceito de raça e o preconceito de cor, foi para falar de raça no restrito sentido de grupo ou segmento humano de características histórico-culturais próprias. Inconfundíveis com a de qualquer outro. Mas identificados, todos eles, por uma cor não-negra de pele; isto é, **pela cor da pele sem tonalidade negra.**

65. Agora, se a Carta de Outubro já não voltou a falar de "raça", preferindo grafar apenas o termo "racismo" (inciso VIII do art. 4º e inciso XLII do art. 5º), já não foi para separar as duas modalidades de preconceito. **Foi para unificá-las.** Para dizer, em suma, que a prática do racismo é crime em mais de um sentido. Crime contra os indivíduos de cor negra, tanto quanto crime contra os indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento.

O sentido constitucional do vocábulo "preconceito" ou "discriminação"



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

66. Essas noções ainda mais se aclaram, se complementadas com a revelação do sentido constitucional dos vocábulos "discriminação" e "preconceito". Que são palavras rigorosamente sinônimas ou equivalentes, porque assim é que está no inciso IV do art. 3º da Carta de Outubro, *in verbis*: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

67. Assim também é como os dois verbetes são versados nos dicionários da língua portuguesa. E vocalizados pelo homem comum do povo. Com a ressalva, lógico, de que toda discriminação é diferenciação, mas nem toda diferenciação é discriminação.

68. No Texto Maior de 1988, contudo, a própria ressalva nem é de ser feita. Aqui, discriminação é diferenciação em um único e inequívoco sentido: aquele tipo de diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas. Que diminui a auto-estima delas. Que faz incidir sobre elas um juízo depreciativo, **aprioristicamente formulado**. Porque traduzido num pré...conceito! Num conceito prévio, portanto, que se pretende impor à realidade. Não extraído da realidade ou autorizado por ela, como se dá, agora sim, com a elaboração mental chamada de **conceito**.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

69. Em palavras outras, discriminar ou *preconceitualizar* é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhanamente desigual. Nela introjetando um sentimento de inata hipossuficiência. É dizer, forçando-a a entretecer de modo menos obsequioso, quando não grosseiro de todo, ou até ostensivamente indigno, as chamadas **relações de base**. Que são as relações que mais definem o perfil de uma sociedade. Por isso mesmo que predominantemente civis, por se constituírem das interações mais comezinhas, mais cotidianas, mais imediatas ou de maior contigüidade, como as que se dão na esfera das seguintes instituições privadas: condomínios, igrejas, escolas, clubes, sindicatos, partidos, praças ou ginásios esportivos e ainda empresas do tipo supermercado, farmácia, *shopping*, restaurante, cinema, hotel, bar, mercearia, lanchonete, etc. (tal como figurantes, grosso modo, da própria Lei federal nº 7.716/89). Mas que terminam por *contaminar* aquele tipo de interação que se trava nos próprios recintos que servem de base física para os órgãos e entidades da Administração Pública, tais como postos de saúde, hospitais, estabelecimentos de ensino, rodoviárias, aeroportos, estações ferroviárias e terminais hidroviários (também listados, mais ou menos de forma genérica, pela mesma Lei federal nº 7.716/89 como espaços de proibida manifestação de preconceito).



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

70. Esse modo tão acabrunhante quanto desarrazoado de tratar um ser humano é de tamanha gravidade que o discriminado é como que forçado a se sentir padecente de um *déficit* de dignidade. Ou de cidadania. Como se pertencesse a um subgrupo ou a uma sub-raça. Amesquinhado, não no que ele tem, **mas no que ele é**. Experimentando, por conseguinte, um inexplicável sentimento de culpa - espécie terrível de *pecado original social* - e fazendo-o gemer de uma revoltante dor moral. Por vezes mais incômoda que a própria dor física.

71. Diga-se mais. A discriminação que teima em persistir por este "lado de baixo do Equador" (**Chico Buarque de Hollanda**) pode se manifestar de forma tópica ou individual, mas se dá em razão de todo um conjunto humano de que o discriminado faz parte. É o caso típico dos negros, das mulheres, dos deficientes físicos, dos pobres, dos analfabetos e dos idosos. A significar, na prática, um estreitamento de ocupação daqueles espaços de convivência tão naturais quanto imprescindíveis.

72. Eis a razão por que tanto se fala, ultimamente, de "ações afirmativas" (de cujo domínio teórico dão sobejas demonstrações dois dos mais intelectualizados membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que são os ministros **Joaquim Barbosa** e **Marco Aurélio**



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Mello). Ações afirmativas de quê? Ações afirmativas da igualdade. Tanto da igualdade que tem sido recusada aos pobres (igualdade material) como da que tem sido negada aos segmentos sociais de que venho falando (igualdade civil); tudo por efeito de uma tão deformada quanto renitente cultura brasileira da intolerância (invariável suporte psicológico do preconceito). O que forçou a própria Constituição-cidadã a ir além da mera vedação das práticas discriminatórias para adotar, por conta própria, políticas públicas de caráter afirmativo. *Exempli gratia*, a "prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (inciso LXXIV do art. 5º); a reserva de um certo percentual de vagas, nos concursos públicos de provas ou de provas e títulos, para as pessoas portadoras de deficiência física (inciso VIII do art. 37); a redução, em 5 (cinco anos), da idade e do tempo de contribuição previdenciária das mulheres, para o efeito de aposentadoria estatutária (alínea "a" do inciso III do § 1º do art. 40); "a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (...)" (inciso V do art. 203); a gratuidade dos transportes coletivos urbanos para os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos (§ 2º do art. 230).



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

- *O preconceito como fator de desigualdade civil-moral*

73. É esse *encardido* e sistemático estreitamento de espaço de movimentação que ofende, qual mortal efeito *dominó*, múltiplos princípios constitucionais. A começar, óbvio, pelo princípio da igualdade. Seja o princípio da igualdade material, especificamente previsto nos arts. 6º e 7º da Carta Magna (sob a adequada epígrafe de "Direitos Sociais"), seja o princípio mais imediato da igualdade civil (também adequadamente epigrafado como direito da espécie individual, conforme se vê do capítulo que encima o artigo constitucional de nº 5). Que já é uma igualdade do tipo moral ou no plano daquela dignidade que, de tão intrínseca ao ser humano, **constitui um bem de personalidade** ("Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)", é o que reza o art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos). Motivo por que o preconceito racial é criminalizado no âmbito mesmo do art. 5º da Lei Suprema, que é um artigo-invólucro dos direitos e garantias individuais; ou seja, direitos e garantias do indivíduo enquanto indivíduo mesmo, a traduzir que ele, **mais que parte de algo, é algo à parte. Mais que parte de um todo, é um todo à parte.** Um microcosmo, então, ou uma totalidade-em-si. Cada um deles com essa dignidade máxima que é nascer e permanecer, *aos olhos da mãe-natureza, como número único.*

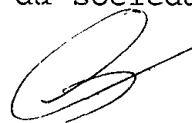


Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

74. Ora, o que mais revela essa última espécie de desigualdade é uma intolerância para o fato mesmo de que a sociedade é plural. Necessariamente plural quanto aos grupos humanos de que ela se compõe — já foi consignado — e quanto ao sexo dos individualizados componentes desses grupos e, mais que o sexo, a cor da pele, a regionalidade, a etnia, a faixa etária, a preferência sexual, a convicção política, etc. Pelo que nenhum desses elementos de diferenciação deve servir de critério de avaliação da dignidade ou do caráter de ninguém. Tampouco da essencialidade, ou, ao contrário, da prescindibilidade social de quem quer que seja. Sob pena de se violar o excelso princípio da igualdade. Princípio que, de tão elementar à configuração da dignidade da pessoa humana (insista-se na proposição), comparece duas vezes no *caput* do mesmo art. 5º: a primeira, para igualar as pessoas diante do Estado-legislador; a segunda, perante a sociedade civil por inteiro.

75. Praticar o preconceito, por conseqüência, é desrespeitar de forma imediata ou instantânea o princípio constitucional da igualdade civil-moral. No mesmo e scturno tom, é insurgir-se contra um outro valor constitucional de postura social genérica: o pluralismo. Ele, pluralismo, que é concebido pelo preâmbulo da Constituição como um dos traços ideais da sociedade brasileira que a



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 buscou instituir. Ao lado, como sabido, da fraternidade e da ausência, justamente, de preconceitos.

76. As coisas voltam a se encaixar. Aceitar o pluralismo é a resultante natural da ausência de preconceito. E quando o preconceito deixa de ocupar espaço, quem passa a ocupar esse espaço é a fraternidade. Desde que se entenda a fraternidade como penso que a Magna Lei entendeu: uma comunhão de vida. Uma vida em comunidade (de *comum unidade*). Uma convivência orgânica, timbrada pelo respeito de cada parte ao todo e do todo a cada parte. Holisticamente.

77. É esse tipo de sociedade "fraterna, pluralista e sem preconceitos" que se põe como o desaguadouro ou o efeito lógico do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. De que o princípio da igualdade é primeiríssimo elemento, como tantas vezes realçado.

78. Enfim, uma sociedade que desfrute dessa tríplice característica central do não-preconceito, do pluralismo e da fraternidade é a única a merecer o nome de sociedade civilizada. **Única a se confundir com a pura substância ou a carne viva da**



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Democracia. E esse vínculo orgânico entre Democracia e sociedade civilizada (porque pluralista, fraterna e sem preconceitos) foi desenhado nas pranchetas da própria Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, de que dá formal testemunho o referido preâmbulo da Magna Carta, assim legendado:

"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."

79. Que ainda me seja permitido dizer que esse tipo ideal de sociedade é que o que mais eleva a auto-estima do povo. E nem é preciso enfatizar que um povo de elevado auto-apreço é o que melhor digere as suas inquietações, os seus cotidianos problemas, nos marcos da própria legalidade. Sem traumáticas rupturas institucionais, portanto.

Os modos direto e indireto de ser do racismo

80. Já decidido a rematar a fundamentação jurídica deste longo voto, passo ao enfrentamento de uma derradeira questão: os modos de ser do racismo, do ângulo de quem o pratica. Para tanto, recordo



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

que o Magno Texto Federal estatuiu que "a prática do racismo" é constitutiva de crime. Tipificadora de delito, conseguintemente. E o substantivo "prática" me parece abrangente assim da atuação direta como da conduta indireta do agente. Operando esta última pelas figuras da incitação e do induzimento. Incitar, como sinônimo de açular ou instigar sem meios termos. Escancaradamente ou a força aberta, portanto. Induzir, a seu turno, como vocábulo sinônimo de instigação insidiosa ou por meios subliminares. Sorradeira ou esconsamente, então. Mas uma e outra forma de discurso a se unificar pelo propósito de quebrantar — quando não de anular de vez — o senso crítico de outrem.

81. Que pretendo dizer com esta anotação? Que não faz sentido o seccionamento comportamental (prática de um lado e as duas outras figuras de outro, como atecnicamente fez a Lei nº 7.716/89). Tudo é racismo, tudo é tipificação direta. Pouco importando se o crime se dá por ação própria e imediata do agente, ou se ocorre por aliciamento ou cooptação da conduta alheia. O que interessa, para a Constituição, é a intersubjetividade da revelação do preconceito. Não os meios utilizados para tal exteriorização, ou a forma pela qual o discriminador se enlaça a terceiros.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

82. Dito de outra forma, à lei não é dado empobrecer a funcionalidade do comando constitucional, na matéria. Pois separar a ação de praticar da ação de incitar ou induzir é liberar estas últimas das cláusulas de inafiançabilidade e de imprescritibilidade que acompanham a primeira. À revelia da Constituição, por certo, que forcejou por inibir com especial rigor toda e qualquer manifestação racista.

83. Efetivamente, não se pode olvidar que foi a Constituição mesma que parificou racismo e terrorismo (como exsurge do inciso VIII do art. 4º), usando contra as duas condutas a veemência da palavra "repúdio". Depois, utilizou-se de dois diferentes versículos para coibir todas as modalidades possíveis de preconceito; isto é, usou de um dispositivo em separado para proibir unicamente a discriminação racial (inciso XLII do art. 5º), colocando sob um outro comando, imediatamente anterior, **todos os demais preconceitos** (inciso XLI, assim *textualizado*: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"). Fundamental distinção que o legislador ordinário, no entanto, deixou de considerar na lei aqui seguidamente citada, que foi a de nº 7.716/89.



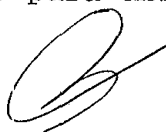
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

84. Não é tudo. Além de versar em separado a vedação do racismo, isolando-o de todas as outras formas de discriminação, apenas para ele, preconceito racial, é que a Magna Lei sacou da tipificação incriminadora. E não se contentou com essa criminalização, ressaltou. Clausulou-a como inafiançável e imprescritível. Tão imprescritível quanto aquela gravíssima ação de grupos armados, civis ou militares, atentatória da ordem constitucional e do Estado Democrático (inciso XLIV do art. 5º).

85. Neste *bem plantado sítio* da fala constitucional, destarte, por ser um *locus* de incomum propósito coibidor de condutas, não há falar em exegese restritiva. O acanhamento interpretativo alquebra a força normativa da Constituição. Atenta contra o princípio instrumental da máxima efetividade da Lei das Leis. Até porque não se trata de interpretar um comando de puro Direito Penal, mas de Direito Constitucional-penal. Sob a égide de coordenadas hermenêuticas também constitucionais, sempre naquela perspectiva entremeante dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da concepção final e holística de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos.

86. Então que fique assentado, de uma vez por todas, ser o vocábulo "prática" suficientemente lato para absorver o preconceito



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

que também se exprime sob as formas da incitação e do induzimento. É a Constituição mesma que se deseja assim *mais à solta* interpretada, cabendo à lei, tão-somente, estabelecer os modos pelos quais se dá a discriminação direta e a de esguelha. Sem liberar nenhuma delas dos mecanismos constitucionais de reforço inibitório do crime, que são, precisamente, as cláusulas da inafiançabilidade e da imprescritibilidade.

O concreto agir do condenado, ora paciente

- A obra de **Sigfried Ellwanger Castan**, segundo ele próprio

87. Depois de priorizar a interpretação das normas, chego à fase da preponderante interpretação dos fatos protagonizados pelo paciente. É que o presente *habeas corpus*, uma vez passado pelo prévio e lógico juízo de sua admissibilidade — como efetivamente já passou —, não tem como deixar de exigir desta última Instância Judicante um tipo de subsunção em concreto. Que é a subsunção fato-norma, e esse fato é a prática ou não do racismo (**que o paciente nega**, tencionando com isso liberar-se da retrocitada cláusula da imprescritibilidade). Pois que, se praticado o crime, a impetração não tem como prosperar. De revés, se não praticado o delito, o writ é de ser deferido.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

88. Seguindo a mesma trilha metodológica dos eminentes ministros que me precederam no estudo e emissão dos seus veredictos, o que me cabe, repito, é ver se o paciente cometeu ou não o crime de racismo (todos os ministros assim o fizeram). É como dizer: o que me incumbe enquanto julgador é saber se o brasileiro **Sigfried Ellwanger Castan** abusou, ou não, da sua liberdade de expressão. Se extravasou, ou não, os limites jurídicos da sua autonomia de vontade, passando a discriminar todo o povo judeu. Porque dessa resposta é que depende o deferimento, ou, ao inverso, o indeferimento do *habeas corpus sub judice*. Sem que se possa levantar contra este modelo concreto de subsunção o argumento dos mais estreitos lindes probatórios do *heróico remédio* em que o *habeas* consiste.

89. Começo, então, pelo exame do próprio livro que o condenado-paciente escreveu, editou e pôs à venda: "Holocausto Judeu ou Alemão? - nos bastidores da MENTIRA DO SÉCULO", que li em sua primeira e em sua última edição (a de nº 29). E o faço para dizer que, na visão do próprio **Siegfried** enquanto escritor, o livro em causa é **uma obra de pesquisa histórica**. Assim está no início da página que tem por título "ESCLARECIMENTOS INICIAIS DO AUTOR", 29ª edição, fevereiro de 1989 ("O presente livro é o resultado de uma



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

pesquisa histórica e vai apresentar fatos completamente desconhecidos da grande maioria, após o que o leitor terá a oportunidade de fazer o seu julgamento"), como se encontra, aliás, desde a nota que se lê ao final da página de "APRESENTAÇÃO" da obra, *litteris*: "Tratando-se de uma obra envolvendo FATOS HISTÓRICOS, longamente pesquisados, que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas, o autor libera a reprodução e divulgação parcial de capítulos isolados deste livro".

89. Esse caráter histórico do livro é reiterado pelo paciente, ao final do seu estudo, conforme a seguinte e enfática passagem: "Este livro é resultado de minha pesquisa e representa, portanto, A MINHA VERDADE". E no alto dessa mesma página, que foi a de 309, também está escrito: "Se o leitor achar, após ler e reler os acontecimentos apresentados, que não está de acordo, só tem dois caminhos a tomar - Fazer sua própria pesquisa, procurando fontes mais honestas, ou continuar acreditando na MENTIRA DO SÉCULO".

• *O objeto de estudo e a finalidade do livro*

90. Quanto ao objeto central de estudo do livro, ou objeto específico da pesquisa histórica acima referida, **é o fato em si da última guerra mundial**, ocorrida no período que vai de 1939 a 1945.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Isto, numa perspectiva revisionista que tem por finalidade reabilitar a imagem do povo alemão. E retratar o quanto o Estado germânico sofreu de baixas humanas, prejuízos materiais e contração territorial. Noutros termos, o paciente-escritor se esforça por demonstrar que toda a História da 2^a. Grande Guerra **foi contada pelos vencedores** (como que relembrando o general romano Marco Atílio Régulo, morto sob tortura dos cartiginezes na Primeira Guerra Púnica e a quem se atribui o célebre lamento "ai dos vencidos!"). Daí que o povo alemão resulte execrado pelos livros, filmes e documentários históricos, tanto quanto pelos principais órgãos internacionais de comunicação de massa como um povo imperialista, sanguinário, belicoso, arrogante e tomado de um tal furor anti-semita que se dispôs a diabolicamente planejar e friamente executar o extermínio de mais ou menos seis milhões de judeus. Confinada, toda essa população judia, nos mais desumanos campos de concentração para, afinal, ser dizimada em câmaras de gás e fornos crematórios.

91. Esse propósito central do livro já se revela por uma citação de **Douglas Christie**, em antepágina de "APRESENTAÇÃO", assim grafada: "Ninguém tem o monopólio de apresentar o desenrolar de fatos históricos. NUNCA deverá ser silenciada uma discussão, a esse respeito, por imposição de meios estatais". Como se revela, ademais, pelo próprio nome da editora do paciente, que é, simplesmente, "Editora **Revisão**".



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

92. Confessadamente, então, o autor-paciente se dispõe a fazer obra de Ciência (como sucede com toda e séria investigação da História). Para cimentar uma opinião que soa aos ouvidos do leitor como uma convicção político-ideológica: é preciso resgatar a verdade dos fatos e assim colocar os protagonistas da Segunda Grande Guerra em seus devidos lugares. Mais: *é preciso denunciar que as forças estatais vencedoras do Grande Conflito manipularam a opinião pública mundial para encobrir seu ímpeto de dominação internacional e as atrocidades que perpetraram contra os povos derrotados. Aliadamente com uma organização israelense ultra-radical - esta, sim, tão imperialista quanto racista e até mesmo terrorista, que é o sionismo internacional* (apenas traduzo o que me pareceu o complexo leit-motiv do escritor-paciente). O que explica o fato de o beneficiário do *habeas corpus*, quando ainda réu, se proclamar um ideólogo. Nas palavras dele, paciente, "sua editora é ideológica, pretende levar adiante um ideal" (depoimento feito já no próprio juízo singular da comarca de Porto Alegre, às pp. 259v. e fls. 1070 do processo que tramitou pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

93. Numa síntese, o estudo em causa pretende-se multifário o bastante para transitar pelos concomitantes domínios da liberdade de



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

manifestação do pensamento e da produção intelectual, científica e de comunicação, afunilando para o campo da convicção política. Ou da convicção político-ideológica, mais exatamente. Logo, estudo situado no campo do livre debate das idéias. É o que passo a examinar, incontinentemente.

- *A obra do escritor-paciente, em si mesma.*

94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das idéias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias). Apelando, então, para a própria razão ou o senso crítico do leitor. Não para aqueles baixos sentimentos, aqueles instintos menores que respondem pelo desvario das condutas humanas de cego apaixonamento. Incivilizadas, portanto.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

95. Que me esforço por dizer? Esforço-me por dizer que, no contexto da obra que tem por autor **Sigfried Ellwanger Castan**, trilhei um caminho de nenhum deleite intelectual ou agrado literário. Mas sem poder negar a ele, paciente, o que é próprio dos estudiosos: a objetiva análise de fatos, ações, eventos, personalidades. De parelha com a capacidade de avançar idéias próprias na explicação de toda essa complexa fenomenologia. Exatamente como sucede em toda faina que mereça o nome de intelectual, pois intelectual é todo aquele que propõe modelos de análise, ou que não aplica idéias alheias sem antes colocá-las sob o crivo da razão.

96. Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu (como, de fato, não gostei e ainda discordei, em boa parte). Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto à perspectiva revisionista do seu objeto e quanto à consistência da metodologia empregada na sua elaboração (caso dos autos). É que os episódios e personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção. A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada (sem nenhuma alusão ao criativo e bem humorado jornal brasileiro "O Pasquim)". Do achincalhe e da



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

prestidigitação intelectual. Que não é — convictamente afirmo — o caso da obra que li e reli com o máximo de atenção que me foi possível.

• *O viés ideológico das concepções do autor-paciente*

97. A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia. Daí que ele, escritor e paciente, faça da sua história de vida pessoal um eterno esforço por demonstrar que as coisas não se passaram como na explicação dos Estados vencedores.

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



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).

99. Esse respaldo jurídico também decorre da "Lei de Imprensa" (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

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

I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

(...)

IX - a exposição de doutrina ou idéia."

100. O mesmo calço jurídico-positivo ainda se vê no corpo da chamada "Lei de Segurança Nacional", cujo art. 22, § 3º, assim dispõe:

"Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

(...)

§ 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas."

O conteúdo do viés ideológico da obra em causa



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

101. Quanto a esse viés ideológico do autor paciente, entendo que ele pode ser dividido em duas partes exatas: a) uma, manifestada nas duras críticas às Forças Aliadas da Segunda Guerra Mundial (especialmente a Inglaterra, os Estados Unidos da América, a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a Polônia, que o escritor acusa de responsáveis diretas pela irrupção do conflito armado e pela dizimação de cidades e populações civis da Alemanha, quando esta já se encontrava totalmente vencida); b) a outra, revelada na firme convicção de que tais forças aliadas foram instigadas e até financiadas pelo sionismo internacional, arquiinimigo do povo alemão.

102. Com efeito, a obra do paciente é toda ela repassada de denúncias contra o espírito beligerante daqueles Estados vencedores e também dos seus principais líderes, à época (de modo especial **Winston Churchill**, desancado a mais não poder). Assim como fervilha de ressentimentos contra o Sionismo, que ele faz questão, do início da obra ao respectivo fim, de distinguir do povo judeu como um todo. Confira-se:

I - "Qualquer citação sobre Sionismo ou referências sobre judeus internacionais não deverá ser considerada contra as pessoas que professam a religião judaica, que residem e trabalham pacificamente conosco e que cada vez



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

menos aprovam os atos dos primeiros, por deixá-los em constante preocupação" ("Prefácio" da 1ª edição, p. 10);

II - "Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o homem que acionou a chave da segunda guerra mundial, o primeiro ministro Neville Chamberlain, foi o responsável pelo sangrento conflito, pelas pressões exercidas através da imprensa internacional e sobre elementos ligados ao governo britânico, norte-americano e anteriormente todos os países do mundo. Este livro nada tem a ver com os praticantes da religião judaica, que trabalham e lutam conosco e que consideram o BRASIL como sua única pátria, pois não é aceitável uma dupla nacionalidade" ("Esclarecimentos Finais", p. 306 da última edição do livro (29ª edição);

III - "Uma parcela cada vez maior de judeus praticantes está em completo desacordo com o movimento sionista mundial. Isso deve estar ocorrendo em vista das mortes e desgraças ocasionadas, entre os quais se destacam os palestinos, egípcios, libaneses, sírios, jordanianos, iraquianos, iranianos, israelitas, norte-americanos, soldados das mais diversas nacionalidades, pertencentes à ONU, etc." ("Esclarecimentos Finais" da 29ª edição, p. 309).

