

**O HABEAS CORPUS 82.424-2 E A CONSTRUÇÃO DOS CONCEITOS DE
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIGNIDADE DA PESSOA***

**THE HABEAS CORPUS 82.424-2 AND THE CONSTRUCTION OF CONCEPTS
OF FREEDOM OF SPEECH AND HUMAN DIGNITY**

Juarez Monteiro de Oliveira Júnior

RESUMO

Esta pesquisa parte do caso mais emblemático sobre “discurso de ódio” julgado pelo Supremo Tribunal Federal: o habeas corpus 82.424-2. Embora o argumento da defesa versasse sobre a abrangência do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, o principal tema tratado nesse julgamento foi o possível conflito entre o “direito” à liberdade de expressão e o “direito” à dignidade da pessoa. Assim, a partir dos votos dos ministros do STF desenvolvemos o trabalho, buscando responder a duas questões: quais foram os conceitos de “liberdade de expressão” e “dignidade da pessoa” construídos pelo Tribunal nesse julgamento? E, por fim, esses conceitos são adequados ao Estado democrático de direito?

PALAVRAS-CHAVES: DISCURSO DE ÓDIO – TOLERÂNCIA – LUTA POR RECONHECIMENTO – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ABSTRACT

This research starts from the most emblematic trial about "hate speech" decided for the Brazilian Supreme Court: habeas corpus 82.424-2. Although the plea referred about on the field of article 5, XLII, of the Federal Constitution, the main subject discussed in this judgment was the possible conflict between the "right" to the liberty of speech and "right" to the human dignity. Thus, from the votes of the judges of Brazilian Supreme Court we develop the work, trying to answer two questions: the first one is, which had been the meaning of "freedom of speech" and "human dignity" developed by the Court in this trial? And, finally, are these concepts appropriate to the Constitutional Democracy?

KEYWORDS: HATE SPEECH - TOLERANCE/TOLERATION - STRUGGLE FOR RECOGNITION - CONSTITUTIONAL DEMOCRACY

Pilatos [...] mandou trazer água, lavou as mãos diante da multidão e disse: “estou

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

inocente deste homem; a responsabilidade é de vocês.” Todo o povo respondeu: “que o sangue dele caia sobre nós e sobre nossos filhos.”

(Mateus: 27, 24-25)

1. Introdução

O discurso do ódio (*Hate Speech*), entendido por Rosenfeld (2001) como discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade – e podemos ainda acrescentar gênero ou opção sexual – se apresenta como um intrincado e complexo problema em face do direito constitucional à liberdade de expressão. O discurso do ódio pode aparecer tanto de forma explícita e óbvia – e, portanto, teoricamente fácil de ser combatido – como pode vir mascarado por sutilezas que transmitem sua mensagem de intolerância de forma quase subliminar. Se o ódio é claro numa passeata neonazista, o que dizer de trabalhos “científicos” ou literários?

O julgamento do principal caso de discurso do ódio no Brasil ocorreu no ano de 2003, no qual o Supremo Tribunal Federal julgou o *Habeas Corpus* nº 82.424-2, no qual figurava como paciente o editor Siegfried Ellwanger Castan, acusado de crime de racismo. O crime cometido por Ellwanger está tipificado no *caput* do artigo 20 da Lei 7.716/89, com 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 e de autores nacionais e estrangeiros que, segundo a denúncia, “abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias”, pretendendo com isso “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12-13). A defesa, embora reconhecesse o caráter discriminatório das publicações de Ellwanger, foi baseada no argumento de que os judeus constituem um povo, e não uma raça, motivo pelo qual não teria incidido em crime de racismo - inafiançável e imprescritível, de acordo com o inciso XLII do Art. 5º da Constituição Federal - ao propagar teses anti-semitas. Na hipótese de o argumento ser acolhido, a pretensão executória da pena estaria prescrita. A ordem de *Habeas Corpus* foi denegada pela maioria dos Ministros que, por meio de uma ponderação de valores, optaram em dar maior relevância ao direito à dignidade da pessoa, preterindo o direito à liberdade de expressão. É a partir da análise desse caso concreto que o presente trabalho será desenvolvido.

Inicialmente, reconstruiremos esse *leading case* do Supremo Tribunal Federal no que tange à liberdade religiosa, racismo e liberdade de expressão. A reconstrução do HC 82.424-2 é fundamental para este trabalho na medida em que nos possibilita verificar, no caso concreto, quais são os parâmetros do STF no julgamento de um caso no qual preconceito religioso é utilizado como defesa em face de uma condenação por crime de racismo.

A defesa, procurando fugir da cláusula da imprescritibilidade nos crimes de racismo imposta pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXII, alegou que, uma vez que os judeus não são uma raça como, por exemplo a negra, o crime cometido estaria prescrito. Embora a abrangência da concepção de racismo fosse a matéria suscitada pela defesa, o julgamento se enveredou por outro caminho. Após observar que os debates sobre racismo eram extremamente ricos, o Ministro Sepúlveda Pertence indagou acerca da possibilidade de “colisão” entre os “direitos” de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. A partir daí, praticamente todos os Ministros trataram diretamente do tema.

Ao fim de pouco mais de um ano, o julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-2 chegou ao fim. O Tribunal, pela maioria, decidiu pelo indeferimento do *Habeas Corpus*. Votaram pelo indeferimento os Ministros Maurício Corrêa (relator do acórdão), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Foram votos vencidos os Ministros Moreira Alves (relator-originário) e Marco Aurélio, que reconheceram a prescrição do crime de racismo, e o Ministro Carlos Ayres Britto, que absolveu o paciente por falta de tipicidade da conduta.

Pelo resultado do *Habeas Corpus*, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal ficou dividido em três grupos: o primeiro, composto pelos Ministros que votaram pelo indeferimento; o segundo, composto pelo voto do Ministro Marco Aurélio e pelo Ministro Moreira Alves, ambos concedendo o *Habeas Corpus*; e, terceiro, o voto *sui generis* do Ministro Carlos Ayres de Britto, que absolveu Siegfried Ellwanger Castan por atipicidade de conduta, ou seja, a conduta do paciente não teria sido criminosa. Nesses votos poderemos responder a primeira pergunta que levantamos na pesquisa: quais as concepções de liberdade de expressão e dignidade da pessoa construídas pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 82.424-2?

