



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



CLAUDIA REGINA ALVES DA SILVA

**A INTERTEXTUALIDADE COMO INSTRUMENTO SOCIAL NA
ELABORAÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA**

Recife
2008

CLAUDIA REGINA ALVES DA SILVA

**A INTERTEXTUALIDADE COMO INSTRUMENTO SOCIAL NA
ELABORAÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Decisão Jurídica
Linha de Pesquisa: Teoria da Decisão Jurídica

Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

Recife

2008

Catálogo na fonte

Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

S586i Silva, Cláudia Regina Alves da
A intertextualidade como instrumento social na elaboração da decisão jurídica. – Recife: O Autor, 2008.
317 f.

Orientador: Artur Stamford da Silva.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2008.
Inclui referências.

1. Juízes - Decisões 2. Intertextualidade. 3. Dialogismo. 4. Argumentação jurídica. 5. Direito - Filosofia. I. Silva, Arthur Stamford (Orientador). II. Título.

340.01 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ2018-24)

Claudia Regina Alves da Silva

A intertextualidade como instrumento social na elaboração da decisão jurídica

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração: Decisão Jurídica
Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: Aprovada

Professor Dr. Torquato da Silva Castro Júnior (Presidente/UFPE)

Julgamento: Aprovada Assinatura:

Professora Dr.^a Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves (1^a Examinadora Externa/UNICAP)

Julgamento: Aprovada Assinatura:

Professora Dr.^a Maria Virgínia Leal (2^a Examinadora Externa/UFPE)

Julgamento: Aprovada Assinatura:

Recife, 14 de março de
2008.

Coordenador Prof. Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**

AGRADECIMENTOS

Ao Eterno, pela vida e pelas muitas oportunidades. Com Ele cheguei até aqui; sem Ele não haverá futuro.

Ao meu orientador Artur Stamford, que acolheu este projeto e ofereceu apoio nos momentos mais decisivos, conduzindo-me a caminhos novos.

À querida Carol, cuja alegria e amizade tornaram tão mais leves os dias no Mestrado.

Aos colegas e amigos do PPGD, particularmente aos caríssimos Eurico, Carminha e Josi, que me acolheram como aluna e amiga.

Aos professores do PPGD, pelas orientações tão proveitosas para que este trabalho chegasse a seu termo.

Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Letras da UFPE, que me receberam com amizade e trouxeram ricas experiências para a minha vida.

Aos caríssimos Professores Xavier e Abuêndia, do Programa de Pós-Graduação em Letras da UFPE, que me mostraram como mestres de excelência conduzem seus alunos a novos patamares de conhecimento.

À Professora Virgínia Colares, pela confiança e pela receptividade em suas aulas.

A Natércia, minha mãe, que me acolheu e instruiu-me desde as primeiras letras, pelo exemplo de coragem frente às adversidades e que sempre esteve ciente das suas circunstâncias existenciais e nunca se deixou abater diante delas.

A Clélia, companheira de todos os dias! Paciente, esperançosa, compreensiva e acima de tudo leal, cuja dedicação mostrou-me que, a despeito de tudo, “o amor nunca morre”.

A Sílvia Regina Gondim Farias de Andrade, pelo acompanhamento em todos em esses anos, mostrando-me que o caminho do autoconhecimento pressupõe o aumento da complexidade.

Aos meus queridos colegas e amigos do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pelo apoio e pela ajuda nos momentos de ausência.

A Armanda Soares de Figueiredo, *in memoriam*, pelo incentivo neste Mestrado e pela conduta profissional exemplar.

RESUMO

A concepção tradicional acerca da decisão jurídica a considera resultado da inteligência do juiz. Este, para elaborá-la, utiliza recursos lógico-dedutivos a fim de aplicar a norma jurídica ao caso concreto, extraíndo dessa operação a decisão final. Entretanto, olvida-se que toda decisão é um texto, semelhante a outros produzidos em sociedade, bem como que todo texto, oral ou escrito, apoia-se em outros textos pré-existentes. Este trabalho discute, portanto, a elaboração da decisão jurídica a partir da perspectiva intertextual. Seu propósito principal consiste em demonstrar que decisões são textos socialmente elaborados, o que os torna cenário à participação de diversos agentes sociais além do juiz. Baseia-se em iniciativa interdisciplinar uma vez que integra conhecimentos da lingüística textual aos estudos jurídicos referentes à decisão jurídica. Adota o enfoque sociolingüístico concernente ao caráter dialógico da palavra, fundamento para o conceito de intertextualidade. Além das considerações teóricas acerca do tema da decisão e da intertextualidade, este trabalho também desenvolve estudo de caso judicial decidido pelo Supremo Tribunal Federal no qual se evidenciou o papel e o funcionamento dos intertextos na composição das decisões daquele processo. O estudo revelou como se deu a participação social na elaboração da decisão, a utilização dos intertextos como instrumentos argumentativos e, finalmente, demonstrou que através dessas ferramentas é possível avaliar o grau de parcialidade ou imparcialidade dos juízes nas suas respectivas decisões.

Palavras-chave: Decisão jurídica. Intertextualidade. Dialogismo

ABSTRACT

The traditional concept of a judicial decision sees it as a result of the intelligence of the judge, who makes use of logical and deductive resources in order to apply the law to the case at hand, thus reaching a final decision. However, this line of thought overlooks the fact that every decision is a text, which is similar to other kinds of text, and also fails to acknowledge that, just like any other text, be it oral or written, a judicial decision is influenced by other pre-existent texts. This work discusses the process of producing a judicial decision from an *intertextual* perspective. Its main objective is to show that such decisions are socially produced texts, which makes them subject to the influence of a number of social agents besides the judge. It is an interdisciplinary study, for it integrates knowledge from textual linguistics with findings from the study of the judicial decisions themselves. It follows the sociolinguistic focus based on ideas concerning the dialogic nature of the word, which is the basis for the concept of intertextuality. Besides the theoretical considerations about the decision's theme and intertextuality, this paper also analyses a case-study from the Brazilian Supreme Court in which the role and functioning of the intertexts are evident. This study describes how the social participation in the production of the decision took place, the use of intertexts as argumentative instruments, and, finally, it shows that through the use of these tools it is possible to assess the degree of partiality of judges' decisions.

Keywords: Judicial Decision. Intertextuality. Dialogism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 APROXIMAÇÕES INICIAIS AO OBJETO	15
1.1 Decisão judicial ou decisão jurídica?	16
1.2 O texto como instância social	20
1.3 Conceitos e manifestações	22
1.4 O texto sob perspectiva subjetiva	24
1.5 A decisão como lugar da interação?	31
1.6 Decisão: texto e discurso	33
2 A INTERTEXTUALIDADE COMO ABERTURA AO “OUTRO”	37
2.1 O caráter dialógico entre o self e o “outro”	38
2.2 A intertextualidade ou a expressão social do texto	49
3 ESTUDO DE CASO: habeas corpus Nº 82.424/RS (Caso Ellwanger)	63
3.1 Parâmetros metodológicos	63
3.2 Quadro 1	72
3.2.1 <i>Análise dos intertextos</i>	77
3.3 Quadro 2	83
3.3.1 <i>Análise dos intertextos</i>	95
3.4 Quadro 3	102
3.4.1 <i>Análise dos intertextos</i>	113
3.5 Quadro 4	118
3.5.1 <i>Análise dos intertextos</i>	130
3.6 Quadro 5	133
3.6.1 <i>Análise dos intertextos</i>	138
3.7 Quadro 6	140
3.7.1 <i>Análise dos intertextos</i>	147
3.8 Quadro 7	149
3.8.1 <i>Análise dos intertextos</i>	152
3.9 Quadro 8	156
3.9.1 <i>Análise dos intertextos</i>	163
3.10 Quadro 9	166

3.10.1 <i>Análise dos intertextos</i>	174
3.11 Quadro 10	178
3.11.1 <i>Análise dos intertextos</i>	179
3.12 Análise geral dos elementos intertextuais	181
CONSIDERAÇÕES FINAIS	189
REFERÊNCIAS	196
ANEXO – CÓPIA DO LIVRO “CRIME DE RACISMO E ANTI-SEMITISMO: UM JULGAMENTO HISTÓRICO DO STF: <i>HABEAS CORPUS</i> 82.424/RS”	200

INTRODUÇÃO

O presente estudo, intitulado “A intertextualidade como instrumento social na elaboração da decisão jurídica”¹, consiste em pesquisa cujo foco converge para a decisão jurídica a partir da sua materialidade textual, buscando demonstrar como a intertextualidade, fenômeno de caráter linguístico (Koch, 2004, p. 42), assegura a presença de outros agentes sociais na sua elaboração².

Encontra-se a pesquisa apoiada em estudo de decisão judicial proveniente do Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de *habeas corpus*, denominado “Caso Ellwanger” (*habeas corpus* 82.424/RS), cuja discussão tratou da prática de racismo contra indivíduos de origem judaica mediante a edição, publicação e venda de livros de cunho antissemita. Por intermédio das decisões que integram esse processo, as quais compõem o seu *corpus*, buscou-se demonstrar como circulam diversos agentes na decisão, mediante a apuração de contribuições textuais, a evidenciar as limitações sobre a decisão ser resultado da atuação de uma só entidade, o estado-juiz.

A escolha por essa abordagem intertextual, a favorecer o debate interdisciplinar (Fairclough, 2001), deveu-se ao reconhecimento de a decisão ainda ser terreno pouco explorado quando encarada como texto³. Percebeu-se

¹ Embora o título deste estudo adote a palavra “instrumento”, o que pode sugerir uso da linguagem apenas como ferramenta, a perspectiva assumida, em verdade, é a da palavra como elemento constitutivo e primordial das relações sociais. A investigação em torno da intertextualidade confirma essa perspectiva.

² De acordo com Ingedore Koch, a intertextualidade situa-se dentre os temas que compõem os estudos lingüísticos concernentes à produção textual. Para ela, “compreende as diversas maneiras pelas quais a produção/recepção de um dado texto depende do conhecimento de outros textos por parte dos interlocutores, ou seja, dos diversos tipos de relações que um texto mantém com outros textos.”

³ O caráter interdisciplinar deve-se ao reconhecimento da dimensão social do texto em face da presença – nele – de elementos relacionados a práticas discursivas e a práticas sociais.

que, quando muito, decisão equivale a *texto escrito* (Robles, 2004, p. 2) porquanto o ordenamento jurídico pressupõe textos normativos e decisórios sob a forma escrita⁴. Notou-se a pouca atenção às inserções textuais presentes nas decisões, as quais, em geral, são vistas apenas como citações, sem que desencadeiem outras reflexões relacionadas ao seu desempenho no interior do texto, seja no que tange à argumentação do julgador, seja ao favorecer a integração – à decisão – de vozes sociais, materializadas nesses mesmos textos. Logo, percebeu-se que ao deixar de atentar para aspectos concernentes à materialidade textual da decisão retoma-se a crença de que a decisão resulta da inteligência de um sujeito apenas, o juiz.

Assim, suprimindo a dimensão textual da decisão, deixa-se de analisá-la sob outros aspectos também pertinentes, tais como a coesão, a coerência, a informatividade, a intencionalidade, a aceitabilidade, a referenciação, a situacionalidade, operadores argumentativos etc., aspectos esses, pertencentes à lingüística textual, que abordam o texto a partir de seus elementos estruturais, composicionais e os relativos ao funcionamento do texto como artefato social.

Por outro lado, acredita-se que os estudos concernentes à decisão jurídica quando circunscritos a aspectos relacionados à inteligência do julgador,

Mediante a conjugação de ambas, textos são vistos como artefatos sociais por meio dos quais são veiculados sentidos (significados) atrelados aos interesses de quem os produziu, em consonância com o ambiente no qual se deu sua elaboração, atentando para as diversas formas de circulação e de consumo. Dessa forma, apreende-se o texto como produto da interação social visando ao atendimento de diversas necessidades (individuais, ou institucionais) e diversos fins (políticos, religiosos, ideológicos etc.).

⁴ Observe-se a afirmação de Robles quando analisa “o direito como texto”: “A prova palpável de que o direito é texto está em que todo ordenamento jurídico é suscetível de ser escrito, isto é, de ser convertido em palavras. Até mesmo as normas que não nascem escritas, aquelas que são consuetudinárias, têm essa característica. O direito é *linguagem* no sentido de que sua forma de expressão consubstancial é a linguagem verbalizada suscetível de ser escrita. Isto aparece especialmente no direito moderno, que já nasce escrito.”

em face do caráter técnico da atividade que desempenha; ou a operações lógicas que o conduzem à aplicação da norma hipotética ao fato social revestido de caráter jurídico; ou a regras que informam sobre o “bem julgar”, de modo a vincular a atividade judicante ao uso de regras, algumas, inclusive, com características matemáticas (Alexy, 2005) etc., alijam, entretanto, dos seus próprios interesses o âmbito no qual todas essas operações, quando reunidas, se manifestam: o textual. Ou seja, atribui-se precedência a aspectos normativos (como deveria ser elaborada a decisão) em detrimento de aspectos explicativos (como a decisão foi elaborada).

Dessa forma, o primeiro interesse desta pesquisa consistiu em provocar discussão em torno da decisão deslocando-a dos focos habituais de abordagem do meio jurídico. Tal interesse desencadeou, por seu turno, indagações pertinentes ao trato do objeto, no tocante ao enfoque aplicado à decisão, bem como a integração do *corpus* à problemática suscitada.

Optou-se pela perspectiva lingüística como espaço científico dotado de ferramentas ao trato do objeto, haja vista seu interesse no texto, em sua estrutura, composição e funcionamento. Em seguida, foi-se à procura de referências teóricas que tratassem o texto como interação social em face da interrelação entre as subjetividades envolvidas.

Para tratar essas questões adotou-se como marco teórico a perspectiva sociolingüística de Mikhail Bakhtin, cujas obras, voltadas aos estudos literários, deram espaço à discussão em torno das subjetividades no interior do texto sob a forma de *intertextualidade*. A partir do conceito de *dialogismo*, o autor construiu diversas reflexões as quais serviram de base para o relacionamento entre as entidades subjetivas, a partir da palavra em uso, elemento central nas

relações interpessoais. Desse autor extraíram-se reflexões oportunas para o trato do tema, em particular, para o texto como instância social, somando-as a outras reflexões as quais pareceram oportunas. Um desafio, portanto, haja vista que os debates propostos por Bakhtin, em geral desconhecidos para o âmbito jurídico, são, para os seus estudiosos, searas abertas à reflexão.

A presente dissertação encontra-se estruturada em três capítulos, seguidos das considerações finais, das referências utilizadas na pesquisa e de anexo.

No primeiro capítulo encontram-se as reflexões acerca do texto decisório jurisdicional, tendo como mote o cotejo das expressões “decisão judicial” e “decisão jurídica”, de modo a demonstrar possíveis limitações que o uso da primeira expressão impõe à segunda, restringindo assim a dimensão social do texto.

Constam desse capítulo reflexões acerca do *status* textual da decisão jurídica, não fosse a obviedade dessa afirmação. Com efeito, o propósito consistiu em demonstrar que a decisão, tal como outros inúmeros textos produzidos e circulantes socialmente, são textos elaborados por sujeitos que se situam em posições e instâncias sociais; logo, a produção textual decisória, destituída de neutralidade⁵, dirige-se a propósitos sociais, interesses individuais e compromissos institucionais, orientados de modo ideológico (Faraco, 2006, p. 47).

⁵ Para uma compreensão do que seja “ideológico” recorre-se ao conceito a ele atribuído pelo “Círculo de Bakhtin”, que o via sob dois sentidos: “como qualquer enunciado (que) se dá na esfera de uma das ideologias (i.e., no interior de uma das áreas da atividade intelectual humana) e expressa sempre uma posição avaliativa (i.e., não há enunciado neutro; a própria retórica da neutralidade é também uma posição axiológica).”

O segundo capítulo trata da apresentação da matriz teórica empregada neste estudo, baseada em excertos de obras de Mikhail Bakhtin, tais como *A Estética da Criação Verbal* (2003) e *Marxismo e Filosofia da Linguagem* (2006)⁶. Foram utilizados também trabalhos de outros autores – nacionais e estrangeiros – cujas reflexões ofereceram subsídios complementares para o desenvolvimento do tema intertextualidade na decisão jurídica.

Na seqüência, reservou-se ao terceiro capítulo o estudo das decisões dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) presentes no *habeas corpus* nº 82.424/RS (Caso Ellwanger), que tratou do crime de racismo mediante a edição, publicação e venda de literatura antissemita, com a incidência das cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade, tal como previsto no art. 5º, inciso LXII da Constituição Federal.

O conjunto dessas decisões serviu de substrato à aplicação das reflexões em torno da intertextualidade. Assim, em termos de metodológicos, a pesquisa, de natureza exploratória (Gil, 2002, p. 41), adotou o procedimento “estudo de caso” dada a possibilidade de oferecer visão global do problema mediante análise circunstanciada do material, tendo em vista a atualidade do fenômeno intertextual no campo decisório jurídico⁷.

Além da apresentação das orientações metodológicas adotadas, procedeu-se à indicação das perspectivas quantitativa (localização e

⁶ Reconhece-se, de imediato, a amplitude dos textos escritos por Mikhail Bakhtin, publicados inclusive em língua portuguesa. Contudo, a opção pelos textos indicados deveu-se à especificidade do tema desta pesquisa, a intertextualidade, de modo circunscrevê-la de modo mais adequado.

⁷ De acordo com Gil, as pesquisas são classificadas em razão dos objetivos gerais pretendidos. Elas são classificadas em três grupos, ou seja, pesquisas exploratórias, descritivas e explicativas. No tocante à primeira, de interesse para o estudo em apreço, diz-se que as mesmas ambicionam proporcionar “maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses”, cujo principal objetivo é o de proporcionar “o aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições.”

quantificação dos intertextos) e qualitativa, e como as mesmas foram integradas de modo a propiciar aproximação ao objeto, análise do material e apresentação dos resultados alcançados.

Por fim, seguem as reflexões finais deste estudo, cujo principal interesse consistiu em breve revisão dos capítulos precedentes, das expectativas lançadas em torno do tema da intertextualidade no âmbito da decisão jurídica, das conclusões até então alcançadas e as possibilidades de reflexões que o tema poderá vir a desencadear.

1 APROXIMAÇÕES INICIAIS AO OBJETO

Ao atentar para a expressão “decisão judicial” pensa-se, de imediato, em certo tipo de manifestação estatal que encerra ordem, imposição, e ao mesmo tempo pensa-se nela imputando-lhe a alguém. Esse alguém, o juiz, figura no cenário social como a personagem responsável pelo “dizer o direito”. Tal o amálgama entre o objeto e a personagem que, em geral, pensar num equivale a pensar no outro.

Poder-se-ia afirmar, então, que essa fusão ocorreria apenas para o público não-especializado nos meandros jurídicos, como resultado da falta de informação acerca das disposições normativas que cuidam da decisão e do próprio juiz⁸.

Essa afirmação, entretanto, é refutável. Por um lado, em face da imputação que o Estado faz em favor de si mesmo no tocante à jurisdição, o que o torna único responsável pelo ato de julgar, e, por outro, porque o mesmo Estado só atua através dos agentes por ele designados, tal como se extrai do art. 1º do Código de Processo Civil de 1973. Assim, o Estado e seus instrumentos legais confirmam a fusão entre “decisão judicial” e “juiz”. E dessa fusão advêm certas conseqüências, sendo que duas delas apresentam-se de imediato: a crença em torno do produtor único do texto da decisão e, como corolário, o fechamento à participação social.

Entretanto, malgrado o disciplinamento que a lei atribua à decisão e ao seu elaborador, como texto a decisão figura como superfície aberta à

⁸ Em outras palavras, os profissionais do meio jurídico não incorreriam nessa perspectiva haja vista o conhecimento técnico dos mesmos nos meandros do direito material e processual.

participação de outros agentes – pertencentes ou não da comunidade jurídica. Logo, atribuir-se a decisão a um só sujeito constitui, à primeira vista, simplificação acentuada do fenômeno social que o texto encerra em si mesmo.

1.1 Decisão judicial ou decisão jurídica?

O processo judicial, conforme comezinha orientação jurídica, resulta de atos ordenados e sucessivos por meio dos quais é exercida a jurisdição (Bermudes, 2002, p. 19). Como entidade material, passa a existir mediante iniciativa do cidadão que, por intermédio de elemento textual (petição inicial) solicita ao Estado o exercício da atividade jurisdicional, a ser efetivada pelo juiz. Nessa fase inicial, a relação entre autor-juiz, marcada pela bilateralidade (Dinamarco, 2004, p. 53), demonstra existir processo, mas não relação jurídica dada a ausência da pessoa do réu, ainda não devidamente integrado através da citação. Após a efetivação desta, o réu, já integrado ao processo e concretizando a formação da relação jurídica, querendo, oferece resposta à pretensão formulada pelo autor, refutando ou acatando o que ali estiver consignado.

Autor e réu, como partes do processo, oferecem textos ao estado-juiz e, de modo gradual, pode-se observar a seqüência dos procedimentos atinentes ao seu desenvolvimento. Poder-se-ia dizer, com a devida permissão da técnica processual, que o processo é um conjunto ordenado de textos⁹, os quais

⁹ O que se afirma é que o processo depende da incorporação de textos para que sua existência material se configure. Nesse caso, entende-se que autuação, despachos iniciais do juiz (recebendo a petição inicial ou determinando sua emenda), contestação, exceções, despachos de expediente, decisões interlocutórias, sentença etc. constituem modalidades textuais jurídicas específicas. Neste sentido, observa-se a falta de trabalhos acadêmicos que abordem

assumem a denominação de petição inicial, contestação, recursos, informações processuais, sentenças, despachos etc., correspondendo às pessoas que os elaboraram, ao tipo de informação manifestada, ao pedido a ser realizado ou às instâncias judiciárias a que se destinam.

Cada texto introduzido no processo é imputado a um sujeito (subjetividade) ou a instituições autorizadas a participar dele: a petição inicial, a contestação e os recursos, à pessoa do advogado (do autor ou do réu); as sentenças, despachos e decisões interlocutórias, ao juiz; as informações processuais cartorárias típicas, aos serventuários da justiça; as avaliações técnicas, aos peritos; os relatos testemunhais, às pessoas arroladas no processo como testemunhas; os pareceres, aos procuradores etc. Daí que, por intermédio desses textos, organizados e justapostos, circulem também *personagens* no interior do processo, todos em constante movimentação, pertencentes ou não à comunidade jurídica, voltados ao impulsionamento daquele¹⁰.

Seja em razão dos interesses pessoais que os motive seja em virtude das atribuições institucionais, tais sujeitos incorporam ao processo contribuições as quais, em sentido amplo, também significam decisões que não

os diversos tipos de textos jurídicos, a constituir, à semelhança de outras classificações, “gêneros textuais

¹⁰ Neste sentido, mostra-se plausível admitir que o impulsionamento do processo depende da elaboração e inclusão de textos pelos sujeitos que participam dele. Observe-se, a propósito, que os comandos processuais que implicam no andamento, suspensão ou extinção do processo implicam na presença ou na ausência de textos, respectivamente, tal como se depreende da lei processual civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) quando prevê a extinção do processo quando permanecer parado por mais de um ano por negligência das partes (art. 267, II), ou quando estabelece que, recebida a petição inicial pelo juiz, proceder-se-á à citação da parte ré (art. 285), ou ainda quando trata da ascensão do processo a outras instâncias judiciais por meio de recursos, voluntários (apelação, agravo de instrumento etc.) ou não (remessa oficial) (arts. 475, 513 e 522).

de ser encaradas como escolhas, haja vista traduzirem as estratégias que melhor atendam às suas expectativas¹¹.

Tal a importância em se considerar que esses agentes atuem por meio de decisões, que bastaria pressupor possíveis prejuízos a serem suportados pelas partes se seus respectivos advogados decidissem, por equívoco, por determinado tipo de ação ou estratégia judicial em detrimento de outra, mais adequada. Ou, em relação ao estado-juiz, se esse, por força de despreparo técnico, produzisse decisões equivocadas, acarretando prejuízo às partes e aos seus respectivos interesses. Embora hipotéticas, tais situações demonstram que decisões são tomadas por esses indivíduos, a despeito de suas conseqüências.