103. Tudo isto é confirmado pela própria defesa judicial de 1ª instância, na qual se lê: "O acusado jamais praticou e jamais praticará qualquer ato de racismo contra quem quer que seja. E, do mesmo modo, jamais há de servir de âncora ao induzimento ou à incitação de prática tão nefasta. Seu objetivo é o revisionismo histórico, o debate intelectual, e, no tocante à questão judaica, o combate ao sionismo (p. 23 da publicação que o advogado Marcopollo



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Giordani — OAB/RS 23781 — fez chegar às mãos de cada ministro desta excelsa Corte de Justiça).

104. Pronto! Nessa candente passagem da defesa do autor-paciente eu enxergo a própria síntese do livro em tela. É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. É obra de quem professa uma ideologia. Ainda que pouco verossímil.

- *A contextualização da simpatia do autor pelo Estado e pelo povo alemão*

105. É certo — não se pode obscurecer — que o autor-paciente sai em defesa do Estado e do povo alemão, ao explicar os fatos caracterizadores tanto da primeira quanto da Segunda Grande Guerra. Mas é preciso ver o contexto em que o faz. Ele fica do lado germânico, sim, e chega até mesmo a revelar simpatia por **Adolf Hitler**, mas sem jamais falar de arianismo. Nem de superioridade racial alemã, ou de inferioridade racial judaica. Jamais! Muito menos de justificar ou apoiar o Holocausto, até porque ele inverte a ordem das coisas: para ele, **Sigfried Ellwanger Castan**, quem sofreu o holocausto ou o sistemático processo de dizimação humana foi o povo da Alemanha.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

106. Não apenas o escritor-paciente deixa de colocar os judeus na humilhante condição de sub-povo ou de sub-raça, como faz exatamente o contrário: acusa o judaísmo de se irrogar um complexo de superioridade. De se considerar o povo-eleito de Deus. Com pretensões à conquista de todo o planeta. Ao domínio político, religioso e econômico do mundo. Não pelo modo ortodoxo de dominação territorial-militar, mas pelo modo heterodoxo de se conquistar pelo uso das duas grandes forças sociais da Imprensa e do Capital Financeiro. Tudo debaixo da inspiração, do acicate, da incessante militância do sionismo internacional (tido por ele, paciente, como organização *fundamentalista*).

107. No rigor dos conceitos, então, é praticamente impossível *etiquetar* a obra do paciente como preconceituosa, porque, para ele, preconceituoso é o Sionismo. Ele, Sionismo, é que propugna pelo fechamento de espaços à livre ocupação dos outros povos. Embaraçando a auto-afirmação coletiva alienígena. Quer dizer, o que incomoda e até mesmo humilha é o ar de superioridade, arrogância e intolerância judaico-sionista. Daí insistentemente o autor denunciar que os judeus não casam senão entre si e ainda antepõem o nome da sua nacionalidade ao nome da nacionalidade do país onde qualquer deles se encontre. Sempre e sempre sob a renitente e sectária ideologia



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

sionista, ortodoxamente empenhada (segundo ele, paciente) em perpetuar esse desagregador estado de coisas.

Que, no fundo, é prejudicial a todo o povo judeu, porque desperta contra ele um sentimento de aversão.

108. Por outro aspecto, na obra que li e reli não encontrei apologia à guerra. Bem ao contrário (elucidativa é a p. 43 da última edição, a esse respeito). Tampouco o boicote a produtos ou pessoas de nacionalidade judaica. Muito menos o extermínio físico de quem quer que seja (extermínio que o paciente nega fosse a real intenção de **Hitler**, como está no alto da p. 149 da 29ª edição). E sempre que o livro fala de condutas odientas, ou mistificadoras, ou mentirosas, é para criticá-las (como se vê da parte inicial do capítulo dedicado ao "LINCHAMENTO DE NUREMBERG, p. 194, também da última edição). Deixando claro que ele, **Sigfried**, é homem de caráter. E que jamais defenderia a tese imoral de que os fins justificam os meios.

109. Essas, a meu sentir, as *impressões digitais* do livro. Já estampadas, aliás, no título por ele portado: "HOLOCAUSTO JUDEU, OU ALEMÃO? — Nos bastidores da MENTIRA DO SÉCULO". Um livro que verifiquei se achar catalogado como de livre circulação mundial,



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

conforme qualquer pessoa pode comprovar pela consulta ao site "amazon.com", da internet, de alcance mundial.

110. Como síntese das sínteses, e sempre atento ao fato de que o livro do autor-paciente labora mesmo é no macro-espço das relações entre Estados, povos e governos soberanos, concluo que o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inciso VIII do art. 5º anteriormente transcrito).

• Os demais livros editados pelo paciente-autor

111. Por fim, acerca dos demais livros editados pelo paciente-escritor, não me foi possível adquirir e ler todos eles. Folheei dois deles, apenas ("Os Conquistadores do Mundo", do húngaro **Louis Marschalko**, e "Hitler — Culpado ou Inocente?", do brasileiro-acadêmico Sérgio Oliveira, 2ª edição), e o que posso dizer é que são bem escritos e seguem a mesma toada do livro de autoria do escritor *sub judice*: dar uma outra versão dos fatos ensejadores e caracterizadores do Segundo Grande Conflito Armado do século XX. E batendo na mesma tecla de denúncia da pretenciosa supremacia racial



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

judaica e particularmente contra o Sionismo, conforme se extrai deste epílogo do livro de **Marschalko** (p. 215):

"A luta pela liberdade travada pelos trabalhadores húngaros, camponeses e classes médias coloca todos os homens de boa vontade sob uma obrigação muito forte. Ela afeta não apenas os húngaros mas todos os países da Terra. Nós temos de juntar forças para quebrar o poder dos conquistadores do mundo, do contrário haverá uma terceira guerra mundial e os sobreviventes ou serão ignóbeis escravos do mundo judaico ou serão frangalhos humanos e imbecis degenerados pela radiação atômica e pelos efeitos do estrôncio.

Foi essa crença, e não o ódio, que me compeliu a escrever este livro. Nós não somos antiamericanos, porque nós gostamos de fazendeiros americanos e os admiramos, como também somos admiradores do trabalhadores e pioneiros americanos. Nós, os europeus, só não gostamos dos americanos de Morgenthau e de Baruch. De maneira semelhante, não somos inimigos do povo russo, mas somos inimigos mortais da União Soviética de Kaganovich e do bolchevismo judaico.

No futuro, se houver paz no mundo, não deverá haver nenhum 'povo eleito', mas sim apenas nações livres, com direitos iguais. Esta é a única verdade, e no fim a verdade certamente prevalecerá."

112. Quanto às duas outras publicações objeto da denúncia promotorial pública, o que posso dizer é que os seus autores são conhecidos (**Henry Ford** é o famoso industrial da montadora multinacional Ford de automóveis, entre outros títulos, e **Gustavo Barroso** foi membro e presidente duas vezes da Academia Brasileira de Letras) e elas circulam, também livremente, por Estados como a

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

França e a América do Norte (mesmo site **amazon.com**). Mas os próprios títulos dessa obras também sinalizam o idêntico propósito de falar dos judeus como eternos pretendentes à conquista do mundo, sob inspiração e decidida militância sionista. O que não tenho como prática discriminadora (mesmo sem aderir, pessoalmente, a tais pontos de vista), porque desacompanhada daqueles argumentos que buscam entorpecer o raciocínio do leitor e conduzi-los à liberação de instintos bestiais (como de instinto bestial é, de fato, a prática do racismo).

113. Consoante falado no tópico referente à "Questão de Ordem", enquadro tais edições no âmbito da liberdade de iniciativa do autor-paciente enquanto empresário, notadamente porque são obras que levam a assinatura dos referidos escritores e pelas quais o paciente não deve responder nem no plano cível nem no plano criminal. Além do quê também situadas no mais protegido campo constitucional da convicção política, pois é fato que centralmente versantes sobre aquelas já mencionadas relações entre Estados, povos e governos soberanos.

Fecho

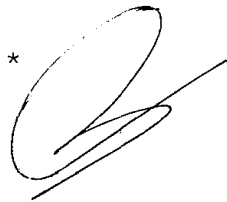


HC 82.424 / RS

114. Aqui termino este alongado e certamente enfadonho voto, citando dois pensadores do meu especial agrado: a) o brasileiro **Fábio Konder Comparato**, para quem "A perda da liberdade de crítica é a desmoralização do intelectual" (entrevista publicada pelo jornal "Folha de São Paulo", caderno A 12, edição de 18 de agosto de 2003); e b) o francês François-Marie Arouet **Voltaire**, autor da gloriosa frase "não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las". Por sinal, de nome **Voltaire** (Voltaire Pires) é a rua onde funciona a editora do paciente. Escritor-paciente, contra cuja condenação defiro o presente **Habeas Corpus**. *Habeas corpus* de ofício, por entender que ele não incorreu em conduta penalmente típica.

É o meu voto, debaixo de todas as vênias daqueles tão bem elaborados votos discordantes.

* * * * *



Supremo Tribunal Federal

27/08/2003


TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MOREIRA ALVES
RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO PRESIDENTE
PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER
IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA


DEBATES

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE)- V.Exa. concede o habeas-corpus em que sentido?


O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Primeiro, mais importante ainda, entendo que ele não cometeu o crime. Mas, se entender que o crime foi cometido, como a lei não separa a discriminação racial **lato sensu** da discriminação por raça, propriamente racista... Então que se lhe abone o desclausuramento da imprescritibilidade.

Mas, o meu primeiro voto é pela absolvição.

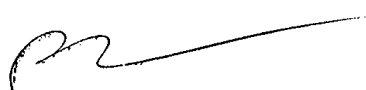
O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE)- Então, V.Exa. conclui pela concessão?


O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Pela absolvição, falta de justa causa, atipicidade da conduta.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE) - Por isso que fiz aquela primeira indagação na questão de ordem de V.Exa. Agora, sim, estou entendendo. V.Exa. concede a ordem para absolver o paciente, não é isso?



O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Perfeito.

Supremo Tribunal Federal

27/08/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES

PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER

IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, na assentada anterior, já havia manifestado a intenção de pedir vista. Revelou o ministro Carlos Britto que gostaria de se pronunciar, de imediato, sobre a matéria. Posteriormente, verificou a complexidade e também a envergadura deste julgamento. Transformou o pedido de vista em mesa em regimental.

Os Colegas, mesmo diante desse segundo pedido de vista - porque o primeiro eu já tinha veiculado, e parecia que iríamos suspender o julgamento, aguardando os demais, a quem pedi licença para antecipar o pedido de vista -, acabaram votando pelo que ouviram, na própria Sessão.

O julgamento, como ressaltou o ministro Carlos Britto, é histórico, muito tem a ver, repito, e já dissera antes, quando anunciei o pedido de vista, com os ares democráticos decorrentes da Carta de 1988, especialmente sob o ângulo da crítica, da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

Desejo refletir sobre o tema, e, por isso, reafirmo que preciso ter vista dos autos.



Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**HABEAS CORPUS 82.424-2**

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MOREIRA ALVES

PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER

IMPTE.: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem para pronunciar a prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2002.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem, e dos votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, este último em antecipação, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 09.04.2003.

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por inexistência de previsão regimental, indeferiu o pedido de nova sustentação oral do ilustre advogado do paciente, tendo em vista não se encontrar mais nesta Corte, pela aposentadoria, o Senhor Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, nesta preliminar, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que indeferia o *habeas corpus*, anteciparam os votos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, também denegando a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Carlos Britto. Não participou da votação o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.06.2003.

Decisão: O Tribunal, por maioria, resolvendo a questão de ordem, não viu condições de deferimento do habeas-corpus de ofício, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto, que entendeu deferi-lo por carência da ação penal por atipicidade de conduta. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Senhor Ministro Carlos Brito, que concedia, *ex officio*, a ordem de habeas-corpus para absolver o




Supremo Tribunal Federal

paciente por falta de tipicidade de conduta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não votou o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.08.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

7) 
Luiz Tomimatsu
Coordenador

Supremo Tribunal Federal

17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

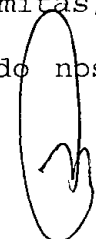
HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Em peça redigida com esmero, os profissionais da advocacia Werner Cantalício João Becker e Rejana Becker impetraram este *habeas* substitutivo de recurso ordinário constitucional em benefício de Siegfried Ellwanger, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual, indeferida a ordem, prevaleceu a condenação imposta ao paciente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negando-se o afastamento da imprescritibilidade, porque enquadrado o crime praticado como de racismo.

A denúncia que deu origem à ação penal calcou-se na imputação ao paciente do crime de racismo - artigo 20, cabeça, da Lei nº 8.081/90:

Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Dela consta a edição e distribuição de obras de autores brasileiros e estrangeiros com mensagens anti-semitas, visando a incitar e a induzir a discriminação racial, semeando nos



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Em primeira instância, o pedido formulado pelo Ministério Público foi julgado improcedente, consignando-se, em sentença, o exercício da liberdade de expressão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proveu o recurso do Ministério Público, condenando o paciente à pena de reclusão de dois anos, com *sursis* por quatro anos e a destruição do material apreendido (folha 48), ficando o acórdão assim ementado (folha 28):

RACISMO. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.

No Superior Tribunal de Justiça, vencido o ministro Edson Vidigal, a impetração de *habeas* não frutificou. Eis a ementa do acórdão (folha 123):

CRIMINAL. *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 dos judeus - se os mesmos seriam uma raça,

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

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.

Sustentam os impetrantes que o paciente, absolvido pelo Juízo, acabou condenado pelo crime de discriminação contra judeus, tipificado no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90¹, e não pelo de racismo, este sim, imprescritível, de acordo com o artigo 5º, inciso XLII², da Constituição Federal. Alegam que, não revelando os judeus a

¹ Lei nº 8.081/90, Artigo 1º: "A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1º Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 2º Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido".

² Constituição Federal, Artigo 5º, inciso XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

existência de uma "raça", ao paciente foi erroneamente imputado o crime de "racismo". E requerem "seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença". Por fim, pleiteiam a concessão da ordem, para "desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado" (folha 17).

Iniciado o julgamento em 12 de dezembro de 2002, o eminente relator, ministro Moreira Alves, votou no sentido da procedência dos argumentos trazidos pelos impetrantes, assentando não formarem os judeus uma raça, ficando afastada, assim, a hipótese constitucional da imprescritibilidade. Mencionou conferência proferida em 15 de fevereiro de 1998 pelo rabino Henry I. Sobel:

Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes.

Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como "nação", embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema geralmente é resolvido através do termo "povo".

Entendeu o relator que, enquadrado o crime como discriminação contra o povo judeu, e não como racismo, a prescrição da pretensão punitiva já teria acontecido. É que o paciente fora condenado a dois anos de reclusão e já tinham passado mais de quatro

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

anos entre o recebimento da denúncia e a decisão. Deferiu a ordem, para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. O julgamento foi interrompido, em 12 de dezembro de 2002, ante o pedido de vista formulado pelo ministro Maurício Corrêa.

Retomado o julgamento em 9 de abril de 2003, Sua Excelência, citando parecer da lavra do professor Celso Lafer - encaminhado aos Ministros que compõem a Corte pelo rabino Henry I. Sobel -, aduziu que o conceito de raça não é uma expressão unicamente biológica, devendo ser interpretada também à luz de outras ciências, como a Sociologia e a Antropologia. A esse argumento somaram-se outros, de natureza histórica, ressaltando o sofrimento vivido pelo povo judeu desde a Diáspora e culminado com a 2ª Grande Guerra, linha de pensamento também adotada no voto seguinte, prolatado pelo ministro Celso de Mello. Ambos indeferiram a ordem.

Ocorreu nova interrupção, desta feita devido ao pedido de vista formulado pelo ministro Gilmar Mendes.

Em 26 de junho de 2003, o julgamento teve seqüência. O ministro Gilmar Mendes reconheceu que a concepção a respeito da existência de diferentes raças humanas baseava-se em um pseudoconhecimento científico do século XIX e que, atualmente, não mais subsiste. Afirmou que, em sede de colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, dever-se-ia ponderar a

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

partir do princípio da proporcionalidade e que, na hipótese, a condenação do paciente revelaria o atendimento aos subprincípios da adequação, da proibição do excesso e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na ocasião, cheguei a pedir vista para analisar melhor a matéria, oportunidade na qual registrei:

Senhor Presidente, se os colegas que me antecedem na votação permitirem, estimo ter vista antecipada dos autos.

Informo, desde já, que refletirei principalmente sobre um bem que acredito ser, em uma sociedade democrática, de envergadura maior, que é a liberdade de expressão, sem desconsiderar, evidentemente, os parâmetros do próprio *habeas corpus*.

Na assentada, após a manifestação acima, revelou o ministro Carlos Britto o desejo de pronunciar-se, de imediato, sobre o tema. A seguir, na mesma sessão, verificando a complexidade e também a envergadura da hipótese dos autos, transformou o pedido de vista em mesa em regimental.

Os colegas, com exceção do ministro Sepúlveda Pertence, mesmo diante da duplicidade de pedido de vista, porque o primeiro já havia sido por mim veiculado, insistiram na continuação do julgamento, antecipando os convencimentos formados. E assim se prosseguiu, com os votos antecipados dos ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, que denegaram a ordem.

Em 27 de agosto de 2003, retomou-se o julgamento, proferindo voto-vista o ministro Carlos Britto, que, ao considerar o

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

princípio da liberdade de expressão e os parâmetros da impetração, fez ver:

94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das idéias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias).

(...)

97. A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepôr a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia. Daí que ele, escritor e paciente, faça da sua história de vida pessoal um eterno esforço por demonstrar que as coisas não se passaram como na explicação dos Estados vencedores.

98. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).

99. Esse respaldo jurídico também decorre da "Lei de Imprensa" (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

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

I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

(...)

IX - a exposição de doutrina ou idéia."

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

100. O mesmo calço jurídico-positivo ainda se vê no corpo da chamada "Lei de Segurança Nacional", cujo art. 22, § 3º, assim dispõe:

"Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

(...)

§ 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas."

Asseverou haver analisado minuciosamente a obra de autoria do paciente e concluiu:

102. Com efeito, a obra do paciente é toda ela repassada de denúncias contra o espírito beligerante daqueles Estados vencedores e também dos seus principais líderes, à época (de modo especial **Winston Churchill**, desancado a mais não poder). Assim como fervilha de ressentimentos contra o Sionismo, que ele faz questão, do início da obra ao respectivo fim, de distinguir do povo judeu como um todo. Confira-se:

I - "Qualquer citação sobre Sionismo ou referências sobre judeus internacionais não deverá ser considerada contra as pessoas que professam a religião judaica, que residem e trabalham pacificamente conosco e que cada vez menos aprovam os atos dos primeiros, por deixá-los em constante preocupação" ("Prefácio" da 1ª edição, p. 10);

II - "Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o homem que acionou a chave da segunda guerra mundial, o primeiro ministro Neville Chamberlain, foi o responsável pelo sangrento conflito, pelas pressões exercidas através da imprensa internacional e sobre elementos ligados ao governo britânico, norte-americano e anteriormente todos os países do mundo. Este livro nada tem a ver com os praticantes da religião judaica, que trabalham e lutam conosco e que consideram o BRASIL como sua única pátria, pois não é aceitável uma dupla nacionalidade" ("Esclarecimentos Finais", p. 306 da última edição do livro (29ª edição);

III - "Uma parcela cada vez maior de judeus praticantes está em completo desacordo com o movimento sionista mundial. Isso deve estar ocorrendo em vista das mortes e desgraças ocasionadas, entre os quais se destacam os palestinos, egípcios, libaneses, sírios, jordanianos, iraquianos, iranianos, israelitas, norte-americanos, soldados das mais diversas nacionalidades,

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

pertencentes à ONU, etc." ("*Esclarecimentos Finais*" da 29ª edição, p. 309).

103. Tudo isto é confirmado pela própria defesa judicial de 1ª instância, na qual se lê: "O acusado jamais praticou e jamais praticará qualquer ato de racismo contra quem quer que seja. E, do mesmo modo, jamais há de servir de âncora ao induzimento ou à incitação de prática tão nefasta. Seu objetivo é o revisionismo histórico, o debate intelectual, e, no tocante à questão judaica, o combate ao sionismo (p. 23 da publicação que o advogado Marcopollo Giordani — OAB/RS 23781 — fez chegar às mãos de cada ministro desta excelsa Corte de Justiça).

104. Pronto! Nessa candente passagem da defesa do autor-paciente eu enxergo a própria síntese do livro em tela. É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente e em parte quixotesca. É obra de quem professa uma ideologia. Ainda que muito pouco verossímil.

(...)

105. É certo - não se pode obscurecer - que o autor-paciente sai em defesa do Estado e do povo alemão, ao explicar os fatos caracterizadores tanto da primeira quanto da Segunda Grande Guerra. Mas é preciso ver o contexto em que o faz. Ele fica do lado germânico, sim, e chega até mesmo a revelar simpatia por **Adolf Hitler**, mas sem jamais falar de arianismo. Nem de superioridade racial alemã, ou de inferioridade racial judaica. Jamais! Muito menos de justificar ou apoiar o Holocausto, até porque ele inverte a ordem das coisas: para ele, **Sigfried Ellwanger Castan**, quem sofreu o holocausto ou o sistemático processo de dizimação humana foi o povo da Alemanha.

106. Não apenas o escritor-paciente deixa de colocar os judeus na humilhante condição de subpovo ou de sub-raça, como faz exatamente o contrário: acusa o judaísmo de se irrogar um complexo de superioridade. De se considerar o povo-eleito de Deus. Com pretensões à conquista de todo o planeta. Ao domínio político, religioso e econômico do mundo. Não pelo modo ortodoxo de dominação territorial-militar, mas pelo modo heterodoxo de se conquistar pelo uso das duas grandes forças sociais da Imprensa e do Capital Financeiro. Tudo debaixo da inspiração, do acicate, da incessante militância do sionismo internacional (tido por ele, paciente, como organização fundamentalista).

Então, veio a deferir a ordem. Sendo o próximo a votar, reiterarei a preocupação com a matéria tratada, formalizando pedido de vista, em reiteração ao anterior, nos seguintes termos:

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Senhor Presidente, na assentada anterior, já havia manifestado a intenção de pedir vista. Revelou o ministro Carlos Britto que gostaria de se pronunciar, de imediato, sobre a matéria. Posteriormente, verificou a complexidade e também a envergadura deste julgamento. Transformou o pedido de vista em mesa em regimental.

Os Colegas, mesmo diante desse segundo pedido de vista - porque o primeiro eu já tinha veiculado, e parecia que iríamos suspender o julgamento, aguardando os demais, a quem pedi licença para antecipar -, acabaram votando pelo que ouviram, na própria Sessão.

O julgamento, como ressaltou o ministro Carlos Britto, é histórico, muito tem a ver, repito, e já dissera antes, quando anunciei o pedido de vista, com os ares democráticos decorrentes da Carta de 1988, especialmente sob o ângulo da crítica, da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

Desejo refletir sobre o tema e, por isso, reafirmo que preciso ter vista dos autos.

Após este breve relato, externo as reflexões que fiz sobre a questão, por mim reputada uma das mais importantes - se não a mais importante - apreciadas por este Colegiado nos treze anos em que nele tive assento, consignando haver recebido o processo para exame em 29 de agosto de 2003, nele lançando visto e declarando-me habilitado a votar em 12 de setembro imediato - folha 188.