Verificamos, analisando cada grupo, que o Supremo Tribunal Federal constrói concepções distintas de liberdade de expressão e dignidade da pessoa. No primeiro grupo percebemos que a liberdade de expressão é um direito fundamental, sendo que, nos casos em que o teor da manifestação não observar os limites impostos pela própria Constituição e atingir os valores da sociedade, ela deverá ser limitada. No caso de um conflito entre direitos – liberdade de expressão e dignidade humana – prevalecerá a segunda, uma vez que, pelo princípio da proporcionalidade, é mais condizente com o fim almejado pela Constituição Federal.

No segundo grupo, composto pelos votos do Ministro Marco Aurélio e Moreira Alves, verificamos que a liberdade de expressão é tida como o valor fundamental da democracia. Marco Aurélio vale-se da teoria da ponderação de valores para decidir o “conflito” de “princípios”. A solução, diz o Ministro, encerra-se na medida em que os “valores” são utilizados para se decidir o caso. Assim, Marco Aurélio pergunta: faz parte da essência da sociedade brasileira ser anti-semita? Ou ainda, a discriminação dos judeus está entre os valores da sociedade brasileira?

Uma vez que, para o Ministro, a sociedade brasileira não é anti-semita, o paciente não teria praticado o crime de racismo. Assim, decidiu o Ministro para conceder o *Habeas Corpus*, declarando prescrita a pretensão punitiva. Além disso, Marco Aurélio faz uma calorosa defesa da liberdade de expressão, contrapondo-a, de forma abstrata, com a dignidade da pessoa. Nesses casos, desde que a ofensa não seja contra uma minoria “historicamente” ofendida, não há razão de criminalizar a conduta.

Quanto ao Ministro Carlos Ayres de Britto, este faz uma análise de trechos presentes nos livros publicados pelo editor anti-semita. Trechos com desprezível teor racista, como por exemplo: “como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial” e “O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 32-33). Mas, para Britto, tais manifestações são fruto da liberdade de criação. Assim, o alcance do “uso” da liberdade de expressão é tão amplo que fica quase impossível imaginarmos o “abuso”.

2. Cronologia

14 de novembro de 1991 – Siegfried Ellwanger é denunciado pelo crime de racismo, tipificado pelo artigo 20 da lei 7.716/89 com redação dada pela lei 8.081/90.

14 de julho de 1995 – é absolvido em primeira instância.

31 de outubro de 1996 – o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul dá provimento à apelação dos assistentes de acusação, condenando-o no crime tipificado pelo artigo 20 da lei 7.716/89 com redação dada pela lei 8.081/90.

Novembro de 2000 – os advogados de Ellwanger impetram um *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça com a tese da prescritibilidade do crime praticado pelo paciente.

Dezembro de 2001 – por decisão majoritária da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça o *Habeas Corpus* é denegado.

12 de setembro de 2002 – novo *Habeas Corpus* é impetrado, desta vez no Supremo Tribunal Federal, sustentando a mesma tese utilizada no Superior Tribunal de Justiça.

19 de outubro de 2002 – o Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, apresenta parecer favorável ao indeferimento do HC 82.424.

12 de dezembro de 2002 – início do julgamento do HC 82.424 pelo Supremo Tribunal Federal.

24 de março de 2003 – o *amicus curiae* Celso Lafer apresenta seu parecer, opinando pelo indeferimento do *Habeas Corpus*.

17 de setembro de 2003 – após cinco longas sessões, termina o julgamento do HC 82.424, decidindo o Supremo Tribunal Federal, por oito votos a três, pelo indeferimento do *Habeas Corpus*.

3. O Habeas Corpus 82.424-2

Analisaremos agora o *leading case* do Supremo Tribunal Federal (STF) mais emblemático no que concerne à liberdade religiosa, racismo e liberdade de expressão. A reconstrução do *habeas corpus* (HC) 82.424-2 é fundamental para este trabalho na medida em que nos possibilita verificar, em um caso concreto, quais são os parâmetros do STF no julgamento de um caso no qual o preconceito religioso é utilizado como defesa em face de uma condenação por crime de racismo. Ao encarar a prática de anti-semitismo como “simples” discriminação religiosa, a defesa ansiava evitar a punição do réu Siegfried Ellwanger, paciente do *Habeas Corpus* 82.424-2, uma vez que o crime assumido já estaria prescrito.

O HC 82.424-2 foi indeferido pela maioria dos onze Ministros. Votaram pelo indeferimento os Ministros Maurício Corrêa (relator do acórdão), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Foram votos vencidos os Ministros Moreira Alves (relator-originário) e Marco Aurélio, que reconheceram a prescrição do crime de racismo, e o Ministro Carlos Ayres Britto, que absolveu o paciente por falta de tipicidade da conduta.

Tendo encontrado os argumentos centrais dos votos dos Ministros no HC 82.424-2, bem como suas fundamentações, poderemos responder uma indagação essencial ao trabalho: quais foram as concepções de liberdade de expressão e de dignidade da pessoa construídas pelo Supremo Tribunal Federal a partir desse caso? A essa questão, segue-se mais uma indagação: tais concepções são constitucionalmente adequadas ao Estado democrático de Direito ou o STF teria construído uma visão paternalista de liberdade de expressão e de dignidade da pessoa a partir desse caso? Ou ao contrário, a visão construída pelo STF seria complacente com a discriminação?

Neste *Habeas Corpus*, o STF, além de decidir sobre a abrangência da imprescritibilidade do crime de racismo definido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLII, os Ministros se detiveram num inesperado^[1] ponto: quando há uma (suposta) colisão de valores – no caso, entre liberdade de expressão e dignidade humana – qual prevalecerá? Assim, torna-se imperiosa a reconstrução, além da discussão acerca da abrangência do termo “racismo”, bem como da discussão do conflito (suposto) entre os direitos fundamentais da dignidade humana e da liberdade de expressão.

