

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 n° 7.716/89 (redação dada pela Lei n° 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 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 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 Marcollo 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 Índex, 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

Suprema 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

549

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.

HC 82.424 / RS

Supremo Tribunal Federal

550

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

¹⁰José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades*

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 conseqüência, 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 citadas, 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 tyrannizar não estão limitados aos atos que podem realizar por meio dos seus funcionários públicos. A sociedade (...) exerce uma tyrannia 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 tyrannia do magistrado. Necessita-se também a proteção contra a tyrannia 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



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 regime, 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 - vejamos 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

564

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.

567

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

570

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 constrictões 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 n° 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).

548

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.

HC 82.424 / RS

*Supremo Tribunal Federal***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

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 Neves²⁸, 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 juizes 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 XLII, 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.