A censura, em suas diversas formas - direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial -, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos. Em 1695, na Inglaterra, deixou-se de ratificar texto - *Licensing Act* - que dispunha sobre a censura prévia. Na Declaração de Direitos de Virgínia - em 1776 -, proclamou-se que "a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos" - artigo 12. A

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Constituição Americana de 1787, via Emenda nº 1, previu que "o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos". Na França, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, mais uma vez reiterou-se que "a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei" - artigo 11. O pós-guerra - 1948 - fez surgir a Organização das Nações Unidas, vindo-nos a Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras". Em 1950, em Roma, no Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ressaltaram-se aspectos a serem considerados, tais como a liberdade de expressão, o recebimento e a comunicação de informações e o afastamento da ingerência de autoridades públicas. Mais recentemente, via o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, selou-se: "Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem consideração de fronteiras". Eis as normas matrizes internacionais do direito fundamental em questão.

Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Barbosa, à época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, que se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão. Intentava com esse gesto apagar, da história brasileira, o instituto - como se isso tivesse o condão de fazer desaparecer da memória nacional a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e pelos afro-descendentes - e evitar possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho.

O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado - apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil -, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido - a ignorância.

Ainda uma vez sob enfoque histórico, forçoso é trazer à lembrança outro exemplo, ligado à época da Inquisição. Por causa do avanço desmedido da religião protestante - já estendida a dois terços da Alemanha, metade da Holanda, parte da Áustria, da Hungria e da Boêmia, um quarto da França, ocorrendo ainda a adesão da

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Inglaterra, da Escócia e da Escandinávia -, o Papa Paulo III deu início a um movimento, conhecido como Contra-Reforma, no qual se adotava uma série de medidas com o objetivo de conter o progresso do protestantismo.

Então, criou-se em 1543 a Congregação do Índice, cuja finalidade era a veiculação de lista dos livros contrários à doutrina Católica - *Index livrorum prohibitorum* - e, portanto, proibidos para os cristãos, a fim de evitar que idéias heréticas corrompessem o espírito dos fiéis. Listas e mais listas restaram publicadas, sucessivamente, símbolo talvez de uma das maiores intolerâncias que a humanidade já conheceu. No rol dos livros vetados, constavam obras de Gil Vicente, Luís de Camões e do Padre Antônio Vieira. Somente em 1966 a Congregação para a Doutrina da Fé anunciou que o Índice não mais seria publicado³.

Tamanha violência não foi apenas intelectual, mas resvalou para a física: aos escritores considerados hereges, caberia o julgamento pelo Tribunal da Inquisição e, condenados, morreriam queimados nas fogueiras.

A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos ministros que me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento: estamos diante de um problema de

³BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental: do homem das cavernas às naves espaciais**. Tradução de Donaldson M. Garhagen. 40ª ed. São Paulo: Globo, 2001, v. 1, p. 376-401; ARRUDA, José Jobson de A. **História Moderna e Contemporânea**. 23ª ed. São Paulo: Ática, 1990, p. 44- 54.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

545

eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intrincado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.

1. Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito

Dando fim a período inaceitável de ditadura militar, a Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito, a partir da restauração concreta de um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que hoje constitui a verdadeira essência de uma sociedade plural e democrática. Nesse sentido, a eficácia plena dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, bem como de outros direitos advindos do regime e de tratados internacionais, na forma do § 2º desse mesmo artigo 5º, é condição essencial para a consolidação e amadurecimento de nossas

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

546

instituições políticas e para a conservação e promoção da democracia.

Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania. Para tanto, o sistema constitucional brasileiro prevê vários institutos e mecanismos que têm por finalidade concretizar o princípio democrático, de maneira a torná-lo algo vivo, presente e eficaz. Na doutrina nacional, costuma-se indicar o sistema eleitoral, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico como uma das mais claras manifestações jurídicas do princípio democrático.

Outros pilares do sistema constitucional pátrio são igualmente essenciais para a eficácia direta do princípio democrático, como é o caso da separação dos Poderes, mediante a qual se confere aos representantes do povo e dos Estados - vereadores, deputados e senadores - , assim escolhidos por meio do voto direto, a elaboração legislativa, e, ao Chefe do Poder Executivo, também eleito pelo sufrágio, a condução política do País, incumbindo ao Judiciário julgar os conflitos de interesse e restabelecer a paz social momentaneamente abalada.

Entretanto outras manifestações existem. O sistema de direitos fundamentais, como elemento constitutivo do Estado de Direito, é imprescindível na concretização do princípio democrático.



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

547

Na precisa lição do eminente professor Joaquim Canotilho, "os direitos fundamentais têm uma função democrática dado o exercício democrático do poder".

Tais direitos asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia. Constroem um ambiente livre para essa participação - o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático - e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais⁴. Tratando dos direitos fundamentais na dimensão de liberdade, o Professor de Coimbra arremata:

Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).⁵

Pode-se concluir que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a

⁴ J. J. Gomes Canotilho, **Direito constitucional e Teoria da Constituição**, Editora Almedina, 1998, página 280.

participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas. Na feliz e apropriada redação utilizada pelo Professor Catedrático de Direito Público e História Constitucional da Universidade de Friburgo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, utilizando-se de expressão cunhada pela Corte Constitucional Alemã, os direitos de comunicação, em que se inclui a liberdade de opinião, são "constitutivos do princípio democrático por antonomásia", já que promovem a autonomia individual e formam o ambiente plural de participação democrática.⁶

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular⁷. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem

⁵ J. J. Gomes Canotilho, *idem*, *ibidem*.

⁶ Ernst Wolfgang Böckenförde, *La democracia como principio constitucional*, in *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, 2000, página 78.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos Hans Kelsen⁸, quando afirma que a democracia se constrói sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria. E venho adotando esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário.

José Martínez de Pisón⁹, ao estudar a prática da tolerância, ressalta: "quando uma sociedade e seus governantes recorrem com tanta insistência à tolerância quer dizer que algo não está funcionando corretamente. Quando é preciso que se recorde constantemente a necessidade de respeitar as opiniões e crenças dos demais, de admitir e tolerar a diferença, isso indica que há, ao menos, sintomas preocupantes para a convivência, e, inclusive, para a coesão social". E continua, citando Camps: "A tolerância é uma virtude indiscutível da democracia. O respeito aos demais, a igualdade de todas as crenças e opiniões, a convicção de que a verdade e a razão não são absolutas, são fundamentos dessa abertura e generosidade que supõe o ser tolerante. Sem a virtude da

⁷ Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão - Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, página 256.

⁸ Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, p. 281.



tolerância, a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo"¹⁰. Eis palavras sempre oportunas e que vêm a calhar considerado o momento vivido.

À medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, 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. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes (por exemplo, pornografia, no caso "Miller v. California") ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso "Falwell v. Hustler Magazine", Inc.. No caso "New York Times v. Sullivan", o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: "a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de idéias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo".

A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício de poder. Esta dimensão foi até mesmo a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal

⁹José Martínez de Pisón, **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades**

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade para exprimir os pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos.¹¹

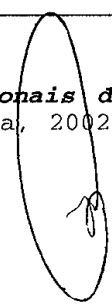
Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

Os piores acontecimentos havidos - entre eles, a perseguição aos judeus - sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações, de falta de publicidade de modo a permitir o acompanhamento público. Com isso, foram evitadas as reações próprias aos episódios. Encobertos, ganharam proporções alarmantes, predominando a barbárie. A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior.

multiculturales, Madrid: Tecnos, 2001, p.11.

¹⁰ Idem, p. 13.

¹¹ Jónatas E. M. Machado, **Liberdade de Expressão - Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, página 266.



A garantia de uma esfera pública de debate sobre os mais diferentes temas contribui para a concretização do princípio democrático e para o amadurecimento político e social de um país, não só como controle do exercício do poder público, mas também como garantia de controle do poder econômico, de modo a evitar o abuso e a venda de uma ideologia desses grupos.

A liberdade de expressão ainda pode ser entendida como uma garantia da diversidade de opiniões, o que, como já dito, ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular acerca das mais variadas matérias, sejam políticas, sociais ou históricas. Bem demonstra Jónatas Machado:

Os modernos Estados constitucionais não partem de uma concepção monolítica e político-espiritual do povo ou da nação, mas arrancam da diversidade e confrontação de opiniões, interesses, vontades e aspirações dos indivíduos e grupos. A unidade política é vista como tarefa e não como pressuposto da democracia. A manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional está longe de constituir um fundamento constitucionalmente plausível para restringir a liberdade de expressão e as demais liberdades de comunicação. (...) Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e, conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.¹²

Além dessas finalidades substantivas da garantia em exame, várias outras poderiam ser citaças, tais como: a acomodação de interesses por meio de um debate público de temas controversos e a viabilidade de transformações sociais e políticas de forma

¹² Jónatas E. M. Machado, **Liberdade de Expressão - Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, página 279.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

553

pacífica; a criação de livre mercado de idéias em que se privilegia o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada; o exercício da tolerância que educa a sociedade a ouvir e a ser ouvida - e, portanto, a ser democrática em seu seio - e não somente a exigir a democracia como uma providência do Poder Público; a proteção e a garantia da autonomia individual, já que a livre manifestação de pensamento é uma expressão da individualidade e da liberdade.

O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de idéias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como uma forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia. Teubner já alertara: "O ponto é que, à parte da esfera individual de 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 reduzidas a meros anexos ou derivações da autonomia individual."¹³ É essa importância social e política da liberdade de expressão que precisa estar clara na análise do problema constitucional presente no caso concreto,

mesmo porque tal liberdade necessita ser vista sob o ângulo daquele que tem o direito de receber o maior número de informações possíveis, de ter acesso ao mais amplo conhecimento, a fim de se tornar uma pessoa apta a desenvolver as potencialidades e a cidadania. Revela o Artigo 19 da Declaração dos Direitos Humanos: "Cada indivíduo tem o direito à liberdade de opinião e de expressão, o direito à liberdade de ter opiniões sem interferência e procurar receber informações e idéias de qualquer mídia e de qualquer fronteira".

O Estado mostra-se democrático quando aceita e tolera, no próprio território, as mais diferentes expressões do pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário. A tolerância política é imprescindível para regular as relações entre as maiorias e as minorias e para servir de princípio regente das relações entre as ideologias e grupos políticos divergentes. A partir da proteção ao pensamento minoritário é que a liberdade se apresenta como um típico direito fundamental de defesa, que alberga em sua essência um espaço imune a restrições de qualquer tipo, sejam estas impostas pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto.

¹³ Christoph Beat Graber e Gunther Teubner, Art and Money: Constitutional Rights in

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

555

As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem sempre procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de maneira distinta para cada indivíduo. Assim já lecionava Stuart Mill¹⁴, ao falar sobre a liberdade:

Quando a sociedade mesma é o tirano (...) seus meios de tiranizar não estão limitados aos atos que podem realizar por meio dos seus funcionários públicos. A sociedade (...) exerce uma tirania social mais formidável que muitas das opressões políticas, pois, apesar de não fazer incidir penas tão graves, deixa menos meios de escapar delas, pois penetra muito mais nos detalhes da vida e chega a encarcerar a alma. Por isso, não basta a proteção contra a tirania do magistrado. Necessita-se também a proteção contra a tirania da opinião e do pensamento prevalecente, contra a tendência da sociedade de impor, por meios distintos das penas civis, as próprias idéias e práticas como regras de conduta a aqueles que dissente delas; a arrogar o desenvolvimento e, se possível for, a impedir a formação de individualidades originais e a obrigar a todos os caracteres a moldar-se sobre o seu próprio.

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

E afirma que as razões que fazem um homem querer limitar a liberdade dos demais decorrem da busca pela imposição das idéias, pela conformidade de pensamento e pela necessidade de adotar apenas uma resposta possível e verdadeira à pergunta: como os homens devem pensar?

the private sphere?, in *Oxford Judicial Legal Studies*, 18, 1998, página 66.

Para o bem-estar intelectual da humanidade, é preciso proteger a liberdade de expressar todas as opiniões, ainda que delas discordemos ou que estejam redondamente erradas, e isso pode ser justificado por quatro motivos, resumidos ainda por Mill¹⁵:

Primeiro, (porque) uma opinião, ainda que reduzida ao silêncio, pode ser verdadeira. Negar isso é aceitar a nossa própria infalibilidade. Em segundo lugar, ainda que a opinião reduzida a silêncio seja um erro, pode conter, e com frequência contém, uma porção de verdade; e como a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca abarca toda a verdade, somente pelo conflito de opiniões diversas se tem alguma probabilidade de ser conhecida a verdade inteira. Em terceiro lugar, ainda que a opinião admitida fosse não somente a verdadeira, senão toda a verdade, ao menos que possa ser e seja vigorosa e lealmente discutida, será sustentada com mais razão, além do conhecimento formulado a partir de um prejulgamento, com pouca compreensão ou sentido de seus fundamentos sociais. E não somente isso, senão que, em quarto lugar, o sentido da mesma doutrina poderá correr o risco de perder-se ou de debilitar-se, perdendo seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; o dogma se converterá em uma profissão meramente formal, ineficaz para o bem, mas enchendo de obstáculos o terreno e impedindo o desenvolvimento de toda convicção real e sentida de coração, fundada sobre a razão ou a experiência pessoal.

A ninguém é dado o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. Nenhuma idéia é infalível a tal ponto de gozar eternamente do privilégio de ser admitida como verdadeira. Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo seus fragmentos.

¹⁴ Apud José Martínez de Pisón, **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**, Madrid: Tecnos, 2001, p.73.

¹⁵ Apud José Martínez de Pisón, **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**, Madrid: Tecnos, 2001, p.76.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

557

Garantir a expressão apenas das idéias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar idéias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas idéias somente são assim consideradas quando comparadas com o pensamento da maioria.

É essa a dimensão delicada do direito à liberdade de expressão, e aí está o seu caráter procedimental ou instrumental: não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante. A censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários, a fim de impedir a propagação de idéias que lhes são contrárias. A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morte aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações. Alfim, imaginando-se integrado a um Estado Democrático de Direito, acionou a livre manifestação, a convicção política sobre o tema tratado, exercitou a livre expressão intelectual do ofício de escritor e editor, conforme previsto nos incisos IV, VIII e XIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Mas sigamos na apreciação deste eletrizante tema. Admitamos que, por conta de sua dimensão social, o direito fundamental de liberdade de expressão seja passível de limites quanto ao exercício. A liberdade de expressão presta-se a construir uma sociedade democrática, aberta e madura. Somente com esse intuito é que ela encontra fundamento, o que importa dizer que, mesmo formando o núcleo essencial do princípio democrático, não pode ser caracterizada como um direito absoluto, livre de qualquer tipo de restrição ou acomodação. É nesse sentido que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão, quando o cidadão utiliza-se de meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento. É por isso também que nosso sistema constitucional não identifica, no núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, qualquer manifestação de opinião

559

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente.

De qualquer sorte, essa é uma análise complexa, devendo ser realizada com a maior cautela possível, baseada em provas cabais e conclusivas, ou mesmo em informações e dados da realidade que possam assegurar a assertiva de que, de fato, há perigo advindo do exercício da liberdade de expressão. Parece-me temerário, ou no mínimo arriscado, a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada somente em expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um exame que não leve em consideração os elementos sociais e culturais ou indícios já presentes de nossa história bibliográfica. Assim sendo, também não pode servir de substrato para a restrição da liberdade de expressão simples alegação de que a opinião manifestada seja discriminatória, abusiva, radical, absurda, sem que haja elementos concretos a demonstrarem a existência de motivos suficientes para a limitação propugnada.¹⁶

O princípio da liberdade de expressão, como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Ao contrário, encontra limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios. Esta matéria é de extrema importância no Direito Constitucional e precisa ser analisada com muito cuidado. Contempla os mais variados aspectos, que devem ser estudados caso a caso, mas,

560

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

como afirma Robert Alexy¹⁷, têm um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como "especialidade" - lei especial derroga geral -, "hierarquia" - lei superior revoga inferior - ou "anterioridade" - lei posterior revoga anterior -, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da "ponderação", que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. É que, no dizer do professor Paulo Bonavides, "As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência."¹⁸

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos

¹⁶ Konrad Hesse, **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, página 309/310.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: Revista de Direito Administrativo, 217: I - VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul/set. 1999, p. 73.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo - vejam-se os exemplos da Corte Constitucional Espanhola,¹⁹ relatado por Javier Cremades, e da Suprema Corte Americana, o já citado "New York Times v. Sullivan".

Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

¹⁹ Javier Cremades, *Los límites e la libertad de expresión em el ordenamiento jurídico español*, Distribuciones La Ley S.A., 1995, página 182.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Esse tipo de apreciação é crucial para resolver-se a questão do *habeas*. Há de se atentar para a realidade brasileira, evitando-se que prevaleça solução calcada apenas, como até aqui percebi, na crença de que os judeus são um povo sofredor e que amargaram os horrores do holocausto, colocando por terra elementos essenciais.

A questão de fundo neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.

Bem afirmou o ministro Carlos Britto que não achou, ao analisar minuciosamente o livro sob enfoque - e a denúncia está basicamente lastreada naquele escrito do paciente - qualquer afirmação categórica acerca da superioridade da raça alemã sobre uma "raça" judaica, ou de que os judeus se constituíam grupo inferior se comparado com uma "raça" ariana.

Procedendo de igual maneira, confesso que não identifiquei qualquer manifestação a induzir o preconceito odioso no leitor. Por óbvio, a obra defende uma idéia que causaria repúdio imediato a muitos, e poderia até dizer que encontraria alguns seguidores, mas a defesa de uma ideologia não é crime e, por isso,

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

não pode ser apenada. O fato de alguém escrever um livro e outros concordarem com as idéias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional. Mesmo porque, infelizmente, o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler. Tal fato, por si só, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser objeto de reprimenda direta e radical do Poder Público, sendo esta possível somente quando a divulgação da idéia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade. A limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no exercício.

Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação de violência, mas que expõe a versão de um fato histórico - versão esta, é bom frisar, que pessoalmente considero deturpada, incorreta e ideológica -, transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?

O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma idéia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de idéia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa idéia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo, de um crime que a

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Carta da República levou às últimas conseqüências quando, declarando-o imprescritível, desprezou a consagrada e salutar segurança jurídica. O combate deve basear-se em critérios justos e limpos, no confronto de idéias. Parafraseando Voltaire, citado pelo ministro Carlos Britto, afirmo: não concordo com o que o paciente escreveu, mas defendo o direito que ele tem de divulgar o que pensa. Não é a condenação do paciente por esta Corte - considerado o crime de racismo - a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.

Essa primeira colocação nos remete a uma segunda igualmente importante e decisiva. Há como, mediante um livro, incitar, induzir ou praticar racismo ou discriminação? Obviamente, a resposta é positiva, mas se faz mister analisar em quais circunstâncias isso é possível. O livro constitui uma das mais importantes e antigas formas de divulgação de informações e opiniões. Por intermédio dele, os mais notáveis pensamentos foram difundidos, as mais profundas críticas a governos foram ensaiadas. Também por meio dele, temos hoje notícia de fatos históricos, de teorias que antigamente eram consideradas absurdas e que hoje fazem

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

parte do nosso dia-a-dia. Em outras palavras, o livro configura-se como um instrumento de democracia e de pluralização do pensamento, uma vez que iguala todos os que queiram expor as idéias e permite que as pessoas em geral tenham acesso a essas idéias, latente a faculdade de concordar ou não com os pensamentos escritos.

Diferentemente de outros meios que veiculam opiniões, o conteúdo do livro não é transmitido ao leitor independentemente da vontade. Ou seja, não é o caso de um carro de som que fica jorrando idéias as quais todos são obrigados a ouvir. O livro apenas apresenta um pensamento e concede ampla liberdade ao público tanto na opção da escolha do que deve ser lido como na tomada de posição ao término da leitura. Nessa óptica, o livro é democrático por excelência, já que o poder de transformar os pensamentos em realidade não depende dele ou de quem o publica, mas de quem o lê e o apreende, de quem se interessa pelo tema ou título e desembolsa quantidade monetária para obtê-lo ou se vale do empréstimo de uma biblioteca.

O conteúdo de um livro somente possui o condão de proliferar-se a partir do momento em que uma comunidade política tenha, minimamente, tendência para aceitar aquelas idéias, ou seja, se existir ambiente propício à proliferação do que nele registrado. O livro, isoladamente, não possui o efeito de transformar uma sociedade, mas tem o poder de auxiliá-la a caminhar em um determinado sentido. Ele não viabiliza, por si só, uma alteração de

566

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

pré-compreensões, muito embora, somado a condições sociais, políticas, econômicas e culturais, possa incentivar ou se tornar conjuntural às modificações que já estiverem em andamento.

Apenas quando uma determinada comunidade política disponha desses "pré-requisitos" e conte com o ambiente referido, um livro poderá vir a ser considerado perigoso, na acepção de incentivar ou acelerar mudanças.

A questão agora, portanto, surge com novo enfoque. A sociedade brasileira é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu? Temos indícios em nossa história de movimentos sociais discriminatórios contra aquele povo? Não me refiro, obviamente, a iniciativas isoladas deste ou daquele governante em determinado momento. Circunstâncias esporádicas não mudam a natureza da sociedade.

Com base nesse entendimento, uma simples análise da história revelará que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu. Jamais foi transmitida entre as gerações a miséria deste legado discriminatório. Aliás, pelo contrário, as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam no Brasil como importantes centros de referência e são constantemente reconhecidas, como hospitais, sinagogas, centros de cultura, museus, entre outras.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Nesses termos, seria mais facilmente defensável a idéia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste *habeas* resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o tema da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade. Em relação a tais pontos, percebe-se claramente o preconceito arraigado em nossa comunidade, capaz de predispor-la a transformar em atos violentos de discriminação as idéias de intolerância lançadas eventualmente em um livro. O Brasil possui toda uma carga histórica de escravização dos negros e dos índios, bem como infelizes episódios nos quais se cultivara, especialmente por grupos discriminatórios da região sul, um ódio aos nordestinos, o que chegou até mesmo a dar ensejo a uma ridícula e absurda proposta separatista.

A visão de integrar o negro na sociedade é tão presente em nossa cultura que, atualmente, discute-se com absoluta procedência a adoção de políticas afirmativas como medidas compensatórias das desigualdades políticas, econômicas e sociais existentes, colocando-se o peso da lei a favor da almejada igualdade. O Governo Federal chegou até a criar uma secretaria para se debruçar em tais questões. Um livro preconceituoso contra os negros teria muito mais chance de representar uma ameaça real à dignidade daquele povo, porque no Brasil não seria difícil encontrar adeptos para tais pensamentos. Da mesma forma, torna-se evidente que, se a hipótese revelasse idéias discriminatórias aos

568

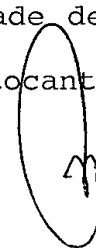
HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

nordestinos, o tema deveria ser enfrentado sob outro enfoque e a partir de outros referenciais. Recentemente, ocorreu uma cena constrangedora para o Governo Federal, quando a sociedade brasileira mobilizou-se para manifestar repúdio à declaração proferida pelo Ministro da Segurança Alimentar, José Graziano, em 7 de fevereiro de 2003, na Federação das Indústrias de São Paulo - FIESP, do seguinte teor: "Temos de criar empregos (no nordeste), temos de gerar oportunidades de educação lá, temos de gerar cidadania lá, porque se eles, nordestinos, continuarem vindo para cá (São Paulo), nós vamos ter que continuar andando de carro blindado". Finalmente, trago à balha a problemática do índio, que também sofre por parte de alguns brasileiros discriminação quanto à preservação da cultura e das terras.

Tais exemplos servem para demonstrar que, em relação ao povo judeu, o livro não ensejou uma hipótese de dano real. O perigo seria meramente aparente. O livro do paciente e os por ele editados, em exercício profissional assegurado constitucionalmente, são passíveis de serem tomados pela sociedade brasileira apenas como obra de uma mente intolerante e radical, jamais consubstanciando o hediondo crime de racismo.

Repita-se - inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a idéia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viria a ser tratado com muitíssimo mais rigor.