3. O caso concreto

Segundo o relator-originário do HC 82.424, Ministro Moreira Alves, o paciente Siegfried Ellwanger, absolvido no primeiro em primeira instância, veio a ser condenado 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 e da autoria de

autores nacionais e estrangeiros^[2] que, segundo a denúncia, “abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias”, pretendendo com isso “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12-13)

Da condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Réu impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que o indeferiu por maioria de votos.^[3] Contra essa decisão os advogados do Réu impetraram outro *Habeas Corpus*, substitutivo ao recurso ordinário, no Supremo Tribunal Federal.

4. A tese dos autores do pedido de *Habeas Corpus*

Embora seja obviamente fundamental para o julgamento do *Habeas Corpus*, tendo-se em vista a importância da participação das partes para a legitimação das decisões judiciais, os argumentos apresentados pela defesa do paciente não foram devidamente considerados.^[4] Essa falha coloca em risco a legitimidade do processo, na medida em que o transforma em simples procedimento, uma vez que não é dada importância ao contraditório^[5].

A tese principal da defesa diz respeito à imprescritibilidade do crime de racismo. Vejamos:

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 discriminatória. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 11)

A tese exposta diz respeito, portanto, à abrangência do artigo 5º, XLII, da CF, que torna o crime de racismo imprescritível.^[6]

Com o auxílio de autores judeus os impetrantes fundamentam a tese de que, não constituindo o judaísmo uma raça, mas sim uma religião, no crime pelo qual o paciente fora condenado estaria prescrito.

É importante ressaltar, e bem, que a própria peça de defesa afirma que não deseja discutir sobre a prática de crime, mas tão somente que o crime cometido foi de

discriminação religiosa, e não discriminação racial: “**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.**” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 13) (negritamos)

5. O parecer do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles

Na primeira parte do seu parecer, o Subprocurador-Geral da República expõe os argumentos dos impetrantes, que entendem que a decisão do Superior Tribunal de Justiça produziu um constrangimento ilícito no paciente, Siegfried Ellwanger. A seguir, passa a enfrentar o mérito do pedido, entendendo que é o caso de indeferimento.

Segundo o parecerista, definiu o legislador constituinte, no artigo 5º da Constituição Federal, que a prática do racismo é: “crime; crime inafiançável e; crime imprescritível.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12) Essa, segundo Fonteles, é a abrangência do texto constitucional.

Para o Subprocurador-Geral, a própria Constituição transmite, e expressamente^[7], para a lei infraconstitucional a definição de prática de racismo. Inicialmente, conforme o artigo 20 da lei 7.716/89, a prática de racismo contemplava a raça e cor. Com a nova redação do art. 20 dada pela lei 8.081/90, a prática de racismo passou a abarcar também “religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 12) De toda sorte, continua o parecerista, todas as condutas tipificadas pela lei 7.716/89 são imprescritíveis. Não há, portanto, nenhum extravasamento na interpretação do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal.

6. O parecer do amicus curiae Celso Lafer

Em seu parecer, Celso Lafer diz respeito à procedência, ou não, da tese formulada pela defesa, qual seja, a de que os judeus, não constituindo-se uma raça, o crime praticado por Ellwanger seria o de discriminação religiosa, não o de racismo. Assim, caso a tese seja acatada pelo Tribunal, seu crime estaria prescrito.

Assim, Lafer responde a seguinte indagação: o crime cometido pelo paciente é o da prática de racismo, nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional que o tipifica ou não? A resposta do parecerista à consulta formulada é a seguinte: “o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, imprescritível.” (LAFER, 2005, p. 81)

A opinião contida no parecer é fundamentada em oito pontos principais, quais sejam: primeiro, o artigo 5º, XLII, está tutelado por cláusula pétrea, o que significa que o

legislador procurou “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.” (LAFER, 2005, p. 81) O art. 5º, XLII, deve ser interpretado de acordo com o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos.

Segundo, o art. 5º, XLII exprime o princípio da igualdade e o da não-discriminação e visa, principalmente, proteger a vítima de racismo. Uma vez que a Constituição dá extrema importância à repressão à prática do racismo, o artigo citado estabelece o rigor com o qual o direito penal deve tratar o racista.

Terceiro, conforme decidiu o STF no HC 7.384, do qual foi relator 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.” (LAFER, 2005, p. 82) A interpretação do art. 5º, XLII deveria considerar esse critério.

Quarto, o conteúdo jurídico do preceito constitucional discutido, bem como toda a legislação infraconstitucional relativa à discriminação racial, baseia-se nas ultrapassadas teorias que dividem a humanidade em raças.^[8] Segundo os impetrantes, uma vez que os judeus não são uma raça, não poderia ocorrer o crime de racismo. Este argumento é falacioso porque, se é verdade que os judeus não constituem uma raça, também não o são os negros, índios, orientais, ciganos, etc. Assim, caso esse argumento fosse levado a sério, por força do argumento *contrario sensu*^[9], que cabe em matéria penal, o próprio crime de racismo deixaria de existir. Isso porque, explica Lafer, “por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, [ela converteria a prática de racismo] em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.” (LAFER, 2005, p. 83)

Quinto, a recusa da tese dos impetrantes confirma-se por dois casos decididos por Cortes Superiores de dois países: o *Shaara Tefila Congregation VS. Cobb*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1987 e o *Mandla and another VS. Dowell Lee and another*, decidido pela Câmara dos Lordes da Inglaterra em 1983^[10]. Ambas interpretaram o termo “raça” a partir de sua dimensão histórico-cultural, das quais se originam as práticas discriminatórias. Ambas rechaçaram a idéia de que as vítimas, por não constituírem-se como raça, não poderiam sofrer de práticas racistas.