Ao considerar que os sujeitos participantes do processo adotam estratégias que resultam em decisões, parece oportuno utilizar a expressão *decisão jurídica* ao invés de decisão judicial (Silva, 2007, p. 312)¹² uma vez que a primeira disporia de melhores atributos para abarcar a totalidade desses agentes¹³. Em complementação, a abertura propiciada pela expressão *decisão jurídica* demonstraria, por um lado, que *decisão judicial* deveria ser tomada em

¹¹ Ou seja, a escolha por um determinado tipo de ação encerraria uma decisão por parte do advogado; nas ações executivas, o ato de oferecer bem à penhora constituiria uma decisão por parte do devedor; o oferecimento de embargos à execução, por exemplo, significaria decidir pela rediscussão da matéria que suscitou o medida expropriatória; recorrer em uma sentença importaria em decisão dada a insatisfação com o posicionamento judicial; apresentar uma versão testemunhal dos fatos implicaria em decidir sobre quais elementos melhor expressariam o que foi testemunhado.

¹² Neste sentido, veja-se o seguinte trecho: “Enfatizamos a expressão comunidade jurídica por entendermos que não cabe reduzir a decisão ao magistrado. Advogado, procurador, promotor e delegado também tomam decisões, por exemplo, ao definir que via argumentativa vai explorar numa petição. (...) Um advogado, ao elaborar uma petição inicial toma decisões porque escolhe que argumentos irão compor a petição. O mesmo ocorre com os demais juristas: promotores, procuradores e magistrados.

¹³ Esclareça-se que a expressão *decisão judicial* não deixa de se referir à prolação de decisões dos juízes. O que se busca demonstrar é que seu emprego generalizado obscurece a expressão *decisão jurídica*.

atenção aos limites que ela mesma estabelece¹⁴, e, por outro lado, teria o condão de mostrar a precariedade em se tomar o processo judicial como cenário restrito à participação exclusiva das partes em conflito (autor e réu) (Dinamarco, *op. cit.*, p. 23)¹⁵. Tanto assim o é que a processualística cível não desconsidera que a relação jurídica processual, embora estruturada entre juiz-autor-réu, possa vir a ser estendida em relação a outros integrantes, tal como ocorre nas modalidades referentes à intervenção de terceiros (Dinamarco, *ibidem*, p.368)¹⁶ e ao litisconsórcio¹⁷. Nesse sentido, a relação jurídica passaria a abarcar outros atores sociais, em face dos seus respectivos interesses na demanda em desenvolvimento.

Por outro lado, mostra-se também insubsistente advogar que a decisão prolatada pelo juiz seja produto exclusivo da sua própria inteligência¹⁸. Neste sentido, a lei processual civil afasta essa perspectiva quando prevê, em “os

¹⁴ *Decisão judicial*, em sentido estrito, equivalendo às manifestações decisórias exclusivas do estado-juiz; e, em sentido amplo, tipo de manifestação pertencente à categoria *decisão jurídica*.

¹⁵ Dinamarco, por exemplo, enumera três acepções por meio das quais apreende-se o “processo”: como ramo do direito (o direito processual); como “*método de trabalho* referente ao exercício da *jurisdição* pelo juiz e dos poderes inerentes à *ação* e *defesa*, pelos sujeitos envolvidos no conflito”; como realidade fenomenológica da experiência dos juízes e das partes. Observe-se que nenhuma delas confere espaço aos demais agentes processuais, haja vista prevalecer a estrutura triangular entre autor, réu e juiz, defendida pelo autor.

¹⁶ A intervenção de terceiros encontra-se regulada na Lei nº 5.869/73, capítulo VI, art. 56 a art. 80. De acordo com Dinamarco, “Intervenção de terceiros é o *ingresso de um sujeito em processo pendente entre outros, como parte*. Quando isso acontece amplia-se subjetivamente a relação jurídica processual, que além dos sujeitos parciais mínimos (um autor e um réu) passa a ter outros. (...) O fundamento da existência dos institutos da intervenção de terceiros no sistema do processo civil é a proximidade entre certos terceiros e o objeto da causa, podendo-se prever que por algum modo o julgamento desta projetará algum efeito indireto sobre sua esfera de direitos.”

¹⁷ Os dispositivos acerca do litisconsórcio no processo civil encontram-se previstos na Lei nº 5.869/73, art. 46 a art. 49. Trata-se de modalidade de cumulação subjetiva, quer no pólo processual ativo quer no passivo. Dessa forma, permite-se a participação de diversos autores e réus num mesmo processo de modo a assegurar, como objetivos últimos, a economia processual e a não-prolação de decisões judiciais conflitantes.

¹⁸ Esta afirmação, contudo, não desconsidera que o ato de decidir importe em operações lógicas, interpretativas e argumentativas desenvolvidas pelo juiz.

requisitos essenciais da sentença”¹⁹, por exemplo, o relatório, os fundamentos e o dispositivo como etapas indispensáveis à prolação da sentença. Observa-se que cada uma dessas fases faz referência a informações constantes dos próprios autos processuais: as que qualifiquem as partes (nomes), as que tratem do pedido formulado, da resposta ofertada pelo réu, dos registros dos episódios processuais mais importantes, das questões relacionadas a fatos e direitos etc. – informações outrora incorporadas ao processo por meio dos documentos (petições, informações cartorárias, laudos periciais, recursos etc.) elaborados pelas pessoas que nele atuaram (autor, réu, advogados, procuradores, peritos, testemunhas etc.).

Logo, a produção textual decisória do juiz tem como ponto de partida outros textos os quais lhe serviram de substrato informativo para que ele estivesse municiado dos elementos necessários à prolação da decisão. A decisão judicial é produto de outros textos, esses elaborados pelos agentes participantes do processo, os quais, submetidos à análise pelo estado-juiz, servem de fundamento e de orientação para sua manifestação final decisória. Em face dessa abertura, transmuta-se a decisão judicial em cenário social, em oposição à concepção que a vê como *locus* de um só agente.

1.2 O texto como instância social

¹⁹ BRASIL. Lei nº 5.869/73: “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 28 out. 2007.

Ao considerar que o texto da decisão judicial mantém estreita relação com outros textos, infere-se que a decisão é, por força de lei, um “mosaico textual”²⁰. Por outro lado, sabendo-se que cada texto é imputado a diversos agentes, responsáveis por sua elaboração, deduz-se que não há como decidir sem apoio nessas subjetividades. Logo, atribuir a decisão judicial à atividade de uma só personagem – o juiz – não encontra fundamento.

Mas os textos jurídicos compõem parte do cenário no qual circulam outros textos produzidos em sociedade. Nesta, as diversas elaborações textuais se voltam ao atendimento das necessidades humanas. Textos, vistos dessa forma, são instrumentos por meio dos quais a ação humana ocorre, e por causa da linguagem interferem na realidade factual e na vida interior dos indivíduos (Kleiman, 2004, p. 65). Textos, porquanto dependentes da linguagem, são artefatos sociais.

Assim, não bastasse o desafio que se afigura ao lidar com a expressão “decisão judicial”, afirma-se também como dificuldade o uso de um termo consolidado por força do hábito sócio-cultural. Como resultado, impõe-se questionar o que se entende por texto: se se trata do objeto material em si ou do seu conteúdo²¹.

²⁰ Trata-se de uma interpretação ampla a partir do art. 458, do Código de Processo Civil, quando esse estabelece a partir de quais elementos – nos autos processuais – o juiz comporá o texto da decisão. Nesse caso, relatório, fundamentação e dispositivo são vistos como elementos textuais aos quais o juiz necessariamente se remeterá a fim de decidir.

²¹ A despeito de o interesse desta dissertação recair em investigação sobre decisão judicial, adotam-se as orientações provenientes dos estudos lingüísticos acerca da conceituação de texto. Isto se deve em parte ao caráter interdisciplinar deste trabalho, cujas razões já restaram apresentadas, e, por outro lado, ao reconhecimento acerca da inexistência de estudos jurídicos concernentes ao texto de modo a tomá-lo de forma ampla, como o faz a lingüística.

1.3 Conceitos e manifestações

De acordo com as fontes tradicionais, atribui-se a Quintiliano a noção de texto conforme desenvolvida por ele no Livro IX da *Institution Oratoire*. Para ele, o texto seria sinônimo de *composição*, a união entre a escolha de argumentos (*inventio*), a colocação em palavras (*elocutio*) e a organização das palavras (*dispositio*) (Orlandi, 2006, p. 36). Como composição, o texto é visto sob dois ângulos: como unidade, o texto em si (*textus*), e composição aberta (*textum*), não finalizada, portanto (Charaudeau, 2006, p. 466).

Mediante pesquisa em dicionários latinos e na literatura da época, Indursky também observa que os termos empregados para texto remetem a outros como “conjuntura” (*conjuncte*), “conjuntamente” (*conjunctum*), “ligação”, “conexão”, “composição”, “combinação”, “contextura”, “encadeamento”, “tecido” (Indursky, 2006, p. 36).

Por outro lado, recorrendo ao significado vocabular, de acordo com Houaiss, o verbete “texto”, substantivo masculino, corresponde, sem prejuízo de outras acepções, a “qualquer material escrito que se destina a ser falado ou lido em voz alta”. Sobre a etimologia, o verbete *texto* corresponde ao termo latino *textus* que corresponde a “fazer tecido”, “entrançar”, “entrelaçar”.

Recorrendo à Lingüística, vê-se, em Trask, que texto corresponde a “uma porção contínua de língua falada ou escrita especialmente quando tem um começo e um fim reconhecidos” (Trask, 2004, p. 291). E, para Todorov, o texto se define a partir da sua *autonomia* e *fechamento*, devendo ser focado sob três aspectos: o *verbal*, dada a presença dos elementos lingüísticos; o

sintático, em face das correlações entre as unidades textuais; e o *semântico*, em virtude do significado das unidades lingüísticas (Ducrot, 2001, p. 268).

Do cotejo dessas acepções, percebe-se: a) que o texto, para funcionar (ter sentido) demanda organização interna, mediante a interligação de suas partes; b) que texto não se reduz à superfície escrita, pois ele também é oral (Halliday, 2004, p. 7)²²; c) e que texto não se confunde com frase²³ nem com o suporte material que lhe dá forma.

Essas inferências mostram-se admissíveis quando se observa que o texto deixou de se resumir ao domínio das regras gramaticais ou à adequação de sílabas, palavras e frases, tal como defendido pelos gramáticos tradicionais²⁴ Flores, 2006). Com efeito, se há tempos foi suficiente tomar o texto como coletânea de frases, pois essas constituíam o interesse maior dos estudos lingüísticos, na atualidade a ênfase recai na sua dinamicidade. Daí ser apreendido a partir dos agentes que atuam na sua elaboração (entidades subjetivas produtoras), das informações que veiculam (sobre o que tratam os textos), com atenção às situações sociais a que se referem (quem produz o texto em face do contexto social), aos propósitos institucionais dos organismos sociais (textos jornalísticos, médicos, científicos, jurídicos, políticos, cartas

²² Quando se fala em texto escrito e oral importa observar que o primeiro não pode e não deve ser concebido como expressão escrita do segundo. Segundo Halliday, "Although every writing system is related to the sound system of its language in systematic and non-random ways (exactly how the two are related varies from one language to another), the relationship is not a direct one. There is another level of organization in language to which both the sound system and the writing system are related, namely the level of **wording**, or 'lexicogrammar'. (...) The sound system and the writing system are the two modes of **expression** by which the lexicogrammar of a language is represented, or **realized** (to use the technical term).

²³ Embora uma frase possa também ser um texto.

²⁴ A passagem dos estudos da palavra e da frase para os do texto são relativamente recentes. Datam da década de 1960 com a ascensão da lingüística textual que adotou, como meta, estudar e analisar o texto como unidade básica da comunicação, haja vista que a comunicação humana não se dá por intermédio de palavras e frases soltas.

personais, religiosos, acadêmicos etc.), aos fins comunicativos (diversão, educação, normatização de condutas, entretenimento, informativo, etc.)²⁵.

1.4 O texto sob perspectiva subjetiva

Considerando mostrar-se insuficiente estabelecer aproximação ao objeto *texto* apenas como elemento material, com destaque para o suporte físico, ou como elemento discursivo, pondo-se em evidência sua forma de transmissão – se escrito ou oral, observe-se, para fins de problematização, o texto sob a perspectiva das subjetividades nele envolvidas²⁶.

Para alguns autores, Koch, por exemplo, entender o que é *texto* impescinde relacioná-lo antes a *língua* e a *sujeito*, cujo primeiro passo consiste em aproximar-se de cada uma dessas entidades de modo a se apropriar da correlação entre eles tal a imbricação existente (Koch, 2006c, p. 16).

Segundo a autora, o significado de “língua” pressupõe a distinção entre *representação do pensamento e estrutura*²⁷. Se a ideia associada ao *pensamento* corresponde ao modelo do sujeito psicológico, individual, detentor de plenos poderes sobre sua vontade e ações, a segunda, a da *estrutura*, representa o sistema que submete o sujeito²⁸ (Houaiss, 2002), retirando-lhe

²⁵ Essa alteração promovida no tocante aos estudos textuais deve-se ao reconhecimento de que aspectos pragmáticos não poderiam ser excluídos das relações comunicativas. Portanto, estudar uma língua pressupõe tomá-la como atividade a envolver o contexto (no qual se desenvolve), os atores envolvidos e os fins a que se propõe.

²⁶ Observe-se que o interesse nesse tipo de discussão recai na conexão que se pretende esclarecer entre texto e decisão jurídica, em particular, como se dá a integração de diversas subjetividades na produção do texto decisional.

²⁷ “Estrutura” como expressão da corrente lingüística estruturalista para a qual a língua (*langue*) é vista dissociada da fala (*parole*), tal como defendido por Ferdinand Saussure.

²⁸ “Sujeito”, oriundo da forma latina *subjectus*, correspondente a “‘posto debaixo, colocado, situado abaixo’; ‘posto diante, exposto a; subordinado, submetido, sujeito, dependente;”.

qualquer possibilidade de consciência particular (Possenti, 2006, p. 61)²⁹. Essas concepções por sua vez implicam em outros desdobramentos, no total, três, a saber: a) a da língua que pressupõe a *consciência individual* no uso da linguagem; b) a da língua que *assujeita o indivíduo*, transformando-o em criatura destituída de consciência; c) a da língua como *lugar da interação*, em que o sujeito figura como elemento psicossocial, mediante ativa participação e interação social (Koch, *op. cit.*, p. 14).

Ora, a compreensão adotada para língua influirá de modo direto nas subsequentes concepções sobre *sujeito* e *texto*: a) se a ênfase acerca da língua recair sobre o pensamento, o sujeito despontará como senhor das suas ações e o texto corresponderá a um *produto do pensamento*, com predominantes características lógicas; b) se a língua for um código, o sujeito será elemento determinado pelo sistema, e o texto um *produto da codificação* do emissor/escritor/falante a depender de decodificação – passiva – do receptor/leitor/ouvinte; c) e se a língua for sinônima de interação, o sujeito será o *agente* e o texto *resultado de uma construção intersubjetiva*, o que o tornará *lugar* dessa atividade.

Ora, admitindo-se que a elaboração do texto possa ocorrer sob essas perspectivas, distintas em si como apresentadas, a reflexão a ser desenvolvida implica em cotejá-las com a decisão judicial, mediante revisão crítica, de modo a identificar, se possível, adequações e impropriedades.

De modo geral, a primeira concepção sobre texto, a de ele ser *produto do pensamento*, atende de modo satisfatório à compreensão tradicional acerca

²⁹ Essa forma de ver o sujeito reflete a concepção estruturalista segundo a qual o indivíduo figura como ser dominado, determinado pelo outro, a tal ponto que se torna difícil localizar a voz do sujeito como entidade particular.

da decisão judicial, que pressupõe a fusão entre ela e a pessoa do juiz. A decisão seria resultado da hábil articulação silogístico-dedutiva, típica da subsunção, a conferir segurança ao julgamento e controle à expressão da subjetividade do seu prolator³⁰.

Malgrado sua aceitação generalizada, vozes dissonantes no meio jurídico repudiam a estreita relação entre a mente do juiz e a decisão: seja em razão da ênfase social atribuída ao direito, seja em razão de o ato de dizer o direito não se limitar ao que é legislado pelo Estado, ou ainda, em decorrência das limitações impostas às operações lógico-dedutivas (Arnaud, 2000)³¹ impostas pelo raciocínio silogístico (Kaufmann, 2004, p. 82).

Esta é a inquietação de Perelman, por exemplo, quando correlaciona concepções dogmático-positivistas à estreiteza da aplicação da lei ao caso concreto, o que o leva a concluir ser “impossível identificar o direito com a lei”, o direito com o que o Estado diz, haja vista existirem valores superiores que deverão ser considerados, tal como a justiça (Perelman, 2004, p. 95). É o caso também de Ronald Dworkin que defende modelo interpretativo que visa à integração do juiz aos valores e orientações compartilhados pelo grupo social

³⁰ De acordo com Kaufmann, a aplicação do direito segundo a regra da subsunção atendia aos anseios de cientificidade e de segurança, ambos inerentes à operação lógico-silogística. Dessa forma, a subsunção, como método, durante muito tempo beneficiou a jurisprudência em face da submissão ao “pensamento de dedução em sistemas fechados”, sendo as codificações bons exemplos dessa orientação. Tratava-se, portanto, da regra máxima da separação dos poderes em face da proibição da interpretação por parte do juiz, de tal maneira que se afirmava: “O juiz deve estar vinculado ‘à estrita e nua letra da lei’, ‘a sua tarefa não pode ser outra senão a de comparar o caso dado com essa letra, e, sem considerar o sentido ou o espírito da lei, condenar quando o teor das palavras condena, e absolver quando ela absolve’.”

³¹ Arnaud indica diversos autores para os quais a ciência jurídica e a aplicação do direito, bem como a interpretação, deveriam ser submetidos à crítica. Dentre esses autores encontram-se Eugen Ehrlich, que defendia um direito social, vivo, real, afastado do direito estatal; Hermann Kantorowicz, integrante do movimento do direito livre; Ernst Fuchs, considerado um dos mais radicais críticos da ciência jurídica tradicional. Em comum, entre eles, a insatisfação em adotar o direito como expressão estatal.

amplo no qual está inserido (Rodríguez, 1999)³². Para ele, o juiz, legítimo portador das orientações estatais, deveria encerrar em si mesmo o bem-julgar, sempre, repita-se, em sintonia com os anseios e as mudanças sociais (Dworkin, 2002).

Não fosse a intenção de estabelecer inter-relações entre a atividade judicial e os interesses sociais, o que se vê nesses autores, contudo, é a busca pelo bem julgar ou pela técnica que o bem demonstre. Embora se perceba em Perelman a preocupação com a justiça, de modo a não permitir que seja ela deglutida na aplicação da lei, verifica-se, por outro lado, que seu interesse se dirige à primazia da argumentação, ao convencimento do auditório, à nova retórica (Perelman, 2005). No tocante a Dworkin, observa-se que o ato de decidir ainda se mantém atrelado à da figura do juiz, qual a de um “descobridor-decisor” (Leal, 2002, p. 19)³³, ou seja, o sujeito idealizado, dotado

³² Embora a posição de Dworkin seja vista como progressiva ao cuidar desses temas ao inseri-los no contexto da decisão, para Duncan Kennedy deve ser vista com ressalvas. Para ele, tal como demonstrado em estudo de Rodríguez, o propósito de Dworkin, por intermédio de suas propostas construtivistas, é o de impedir que o “vírus crítico” invada o “corpo” da tradicional teoria anglo-saxã. A tese da “única decisão correta”, por exemplo, encerraria tentativa de demonstrar que o julgador, dentro do sistema, encontra todas as respostas possíveis para os casos concretos, o que não se mostra admissível para Kennedy.

³³ Para Leal, esse modelo de juiz encontra arrimo no pensamento de processualistas como Carnelutti e Calamandrei. Assevera, no tocante a Carnelutti, que o juiz para esse autor “não é o achador de um preceito de direito (*Rechtsfinder*), mas um achador (descobridor) de um preceito ético diluído na névoa dos tempos só sensibilizável por um *sentire* divinatório do descobridor da sentença (*Unteilsfinder*), (...)”. Arremata ao afirmar que, “em Carnelutti, a sentença é a expressão formular conjuntiva do preceito e a sanção é que é constitutiva de um direito equiparado ao direito legislado. O descobridor-decisor é nesse ensino ‘*aquele que escuta a voz de Deus*’ (*sic*) emanante de regras éticas de validade universal.” Por outro lado, no tocante a Calamandrei, assevera Leal que as obras desse autor “fazem cântico a toda sacralidade carnellutiana, com o acento de que o advogado não passaria de um querubim (anjo miniaturizado) aos pés do decididor onipotente como que a elevar o juiz aos páramos espirituais de vigilância purificadora da secularização ocorrida pela nociva estatização da metafísica (Hegel).”

de capacidade sobre-humana (Kury, 2003, p. 180)³⁴, capaz de escutar a “voz de deus” ou de alguma outra entidade sapiencial (Poloni, 2003, p. 1)³⁵.

Assim, cotejando a perspectiva lingüística com a jurídica, entender o juiz sob a primeira concepção não o afasta do primado psicológico acerca do texto, tal como apresentado por Koch. O texto, o da decisão, corresponderia a operações mentais de um sujeito apenas, cuja atuação, na melhor das hipóteses, seria a de “filtrar” e “decodificar” interesses sociais a partir da sua avaliação particular (Kelsen, 2003, 387)³⁶.

A segunda, ao enfatizar a *codificação*, situa falante/escritor e ouvinte/leitor como entidades subjetivas atreladas a esses papéis, cujas funções corresponderiam a comunicar e a interpretar, sendo o texto o objeto a

³⁴ Não por acaso o modelo de juiz idealizado por Dworkin denomina-se “Hércules” (em grego, Heracles), o qual, na mitologia grega, corresponde ao semideus resultante da união entre Alcmena e Zeus, dotado de força incomum e estatura descomunal, responsável por feitos extraordinários, em geral conhecidos como “os doze trabalhos de Hércules”.

³⁵ Fustel de Coulanges (*A Cidade Antiga*) aborda o processo de escolha dos juizes na antiguidade, em particular nas sociedades grega e romana. Segundo esse autor, citado por Poloni, “Os magistrados eram verdadeiras divindades, escolhidos por critérios meramente esotéricos e impostos a cada comunidade. (...) Assim, ‘um magistrado em exercício, isto é, um homem já investido do caráter sagrado e dos auspícios, indicava entre os dias fastos aquele durante o qual se devia fazer a nomeação do cônsul. Durante a noite precedente, velava, ao ar livre, com os olhos fitos no céu, observando os sinais enviados pelos deuses e, ao mesmo tempo, pronunciando mentalmente o nome de alguns candidatos à magistratura. Se os presságios fossem favoráveis era porque os candidatos agradavam aos deuses. No dia seguinte, o povo se reunia no Campo de Marte; presidia a assembléia a mesma personagem que consultara os deuses. Ali, o magistrado repetia em voz alta os nomes dos candidatos, sobre os quais tomara os auspícios, e, se, entre quantos pediram o consulado, algum havia para quem os auspícios não se tivessem mostrado favoráveis, omitia-se-lhe o nome. E o povo só votava nos nomes pronunciados pelo presidente.”

³⁶ Observe-se o seguinte excerto de Kelsen sobre a “interpretação como ato de conhecimento ou de vontade”: “Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.” Embora o autor mostre-se contrário à possibilidade de a aplicação do direito se encaminhar a decisões únicas, corretas, pois ele mesmo advoga haver imprecisão e vontade na atividade interpretativa, ainda assim o aplicador do direito é apresentado sob modelagem psicológica.

ser decodificado (Bakhtin, 2003, p. 271)³⁷. Esse modo de conceber o texto ofereceria segurança aos participantes da relação jurídico-processual, uma vez que o ato de decodificação do texto decisório dependeria antes da atuação do corpo dos profissionais habilitados para o exercício das funções e atividades jurídicas.