É imprescindível que a solução deste *habeas* passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade.

Os livros de Gustavo Barroso podem fazer prova do que afirmado. Este autor - que, por duas vezes, presidiu a Academia Brasileira de Letras - tem suas obras publicadas há mais de sessenta anos ("Brasil - Colônia de Banqueiros" é de 1934), com idéias que em muito ultrapassam o tom discriminatório do livro do paciente ou dos por ele editados, mas que, entretanto, jamais foram objeto de censura. Sempre foram vendidas livremente e, nem por isso, ouviu-se falar de algum movimento social provocado pelos defensores das idéias externadas. Ao contrário, tais obras, a despeito de terem sido escritas por pessoa de maior influência do que o paciente e em uma época histórica mais propícia à insurgência desse tipo de

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

movimento, nunca causaram qualquer predisposição social no Brasil. Tais livros serviram e servem apenas como exemplo de um raciocínio extremado. Em outras palavras, o efeito desses escritos é exatamente o contrário da propagação racista.

2. A colisão entre os direitos fundamentais - o princípio da proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade²⁰. São eles a idéia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - pronunciamento condenatório -, a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre ministro Gilmar Mendes.

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*) examina se a medida adotada é apropriada

571

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

É preciso nesse ponto fazer uma reflexão sobre a necessária distinção entre o preconceito e a discriminação. Preconceito, no sentido etimológico, quer dizer conceito prévio, opinião formada antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, idéia preconcebida. Ora, todos nós temos "pré-conceitos" acerca de muitos fatos da vida, desenvolvidos com base em experiências nutridas ou em ideais a que perseguimos. Preconceito não quer dizer discriminação, esta sim, condenável juridicamente, porque significa separar, apartar, segregar, sem que haja fundamento para tanto. Muito menos, preconceito revela óptica racista. A maior parte dos preconceitos fica apenas no âmbito das idéias, das reservas mentais, não chegando a ser externada. E ninguém sofre pena pelo ato de pensar, já dizia o brocardo latino. O

²⁰ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 262;

572

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

preconceito, sem se confundir com o racismo, só se torna punível quando é posto em prática, isto é, quando gera a discriminação, ainda em seu sentido aquém do racismo, sem que se tenha, nesse caso, a cláusula da imprescritibilidade.

B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave²¹. Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como "lei da ponderação". O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga

Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, pág. 360; Raquel Denize Sturm,

573

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. Robert Alexy, relativamente a esse subprincípio, aduz²²: "Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem". E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: "É que ninguém deve estar obrigado a suportar constringimentos em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público"²³. Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal idéia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizá-lo por idéias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *internet*. Mesmo porque, à folha 484 do apenso nº 4 deste *habeas*, tem-se a notícia de

Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, pág. 79.

²¹ Paulo Bonavides, **Curso de Direito Constitucional**, pág. 361.

²² ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. In: Revista de Direito Administrativo, 217: I - VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul/set. 1999, p. 78.

²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 101.

574

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

que a Editora Revisão, de propriedade do paciente, também edita livros outros cujo conteúdo nada revela de discriminatório, como os títulos "Heráclito", de Oswaldo Spengler, "As veias abertas da América Latina", de Eduardo Galeano, "Garibaldi e a Guerra dos Farrapos", de Lindolfo Collor, "Os imigrantes alemães e a Revolução Farroupilha", de Germano Oscar Moehiecke, "História da Guerra de Espanha", de Robert Brasillach e Maurice Bardeche e "El Leviathan em la teoria del Estado de Thomas Hobbes", de Carl Schmitt.

A par desse aspecto, 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. Senão, vejamos.

Vários livros escritos por autores que já faleceram continuam sendo publicados, e, em alguns deles, pode-se observar conteúdo discriminatório e até racista. Assim, caberia ao Judiciário exterminar essas fontes de conhecimento do cenário nacional? Quem seriam os responsáveis solidários? Todas as editoras que já publicaram tais livros? Ou apenas a editora que continua a publicá-los? Esses exemplos não são apenas de livros já sabidamente discriminatórios, como "Minha Luta", de Adolf Hitler, mas de livros que, durante toda uma geração, foram tidos como ícones reveladores do pensamento nacional. Vale citar, nesse contexto, "Os africanos no Brasil", de Nina Rodrigues, no qual defende que a razão do subdesenvolvimento brasileiro foi a mistura do português com a raça

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

negra. É bem verdade que não consegui adquirir edição recente do livro, mas a editora ainda hoje existe - companhia Editora Nacional - e se pode facilmente encontrá-lo nas bibliotecas nacionais, na deste Tribunal inclusive. Transcrevo trecho constante à folha 13²⁴:

Os destinos de um povo não podem estar à mercê das simpatias ou dos ódios de uma geração. A ciência, que não conheceu estes sentimentos, está no seu pleno direito exercendo livremente a crítica e a estendendo com a mesma imparcialidade a todos os elementos étnicos de um povo. Não o pode deter a confusão pueril entre o valor cultural de uma raça e as virtudes privadas de certas e determinadas pessoas. Se conhecemos homens negros ou de cor de indubitável respeito, não há de obstar esse fato o reconhecimento desta verdade - que até hoje não puderam os Negros se constituir em povos civilizados. O critério científico da inferioridade da raça negra nada tem de comum com a revoltante exploração que dele fizeram os interesses escravistas dos norte-americanos.

À folha 17, restou consignado:

A Raça Negra no Brasil, por maiores que tenham sido os seus incontáveis serviços à nossa civilização, por mais justificadas que sejam as simpatias de que a cercou o revoltante abuso da escravidão, por maiores que se revelem os generosos exageros dos seus turiferários, há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo.

Por fim, está registrado à folha 391:

O que importa ao Brasil determinar é o quanto de inferioridade lhe advém da dificuldade de civilizar-se por parte da população negra.

Em outros tempos, autores como Gilberto Freyre foram duramente censurados justamente porque pregavam que a miscigenação havia tornado o povo brasileiro sem segundo exemplo no mundo, e, em

²⁴ Nina Rodrigues. **Os Africanos no Brasil**. São Paulo, Companhia Editora Nacional,

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

vez de isso revelar fraqueza, demonstrava a força do nosso povo. Freyre recebeu o título de "pornógrafo do Recife", e a Igreja Católica repudiava constantemente suas publicações, atentatórias à moral e aos bons costumes.

José Bonifácio de Andrada e Silva, considerado herói nacional por ter desempenhado papel decisivo no processo de Independência do Brasil, a ponto de merecer a alcunha de "O Patriarca da Independência", também pode ter seus livros banidos, se acaso prevalecer nesta Corte a idéia até aqui majoritária. É que, em certa passagem do livro "Projetos para o Brasil"²⁵, afirma serem os índios povos vagabundos, envolvidos em guerras contínuas e em roubos, não tendo freios religiosos ou civis, sendo-lhes "insuportável sujeitarem-se às leis e aos costumes regulares". Entregues naturalmente à preguiça, fogem dos trabalhos regulares e monótonos, temem sofrer fome se abandonarem sua vida de caçadores.

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - por sinal, a reformar sentença do Juízo - não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

1932, p. 13/17/391.

²⁵ MOTA, Lourenço Dantas (org.). **Introdução ao Brasil I. Um Banquete no Trópico.** 3ª ed.. São Paulo: Editora Senac, 2001, p. 82.

577

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

3. O modo pelo qual a jurisprudência comparada vem lidando com questões relativas ao princípio da liberdade de expressão

3.1) DIREITO ALEMÃO

- **Caso LÜTH** (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 7, 198. Julgado em 15 de janeiro de 1958): Esse caso, pioneiro no Direito Constitucional Alemão, foi resolvido por meio da ponderação de bens. Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, resolveu iniciar uma campanha, na abertura da Semana Alemã de Cinema, que visava a boicotar o filme do diretor Harlan, por acreditar que este havia sido cúmplice de nazistas. Sustentava que, caso entrasse em cartaz, seria dever de todos os "alemães decentes" não assistir ao filme. O Tribunal de Primeira Instância condenou Lüth a parar imediatamente com o movimento, decisão revista pela Corte Constitucional, por entender que a manifestação de pensamento não necessariamente implicaria a apologia da conduta adequada e apropriada (*boni mores*). E assim proclamou a Corte:

Ao proibir Lüth de fazer as declarações sobre o ressurgimento de Harlan, o julgamento do Tribunal de Primeira Instância claramente restringiu o direito de liberdade de expressão. O direito fundamental de liberdade de expressão é o aspecto imediato da personalidade humana na sociedade, um dos direitos mais preciosos do homem (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, Art. 11). É absolutamente essencial a um Estado democrático e livre que se permita esta constante interação espiritual, este conflito de opiniões, que é um elemento vital (BverfGE 5, 85 (205)). Num certo sentido, é a base da própria liberdade, 'a matriz, a condição indispensável de qualquer forma mais próxima da liberdade' (Cardozo).

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

- **Caso LIVRO SOBRE A GUERRA** (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 90,1-22. Julgado em 11 de janeiro de 1994): O Tribunal fixou a inconstitucionalidade da proibição de divulgação de livro no qual atribuída aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, por estar a obra protegida pela liberdade de opinião, ainda que se considere o interesse da proteção à juventude. O autor estaria agindo academicamente, porquanto buscava propagar um certo ponto de vista de história política. A Corte ressaltou que a liberdade acadêmica resguarda também as opiniões minoritárias, bem como os resultados incorretos ou incompletos. Teve presente a necessidade de haver um equilíbrio entre a liberdade de opinião e a proteção à juventude e que, no caso concreto, prevaleceria a liberdade de manifestação de pensamento porque os jovens somente poderiam se tornar adultos maduros e conscientes das escolhas se pudessem basear as discussões em diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.
- **Caso SOLDADOS ASSASSINOS** (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 93, 266-312. Julgado em 10 de outubro de 1995): Determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que "soldados são assassinos" ou "soldados são assassinos em potencial". O Tribunal Constitucional reconheceu não ser hipótese de crime contra a

579

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações haverem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das idéias. O Tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem "pessoalmente" a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não aconteceu no caso concreto.

- **Caso do ROMANCE PORNOGRÁFICO** (Corte Constitucional Alemã - BverfGE 83,130. Julgado em 27 de novembro de 1990): O Tribunal decidiu que a divulgação de romance pornográfico está protegida pela liberdade de arte e de ciência, mesmo se essa conduta expuser a perigo menores e crianças. Cuidou-se de uma reclamação constitucional julgada procedente em que a reclamante se opôs à inclusão do romance "Josefine Mutzenbacher - A História da Vida de uma Prostituta Vienense, contada por ela Mesma" na lista de escritos proibidos para menores. A Corte Alemã reconheceu que o trabalho possuía os elementos estruturais característicos de uma obra de arte, sendo resultado da liberdade e da construção criativa, nas quais as impressões, experiências e fantasias do autor são expressas na forma literária de um romance.

3.2) DIREITO NORTE- AMERICANO

- **Caso TERMINIELLO v. CHICAGO** (Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1 (1949). Julgado em 16 de maio de 1949): Por proferir discurso agressivo à causa negra e à judaica, o Padre Terminiello foi preso pela Polícia de Chicago, sob justificativa de que seus sermões de índole anti-semita e fascista causavam desordem. O Tribunal sustentou que a função da liberdade de expressão é a de promover a disputa, e que este objetivo poderia ser mais bem alcançado quando se criavam insatisfações ou levavam pessoas à raiva. Na essência, todos os discursos são freqüentemente provocativos e desafiadores, e podem se valer de preconceitos que causem profundos efeitos. Assim, a Corte reviu a condenação imposta ao Padre em Primeira Instância.
- **Caso R.A.V. v. CITY OF St. PAUL** (Suprema Corte Americana, 505 U.S. 377 (1992). Julgado em 22 de junho de 1992): A questão levada à Suprema Corte decorreu do fato de alguns adolescentes terem queimado cruces no jardim da residência de uma família negra. O Tribunal entendeu ser inconstitucional lei da cidade de Saint Paul por meio da qual se tipificava como contravenção a exposição, pública ou privada, de símbolos, objetos, grafites, incluindo cruces em chamas - símbolo característico da KU KLUX KLAN, organização do Sul dos Estados Unidos que pregava a inferioridade

581

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

dos negros - ou da suástica nazista que pudessem gerar raiva, alarde ou ressentimento de outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero. A decisão baseou-se no fato de que a referida lei poderia ocasionar restrição demasiada à liberdade de manifestação de pensamento.

- **Caso TEXAS v. JOHNSON** (Suprema Corte Americana, 491 U.S. 397 (1989). Julgado em 21 de junho de 1989): A Corte fixou o entendimento de que atear fogo à bandeira norte-americana configurava-se como uma espécie de manifestação de pensamento protegida pela Primeira Emenda à Constituição. Durante a Convenção Nacional Republicana ocorrida em Dallas, Texas, em 1984, Johnson protestava contra a política da administração de Ronald Reagan. Depois de marchar pelas ruas da cidade, colocou fogo na bandeira americana sob a cantoria da multidão. Johnson foi condenado por profanação de símbolo nacional com base nas leis do Estado do Texas e posteriormente absolvido de acordo com a posição adotada pelo Tribunal.

3.3) DIREITO ESPANHOL

Caso PUBLICAÇÃO CÔMICA CONTRA O POVO JUDEU (Tribunal Constitucional Espanhol, Sentencia 176/1995, Julgado em 11 de dezembro de 1995): O Tribunal Constitucional decidiu manter a sentença proferida pela Corte de Barcelona mediante a qual se

582

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

condenou o autor da obra "Hitler - SS" pelo crime de injúria contra o povo judeu. Sustentou o Tribunal Constitucional que a publicação, desprovida de relevante conteúdo histórico, sociológico, científico, político ou pedagógico, ofendia gravemente a honra e a dignidade do povo judeu, na medida em que visava tão-somente a satirizá-los e a ridicularizá-los. Ressaltou tratar-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais entre a liberdade de expressão e o direito à honra. Entretanto, ao reconhecer o caráter desnecessário das injúrias perpetradas, sem qualquer valor informativo ou de formação de opinião, o Tribunal decidiu não ser caso de liberdade de expressão, porquanto o exercício desta deveria respeitar o direito alheio, fundamental para a convivência pacífica, o que não ocorria na espécie.

A distinção realizada pela Corte Espanhola revela-se de suma importância. Se a hipótese deste *habeas* fosse uma manifestação jocosa cuja intenção objetivasse apenas agredir o povo judeu, a glosa poderia ocorrer, sem no entanto se proclamar o cometimento do crime de racismo. Mas, já que o livro do paciente procurou realizar a revisão histórica dos fatos, deve-se proteger a liberdade de manifestação do pensamento.

4. Histórico do racismo nas Constituições brasileiras

583

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Nas Constituições brasileiras, nem sempre se tratou especificamente da proibição da discriminação em decorrência de critérios raciais. A Constituição de 1824, no artigo 179, XII, pregava: "A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um". Na Carta de 1891, o artigo 72, § 2º, estabelecia: "Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho".

Somente a partir da Constituição Federal de 1934 é que o fator racial ingressa no texto de forma explícita. Assim preceituava o artigo 113, 1: "Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas". A Constituição de 1937 não versou mais sobre a raça, o que veio a ocorrer novamente na de 1946, desta vez no artigo 141, § 5º: "É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo, cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos

584

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe".

A Constituição Federal de 1967, no artigo 150, § 1º, proclamava: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei". E a Constituição Federal de 1969, no artigo 153, § 1º, preconizava: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça".

Observa-se, com isso, que apenas a Constituição Federal de 1988 deu tratamento diferente à matéria, tornando imprescritível o crime de racismo, um dos únicos casos de imprescritibilidade no Direito brasileiro, ao lado apenas da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado. Dispõe o artigo 5º, inciso XLII: "A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Por sua vez, o inciso XLIV do mesmo artigo prevê: "Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático".

5. O julgamento deste habeas como exemplo de "Jurisprudência Simbólica"

585

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

A teoria do simbolismo no Direito surgiu a partir da doutrina alemã, com os estudos de Kindermann, discutida no Brasil principalmente pelo professor Marcelo Neves, no livro "A Constitucionalização Simbólica"²⁶. Por meio dessa teoria, acredita-se que muitas vezes o Estado faz leis destituídas de eficácia para solucionar as mazelas nacionais, mas com grande carga simbólica, visando a dar uma resposta imediata aos anseios da população.

Marcelo Neves, sobre o tema, aduz: "Quando a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica". Kindermann propõe três justificativas para a adoção desse tipo de legislação, quais sejam: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios²⁷.

Pode-se, perfeitamente, trazer a teoria do simbolismo para o âmbito desta Suprema Corte. Mais especificamente, para o caso em questão. É que 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

²⁶ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994,

586

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de "Jurisprudência Simbólica", sobressaindo a defesa do pensamento antinazista, quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, alfim, de opinião política.

Na quadra vivida, aumenta-se o clamor social por um maior rigor penal relativamente aos fatos de grande repercussão. Assim, muitas vezes ocorre uma verdadeira inversão de valores, conduzindo à falta de proporcionalidade entre a lesão decorrente do crime e o gravame a ser suportado pelo autor. O Judiciário então surge como o representante do Estado para garantir à sociedade a punição, o que foi interpretado por Kindermann, relativamente às leis, como "confirmações de valores sociais".

O sofrimento que o povo judeu vivenciou nos campos de concentração, as humilhações de terem sido segregados, a quantidade de vidas fulminadas, de valores desperdiçados em nome da fúria assassina de Hitler e de uma pretensão de superioridade descabida são fatos inegáveis e que jamais serão esquecidos pela humanidade.

Mas não são os campos de extermínio que estão em julgamento neste *habeas*. Nem mesmo a doutrina nazista, ou o pensamento da supremacia da raça ariana. O que está em jogo é a possibilidade de o paciente manifestar o ponto de vista próprio e alheio por meio de livro, ainda que de forma não condizente com o

p.34.

58+

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

pensamento que se espera do homem médio, da sociedade diante de fatos elucidados.

Poder-se-ia identificar, ainda, uma manifestação de jurisprudência-álibi neste julgamento, ou seja, a Corte sendo sensível aos anseios da sociedade. Há uma expectativa generalizada de que o Brasil se constitua em uma sociedade livre, aberta, plural, democrática, sem demonstrações de racismo ou de preconceito. Sintonizado com tal esperança, o Judiciário delimita a liberdade de expressão, demonstrando uma "indignação" quanto aos pensamentos anti-semitas, e, assim, mantém a confiança dos cidadãos. Parafraseando Marcelo Neves²⁷, quando este fala sobre a legislação, a jurisprudência-álibi seria a tentativa de dar a aparência de solução aos problemas sociais vivenciados, ou, no mínimo, a pretensão de convencer o público das boas intenções do julgador.

Poder-se-ia afirmar que a determinação constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo seja uma manifestação de simbolismo sem precedentes no mundo. A imprescritibilidade revela-se uma das maiores exceções às garantias dos direitos fundamentais.

6. A Imprescritibilidade e o Sistema dos Direitos Fundamentais

²⁷ Idem, Ibidem, p. 34.

²⁸ Idem, ibidem, p. 39.

588

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o sistema constitucional dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Carta, com os eventuais acréscimos do § 2º, reflete, em rigor e em larga medida, a própria essência da Constituição e a retomada do processo de democratização e da garantia do cidadão contra abusos e arbitrariedades no exercício do Poder Público.

Os direitos fundamentais são hoje verdadeiros princípios estruturantes da organização e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis: no Legislativo, formam um catálogo de princípios e garantias que informam e direcionam toda a atividade de criação das normas de nosso ordenamento jurídico e de concretização dos preceitos constitucionais; no Executivo, mostram-se como verdadeiros limites ao exercício do poder administrativo, servindo como trincheiras de proteção da liberdade do cidadão; e, no Judiciário, refletem a base e o fundamento necessário da compreensão e interpretação de nossas normas - efeito interpretativo -, evitando que a atividade jurisdicional se transforme em medidas discricionárias ou providências ilegítimas de opções políticas pautadas em escolhas pessoais dos juízes.

589

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

A conservação de um sistema sólido, moderno e socializante de direitos fundamentais significa, em última instância, a manutenção e o aprimoramento do próprio regime democrático de um Estado constitucional. É dever da sociedade, dos juristas, dos intérpretes, dos juízes e, principalmente, nosso, membros deste Tribunal, guardião oficial e final da Constituição, garantir que esse sistema permaneça com a máxima eficácia possível, reconhecendo-lhe e mesmo concedendo-lhe força normativa por meio de nossas decisões, de maneira a manter tais direitos fundamentais vivos e eficazes perante o Estado e a sociedade civil. Essa é a posição que devemos adotar na análise dos problemas constitucionais que diariamente nos chegam, e é nesse ponto que reside nossa função institucional e, mais do que isso, a própria esperança do cidadão nas instituições brasileiras, especialmente no Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, na República Federativa do Brasil, a última palavra sobre os descompassos havidos.

Essa postura democraticamente adequada em face da Constituição obriga-nos, por imposição dos princípios constitucionais, a interpretar abrangentemente os direitos fundamentais, de modo a compreender as exceções a esse sistema de maneira rigorosamente estrita. Assim sendo, cabe ao Supremo Tribunal Federal ampliar a proteção dos direitos fundamentais mediante construção constitucional e restringir-se a uma interpretação quase que literal nas hipóteses de limitação a esses direitos, ainda que

590

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

expressas no corpo da própria Carta Política. Não é permitido a este Tribunal ou a qualquer hermeneuta da Constituição interpretar de forma aberta ou ampliativa preceitos que impliquem a diminuição de eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, mostra-se claro que a previsão do artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição, referente à imprescritibilidade do crime da prática do racismo, é uma dessas exceções que somente encontra fundamento a partir de uma visão unitária da Carta. Quando da criação do inciso na Assembléia Constituinte, procurava-se combater um comportamento específico reprovável em nossa história. Refiro-me à discriminação racial, ao preconceito contra o negro. Outra não era a intenção do constituinte quando previu a imprescritibilidade do crime de racismo e quando fez constar esse significado no sistema constitucional. É o que se depreende da justificação do deputado Carlos Alberto Caó (PDT-RJ), proponente da Emenda Aditiva na qual apresentada a redação do artigo 5º, inciso XXXX, da Constituição, *verbis*:

Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime.

No mesmo sentido são as várias manifestações de Deputados constituintes que, examinando a questão do racismo,

591

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

pronunciaram-se sem exceção pela reprovação à discriminação contra o negro e pela condenação de sistemas como o do *apartheid*. Nesse contexto, vale conferir os pronunciamentos do deputado Carlos Alberto Caó - PDT/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 178ª a 190ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, janeiro de 1988, sexta-feira, 29, página 6.695); do deputado Chagas Rodrigues - PMDB/PI (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 260ª a 276ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, maio de 1988, terça-feira, 17, página 10.396); da deputada Benedita da Silva - PT/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 75ª a 92ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, junho de 1987, quarta-feira, 24, página 2.864); novamente da deputada Benedita da Silva - PT/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 93ª a 117ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, julho de 1987, terça-feira, 28, página 3.656); do deputado Haroldo Lima - PC do B/BA (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 59ª a 74ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, maio de 1987, quinta-feira, 14, página 1.921); e da deputada Sandra Cavalcanti - PFL/RJ (Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 1ª a 28ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, fevereiro de 1987, sexta-feira, 27, página 608).

Não encontrei, na análise dos Anais da Constituinte, qualquer menção, única que fosse, ao povo judeu quando fora

592

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

discutido o racismo. A explicação, para mim, é evidente. É que a Constituição de 1988 é uma Constituição do povo brasileiro, para ser aplicada ao povo brasileiro e tendente a resolver os nossos próprios problemas. Não há qualquer pronunciamento acerca de racismo contra judeu e, paralelamente, há folhas e mais folhas de manifestações acerca da vedação do racismo contra o negro, pois a Constituição de 1988 não é uma Constituição para o povo alemão, francês, italiano, polonês, austríaco ou o europeu em geral. A "Constituição Cidadã" - valemo-nos neste momento da visão realista e corajosa de Ulysses Guimarães - visa a dar tratamento aos problemas genuinamente brasileiros, dentro das nossas circunstâncias e segundo a nossa história e cultura. Esse é o valor em que se pautou o constituinte para prescrever exceção tão grave aos direitos fundamentais e tão séria ao regime penal constitucional.