Sexto, as teorias racistas buscaram legitimidade na biologia. Não encontraram. Não obstante, o racismo persiste. Assim, é o fenômeno do racismo e não a “raça” que enseja a proteção constitucional. Do mesmo jeito, são as vítimas do racismo e não a “raça” que a lei 7.716/89 e suas atualizações visam proteger. Divulgar, portanto, teorias nas quais se afirma a superioridade racial e o ódio é crime. Foi essa a fundamentação tanto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) como do STJ.

Sétimo, o anti-semitismo nazista foi o motivo principal da Convenção de 1965, que condena a prática de racismo. Igualmente, o crescente aumento do anti-semitismo no mundo ensejou a Resolução 623/98 da Assembléia Geral da ONU, sobre racismo, bem como o item 61 da Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001.^[11] Além disso, o item 58 da mesma Declaração afirma que o holocausto jamais deverá ser esquecido. Assim, afirma Lafer, “negar o holocausto e considerá-lo a mentira do século

é parte do crime da prática do racismo pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.” (2005, p. 86)

Por fim, o oitavo e último fundamento do parecerista: diferentemente do que afirmam os impetrantes, as práticas de racismo na história do Brasil, tiveram muitos outros destinatários além do negro. No período colonial, por exemplo, as práticas racistas se davam pela distinção entre sangue puro – dos portugueses, brancos e cristãos-velhos – e os de sangue impuro – os negros, mestiços, índios, judeus e os cristãos-novos. A distinção entre cristãos-velhos e cristãos-novos só foi eliminada em 1773. As teorias racistas em moda no século XIX e XX foram recepcionadas no Brasil, bem como o nazismo alemão. Na década de 1930, Gustavo Barroso, um dos autores publicados pelo paciente, foi um notório anti-semita, divulgador de panfletos carregados de ofensas aos judeus. Nessa época o anti-semitismo foi institucionalizado pelo Estado, que passou a justificar as restrições à imigração de judeus por critérios raciais. Assim, conclui Lafer, desde a lei Afonso Arinos, de 1951, que inaugura a tutela penal que visa proteger as vítimas do racismo, até as leis atuais, os destinatários não são os negros, mas sim todas as vítimas de preconceito.

7. Voto do Ministro relator-originário Moreira Alves

O Ministro Moreira Alves, relator-originário do HC 82.424, reconheceu a prescrição do delito cometido, concedendo o *Habeas Corpus*. A tese levantada pela defesa, a de que os judeus não constituem uma raça, foi acatada, portanto, pelo Ministro.

Além disso, Moreira Alves justifica seu voto alegando que o Constituinte originário não pretendeu estender a abrangência do art. 5º, XLII, da CF, sendo que a imprescritibilidade do crime de racismo alcança somente a “raça” negra.

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 14)

Uma vez que a Constituição somente torna imprescritível o crime de racismo contra a “raça” negra e, como afirma Moreira Alves, os judeus não são uma “raça”, não há outra solução para o HC do que seu deferimento. Assim, o Ministro encerra seu voto:

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.19)

Na confirmação do voto, Moreira Alves reafirmou os argumentos do seu voto, asseverando que o legislador, ao tornar o crime de racismo inafiançável, o fez somente em relação à “raça” negra, e que, além disso, os judeus não constituem uma raça. Por fim, disse que a imprescritibilidade é uma aberração em matéria penal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 46)

8. Voto do Ministro relator Maurício Corrêa

O Ministro Maurício Corrêa, relator do HC 82.424, inicia seu voto afirmando a necessidade de se interpretar o significado do termo “racismo” na Constituição Federal de 1988. Sobre esse ponto, entende o relator:

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, p. 25)

A seguir, Maurício Corrêa demonstra que, do ponto biológico, não possibilidade de se falar, nos dias de hoje, em raças humanas. Se não há raças humanas, se biologicamente todos os seres humanos são iguais, como fica a interpretação da Constituição no que tange ao termo “racismo”? Maurício Corrêa responde que:

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 30)

Quanto a alegação de que o Constituinte originário pretendeu tornar imprescritível somente o crime de racismo cujas vítimas fossem negras, Maurício Corrêa, com autoridade de membro constituinte, afirma:

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 42)

Nesses termos o Ministro Maurício Corrêa encerra seu voto, denegando o *Habeas Corpus*.

9. Voto dos outros Ministros que negaram o *habeas corpus*

Como afirmaram tanto o Ministro Moreira Alves (relator-originário) e o Ministro Maurício Corrêa (relator), o *Habeas Corpus* 82.424 tinha por escopo demonstrar que o crime praticado pelo paciente – e a própria defesa afirma isso – estava prescrito. Mas, embora o objeto do *Habeas Corpus* fosse somente a discussão sobre a abrangência do art. 5º, XLII, da CF, a partir da intervenção do Ministro Sepúlveda Pertence, o julgamento enveredou por outro caminho. Questionou o Ministro 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, 2004, p. 50)

A indagação foi respondida com grande brilhantismo pelo Ministro Moreira Alves – infelizmente, talvez o único momento de brilho na sua participação no julgamento – que assim se pronunciou:

Sucedo, 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 51)

Mesmo após a lúcida resposta do Ministro Moreira Alves o tema não abandonou os votos dos outros Ministros. Todos, em menor ou maior intensidade, argumentaram sobre o conflito (suposto) de princípios, o da liberdade de expressão e o da dignidade humana. O que torna a discussão esdrúxula é que esse direito à livre expressão do pensamento e da opinião sequer foi suscitado pelos impetrantes!

Como a discussão acerca deste (aparente) conflito de direitos fundamentais ganhou corpo, passando a ter tanta importância quanto a tese sustentada pela defesa – sobre a imprescritibilidade do crime de racismo praticado pelo paciente – apresentaremos os dois argumentos dos Ministros: sobre o alcance da imprescritibilidade e sobre a liberdade de expressão *versus* dignidade humana. Por opção didática, cada argumento será exposto separadamente.