Contudo, ao limitar a compreensão ao ato de decodificação, a atuação desses “intérpretes autorizados” restringir-se-ia à mera decifração de códigos à procura de soluções³⁸, com três conseqüências, a princípio: a) a existência de um código a ser manipulado e uma “mente” responsável pela sua elaboração; b) o alijamento – da elaboração textual – dos demais agentes sociais; c) a subtração do caráter emancipador do conhecimento (Blikstein, 2005, p. 30).

Tratar de códigos e de especialistas no trato da linguagem implica reconhecer a primazia das chamadas “linguagens especiais” (Gnerre, 1998, p. 23) cujo mérito consiste no não-compartilhamento do conhecimento especializado³⁹. No âmbito jurídico, os agentes detentores dessa habilidade particular figuram como os únicos detentores de condições para lidar com o

³⁷ Segundo Bakhtin, trata-se de concepção ultrapassada tomar os sujeitos da interação como “falante e ouvinte”. Ele afirma: “Até hoje ainda existem na lingüística *ficções* como o ‘ouvinte’ e o ‘entendedor’ (parceiros do ‘falante’, do ‘fluxo único da fala’, etc.). Tais ficções dão uma noção absolutamente deturpada do processo complexo e amplamente ativo da comunicação discursiva.” E mais: “Não se pode dizer que esses esquemas sejam falsos e que não correspondam a determinados momentos da realidade; contudo, quando passam ao objetivo real da comunicação discursiva eles se transformam em ficção científica.”

³⁸ Ademais essa concepção mascara que o ato comunicativo vai mais além. Para Blikstein, a comunicação não se encerra na pessoa do ouvinte/leitor, pois esse mesmo processo impescinde de movimentação contínua entre mensagem e resposta, tal como em um processo de retroalimentação. Assim, o problema identificado nessa apreensão é o de atribuir aos agentes comunicativos papéis passivos.

³⁹ “A função central de todas as linguagens especiais é social: elas têm um real valor comunicativo mas excluem da comunicação as pessoas da comunidade lingüística externa ao grupo que usa a linguagem especial e, por outro lado, têm a função de reafirmar a identidade dos integrantes do grupo reduzido que tem acesso à linguagem especial. A função de comunicação secreta (defesa do ambiente externo) e de conservação de noções e tecnologias das quais o grupo mais restrito é portador é estritamente associado à função central das linguagens especiais.”.

código e interagir perante o estado-juiz, reservando-se aos “não-iniciados” nesse tipo de linguagem a inabilidade de compreender o que está escrito em texto de decisão jurídica, cujos efeitos incidirão de modo direto sobre seus interesses. (Por ironia, concepção como essa encontra ampla aceitação entre os profissionais jurídicos, detentores do conhecimento especial, e entre os destinatários da prestação judicial, os cidadãos.)

A terceira e última, a da *interação*, também denominada *dialógica*⁴⁰, de modo diferente das concepções anteriores atribui à língua e aos agentes comunicativos papéis dinâmicos porquanto privilegia a dimensão social do texto. Para essa concepção, interativa, destaca-se a “influência mútua de órgãos ou organismos inter-relacionados” (Houaiss, 2002), e o texto passa à condição de “palco” de atuação desses elementos. Por meio dela passa-se a admitir que – no interior do texto – existam sujeitos ativos, quer como falante/escritor, quer como ouvinte/leitor, sendo ele o *lugar* dessa dinâmica, o que cede espaço às incertezas, às possibilidades de interpretação, mutáveis nos âmbitos sociais e históricos, aos significados variáveis do próprio texto.

Assim, a compreensão passa a ser *atividade interativa* cuja produção de *sentidos* dependerá dos elementos lingüísticos presentes na superfície textual, da forma como estarão organizados, das inserções informativas provenientes dos sujeitos interagentes e da sua reconstrução “no interior do evento comunicativo” para o qual convergem elementos lingüísticos, cognitivos, pragmáticos e ações sociais (Koch, 2006c, p. 17). Ou seja, o texto como “sistema de conexões” (*system of connections*) entre sons, palavras, sentidos,

⁴⁰ O termo *dialogismo* faz parte do arcabouço teórico de Mikhail Bakhtin, e será objeto de análise em momento posterior nesta dissertação.

discursos, entre os participantes em cena e as ações por eles adotadas, o que realça a riqueza dos elementos aí implicados (Beaugrande, 1997, p. 11). Logo, esse evento, entendido como o momento ou a situação na qual se dá a elaboração do texto, não apresenta sentidos pré-determinados ao momento em si, pois o que pré-existe são apenas os sujeitos e o conjunto de seus respectivos saberes.

1.5 A decisão como lugar da interação?

Essa concepção interativa gera consequências importantes para a discussão sobre a decisão judicial. Se se considera que o texto não é resultado do pensamento de uma entidade determinada, nem mera decodificação, o texto passa a ser visto como objeto a ser elaborado *na* interação. Enumera-se, como primeira consequência, a constatação acerca da inexistência de “um” ou de “o” sentido do texto, mas de “os” sentidos possíveis, haja vista que no curso da interação cada um dos agentes envolvidos intervém no evento comunicativo aportando contribuições textuais (orais ou escritas) que considerem oportunas e adequadas⁴¹.

A relação entre esses agentes, conflituosa ou não, assegura a elaboração do texto. Dessa forma, afastam-se quaisquer sentidos já dados, porquanto prevalecem aqueles *em elaboração*, não-concluídos, portanto.

A produção textual, à semelhança de uma teia cujos pontos extremos não podem ser localizados, pois não se sabe onde começa ou onde termina,

⁴¹ Nisto se revela, mais uma vez, que cada agente produz textos que manifestam suas escolhas de atuação, inserindo-as no corpo do processo judicial.

vê-se tomada pelo afluxo de inúmeros outros textos por meio dos quais ocorre a circulação dos saberes. Esse aspecto dinâmico, por sua vez, reflete-se na elaboração de novos textos, nos sucessivos empreendimentos interpretativos e, por fim, no consumo social que se opera em relação a eles.

Outra consequência refere-se ao reposicionamento da decisão jurídica no contexto amplo da produção textual, de modo a retirar dela qualquer superioridade em face da veiculação de saberes especializados por intermédio de linguagem também especializada. Afastar-se-ia qualquer presunção concernente à decisão destinar-se a um público de *experts*, de instruídos, dotados da capacidade de ler, entender e explicar o que se encontra escrito (Gnerre, 1998, p. 22). Falar-se-ia, então, em mudança nos meios de produção, distribuição e consumo desse texto⁴².

Por fim, como terceira consequência, aponta-se o reconhecimento de a decisão, como texto produzido socialmente, não ser resultante da atuação de uma só pessoa, de um só produtor. Admitindo-se a cadeia textual, na qual cada texto pressupõe outro, a decisão passa a ser vista como parte desse encadeamento no qual atuam agentes discursivos variados. Em outras palavras, o mito do juiz onipotente, detentor de saberes sobre-humanos, cederia espaço ao do *sujeito discursivo*. Assim, a correlação entre produção textual e processo judicial asseguraria perceber que o andamento desse último

⁴² Esta discussão situa-se no problema das chamadas “linguagens especiais”, ou seja, as linguagens que são empregadas em determinados setores da sociedade a partir da composição de léxicos, estruturas gramaticais e sintáticas que lhes são próprias. Segundo Gnerre, essas linguagens, tal como a jurídica, embora manifestem valor comunicativo, “(...) excluem da comunicação as pessoas da comunidade lingüística externa ao grupo que usa a linguagem especial e, por outro lado, têm a função de reafirmar a identidade dos integrantes do grupo reduzido que acesso à linguagem especial.” Essas linguagens buscam afirmar, para o autor, as funções de “comunicação secreta” e de manutenção de certas “tecnologias” das quais o grupo é portador.

está associado, de um lado, à necessária elaboração textual pelos sujeitos que dele participam, e, de outro, à participação interativa desses mesmos sujeitos.

1.6 Decisão: texto e discurso

Diante dessas asserções é possível alargar a compreensão acerca de textos como artefatos que funcionam como meio de veiculação de visões de mundo, histórias pessoais ou coletivas, saberes variados (especializados ou não), conhecimentos etc. Seus porta-vozes, como agentes sociais, encontram-se inseridos em relações sociais específicas, determinadas por lugares e circunstâncias também específicas (Meurer, 1997, p. 16), os quais, combinados, definem características para esses textos. Assim, reconhece-se que textos não são meras coletâneas de palavras⁴³. Ao contrário, os textos correspondem às instâncias sociais nas quais são elaborados e buscam atender às necessidades dos participantes nelas inseridos⁴⁴. Daí se entender que a realização de textos na esfera social (produção, circulação, interpretação e consumo) experimente condicionamentos associados às instituições, às práticas sociais, aos valores, às proibições e aos consentimentos presentes entre os variados grupamentos sociais. Isto mostra que textos, embora produzidos por subjetividades individuais, não são produzidos livremente, como se dependessem da exclusiva e adequada articulação de signos lingüísticos;

⁴³ Ademais, conforme Bakhtin, palavras de modo isolado nada significam, pois são vazias.

⁴⁴ Para Meurer, na mesma obra, a elaboração textual encontra origem na motivação individual. Em seguida, combinam-se os desejos ou necessidades baseados na “história discursiva individual” aos discursos de caráter institucional. Segundo ele, “Dessa forma, instituições como a igreja, a escola, o estado, os partidos políticos, o sexismo, etc. incentivam, proíbem, permitem ou exigem – através de seus discursos – determinados comportamentos e propõem que objetos e eventos sejam vistos sob determinados ângulos, como tendo determinados valores. Grande parte desse processo se dá através de textos.”

ao contrário, todo sujeito ao elaborar textos não detém o estrito controle das suas próprias asserções, haja vista ser ele mesmo elo da cadeia intertextual sem fim. E como entidade subjetiva, inscreve-se no interior do enunciado linguístico a representar a si, os outros e o mundo.

Decisões jurídicas são textos cuja elaboração se dá em bases sociais, porquanto o direito é social: o direito se realiza na interação. Por conseguinte, no ato de elaboração de um texto jurídico, seja qual for seu agente ou sua finalidade, percorrem-no cadeias de significados elaborados coletivamente, influenciados por traços culturais, valorativos, ideológicos etc., de modo a atender exigências e expectativas quer pessoais quer institucionais.

À semelhança de outros textos, decisões jurídicas são objeto de permanentes reelaborações no transcurso do tempo, de modo a incorporar novos sentidos. Dessa forma, as palavras, material básico de toda e qualquer produção textual, incorporam visões do mundo as quais vão sendo aceitas no meio social e funcionam como signos coletivos, orientados a partir das opções (valorativas, econômicas, ideológicas etc.) dessas mesmas coletividades⁴⁵.

⁴⁵ Observem-se, por exemplo, as seguintes ementas de julgamentos acerca da mesma temática: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 502995/RN – Recurso Especial 2002/0174503-5 (...). Brasília, DF, 26 de abril de 2005. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=homossexual+e+uni%E3o+est%E1vel.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4> > Acesso em: 28. out. 2007. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO. HOMOSSEXUAIS. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. COMPETÊNCIA. VARA CÍVEL. EXISTÊNCIA DE FILHO DE UMA DAS PARTES. GUARDA E RESPONSABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele *munus*, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados - arts. 1º e 9º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. 21 de setembro de 2004.

Neste patamar, textos deixam de ser apenas objetos materiais e passam a ser – e a veicular – discursos, os quais, para existir, dependem de três componentes: a) dos ambientes institucionais organizados; b) das práticas e valores particulares desses ambientes; c) e da linguagem que funciona como via de transmissão desses valores. Logo, discursos equivalem ao conjunto de manifestações produzidas e articuladas pela via linguística os quais manifestam, na esfera individual e social, os valores e orientações das instituições nas quais são produzidos e, portanto, dos sujeitos que os confeccionaram.

Os discursos são o substrato do texto, inclusive no que respeita à forma que ele assumirá, ao que deverá ser abordado e como deverá ser organizado. Cada instituição exerce sua autoridade na produção textual, e, devido às orientações que adota (políticas, ideológicas, econômicas etc.), imprime no texto as “marcas” que lhe servirão de identificação e distinção dentre as demais instituições⁴⁶.

Apelação Cível 2001.72.00.006119-0, Santa Catarina, 21 de setembro de 2004. Disponível em: < http://www.trf4.gov.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.php > Acesso em 28. out. 2007. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. UNIÃO ESTÁVEL. HOMOSSEXUAL. ART. 217, I, C, DA LEI N. 8.112/90. DESIGNAÇÃO. AUSÊNCIA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA. 1. Entender que os homossexuais estariam excluídos da "união estável", vez que esta se verificaria somente entre um homem e uma mulher, significaria a exclusão do reconhecimento da convivência entre homossexuais em ótica evidentemente divorciada da realidade e em dissonância com os preceitos constitucionais. 2. À míngua do ato formal de designação de dependente, prevista no art. 217, I, "C", Lei nº 8.112/90, não pode a Administração Pública rejeitar pleito de concessão de pensão temporária fundado apenas na dependência econômica do servidor falecido devidamente comprovada. Isto porque a designação constitui mera formalidade em que o designante dá notícia à Administração da eleição do designando como seu dependente, passando ele a auferir, desde já, os direitos e vantagens atinentes a esta qualidade. Precedentes do STJ." O que se observa dessas decisões é a distinção de tratamento atribuído à mesma matéria, mostrando-se a segunda mais consentânea com a mudança do modelo consignado como “união estável” de modo a abarcar as relações homoafetivas.

⁴⁶ Ao lidar, por exemplo, com o texto de uma decisão judicial percebe-se não se tratar de um texto jornalístico, nem sequer um artigo científico da área médica se confunde como um relatório sobre obras públicas. Cada texto, portanto, atende às especificidades das instituições nas quais são elaborados.

Assim, por intermédio de discursos são realizadas ações sociais que, segundo Fairclough, serão vistas como formas de atuação dos agentes sociais no tocante a si mesmos, sobre o mundo e como modos de representação (Fairclough, 2001, p. 21). A cada uma dessas formas corresponderia uma “função” específica da linguagem: a *identitária*, por meio das quais as identidades sociais são firmadas no discurso; a *relacional*, a favorecer as relações interpessoais; e a *ideacional*, como os discursos passam a representar o mundo, as entidades e as relações sociais. Ou seja, através da linguagem, objeto social, os discursos se estruturam e se transmutam em modos de ação⁴⁷.

Sob esse foco, a decisão jurídica, como texto, funciona, no interior do processo, como instrumento de veiculação de elementos discursivos presentes nas relações sociais, manifestos sob a forma de ideologias, de orientações políticas e religiosas, de indicadores referentes à origem e formação social etc., elementos esses constitutivos das entidades subjetivas individuais, sem prejuízo das orientações sociais, políticas e ideológicas dos ambientes institucionais. Ao dirigir-se ao texto pertencente aos autos do processo, seja sob a forma de petição inicial, contestação, recurso, sentença, despacho, cota, informação etc. identificam-se subjetividades individualizadas como também elementos discursivos resultantes das relações sociais amplas.

⁴⁷ Portanto, discursos, para Fairclough, não se confundem com a porção falada ou escrita, ou com certos eventos sociais (discurso político), ou ainda com o “tipo de linguagem usada em diferentes tipos de situação social” ou com as chamadas “falas institucionais”, como o discurso jornalístico, médico ou escolar etc.

2 A INTERTEXTUALIDADE COMO ABERTURA AO “OUTRO”

A literatura especializada nas obras de Mikhail Mikhailóvitch Bakhtin (1895-1975) costuma se deparar com peculiaridades. De um lado, a constatação de, há mais de 40 anos, ele desenvolver, de modo solitário e atrás da “cortina de ferro”, reflexões tão atuais quanto as que vinham sendo realizadas no Ocidente: o papel da linguagem, a relação do sujeito com o seu outro, a ética que permeia as relações intersubjetivas, a epistemologia que evidencia a ausência de distanciamento entre o pesquisador das ciências humanas e o seu objeto etc. Por outro lado, depara-se o estudioso com dificuldades ora relacionadas ao obscurantismo acerca da sua figura como autor, à relação texto-autoria, e à falta de dados históricos confiáveis acerca da sua vida (Clark, 1998).

Em sua época Mikhail Bakhtin era conhecido como intelectual por poucos amigos e admiradores. Na atualidade, contudo, desponta como intelectual cujas ideias vêm sendo aplicadas a áreas as mais distintas, como a linguística, a teologia, a psicanálise, a teoria social, a poética histórica etc.

É possível que essa diversificação decorra dos próprios interesses do autor que consistiram em desenvolver reflexão filosófica ampla, baseando-se na distinção entre o “pensamento de natureza filosófica”, voltado à apreensão do mundo em sentidos amplos, e o “pensamento de natureza científica”, preso a amarras fixadas a partir de modelos científicos (Faraco, 2006, p. 37)⁴⁸.

⁴⁸ Nessa distinção estaria o cerne do trabalho desenvolvido por Bakhtin. Segundo Faraco, seria ele um “filósofo no sentido heideggeriano do termo”, voltado a uma filosofia sem fronteiras se comparado à preocupação do filósofo alemão “cujo eixo foi precisamente superar o esquecimento do Ser praticado pela metafísica, (re)colocar na agenda filosófica a questão do Ser, do sentido do Ser.”.

Identificado com certa tradição hermenêutica, admite Bakhtin que o *status* científico das ciências humanas se realiza na interpretação, mediante a atribuição de “sentidos” (de cunho dialógico, em constante (re)elaboração), em nada semelhante às orientações e práticas das ciências da natureza, pautadas pela relação entre modelos e explicações (monológico, emudecido na relação objeto-pesquisador).

Neste sentido, o ato compreensivo, além do psiquismo inerente, porém não absoluto, se constrói na interação social em face do chamado “universo cultural”, cuja incidência goza de prevalência sobre a consciência individual. Daí a compreensão pautar-se pelo caráter dialógico, responsivo, ético, axiológico, ideológico, afinal.

2.1 O caráter dialógico entre o *self* e o “outro”

A fim de estabelecer aproximação ao termo intertextualidade, antes, faz-se necessário acercar-se de algumas ideias pertencentes às reflexões de Mikhail Bakhtin, consideradas pressupostos à compreensão daquele fenômeno textual⁴⁹, em particular, *dialogismo*.

A literatura especializada em Bakhtin sugere que seus principais interesses recaíam na formulação de uma teoria da linguagem capaz de dar

⁴⁹As reflexões a seguir foram resultado de pesquisa em material sobre a vida e obra de Bakhtin. Como referência principal utilizou-se a obra de Clark e Holquist, intitulada *Mikhail Bakhtin*, haja vista ser um dos poucos trabalhos que conseguiu abarcar – de modo abrangente – vida e produção intelectual do autor russo. Esclareça-se ainda que na referida obra de cunho biográfico também se desenvolveu análise de diversos textos de Bakhtin, fragmentos e textos completos, escritos originalmente em russo, no interstício de 1918 a 1924, considerados fundamentais para a fixação das linhas gerais do pensamento do autor.

conta de temas variados como o eu (*self*) e o “outro”⁵⁰, a autoria, a ética nas relações interpessoais etc. a partir de um elo comum: a da interação verbal como “modo de ser social dos indivíduos” (Teixeira, 2006, p. 229).

O pressuposto inicial de sua obra, detectável desde seus primeiros textos, consiste no dualismo entre “o mundo da teoria” e “o mundo da vida”, cabendo ao primeiro a abstração e ao segundo a “existência de seres históricos únicos”, tal como entende Faraco (2006), cujos comportamentos ensejam atos únicos, singulares, irrepetíveis. Dualismo esse impossível de ser superado, salvo mediante a submissão da razão teórica à razão prática, sendo esta última a que se movimenta a partir do mundo interior em direção ao mundo da vida, ou seja, que se torna objeto de vivência real⁵¹.

Seu interesse, pautado no “mundo da vida”, consiste em situar o sujeito como ser único e participativo das relações sociais estabelecidas, cujo lugar no mundo não pode ser ocupado por qualquer outro sujeito. Nesse quadro, a individualidade pressupõe a não-indiferença à sua existência, principalmente quando se considera que nenhum sujeito está só; logo, na contraposição entre ele e o outro, pauta-se a vivência de acordo com “valores” (Faraco, *op. cit.*, p. 24)⁵², considerados por Bakhtin “diferentes quadros axiológicos” nos quais os sujeitos se inter-relacionam.

⁵⁰ Para evitar equívocos, quando houver referência a ideia de outro sujeito empregar-se-á a expressão o “outro”.

⁵¹ Embora não invalide a importância da teoria, as críticas de Bakhtin à relevância do sistema em relação ao indivíduo mostrar-se-ão constantes em suas obras. Essa será uma das principais críticas ao estruturalismo, por exemplo, que põe em destaque a abstração, ou seja, o sistema linguístico em detrimento do sujeito dotado da fala individual (*parole*).

⁵² “Valores”, em Bakhtin, pressupõem dimensão axiológica entre o existir e o manifestar-se. Neste ponto, mostram-se importantes a linguagem, como atividade e não como sistema, e o enunciado, sinônimo de ato singular, que expressa, no final das contas, “uma atitude valorativa em relação a um determinado estado de coisas”.

Sujeito, para Bakhtin, corresponde ao elemento subjetivo que se situa como ser da linguagem, porquanto existir – no mundo, interagir – pressupõe relacionar-se, e estabelecer relações pressupõe linguagem. Assim, “ser sujeito” é ser, ao mesmo tempo, dotado de consciência, fazer uso da linguagem e estar conectado por intermédio de relações sociais.

A posição do sujeito, como dito, é única porquanto ele é um ser individualizado. Essa posição, antes ativa que passiva, se submete por sua vez às relações espaço-temporais as quais estão sempre se modificando, seja em face do mundo natural seja em decorrência das outras individualidades (*selves*). O caráter ativo desses *selves* manifesta-se em ação, movimento, energia e performance – pois cada subjetividade é um *performador*, cada agente relaciona-se com outro agente. O instrumento de realização desse caráter ativo reside na *enunciação*, ou seja, a maneira (ou o processo) como o enunciado individual firma relações intersubjetivas mediante o entrecruzamento de elementos lingüísticos e extralingüísticos⁵³ (Brait, 2005, p. 66).

Mas cada sujeito estabelece relação com o “outro”: por um lado, limita-se na sua individualidade, e, por outro, detém, em relação àquele o que Bakhtin denomina *excedente do conhecimento*: o conjunto de informações pertencentes ao “outro”⁵⁴, porém, acessíveis tão-só ao *self* (Bakhtin, 2003, p.

⁵³ Enunciado e enunciação constituem conceitos difíceis. Não fossem empregados por diversos segmentos dos estudos lingüísticos, ou seja, pela lingüística textual, pela pragmática, pela análise do discurso etc., defini-los, sob a perspectiva de Bakhtin constitui dificuldade a parte. De acordo com Brait, enunciado relaciona-se a elementos extralingüísticos como o contexto no qual se situam os interlocutores, o conhecimento comum que os mesmos partilham entre si e avaliação que desenvolvem em torno da situação por eles vivenciada. Dessa forma, enunciado estaria associado ao produto ou ao processo no qual se deu a enunciação.

⁵⁴ Assim afirma Bakhtin: “Quando contemplo no todo um homem situado fora e diante de mim, nossos horizontes concretos efetivamente vivenciáveis não coincidem. Porque em qualquer situação ou proximidade que esse outro que contemplo possa estar em relação a mim, sempre verei e saberei algo que ele, da sua posição fora e diante de mim, não pode ver: as partes de seu corpo inacessíveis ao seu próprio olhar – a cabeça, o rosto, e a sua expressão -, o mundo

21). De modo exemplificativo, trata-se daquilo que o *self* vê e conhece acerca do outro, mas este, embora seja objeto daquele, não dispõe de meios adequados que lhe permitam “o se ver”, porque, “o sujeito se constitui numa relação intersubjetiva pela intervenção de um terceiro que tem substância, que é da ordem do articulável.”