Obviamente, não quero aqui defender tese do Direito Constitucional - a meu ver, ultrapassada - por meio da qual se determinava que a interpretação da Constituição deveria partir da intenção dos legisladores originários. Meu pensamento insere-se na lógica que preza por uma compreensão limitativa das exceções constitucionais ao sistema de direitos fundamentais. Assim, considerando que, ao Supremo Tribunal Federal, ou a qualquer intérprete da Constituição, não é democraticamente legítimo ampliar ou tornar abertas as cláusulas restritivas da eficácia dos direitos fundamentais, deve-se dar o sentido mínimo possível para o conteúdo

593

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

do inciso XLII do artigo 5º da Constituição. Por isso, é de extrema importância tomarmos como base inicial as discussões hauridas da Constituinte, já que poderão servir de referência inicial para, por um lado, não ampliar essa exceção e, por outro, não tornar o inciso XLII do artigo 5º simples letra morta, destituída de eficácia.

A previsão de imprescritibilidade de crimes sempre foi uma figura considerada excepcional para a maioria esmagadora dos constitucionalistas e penalistas do mundo inteiro. O decurso do tempo possui efeitos relevantes em todas as áreas do Direito, e, no Penal, não poderia ser diferente.

O instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou manifestações - como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força motriz da humanidade -, gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato. Von Listz²⁹, grande estudioso do Direito Penal, já alertara para a contradição da imprescritibilidade, advertindo que, se a execução é distanciada do ato punível, os efeitos da pena restam malogrados, pois a verificação do fato seria extremamente difícil e incerta, com uma perturbadora intromissão nas novas relações originadas e já constituídas.



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Essa é a razão pela qual somente os crimes considerados gravíssimos - e geralmente atos que não são passíveis de retratação ou compensação, como os crimes de guerra ou de genocídio - foram caracterizados como imprescritíveis na história mundial. O ilustre professor Celso de Albuquerque Mello, de cujas lições não me separo desde os bancos da Faculdade Nacional de Direito, define o genocídio, genericamente, como crime perpetrado com a intenção de destruir grupos étnicos, sociais, religiosos ou nacionais.³⁰ Eis a seriedade que deve presidir a opção político-legislativo-interpretativa pela imprescritibilidade.

Excetuando-se os sistemas socialistas e os totalitários - os quais previam a imprescritibilidade para crimes contra a própria personalidade do Estado ou para crimes de motivação política³¹ -, no Direito Comparado, pouquíssimas infrações foram tidas como imprescritíveis, e essa noção sempre vem associada à maior lesividade do delito. Como exemplo, podemos citar os crimes de guerra, assim definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e os contra a humanidade, quer cometidos em tempo de guerra ou de paz. Nunca, porém, aceitou-se a imposição da imprescritibilidade aos tipos penais comuns, especialmente àqueles que podem ser posteriormente retratados. Assim dispôs a

²⁹ Apud CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal**. Volume IV, Rio de Janeiro, 1979, p. 214.

³⁰ MELLO, Celso de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. RJ: Renovar, 1994, p. 732.

³¹ Ver, nesse sentido, CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal**. Volume IV, Rio de Janeiro, 1979, página 234 e ss.

595

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, à qual, diga-se de passagem, não aderiu o Brasil:

ARTIGO 1º

São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:

§1. Os crimes de guerra, como tal definidos no *Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg* de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções nº3 (I) e 95 (i) da *Assembléia Geral das Nações Unidas*, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as "infrações graves" enumeradas na *Convenção de Genebra* de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra.

§2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no *Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg* de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas *Resoluções nº3 (I) e 95 (i) da Assembléia Geral das Nações Unidas*, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de "Apartheid"; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na *Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.

Conforme explica o mestre Celso de Albuquerque Mello, entre os considerandos da Convenção, estão as afirmações de que tais crimes são os mais graves do Direito Internacional.³²

³² Idem, *ibidem*, pg. 735.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

596

Atualmente, o espírito do Direito Penal Internacional também só admite a imprescritibilidade para os casos excepcionais de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade e de agressão, delitos estes de competência do Tribunal Penal Internacional, como revela o Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, por meio do qual o Brasil promulgou o Estatuto de Roma, a saber:

DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE SETEMBRO DE 2002
Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Capítulo II. Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável

Artigo 5º
Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

Artigo 29
Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

No Brasil, sempre houve o repúdio à adoção de crimes imprescritíveis. É o que se constata a partir de uma simples revisão histórico-legislativa: em nenhuma das Constituições republicanas anteriores à atual há menção a crimes imprescritíveis. Por isso mesmo, no nosso sistema constitucional vigente, ao lado do racismo por discriminação contra o negro, somente o crime de "ação de grupos

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

597

armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" é também imprescritível - artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição -, o que nos dá a exata noção da gravidade que deve permear um crime a ponto de torná-lo imprescritível em um sistema jurídico democrático, voltado, em última análise, à segurança jurídica.

Dessa forma é que a doutrina, em peso e sem exceções conhecidas ou relevantes, entende ser a imprescritibilidade de tipos penais uma excrescência que direciona contra a orientação moderna do Direito Penal e Constitucional. É o que bem demonstra Christiano Jorge Santos³³:

As previsões de imprescritibilidade da Carta Magna de 1988 soaram como acordes dissoantes aos juristas brasileiros, tendo sido argumentado não caber no direito penal moderno a imprescritibilidade, que as normas constitucionais contrariaram a doutrina que prega a prescritibilidade em todos os ilícitos penais e a orientação contemporânea do moderno Direito Penal Liberal.

Não se tem conhecimento de um único jurista que tenha defendido a imprescritibilidade, no país.

Na mesma linha de entendimento, pode-se mencionar a óptica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Julio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bittencourt, René Ariel Dotti, e vários outros.

Por tudo isso, a interpretação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de

³³ SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 153.

598

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo, portanto, impensável em um sistema democrático de direito. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto.

A interpretação das normas constitucionais não pode ser feita a partir de normas ordinárias. As normas constitucionais, por originarem todo o sistema jurídico, definem o caminho que a legislação ordinária deve seguir. O racismo contra os negros, este sim previsto na Constituição, é tão-somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas - tida como enraizada na vida dos brasileiros - surge imprescritível. Do contrário, corre-se o risco de ver solapado o significado do preceito constitucional, ao sabor de mero alvitre do legislador ordinário, e, assim, dar-se-á a inadmissível interpretação da Carta a partir da legislação infraconstitucional. Ora, o paciente foi denunciado e condenado como incurso nas penas do artigo 20 da Lei nº 8.081/90, e, tomados os atos praticados, tem-se, no máximo, a simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Daí a procedência dos termos da impetração, no que refutada a prática do crime de racismo e pretendido o reconhecimento da prescrição.

599

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Concedo a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo e concludo pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os ministros Moreira Alves e Carlos Britto.



Supremo Tribunal Federal

17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O
(Confirmação)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia para reiterar, **integralmente**, em todos os seus termos, o voto que proferi na Sessão de 09/04/2003, **denegando**, em consequência, a pretendida concessão da ordem de **habeas corpus**.

Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, que os **valores** que informam a ordem democrática, **dando-lhe** o indispensável suporte axiológico, **revelam-se conflitantes** com toda e qualquer pretensão estatal **que vise** a nulificar ou a coarctar a **hegemonia essencial** de que se revestem, em nosso sistema constitucional, as liberdades do pensamento.

O **regime constitucional** vigente no Brasil **privilegia**, de modo particularmente expressivo, o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. Esta é uma realidade normativa, política e jurídica **que não pode ser desconsiderada** pelo Supremo Tribunal Federal.



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

A **liberdade de expressão** representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, **que a todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal "a priori", o seu pensamento e as suas convicções, **expondo** as suas idéias e **fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias.

A **nova** Constituição do Brasil - **que completará apenas 15 anos** no próximo dia 05 de outubro - **revelou** hostilidade extrema a **quaisquer** práticas estatais tendentes a restringir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.

Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas **prerrogativas constitucionais** cujo integral e efetivo respeito pelo Estado qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A **livre** manifestação de idéias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público, **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

Semelhante procedimento estatal, **que implicasse verificação prévia** do conteúdo das publicações, traduziria ato



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

inerentemente injusto, arbitrário e discriminatório. Uma sociedade democrática e livre **não pode institucionalizar** essa intervenção prévia do Estado, **nem admiti-la** como expediente dissimulado pela **falsa** roupagem do cumprimento e da observância da Constituição.

É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de idéias significou um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum **diktat**, emanado do Estado, pode ser aceito ou tolerado, na medida em que compromete o **pleno** exercício da liberdade de expressão.

A Constituição, **ao subtrair** o processo de criação artística, literária e cultural da interferência, **sempre** tão expansiva **quão** prejudicial, do Poder Público, **mostrou-se atenta à grave advertência** de que o Estado **não pode dispor** de poder algum **sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos** de sua divulgação. **Digna de nota**, neste ponto, a **sempre** lúcida ponderação de OCTAVIO PAZ ("**O Arco e a Lira**", p. 351, 1982, Nova Fronteira), **para quem** "*Nada é mais pernicioso e bárbaro que atribuir ao Estado poderes na esfera da criação artística. O poder político é estéril, porque sua essência consiste na dominação dos homens, qualquer que seja a ideologia que o mascare (...)*".

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Essa garantia básica da liberdade de expressão representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma autoridade pode prescrever** o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, **nem estabelecer** padrões cuja observância possa implicar clara restrição aos meios de divulgação do pensamento e aos processos de criação. **Isso porque** "o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental", é, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, "o mais precioso privilégio dos cidadãos..." ("**Crença na Constituição**", p. 63, 1970, Forense).

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

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, **não**



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, **porque supostamente** protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.

Daí a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., **proferida** em voto memorável, em 1919, **no julgamento** do caso Schenck v. United States (249 U.S. 47, 52), **quando**, ao pronunciar-se **sobre o caráter relativo** da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **acentuou** que "A mais rígida proteção da liberdade de palavra **não protegeria** um homem **que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico**", **concluindo**, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que "a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual ('**clear and present danger**') de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau".

O fato **irrecusável**, neste tema, Senhor Presidente, é um só: o **abuso** no exercício da liberdade de expressão **não pode** ser tolerado. Ao contrário, **deve** ser reprimido e neutralizado.

É por tal razão que **enfatizei**, no voto que **proferi** na sessão de 09/4/2003, **que a incitação** ao ódio público contra o povo

Supremo Tribunal Federal

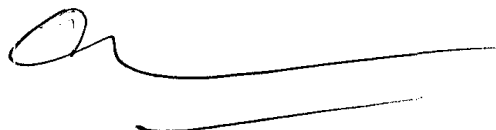
HC 82.424 / RS

hebreu **não está** protegida pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão.**

Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **cujo Art. 13 exclui** do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento *"toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência"* (Art. 13, § 5º).

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, **que publicações que extravasam,** abusiva e criminosamente, os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, **do estímulo à intolerância e ao ódio público** pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), **não merecem** a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, **pois** o direito à livre expressão **não pode compreender,** em seu âmbito de tutela, exteriorizações **revestidas** de ilicitude penal.

Salientei, então, **no voto** que proferi na Sessão de 09/04/2003, **que a prerrogativa** concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial - veiculadas **com evidente superação** dos limites da crítica política **ou** da opinião histórica - **transgridem**, de modo inaceitável, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.

Tenho por inquestionável, no tema, **na linha** de diversos pronunciamentos **emanados** do Supremo Tribunal Federal (RTJ 173/805-810, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **que não é ilimitada a extensão** dos direitos e garantias individuais assegurados pela Carta Política, **mesmo tratando-se** da liberdade de manifestação do pensamento, cuja invocação **não pode nem deve legitimar abusos** cuja prática, como no caso, **qualifique-se** como ato revestido de ilicitude penal.

O fato é que a liberdade de expressão **não pode amparar comportamentos delituosos** que tenham, **na manifestação** do pensamento, um de seus meios de exteriorização, **notadamente** naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente **encontra repulsa** no próprio texto da Constituição, **que não admite** gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, **como o da dignidade da pessoa humana**, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.

É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, **impregnada** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevaletentes, em determinado momento histórico, no meio social, **impedindo** que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, **qualquer** tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, **pois todos têm de ser livres** para exprimir idéias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Isso não significa, contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento **ampare** exteriorizações contrárias à própria lei penal, **pois** o direito à liberdade de expressão, **que não é absoluto**, não autoriza condutas sobre as quais **já haja incidido**, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal **que se revele em tudo compatível** com os valores cuja intangibilidade a **própria** Constituição da República **deseja ver preservada**.



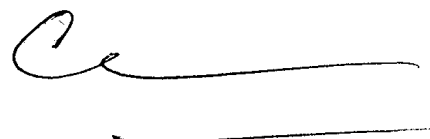
HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

É por tal razão que esta Suprema Corte já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Cabe referir, neste ponto, recente julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 07/04/2003, no exame do caso *Virginia v. Black et al.*, quando essa Alta Corte concluiu que não é incompatível com a Primeira Emenda (que protege a liberdade de expressão naquele país) a lei penal que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz ("cross



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

burning") **com a intenção** de intimidar, **eis que** o gesto de queimar uma cruz, **com tal intuito**, representa, no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio, destinado a transmitir, àqueles a quem tal mensagem se destina, o propósito criminoso de ameaçar.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América - **cuja jurisprudência** em torno da Primeira Emenda **orienta-se** no sentido de reconhecer, **quase incondicionalmente**, a prevalência da liberdade de expressão (**adotando**, por isso mesmo, o critério da "preferred position") - **proclamou**, não obstante, que essa proteção constitucional **não é absoluta**, sendo lícito ao Estado **punir** certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos **que veiculem** propósitos criminosos.

É inquestionável - consoante pude acentuar em meu voto anterior - que o exercício concreto da liberdade de expressão **pode** fazer instaurar **situações de tensão dialética** entre valores essenciais, **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, caracterizado pelo **confronto** de liberdades revestidas de **idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delineie, **torne possível** conferir primazia a uma



HC 82.424 / RS

das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

Tenho para mim, no entanto, que o caso ora em exame **não traduz situação de conflituosidade** entre direitos básicos **titularizados** por sujeitos diversos, **nem põe em confronto** liberdades e prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal **pois** - cabe insistir - **manifestações de natureza criminosa** (como a incitação, de cunho racista, ao ódio público contra membros de determinada coletividade) **não se revelam suscetíveis** de proteção constitucional, **especialmente** em situações **em que o ato delituoso esteja a vulnerar**, como no caso, **valores** erigidos à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) **ou** incluídos dentre os objetivos essenciais da República (CF, art. 3º, IV).

Enfatize-se, neste ponto, por oportuno, **que o exame da peça acusatória** oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - **de cujo acolhimento**, pelo E. Tribunal de Justiça local, **resultou** a condenação penal do paciente - **bem evidencia** que SIEGFRIED ELLWANGER, **a pretexto** de veicular críticas políticas **ou** de professar convicções ideológicas, **ou**, ainda, de sustentar teses de revisionismo histórico, **veio a exteriorizar**, na realidade, **em suas manifestações** como autor **ou** em seu comportamento como editor, **nítidos propósitos criminosos** de estímulo à intolerância e de

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

incitação ao ódio racial, **razão pela qual não há que se falar**, na espécie, em incidência da cláusula assecuratória da liberdade de expressão.

Eis, **exemplificativamente**, alguns fragmentos dessas publicações, por ele editados ou de sua própria autoria, **cujo teor revela** o claro propósito criminoso **de estimular ou de fomentar** o ódio público contra o povo judeu:

" **'Porque todo judeu** é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação' (24)

'Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito.' (pg. 25)

'Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional.' (pg. 65)

'O judeu é adversário de toda ordem social não judaica (...) O judeu é um autocrata encarniçado (...) A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele em que se julgam subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural' (pg. 65)

.....
'... não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder (...) O judeu é um caçador de fortunas, principalmente, porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio' (pg. 75)

.....
'Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorear-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter' (pg. 171)

.....
'... é um direito que nos foi dado por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado do terror exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjugou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total' (pg. 10)

'Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão'. (pg. 10)

'O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países deste mundo'. (pág. 18)

.....
'Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais'. (pg. 214).

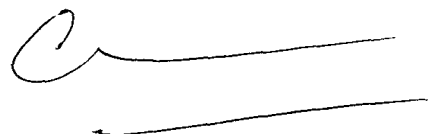
.....
'Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial'. (pg. 34)

.....
'O rol demonstra que não é só o Brasil a vítima do Super Estado Capitalista sem entranhas, mas o mundo inteiro. Daí a sua aflição, a sua inquietação, a sua angústia, o seu desespero. Está mergulhado num pego em que pululam as sanguessugas e estrebucha sugado por todos os lados na lama ensangüentada. Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de todos os seus males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas...' (pg. 46)

'O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora.' (pg. 95).

.....
'Mais vale o sacrifício de algumas centenas de milhares de judeus, do que sofrer um prejuízo no bolso..'/' (pg. 139)." (grifei)

Cabe referir, neste ponto, tal como bem enfatizou o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no acórdão que condenou o ora paciente pela prática do delito de racismo, que não se discute, nesta causa, o direito à pesquisa histórica, mas



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

debatem-se, isso sim, **os limites** que a legislação penal do Estado, **em estrita conformidade** com o texto inscrito no art. 5º, XLIII, da Constituição, **pode legitimamente impor** àqueles que, **como** SIEGFRIED ELLWANGER, **mediante** publicação de seus próprios livros **ou** mediante edição de livros escritos por **outros** autores, **pregam e disseminam** idéias **impregnadas** de intolerância, **com o propósito criminoso** de fomentar, estimular e incitar o ódio e a hostilidade ao povo judeu.

Daí a **acertada** conclusão **fundada** no v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"Em uma síntese, os livros publicados e editados pelo apelado tentam negar o holocausto, atribuindo aos judeus, como substrato da ação dos Aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios por esta ocupados, em uma criminosa distorção da realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha, e veiculam, explícita e implicitamente, nas linhas e entrelinhas, mensagens de cunho nitidamente anti-semita, discriminatório e preconceituoso.

Ainda a respeito desta potencialidade lesiva das obras incriminadas ao bem jurídico protegido pelo tipo, cumpre ressaltar que os autos reúnem manifestações de repúdio emanadas de diferentes setores da sociedade civil (Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira - fl. 75; Associação Riograndense de Imprensa - fls. 76/77; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos Fluviais e Aéreos - fls. 78/79; Instituto Solano Trindade - fl. 80; Sindicato dos Trabalhadores nas



Supremo Tribunal Federal

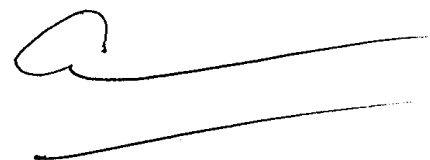
HC 82.424 / RS

Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Porto Alegre - fl. 81; Associação Gaúcha de Escritores - fls. 82/84; da Secção do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil - fl. 87; Movimento Negro Brasileiro e Movimento Popular Anti-Racismo - fls. 109/126) e de diversas pessoas vinculadas ao judaísmo, que, pelo fato de serem judias, não perderam a condição moral para depor (fls. 44/47; 53/59; 139/153). São dados concretos que não poderiam ter sido tão facilmente desprezados pela decisão apelada.

Desse modo, e no que pertine ao mérito da sentença, não há como mantê-la com base na falta de produção de dano ao bem jurídico protegido. Não se deve permitir a confusão entre dano (ofensa material e sensível) e lesão (ofensa potencial e negativamente valorada pelo cotejo da norma com as concretas exigências sociais de tutela)." (grifei)

Entendo que a incitação - que constitui, nos termos da lei, um dos **núcleos** do tipo penal - **reveste-se** de caráter proteiforme, **dada a multiplicidade de formas executivas** que esse comportamento **pode** assumir, **concretizando**, assim, **qualquer** que tenha sido o meio empregado, a **prática** inaceitável do racismo.

A locução constitucional "**prática do racismo**", inscrita no art. 5º, XLII, da Carta Política, **além de não representar**, ela própria, **para o efeito** de incidência da cláusula da imprescritibilidade, uma norma de tipificação penal (pois a Constituição **não tipifica** condutas puníveis), **tem a finalidade** de fixar diretriz, **destinada** ao legislador, **para que este**, ao explicitar a vontade manifestada pelo constituinte, **possa dispensar** efetiva tutela penal aos valores constitucionais cuja incolumidade é



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

expressamente reclamada pelo texto da Constituição, **sob pena** de restarem comprometidos os objetivos e os fundamentos sobre os quais se estrutura a República Democrática.

Sob tal perspectiva, **não se revela fiel**, no que concerne à exegese que possa ser dada ao art. 5º, XLII da Carta Federal, **a interpretação de que resulte a frustração dos objetivos perseguidos pelo texto constitucional.**

Desse modo, **não se mostra cabível valer-se de processo hermenêutico que comprometa** a força normativa da Carta Federal, **expondo**, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República, a critérios de exegese que culminem por subtrair, **aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica**, a sua máxima eficácia, **tornando-os**, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente **destituídas** de significação e **despojadas** da abrangência **que lhes quis** emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a **correta** asserção de que, no processo de indagação constitucional, **impõe-se**, ao intérprete, **mediante adequada pré-compreensão dos valores** que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

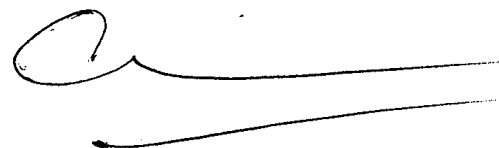
extrair a sua máxima eficácia, **em ordem** a dar-lhes significação **compatível** com os objetivos indicados na Carta Política.

Vale referir, neste ponto, **o valiosíssimo magistério** do eminente Professor **MIGUEL REALE JÚNIOR**, cujo parecer - encaminhado à apreciação do Tribunal - **analisa**, com propriedade, **a questão dos parâmetros constitucionais** que devem informar o processo de indagação da cláusula inscrita no art. 5º, XLII da Constituição da República:

"Ressaltam, portanto, os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como princípios básicos conformadores de nosso ordenamento jurídico. A igualdade a ser examinada neste parecer diz respeito à igualdade jurídica, que se apresenta outorgada e garantida a todos pelo reconhecimento da cidadania (art. 1º, II), que vem a ser o 'o direito de ter direitos', o primeiro dos direitos humanos, em razão do qual alguém se insere como um igual no seio da sociedade. Desse modo, é a cidadania um direito básico, na expressão do juiz WARREN, citado por CELSO LAFER, sem o qual se restará humilhado e degradado frente aos demais compatriotas.

O racismo, como posição político-ideológica que discrimina e segrega um grupo de pessoas em face de sua raça, etnia, origem nacional ou descendência, **visa**, antes de tudo, **a retirar-lhes** exatamente a cidadania, a participação igualitária no espaço público, 'o direito de ter direitos'.

.....
O fim visado pela Constituição de criminalizar a segregação por discriminação racial, **protegendo** o bem jurídico igualdade, seria desvirtuado. À interpretação sistemática e a teleológica, que se entrelaçam, conduzem de forma clara ao entendimento de que toda e qualquer discriminação racial, nos termos da Convenção



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

da ONU de 1965, acha-se compreendida no termo racismo constante do art. 5º, XLII da Constituição.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental chave da Constituição, também, só se coaduna com interpretação do racismo no art. 5º, XLII da Constituição, compreensiva da discriminação em razão da raça (como realidade social e política), da cor, da origem étnica ou nacional, bem como da descendência.