10. Argumentação sobre o alcance da imprescritibilidade e do termo “racismo”

O argumento esposado pelo Ministro relator Maurício Corrêa, no sentido de que não é a “raça” que o texto constitucional, bem como a lei 7.716/89 com suas atualizações legislativas posteriores, visa proteger, mas sim as vítimas do racismo. Defender a tese de que a espécie humana é subdividida em raças é hoje um disparate, já que com o avanço da genética e, mais precisamente, com as pesquisas sobre o genoma humano, chegou-se a inexorável conclusão de que somos todos iguais. E, mais importante, o fato de não haver distinção de “raças” humanas não afasta o perigo do racismo, que é fruto de noções culturais-históricas-sociológicas, além de possuir um indisfarçável papel de instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.^[12] Decidiram nesse sentido os Ministros Celso de Mello^[13], Gilmar Mendes^[14], Carlos Veloso^[15], Nelson Jobim^[16], Ellen Gracie^[17], Cezar Peluso^[18] e Sepúlveda Pertence^[19].

Outro ponto importante foi o argumento usado pelo Ministro Maurício Corrêa em resposta ao voto do Ministro Moreira Alves, sobre a *voluntas legislatoris*. Corrêa trouxe à baila sua autoridade de constituinte para contestar o raciocínio de Moreira Alves, que afirmava que a intenção dos constituintes, materializada no deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, Caó, era de tornar imprescritível somente os crimes de cor, em especial a cor negra,

O Ministro Nelson Jobim, também constituinte, valeu-se dessa condição para desmentir Moreira Alves, senão vejamos:

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 216)

11. Argumentação sobre liberdade de expressão *versus* dignidade humana

A questão sobre a liberdade de expressão discutida por quase todos os Ministros no *Habeas Corpus* 82.424-2 é extremamente relevante para o trabalho, na medida em que ela mostra, como em nenhum outro julgamento do Supremo Tribunal Federal, qual é o conceito do Tribunal sobre esse direito fundamental. Afinal, como o STF trata o direito à liberdade de expressão? Nesse caso específico, seria de fato um direito?

Para expor a construção do conceito de liberdade de expressão de modo mais claro, é necessário dividir os argumentos sobre o tema em três partes: a primeira, mostrando com a maioria, entendem o direito à liberdade de expressão; o segundo, como o Ministro Marco Aurélio argumentou sobre o tema; e, por fim, como o Ministros Ayres de Britto, que absolveu *ex officio* o réu por ausência de atitude caracterizadora de crime, um entendimento único entre os Ministros.

12. “Liberdade de expressão” segundo os ministros que denegaram o *habeas corpus*

Votaram com a maioria no HC 82.424-2 os Ministros Maurício Corrêa (relator do acórdão), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Destes, somente a ministra Ellen Gracie não

fundamentou seu voto no aparente conflito entre liberdade de opinião e dignidade humana.

O primeiro Ministro a tratar do tema foi o Ministro Maurício Corrêa, que “mesmo não sendo fundamento do *writ*”, não há qualquer violação ao princípio de liberdade de expressão. Para o Ministro, “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*)^[20]”. Afirma o Ministro, então, que quando há uma “aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional”. Corrêa afirma, ainda, que “um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 39-40)

E o Ministro Corrêa vai ainda mais longe. Ele afirma que é

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 41)

O Ministro Gilmar Mendes aborda o tema de maneira um pouco diferente. Inicialmente ele trata do problema do “discurso do ódio” ou *hate speech*, não sem antes afirmar que o direito a liberdade de expressão é fundamental para a própria democracia. Gilmar Mendes fundamenta parte do seu voto em Kevin Boyle, que discute o fato do

“discurso de ódio” ser tão complicado. Para ele “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.” (BOYLE *apud* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 67)

Como não há ressalvas ao pensamento de Boyle, fica claro que há dois “direitos” que devem ser protegidos: liberdade de expressão e dignidade humana.

Afirma Gilmar Mendes:

“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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 70)

Decide, ainda que “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 70) Utilizando-se da teoria da proporcionalidade de Robert Alexy^[21], o Ministro decide que, no caso do *Habeas Corpus*, o direito à dignidade humana deve prevalecer.^[22] Da mesma forma que o Ministro Maurício Corrêa, que se vale de uma interpretação teleológica^[23] da Constituição, o Ministro Gilmar Mendes entende que a proporção entre o objetivo pretendido pela Constituição, ou seja “a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana” e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.” Termina o Ministro:

Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcusável 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 sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.77)

A realização do fim almejado pela Constituição também aparece como fundamento do Ministro Carlos Velloso, para o qual “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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 82) O Ministro opta, assim, pela prevalência de um direito sobre o outro.^[24]

De forma muito parecida já havia decidido Celso de Mello^[25], para o qual

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 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 60)

Sobre a liberdade de expressão, o Ministro Nelson Jobim faz três importantes 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?” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 215)

Para em seguida responder que as respostas se encontram no próprio processo democrático. Decide o Ministro, portanto, que, uma vez que o discurso de ódio ou o discurso racista não visam “contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas” ele não está protegido pelo direito à liberdade de expressão. Assim,

“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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 216)

O Ministro Cezar Peluso, por sua vez, entende que deve haver “liberdade teórica de qualquer autor ou editor”, desde que o mesmo não “abuse” desse direito. Cita, aliás, o livro *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, texto anti-semita que, para o Ministro não deve ser proibido. Mas, no caso do editor Ellwanger, que “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”, a liberdade de opinião não o alcança. Por ultrapassar os limites da liberdade de expressão, Peluso denegou a ordem.

Sobre o tema em questão o Ministro Sepúlveda Pertence não diz muito e, após anotar sua preocupação com o perigo de qualquer manifestação ser considerado crime, entende, no final do voto, que o livro do paciente é, sim, racista, não protegido, portanto, pela liberdade de expressão.