Mas atentar para as subjetividades poderia significar distinção entre o *self* e o “outro”, como entidades físicas, identificáveis e separadas, o que não traria a princípio maiores dificuldades. Entretanto, destrinchar o *self* equivale, em Bakhtin, a perscrutar pelo “outro no *self*”. Dito de outra maneira, trata-se do “intercâmbio contínuo entre as atividades ‘eu’ e tudo o que é ‘não-eu-em-mim’”. Com essa formulação Bakhtin alija de seus interesses teóricos a subjetividade que fixa por si mesma a significação, nem admite que essa mesma individualidade se considere completa: o *self* só se firma no relacionamento com o outro, com outros *selves*.

Logo, não há lugar em Bakhtin para a tônica da subjetividade dominante e excludente; ao contrário, o “outro”, ou a “outridade”, conforme Holquist, é pressuposto de qualquer relacionamento interpessoal porquanto subjetividade mantém-se relacionada a alteridade, o que faz com que esta última extrapole os limites entre as relações discursivas e a consciência absoluta. Na alteridade o *self* se constitui: por causa dela o mundo – e o “outro” – passam a ter significado porque o *self* assim os imputa; e o “outro” imputa ao *self* as condições necessárias para que esse saiba quem ele é (Holquist, 1998)⁵⁵.

atrás dele, toda uma série de objetos e relações que, em função dessa ou daquela relação de reciprocidade entre nós, são acessíveis a mim e inacessíveis a ele.”

⁵⁵ Nesta frase, elaborada por Holquist, observa-se a interrelação entre o *self* e o outro proposta por Bakhtin: “O outro é, no sentido mais profundo, meu amigo, porque é somente do outro que eu posso obter o meu *self*.”

A presença das subjetividades e das possíveis relações de troca entre elas sugere a prevalência da indeterminação ao invés da previsibilidade. Neste sentido, apenas os organismos primitivos, tais como os protozoários seriam dotados daquilo que, em Bakhtin, poderia ser traduzido como “enderecividade”, termo que procura demonstrar a peculiaridade de alguns organismos em oferecer respostas já esperadas. Previsibilidade, portanto, só se espera desses organismos porquanto são programados para responder da mesma maneira – sempre.

Ao cuidar de organismos humanos, entretanto, a complexidade se sobreleva uma vez que se trata de *organismos sociais*, interligados por intermédio da linguagem, as quais por sua vez remetem a usos, costumes, histórias pessoais e coletivas, ideologias, orientações institucionais etc. Nesse sentido, ainda que se pretenda estabelecer previsões acerca das diferentes maneiras de responder a determinado evento ou situação, entretanto, em face dessa multiplicidade informativa, peculiar a esses organismos, não há como antecipar o que será elaborado como resposta. Logo, os organismos humanos atendem às situações sociais de modo individual: a condição que caracteriza o organismo vivo é a sua capacidade de oferecer resposta ao ambiente, de reagir a ele, “um constante ‘responsar’ ou responder,” cuja totalidade de respostas modela o sujeito individual.

Na seqüência, cada individualidade interage com outras individualidades a partir das respostas que oferecem no ambiente em que se dá a interrelação. Mas esse relacionamento pressupõe “constante troca entre o que já é e o que não é ainda”, conteúdo do diálogo e este como estrutura fundamental dos relacionamentos.

Cada organismo posicionado nesse entremeio avoca a condição de autor – ou seja, todo sujeito que, no ambiente social⁵⁶, oferece respostas a outros sujeitos. Daí se inferir que autor, na perspectiva de Bakhtin, é o ser ou entidade subjetiva que não dispõe de respostas já dadas, já acertadas. A incompletude, ao contrário, é o pressuposto de cada autor e do exercício da autoria, porquanto é a partir dela que as respostas serão solicitadas e elaboradas⁵⁷. A incompletude dá-se em razão da necessidade que o *self* tem do outro, seja a partir dos sentidos (“enxerga-se” em parte) seja em razão da localização espacial e temporal dos sujeitos no ambiente (se está aqui ou ali, neste momento ou não). Tal assertiva poderia significar que a importância do “outro” se situa na limitação do *self*; no entanto, cada *self* oferece contribuições a partir das experiências e do conhecimento que tem, o que o torna parte da cadeia de interação com outros *sel/ves*. Mas, em Bakhtin, não se trata de limitações; trata-se do que é constitutivo de cada *self*: a visão, a compreensão, a percepção etc. é sempre incompleta, parcial, de modo que sempre se remetem ao que o outro também vê, compreende, percebe etc. Assim, autoria é relação que se dá entre o *self* e o “outro” porque cada ser, em sua inteireza, é incompleto em relação ao outro, e, ao mesmo tempo, completa o outro.

Embora parte das relações estabelecidas entre os *sel/ves* se dê de modo perceptivo-sensorial, haja vista que a conformação física constitui o primeiro limite entre individualidades, relacionar-se com o outro suscita interesse ético. Em Bakhtin tal interesse se firma quando se observa que toda e qualquer

⁵⁶ Ambiente aqui tomado sob dupla perspectiva, ou seja, natural e cultural.

⁵⁷ Dito de outra maneira, apenas os organismos não-sociais, como os protozoários, as bactérias etc. dão as mesmas respostas, e por isso não são autores.

individualidade pressupõe valores e orientações pessoais, as quais, na confluência das inter-relações entre organismos sociais, resultarão em influências diretas sobre o *self* (si mesmo) e o outro. A preocupação com a ética reside, portanto, na impossibilidade “de um ente humano (...)” ser “côncio e viver uma vida neutra em termos de valores.” A consciência humana, portanto, se torna o *locus* no qual os pensamentos (valores, ideologias, interesses etc.) de outrem mantém contato com os do próprio *self*. A ética reside em esses pensamentos estabelecerem, no mundo, um complexo de respostas advindas das subjetividades de modo a propiciarem a ida em direção ao outro para voltar ao próprio *self*.

Daí a preocupação com a linguagem, material cuja existência advém da articulação entre humanos e que revela a palavra, ou seja, para Bakhtin, “o signo que nunca é o que significa”. Isto porque nem a palavra apreende o objeto, nem a palavra, quando empregada, oferece sentidos unívocos, alheios às subjetividades que as empregam. Dessa forma, ausente a relação transparente entre signo-objeto-significado, na própria palavra se situa a alteridade, ou seja, o “caráter outro” do objeto representado ora na consciência em torno do objeto, ora traduzido em forma lingüística. Malgrado a dificuldade, como vista, em situar o signo no plano das coisas como se apresentam aos sentidos, a relação que se estabelece com o que está ao redor dá-se por meio da palavra, o que conduz a inferir ser a relação homem-mundo de natureza comunicativa.

Nisto revela-se a essência do pensamento de Bakhtin sob a forma de *dialogismo*: uma subjetividade só se torna o que é porquanto dependente do outro. A via de manifestação dessa dependência, melhor, dessa

interdependência situa-se na palavra: que, na origem, nada significa *per se* (Stella, 2005)⁵⁸; que, em segundo, está sempre aberta ao outro; e cujos sentidos serão continuamente reformulados pelos usuários que fazem uso dela. Ora, se a palavra nada significa quando vista de modo isolado, para Bakhtin a elaboração de significados (sentidos, portanto) situa-se na troca entre as subjetividades humanas que fazem uso dela. É o uso da palavra nas situações sociais que imputará o sentido que se espera dela.⁵⁹ Logo, prevalece a contingência sobre a previsibilidade, de tal sorte que, modificados os atores sociais e o contexto, a palavra passará a manifestar outros tantos sentidos possíveis – conhecidos e ainda a conhecer.

Dialogismo, entretanto, esclareça-se, em nada se assemelha a diálogo, nem se refere a qualquer tipo de interação face a face. Dialogismo é a abertura presente na palavra que assegura que ela seja perpassada sempre pela palavra do outro, pois toda palavra pertencente a alguém é a palavra do outro.

Mas não se trata apenas de identificar *a fala do outro*. No discurso indireto, por exemplo, percebe-se que o sujeito que narra sobre algum evento incorpora, ao seu falar, a informação dada pelo personagem retratado, de modo a transmitir apenas a essência do pensamento a ele imputado (Garcia, 2006, p. 149), e dessa forma percebe-se esse outro no interior da enunciação.

Dialogismo, ao contrário, é elemento constitutivo da linguagem, de tal sorte que sem ele não há linguagem, pois essa depende – sempre – da

⁵⁸ Sobre a falta de significação da palavra: “O sistema da língua é dotado das formas necessárias (isto é, dos meios lingüísticos) para emitir a expressão, mas a própria língua e as suas unidades significativas – as palavras e orações – carecem de expressão pela própria natureza, são neutras. Por isso servem igualmente bem a quaisquer juízos de valor, os mais diversos e contraditórios, a quaisquer posições valorativas.”

⁵⁹ Neste aspecto, a neutralidade da palavra só pode ser cogitada em face da possibilidade de ela vir a assumir qualquer função ideológica, “dependendo da maneira em que aparece num enunciado concreto.”

elaboração entre sujeitos. Ou seja, apenas com o “deslocamento do conceito de sujeito”, do subjetivismo (individual) ao espaço social (Barros, 2003, p. 2), é possível perceber que a voz (do outro) que interessa a Bakhtin corresponde a vozes sociais, as quais fazem do sujeito que enuncia um ser ligado ao tempo, ao espaço, à história e às ideologias de dado grupo societário.

Como consequência, em Bakhtin o dialogismo opõe-se a *monologismo*. Se este último pode ser identificado como o tipo de discurso no qual o ser falante apropria-se dos discursos alheios como seus, por exclusividade, sem ceder espaço à voz do outro⁶⁰, dada a prevalência da consciência individual, o dialogismo se afirma como instrumento de integração dos sujeitos por meio da linguagem, uma vez que a fala do “outro” ganha espaço na fala alheia. A voz única, impositiva, transmuta-se em vozes multidiscursivas; o discurso autoritário é convertido em democrático mediante o afluxo de discursos polifônicos⁶¹.

Sendo assim, a palavra do outro é ele mesmo, pois é na linguagem que os sujeitos se apresentam e os objetos, como aqueles, se constituem. Com efeito, a realidade permanece intangível, intocada; apenas pela linguagem é possível tocá-la, é possível criar os objetos e relacionar-se com eles. Logo, palavras dialogam apenas com palavras (Fiorin, 1006b, p. 167), venham elas sob a forma de ideias, reflexões, juízos, pensamentos, discursos.

⁶⁰ Ou ainda em momentos históricos nos quais regimes políticos de exceção proibiam aos cidadãos o direito à expressão de ideias e do pensamento. Daí que Bakhtin também assuma importância no debate em torno da ética das relações político-sociais.

⁶¹ “Polifônico” não se confunde com “plurivocal”, pois este último remete à presença de diversidade de línguas, o que não se confunde com o primeiro. Segundo Faraco, citando Tezza, polifonia, no pensamento de Bakhtin, mais se apresenta como “categoria filosófica” que propriamente literária, haja vista referir-se ao chamado “vocabulário utópico” do autor russo ao cuidar de “um mundo radicalmente democrático, pluralista, de vozes equipolentes, em que, dizendo de modo simples, nenhum ser humano é reificado; nenhuma consciência é convertida em objeto da outra; nenhuma voz social se impõe como última e definitiva palavra.”

Todavia, recorde-se que Bakhtin entende serem vazias as palavras por si mesmas; nada significam quando manifestas de maneira isolada, porquanto alheias aos elementos pragmáticos necessários à expressão lingüística; nem pertencem a quem quer que seja⁶². Por isso ele as denomina “unidades da língua”. Entretanto, quando empregados por um falante individual numa situação concreta de “comunicação discursiva”, de modo a integrar a cadeia comunicativa, porquanto relacionadas a elementos extralingüísticos, assumem a condição de *enunciados*, para ele as “unidades reais de comunicação”.

Se as palavras não pertencem a quem quer que seja, enunciados por sua vez pressupõem falantes, e falantes são subjetividades individuais. Assim, cada indivíduo se posiciona na relação comunicativa a partir dos enunciados que produz. Todo enunciante, portanto, é autor. E todo enunciado também pressupõe o “outro”, a fala do outro, pois não há, para Bakhtin, o falante adâmico, o que nomeia e que faz uso da palavra a partir do nada, dependente exclusivo de sua consciência individual. Logo, manifestar-se por meio de enunciados equivale a manter relações com outros enunciados, com outras subjetividades.

Os *enunciados*, de modo diverso das “unidades da língua”, pressupõem a integração do outro seja através de resposta, de contestação, de aceitação etc., pois sempre são endereçados a alguém e sempre abrem espaço a manifestações⁶³. Neles não há certezas, não há respostas prévias, já acertadas, não há acordo; existem apenas contingências. Assim, os

⁶² Por exemplo, a palavra “guerra” por ela mesma nada indica. Equivale, em inglês, a “war”, que também nada acrescenta. Mas, quando empregada como “Guerra!” passa a significar, a fazer sentido: supõe-se que houve ou está ocorrendo uma declaração de confronto.

⁶³ Se se diz “água”, por exemplo, nada significa. Mas se se diz “água” como sinal de quem se rende, numa brincadeira que envolva luta, a palavra “água” já assumiu outro sentido.

enunciados são dialógicos porque no dialogismo impera a tensão entre enunciantes, entre o acordo e o desacordo, entre a convergência e a divergência.

Enunciados, em Bakhtin, distinguem-se de textos. Não fosse a confusão entre esses dois termos, que vem implicando no uso de um pelo outro, o texto corresponde à manifestação do enunciado, resultante de um conjunto de signos. Texto é a superfície material, enquanto que os enunciados são da ordem do sentido, pois não se encontram limitados à expressão verbal e podem ser manifestos por intermédio de um conjunto sógnico, seja qual for sua expressão (visual, gestual, pictórica etc.).

Ora, considerando que os enunciados pressuponham subjetividades e que a relação entre eles se baseia em relações dialógicas, cada subjetividade equivale a uma voz que enuncia. Com efeito, ao se enunciar algo, enuncia-se para alguém; logo, no mínimo duas vozes se fazem presentes: a do enunciante e a do sujeito a quem é dirigido o enunciado⁶⁴ –, presente ou não ao evento, no passado ou no futuro (Bakhtin, 2006, p. 117). Apenas o texto é o espaço que delimita a interação entre as subjetividades. Assim, todo sujeito que integra a relação enunciativa (dialógica) situa-se no tempo e no espaço, e dessa forma imprime nos enunciados as marcas sociais e ideológicas que lhes são peculiares. Daí se entender que o dialogismo seja constitutivo da linguagem: esta, como instrumento social, não se mantém no isolamento, nem sequer no

⁶⁴ “Essa a orientação da palavra em função do interlocutor tem uma importância muito grande. Na realidade, toda palavra comporta *duas faces*. Ela é determinada tanto pelo fato de que procede *de* alguém, como pelo fato de que se dirige *para* alguém. Ela constitui justamente o *produto da interação do locutor e do ouvinte*. Toda palavra serve de expressão a *um* em relação ao *outro*. Através da palavra, defino-me em relação ao outro, isto é, em última análise, em relação à coletividade. A palavra é uma espécie de ponte lançada entre mim e os outros. Se ela se apoia sobre mim numa extremidade, na outra apoia-se sobre o meu interlocutor. A palavra é o território comum do locutor e do interlocutor.”

uso individualizado; ao contrário, a linguagem só atinge seus fins e, por consequência, seus usuários porque é *in esencia* interativa, social.

2.2 A intertextualidade ou a expressão social do texto

Embora o termo “intertextualidade” seja atribuído a Bakhtin, em nenhuma de suas obras ele se faz presente, entretanto⁶⁵. Mesmo assim, imputa-se-lhe a responsabilidade pela ideia principal que consiste na relação entre textos, baseado no reconhecimento de que “todo texto se constrói como mosaico de citações, todo texto é absorção e transformação de um outro texto.” (Kristeva, 2005, p. 68). Isto porque, em Bakhtin, segundo Kristeva, a palavra deixou de ser um ponto, com sentido fixo, para se tornar o “cruzamento de superfícies textuais”, a permitir, no contexto literário, “um diálogo de diversas escrituras: do escritor, do destinatário (ou da personagem), do contexto anterior atual ou anterior.”

Portanto, o centro das preocupações de Bakhtin estava o interesse em tentar demonstrar como o texto funcionava. Tratava-se de oferecer respostas diferentes às principais correntes de seu tempo: aos marxistas, que tentavam “pinçar, na obra literária, os ‘reflexos’ da realidade extraliterária” (Fiorin, 2003, p. 69), e aos formalistas⁶⁶, preocupados com a construção do texto (Todorov,

⁶⁵ Sobre o termo intertextualidade, veja-se o que diz Fiorin: “Esse termo não aparece na obra de Bakhtin. No máximo, ele chega a falar em relações entre textos. Esse vocábulo é introduzido como pertencente ao universo bakhtiniano por Júlia Kristeva, em sua apresentação de Bakhtin na França, publicada em 1967 na revista *Critique*.”

⁶⁶ Aos “formalistas” interessava que a arte e a literatura encontrassem justificativas para si mesmas, à margem, portanto, do mundo, com o leitor ou ainda com outros autores. Segundo Todorov, “[...] os formalistas menosprezam os outros ingredientes do ato de criação, que são o conteúdo, ou a relação com o mundo, e a forma, entendida aqui como intervenção do autor,

2003). Bakhtin, ao contrário, centrava seu interesse no *sentido do texto* a partir da multiplicidade de compreensões atribuíveis aos termos que o integram, haja vista estarem eles submersos em diferentes contextos: históricos, lingüísticos, sociais, econômicos, culturais etc.

A começar, Bakhtin indagou acerca da superação do esquema básico da comunicação fixado na relação falante/ouvinte. Embora corresponda a algum momento ou evento comunicativo, o esquema em si é visto por ele como “ficção científica”, conforme Bakhtin⁶⁷. Segundo sua concepção, a comunicação exige dos interlocutores trocas constantes de posição, o que os torna falante e ouvinte de modo simultâneo, pois “toda compreensão é prenhe de resposta, e nessa ou naquela forma a gera obrigatoriamente: o ouvinte se torna falante.” Ademais, não existe o ser adâmico⁶⁸, o primeiro a dispor das palavras ou a utilizar-se do sistema lingüístico. Em resposta, “todo falante é por si mesmo um respondente em maior ou menor grau: (...)” Assim, é o caráter responsivo que permeia a elaboração dos enunciados pelo falante ou pelo ouvinte.

Para ele, a unidade que melhor representa a ação comunicativa dos sujeitos interactantes é o *enunciado*⁶⁹, sinônimo de manifestações concretas

como a escolha que um indivíduo singular faz entre os elementos impessoais e genéricos da linguagem.”

⁶⁷ Para que se entenda a ficção proposta por Bakhtin: “Desse modo, o ouvinte com sua compreensão passiva, que é representado como parceiro do falante nos desenhos esquemáticos das lingüísticas gerais, não corresponde ao participante real da comunicação discursiva. Aquilo que o esquema represente é apenas um momento abstrato do ato pleno e real de compreensão ativamente responsiva, que gera a resposta (a que precisamente visa o falante). Por si mesma, essa abstração científica é perfeitamente justificada, mas sob uma condição: a de ser nitidamente compreendida apenas como abstração e não ser apresentada como fenômeno pleno concreto e real; caso contrário, ela se transforma em ficção.”

⁶⁸ Para Bakhtin, o falante não é um Adão bíblico, só relacionado com objetos virgens ainda não nomeados, aos quais dá nome pela primeira vez. As concepções simplificadas sobre comunicação como fundamento lógico-psicológico da oração nos lembram obrigatoriamente esse Adão mítico.

⁶⁹ Há certa imprecisão terminológica acerca do termo “enunciado”, a começar pela proximidade com os conceitos de “texto” e de “discurso” na obra de Bakhtin. Segundo Fiorin, a dificuldade maior reside na distinção entre texto e enunciado uma vez que ambos são atribuídos a um

desses sujeitos (Bakhtin, 2003)⁷⁰. É através dele que os sujeitos elaboram suas falas, a partir de suas respectivas visões de mundo, mediante a captação e reelaboração de outros tantos enunciados, presentes ou anteriores. Esse movimento, de idas e vindas entre falante e ouvinte, e o conseqüente intercâmbio resultante é o que assegura, segundo Bakhtin, a alternância dos sujeitos na comunicação real.

No tocante ao texto escrito, as orientações bakhtinianas atingiram de imediato o *status* da palavra, esta considerada elemento fundamental na elaboração textual. Mas a palavra em si não pertence a quem quer que seja, nem guarda em si significados consolidados. Logo, a fim de propiciar reflexões em torno dela mostrou-se necessário acercar-se do sujeito que a emprega, ou seja, o autor.

Em Bakhtin, o autor deixou de ser o sujeito dotado de autonomia sobre a palavra, passando à condição de interlocutor histórico com outros elementos: cultura, sociedade, valores, ideologias etc. A palavra, empregada por esse sujeito, passou a ser vista a partir da sua integração com elementos históricos e pragmáticos, bem como se tornou apta a abandonar o âmbito da escrita oficial, dos “sentidos do dicionário”, dos sentidos estabilizados, portanto, para se tornar plurivalente (Fávero, 2003, p. 50), plurisignificativa⁷¹. Logo, para

autor, são irrepetíveis e só adquirem sentido na relação dialógica. Daí ele indagar se ambos não seriam a mesma coisa.

⁷⁰ “Reiteremos: o enunciado é um elo na cadeia da comunicação discursiva e não pode ser separado dos elos precedentes que o determinam tanto de fora quanto de dentro, gerando nele atitudes responsivas diretas e ressonâncias dialógicas.”

⁷¹ Segundo Kristeva, tal percepção deve-se ao enveredamento de Bakhtin pela *carnevalização*, que o fez atentar para a quebra da linguagem conforme parâmetros da gramática e da semântica, de maneira a torná-la instrumento de contestação da linguagem oficial. Nesse sentido, entende-se que “a visão carnavalesca do mundo, (...)” apresenta-se “como uma percepção *vasta e popular* que liberta do medo e aproxima o mundo do homem e o homem do homem; opõe-se ao sério, ao monológico, ao oficial gerado pelo medo, à discriminação das

Bakhtin, não havia mais espaço para a divisão entre “linguagem poética” e “linguagem prática”, do dia a dia, tal como preconizado pelos formalistas russos, como se cada uma delas respondesse a um atributo ou finalidade particular. Ao contrário, tanto uma quanto outra manifestava a abertura de sentidos, peculiar à palavra (Kristeva, 2005)⁷².

A palavra, portanto, deixou de ser vista à deriva do contexto social (Stella, 2005)⁷³. Em resposta, firmou-se no chamado “espaço textual” estabelecido entre o sujeito produtor da escritura, o correspondente destinatário e os textos anteriormente produzidos. Dessa forma, Bakhtin assegurou à palavra duas dimensões: a *horizontal*, na qual ela passa a pertencer ao sujeito que escreve e ao que lê; e a *vertical*, que se caracteriza pela relação texto e contexto. Para Kristeva, essas dimensões equivalem ao *diálogo* e à *ambivalência*, haja vista os sujeitos interactantes se intercomunicarem no tempo e no espaço, instaurando-se entre eles a tensão entre resposta e expectativa, atração e repelência.

Do cruzamento dessas dimensões, ou *eixos*, percebe-se a intersecção entre seus próprios elementos constitutivos, ou seja, as palavras, pois são elas que dão sentido aos eixos propostos. Assim, quer seja o diálogo, entendido como contato entre sujeitos, quer seja a ambivalência, equivalente à abertura de sentidos e possibilidades comunicativas, ambos se pautam pelo embate

sociedades em classes, ao dogmático, hostil às mudanças e com tendências à absolutização do estado de existência das coisas e do sistema social.”

⁷² Mais uma vez reitera Bakhtin o estatuto da palavra como estatuto primordial da linguagem o que significa, para Kristeva, tomar a palavra e estudá-la a partir das suas articulações mediante encontro de diferenças, ou seja, “outras palavras da frase, e encontrar as mesmas funções (relações) ao nível das articulações de seqüências maiores.”