.....
O legislador, para combater o racismo, **criminalizou**, ao lado do preconceito de raça e de cor, o preconceito de etnia, de religião e de procedência nacional, **adequando** a lei aos ditames constitucionais, aos princípios conformadores da Constituição, em especial o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Não se trata de dar conteúdo à Constituição a partir da lei, malgrado nesta hipótese a Constituição tenha delegado ao legislador ordinário definir o conteúdo do termo racismo. A lei antes omitira a referência à etnia e procedência nacional, que se impunha acrescentar para adequar a lei ao texto constitucional e à Convenção da ONU.

O Procurador da República, CLAUDIO FONTELES, **bem observa** que a Constituição, **ao usar** a expressão racismo, **deixou sua conceituação à lei**, ao estatuir que o racismo é crime imprescritível **nos termos da lei**. A seu ver, **todas as figuras típicas** da Lei nº 7.716/89, acrescida pelas leis nº 8.081/90 e 9.459/97, **são imprescritíveis**.

Por outro lado, a demonstração da preocupação do legislador brasileiro em criminalizar como racismo atitudes e publicações anti-semitas encontra-se no § 1º do art. 20 que estatui como crime o ato de fabricar, comercializar, veicular símbolos, emblemas, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada para fins de divulgação do nazismo.

Em suma, a lei conceituou, conforme delegação constitucional, o que vem a ser racismo, mas, ao fazê-lo, nada mais fez do que adequar a lei aos princípios constitucionais e à Convenção da ONU de 1965, subscrita pelo Brasil e que passou a ser, também, norma constitucional. Por outro lado, deu ao termo racismo o que se apresenta presente na compreensão da sociedade, tendo em vista o seu horizonte histórico e a sua memória, refletindo, portanto, as valorações sociais prevalecentes no espírito do cidadão comum." (**grifei**)



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Concluo este voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **reconheço**, em um contexto de liberdades **aparentemente** em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, **utilizando-se**, esta Corte, **do método** - que é apropriado e racional - **da ponderação concreta** de bens e valores, **de tal forma** que a **existência** de interesse público **na revelação e no esclarecimento da verdade**, em torno de ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa, **basta**, por si só, **para atribuir**, ao Estado, **o dever** de atuar na defesa de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes, como neste caso, **culminem** por fazer instaurar tratamentos discriminatórios **fundados** em inadmissíveis ódios raciais.

Tal como tive o ensejo de enfatizar no voto que anteriormente proferi, **aceitar** tese diversa significaria tornar perigosamente **menos intensa**, e socialmente **mais frágil**, a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, **especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade**.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Não custa lembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam - na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas - elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, como observa, em seu lúcido parecer, o ilustre Professor CELSO LAFER.

Encerro o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo enfatizar que este julgamento, como aqui já foi referido, mostra-se impregnado de alto e transcendente valor emblemático, pois nele está em debate, uma vez mais, o permanente conflito entre civilização e barbárie, cabendo, ao Supremo Tribunal Federal, fazer prevalecer, em toda a sua grandeza, a essencial e inconspicável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e reafirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade, uma vez mais, será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito aos milhões de seres humanos que a crueldade inominável do regime nazista, em momento sombrio e declinante da História,

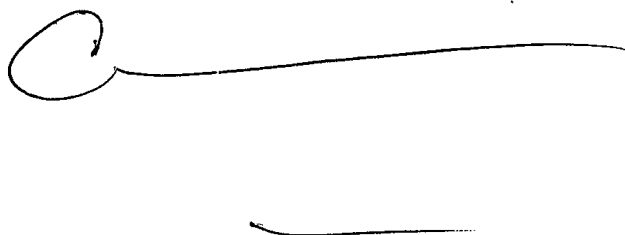
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

destruiu e martirizou em um holocausto **que jamais** deverá ser apagado da memória de todos nós, **permanecendo**, ao contrário, **como uma grave advertência**, para as presentes e futuras gerações, **de que o MAL jamais** deverá triunfar outra vez.

Com estas considerações, Senhor Presidente, que **intencionalmente NÃO FORAM BREVES**, dada a extrema e transcendente importância jurídica, social e histórica de que se reveste, **para o nosso País**, este julgamento, **peço vênia** para, **confirmando**, plenamente, os fundamentos do voto **que proferi**, nesta Corte, na **Sessão** de 09/4/2003, **DENEGAR** a ordem de **habeas corpus** impetrada em favor do ora paciente, **mantendo íntegra**, em consequência, **por irrepreensível**, a condenação que lhe foi imposta pela prática **do crime de racismo**.

É o meu voto.



Supremo Tribunal Federal

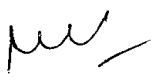
17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO**: - Sr. Presidente, os livros, vários deles editados e um deles escrito pelo paciente, não veiculam simplesmente teses ideológicas, o que, se fosse assim, não implicaria prática de crime, porque estariam inseridos na liberdade de pensamento e de expressão, que a Constituição consagra. Ao contrário, como acentuei no meu voto, pregam o preconceito contra os judeus e estimulam o ódio contra estes, como bem o demonstrou, nesta assentada, o eminente Ministro Celso de Mello. Trata-se de conduta criminosa, nos termos da lei e no rumo da Constituição (art.5º, XLII). Condutas assim, típicas, frente à lei penal brasileira, jamais poderiam ser consideradas sob o princípio da liberdade de expressão, mesmo porque são atentatórias ao princípio maior: o princípio da dignidade da pessoa humana, que a Constituição consagra como fundamento da República, CF, art. 1º, III, a República que a Constituição, determina que se constitua em Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).



HC 82.424 / RS

Ratifico, com a vênia dos eminentes Colegas que não pensam desta forma, o voto por mim proferido e reitero que indefiro o **habeas corpus**. *Attu m*

Supremo Tribunal Federal

17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2RIO GRANDE DO SUL

A D I T A M E N T O A O V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES -

Vale aqui esclarecer, inicialmente, o incompreendido voto do Ministro Moreira Alves. Diferentemente do sustentado por alguns, o eminente Ministro em nenhuma passagem do seu voto defende práticas anti-semitas. Parte de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, para concluir que o anti-semitismo não está compreendido no conceito de racismo. Tanto que o Ministro foi buscar a intenção do constituinte de 1987/88, ao mencionar as discussões acerca da Emenda Aditiva que deu origem ao art. 5º, XLII, da Constituição. Afirmou o Ministro: "O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a 'racismo' o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra." E foi por entender que o dispositivo constitucional não se aplicava a outros grupos, que o Ministro, tendo em vista as conseqüências da imprescritibilidade, concluiu, de maneira estritamente técnica e desprovida de qualquer acepção ideológica, que "não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado."



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Feitas essas considerações, conforme ressaltei em meu voto, há, no presente caso, uma situação de conflito de valores constitucionalmente amparados e não hierarquizados, cuja solução impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. Já escrevi em outro lugar que, embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico (Cf. Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires e Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2000, p.283). Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.

Todos os elementos em discussão no presente processo, levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial "raça". Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico, notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).

Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer em seu bem lançado parecer, já referido nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello:

"Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424-2 em favor de Siegfried Ellwanger, é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5.º, XLII, devidamente disciplinado pela legislação infra-constitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5.º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma 'raça'. Só existe uma 'raça' - a espécie humana - e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos cu quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo." (p. 42)

Dessarte, não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não pode divorciar-se do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo.

Se se aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, há de se perguntar sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e da vontade popular.

Tal como leciona Martin Kriele:

"Thomas I. Emerson, o 'old grand man' da doutrina de direitos fundamentais na América, mostrou, com o exemplo da liberdade de opinião, a finalidade quádrupla desses direitos fundamentais e da filosofia política desde os primórdios da história até a atualidade (Thomas J. Emerson, *Toward a general theory of the first amendments*, "The Yale Law Journal", 1963, p. 72 e s.; do mesmo autor: *Communication and freedom of expression*, Scientific American, set. 1972).

Dentre estas finalidades o 'individual self-fulfillment' ocupa o primeiro lugar. Deste fim depreende-se a consequência de que esta liberdade é um fim em si mesmo e independentemente dela seu uso favorece ou não outros fins políticos ou sociais.

Uma segunda finalidade protetora da liberdade de opinião é a proteção das condições necessárias para o progresso na busca da verdade. Somente a liberdade de opinião garante que as opiniões se corrijam mutuamente no transcurso do tempo. O progresso dialético do conhecimento depende, no transcurso da história, desta liberdade. O primeiro grande



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

defensor da liberdade de imprensa, John Milton, cujo *Areopagita* apareceu em 1644, fundamentou esta liberdade não com argumentos individualistas, mas dialéticos. Dizia Milton, ainda que com certo exagero:

'And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and falsehood grapple; who ever knew truth put to the worse, in a free and open encounter... For who knows not that truth is strong next to the Almighty; she needs no policies, nor stratagems, nor licensing to make her victorious, those are the shifts and defenses that error uses against her power'.

Esta idéia pertence às formulações clássicas do pensamento liberal jusnaturalista da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

O terceiro fundamento para a liberdade de opinião é sua imprescindibilidade para a decisão política em uma sociedade democrática. Enquanto o aspecto da 'verdade' não se refere, somente, ao âmbito da opinião política, mas em primeiro lugar ao conhecimento científico, neste contexto se agrega todavia o aspecto da justiça e da razoabilidade das decisões obrigatórias. Neste contexto, surge de novo o paralelismo entre o processo político e o processo judicial; assim como uma decisão judicial não pode



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

ser objetiva e justa sem que todos os participantes tenham podido expressar sua opinião, assim também o é no que diz respeito à decisão política. Isto vale tanto mais quanto mais complexas são as relações sociais e econômicas. Também este aspecto forma parte da velha tradição, como já esgrimido no século XVII pelo *chief justice* Hale diante de Hobbes (M.Hale, Reflexionen über Hobbes Dialogue of the Laws, reproduzido em Kriele, Die Herausforderung des Verfassungsstaates, p. 63, 68 e s.).

O quarto aspecto, destacado por Emerson, é que a liberdade de opinião possibilita um *equilíbrio entre estabilidade e mudanças*. Somente a condição de liberdade tem, como disse Emerson, 'uma confrontação de idéias, não da força'. Os conflitos que movem a história não são suprimidos, mas mantidos dentro de vias pacíficas. A liberdade de opinião é garantida também porque a alternativa seria: ou bem opressão, ou bem revolução e guerra civil. Liberdade de opinião incrementa a probabilidade de tirar conseqüências políticas da regra '*trial and error*', e inclusive evitar, mediante a discussão, os desvios do '*trial and error*'. Também esta idéia pertence à velha tradição anglo-saxã. (Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma, 1980, p.472-474).

Kriele acrescenta:



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Este esboço dos fundamentos da liberdade de opinião pode ser completado com outros aspectos.

Em quinto lugar, o controle democrático dos órgãos do Estado pressupõe liberdade de opinião. Em especial, o cumprimento do *ethos* do funcionário e das regras convencionais têm que ser controlados pela opinião pública e sua violação deve dar lugar à indignação pública (cfr. § 49).

Em sexto lugar, a liberdade de opinião reforça a legitimidade também, porque possibilita ter *esperança* de que as injustiças serão eliminadas no futuro e porque justifica a confiança de que as decisões já adotadas serão expostas a exame crítico.

Razões similares abonam os outros direitos fundamentais, tais como, por exemplo, a liberdade de associação, de reunião, o direito de peticionar, os direitos eleitorais, etc." (Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma, 1980, p.474).

Essa reflexão demonstra a íntima conexão entre direitos fundamentais e o regime democrático, o que justifica inclusive uma revisão ou aprimoramento da chamada teoria liberal dos direitos fundamentais para uma teoria democrático-funcional.

Tal como anota Kriele:

"Os direitos fundamentais e a democracia se dão numa relação de condicionamento mútuo: a democracia pressupõe liberdade individual protegida juridicamente para todos; a liberdade para todos



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

pressupõe democracia. Este fato é de grande importância para a interpretação dos direitos fundamentais. Se se separa a conexão entre liberdade e democracia, chega-se a uma interpretação dos direitos capaz de pôr em perigo tanto a liberdade como a democracia. Mas a separação entre a liberdade e a democracia é um efeito tardio da tradição estatal alemã, que tentou garantir certa medida de liberdade sem democracia, certamente não a liberdade para todos e sim as condições econômicas, sociais e políticas adequadas, mas a liberdade para os integrantes de uma camada social caracterizada por propriedade e educação. Assim como para esta tradição pareciam opor-se os princípios de representação e de democracia, o mesmo sucedeu-se com os direitos fundamentais e a democracia. O Estado constitucional democrático aparece como um feixe de compromissos entre idéias opostas entre si." (Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 470)

Continua Martin Kriele,

"(...) da *ratio legis* dos direitos fundamentais surgem pautas de interpretação. A *ratio legis* dá lugar a definições em parte extensivas e em parte restritivas à precisão dos *limites* iminentes e em especial à *reserva da comunidade*, que afetam os direitos à liberdade. A idéia vigente é a de que a *ratio legis*, o sentido e o fim do direito fundamental devem ser impostos ao máximo.



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

Por exemplo, se faz parte da finalidade de um direito à liberdade garantir 'liberdade para todos' o quanto for possível, haverá aí um limite imanente que consiste nas palavras de Kant - em que a liberdade de cada um há de ser compatível com a liberdade dos demais. O uso da liberdade que prejudica e finalmente destrói a liberdade de outros não está protegido pelo direito fundamental. Se faz parte dos fins de um direito assegurar as condições para uma democracia, então o uso dessa liberdade que elimina tais condições não está protegido pelo direito fundamental.

Na prática isso significa: o legislador tem a autorização de regular e limitar o uso dos direitos fundamentais, de modo que fiquem asseguradas a liberdade para todos e as condições necessárias para a democracia. Quando há sério perigo para a liberdade e a democracia, pode inclusive surgir do direito fundamental a obrigação constitucional do legislador de conjurar este perigo mediante regulamentações adequadas." (Krielle, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 475)

Tal como já observado, não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do "**hate speech**". Ressalte-se, porém, que o "**hate speech**" não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, Kevin. *Hate Speech - the United States versus the rest of the World?*, Heinonline, *Maine Law Review*, Vol.53:2, 2001, p. 490).



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: "Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?" Ele mesmo responde:

"A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática - a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. 'Every one counts as one and no more than one', como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa." (Boyle, Hate Speech, cit., p. 490)

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade.

Mais uma vez peço vênua para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso:

"O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias européias. No início deste ano [a referência é ao ano de 2001] os países da União Européia tomaram a extraordinária decisão de boicotar o governo austríaco, por vários meses, pela inclusão, na nova colisão de governo, do Partido Nacional de extrema-direita, dirigido por Jorg Heider, que defende políticas contra imigrantes e idolatra as políticas econômicas de Hitler. [...] o governo alemão solicitou à Corte Constitucional Alemã que considerasse a supressão ou o banimento do Partido Democrático Nacional. Ele é acusado de preparar jovens para ataques a estrangeiros, judeus e sinagogas judaicas.

A preocupação com o tema do anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado *discurso revisionista* e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945. Os campos de concentração, como Auschwitz, não foram abertos a um mundo horrorizado antes que as primeiras publicações minimizassem o que realmente havia ocorrido. Esse tipo de literatura tornou-se mais proeminente nos anos 70. O material incluía



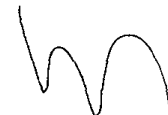
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

desde o simplório - um recente panfleto com a frase 'O Holocausto foi um EMBUSTE, vamos torná-lo REAL!' - à aparentemente sérias pesquisas históricas em publicações acadêmicas, como o impressionante 'Journal for Historical Review'. Nessas publicações são encontradas afirmações tais como o fato de não terem sido mortos 6 milhões de judeus, mas somente algumas centenas; ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido utilizadas em Auschwitz porque eles não tinham a tecnologia para tal. Alegadas evidências documentais de testemunhas sobreviventes ou o diário de Anne Frank não passam de fabricações. Hitler jamais ordenou a Solução Final - ele era inocente, etc.

O anti-semitismo nessas publicações, explícito ou implícito, é bastante claro. Não foi melhor exposto, entretanto, como no início deste ano, quando o historiador David Irvine, um notório negador do holocausto, processou a Editora Penguin e Deborah Lipstadt, sob a alegação de que ele havia sido difamado no livro '*Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*', de autoria de Lipstadt. Ela referiu-se a ele como anti-semita, um partidário de Hitler, um falso historiador. O próprio Irvine subiu à tribuna para defender-se. O juiz, em um julgamento devastador (os autos atingiram 300 páginas!), afirmou que Lipstadt estava certa - e que Irvine era mesmo tudo aquilo.

Cinco países europeus - a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suíça - adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como lei Gaysott, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanações, além da pintura de suásticas em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenófobos.

[...], as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram essas leis mantidas pelos tribunais. Em 1987, o líder da Frente Nacional, do partido de extrema-direita na França, Jean Marie Le Pen, foi multado por declarar numa entrevista de rádio que o assassinato de judeus em câmaras de gás foi *'um point de detail'* (um mero detalhe). O historiador revisionista Robert Faurisson, numa entrevista para uma revista francesa, criticou a lei Gaysott, considerando-a ameaçadora da liberdade de expressão; e ele foi além, ao declarar que tinha uma convicção pessoal de que a exterminação de judeus em câmaras de gás jamais existiu nos campos de concentração. Com base nessa última afirmação, ele foi condenado e multado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI), em 1991. Ele depois



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

interpôs recurso para o Comitê de Direitos Humanos, com base na Convenção de Direitos Políticos e Civis, que vinha sendo discutida, sob a alegação de que sua condenação era uma violação à garantia da liberdade de expressão, expressa no artigo 19 da Convenção.

O Comitê de Direitos Humanos manteve a condenação, considerando-a uma interferência justificável ao direito de liberdade de expressão, expresso no artigo 19 da Convenção. O Comitê foi persuadido pelos argumentos do governo francês, no sentido de que a negação do holocausto é o principal veículo do anti-semitismo na França. O então membro dos E.U.A. no Comitê, Sr. Tom Burgenthal, como sobrevivente dos campos de concentração de Auschwitz e Sachsenhausen, absteve-se.

A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]. Um grande número de recursos contra as leis de negação ao holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Européia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito da liberdade de expressão." (Boyle, Hate Speech, cit., p. 497-499)

Poder-se-ia ainda indagar, como o fez o Ministro Sepúlveda Pertence, se o livro poderia ser instrumento de um crime, cujo verbo central é "incitar".

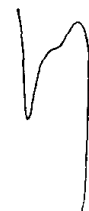
Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes européias a propósito da criminalização do "Holocaust Denial" confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, Hate Speech, cit., p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto - diria inevitavelmente aberto - da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Que a liberdade de expressão há de ter limites lembra-nos constantemente a própria jurisprudência americana, fortemente refratária à idéia de restrição a esse direito. É de Oliver Holmes (Schenck v. United States - 249 U.S. 47 (1919) a expressão segundo a qual não haveria nenhuma boa razão para tutelar a expressão do insensato que grita 'Fogo!' em um teatro abarrotado de público." (Pablo Salvador Coderch, *El Derecho de la Libertad*, Madrid, 1993, p. 12, nota de rodapé, n. 3). Ressalte-se que essa referência é considerada como elemento basilar da doutrina do dano claro e iminente (*present and clear danger*), (Coderch, *El Derecho de la Libertad*, cit., p. 12), segundo a qual os governos não podem proibir as incitações à violação da lei ou ao uso da violência, exceto quando essa incitação esteja voltada a produzir uma ação eminentemente ilegal e que seja provável que tal ação se realize (Coderch, *El Derecho de la Libertad*, cit., p. 38).



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

É verdade que, como se sabe, essa concepção está associada à idéia de neutralidade do Estado em face do conteúdo do discurso (Coderch, *El Derecho de la Libertad*, cit., p. 37).

A questão assume uma outra conotação em outros sistemas, como o europeu, em razão de fatores culturais diversos e da devida e específica proteção à dignidade humana.

Assim, a colisão de direitos fundamentais há de ser solvida caso a caso, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade. Foi o que fiz no caso concreto, para concluir que, na hipótese dos autos, prevalece a posição do Estado no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

A propósito, tal como mencionei no meu voto, a própria Corte Européia de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Lehideux e Isorni versus França* (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o art. 10 (liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Nesse caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-François Lehideux, foram condenados penalmente pelo judiciário francês, por "apologia aos crimes de guerra, ou de crimes



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

e delitos de colaboração", depois da publicação de um encarte publicitário no jornal *Le Monde*, em 13 de julho de 1984, apresentando como "salutares" certos atos de Philippe Pétain. A Corte Européia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Européia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.

A Corte entendeu que não parecia que os requerentes tivessem tido a intenção de negar ou rever o que eles mesmos consideraram "atrocidades" ou "perseguições nazistas" ou ainda as "toda poderosas forças alemãs e sua barbárie", e que as únicas palavras a serem incriminadas no texto seriam aquelas de duas associações legalmente constituídas com o propósito de promover a reabilitação de Philippe Pétain.

Os requerentes teriam feito menos o elogio a uma política e mais uma apologia de um homem, e isto de uma maneira que a Corte de apelação reconheceu pertinência e legitimidade. Por isso entendeu a Corte não haver lugar para a aplicação do artigo 17.

Há outro caso interessante julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Trata-se do caso *Jersild versus Dinamarca* (setembro de 1994). O jornal dinamarquês "Information" publicou em sua revista dominical, em 31 de maio de 1985, artigo do jornalista M. Jens Olaf Jersild, sobre as atitudes racistas de membros de um grupo de jovens, chamados "camisas-verdes". Posteriormente à publicação do artigo os redatores decidiram produzir um documentário sobre os "camisas-verdes", transmitido por canal de televisão, de propriedade do mesmo grupo da revista. Durante a entrevista, alguns membros do grupo exprimiram-se de maneira injuriosa e desrespeitosa em relação



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

aos imigrantes que integram diferentes grupos étnicos estabelecidos na Dinamarca.

A Corte, nesse caso, acolheu o recurso interposto por Jersild por considerar que, em seu conjunto, a reportagem não era orientada à propagação de idéias e opiniões racistas. Considerou-se que condenar um jornalista por haver participado na difusão de declarações emanadas de terceiros, por meio de uma entrevista, acabaria por inibir gravemente a contribuição da imprensa às discussões sobre os problemas de interesse geral. Concluiu-se pela prevalência, na espécie, do art. 10 (liberdade de expressão) sobre o art. 17 (proibição do abuso de direito) da Convenção.

Ao contrário, em decisão proferida em 24 de junho deste ano, a Corte decidiu pela prevalência do art. 17 da Convenção Européia. Tratava-se da condenação do filósofo e escritor Roger Garaudy, pela contestação de crimes contra a humanidade, em obra revisionista publicada na França, intitulada "Les mythes fondateurs de la politique israélienne".

A Corte Européia de Direitos Humanos (ECHR) negou provimento ao recurso apresentado pelo impetrante, Roger Garaudy, que havia sido condenado nas instâncias inferiores (*a quo*).

Garaudy interpôs o recurso à ECHR alegando violação do artigo 10 da Convenção, sobre a liberdade de expressão. A Corte considerou que a justificação de uma política pró-nazista não poderia ser beneficiada pela proteção do artigo 10 da Convenção e que o artigo 17 da mesma Convenção - proibição do abuso de direito - deveria prevalecer sobre o artigo 10, em casos de negação ou revisão



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

de fatos históricos claramente reconhecidos, como é o caso do holocausto.

A Corte referiu-se ao artigo 17 da Convenção pelo fato de o caso versar sobre a contestação de crimes contra a humanidade. Em seu livro, Garaudy questionou a realidade, a amplitude e a gravidade de fatos históricos relativos à 2ª. Guerra Mundial claramente reconhecidos, tais como a perseguição de judeus pelo regime nazista, o holocausto e o processo de Nuremberg.

Entendeu a Corte Européia que a contestação de crimes contra a humanidade é uma das formas mais graves de difamação racial contra judeus e de incitação ao ódio. Considerou ainda que a negação ou a revisão de fatos históricos desse tipo coloca em questão os próprios valores em que se baseia a luta contra o racismo e o anti-semitismo e que são passíveis de perturbar gravemente a ordem pública. Assim, a Corte considerou tais atos incompatíveis com a democracia e os direitos humanos e entendeu que o requerente incidiu, incontestavelmente, em abuso de direito, tal como previsto no artigo 17 da Convenção.