Fizemos uma importante pergunta no início do capítulo: quais são as concepções de liberdade de expressão para o STF? Para os Ministros analisados, liberdade de expressão é um direito fundamental, sendo que, nos casos em que o teor da manifestação não observar os limites impostos pela própria Constituição e atingir os “valores inerentes a uma sociedade pluralista”. No caso de um conflito entre direitos – liberdade de expressão e dignidade humana – prevalecerá a segunda, uma vez que, pelo

princípio da proporcionalidade, pois é mais condizente com o fim almejado pela Constituição Federal.

14. “Liberdade de expressão” segundo o Ministro Carlos de Britto

O voto do Ministro Carlos Britto diferenciou-se de todos os outros votos dos Ministros do STF, já que, ao invés de discutir a prevalência de um direito sobre o outro – ou seja, liberdade de expressão *versus* dignidade humana – ele absolve *ex officio* o paciente.

Cabe salientar que, como foi mostrado, o próprio paciente admite a prática do preconceito contra os judeus. Britto foge da discussão objeto do *Habeas Corpus* – a de que o crime cometido não seria imprescritível, uma vez que não seria racial – para optar por uma absolvição contrária inclusive a pretensão do paciente.

O Ministro Britto examinou o “concreto agir do paciente” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 155), analisando os livros que serviram de fundamento para a ação penal^[26], concluindo que, mesmo após a leitura dos mesmos, não houve crime de racismo.^[27] Racismo que, afirma Britto, é “perfeitamente possível ser praticado contra judeus, ciganos armênios e escoceses”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 217) Assim, seu voto alia-se aos da maioria dos ministros que votaram pelo indeferimento do HC e distancia-se do voto dos Ministros Marco Aurélio e Moreira Alves^[28], tornando seu voto *sui generis*.

Para Britto, o direito à liberdade de expressão é absoluto.^[29] Mas pode ser punível, desde que o agente ultrapasse o “uso” da sua liberdade e cometa algum “abuso”. Este abuso ocorreria após 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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.145)

Mas como alcançar a concepção de expressão segundo o Ministro Carlos Britto? Para tanto, é imprescindível voltarmos aos livros escritos e editados pelo paciente – que fundamentam a ação penal por crime de racismo – e verificar se há “abuso” da liberdade de expressão.^[30]

No livro **Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira**, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S.E. Castan, é dito que “o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda” e “os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus”. p. 32) No livro **Brasil - Colônia de Banqueiros**, Gustavo Barroso e editado pelo paciente possui trechos repulsivos, como por exemplo: “Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial” e “O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 32-33) Já no livro **Judeu Internacional**, Henry Ford, também editado por Ellwanger, é dito:

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;

Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação;

não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder;

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p.31-32)

E, por fim, no livro **Conquistadores do mundo - os verdadeiros criminosos de guerra**, Louis Marschalko:

...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”;

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...

Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais; (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 32)

Carlos Britto não vê discriminação nessas passagens. Não vê racismo. Não vê ódio. Não vê ofensa. Não vê abuso. Tudo é permitido pela liberdade de expressão. Além disso, o alcance do “uso” da liberdade de expressão é tão amplo que fica quase impossível imaginarmos o “abuso”.

15. Liberdade de expressão segundo o Ministro Marco Aurélio

O Ministro Marco Aurélio foi certamente quem mais se preocupou com a questão da (aparente) colisão de valores entre liberdade de expressão e dignidade humana. Ou, segundo o próprio Ministro:

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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 170)

E afirma em seguida que “essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 170)

Seu raciocínio – utilizando a mesma ponderação de valores do Ministro Gilmar Mendes – demonstra que a liberdade de expressão é um dos pilares do sistema constitucional e da democracia.^[31]

O principal problema na argumentação do Ministro Marco Aurélio é que, ao discutir liberdade de expressão ele desconsidera completamente o caso concreto, fundamentando seu voto numa discussão abstrata de conflito entre “princípios” constitucionais. O Ministro, ansioso em demonstrar a importância da liberdade de expressão, afirma que a perseguição aos judeus na Alemanha se deu em decorrência justamente de ausência de comunicação.^[32]

Uma vez que, para o Ministro, não existem princípios absolutos, ele utiliza da ponderação de valores para solucionar a “colisão” de princípios. Assim,

Esta matéria [colisão de princípios] 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, como afirma Robert Alexy, 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 regímen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 177)

A solução do “conflito” de “princípios” encerra-se, para o Ministro, na medida em que os “valores” são utilizados para se decidir o caso. Assim, Marco Aurélio pergunta: faz parte da essência da sociedade brasileira ser anti-semita? Ou ainda, a discriminação dos judeus está entre os valores da sociedade brasileira?^[33]

Uma vez que, para o Ministro, a sociedade brasileira não é anti-semita, o paciente não teria praticado o crime de racismo.^[34] Assim, decidiu o Ministro para conceder o *Habeas Corpus*, declarando prescrita a pretensão punitiva.

Assim, a concepção de liberdade de expressão para o Ministro está unida aos valores da sociedade brasileira, uma vez que, no caso dos negros, como há uma história de preconceito, a prática discriminatória é, além de crime, imprescritível. Já a discriminação anti-semita, que para o Ministro não faz parte do nosso passado^[35], pela ponderação de valores, está protegida pela liberdade de expressão. Pilar da democracia, para Marco Aurélio qualquer forma de proibição pode ser equiparada à censura, o que não é possível numa democracia.

Por fim, embora os votos dos ministros Marco Aurélio e Carlos de Britto tenham diferenças importantes, ambos acreditam que o direito à livre manifestação deve ser exercida de modo amplo e de forma quase ilimitada. Não há, é importante frisar, diferenciação aos diversos tipos de manifestação. Os discursos dos fundamentalistas são equiparados e recebem a mesma proteção que aqueles que não pensam como a maioria, os dissidentes.

Conclusão

Este trabalho parte do *Habeas Corpus* 82.424-2, no qual figura como paciente o editor e autor de livros Siegfried Ellwanger, conhecido divulgador de teses anti-semitas. Absolvido em primeira instância, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Contra a decisão foi impetrado um *Habeas Corpus* contra a decisão do Tribunal no Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação.