⁷³ “Desde as primeiras décadas do século XX, nos trabalhos de M. Bakhtin e seu Círculo não somente a palavra, mas também a linguagem em geral, é concebida e tratada de uma outra forma, levando-se em conta sua história, sua historicidade, ou seja, especialmente a linguagem em uso. Isso significa que, no pensamento bakhtiniano, a palavra reposiciona-se em relação às concepções tradicionais, passando a ser encarada como um elemento de feitura ideológica.”

entre o escritor e o leitor, e, por conseqüência, geram outras palavras, outros textos, novos sentidos. Portanto, tendo sido as palavras submetidas a constantes e novas elaborações no contexto social, elas passam a manifestar discursos, ou seja, afirmações pelas quais são veiculados valores e significações sociais Bakhtin, 2003)⁷⁴.

Os “textos anteriores” aos quais alude Bakhtin são, de fato, textos produzidos em sociedade os quais se inserem em contextos históricos, elaborados por sujeitos também históricos, os quais servem, de modo básico, à “internalização de outros tipos de textos já existentes”. Esse fenômeno baseado no intercâmbio entre textos, também denominado intertextualidade, é o que assegura perceber o aspecto dinâmico das relações interpessoais: a começar pela linguagem, elemento que define o ser humano, que se manifesta por intermédio da produção de textos – orais ou escritos – os quais remetem a outros textos.

Embora o caráter social permeie a produção textual, haja vista a presença do agente produtor, o meio no qual é elaborado e o propósito a que foi destinado, todo texto, entretanto, é individual. Esse caráter, manifesto sob a forma de subjetividade, pressupõe elementos intangíveis, articulados entre si, os quais servirão – de uma forma ou de outra – como indicadores na relação homem/mundo, tais como valores pessoais, formação sócio-cultural, orientações político-ideológicas, compromissos sócio-institucionais etc. –,

⁷⁴ “Eis por que a experiência discursiva individual de qualquer pessoa se forma e se desenvolve em uma interação constante e contínua com os enunciados individuais dos outros. (...) Nosso discurso, isto é, todos os nossos enunciados (inclusive as obras criadas) é pleno de palavras dos outros, de um grau vário de alteridade ou assimilabilidade, de um grau vário de aperceptabilidade e de relevância. Essas palavras dos outros trazem consigo a sua expressão, o seu tom valorativo que assimilamos, reelaboramos, e reacentuamos.”

elementos esses que integram e interagem na constituição dessas subjetividades.

Se, no passado, mostrou-se admissível estabelecer distinções entre língua-sistema e língua-individualidade, na atualidade, entretanto, por força das diversas incursões em torno da insuficiência daquele modelo, atribui-se ao sujeito produtor textual a posição de sujeito histórico, participante e responsável pela elaboração contínua dos signos lingüísticos das suas formas de manifestação social. Daí que, adotando-se as reflexões de Bakhtin, se mostrem falíveis quaisquer concepções que invoquem a prevalência do sistema em relação ao indivíduo, a neutralidade da palavra e do próprio sujeito usuário do código lingüístico. Esses elementos (sistema, palavra e sujeito) sempre se apresentam envolvidos em conteúdos valorativos variados, associados àqueles fatores intangíveis outrora citados.

No mais, todo texto se volta ao convencimento de alguém por outrem dado o caráter argumentativo que o permeia. Com efeito, interage-se devido a objetivos e interesses e fins a serem atingidos. E a própria língua apresenta-se aos seus usuários a partir de ferramentas (Koch, 2006b) que assegurem a argumentatividade⁷⁵. Assim, tendo-se em vista essa característica argumentativa, reconhecer-se que todo texto tem, por trás de si, um produtor que procura persuadir o leitor (ou leitores), usando para tanto vários recursos de natureza lógica e lingüística.

⁷⁵ É o que demonstra Koch ao do caráter argumentativo da linguagem. Segundo ela, “Quando interagimos através da linguagem (quando nos propomos a jogar ‘o jogo’), temos sempre objetivos, fins a serem atingidos; há relações que desejamos estabelecer, efeitos que pretendemos causar, comportamentos que queremos ver desencadeados, isto é, pretendemos *atuar* sobre o(s) outro(s) de determinada maneira, obter dele(s) determinadas reações (verbais ou não verbais).”.

Por outro lado, ainda sobre esse caráter individual, embora possam ser repetíveis os textos, seja pela repetição da sua enunciação, seja pela via mecânica, mediante a produção de cópias, mesmo assim “a reprodução do texto pelo sujeito (a retomada dele, a repetição da leitura, uma nova execução, uma citação) é um acontecimento novo e singular na vida do texto” a provocar novos encadeamentos discursivos. Portanto, a intertextualidade, significando desdobramento textual – passado, presente e futuro –, encerra a reatualização do texto seja em razão do contexto, dos agentes usuários da língua, do ambiente institucional e aos fins propostos ao texto.

Como dito em momento anterior, os textos não são elaborados de modo aleatório. Todo texto se apoia em convenções coletivas aceitas pela comunidade dos usuários de determinado signo lingüístico, o que permite inferir a existência de uma “lógica geral dos signos” que transforma a linguagem em linguagem potencial⁷⁶, aberta às muitas possibilidades de interpretação, haja vista que “não existe um potencial texto único dos textos.”⁷⁷ Não há falar, portanto, em sentidos textuais fechados, em relação aos quais não se possa atribuir (ou extrair) novos sentidos. Admitir que o texto se submeta a tal grau de restrição equivale a imobilizá-lo: porque derivado de uma subjetividade criadora exclusiva, ou porque esteja “fechado” à revisão de seu

⁷⁶ Ou seja, devido à presença desses signos adotados pela coletividade, pode-se antever que os textos não só atendam a certas exigências relacionadas à comunicação veiculada através deles, como também é possível cogitar interpretações que se encaixem nos propósitos do texto.

⁷⁷ Neste aspecto, a reflexão de Bakhtin se apresenta bastante oportuna em face da abertura de sentidos que ele sugere no que pertine à atividade interpretativa textual, de modo a afastar possibilidades interpretativas únicas, definitivas, sem possibilidade de revisão. No âmbito jurídico, por sua vez, as ideias de Bakhtin oferecem resistência a expressões habituais do jargão profissional como “interpretação consolidada”, “interpretação definitiva”, “jurisprudência remansosa” etc., as quais, se por um lado apenas funcionam como elemento retórico, por outro, contudo, apontam para o tipo de compreensão que ainda se adota nesse meio, tendente a sentidos fixos, definidos, estabilizados.

conteúdo pelos usuários do código lingüístico específico. O texto, em resposta a tais conjecturas estreitas, fixa sua existência na *fronteira entre duas consciências* as quais envolvem dois sujeitos, os produtores textuais mínimos. Do contato entre elas, em face dos textos criados, decorre reação porque envolvidas autorias distintas: entre o texto pronto e o a ser elaborado, entre o que é e o que não é ainda.

A partir dessas considerações, poder-se-ia então afirmar, em linhas gerais, que a intertextualidade corresponde ao meio pelo qual ocorre o diálogo entre textos. Segundo Fiorin (2006a), um “tipo composicional de dialogismo” que ocorre no interior de dois textos, cada um com existência independente. Dessa forma, a intertextualidade se apresenta como característica inerente aos textos porque não existem os que não se comuniquem com outros textos – passados, recentes, presentes ou futuros.

No tocante ao seu caráter funcional, esse diálogo intertextual compreende a participação de um texto em outro (Lopes, 2003), tal como ocorre com a citação⁷⁸. Neste sentido, a citação ocorre quando o autor de determinado texto recorre a outro, utilizando-se do(s) trecho(s) que se ajuste(m) à ideia por ele apresentada. A parte recém integrada ao texto em elaboração passa a denominar-se *intertexto*⁷⁹. Assim, a parte e o todo interligados dão forma ao texto final, conferindo-lhe encadeamento, tessitura.

Mas não basta que exista entre texto e intertexto apenas por força de encadeamento lógico; exige-se que o texto manipulado como intertexto e

⁷⁸ Intertextualidade e citação mantêm estreito relacionamento. Embora ainda não se adotasse a presença de um texto noutro, entendia-se, contudo, “o discurso poético como resultado da reescrita expandida – (...) – de um texto anterior (...)” Dessa forma, em escritos de alguns autores russos, anteriores a Bakhtin, pode-se encontrar a nascente da intertextualidade.

⁷⁹ Trata-se de modalidade de incorporação textual explícita, objeto de discussão mais a frente.

anteriormente produzido faça “parte da memória social de uma coletividade ou da memória discursiva (Koch, 2006a)⁸⁰”. Dessa forma, o intertexto faz soar ecos de outros textos, tornando-os integrados no texto submetido à composição, o que o torna ferramenta de interligação entre épocas, situações, eventos, pessoas, discursos etc. Logo, o intertexto assegura a superação da individualidade criadora de modo a tornar o texto final cenário socialmente expandido (Kristeva, 2005).⁸¹

A intertextualidade em Bakhtin assume também outros contornos: de um lado, é apresentada como constitutiva da linguagem por força do dialogismo; de outro, deve ser vista como “marcas de absorção” do discurso alheio. Na primeira acepção, como visto em momento anterior, não há linguagem que não pressuponha o que o outro diz acerca de si mesmo e do mundo⁸². Na segunda, também chamada de “concepção estreita de dialogismo”, as marcas dos intertextos apenas beneficiam o funcionamento real da linguagem.

Sob a perspectiva da composição, tomando-se a superficialidade material do texto, a intertextualidade manifesta-se através de “marcas textuais”⁸³, sejam elas *explícitas* ou *implícitas* (Authier-Revuz, 2004, p. 12).

⁸⁰ Segundo KOCH, a intertextualidade sob essa perspectiva refere-se àquela denominada *strictu sensu* porquanto privilegia os textos (ou fragmentos) efetivamente produzidos. Outras modalidades, contudo, são também indicadas pela literatura especializada, como a intertextualidade temática, estilística, explícita, implícita etc.

⁸¹ Esta a ideia de Kristeva que, segundo ela, a intertextualidade substitui a subjetividade. Não parece que a autora extraia dessa elaboração o papel ativo do sujeito que faz uso do intertexto; apenas procura demonstrar que a intertextualidade, enquanto arraigada na intercomunicação textual, expande os limites da subjetividade, instalando-a temporal e espacialmente. Assim, o texto, por causa dele, amplia-se em direções não definidas.

⁸² Segundo FIORIN, Bakhtin entende que há duas maneiras de introduzir o discurso alheio: seja mediante citação direta, aberta do discurso do outro (“discurso objetivado”), seja pela falta de separação clara entre os enunciados citados.

⁸³ Segundo Jacqueline Authier-Revuz, essas marcas equivalem a formas de manifestação heterogêneas. Para ela, a presença do outro no plano discursivo, que pode ser detectada de duas maneiras: quando mostrada (*montré*) no texto ou de forma constitutiva (*constitutive*), as quais indicam o grau de visibilidade do outro no texto.

As marcas explícitas são aquelas que vêm destacadas no corpo do texto mediante a indicação da fonte do intertexto, com a menção de quem o elaborou. Também são consideradas explícitas quando essas marcas se reportam ao que foi dito por outro enunciador⁸⁴. Os exemplos mais claros de intertextualidade explícita são o texto mencionado mediante a inclusão de aspas; nos casos em que o produtor recorre ao chamado “argumento de autoridade”⁸⁵; ou nos casos em que se faz uso do discurso direto⁸⁶.

As marcas implícitas, entretanto, não vêm acompanhadas de indicação do texto-fonte ou do enunciador (o autor). Nesse caso, espera-se que o texto alheio introduzido como intertexto, mas não previamente destacado, produza no interlocutor (falante ou leitor) o sentido esperado mediante ativação da chamada “memória discursiva”.

Esclareça-se, entretanto, que a memória discursiva não é pressuposto exclusivo da intertextualidade implícita (também denominada *interdiscursividade*); em ambos os casos, explícita ou implícita, espera-se a devida ativação⁸⁷, pois do contrário comprometida estará a relação comunicativa e de sentido⁸⁸ presentes no texto (Koch, 2006a).

⁸⁴O emprego de aspas simples ou duplas são exemplo mais claro de intertextualidade explícita, assim como o uso de notas de rodapé. Também são exemplos as costumeiras fórmulas “como disse alguém...” ou “segundo a opinião de ...”.

⁸⁵ Segundo Fiorin e Savioli, trata-se de recurso argumentativo por meio do qual o autor de um texto remete-se a outros textos visando extrair deles o fundamento da sua argumentação. Seria o equivalente a “dar peso a um texto” mediante o apoio em textos que trataram da mesma temática.

⁸⁶ Ainda segundo Fiorin e Savioli, o discurso direto consiste em modalidade de citação do texto alheio. Identifica-se e diferencia-se de outros tipos de citação a partir das seguintes características: a) vê introduzido por verbos *dicendi*, verbos que anunciam a fala do personagem (tais como modo dizer, falar, expressar, mencionar etc.); b) em geral, a fala da personagem vem antecedida por dois pontos ou travessão; c) os pronomes, o tempo verbal e as palavras, relacionados à situação apresentada, são determinados pelo contexto no qual se situa a personagem.

⁸⁷ Para que haja a detecção das relações intertextuais, exige-se do usuário da língua a ativação do seu repertório de conhecimentos. Sem ele estará comprometida a compreensão do

Assim, a intertextualidade nas modalidades explícita e implícita envolve a incorporação de texto alheio noutra – por outrem.

Mas as reflexões de Bakhtin sobre intertextualidade parecem se encaminhar em direção mais abrangente, uma vez que o caráter dialógico da linguagem ultrapassa os limites da superfície do texto no que pertine à sua elaboração.

Tomem-se, nesta oportunidade, em caráter exemplificativo, as formas de citação do texto alheio sob a forma de *discurso direto*, *discurso indireto*, este último subdividido em *discurso indireto livre*.

Segundo Bakhtin, essas modalidades de citação do texto pertencente a outrem correspondem ao que ele denomina “discurso no discurso”, “enunciação na enunciação”, podendo também ser “um discurso sobre o discurso” ou “uma enunciação sobre a enunciação”. Dificuldades a parte, *grosso modo* equivaleria à manifestação que alguém desenvolve em torno do que o outro manifestou.

Levando-se em conta as modalidades propostas, o *discurso direto* se apresenta como sendo o tipo de citação do texto alheio no qual o sujeito que faz uso dele busca estabelecer critérios de estabilização em relação ao conteúdo do objeto citado, definindo fronteiras claras referentes ao início e ao fim da citação. Daí se entender que nessa modalidade de citação o texto venha acompanhado de aspas; que, em certos textos, seja precedido por sinais

texto, a identificação do intertexto e, por fim, a elaboração do sentido que se pretendia transmitir e que poderia ter sido captado.

⁸⁸ Segundo Koch, funcionam, como modalidades de intertextualidade implícita, a paráfrase (na qual o enunciador diz, com suas palavras, o que já foi dito), o plágio (quando o enunciador se apropria de um texto de outro esperando que o interlocutor não tenha na memória o texto original) e a subversão (quando a identificação do texto-fonte é fundamental para a elaboração dos sentidos). Em cada uma delas, e a seu modo, o texto-fonte é retomado pelo enunciador mediante transformação do que já foi dito.

gráficos, como o travessão; e, por fim, que haja indicação clara sobre o sujeito produtor do texto.

Nesse caso, o manipulador do texto acerca-se das necessárias precauções de modo a preservar a voz do produtor citado, haja vista que o texto incorporado funcionará a partir de sua própria estruturação sintática. Os verbos utilizados, por exemplo, serão os que apontam para ação do interlocutor (verbos *dicendi*) os quais destacam, no texto, a personalidade de que assume a palavra. Ou seja, no texto citado – e integrado a outro – resta preservada a voz da autoria original.

O efeito resultante dessa modalidade de citação corresponde àquele da verdade, pois o sujeito que fez uso dele, ao trazer para o texto a autoria quis impregná-lo de confiança, pois as palavras ali estampadas são as palavras de alguém, em sua inteireza. Outro efeito corresponde à preservação da subjetividade do produtor do texto, pois ninguém mais além dele mesmo se expressa no texto.

Na modalidade do *discurso indireto*, ocorre transformação significativa em relação ao discurso direto. De início, desaparecem as marcas de estabilização e de delimitação referentes ao outro. Os verbos, embora *dicendi*, passam à terceira pessoa, e o tempo verbal deve corresponder ao contexto da enunciação do narrador. Passam a integrar o texto as conjunções *que* e *se* como complementos ao que está se passando.

Quanto aos efeitos, percebe-se que o narrador avoca a fala do outro, transmitindo-a conforme a entende. Embora presente a bivocalidade, manifesta pela voz do narrador e pela voz do sujeito acerca do qual se fala, não é o texto que fala por si, mas, alguém que fala por ele. Desaparecem os conteúdos

emocionais presentes no discurso direto uma vez que no indireto não se fazem presentes as exclamações, as interrogações -, ou seja, as marcas textuais pertencentes ao autor. Logo, prevalece a ideia de objetividade e de isenção emocional por parte no narrador.

No discurso indireto livre, por sua vez, cedem as barreiras de identificação das pessoas do narrador e do produtor do texto citado vez que “a fala de determinada personagem ou fragmentos dela inserem-se discretamente no discurso indireto do qual o autor relata os fatos.” Os verbos ocorrem no pretérito imperfeito e os pronomes vêm na terceira pessoa. Ocorre uma fusão entre narrador e produtor do texto citado de tal forma que elementos psicológicos, no texto, funcionam como indicadores do discurso indireto livre. Elementos subjetivos costumam fazer parte dele haja vista que interessa ao narrador transmitir a forma como o outro falou e não apenas sobre o que ele falou, e por causa disso gera-se também a bivocalidade.

A partir dessas considerações, tomando-se como exemplo os modos de citação do texto alheio, Bakhtin aprofunda as noções sobre o caráter dialógico da linguagem. O que se percebe é que a intertextualidade se torna o mecanismo propiciador da intercomunicação textual, porquanto um texto dialoga – necessariamente – com outros textos. Assim, ao buscar referências textuais em relação a textos que possam ser identificados de modo claro ou que se façam repercutir uma vez integrados à memória coletiva, o que se observa é que a intertextualidade perpassa qualquer texto, criando neles efeitos que são peculiares à pessoa que o elabora, aos propósitos que se queira atingir, aos segmentos sócio-institucionais nos quais se dará a

circulação textual, às demandas de estabilização linguísticas provocadas pelo grupo social.

3 ESTUDO DE CASO: *habeas corpus* Nº 82.424/RS (Caso Ellwanger)

3.1 Parâmetros metodológicos

Como demonstrado na Introdução, o interesse da pesquisa visa inter-relacionar as perspectivas jurídica e lingüística de modo a instrumentalizar a abordagem intertextual. Conjugam-se, portanto, esforços de natureza teórica e prática, esta última dirigida à análise de material textual.

A pesquisa encontra-se fundada em nível exploratório em face do interesse em formular (e desenvolver) reflexões voltadas a problemas cujas hipóteses possam ser objeto de estudo. Por meio dela pretende-se também proporcionar visão abrangente do problema enfrentado em face da pouca exploração do tema escolhido (Gil, 1999, p. 43).

Como instrumento de viabilização da pesquisa exploratória, adotou-se o procedimento “estudo de caso”. Embora goze de aceitação pela literatura especializada, as críticas a essa técnica não foram olvidadas, em particular aquelas concernentes à falta de rigor metodológico e ao grau de generalização. Em atenção a elas, procurou-se, desde o início: a) delimitar o alcance e extensão da pesquisa, em particular do material escolhido como *corpus*; b) definir os objetivos e suas limitações; c) reconhecer tratar-se de pesquisa em ciências humanas, a qual não se propõe a oferecer respostas conclusivas às indagações suscitadas pelo objeto e pelo pesquisador; d) que, sendo estudo de caso, não se propõe a oferecer respostas a outros casos assemelhados, mas incitar indagações que se apresentem oportunas. Dessa forma, a atividade de

pesquisa buscou circunscrever-se a esses propósitos de modo a conferir-lhe o grau de objetividade possível.

Esclareça-se, por outro lado, que não se cogita a possibilidade de desempenhar análise do *corpus* de modo alheio à interferência interpretativa, sem respaldo na subjetividade do pesquisador. Neste sentido, considerando os riscos inerentes à interferência da inteligência do pesquisador sobre o objeto, reconheceu-se, desde logo, a impossibilidade em se estabelecer fronteiras delimitadoras rígidas entre eles. Ao contrário, adotou-se orientação segundo a qual a pesquisa em ciências sociais, pautada pela inter-relação com a linguagem, mostra-se impossibilitada de enveredar pelos estritos círculos da neutralidade.

Tais limitações, entretanto, serviram de incentivo para que fossem adotados critérios aptos a conferir objetividade ao trato do material: a) uso da linguagem em terceira pessoa; b) adoção de etapas na análise do material; c) quantificação objetiva mediante a definição de critérios igualitários -, aspectos esses melhor explicitados a seguir.

Visando à explicitação dos resultados, foram adotadas as abordagens qualitativa e quantitativa.

No tocante à primeira, o interesse principal recaiu no oferecimento de considerações úteis acerca do problema enfrentado, ou seja, o papel exercido pela intertextualidade, como instrumento social, na elaboração do texto da decisão judicial. Por outro lado, procurou demonstrar de que modo a intertextualidade encontra-se articulada a diversos elementos presentes no texto decisório, de modo a vincular atividades composicionais e subjetivamente valoradas.

Por outro lado, buscou-se oferecer informações acerca das ocorrências intertextuais, quantificando-as, considerando-se que o levantamento numérico dos intertextos, além de mera quantificação em si, tem a propriedade de oferecer outras possibilidades de análise do material. Assim admitiu-se haver correlação entre os diversos tipos de intertexto e suas respectivas aparições na decisão, e, por outro lado, que a análise desse dado pudesse ser útil à compreensão do papel do intertexto em si, à importância dada a ele pelo julgador, e, por fim, ao “peso” que o mesmo viesse a conferir ao entendimento adotado.

Acredita-se que a junção dessas abordagens assegurará compreensão e explicitação das razões empregadas para apreensão do fenômeno estudado.

O objeto submetido a análise constitui-se das decisões oriundas do Supremo Tribunal Federal (STF), proferidas no *habeas corpus* nº 82.424/RS. Nesse processo figuraram como paciente Siegfried Ellwanger e, como autoridade recorrida, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A discussão presente nos autos cingiu-se à publicação, edição e venda de literatura de caráter antissemita e se tais práticas configurariam crime de racismo.

Os textos que compõem o referido processo são as decisões proferidas pelos ministros do STF, consideradas decisões individuais dos componentes da Corte.

Todos os votos pertencentes a esse julgamento, além de estarem disponíveis para consulta no sítio informatizado do STF, foram publicados pela editora do mesmo tribunal sob a forma de livro intitulado “Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF: *habeas corpus* 82.424/RS”.

Em seguida, a pesquisa encaminhou-se à identificação de todos os intertextos presentes no *corpus*. Para fins de seleção e classificação das ocorrências intertextuais optou-se pelo chamado “intertexto explícito”, considerado como todo aquele acompanhado por aspas duplas ou simples, com a indicação do autor, no corpo da decisão ou em nota de rodapé⁸⁹. Foram também selecionadas as ocorrências textuais que apenas registraram, apenas em nota de rodapé, a indicação do texto-fonte⁹⁰.

Observou-se que alguns julgadores manifestaram seus respectivos posicionamentos acerca da temática do processo em mais de uma oportunidade, por meio de “votos vista”, os quais antecederam o “voto” principal. A fim de evitar equívocos, cada manifestação recebeu um número cardinal, correspondendo à primeira ou à segunda manifestação do mesmo ministro.

Não foram objeto de investigação os textos concernentes aos “debates” e às “questões de ordem”, dada a ausência de intertextos nesse material.