Concluiu-se, portanto, que a maior parte da publicação tem um caráter revisionista marcante, que vai de encontro aos valores fundamentais expressos no preâmbulo da Convenção, a saber, a justiça e a paz.

Estimou ainda a Corte que o requerente tentou desviar o artigo 10 da Convenção de sua vocação, utilizando seu direito à liberdade de expressão para fins contrários ao texto e ao espírito da Convenção. Sua tese, caso admitida, contribuiria para a destruição de direitos e liberdades garantidos pela Convenção. Por



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

isso, em virtude das disposições do artigo 17 da Convenção, considerou a Corte que o requerente não poderia valer-se das disposições do artigo 10 da mesma Convenção, no que se refere aos elementos relevantes da condenação de crimes contra a humanidade.

Também outras Cortes Constitucionais têm enfrentado colisões de direito como a presente.

Tal como aponta Göran Rollnert Liern:

"A STC 176/1995 voltou a pronunciar-se sobre a questão partindo igualmente de uma interpretação ampla da liberdade de expressão do pensamento - 'liberdade de pensamento ou ideológica, liberdade de expressão ou de opinião', diz a própria sentença - relativizando qualquer discussão sobre fatos históricos:

'É evidente que, para assegurar a liberdade de opinião, cabe o que quer que seja, por mais equivocado ou perigoso que possa parecer ao leitor, inclusive aquilo que ataca o próprio sistema democrático. A Constituição - foi dito - protege também a quem a nega. Em conseqüência, não se trata aqui de se discutir a realidade de fatos históricos, como o holocausto. A liberdade de expressão compreende a de errar e outra atitude a respeito entra no terreno do dogmatismo, incorrendo no defeito que se combate, com mentalidade totalitária. A afirmação da verdade absoluta, conceitualmente distinta da

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

veracidade como exigência da informação, é a tentação permanente dos que anseiam a censura prévia, daquela que haverá ocasião de se falar mais abaixo. Nosso juízo há de ser, a todo momento, alheio a acertos ou desacertos na proposição dos temas ou à maior ou menor exatidão das soluções propugnadas, desprovidas de qualquer possibilidade de certeza absoluta ou de assentamento unânime por sua própria natureza, sem formular em nenhum caso um juízo de valor sobre questões intrinsecamente discutíveis, nem compartilhar ou discordar de opiniões em um contexto polêmico'.

Não obstante, também neste caso esta concepção inicialmente ampla do âmbito da liberdade ideológica como compreensiva das manifestações hostis ao próprio regime democrático, sobressaiu-se posteriormente em virtude da mesma operação intelectual efetuada na Sentença 214/1991: na medida em que o Tribunal considera que a finalidade global da obra é humilhar e ofender o povo judeu -por haver na obra latente conceito pejorativo da etnia judia-, as manifestações efetuadas pelos autores são consideradas conseqüência de 'uma atitude racista contrária ao conjunto de valores protegidos constitucionalmente' e, enquanto tal, incitações diretas ou subliminares, segundo os casos, à violência ou ao ódio racial, em franca contradição com a proibição contida no artigo 20.2 do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos. Conclui o juiz constitucional que 'a apologia dos



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

verdugos, glorificando sua imagem e justificando seus feitos, por conta da humilhação de suas vítimas não cabe na liberdade de expressão como valor fundamental do sistema democrático que proclama nossa Constituição. Uma utilização dela que negue a dignidade humana, núcleo irredutível do direito à honra em nossos dias, situa-se por si mesmo fora da proteção constitucional' (SSTC 170/1994 e 76/1995)'." (*La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, 2002, p. 353-354).

Ainda sobre decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional espanhol, ressalta Pablo Salvador Coderch, a propósito da Sentença 214/1999 [proferida pelo Tribunal Espanhol]:

"se encarrega de recordar que, na cultura europeia da liberdade de expressão, não rege o princípio de neutralidade do (direito do) Estado ante quaisquer conteúdos imagináveis de um discurso:

'Nem a liberdade ideológica (art. 16 CE), nem a liberdade de expressão (art. 20.1 CE) compreende o direito a efetuar manifestações, expressões ou campanhas de caráter racista ou xenófobo, uma vez que, de acordo com o disposto no art.20.4, não existem direitos ilimitados e ele é contrário não só ao direito à honra da pessoa ou pessoas afetadas, mas também a outros bens constitucionais como o da dignidade humana



HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

(art. 10 CE)... A dignidade... não admite discriminação alguma por razão de nascimento, raça ou sexo, opiniões ou crenças. O ódio e o desprezo a todo um povo e a uma etnia (a qualquer povo, a qualquer etnia) são incompatíveis com o respeito à dignidade humana...'. .

'O direito à honra dos membros de um povo ou etnia...resulta...lesionado quando se ofende e despreza genericamente a todo um povo ou raça, qualquer que seja. Por ele as expressões... proferidas pelo demandado também desconhecem a efetiva vigência dos valores superiores do ordenamento, em concreto, a do valor da igualdade consagrado no art.1.1 da Constituição em relação ao artigo 14 da mesma' [Decisão da Corte Espanhola, de 11.11.1991. BOE 301, 17.12.91. Relator: Vicente Gimerio Sendra. 1ª. sala. Violeta Friedman contra STS, Sala 1ª., de 05.12.1989].

Para o Tribunal, a conjugação de ambos os princípios leva a uma conclusão que se aplica a todos os habitantes do país o mais antigo dever do Estado, o de garantir a convivência em paz:

'Em um Estado como o espanhol, social, democrático e de direito, os integrantes daquelas coletividades têm o direito a conviver pacificamente e a ser plenamente respeitados pelos demais membros da comunidade social'." (Coderch, Pablo Salvador. *El derecho de la*

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

libertad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 37-38).

Portanto, estou convencido de que uma compreensão dos direitos fundamentais que não se assente apenas em uma concepção liberal certamente não pode dar guarida, no âmbito do direito à liberdade expressão, a manifestações anti-semitas tão intensas como as que ressaem dos autos. Estou certo, outrossim, de que o indeferimento do *habeas corpus* na espécie é fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas, que se não compatibiliza com a prática de intolerância militante e com ataques à dignidade de grupos ou etnias.

São essas as razões que adiciono às já esposadas anteriormente, no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.



Supremo Tribunal Federal

17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, gostaria de fazer algumas considerações, na linha da complementação feita pelos Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Gilmar Mendes. Por isso, me faço três perguntas: a liberdade de expressão é abstrata ou deve ser contextualizada? Não estará ela vinculada à produção robusta do debate público? Enfim, por que a liberdade de expressão é fundamental no Estado democrático? - Já ouvimos várias vezes isto aqui. Creio que as respostas, Sr. Presidente, estão no próprio processo democrático.

Sabe-se, evidentemente, que a democracia se expressa pelo princípio da maioria, com necessário respeito às minorias.

Na democracia, a formação da vontade da maioria passa pelo debate livre e transparente. Tenho, por isso - por causa do debate, o fundamento do processo democrático -, como certo, que a liberdade de expressão é pressuposto e instrumento para a produção do debate democrático; o seu exercício veicula as opiniões sobre os

*Supremo Tribunal Federal***HC 82.424 / RS**

temas que aguçam a sociedade democrática. Ao lado também, como instrumento, aparece a liberdade de associação. Visa assegurar a realização dessas opiniões expressadas. Surgem, por isso, as associações, as ONGs, os partidos políticos etc.

O debate ou a discussão no processo democrático leva ao compromisso no qual se dá rendição de vontades antagônicas. Esta é a grande característica do processo democrático. Não é a imposição de uma determinada vontade político-partidária, mas a produção no seio, como consequência do debate - exatamente do compromisso -, característica pragmática da democracia, onde há, seguramente, a rendição dessas vontades antagônicas.

A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é precondição para a democracia e o objetivo da liberdade de opinião. As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os

*Supremo Tribunal Federal***HC 82.424 / RS**

crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo seguramente é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas antiigualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul viu bem, porque lá estava, porque lá conhece, lá sabe do que se trata e, aliás, é o lócus para isso, em grau de apelação; não, aqui, em grau de **habeas corpus**. O Tribunal de Justiça viu, com correção, o objetivo do paciente: produzir o ódio, o preconceito, o retorno às bandeiras que o Século XX hasteou. A história sabe onde vai bater o fundamentalismo com ela descompromissado. A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não impõe opiniões; assegura a vigência do princípio da igualdade contra ideais não igualitários.

Citou-se aqui, ouvimos atentamente, Stuart Mill, que discorria sobre opiniões que visam instruir o debate e não aquelas que pretendiam produzir o extermínio e o ódio e destruir o debate.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Ele era um liberal, um espécime na história do seu tempo. Não canonizou nenhum dogmatismo, não era um ingênuo.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande examinou a prova e concluiu que os livros foram o instrumento do ativismo racista do paciente. Não como pesquisa científica ou exercício descomprometido de ideologia, ativismo seguramente antijudaico, racista - o que a Constituição banuiu; e foi isso que a Constituição banuiu.

No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000.

Ora, Sr. Presidente, defende-se o direito de ter opinião quando o objetivo é o debate e não o ativismo para a produção do ódio; ativismo que pretende negar, ao fim e ao cabo, que todos nós somos filhos de Abraão. Seja porque uns levam consigo o

*Supremo Tribunal Federal***HC 82.424 / RS**

Corão, seja porque outros crêem nas escrituras, seja porque, por milênios, os judeus carregaram o Torá. A nossa decisão é uma sinalização, como disse o Ministro Gilmar Mendes, leva à sociedade a mensagem de que este Tribunal rechaça o ódio racial e o ativismo racista; não aceita o uso da liberdade de expressão para viabilizar o ódio e o racismo.

Neste caso, Sr. Presidente, a queima do "Radstach" emerge do discurso da liberdade de opção. Esta é uma função da Corte, Sr. Presidente, e creio que, aqui, não se examinam fatos. Estes foram examinados no Rio Grande, com a competência daquele Tribunal, sabendo do que se tratava e do que estava enfrentando, na origem do interior do Rio Grande, nas proximidades da minha Santa Maria.

Portanto, Sr. Presidente, na linha dos votos e da complementação feita, convictamente entendendo que este Tribunal está no exercício de saber do que se trata e contextualiza a liberdade de opinião, para que ela não seja o apanágio de qualquer desgraça que o futuro possa trazer no retorno de bandeiras que o Século XX desonrou.

Confirmo meu voto, negando o **habeas corpus**.

#

Supremo Tribunal Federal

17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULCONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, começo por fazer um elogio ao voto do Ministro Marco Aurélio, assim como fiz a todos os eminentes Ministros desta Casa que se debruçaram sobre este caso. Fizeram-no com responsabilidade, com desvelo e com profundidade analítica. Todos, sem exceção. O Ministro Marco Aurélio, que proferiu voto hoje, também produziu uma obra alentada, de muita pesquisa, reflexão e discernimento. Entretanto, quero fazer uma distinção entre os nossos dois votos.

Em meu voto, considero racismo um substantivo feminino usado pela Constituição, suficientemente lato para alcançar duas realidades: a dos negros e a daqueles povos, como os judeus, que se personalizaram, ganharam, por fatores histórico-culturais, uma identidade. Os judeus, como os ciganos, como os índios, como os armênios, como os escoceses, têm, sem dúvida, um perfil histórico inconfundível com o de qualquer outro povo. Então, para mim, e à luz da Constituição, os judeus podem, sim, ser vítimas de racismo, aplicando-se, então, ao eventual racista — criminoso, portanto, pois racismo é crime —, a cláusula da imprescritibilidade com que a Constituição procurou inibir mais rigorosamente a prática desse



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

crime. Parece-me que, no voto do eminente Ministro Marco Aurélio, o substantivo racismo fica limitado a uma adscrição à realidade dos negros. Parece-me que foi isso. Então, amplio o conceito de racismo para alcançar, também, no caso, a realidade dos judeus. Todavia, lendo o livro do paciente, da primeira à última edição, e lendo outros livros mencionados na denúncia, cheguei à conclusão de que não houve racismo, não houve preconceito.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Excelência, em sede de HABEAS CORPUS?

Em sede de HABEAS CORPUS, V.Exa. examina a prova analisada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quanto à prova, não; colhi os elementos de meu raciocínio da própria denúncia, dos próprios autos. Não carreei para os autos nenhum documento novo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Então, quanto ao entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul no sentido de que a prova conduzia à prática do racismo, V.Exa. o afasta, em sede de HABEAS CORPUS, na leitura da denúncia.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Isso é o que quero registrar.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Tudo começou com a denúncia. Aliás, denúncia julgada improcedente pelo juízo monocrático, pelo juiz de primeiro grau, com o apoio do Ministério Público. O Ministério Público, ao final, pediu a absolvição do paciente e nem recorreu da sentença condenatória.

Estava dizendo, Sr. Presidente, que preconceito é discriminar, mas discriminar negativamente. É considerar alguém subgente, sub-raça, inferior. Não pode haver outro conceito jurídico de preconceito senão este: preconceito é inocular em um terceiro a pecha de inferior, como se o terceiro padecesse de um congênito déficit de dignidade ou de cidadania.

Os livros em causa não dizem que os judeus são uma sub-raça ou subgente ou subpovo, absolutamente. Mesmo os livros editados pelo paciente, basta ver o título desses livros: "O judeu internacional", "Os judeus, os conquistadores do mundo"; estes livros denunciam os judeus, não por eles, judeus, mas sob a influência do sionismo, tido pelo autor e pelos seus editados como um movimento ideológico fundamentalista, radical, sectário. Os judeus aspiram à conquista do mundo, por se considerarem o povo eleito de Deus, no plano religioso, e um povo vocacionado para o domínio político do mundo por fórmulas heterodoxas de domínio do



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

mercado financeiro e da imprensa mundial. Ora, isso não é preconceitualizar. Isso é dizer o contrário. Não concordo com este livro. Já o disse várias vezes. Este livro não me convenceu, nenhum livro me convenceu. Agora, o paciente tinha o direito de tentar me convencer; é evidente que ele o tinha. Liberdade de expressão é isso. Não falei da liberdade de expressão pura e simplesmente. Disse que a liberdade de expressão foi manejada pelo paciente para cimentar uma convicção política.

Se eu estiver errado, peço que V.Exas. me corrijam, mas, até agora, não ouvi nenhum Ministro se referir ao art. 5º, inciso VIII, da Constituição. A Constituição aduz, neste emblemático inciso:

"Art. 5º...

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política..."

E por que estou a dizer que ele laborou no campo da convicção política? Porque seu livro, como os outros editados por ele, todos cuidam de macro-relações jurídicas, travadas entre povos soberanos, governos soberanos e Estados soberanos. Este é o lócus, não há outro para a manifestação de convicção política. Não há outro.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Qual foi o uso que ele deu aos livros em Santa Cruz?



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

V. Exa., que examinou a prova, observou o que está nos autos. As coisas começaram em Santa Cruz, ou não?

O que ele fez com os livros?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vamos citar um dos livros. Ele editou livros e o fez no uso da sua liberdade.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - O quê fez com os livros?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Editou-os.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - E o quê mais?

V. Exa. não leu a prova, desculpe.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não se trata disso. Ninguém mais leu estes autos do que eu. Quem leu mais estes autos empatou comigo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Destes autos não consta o juízo do tribunal que era a base, exatamente, do uso feito pelos livros?



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

A destinação dos livros era disseminar o anti-semitismo e o racismo.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Lerei um dos livros para que V. Exa. veja que não é assim.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Não são livros, mas, sim, condutas.

E as condutas estão na prova dos autos do Tribunal do Rio Grande do Sul.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não há condutas. Há livros.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Não.

Ele não fez nada?

Não fez discursos nas ruas de Santa Cruz?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Isso não consta da denúncia.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Evidente que não consta, pois V.Exa. não pode examinar isso.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Quem tem de examinar é o Tribunal do Rio Grande do Sul.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - O Tribunal do Rio Grande do Sul não examinou condutas.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Como não examinou?

Verifique os autos, os fatos, as conseqüências.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Excelência, o Tribunal do Rio Grande se louvou — como não poderia deixar de ser — na denúncia do Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Não, na prova produzida em relação ao que se fez.

As condutas havidas.

Quem lá viveu sabe o que aconteceu.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Prova que não está nos autos do *habeas corpus*.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quem fez a denúncia se retratou e pediu a absolvição do réu, depois de colher as provas documentais, as provas materiais, as testemunhas, o depoimento do autor.

O eminente Ministro Celso de Mello se referiu a uma decisão recente da Suprema Corte. Esta decisão não é novidadeira, em termos de Direito brasileiro, porque está exatamente de acordo com a Lei nº 9.459, de 13.5.97, que profliga, criminaliza a propaganda do nazismo, manifestada por emblemas, dísticos, signos que propagandêem a cruz suástica. Então, aí, sim, se isso ocorrer, é evidente que é crime e a lei não é inconstitucional por isso. Trata-se da Lei nº 9.549, de 13.5.97. O Ministro se refere a uma citação que não é do autor, mas, sim, de Louis Marschalvo. Ele é húngaro, mas esse autor magiar também diz o seguinte... — é preciso verificar o contexto.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ao fazer referência a diversos fragmentos e a trechos constantes dos livros objeto da denúncia, fui muito claro ao salientar que algumas dessas publicações eram de autoria do próprio paciente, e outras, não.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO -- Perfeito. É verdade.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E mais, a leitura do acórdão - **tenho-o em mãos** - do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresenta, na verdade, um exame exaustivo dos livros, com transcrições não apenas de trechos deles constantes - **infamantes e caracterizadores** de ofensa racial -, mas, mais do que isso, o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **após** detida análise das referidas publicações, **esclareceu** que o ora paciente fez veicular, **em tais obras**, idéias anti judaicas, de cunho nitidamente racista.

Não posso ignorar, Senhor Presidente, **consideradas** tais publicações, **uma realidade** que se me afigura bastante clara, **insuscetível** de amparar, sob a égide da liberdade de expressão, o **uso criminoso** do livro.

O livro - **enquanto instrumento de disseminação do ódio racial e de concretização de práticas criminosas**, profundamente ofensivas a valores **que informam** os próprios fundamentos sobre os quais se estrutura a República democrática - **degrada-se** em sua condição de santuário constitucional das idéias e da livre expressão do pensamento, **para converter-se**, quando **ilicitamente** utilizado com propósitos desviantes, num meio subalterno, ilegítimo e desprezível **de transgressão e de dessacralização** dos princípios mais elevados e nobres **que exaltam** a essencial dignidade da pessoa humana (CF,



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

art. 1º, III) e que justificam, bem por isso, o veto de permanente hostilidade a **qualquer** forma de preconceito e de discriminação (CF, art. 3º, IV).

De outro lado, Senhor Presidente, a alegação do ora paciente, quando do seu interrogatório judicial, de que pretende "levar avante um ideal", movido por razões ideológicas, em nada pode beneficiá-lo, **pois** - como procurei demonstrar em meu voto - **ideais criminosos**, como os de que se acha impregnado Siegfried Ellwanger, **não encontram** apoio em nosso ordenamento positivo.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não. Há prova de que ele é um político; transitou por área política. Sou um ideólogo, quero levar avante um ideal, disse ele. Isso confirma o propósito político-ideológico.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Nada.

Ele quer matar judeu.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE): - Ministro Carlos Britto, tanto é verdade que ele aceitou o que foi colhido, no Rio Grande do Sul, como prova: o **habeas-corpus** não cuida de qualquer violação ao direito de expressão; não se trata disso.

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Aqui, o Ministro Sepúlveda Pertence, pela primeira vez, "en passant", mencionou violação possível a esse instituto; nem chegou a afirmar, categoricamente, que havia caracterizado esse tipo de ofensa. Apenas sinalizou que poderia haver. Daí começou-se a discutir o tema também sob esse enfoque. O **habeas-corpus** não trata, em nenhum momento, dessa questão de violação ao direito de expressão. Tenho que é apropriado, nesta sede, tratar da matéria, porque o **habeas corpus** tem um universo muito grande, tanto mais que V. Exa., ao final, concede a ordem **ex officio**.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente. Para evitar consumação de um mal maior. Por isso, citei Camões e o Ministro Nelson Jobim reagiu. — uma brincadeira, certo, de bom gosto, não foi de mau gosto —, dizendo que Camões não entendia de processo.

Camões disse o seguinte:

"Cessa tudo que a antiga musa canta, que outro valor mais alto se alevanta."

Então o *habeas corpus* pode ser conferido de ofício sempre que necessário evitar a consumação de um mal maior, uma nulidade absoluta, quando a questão é de ordem pública, evidentemente. O mesmo Marschalko, eminente Ministro...



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Já que V. Exa. citou Camões, vou trazê-lo de volta:

"Um fraco rei faz fraca a forte gente."

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Isso ele fez numa linha maquiavélica, certamente muito mal inspirado. Nessa passagem, sim.

Louis Marschalko disse:

"Tampouco nós somos anti-semitas, ou seja, não somos anti-semitas no sentido religioso da palavra, pois somos suficientemente liberais para respeitar todas as religiões."

E mais:

"Tampouco somos nós anti-semitas no significado hitlerista da palavra, isto é, em bases raciais, porque nos não ensinamos, nem aceitamos a superioridade de nenhuma raça."

No livro de Siegfried Ellwanger, não há uma só referência ao arianismo, não há uma só propaganda do arianismo. Ele nunca defendeu o holocausto; se o defendesse, eu seria o primeiro a condená-lo. Apenas diz que holocausto maior, muito mais significativo, sofreu o povo alemão com a dizimação de quase todas as suas cidades e o morticínio de quase vinte milhões de pessoas. Não concordo com isso, mas ele tinha o direito de dizer.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Louis Marschalko, eminente Ministro CARLOS BRITTO, nada mais é senão um nazista desprezível, cuja obra "Os Conquistadores do Mundo - Os Verdadeiros Criminosos de Guerra" (tenho-a igualmente em mãos), também editada pelo ora paciente, revela conteúdo extremamente ofensivo, apto a estimular inaceitável ódio público ao povo judeu, como se pode inferir, dentre muitas outras, da seguinte passagem:

"O judaísmo mundial tem de ser encarado como o único criminoso de guerra, da Segunda Guerra Mundial, porque, em primeiro lugar, ele impediu a reconciliação dos países e a possibilidade de cooperação (...).

*.....
Quem conhece aqueles velhos ensinamentos sobre os quais a doutrina judaica de vingança é baseada? Quem conhece o verdadeiro significado da festa do Purim? Quem já viu essa festa? Quem viu os judeus se embriagando nas suas sinagogas? Pois, embora eles, em outras épocas, fossem abstêmios, atualmente, o ofício religioso deles é o de se embriagarem."*

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas o propósito do livro foi este: mostrar que os verdadeiros responsáveis pela deflagração da guerra não foram os alemães. Eles têm essa convicção. Evidente que é uma leitura equivocada do Purim.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O fato irrecusável, Senhor Ministro CARLOS BRITTO, é um só: a **incitação** do ódio público ao povo judeu, **além** de profundamente reprovável sob uma perspectiva ética, **traduz** comportamento delituoso ("hate crime"), cuja



665

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

tipificação penal - como já demonstrado no curso deste julgamento - **responde** a exigências axiológicas, políticas e sociais subjacentes à **necessidade** de prevenir e de reprimir uma das formas **mais sórdidas** de expressão e de atuação individual no plano das relações humanas: o preconceito e a discriminação.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - O Marschalko é um equivocado ao fazer essa interpretação malfazeja do Purin.

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE): - Ministro Carlos Britto, fiz uma consulta biográfica desse Louis Marschalko, que é húngaro - V. Exa. disse muito bem -, mas ele é, declaradamente, nazista. Saiu da Hungria exatamente porque aquele país passou a integrar à órbita da União Soviética. Ele não concordava, absolutamente, com aquilo e emigrou para a Argentina.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Acabei de ler que ele não concorda com a tese central do nazismo, a superioridade do arianismo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Mas, com a extinção dos judeus ele concorda.