Inconformados, os advogados de Ellwanger impetraram outro *Habeas Corpus*, agora no Supremo Tribunal Federal. O argumento utilizado por seus advogados seria que, por ter sido condenado por discriminação contra os judeus e estes não são uma raça, o crime não enquadraria na previsão do art. 5º, XLII, da Constituição Federal que determina: “A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” O crime estaria, portanto, prescrito.

Caberia ao Supremo decidir, portanto, se o termo “racismo” conforme o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal abarcaria as discriminações contra os judeus ou se não, se ela contempla somente a “raça” negra. Ocorre que, ao invés de se aterem aos argumentos construídos no processo, principalmente aos argumentos das partes envolvidas, os Ministros passaram a analisar a “colisão” entre dois direitos: liberdade de expressão e dignidade da pessoa.

É a partir da análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que tecemos as seguintes conclusões:

1. Como afirmaram tanto o Ministro Moreira Alves (relator-originário) quanto o Ministro Maurício Corrêa (relator), o *Habeas Corpus* 82.424 tinha por escopo demonstrar que o crime praticado pelo paciente – e a própria defesa afirma isso – estava prescrito. Mas, embora o objeto do *Habeas Corpus* fosse somente a discussão sobre a abrangência do art. 5º, XLII, da CF, a partir da intervenção do Ministro Sepúlveda Pertence, o julgamento enveredou por outro caminho, qual seja, o do conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana.

2. Foram analisados os dois principais pontos discutidos pelos Ministros no acórdão: a abrangência do termo racismo e o aparente conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana.

3. Segundo o Ministro relator Maurício Corrêa, não é a “raça” que o texto constitucional, bem como a lei 7.716/89 com suas atualizações legislativas posteriores, visa proteger, mas sim as vítimas do racismo. Defender a tese de que a espécie humana é subdividida em raças é hoje um disparate, já que com o avanço da genética e, mais precisamente, com as pesquisas sobre o genoma humano, chegou-se a inexorável conclusão de que somos todos iguais. E, mais importante, o fato de não haver distinção de “raças” humanas não afasta o perigo do racismo, que é fruto de noções culturais-históricas-sociológicas, além de possuir um indisfarçável papel de instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social.

4. Outro ponto importante foi o argumento usado pelo Ministro Maurício Corrêa em resposta ao voto do Ministro Moreira Alves, sobre a *voluntas legislatoris*. Corrêa trouxe à baila sua autoridade de constituinte para contestar o raciocínio de Moreira Alves, que afirmava que a intenção dos constituintes, materializada no deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, Caó, era de tornar imprescritível somente os crimes de cor, em especial a cor negra. Reforçou o argumento o Ministro Nelson Jobim, também constituinte.

5. A questão sobre a liberdade de expressão discutida por quase todos os Ministros no *Habeas Corpus* 82.424-2 é extremamente relevante para o trabalho, na medida em que ela mostra, como em nenhum outro julgamento do Supremo Tribunal

Federal, qual é o conceito do Tribunal sobre esse direito fundamental. Afinal, como o STF trata o direito à liberdade de expressão? Nesse caso específico, seria de fato um direito? Para expor a construção do conceito de liberdade de expressão de modo mais claro, é necessário dividir os argumentos sobre o tema em três partes: a primeira, mostrando com a maioria entendem o direito à liberdade de expressão; o segundo, como o Ministro Marco Aurélio argumentou sobre o tema; e, por fim, como o Ministros Ayres de Britto, que absolveu *ex officio* o réu por ausência de atitude caracterizadora de crime, um entendimento único entre os Ministros.

6. Segundo a maioria dos Ministros, liberdade de expressão é um direito fundamental, sendo que, nos casos em que o teor da manifestação não observar os limites impostos pela própria Constituição e atingir os “valores inerentes a uma sociedade pluralista”. No caso de um conflito entre direitos – liberdade de expressão e dignidade humana – prevalecerá a segunda, uma vez que, pelo princípio da proporcionalidade, pois é mais condizente com o fim almejado pela Constituição Federal.

7. Após citarmos trechos das obras editadas pelo paciente, chegamos à definição de Carlos Britto: praticamente tudo é permitido pela liberdade de expressão, já que o alcance do “uso” da liberdade de expressão é tão amplo que fica quase impossível imaginarmos o “abuso”.

8. Segundo o Ministro Marco Aurélio, uma vez que a liberdade de expressão é um dos direitos mais caros do Estado democrático, devendo ser, assim, preservado, pois, caso contrário, a própria democracia poderia perecer. Utilizando a ponderação de valores, Marco Aurélio conclui que é preferível preservamos a liberdade de expressão. Além disso, diz o Ministro, como o Brasil não possui uma história de anti-semitismo, não há sentido em criminalizar a conduta do paciente.

REFERÊNCIAS:

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Organizada por Nuno Miguel Branco de Sá Viana Rebelo e Marcelo José Ferreira. Contagem: Leiditathi, 2007.

CATTONI, Marcelo. **Tutela Jurisdicional e Estado democrático de Direito**: por uma compreensão constitucionalmente adequada do mandado de injunção. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. La tolerancia religiosa como precursora de los derechos culturales. In HABERMAS, Jürgen. **Entre Naturalismo y Religión**. Trad. Pere Fabra y otros. Barcelona: Paidós, 2006.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy: 2004.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 3. Ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

PENA, Sérgio D. J.; BIRCHAL, Telma S. A inexistência biológica *versus* a existência social de raças humanas: pode a ciência instruir o etos social?. **Revistausp**, São Paulo, v. I, n. 68, p. 10-21, dezembro/fevereiro. 2005-2006.

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

[1] A questão acerca do embate entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e da dignidade humana são inesperados porque, embora tivessem sido tratados na primeira instância e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a defesa do réu não estende estes argumentos ao STJ nem ao STF. Nesses Tribunais a discussão

limita-se tão somente à abrangência do termo “racismo”, ou seja, se o crime no qual foi condenado o Réu é imprescritível nos moldes do art. 5º, XLII, da CF, ou não.