Em seguida, os intertextos foram agrupados em categorias definidas de acordo com o tipo de informação veiculada. As categorias criadas para esse propósito foram: “legal”, “jurisprudencial”, “doutrinária”, “técnico-jurídica” e “outras fontes”, esta última subdividida em “religiosas”, “científicas”, “literárias e

⁸⁹ Esclareça-se que não foram consideradas as citações nas quais constavam apenas o nome de autor sem a transcrição do texto por ele elaborado.

⁹⁰ Embora se apresente como exceção ao critério geral utilizado para seleção dos intertextos, considerou-se oportuno integrar esse tipo de material em face da importância a ele atribuída por alguns julgadores. Foi o caso, por exemplo, dos intertextos utilizados pelo Ministro Maurício Corrêa (J2).

poéticas”, “verbetes de dicionário”, bem como citações textuais dos próprios julgadores⁹¹.

Entende-se por “legal” toda citação que tenha por fonte texto de lei, tal como a Constituição Federal, lei federal, estadual ou municipal, tratado ou convenção internacional incorporados ao ordenamento normativo, leis complementares, decretos-leis, decretos etc.⁹².

O intertexto “jurisprudencial” refere-se ao tipo de citação extraída de outra decisão judicial (nacional ou estrangeira). Neste caso, também foram considerados intertextos as decisões jurisprudenciais que serviram de referência à fundamentação empreendida pelo julgador, embora não tenham se apresentado – no texto – entre aspas⁹³.

Intertexto “doutrinário” por sua vez compreende os textos elaborados por autores da área jurídica bem como textos de escritores de outras áreas do conhecimento, tais como sociologia, antropologia, filosofia etc.

Entende-se por citação “técnico-jurídica” aquela produzida por jurista chamado a participar de modo efetivo do processo em análise (*habeas corpus* 82.424/RS) na condição de *amicus curiae* (Nery, 2004, p.68), de representante do Ministério Público ou como advogado⁹⁴.

⁹¹ Citações integrantes do próprio *habeas corpus* nº 82.424/RS ou provenientes de outros julgamentos.

⁹² Em face da natureza da prática delitiva em discussão (crime de racismo) foram consideradas apenas as citações oriundas de textos normativos federais.

⁹³ A aceitação desse material deveu-se ao hábito, na prática dos tribunais, em indicar apenas o processo judicial (número, nomes das partes etc.) e utilizá-lo como referência a outros julgamentos.

⁹⁴ Expressão que significa “amigo da corte”. Segundo Nery, trata-se de figura originária do direito anglo-saxônico que “intervém no processo no sentido de colaborar com a Corte Suprema (*interventio ad adiuvandum*), deduzindo razões, memoriais, juntando documentos” de modo a auxiliá-la “no encaminhamento das questões relativas ao controle abstrato da constitucionalidade das leis e atos normativos.” A participação do *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade encontra-se prevista na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, cujo art. 7º, §2º prevê a possibilidade de o relator da referida ação admitir a manifestação

Por fim, consideram-se “outras fontes” todos os intertextos a princípio não incluídos nas categorias anteriores, mas que exerceram destaque na fundamentação da decisão. Nesse sentido foram agrupados nessa categoria os intertextos extraídos de manifestações dos representantes do Poder Legislativo (discursos, por exemplo), de textos bíblicos, de textos literários ou poéticos, sermões, verbetes de dicionário etc. Também foram também incluídos nessa categoria os excertos dos votos dos próprios ministros, pertencentes ao *habeas corpus* nº 82.424/RS⁹⁵.

Definidos os critérios acima, procedeu-se às etapas subsequentes da pesquisa.

A primeira consistiu na identificação de cada intertexto nos votos analisados, ainda que mais de um estivesse presente no mesmo parágrafo, de acordo com sua ordem de aparição. Na sequência foi elaborado quadro referente a cada intertexto encontrado, conforme as categorias fixadas (“legal”, “jurisprudencial”, “doutrinária”, “técnico-jurídica” e “outras fontes”), acompanhadas da quantidade de aparições.

A etapa seguinte consistiu na análise do material intertextual, levando-se em consideração: a) a identificação do intertexto presente na decisão; b) o tipo de intertexto utilizado e os atores sociais responsáveis por ele; c) e o papel desempenhado pelo intertexto na decisão.

Esse estágio apresentou-se, portanto, como aquele que mais demandou atividade interpretativa uma vez que abordou os dados a partir da perspectiva

de outros órgãos ou entidades, em face da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes.

⁹⁵ As citações dos votos dos próprios ministros não foram incluídas na categoria “jurisprudencial” em razão de elas não constituírem jurisprudência na data do julgamento, e devido ao fato de a seleção desses intertextos influir no levantamento numérico final, o que causaria a contagem em dobro.

do texto, fazendo-os interagir com as possibilidades interpretativas, condicionados, entretanto, aos recursos e limitações do próprio pesquisador. Entre tais possibilidades, adotou-se a perspectiva dupla segundo a qual se vislumbra “a inserção da história (sociedade) em um texto e deste texto na história” (Fairclough, 2001), baseada em Kristeva, para quem o texto, além de absorver e ser construído por textos do passado, contribui, também, para o desenrolar de mudanças amplas. Dessa forma, o texto, sob a ótica da intertextualidade, assume importância social porquanto ora coopera para a realização de transformações abrangentes, mediante a adoção de práticas discursivas outras, ora serve de instrumento à manutenção das estruturas e práticas sociais consolidadas.

Tendo em vista tais orientações, considerou-se a importância dos diversos elementos intertextuais introduzidos no material sob análise. Embora de modo abrangente, atribuiu-se destaque ao vocabulário empregado, à presença ou não do texto-fonte e como tal elemento influiria no papel do intertexto e na composição da decisão, o valor da pressuposição, o modo de representação do discurso do “outro” (se direto, indireto ou indireto livre).

Estabelecidos esses parâmetros, portanto, partiu-se ao tratamento do material textual. Sua reunião, para melhor explicitação, demandou a elaboração de quadros nos quais figurassem os intertextos identificados e classificados, conforme o modelo abaixo:

Julgador	Corpus (C1/C2)	Intertexto	Tipo	Página
-----------------	---------------------------	-------------------	-------------	---------------

Para melhor compreensão do quadro, segue-se a explicação dos seus elementos constitutivos.

O item “jugador” refere-se ao ministro prolator da decisão. Atribuiu-se a cada um deles um número cardinal de acordo com sua aparição na seqüência de julgamentos. Assim, estabeleceu-se a seguinte ordem em relação aos julgadores⁹⁶:

Ministro Moreira Alves	Julgador 1 (J1)
Ministro Maurício Corrêa	Julgador 2 (J2)
Ministro Celso de Mello	Julgador 3 (J3)
Ministro Gilmar Mendes	Julgador 4 (J4)
Ministro Carlos Veloso	Julgador 5 (J5)
Ministro Nelson Jobim	Julgador 6 (J6)
Ministra Ellen Gracie	Julgador 7 (J7)
Ministro Cezar Peluso	Julgador 8 (J8)
Ministro Carlos Britto	Julgador 9 (J9)
Ministro Marco Aurélio	Julgador 10 (J10)
Ministro Sepúlveda Pertence	Julgador 11 (J11)

O item seguinte, denominado *corpus* (C1/C2), refere-se à decisão prolatada. Porém, sabendo-se que alguns dos julgadores manifestaram seus

⁹⁶ Para a ordenação dos julgadores não foram consideradas as orientações do Regimento Interno do STF sobre a ordem a ser seguida durante os julgamentos, nem se adotou critério de antiguidade. A seqüência corresponde àquela apresentada no livro “Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF: habeas corpus 82.424/RS” que serviu ao levantamento dos intertextos.

entendimentos em mais de uma oportunidade, o material referente à decisão foi classificado em função do momento em que foi proferido. Dessa forma, o *corpus* passou também a ser denominado “C1” ou “C2”, tratando-se da primeira ou da segunda manifestação, respectivamente⁹⁷.

O item “intertexto” refere-se ao elemento textual empregado pelo julgador em sua decisão.

O item “tipo” refere-se à classificação dos intertextos conforme as categorias especificadas, *in casu* “legal”, “jurisprudencial”, “doutrinária”, “técnico-jurídica” e “outras fontes” e suas respectivas subdivisões.

O último item pertencente ao quadro refere-se à página do material pesquisado conforme publicado no livro “Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF”.

Em seguida a essa fase de quantificação e seleção dos intertextos, passou-se à análise do material cujo interesse recaiu nos seguintes aspectos: a) informações quantitativas; b) indicações sobre mudança nos perfis dos intertextos; c) comentários sobre os tipos de intertextos e seus respectivos produtores; d) comentários acerca do papel desempenhado pelos intertextos na decisão.

Ao final, procedeu-se à análise geral dos intertextos em decisões judiciais, bem como foram apresentadas algumas reflexões extraídas do material analisado.

⁹⁷ Assim, a aparição do código, por exemplo, “Julgador 1 - C1” indica tratar-se do primeiro julgador e do seu correspondente primeiro voto.

3.2 Quadro 1

J 1	C 1	Intertexto	Tipo	Página
	1	“Criminal. Habeas corpus. <i>Prática de racismo</i> . (...) V. Ordem denegada.”	Jurisprudencial	10
	2	“seja liminarmente suspensa a averbação (...)”.	Técnico-jurídico	11
	3	“desconstituir a averbação de imprescritibilidade (...)”	Técnico-jurídico	11
	4	“1. O advogado (...). 19. Pelo indeferimento do pedido.”	Técnico-jurídico	11/12
	5	“Reza o referido artigo 20, (...): Praticar, induzir (...). Pena de reclusão de dois a cinco anos.”	Legal	13
	6	“Na presente impetração, sustenta o impetrante: ‘ <i>Todas estas práticas (...) como imprescritível.</i> ’”	Técnico-jurídico	13
	7	“Reza o art. 5º, XLII, da Constituição: ‘ <i>A prática (...), nos termos da lei.</i> ’”	Legal	14
	8	“(...) é o que se encontra no inciso IV do artigo 3º da Carta Magna: ‘ <i>promover o bem de todos (...)</i> ’”	Legal	14

		<i>formas de discriminação’.</i> ”		
9	“Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 (...), tinha a seguinte justificação: <i>‘Passados praticamente cem anos (...), urge transformá-la em crime’.</i> ”	Outras fontes	14/15	
10	“Posteriormente, em 3 de fevereiro de 1988, o Sr. Carlos Alberto Caó assim discursava: <i>‘Ocupamos de novo a tribuna (...) para a construção do estado democrático em nosso País. (...) A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui um crime inafiançável’.</i> ”	Outras fontes	15	
11	“Em seguida o Constituinte José Lourenço, depois de dizer <i>‘procurei formular algumas palavras (...): ‘Adeus!... adeus!... racismo, jamais!’</i> ”	Outras fontes	15	
12	“Assim, Pinto Ferreira (...) salienta: <i>‘Proibição de racismo (...) brancos e negros’.</i> ”	Doutrinário	16	

13	“Igualmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (...): <i>‘A forma comum de racismo (...) pela lei como crime’.</i> ”	Doutrinário	16
14	“Celso Ribeiro Bastos (...), partindo da definição, que se encontra no Dicionário Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é <i>‘doutrina que sustenta (...) certas raças’.</i> ”	Doutrinário	16
15	“Não discrepa dessa convergência Cretella Júnior (...), ao salientar: <i>‘Quando a Constituição diz, (...) o preconceito de raça’.</i> ”	Doutrinário	16
16	“(...) a ponto de Nicola Abbagnano (...) acentuar: <i>‘O conceito de raça (...). Não existe nenhuma raça ‘ariana’ ou ‘nórdica’.</i> ”	Doutrinário	16
17	“Assim, o rabino Henry I. Sobel (..) a propósito observa: <i>‘Existem judeus de toda espécie: (...). O problema é geralmente resolvido através do termo ‘povo’.</i> ”	Outras fontes	17
18	“Fred E. Foldvaruy, (...), escreve: Outras fontes	Outras fontes	17

		<i>‘Um dicionário lhe dirá (...), mas ninguém pode trocar de raça. Os judeus não são, portanto, uma raça. (...) Mas não há raça judaica’.</i>		
	19	<i>“(...) do escrito <i>Compreendendo o Judaísmo</i>, de autoria de Eugene B. Bnrowitz, (...) lê-se: ‘Seríamos talvez uma raça? (...). Agora fica claro (...), é rejeitada pelos cientistas sociais’.</i>	Outras fontes	18
	20	<i>“(...) o rabino Samuel M. Stahl fez um sermão (...). (...) assim se pronunciou: ‘Finalmente, a terceira questão: (...). Em resumo, (...), muito mais do que isso’.</i>	Outras fontes	18
J1	C2	Intertexto	Tipo	Página
	1	<i>“(...) dizendo respeito à primeira hipótese o disposto no inciso XLI do artigo 5º (‘A lei punirá (...) direitos e liberdades fundamentais’).</i>	Legal	46
	2	<i>“(...) e à segunda o estabelecido no inciso XLII desse mesmo artigo (‘A prática de racismo (...) e</i>	Legal	46

		imprescritível’).”		
	3	“(…) (e que é a do inciso XLIV do mesmo artigo 5º - ‘Constitui crime inafiançável (...) e o Estado democrático’).”	Legal	46
	4	“(…), o ilustre filósofo e sociólogo italiano Nicola Abbagnano (...), salienta: ‘O conceito de raça é hoje (...). Não existe nenhuma raça ‘ariana’ ou ‘nórdica’.”	Doutrinário	49
	5	“(…) diz o Professor Celso Lafer: ‘Com relação ao problema (...) ou em qualquer outro domínio da vida pública’.”	Técnico-jurídico	49/50
	6	“Ora, com relação a decisões da Suprema Corte norte-americana, (...), relativa à sinagoga de Maryland (...).”	Jurisprudencial	50
	7	“Há, ainda, uma decisão mais recente da mesma Corte sobre o problema do racismo (...).”	Jurisprudencial	51
	8	“Outro mais antigo é um caso em que um padre católico que, do	Jurisprudencial	51

		púlpito de sua igreja, atacou, violentamente, (...). A Suprema Corte o absolveu por estar ele protegido pela liberdade de expressão.”		
--	--	---	--	--

3.2.1 Análise dos intertextos

Observou-se, de início, o total de intertextos presentes nas decisões proferidas pelo Julgador 1 (J1). Sabendo-se que ao longo do julgamento ele participou em dois momentos, percebeu-se, na primeira manifestação (C1), que o mesmo utilizou: a) 03 intertextos de natureza “legal” b) 01 do tipo “jurisprudencial”; d) 05 intertextos “doutrinários”; e) 04 intertextos de natureza “técnico-jurídica”; f) 07 intertextos pertencentes à categoria “outras fontes”, estes distribuídos entre pronunciamentos de políticos (02), sermões religiosos (02), e textos de escritores judeus (03).

Na segunda manifestação (C2) foram detectados: a) 03 intertextos citações de cunho “legal”; b) 03 intertextos “jurisprudenciais”; d) 01 intertexto “doutrinário”; e) 01 intertexto “técnico-jurídico”.

O levantamento demonstrou, em termos quantitativos, em relação às duas manifestações do J1: a) mesma quantidade de intertextos pertencentes à categoria “legal” nos dois votos (C1 e C2); b) aumento na quantidade de intertextos “jurisprudenciais” no C2; c) diminuição dos intertextos “doutrinários”

e “técnico-jurídico” no C2; d) ausência de intertextos na categoria “outras fontes” no C2.

Os intertextos acionados pelo elaborador da decisão sugerem ter sido utilizados como: a) instrumentos de citação, quando da indicação dos dispositivos legais; b) instrumentos de reafirmação de detalhes pertencentes ao processo, quando da apresentação, por exemplo, das razões do representante do Ministério Público Federal ao postular a denegação da ordem, das razões apresentadas pelos advogados do paciente ao tentarem demonstrar a plausibilidade da tese defendida; c) ou como instrumentos de corroboração das argumentações desenvolvidas.

Observou-se dessas manifestações que o julgador fez uso de diversos tipos de intertextos, provenientes de fontes as mais diversas: textos normativos, definições vocabulares, textos elaborados por juristas, discursos de religiosos judeus etc. É possível que a utilização desse material diversificado possa significar, por um lado, a dificuldade do juiz em desincumbir-se da atividade judicante quando teve de apreciar certos temas, possivelmente devido à polêmica envolvida, ou devido à falta de apreciação anterior pelo próprio juiz ou pelo tribunal. Por outro lado, podem ser indicadores do interesse do próprio julgador em demonstrar a amplitude do seu conhecimento a partir da diversidade de textos e referências autorais que utiliza.

Nada impede, contudo, que essas razões se combinem de uma forma ou de outra. Ou seja, é possível admitir que decisões judiciais, em particular, as de grande repercussão social, sirvam de “cenário” para a combinação de motivações diversificadas por parte do julgador. Seria, por exemplo, o caso de razões de natureza técnica, por exemplo, voltadas à apresentação da melhor

solução ao caso posto em julgamento, estarem conjugadas ao desejo do prolator da decisão em apresentar conhecimento amplo acerca do assunto em debate.

Dessa forma, salvo outras possibilidades de análise, estariam sendo combinadas razões relacionadas ao preparo técnico do julgador, adstritas ao seu desempenho profissional, à demonstração do seu conhecimento plural ao público consumidor dessas decisões.

O que se observou dos *corpora* (C1 e C2) foi a ativa circulação de sujeitos no interior da decisão, por meio dos intertextos, cada um deles revelando os diversos segmentos sociais aos quais seus autores pertencem: legisladores, profissionais jurídicos, filósofos, políticos, rabinos, juristas.

Notou-se, à medida que o julgador avançou na apreciação do tema a necessidade, por ele mesmo manifesta, de fazer uso de textos de outros autores os quais parecessem dar subsídio à argumentação desenvolvida. A presença das aspas duplas ao longo do texto da decisão, o que caracteriza o discurso direto, e de verbos *dicendi*, verbos que também caracterizam a fala do outro, corroboram essa diversidade autoral.

Os dois votos que compõem o primeiro *corpus* apresentaram características próprias. A começar, observou-se que foram votos proferidos em momentos distintos: o primeiro, no início do julgamento, quando o J1, relator do processo, apresentava aos demais membros da corte as razões do *habeas corpus*, motivado pela denegação da ordem pelo STJ; e o segundo, elaborado logo depois da manifestação do segundo julgador (J2).

Os intertextos presentes no primeiro voto (C1) parecem funcionar: a) como instrumentos por meio dos quais o relator situa a discussão processual

aos demais integrantes do tribunal; b) como instrumentos argumentativos em defesa do posicionamento por ele adotado.

Na primeira hipótese, o decisor fez uso dos intertextos para demonstrar as razões que provocaram o processo, ou seja, a decisão adotada pelo STJ, as razões do paciente, o posicionamento do representante do Ministério Público, os textos legais empregados. Cada intertexto referiu-se às subjetividades que fizeram parte do processo, haja vista que cada um deles se manteve diretamente relacionado à entidade subjetiva que o elaborou (ao advogado do paciente, ao representante ministerial, aos representantes legislativos que elaboraram o texto da lei).

Na segunda hipótese, entretanto, o que se observa é que os intertextos manipulados pelo julgador passaram a integrar o seu texto, o da decisão, oferecendo suporte ao seu entendimento. Dessa forma, os intertextos, embora atribuídos a certas entidades subjetivas, passaram a funcionar – no texto – como vozes fundidas à voz do decisor, de modo que a única voz a ser percebida é a do próprio julgador.

No tocante ao segundo voto (C2), os intertextos empregados serviram de instrumentos de corroboração dos motivos que levaram o relator a deferir a ordem ao paciente a partir do confronto com o posicionamento adotado pelo segundo ministro votante.

Além disso, a estabilidade dos intertextos do tipo “legal” e o aumento nos intertextos “jurisprudenciais” sugerem que ao juiz interessou desenvolver, em sua segunda manifestação, análise do caso de modo mais técnico, mais envolvido com aspectos jurídicos, portanto. Alguns aspectos – que integram o teor da decisão, mas que não são intertextos – parecem salientar a

preocupação do ministro nesse sentido: a) quando ele aborda a interpretação normativa, levando em consideração a vinculação entre sistema jurídico e valores culturais; b) quando suscita as peculiaridades do caso judicial propriamente dito, a exigir do julgador atenção ao que de fato está em julgamento; c) e a ausência de perseguição aos judeus no território nacional, nos moldes que fora desencadeada em outros lugares.

Observou-se, nesse caso, que os intertextos do tipo “jurisprudencial”, referentes a decisões proferidas em cortes americanas acerca de discriminação contra judeus, funcionaram no texto como elementos contra-argumentativos. Ou seja, por meio deles o relator pretendeu demonstrar a plausibilidade dos seus próprios argumentos, favoráveis à concessão da ordem de *habeas corpus* ao impetrante, enfatizando que tais decisões não se adequavam à temática do processo em questão.

Por outro lado, o caráter técnico do julgamento não parece afastar certo grau de pessoalidade do julgador, conforme se depreende de alguns elementos constantes do segundo *corpus* (C2). Observem-se, por exemplo, as razões suscitadas por ele em dois momentos distintos⁹⁸: a) quando pretende demonstrar aos demais juízes que não é contrário ao povo judeu; b) quando reitera que sua atividade como juiz pautou-se pela observância à Constituição, sem atentar para aspectos emocionais indiferentes à tradição racial brasileira. Embora nenhuma dessas manifestações integre o conjunto dos intertextos, a presença delas na decisão sugere que as mesmas se mantêm ligadas à argumentação empreendida pelo julgador. Note-se que as afirmações

⁹⁸ Essas razões fazem parte do teor da decisão, mas não são intertextos conforme delimitado nos parâmetros da pesquisa.

elaboradas por ele parecem se dirigir de modo crítico à linha argumentativa desenvolvida pelo ministro que votara anteriormente, cuja manifestação pareceu ser mais favorável a uma das partes, *in casu* à comunidade judaica.

Logo, a análise do material sugere que a incorporação ao texto de referências legais e jurisprudenciais, no segundo voto (C2), aponta para afirmação pessoal do julgador como membro do Poder Judiciário. Tais intertextos sugerem também que o posicionamento favorável à concessão da ordem ao paciente não foi resultado de avaliações emocionais ou contrárias aos interesses da comunidade judaica. Ao contrário, o texto sugere afirmação de princípios pessoais que o julgador, segundo ele mesmo, pôs em evidência ao longo de seus anos de judicatura.