666

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, também.

Sr. Presidente, vou fazer duas leituras: numa, Siegfried, em razões finais, diz o seguinte (fls. 27):

"O preconceito e a discriminação religiosa, racial, étnica, etc., é conduta abominável, porquanto sem foram as causas das grandes tragédias da humanidade. Por outro lado, entender que opiniões e manifestações contrárias à dominante, a ela muito desfavoráveis, implica incitação ou induzimento ao crime de preconceito e discriminação étnica, significa, também, uma posição de preconceito, mais quando aquelas vêm demonstradas em obras literárias."

Finalmente, Sr. Presidente, o Siegfried termina sua obra dizendo, iniludível e inequivocamente, com todas as letras, o seguinte:

"Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o próprio Ministro Chamberlain, foi o responsável pela Segunda Guerra Mundial, através da imprensa internacional e também por pressões exercidas sobre elementos ligados ao Governo Britânico. Coisa importante: o sionismo, por ser racista, é condenado, praticamente, por todos os países do mundo. Ora, quem condena o racismo assim, tão veementemente, não pode ser racista."

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Então V. Exa. acreditava no Chamberlain?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não. Não é isso.



667

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - V. Ex^a acabou de citar o Chamberlain.

O SR. MINSITRO CARLOS BRITTO - Não! Ele, paciente, citando o Chamberlain.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - V. Ex^a lendo e citando-o para justificar sua posição.

Logo, se é fundamento da sua decisão, V. Ex^a acredita nisso.

Senão, não seria fundamento.

Que fundamento curioso é esse!

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Que raciocínio equivocado, Excelência! Não estou afirmando absolutamente nada; estou transcrevendo um trecho.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Para fundamentar a posição assumida por V. Ex^a, que considera que ele não praticou crime.



668

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Se esse livro fosse racista, escancarada e protuberantemente racista, ele não estaria aqui sendo defendido como não-criminoso por três Ministros do Supremo Tribunal Federal: Marco Aurélio, Moreira Alves e eu próprio, que estou a falar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É diverso o fundamento do voto do Ministro Moreira Alves. Ele não ingressou na análise do conteúdo ideológico da obra.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - A verdade é que o Ministro Moreira Alves concluiu, pedindo a absolvição dele, paciente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não! Ele declarou extinta a punibilidade, por entender descaracterizado o crime de racismo.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Ele admitiu a prescritibilidade; é outra coisa.

Ele não chegou a dizer, como V. Ex^a fez, que não houve crime.



Supremo Tribunal Federal

669

HC 82.424 / RS

Ele disse que houve crime.

Ele estava examinando o pedido do autor e este chegou à tribuna, por seu advogado, dizendo que não era isso que pediu, não tinha nada a ver com isso, porque não sabia do que se tratava.

A discussão aqui trazida era a prescritibilidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Se, em uma Casa como esta, a mais alta Casa da Justiça brasileira, o livro suscita leitura diferenciada, quanto mais no âmago da população! Que esse livro circule! Não me convenci, o Ministro Marco Aurélio não se convenceu. Continuo tão admirador do povo judeu quanto antes.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - V. Exa. me permite só um aparte? Toda a população pensa de acordo com V. Ex^a?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - A população tem o direito de fazer o seu julgamento.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Todas as pessoas do país pensam da mesma forma de V. Ex^a?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - O livro está na vigésima nona edição.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Há algum risco de alguém interpretar de outro modo e, com isso, sentir-se autorizado a



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

670

alimentar o ódio, e não só alimentá-lo, mas passar de uma posição de ódio a uma postura de risco à integridade das pessoas?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Entendo que não.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Ah! ninguém neste país? Seria isso concebível?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É possível que alguém leia o livro e se convença.

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Ora, basta que seja possível; é exatamente isso que se quer evitar. Daí, a Constituição ter tomado uma atitude que o Ministro Marco Aurélio considerou, com base em alguns autores, uma medida excepcional: a da imprescritibilidade do crime. Por quê? Porque o fato é de gravidade excepcional, pois alimentaria ódio histórico cujo desdobramento chegou ao extermínio de um largo grupo humano. Não coibi-lo significaria botar em risco as pessoas no que elas têm de universal, como parte da mesma raça.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Basta ler o livro dele para que façamos uma psicanálise. Ele condena a desonestidade, a mentira, o racismo e se considera defensor da verdade e um homem de caráter.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Pela leitura, ele é o grande herói do seu tempo.

Supremo Tribunal Federal

671

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Por outro lado, sou marcado positivamente e definitivamente por aquela frase de Voltaire:

"Não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las".

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Contextualiza a palavra, contextualiza isso.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Contextualizando, não vi racismo. O Ministro Marco Aurélio falou do livro. Também sou muito marcado positivamente por Castro Alves, quando disse:

*"Ó bendito o que semeia
Livros, livros a mancheia
e manda o povo pensar.
O livro caindo n'aima
é germe que faz a palma
é chuva que faz o mar."*

Não vi neste livro incitação ao ódio. Se visse, estaria aqui a dizer: não concedo o *habeas corpus*. Mas a minha leitura não é condenatória desse homem de 75 anos de idade, um inventor, um industrial, um escritor, que tem sua história de vida e que diz, às escancaras, da primeira página à última, que faz uma distinção entre sionismo e judaísmo. Ele não é contra o judaísmo, é contra o sionismo e tem o direito de sê-lo.

Supremo Tribunal Federal

672

HC 82.424 / RS

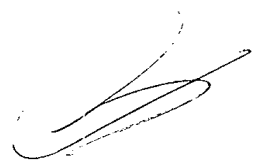
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - V.Ex^a. conhece Siegfried Ellwanger?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Tenho mais de meia dúzia de amigos juristas do Rio Grande do Sul e consultei a todos. De há muito estou me debruçando sobre este caso...

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - Todos eles de origem alemã?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não. Estou calçado. Fazendo a leitura dos fatos e das personalidades com extrema responsabilidade, o que não nego à de V. Ex^{as}, absolutamente.

Mantenho convictamente meu voto. Absolvo Siegfried Ellwanger Castan.



Supremo Tribunal Federal

17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MOREIRA ALVES
RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO PRESIDENTE
PACIENTE : SIEGFRIED ELLWANGER
IMPETRANTES : WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (PRESIDENTE) - Fala-se que essa cláusula de imprescritibilidade que a Constituição Federal inseriu no inciso XLII do artigo 5º é uma perversidade.

Na minha opinião, não; na verdade constitui um avanço de relevo.

O fato de ser o Brasil o único país que positivou a imprescritibilidade desse tipo de delito em sua Carta Política torna-se, na verdade, uma extraordinária conquista para o mundo contemporâneo, e a decisão que ora concluimos e que examina os contornos de aplicação do inciso XLII, do artigo 5º da Constituição, de extrema magnitude e eminentemente emblemática para o direito comparado.

Supremo Tribunal Federal

17/09/2003

TRIBUNAL PLENO

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SULV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, para gosto do Ministro Nelson Jobim, vim de casa hoje disposto a usar dos privilégios de decano do Tribunal.

Primeiro, o de poder ser breve; segundo, o de votar quando a causa já está decidida, a meu ver, muito mais decidida, agora, em que tantos votos anteriores, sem confiar na Taquigrafia, resolveram reafirmar-se.

Sr. Presidente, meu voto é envergonhadamente pobre, depois da discussão tão rica a que o caso deu margem e, creio, em boa parte, por culpa minha.

No âmbito de sua fundamentação nitidamente demarcada pelo impetrante, o presente **habeas corpus** gira em torno de uma questão única: a inteligência a dar-se, a partir do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, à locução "prática do racismo".

Assim se desenvolveu a discussão a partir da impetração, bem deduzida, e dos dois magníficos pareceres que a ela se contrapuseram: os dos professores Celso Lafer e Miguel Reale Júnior.

O eminente Relator, Ministro Moreira Alves, pôs-se na conformidade da impetração. Partiu de um conceito antropológico de raça - citando, entre outros, a definição de Albaquano, para



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

concluir que os judeus não constituem uma raça. Logo, a discriminação contra a comunidade judaica, embora mandada incriminar como tal, como discriminação, pela Constituição, não constitui racismo e, portanto, não é imprescritível.

Dissentiram os demais, a partir do voto doutíssimo de V. Ex^a. e com a única exceção, hoje, do eminente Ministro Marco Aurélio, com raciocínios que têm entre si diferenças sutis, inclusive o do Ministro Carlos Britto: todos partiram de um conceito diverso; tomaram do que se chamou aqui um conceito sociocultural ou histórico-cultural de raça, até porque, enfatizou-se à exaustão, que o suposto conceito naturalístico de raça estaria desmentido pela ciência contemporânea.

Não me aventurarei, Sr. Presidente - estejam todos tranqüilos-, a repetir os argumentos que, de um lado e de outro, se contrapuseram, todos, com brilho e erudição.

Explicito apenas a minha convicção.

De um lado, a radical negação da existência de raças, já se enfatizou com precisão, esvaziaria, contra regras elementares de hermenêutica, todo o significado da norma do art. 5º, XLII, da Constituição: Celso Lafer chega a dizer que, a ser assim, a Constituição Federal teria mandado incriminar, com excepcional rigor, impondo-lhe a pena de reclusão e as notas de inafiançabilidade e imprescritibilidade, um crime impossível.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

De outro lado, no entanto, com todas as vênias do eminente Ministro Marco Aurélio, opto pelo que se chamou aqui de conceitosócio cultural de raça. A exemplo de Bobbio, longamente citado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, creio que há de partir-se de um fenômeno histórico indiscutível, o **racismo**, para, então, verificar que o alvo do racismo não é necessariamente uma **raça**, como conceito antropológico, mas, sim, um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo do **racismo**. Certo, no Brasil – o voto do Ministro Carlos Britto o evidenciou com clareza exemplar – o termo **racismo**, na Constituição, é ambivalente. O seu objeto historicamente maior é claro: está na preocupação da civilização brasileira com a discriminação contra o negro, contra um preconceito de cor e, portanto, contra um preconceito que se ajustaria à noção naturalística de raça, do que partiu o voto do eminente Ministro Moreira Alves e, hoje, ganhou no ponto a adesão do Ministro Marco Aurélio.

Não deixo, Sr. Presidente – quero deixar isso muito frisado e explicitado, lamentando dissentir de V. Ex^a no tópico –, de compreender a preocupação do Ministro Moreira Alves, que o levou, a meu ver, à inteligência reducionista, naturalística, de raça, para dela excluir a comunidade judaica. Creio que o voto do Ministro Moreira Alves parte aí de uma premissa de que participo: o irracionalismo da determinação constitucional de **imprescritibilidade** de determinada infração penal – que serve a frases literárias para que “nunca mais seja esquecida” –, mas que é contra todas as razões humanísticas que levaram à prescritibilidade de todos os crimes a ser um valor universal do Direito Penal, desde a revolução liberal do iluminismo.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

É certo que, logo em seguida, o inciso XLIV da Constituição Federal dispõe:

"Art. 5º.....
XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;"

Mas aí, Sr. Presidente, entende-se essa nota esdrúxula de imprescritibilidade. O que não é original da Constituição brasileira. Surge em determinada constituição latino-americana, na onda de democratização posterior ao ciclo militarista dos anos 60: traduz uma pretensão - quiçá e muito provavelmente utópica - de garantir a repressão penal ao golpe de estado vitorioso, a qualquer tempo em que os seus autores sejam despojados do Poder que assaltaram. Aí, explica-se logicamente essa imprescritibilidade, pela absoluta impossibilidade de punirem-se os autores de um golpe vitorioso - e nisso a história latino-americana é rica -, enquanto estão no Poder.

Mas quem revir os crimes da Lei 7.716 e suas alterações, verá que há nela incriminações - contra as quais não teria uma palavra a dizer - que não têm, contudo, nem de longe, a grandeza e o relevo do golpe de estado vitorioso, cuja punição, quiçá utopicamente, a norma do art. 5, XLIV, pretende garantir a qualquer tempo.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Não obstante, Sr. Presidente, alinho-me à maioria para entender que o preconceito anti-semita constitui **racismo**, já na dicção do art. 5, XLII, da Constituição Federal, já na Lei 7.716 de 1989 e suas alterações.

Desde a primeira assentada deste longo julgamento, no entanto, manifestei preocupação com outra dimensão do caso, embora estranha à limitação explícita da sua fundamentação. E hoje, Sr. Presidente, quanto me penitencio dessa ampliação do raio da discussão do caso. Certo, havia V.Exa., incidentalmente feito uma referência ao ponto, e o Ministro Celso de Mello, uma outra, quando pus à reflexão do Tribunal o problema das implicações do caso com tema da liberdade de expressão do pensamento.

Depois, como já previa, me adverti de algo que o tempo vai ensinando no Tribunal: só se propõe **habeas corpus** de ofício quando se está com muita confiança nos colegas, porque, senão, se chega ao resultado a que estamos chegando aqui: o "indeferimento de ofício" do **habeas corpus**; incompatível com o "valor mais alto que se levanta", porque, em matéria de **hábeas corpus**, quem sabe, poderia a ordem ser deferida em outra instância (não estou me referindo a V. Ex^a., Ministro Carlos Britto, por causa da citação camoniana, que pouco se me dá que entenda de processo ou não: afinal de contas, como advertiu o outro dos dois maiores poetas lusitanos, Fernando Pessoa, "mais do que isso era Jesus Cristo, que não sabia nada de Finanças, nem consta que tivesse biblioteca.")

Penitencio-me, portanto, de ter provocado esse indeferimento de ofício.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência me permite um aparte, apenas para deixá-lo com a consciência mais tranqüila?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim. V. Ex^a traria, certamente, o problema.

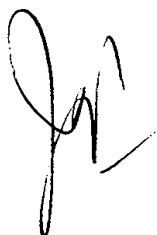
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, não. É que a base para o julgamento no Juízo foi essa: a prevalência da liberdade de expressão. E consta do acórdão impugnado mediante este *habeas corpus* o exame da matéria.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim. Vim verificar isso, depois, quando até pedi cópia das peças principais.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - V. Ex^a citou, aqui, o art. 5º, inciso VIII, segundo fui informado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não traria porque, muito embora seja um espírito irrequieto, evidentemente não assumo a posição de criador desta ou daquela tese.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, não tenho, jamais tive, pretensão de criar tese alguma. Por isso, nada disse de novo neste meu voto, porque nada tenho a mais a dizer. Apenas suscitei uma questão que antes não fora suscitada neste julgamento. Nada mais que isso.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A carapuça entrou, Excelência?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não é carapuça, Excelência. Isso é bordoadada e há de ser respondida com bordoadada.

Não posso terminar este voto sem expressar os meus temores que, eles sim, me impeliram a aventar a questão: fico a pensar na Lei de Segurança Nacional do regime militar, nos seus tipos abertos, como "fazer publicamente a propaganda subversiva". Por isso a dúvida levantada por mim sobre se livros podem ser instrumentos de crimes de instigação ou induzimento.

Jovem advogado, assisti de uma daquelas cadeiras - e participei depois, da tribuna, de outros casos semelhantes - ao julgamento do **habeas corpus** em favor de Ênio Silveira, o proprietário da editora "**Civilização Brasileira**".

Daí todos os meus temores em torno da discussão sobre se um livro - eu chamaria um "livreco", (se não fora editado no interior do Rio Grande do Sul, porque aí se torna um acontecimento mundial!) - seria instrumento adequado à incitação e ao induzimento público de ódio racial. Prefiro dizer que, instrumento de incitação ou induzimento, salvo casos excepcionalíssimos, não concebo que livro possa sê-lo.

Mas a discussão convenceu-me de que um livro, pode sim, ser instrumento da **prática** do racismo. Há aqui uma página, como outras, rigorosamente antológica, do voto do Ministro Carlos Britto, a qual me permito recordar ao Tribunal (- lembre-se apenas que o tipo tem três núcleos: praticar, instigar, incitar ou induzir):



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

"Pois bem, é ainda no senso comum das pessoas que o verbete "prática" assume o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduza no fato de o ser humano sair de si mesmo. Vir à tona da existência. Experienciar a vida, enfim, sem a sutileza da distinção (e aqui desfaço uma cogitação que cheguei a verbalizar na sobredita sessão plenária do dia 26 de junho transato) - sem a sutileza da distinção entre a postura abstrata e solitária do escrever e a postura concreta e social do agir, pois ambas as formas de extrapolação do puro psiquismo humano são materializações de conduta; quer dizer, tudo é comportamento, interação, empirismo existencial, trajetória de vida em recíproca interferência."

Isto é, **prática**.

No entanto, seria essa prática materializada, substantivada, na publicação de um livro (- e faço inteira abstração à incriminação de reedição de livros absolutamente conhecidos; não cometeria à cultura gaúcha o despautério de mandar indagar se está vivo o Presidente da velha Editora Globo de Porto Alegre, para um livro que parece um pouquinho mais grave que este, o "Mein Kampf", o qual todos nós temos, e os que não sabemos alemão, lemos na tradução dessa Editora) - mas seria, a incriminação dela, compatível com a liberdade de expressão de pensamento?

O assunto, confesso, angustiou-me. Uma vez mais, agradeço ao Mestre Carlos Britto essa outra página absolutamente tranquilizadora: a distinção feita por S. Exa., a demonstrar que, ao assegurar a liberdade de expressão de pensamento e vedar a censura, a Constituição não prodigalizou imunidades, salvo o que S. Exa. chamou de "as excludentes da abusividade", a manifestação de crença religiosa, convicção filosófica ou política.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Leio do seu voto:

"41. Que a *Lex Maxima* declara e garante a liberdade de expressão, é juízo que ninguém desconfirma. Liberdade tanto para manifestar o pensamento (exteriorizá-lo, portanto) como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica, ou de comunicação. Ponto pacífico. Uma coisa, porém, é a liberdade de de que desfruta **quem quer que seja para dizer o que quer que seja** (...) ou, ainda, para trazer à ribalta suas incursões pelos domínios da Arte, do Intelecto, da Ciência ou da Comunicação; outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente."

E segue nessa linha.

A liberdade de expressão, a vedação da censura, assegura o que S. Exa. o diz, com razão, um direito subjetivo que tem, no próprio instante de sua realização, o **exaurimento** do seu conteúdo.

Pronunciou-se a manifestação do pensamento, exteriorizou-se o pensamento e a opinião, exerceu-se esse direito garantido pela Constituição, vedando a censura, mas isso nada tem a ver com uma imunidade da responsabilidade civil ou penal, pelo que foi expresso ou dito, salvo, repito, expressão deliciosamente saborosa de S. Ex^a. -, as "excludentes da abusividade" no inciso VIII do art. 5º da Constituição.

Pois bem, a partir daí, o acórdão do Tribunal de Justiça explicitamente realça expressões do livro e enumera outros indícios da intenção de proselitismo do autor.



Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

Ao contrário, o Ministro Carlos Britto desce à análise dos livros de autoria do paciente e, apesar de negar-lhes qualidades literárias ou, se bem entendi, força de convicção histórica, chega à conclusão de tratar-se de uma tentativa de transmitir uma versão objetiva da história diferente da dominante. Essa análise do Ministro Carlos Britto - que, na sede do **habeas corpus**, é certo, se poderia considerar heterodoxa - tem, por si, a escusa antecipada de vários dos votos que o antecederam e que também foram procurar no acórdão, ou fora dele, passagens dos livros do paciente ou - o que definitivamente afastou - editados por ele, e que traduziriam o preconceito anti-semita.

Nas circunstâncias do caso, não me animo a essa profunda análise para dissentir das conclusões extraídas da prova pelo Tribunal de Justiça. Eu o faria se se tratasse de uma decisão teratológica, de uma classificação abusiva das obras ou dos trechos realçados. Mas, é claro, não posso tachar de absurda a decisão do Tribunal de Justiça que analisa um livro do paciente como este - "Holocausto - Judeu ou Alemão?", - no qual -, após, segundo o autor - a fotografia de um desenho de cadáveres, se lê:

"A foto acima" - leio fls. 205/206 - "tomada pelo exército norte-americano no campo de Dachau, após a libertação do mesmo, mostra os corpos de aproximadamente 160 pessoas, que foram propositadamente expostas no chão para servirem de propaganda anti-alemã, a fim de justificar ou tentar justificar um pouco o que tinham feito contra a Alemanha, deixando suas cidades em ruínas e

Supremo Tribunal Federal

HC 82.424 / RS

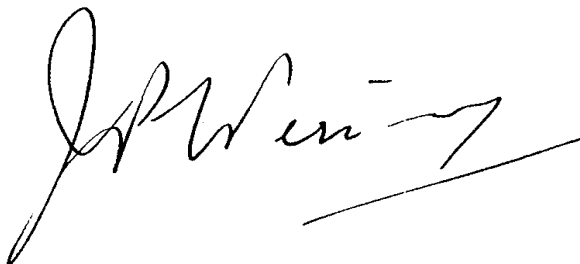
um número incontável de civis mortos, homens, mulheres, crianças e velhos, como poderão ver em capítulo próximo.

Quem são as pessoas" - Veja-se o tom apodíctico, peremptório da afirmação - "que os norte-americanos mandaram espalhar pelo chão? No começo diziam que haviam passado pelas câmaras de gás, mas já há bastante tempo que se sabe, morriam centenas de doentes nesse campo, DIARIAMENTE, após a "libertação"; pois presos haviam ateado fogo em todos os arquivos, visando assim esconder seu passado criminoso e impedindo por esse expediente que os médicos norte-americanos pudessem administrar os medicamentos adequados aos enfermos.

Geralmente insinuava-se que se tratava de judeus mortos em câmaras de gás (...) O cardeal Faulhaber, da Alemanha, afirmou que em alguns casos foram usados cadáveres de alemães, retirados dos escombros dos bombardeios e enviados ao campo para serem cremados, a fim de atender aos interesses publicitários anti-alemães."

Acoplados trechos como esses, de que o livro é fértil, à conclusão que o Tribunal de mérito extraiu dos autos, de um propósito de proselitismo da publicação, não posso entendê-lo como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa alguma.

Sem fechar outros caminhos - embora todos eles possam ter sido fechados pela discussão do **habeas corpus** de ofício, às avessas, em que se transformou este julgamento -, denego a ordem, com as vênias dos Ministros Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio.



Supremo Tribunal Federal

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 82.424-2

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATOR ORIGINÁRIO : MIN. MOREIRA ALVES

RELATOR PARA O ACÓRDÃO : MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA

PACTE.: SIEGFRIED ELLWANGER

IMPTE.: WERNER CANTALÍCIO JOÃO BECKER E OUTRA

COATOR: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem para pronunciar a prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2002.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem, e dos votos dos Senhores Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, este último em antecipação, indeferindo-a, pediu vista o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 09.04.2003.

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por inexistência de previsão regimental, indeferiu o pedido de nova sustentação oral do ilustre advogado do paciente, tendo em vista não se encontrar mais nesta Corte, pela aposentadoria, o Senhor Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, nesta preliminar, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos Velloso. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Gilmar Mendes, que indeferia o *habeas-corpus*, anteciparam os votos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, também denegando a ordem, pediu vista o Senhor Ministro Carlos Britto. Não participou da votação o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 26.06.2003.

Decisão: O Tribunal, por maioria, resolvendo a questão de ordem, não viu condições de deferimento do habeas-corpus de ofício, vencido o Senhor Ministro Carlos Britto, que entendeu deferi-lo por carência da ação penal por atipicidade de conduta. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Senhor Ministro Carlos Brito, que

Supremo Tribunal Federal


686

concedia, *ex-officio*, a ordem de habeas-corpus para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não votou o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.08.2003.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas-corpus, vencidos os Senhores Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Senhor Ministro Carlos Britto, que a concedia, *ex-officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. Redigirá o acórdão o Presidente, o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Não votou o Senhor Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Senhor Ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente. Plenário, 17.09.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.


Luiz Tomimatsu
Coordenador

7)