[2] Siegfried Ellwanger é autor, sob o pseudônimo de S.E. Castán, dos livros *Holocausto Judeu ou Alemão? - Nos bastidores da Mentira do Século*, *SOS Para a Alemanha*, *A Implosão da Mentira do Século*, *O Catolicismo Traído* e *Acabou o Gás... O Fim de um Mito*. Editou ainda *O Judeu Internacional*, de Henry Ford, *A História Secreta do Brasil* e *Brasil Colônia de Banqueiros*, de Gustavo Barroso, além do apócrifo *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, *Hitler - Culpado ou Inocente?*, de Sérgio Oliveira, e *Os conquistadores do Mundo - os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko.

[3] Este é o teor da ementa do STJ que indeferiu o HC impetrado por Siegfried Ellwanger: 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 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 10)

[4] Temos, como exemplo, os votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes que partem de premissas que não foram sequer discutidas no processo.

[5] O processo pode ser entendido como “espécie de procedimento **em contraditório, entre as partes**, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional.” (LEAL, 2000, p. 94) (negritamos) Assim, quando o procedimento não se faz em

contraditório, tem-se somente procedimento, não processo. O procedimento, por não possuir a “qualidade constitucional principiológica do contraditório”, transforma-se numa simples “manifestação estrutural resultante do complexo normativa da positividade jurídica.” (LEAL, 2000, p. 94)

[6] Expressa o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição de 1988: “A prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (BRASIL, 2007, p. 10)

[7] Conforme a parte final do art. 5º, XLII, da CF: “...nos termos da lei.” (BRASIL, 2007, p. 10)

[8] Segundo Pena e Birchall, “recentemente, [...], os avanços da genética molecular e o sequenciamento do genoma humano permitiram um exame detalhado da correlação entre a variação genômica humana, a ancestralidade biogeográfica e a aparência física das pessoas, e mostraram que os rótulos previamente usados para distinguir ‘raças’ não têm significado biológico. Pode parecer fácil distinguir fenotipicamente um europeu de um africano ou asiático, mas tal facilidade desaparece completamente quando procuramos evidências dessas diferenças ‘raciais’ no genoma das pessoas.” (2005-2006, p. 11)

[9] Conforme ensina Ferraz Jr. (2001), o argumento *contrario sensu* consiste em “concluir de uma preposição admissível, pela proposição que lhe é oposta. Por exemplo: se o legislador especificou taxativamente os casos de incidência do tributo, *a contrario sensu* os demais casos não estão abrangidos.” (p. 333)

[10] “O caso decidido pela Suprema Corte dos EUA diz respeito à prática do racismo em relação aos judeus. O caso decidido pela Câmara dos Lordes refere-se à prática do racismo em relação aos *sikhs*. Em ambos, essas 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. (LAFER, 2005, p.83)

[11] Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001, item 61: “Reconhecemos com profunda preocupação o anti-semitismo e islamofobia crescentes em várias partes do mundo, assim como a emergência de movimentos racistas e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judaica, muçulmana e árabes;”

[12] Conforme Arendt (2004).

[13] “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...” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 57)

[14] 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 67)

[15] “...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, [...] importa registrar, entretanto, que, culturalmente, sociologicamente, 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 80)

[16] 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). (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 122)

[17] 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 atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 124)

[18] “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, 2004, p. 129)

[19] 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 227)

[20] “Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta constituição.”

[21] 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: 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'.” (ALEXY *apud* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 70)

[22] O princípio da proporcionalidade é duramente criticado por vários teóricos do direito que apontam a ausência de uma diferenciação entre os discursos de justificação e aplicação como um de seus principais problemas. As críticas mais significativas são as de Habermas (2006) e Günther (2004). No mesmo sentido vale citarmos também Cattoni (1998), Cruz (2004) e Bahia (2004).

[23] “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 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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 76-77)

[24] “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.” p.83)

[25] “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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 60)

[26] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 155 e seguintes)

[27] “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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 217)

[28] 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 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 217)

[29] “Mas a premissa da Constituição é uma só: **não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso 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. “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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 145)

[30] Uma vez que o HC 82.424-2 fornece inúmeros trechos dos livros escritos e editados pelo paciente, entendemos não ser necessário recorrer aos mesmos para, da fonte original, extrair os fragmentos dos livros. O fato do acórdão do STF ser uma fonte séria e extremamente confiável, bem como o fato dos livros não serem vendidos em livrarias, mas por pessoas em sua maior parte ligadas a movimentos nazi-fascistas foram importantes para tomarmos essa decisão.

[31] “É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem 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 Kelsen, 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.

(...)

“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 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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 172-173)

[32] 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. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 173) Marco Aurélio desconsidera completamente o fato de que, muito mais do que a “falta de publicidade”, os judeus foram exterminados simplesmente porque eram considerados como uma “raça infecta”, não possuindo, obviamente, qualquer direitos.

[33] “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?**” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 179) (negritamos)

“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.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 180)

[34] O final do voto é contraditório: o Ministro concede “a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo”, ou seja, o Ministro não vê crime em sua conduta, para em seguida concluir “pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os Ministros Moreira Alves e Carlos Britto.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2004, p. 195) Se não houve prática de racismo, não houve crime; se houve prescrição, então houve crime. Além disso, os Ministros Moreira Alves e Carlos Britto votaram de maneira distinta (o primeiro declarando a prescrição da pretensão punitiva, o segundo a inexistência de crime).

[35] O Ministro Marco Aurélio se esquece de que, na época de maior perseguição aos judeus, durante a Segunda Guerra Mundial, o Brasil institucionalizou a discriminação por motivos raciais, já que o Estado dificultou a entrada e não concedeu visto de permanência aos judeus que fugiam da Europa. Desconsidera ainda que o próprio idioma brasileiro, ainda hoje, possui o vocábulo “judiar” significando maltratar. Para outros exemplos, ver Lafer (2005).