3.3 Quadro 2

J2	C 1	Intertextos	Tipo	Página
	1	Gênesis, cap. 12, v. 1 a 9	Outras fontes	20
	2	Gênesis, cap. 17, v. 4 a 16	Outras fontes	20
	3	Gênesis, cap. 16, v. 1 a 4	Outras fontes	20
	4	Gênesis, cap. 18, v. 9 a 15	Outras fontes	20
	5	Gênesis, cap. 25, v. 19 a 26	Outras fontes	20
	6	Gênesis, cap. 37, v. 1 a 28	Outras fontes	20
	7	Gênesis, cap. 41, v. 37 a 44	Outras fontes	20
	9	Gênesis, cap. 42 a 46	Outras fontes	21
	10	Juízes, cap. 16, v. 4 a 22	Outras fontes	21

	11	I Samuel, cap. 17, v. 24 a 58	Outras fontes	21
	12	I Samuel, cap. 7, v. 5 a 17	Outras fontes	21
	13	Mateus, cap. 1, v. 18 a 24	Outras fontes	21
	14	“Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que ‘a prática de racismo constitui crime inafiançável (...)’.”	Legal	22
J2	C2	Intertexto	Tipo	Página
	1	“Art. 20. Praticar, induzir, (...)”	Legal	23
	2	“Consignou o Relator Ministro Gilson Dipp, que ‘a <i>condenação do paciente (...)</i> ’.”	Jurisprudencial	24
	3	“O Ministério Público Federal, em parecer (...). Afirma ser <i>‘injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, (...)</i> ’.”	Técnico-jurídico	24
	4	“XLII – a prática do racismo (...)”	Legal	24

		constitui crime inafiançável (...);”.		
5		“Conforme afirmou o geneticista Craig Venter ‘há diferenças biológicas ínfimas (...)’.”	Outras fontes	25
6		“O professor Sérgio Danilo Pena, (...). Para ele, ‘ <i>todos os estudos genômicos (...)’</i> .”	Outras fontes	25
7		“Acrescenta, ainda, que, ‘ <i>com tudo o que nós sabemos (...)’</i> .”	Outras fontes	26
8		“Conforme esclarecem os cientistas, ‘ <i>a cor branca e as características do indivíduo (...)’</i> .”	Outras fontes	26
9		“No Brasil, Mestre Gilberto Freire há tempos (...). ‘ <i>Aliás</i> ’ – diz ele – ‘ <i>na inferioridade ou superioridade de raças (...)’</i> .”	Doutrinário	26
10		“Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbete ‘ <i>raça</i> ’ encontra-se devidamente (...)”.	Outras fontes	26
11		“Consoante o conceito etnológico, por exemplo, <i>raça</i> é a	Outras fontes	26

		‘coletividade (...).’.”		
12		“Art. 1 – <i>All human beings belong to (...).</i> ” (nota de rodapé)	Legal	27
13		“Art. 1 – 2 <i>All individual and groups have (...).</i> ” (nota de rodapé)	Legal	27
14		“Art. 2 – 1 <i>Any theory which involves the claim that (...).</i> ” (nota de rodapé)	Legal	27
15		“(…) tais como Ernst Renan, que se dizia ‘ <i>o primeiro a reconhecer que a raça semítica, (...).</i> ’”	Outras fontes	29
16		“Adolph Hitler, (...) escreveu que ‘ <i>a grandeza e superioridade (...)</i> ’ e que ‘ <i>para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça</i> ’.”	Outras fontes	29
17		“Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que ‘ <i>a singularidade do nazismo reside no fato de (...).</i> ’”	Doutrinário	29
18		“Racismo é muitas vezes uma questão latente nos fatores econômicos e políticos que levam	Doutrinário	29

		a guerras e conflitos. (...).” (nota de rodapé)		
19		“ <i>racismo é o conjunto de crenças de que diferenças orgânicas (...).</i> ” (nota de rodapé)	Doutrinário	30
20		“Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um ‘ <i>Estado racial no mais pleno sentido (...).</i> ’”	Doutrinário	30
21		“Conforme salienta Sônia Bloomfield Ramagem, ‘ <i>raças sociais podem ser caracterizadas (...).</i> ’”	Doutrinário	30
22		“(…) é que o embaixador Lindgren Alves entende que “‘ <i>raça</i> ’ é, sobretudo’ <i>uma construção social (...).</i> ”	Doutrinário	30
23		“O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: - Racialismo, (...); - racismo, (...); e racialização, (...).” (grifos no original)	Outras fontes	31

24	“Livro Judeu Internacional, Henry Ford (fls. 19/20: ‘- <i>Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo (...)</i> ’.”	Outras fontes	31
25	“- ‘ <i>Porque o judeu é impelido pela mesma tendência (...)</i> ’;”	Outras fontes	32
26	“- ‘ <i>não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, (...)</i> ’;”	Outras fontes	32
27	“- ‘ <i>Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrado. (...)</i> ’;”	Outras fontes	32
28	“Livro <i>Conquistadores do Mundo – os verdadeiros criminosos de guerra</i> , Louis Marschalko (fls. 20/21): - ‘ <i>toda essa divisão, toda essa desordem, (...)</i> ’;” (grifos no original)	Outras fontes	32
29	“- ‘ <i>o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem (...)</i> ’;”	Outras fontes	32

30	“- ‘ <i>Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, (...)’;</i> ”	Outras fontes	32
31	“Livro – Brasil – Colônia de Banqueiros, Gustavo Barroso (fl. 21): - ‘ <i>Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. (...)’;</i> ”	Outras fontes	32
32	“- ‘ <i>o nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. (...)’;</i> ”	Outras fontes	33
33	“- ‘ <i>o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, (...)’;</i> ”	Outras fontes	33
34	“- ‘ <i>os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus (...)’;</i> ”	Outras fontes	33
35	“Art. 1º - Todos os homens nascem livres (...).” (nota de rodapé)	Legal	33
36	“Art. 2º - 1 – Todo homem tem capacidade para gozar os direitos (...).” (nota de rodapé)	Legal	33
37	“(…) o então Chanceler Celso Lafer já afirmava que ‘a	Doutrinário	33

		<i>perseguição racial é contrária (...)'”</i>		
38		<i>“(…), ‘baseados em distinção de raça (...)'”</i>	Doutrinário	33
39		“Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. (...) Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Os Estados partes na presente Convenção (...)”	Legal	34
40		<i>“(…), e no artigo 4º condena também a discriminação (...) que ‘se inspirem em ideias ou teorias (...)'” (grifos no original)</i>	Legal	35
41		<i>“(…) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de ‘apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua (...)'”</i>	Legal	35
42		“13-5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, (...)” (nota de rodapé)	Legal	35

43	“No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se que ‘o holocausto jamais deverá ser esquecido. (...)’.”	Legal	36
44	“No item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo (...), como de resto outros ‘ <i>movimentos raciais e violentos baseados no racismo (...)’</i> .”	Legal	36
45	“O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas ‘ <i>ideias baseadas na superioridade (...)’</i> .”	Legal	36
46	“O Ministro Maurício Corrêa (Relator): Nesse julgamento – HC 70.389 (...) – assentou-se que os atos normativos internacionais ‘ <i>fornecem subsídios relevantes (...)’</i> .”	Jurisprudencial	36
47	“Na França, a Lei 90.615/90 dispôs que é conduta punível a ‘ <i>negação de crime contra a humanidade, o chamado</i>	Legal	36

		<i>revisão, (...).’</i> ”		
48		“O artigo 416 do novo Código Penal francês, (...), <i>‘aumentou a pena de violação quando o fato é praticado com móvel nazista’</i> .”	Legal	36
49		“(…), pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus <i>‘são considerados raça para certos direitos fundamentais (...).’</i> ”	Jurisprudencial	37
50		“A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, (...).”	Jurisprudencial	37
51		“Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra (...). No caso <i>‘Mandla and another versus Dowell Lee and another’</i> (...).”	Jurisprudencial	37
52		“O professor Celso Lafer, em seu parecer, (...) conclui que a (...) <i>‘raça – pois só existe uma raça humana – mas (...).’</i> ”	Técnico-jurídico	37
53		“(…) o inciso IV do artigo 3º da Constituição, (...) <i>‘bem de todos, sem preconceito (...).’</i> ”	Legal	38

54	“(…) a lição de Cretella Júnior que, (…), entende ser racismo a <i>‘ideologia que defende (…)’.</i> ”	Doutrinário	38
55	“Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo <i>‘propugnar a separação de etnias’.</i> ”	Doutrinário	38
56	“(…) Uadi Lamegos Bulos define-o como ‘todo e qualquer tratamento discriminador (…)’.” (grifos no original)	Doutrinário	38
57	“José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional <i>‘proíbe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações (…)’.</i> ”	Doutrinário	38
58	“§2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição (…).” (grifos no original) (nota de rodapé)	Legal	39
59	“Daí a afirmação de Alain Laquièze, de que <i>‘existe um nexó estreito (…)’.</i> ”	Doutrinário	40
60	“(…) No caminho com	Outras fontes	41

		Maiakowsky, conhecido de muitos, mas sempre oportuno: <i>'Tu sabes, conheces melhor do que eu (...)'</i> .”		
61		“(…), o mestre português Canotilho anota, (...), de forma que <i>'dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que (...)'</i> .”	Doutrinário	41
62		“(…) Alexandre de Moraes, (...), assevera que a interpretação <i>'deve buscar a harmonia do texto constitucional (...)'</i> .”	Doutrinário	41/42
63		“Nesse passo, (...) do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que <i>'o racismo é, antes de tudo, (...)'</i> .”	Técnico-jurídico	42
64		“(…) Como diz Gregório Peces Barba, (...), <i>'favorecer siempre y (...)'</i> .”	Doutrinário	43
65		“Incensurável, pois, o acerto do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, (...),	Jurisprudencial	44

		<i>verbis: 'Racismo. Edição e venda de livros (...)':"</i>		
	66	"Na peça elaborada pelo ilustre Professor Celso Lafer (...) ' <i>nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, (...)':"</i>	Técnico-jurídico	44
	67	"Em trabalho monográfico de Uílson Linck, (...), há uma passagem de extraordinária atualidade para o caso: ' <i>Hoje cada um 'imagina' Auschwitz sabendo (...)':"</i>	Outras fontes	44

3.3.1 Análise dos intertextos

O Julgador 2 (J2) manifestou seu entendimento em duas oportunidades. Os intertextos encontrados no *corpus* 1 (C1) foram: a) 01 intertexto do tipo "legal"; b) 13 intertextos pertencentes à categoria "outras fontes", distribuídos entre referências a textos bíblicos.

No segundo voto (C2) observaram-se: a) 18 intertextos do tipo "legal"; b) 06 do tipo "jurisprudencial"; c) 17 intertextos "doutrinários"; d) 04 intertextos "técnico-jurídicos"; e) 22 intertextos pertencentes a "outras fontes", distribuídos entre textos elaborados por cientistas (geneticistas), verbetes de dicionário,

escritos antissemitas, excertos de livros editados pelo paciente Siegfried Ellwanger, texto poético e texto monográfico.

O levantamento numérico realizado demonstrou que todas as categorias sofreram alteração. Dentre as razões possíveis, admite-se que essa alteração quantitativa tenha sido resultante do aumento da extensão do segundo voto⁹⁹. Por outro lado, o aumento de intertextos utilizados sugere também que alguns deles foram mais expressivos que outros. Embora todas as categorias tenham sofrido alteração, as que demonstraram aumento mais expressivo foram as do tipo “legal” (de 01 intertexto para 18), “doutrinária” (de 0 para 17 intertextos) e “outras fontes” (que passou de 13 intertextos a 22).

Na primeira manifestação do J2 (C1) percebe-se que os intertextos utilizados integram a decisão de modo peculiar: os intertextos provenientes de textos bíblicos traçam a trajetória do povo judeu, e o intertexto do tipo “legal” serve de indicação do texto do dispositivo constitucional que trata da inafiançabilidade e da imprescritibilidade do crime de racismo (CF, art. 5º, LXII).

Quanto ao uso dos intertextos bíblicos, percebeu-se que o interesse do julgador consistiu em narrar, com detalhes, episódios e personagens judeus, a partir da personagem “Abraão” até a personagem “Jesus Cristo”. Neste sentido, as citações em notas de rodapé que compõem o C1 demonstram essa evolução histórica, a contar do primeiro livro da bíblia, denominado “Gênesis”, pertencente ao chamado “antigo testamento”, até o livro de “Mateus”, que dá abertura ao denominado “novo testamento”. A presença das personagens apontadas sugere a fixação de marcos na narrativa do julgador: o do início da

⁹⁹ De acordo com a edição utilizada para fins de consulta, o primeiro voto (“vista”) do J2 apresentou 5 páginas, enquanto que o segundo voto (“incidências ao voto vista”) totalizou 22 páginas.

formação do povo judeu e o da ascensão da perseguição empreendida contra ele.

Desses elementos, abstraem-se algumas conjeturas: a) que a narrativa procura caracterizar o povo judeu como grupamento étnico antigo, milenar; b) que os judeus sempre foram vítimas de perseguição.

A reunião desses argumentos, centrais ao C1, parecem conduzir o magistrado à conclusão sobre a necessidade de proteção do povo judeu nos dias atuais em face de riscos potenciais aos quais estão expostos. Daí se entender que a indagação proposta pelo julgador acerca do desiderato do constituinte de 1988 não ter se limitado à defesa dos integrantes da raça negra como objeto de racismo, mas, sim, a outros segmentos da sociedade brasileira.

Nesse sentido, a utilização dos intertextos pelo J2 (C1) parece sugerir que, na atualidade, os integrantes do povo judeu continuam sob ameaça, e, por isso, devem contar com a proteção do texto constitucional contra manifestações de racismo a eles dirigidas. Daí a utilização das referências textuais bíblicas as quais parecem suscitar a ideia de constante lembrança dessa história, da qual não fosse possível se afastar: diversas vezes perseguido, sempre perseguido.

Por outro lado, a despeito do empreendimento narrativo amplo a que se voltou o julgador, percebeu-se que as citações utilizadas (em nota de rodapé) referem-se ao livro, capítulo e versículos relacionados ao episódio narrado. Essas citações, contudo, não foram acompanhadas de outras informações em geral utilizadas quando se procede à indicação de texto-fonte. No caso, não há indicação sobre a bíblia utilizada, nem de dados referentes à entidade responsável pela publicação, edição, lugar e ano da publicação.

A ausência desses dados se mostrou peculiar, para o contexto, considerando tratar-se de decisão que, por um lado, apresenta riqueza de detalhes em torno da história judaica, mas, por outro, silencia quanto à origem do texto-fonte que serviu de base para as referidas citações. Assim, dada a natureza religiosa do texto, não se sabe se o mesmo foi originário de publicação católica romana, protestante ou judaica.

Embora a ausência desse tipo de indicação possa parecer desatenção do elaborador do texto, ou elemento de menor importância, também parece sugerir que a sua não-indicação aponta para outra possibilidade de análise: a de que a história do povo judeu se encontra integrada à memória universal, cuja rememoração não exige maiores detalhes técnicos quanto a sua apresentação. Outra sugestão também passível de ser extraída consiste em a história judaica não necessitar de qualquer outra corroboração, baseada, por exemplo, em estudos históricos, bastando, apenas, o uso do texto bíblico. A narrativa parece indicar, portanto, que a história judaica, extraída de texto bíblico, prescinde de qualquer corroboração científica.

Notou-se também, nesse primeiro voto (C1), que não há presença do discurso direto, pois nenhuma das personagens da narrativa manifestou sua própria voz na decisão. Por outro lado, observou-se o emprego do discurso indireto. No caso dessa modalidade de discurso alheio, observou-se que os agentes tiveram suas respectivas participações – na narrativa – relatadas a partir da ótica do julgador. É ele quem fala por elas; ou seja, os episódios que atingiram as personagens foram manifestos por intermédio da voz do julgador. Nesse sentido, o emprego desse modo de citação do discurso alheio (o das personagens) sugere que o julgador: a) pretendeu apropriar-se de seus

respectivos discursos; b) buscou manter-se distante em relação a elas; c) que, em face desse distanciamento, pretendeu estabelecer isenção emocional.

Na segunda manifestação (C2) do Julgador 2 percebeu-se alteração nos tipos de intertextos empregados. Em comparação com a quantidade de intertextos utilizada no C1, há aumento significativo deles de acordo com as categorias “legal”, “jurisprudencial”, “doutrinário” e “outras fontes”. Razões para justificar esse acréscimo podem estar relacionadas à extensão e à amplitude da argumentação. Analisem-se, portanto, essas duas perspectivas.

A extensão do C2 desperta atenção do leitor quando se observa que nele, em comparação com o C1, o julgador dedicou-se a esmiuçar alguns temas correlatos ao tema principal, “in casu” publicação de livros contra judeus e racismo. São eles: a disposição normativa acerca do racismo, a orientação científica decorrente das pesquisas genéticas, textos de diversos autores sobre racismo, textos de declarações internacionais sobre raças e preconceito racial, citações de livros editados pelo paciente Siegfried Ellwanger etc.

A reunião desse material parece funcionar como explicação para a extensão em si do voto e a diversidade que ele apresenta. Observam-se nele a presença de textos provenientes de diversos segmentos sociais: historiadores, juristas, cientistas, filósofos, sociólogos, diplomatas, linguistas, escritores, legisladores, poetas etc. A diversidade desses elementos, cada um deles aportando à decisão suas “vozes” por intermédio dos intertextos, demonstra a intensa circulação subjetiva na decisão elaborada. Dito de outra maneira, a decisão parece indicar que ela mesma, para vir a existir, demanda a participação de outras entidades subjetivas, além daquela do julgador. Logo, o efeito que mais parece se destacar é o da plurivocalização.

Quanto à argumentação, percebe-se que os intertextos manipulados pelo julgador funcionam como instrumentos de corroboração da linha argumentativa por ele empregada. Percebe-se, por exemplo, que há razões a serem justificadas, próximas àquelas já apresentadas no C1: os judeus compõem grupamento frágil que merece ser protegido –, agora contraposto aos seus inimigos, quais sejam, o paciente e demais autores por ele editados os quais oferecem riscos à segurança e sobrevivência do povo judeu através de publicações de caráter antissemita. Nesse sentido, os intertextos que compõem a decisão parecem demonstrar que a argumentação é de caráter justificativo, ou seja, os intertextos foram utilizados para corroborar o entendimento previamente adotado pelo julgador.

Observe-se que em nenhum momento no C2 houve menção das razões utilizadas pelo paciente em prol de sua defesa, nem há qualquer intertexto favorável à liberdade de expressão ou que assegure liberdade à manifestação de pensamento favorável ao racismo. Ou seja, não houve espaço para contra-argumentos. Ao contrário, quando o julgador utilizou intertextos extraídos das obras publicadas pelo paciente (ou de sua autoria), o fez possivelmente com o propósito de demonstrar o caráter revisionista das obras, que visa à negação do holocausto e fatos considerados incontroversos, segundo a ótica do julgador. Logo, a voz do paciente – manifesta nos textos por ele produzidos ou editados – foi manejada em seu próprio desfavor.

Ainda no tocante à argumentação, o material sugere também indícios de parcialidade do julgador. Se por um lado deixou de apontar e exercer juízo de reflexão mais aprofundada sobre as razões apresentadas pelo paciente, notou-se que o relator não se furtou em empregar, em sua decisão, informações

fornechas em parecer elaborado por elemento pertencente à comunidade judaica, que funcionou no processo na condição de *amicus curiae*¹⁰⁰. O que se observou, frise-se, é que a decisão não sugere ter havido tratamento igualitário entre as partes. Dessa forma, a decisão, tal como elaborada, tomando-a do início ao fim, sugere que o julgador já detinha o rol de argumentos necessários – e favoráveis – à não-concessão da ordem de *habeas corpus* ao paciente. Além do mais, os dois votos (C1 e C2), embora tenham sido prolatados em momentos diferentes, mantêm entre si o mesmo condão em favor da comunidade judaica, considerando-se o uso dos intertextos empregados.

¹⁰⁰ Trata-se do ex-Chanceler Celso Lafer, membro da comunidade judaica.

3.4 Quadro 3

J3	C 1	Intertextos	Tipo	Página
	1	“O acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, (...) que decreta ‘a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, (...)’.”	Jurisprudencial	52
	2	“(…) no art. 5º, XLII da Constituição da República, que assim dispõe: ‘(…) a prática do racismo constitui crime inafiançável (...)’.”	Legal	52
	3	“Sustenta-se, na presente impetração, que a conduta de Siegfried Ellwanger (...), segundo ele próprio afirma, ‘ <i>foi contra judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica, (...)’.</i> ”	Técnico-legal	52
	4	“Tal como no Dia da Recordação – (...), também aqui e agora, é preciso ‘ <i>lembrar e recordar – jamais esquecer</i> ’.”	Outras fontes	54

5	<p>“Cabe recordar, neste ponto, (...) o Preâmbulo da Constituição da Unesco (1945) (...) – que expressamente advertiu que o terrível conflito mundial que se abateu sobre a humanidade ‘<i>não teria sido possível sem a negação dos princípios democráticos, (...)’.</i>”</p>	Legal	56
6	<p>“Foi por tal razão que esse e todos os documentos internacionais, (...) reconheceram ‘a <i>unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos (...)’.</i>”</p>	Legal	56
7	<p>“Irrepreensível, neste ponto, o magistério, sempre douto e erudito, do eminente Professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito de São Paulo (que é a minha ‘<i>alma mater</i>’), cujo parecer (...) bem analisa a questão em foco(...): ‘<i>O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado</i></p>	Técnico-jurídico	57

		<i>pele art. 5º, XLII, (...)’.”</i>		
9	“Essa mesma percepção do tema é também partilhada por ilustres acadêmicos (Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros e Jacques d’Adesky, <i>Racismo, Preconceito e Intolerância</i> , pp. 43, 48/49 e 57/58, 2002, Atual Editora), cuja análise, (...) assim discute os aspectos concernentes ao anti-semitismo: <i>‘Enquanto aceitarmos dividir a grande raça humana em raças – (...)’.</i> ”	Doutrinário	58	
10	“Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, ao pronunciar-se sobre a extensão dos direitos e garantias individuais, fez consignar a seguinte advertência, (...): <i>‘Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto (...)</i> . (RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. Celso de Mello,	Jurisprudencial	59	

		Pleno).”		
	11	“desde que (...) a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (Daniel Sarmiento, <i>A Ponderação de Interesses na Constituição Federal</i> , ‘Conclusão’, (...); Luís Roberto Barroso, <i>Temas de Direito Constitucional</i> , (...); (...).”	Doutrinário	60
	12	Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao manifestar-se sobre a necessidade de se ‘controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição’, deixou assentado que é ‘inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião	Jurisprudencial	60/61

		<i>quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, (...).’.</i> ”		
J3	C2	Intertextos	Tipo	Página
	1	“(…) Digna de nota, neste ponto, a sempre lúcida ponderação de Octávio Paz (<i>O Arco e a Lira</i> , p. 351, 1982, Nova Fronteira), para quem <i>‘Nada é mais pernicioso e bárbaro que atribuir ao Estado poderes na esfera da criação artística. (...).’.</i> ”	Outras fontes	196
	2	“(…) Isso porque <i>‘o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental’</i> é, conforme adverte Hugo Lafayette Black, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, <i>‘o mais precioso privilégio dos cidadãos’.</i> (...).”	Doutrinário	196
	3	“Daí a advertência do Juiz Oliver	Jurisprudencial	196

		Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso Schenk v. United States (249 U.S. 47, 52), (...) acentuou que <i>'A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro, (...).'</i> "		
	4	"Cabe referir, (...), a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13 exclui (...) <i>'toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (Art. 13, §5º).'</i> "	Legal	197
	5	"Tenho por inquestionável, no tema, na linha de diversos pronunciamentos emanados do Supremo Tribunal Federal (RTJ 173/805-810, Rel. Min. Celso de	Jurisprudencial	197

		Mello, v.g.) (...).”		
	6	<p>“Cabe referir, neste ponto, recente julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 7-4-2003, no exame do caso <i>Virginia v. Black et al.</i>, quando essa Alta Corte concluiu que não é incompatível com a Primeira Emenda (que protege a liberdade de expressão naquele país) a lei penal que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz (<i>‘cross burning’</i>) com a intenção de intimidar, eis que o gesto de queimar uma cruz, com tal intuito, representa no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio, destinado a transmitir, àqueles a quem tal mensagem se destina, o propósito criminoso de ameaçar.”</p>	Jurisprudencial	198
	7	<p>“Eis, exemplificativamente, alguns fragmentos dessas publicações,</p>	Outras fontes	199

		por ele editadas ou de sua própria autoria, cujo teor revela o claro propósito de estimular ou de fomentar o ódio público contra o povo judeu: <i>‘Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação (24)’;</i> ”.		
8		<i>“(...) ‘Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. (...)’.”</i>	Outras fontes	199
9		<i>“’Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional’.</i> “	Outras fontes	199
10		<i>“’O judeu é adversário de toda ordem social não judaica (...) O</i>	Outras fontes	199

		<i>judeu é um autocrata encarniçado. A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, (...).’.”</i>		
11		<i>“(...) ‘... não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder (...) O judeu é um caçador de fortunas, principalmente, porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio (p. 75).’.”</i>	Outras fontes	199
12		<i>“Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se dos frutos de sua atividade. (...).’.”</i>	Outras fontes	199
13		<i>“... é um direito que nos foi dado por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado do terror</i>	Outras fontes	200

		<i>exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjogou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total (p. 10).’.”</i>		
	14	<i>“’Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão’ (p. 10).’.”</i>	Outras fontes	200
	15	<i>“’O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países deste mundo’. (p.18).’.”</i>	Outras fontes	200
	16	<i>“’Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais.’ (p. 214).’.”</i>	Outras fontes	200
	17	<i>“’Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial’. (p. 34).’.”</i>	Outras fontes	200
	18	<i>“’O rol demonstra que não é só o Brasil a vítima do Superestado</i>	Outras fontes	200

		<i>Capitalista sem entranhas, mas o mundo inteiro. Daí a sua aflição, a sua inquietação, (...).’ (p. 46).”</i>		
19		<i>“O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora.’ (p. 95).”</i>	Outras fontes	200
20		<i>“Mais vale o sacrifício de algumas centenas de milhares de judeus, do que sofrer um prejuízo no bolso...’ (p. 95).”</i>	Outras fontes	200
21		<i>“Daí a acertada conclusão fundada no v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: ‘Em uma síntese, os livros publicados e editados pelo apelado tentam negar o holocausto, atribuindo aos judeus, como substrato da ação dos Aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, (...).’”</i>	Jurisprudencial	200/201
22		<i>“A locução constitucional ‘prática</i>	Legal	201

		do racismo’, inscrita no art. 5º, XLII, da Carta Política, (...).”		
	23	“Vale referir, neste ponto, o valiosíssimo magistério do eminente Professor Miguel Reale Júnior, cujo parecer – encaminhado à apreciação do Tribunal – analisa, com propriedade, (...): <i>‘Ressaltam, portanto, os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como princípios básicos conformadores de nosso ordenamento jurídico (...).’</i> ”	Técnico-jurídico	202

3.4.1 Análise dos intertextos

Dois *corpora* foram associados ao Julgador 3, sabendo-se que o primeiro consistiu em antecipação do voto e, o segundo, no voto em si.

No primeiro *corpus* foram identificados os seguintes intertextos: 03 do tipo “legal”, 02 “técnico-jurídicos”, 03 “jurisprudenciais”, 2 “doutrinários” e 01 pertencente ao tipo “outras fontes”.

Nessa manifestação (C1), observou-se que o emprego dos intertextos voltou-se à corroboração da argumentação desenvolvida pelo julgador, visando aliar a temática do antissemitismo ao tratamento internacional conferido a certos temas àquele correlatos, como a discriminação racial, a igualdade entre os povos, direitos humanos etc. Dessa forma, os intertextos demonstram que a abordagem desenvolvida pelo julgador dirigiu-se à elaboração de um arcabouço teórico que demonstre a intolerância à práticas que ensejam discriminação.

Outro aspecto também a ser tomado em consideração, no trato específico do antissemitismo, refere-se à recordação – pelo julgador - de eventos do calendário judaico, tal como a Festa de Pêssach (páscoa, em hebraico) e ao dia do Yom Hashoá Vehaguevurá (“Dia da Recordação dos Mártires e Heróis do Holocausto”). Embora no texto da decisão essas referências a eventos judaicos não venham acompanhadas de intertextos, observa-se, entretanto, que, ao mencioná-los, o julgador fixou linha argumentativa corroborada pelos demais intertextos utilizados: trazer à memória eventos relacionados à trajetória do povo judeu que corroboram a necessidade de lembrar as agruras por eles sofridas, como se se tratasse de um compromisso a ser compartilhado pela comunidade internacional como um todo.

Há que se considerar também a presença do intertexto concernente ao Ex-Chanceler Celso Lafer (C1, intertexto nº. 7). Trata-se de citação extraída do parecer, por ele ofertado, na condição de *amicus curiae*. Além de ter sido considerado “irrepreensível”, o julgador não demonstrou qualquer censura ao estabelecer ligação com o próprio parecerista quando o identificou como

pertencente a determinada instituição paulista de ensino superior, considerada, pelo julgador, sua *alma mater*. Neste sentido, o texto do julgador sugere estreito liame entre ele e o parecerista porquanto ambos compartilham do mesmo ambiente institucional. Neste sentido, o emprego desse intertexto, aliado aos encômios dirigidos ao parecerista, sugere não haver distanciamento do julgador em relação a uma das partes do processo, *in casu* a comunidade judaica, representada na pessoa do próprio parecerista.

Observa-se que não há intertextos das obras publicadas pelo paciente Siegfried Ellwanger. Excetua-se, apenas, um intertexto que se remete às razões que justificariam a não-imputação do crime de racismo. A ausência de intertextos de Siegfried Ellwanger sugere não ter havido interesse do julgador em ceder espaço às razões por ele defendidas.

Os demais intertextos empregados sugerem ter sido empregados como recurso de corroboração da argumentação desenvolvida.

Na segunda manifestação (C2), foram identificados 23 intertextos, a saber: 02 do tipo “legal”; 01 “doutrinário”; 04 “jurisprudenciais”; 01 intertexto “técnico-jurídico”; e, por fim, 15 do tipo “outras fontes”.

No tocante ao intertexto identificado como “legal”, percebe-se que o mesmo apenas se remete ao texto constitucional que trata da prática do racismo.

Os intertextos jurisprudenciais que fazem referência a decisões alienígenas, em geral, da Suprema Corte americana, tratam da mitigação da liberdade de expressão em face da proteção de outros bens jurídicos considerados mais valiosos, como a dignidade da pessoa humana, por

exemplo. Nenhuma das decisões colacionadas tratou do oposto, ou seja, da supremacia da liberdade de expressão frente a outros interesses jurídicos.

Por sua vez, os intertextos do próprio STF e do TJRS sugerem funcionar, no texto, como recursos de corroboração da argumentação desenvolvida pelo julgador.

O emprego de intertexto “técnico-jurídico” sugere ser o caso de “argumento de autoridade”, considerando-se o tratamento dado ao parecerista, visto como de “valiosíssimo magistério” e pessoa “eminente”, e por se tratar de texto que arremata a decisão do julgador, haja vista ter sido o último intertexto empregado.

De todo o material intertextual, destacam-se, nesse *corpus* (C2), aqueles classificados como “outras fontes” a partir dos quais nota-se o interesse do julgador em utilizar partes de textos escritos pelo paciente Siegfried Ellwanger ou editados por ele.

Embora a apresentação desses excertos revele atenção do julgador em incluir em sua decisão manifestações do paciente, as quais poderão ser vistas como expressão da sua “voz”, todavia, percebe-se também o descuido do julgador em não indicar quais desses excertos foram da autoria do paciente, distinguindo-os daqueles extraídos de outras obras tão-somente por ele editadas. Se se admitir que a cada texto corresponda determinada individualidade, tal como asseverado por Bakhtin, há que se cogitar que o tratamento dado pelo julgador a esse material intertextual lançou-os à “vala comum” em face da diversidade de autorias, formando, assim, conjunto informativo que não assegura distinguir quem fala – no texto – de modo efetivo: se o paciente ou os demais autores.

Tal tratamento ainda sugere outra reflexão: a uniformidade vocal de todos os que compartilham a orientação antissemita. Visto sob tal perspectiva, o emprego desses intertextos uniformiza os diversos matizes a envolver a temática e seus defensores, subtraindo-lhes nuances distintivas, bem como sugere serem os partidários do antissemitismo grupamento coeso, uniforme.

3.5 Quadro 4

J4	C1	Intertexto	Tipo	Página
	1	“(…) O Relator partiu de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, (...). Afirmou o Ministro: ‘ <i>O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, (...)’.</i> ”	Jurisprudencial	62
	2	“(…) Nesse sentido, destaquem-se as considerações de Kevin Boyle: ‘ <i>Reconhecemos hoje que a classificação biológica dos seres humanos em raça e hierarquia racial – (...)’.</i> ”	Doutrinário	63
	3	“A propósito da configuração da ideologia racista, anota Bobbio, que são necessárias três condições, (...), <i>verbis</i> : ‘1. <i>A humanidade está dividida em raças diversas, (...).</i> 2. <i>Não só existem raças diversas, mas</i>	Doutrinário	63

		<i>existem raças superiores e inferiores. (...). 3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, (...).’.</i> ”		
4		“Daí concluir Bobbio: <i>‘Não há necessidade de ler Mein Kampf de Hitler para encontrar frases em que se afirma peremptoriamente que as raças superiores devem dominar as inferiores, (...).’.</i> ”	Doutrinário	63/64
5		“Já em 1932, como aponta Pierre-André Taguieff, (...): <i>‘eles pretendem representar a pura raça alemã, excluindo os judeus , etc’.</i> ”	Doutrinário	64
6		“(…) O segundo elemento metafórico, <i>a superioridade da raça</i> , apareceu no suplemento de 1953 da mesma Larousse, que assim definiu o termo ‘racismo’: <i>‘Teoria que tem por finalidade</i>	Outras fontes	64

		<i>proteger a pureza da raça dentro de uma nação (...).’”</i>		
7		<i>“Continua Taguieff: ‘Em 1925, no seu livro de referência sobre a Alemanha contemporânea, Edmond Vermeil reintroduziu proposital e expressamente o adjetivo ‘racista’ para traduzir o termo intraduzível völkisch (...).’”</i>	Doutrinário	64
8		<i>“Daí a observação de Taguieff: ‘Se há racismo sobre as raças e fora dele, se há racismo com ou sem invocação da raça, (...).’”</i>	Doutrinário	64/65
9		<i>“Sobre a dinâmica que marca o fenômeno do racismo, é interessante registrar a observação de Norberto Bobbio, verbis: ‘Dou alguns exemplos para mostrar que não existem surpresas: o preconceito é monótono. (...).’”</i>	Doutrinário	65
10		<i>“Sobre esse aspecto, vale também trazer a lição de Norberto Bobbio,</i>	Doutrinário	65

		que, ao descrever a fenomenologia do racismo, esclarece: '[...] <i>A relação de diversidade, e mesmo a de superioridade, não implica as conseqüências da discriminação racial. (...).</i> '"		
11		"A Suprema Corte Americana, em caso julgado em 1987 (Shaare Tefila Congregation <i>versus</i> Cobb, US 615), reformou decisão proferida pelas instâncias inferiores, (...)."	Jurisprudencial	66
12		"A Câmara dos Lordes, em 1983, no Caso Madla e outro <i>versus</i> Dowell Lee e outro, entendeu que, à luz do Racial Relations Act de 1976, tratava-se de um caso de discriminação, (...)"	Jurisprudencial	66
13		"Nesse sentido, bem conclui Trina Jones, Professora Associada de Direito da Universidade de Duke: 'Raça é o significado social	Doutrinário	66

		atribuído a uma categoria. (...).”		
14		“Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer em seu bem lançado parecer, (...): <i>‘Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime de prática do racismo a partir do termo raça (...).’</i> ”	Técnico-jurídico	66/67
15		“Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: <i>‘Porque o ‘discurso de ódio’ é um tema problemático?’</i> Ele mesmo responde: <i>‘A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. (...).’</i> ”	Doutrinário	67
16		“Mais uma vez peço vênias para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso: <i>‘O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa</i>	Doutrinário	67/68

		<i>Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias europeias. (...)'.</i>		
17		“A propósito, a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso <i>Lehideux e Isorni versus França</i> (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, (...)'.”	Jurisprudencial	69/70
18		“A própria formulação do texto constitucional – <i>‘Nenhuma lei conterà dispositivo ..., observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV’</i> – (...)'.”	Legal	70
19		Nesse sentido, afirma Robert Alexy: <i>‘O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, (...)'.</i> ”	Doutrinário	71
20		“A Corte constitucional alemã entende que as decisões tomadas	Jurisprudencial	72

		<p>pela Administração ou pela Justiça com base na lei eventualmente aprovada pelo Parlamento submetem-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. (...) (Schneider, Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle, (...)).”</p>		
	21	<p>“No caso, ao analisar a situação conflitiva, conclui a Corte que ‘a <i>repetição de informações, não mais coberta pelo interesse da atualidade (...) (BVerfGE 35, 202 (237))’.</i>”</p>	Jurisprudencial	72
	22	<p>“O voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence revela perfeitamente a necessidade de um duplo juízo de proporcionalidade, (...). Vale transcrever expressiva passagem do aludido voto, <i>verbis: [...] essa generalidade e essa imprecisão, que a meu ver, podem vir a condenar, no mérito, a validade</i></p>	Jurisprudencial	72

		<i>desta medida provisória, (...)’.</i> ”		
	23	“Na espécie, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou detidamente a questão, (...), <i>verbis: ‘Passo, então, eminentes colegas, ao exame de mérito. (...)’.</i> ”	Jurisprudencial	73
	24	“Também o revisor, Desembargador José Eugênio Tedesco anota, em seu voto: <i>‘Sem qualquer dúvida, ao exame das obras editadas, distribuídas, escritas e comercializadas pelo apelado, do seu conjunto se extrai tranquilamente a intenção única de impor outra verdade, (...)’.</i> ”	Jurisprudencial	75/76
J4	C2	Intertextos	Tipo	Página
	1	“Afirmou o Ministro: <i>‘O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante</i>	Jurisprudencial	205

		<i>para a interpretação evolutiva que, (...).’.”</i>		
2		“Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer (...): <i>‘Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: (...).’.</i> ”	Técnico-jurídico	205
3		“Tal como leciona Martin Kriele: <i>‘Thomas I. Emerso, o ‘old grand man’ da doutrina de direitos fundamentais da América, (...).’.</i> ”	Doutrinário	206
4		“Kriele acrescenta: <i>‘Este esboço dos fundamentos da liberdade de opinião pode ser completado com outros aspectos. (...).’.</i> ”	Doutrinário	207
5		“Tal como anota Kriele: <i>‘Os direitos fundamentais e a democracia se dão numa relação de condicionamento mútuo: (...).’.</i> ”	Doutrinário	207
6		“Continua Martin Kriele: <i>‘(...) da ratio legis dos direitos fundamentais surgem pautas de interpretação. (...).’.</i> ”	Doutrinário	208
7		Nesse sentido indaga Kevin Boyle,	Doutrinário	208

		em um estudo recente: <i>‘Porque o ‘discurso de ódio’ é um tema problemático?’</i> Ele mesmo responde: <i>‘A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. (...)’.</i> ”		
	8	“Mais uma vez peço vênica para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso: <i>‘O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias européias. (...)’.</i> ”	Doutrinário	209
	9	“Que a liberdade de expressão há de ter limites lembra-nos constantemente a própria jurisprudência americana, (...). É de Oliver Holmes (Schenk v. United States - 249 U.S. 47,	Jurisprudencial	211

		(1919) a expressão segundo a qual não haveria nenhuma boa razão para tutelar a expressão do insensato que grita 'Fogo!' em um teatro abarrotado de público.”		
10		“A propósito, tal como mencionei no meu voto, a própria Corte Européia de Direitos Humanos, ao julgar o caso <i>Lehideux e Isorni versus França</i> (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, (...)’.”	Jurisprudencial	211
11		“Há outro caso interessante julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Trata-se do caso <i>Jersild versus Dinamarca</i> (setembro de 1994).”	Jurisprudencial	212
12		“Ao contrário, em decisão proferida em 24 de junho deste ano, a Corte decidiu pela prevalência do art. 17 da Convenção Européia. Tratava-se	Jurisprudencial	212

		da condenação do filósofo e escritor Roger Garaudy, pela contestação de crimes contra a humanidade, em obra revisionista publicada na França, intitulada ‘Les mythes fondateurs de la politique israélienne.’		
	13	“Tal como aponta Göran Rollnert Liern: <i>A STC 176/1995 voltou a pronunciar-se sobre a questão partindo igualmente de uma interpretação ampla da liberdade de expressão do pensamento – (...).’</i> ”	Jurisprudencial	213
	14	“Ainda sobre decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional espanhol, ressalta Pablo Salvador Cordech, a propósito da sentença 214/1999 [proferida pelo Tribunal Espanhol]: <i>‘se encarrega de recordar que, na cultura europeia da liberdade de expressão, não rege o princípio de neutralidade do (direito do) Estado (...)(Coderch,</i>	Doutrinário	214

		<i>Pablo Salvador. El derecho de la libertad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, PP. 37-38).</i> ’.”		
--	--	--	--	--

3.5.1 Análise dos intertextos

No primeiro *corpus* (C1) foram identificados os seguintes intertextos: 01 intertexto “legal”; 12 intertextos “doutrinários”; 01 intertexto “técnico-jurídico”; 09 do tipo “jurisprudencial”; e, finalmente, 01 intertexto classificado como “outras fontes”. No total, 24 intertextos.

Observa-se, no tocante ao intertexto do tipo “legal”, o único pertencente ao conjunto levantado, que o mesmo refere-se a dispositivo constitucional no qual se encontra prevista limitação à atuação legislativa, no tocante à liberdade de expressão, adequando a outros limites também de natureza constitucional.

Os intertextos doutrinários por sua vez sugerem o interesse do julgador em situar o debate a partir da perspectiva defendida por autores estrangeiros. Tal observação pode indicar, a princípio, a indiferença do julgador em torno dos autores nacionais, o que também pode sinalizar o interesse em conferir ao debate importância internacional. Dessa forma, os intertextos estariam corroborando a perspectiva internacional do próprio julgamento.

Quanto aos intertextos relacionados à jurisprudência, percebe-se a mesma orientação: conferir ao julgamento expressão internacional mediante a

utilização de decisões em torno da temática da discriminação racial – contra os judeus ou contra outros grupos racialmente identificados.

Aspecto a merecer destaque reside na introdução do tema da proporcionalidade como instrumento de sopesamento de direitos, tal como defendido por Robert Alexy (2005). Ao que parece, interessou ao julgador conferir grau de objetividade à análise dos direitos envolvidos, de modo a estabelecer o devido “peso” dos princípios (e direitos) discutidos, “*in casu*” a liberdade de expressão *versus* a dignidade da pessoa humana.

No segundo corpus (C2) foram localizados 14 intertextos, assim distribuídos: 06 “jurisprudenciais”; 07 “doutrinários”; e 01 “técnico-jurídico”.

Embora essa segunda manifestação do julgador intitule-se “aditamento ao voto”, percebe-se a mesma abordagem já apresentada no C1 (“voto vista”). Esta afirmação pode ser adotada como aceitável quando se observa que em relação aos intertextos desse *corpus* todas as considerações anteriormente apresentadas quanto ao C1 podem aqui ser reiteradas: utilização de decisões proferidas por cortes internacionais, com a consequente mitigação da liberdade de expressão frente à dignidade humana; uso de citações doutrinárias provenientes dos mesmos autores; e, por fim, utilização de intertexto extraído do parecer oferecido pelo ex-Chanceler Celso Lafer.

Não se faz presente qualquer intertexto concernente ao tratamento legal dado à matéria; ou seja, não houve, por parte do julgador, análise do comportamento atribuído ao paciente Siegfried Ellwanger em relação aos diplomas legais que tratam da matéria.

3.6 Quadro 5

J5	C1	Intertextos	Tipo	Página
	1	“(…) O acórdão daquela Corte, aqui impugnado, decidiu pela inexistência de ilegalidade na <i>“condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, (...)’.”</i>	Jurisprudencial	78
	2	”Convém anotar que a Lei nº 9.459, de 13-5-97, deu nova redação ao art. 20 da Lei nº 7.716 de 1989: ‘Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.’.”	Legal	78
	3	“O §2º desse artigo 20, redação da Lei 9.459/97, estabelece: ‘§2º Se qualquer dos crimes previstos no <i>caput</i> é cometido por intermédio dos meios de	Legal	79

		comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (...).’.”		
	4	“(…) Daí a ênfase posta pelo revolucionário francês no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: <i>‘Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição’.</i> ”	Legal	79
	5	“(…) A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, dá início a esse processo, lecionado por Flávia Piovesan que <i>‘o movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, (...).’.</i> ”	Doutrinário	79
	6	“J. A Lindgren Alves, que tem se notabilizado pelo estudo e pela divulgação da teoria geral dos	Doutrinária	80

		direitos humanos, (...), registra que, <i>'dada a força persuasiva e liberatória que'</i> a Declaração de 1948 <i>'tem demonstrado, ao longo de cinco décadas, para indivíduos e coletividade' (...).</i> "		
	7	"J A Lindgren Alves leciona que <i>'todos de boa-fé sabem que 'raça' é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar.'</i> "	Doutrinário	81
	8	"Vale invocar, novamente, o magistério do Professor Celso Lafer, que, na condição de <i>amicus curiae</i> , ofereceu à nossa reflexão magnífico parecer, onde deixa expresso que <i>'o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que</i>	Técnico-jurídico	81

		<i>estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, (...).’.”</i>		
9		<p>“Registra o Professor Miguel Reale Júnior, no erudito parecer que nos ofereceu como <i>amicus curiae</i>, que ‘em diversas passagens dos livros menciona-se a ‘raça judaica’, a ‘inclinação racial dos judeus’, a ‘inclinação parasitária que forma parte do caráter dos judeus’, as ‘tendências que se enraízam no sangue judeu’. Continua o Professos Miguel Reale Júnior: ‘Além de se constituir em violento ataque aos judeus , os livros ‘Holocausto, Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira’, obra de sua autoria, (...).’.”</p>	Técnico-jurídico	82
10		<p>“Para o Professor Miguel Reale Júnior, forte em George Fredrickson, o racismo não passa de uma ideologia, ‘u’ ponto de vista sobre o mundo. Na História</p>	TJ	82

		<p><i>ocidental há duas expressões fundamentais do racismo, as mais duráveis e malévolas, o anti-semitismo e a supremacia da raça branca sobre a negra, que apresentam vários pontos similares.’. Acrescenta Miguel Reale Júnior que, ‘segundo Fredrickson, são sociedades em regime abertamente racista o Sul dos Estados Unidos ao tempo de Jim Crow, a África do Sul sob o ‘apartheid’, e a Alemanha nazista’.”</i></p>		
	11	<p>“Também eu, na linha do voto do Ministro Celso de Mello, entendo <i>‘que a incitação ao ódio público contra o povo judeu’ não ‘estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão’.</i>”</p>	Jurisprudencial	82
	12	<p>“Vale relembrar o que disse, com exemplar propriedade, o eminente Ministro Celso de Mello, no voto</p>	Jurisprudencial	83

	<p>que proferiu: '(...) os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.'"</p>		
--	---	--	--

3.6.1 Análise dos intertextos

Presentes, no *corpus*, 12 intertextos, sendo: 03 do tipo “legal”, 03 “jurisprudenciais”; 03 “técnico-jurídicos”; e 03 “doutrinários”.

Dois dos intertextos classificados como “legal” referem-se aos textos das leis n.º 9.459/97 que deu nova redação ao art. 20 da Lei n.º 7.716/89, os quais tratam da prática de discriminação. Esses textos foram empregados apenas como indicadores da conduta do paciente, de modo a perquirir se sua conduta estaria ou não alcançada por ambos.

O terceiro intertexto apontado refere-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujo texto, a princípio, não mantém correlação com a prática delituosa do paciente.

A matéria objeto dos intertextos jurisprudenciais faz referência, apenas, ao que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao tratar da conduta do paciente cujo acórdão foi impugnado por meio de *habeas corpus*, bem como ao entendimento de outro ministro do STF, cujas razões pareceram adequadas para figurar no voto desse julgador (J5).

No tocante aos intertextos “técnico-jurídicos”, destaca-se o tom elogioso com o qual o julgador a eles se reporta. Além disso, observa-se que as razões dos respectivos pareceristas são incorporadas ao texto da decisão como “verdades”. Tanto assim o é que não qualquer intertexto que ofereça contraponto aos argumentos por eles desenvolvidos.

Percebe-se, ainda, a ausência de intertextos referentes às obras escritas ou editadas pelo paciente. Como já apontado em outros votos, as razões do paciente acusado não mereceram maior atenção, sequer como recurso à circunstanciação das suas razões e do seu respectivo comportamento, considerado ofensivo à comunidade judaica.

3.7 Quadro 6

J6	C1	Intertextos	Tipo	Página
	1	<p>“Está na ementa: <i>‘Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). (...)’.</i>”</p>	Legal	86
	2	<p>“Leio na ementa: <i>‘(...) 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 caracterizada outro tipo de prática discriminatória, (...). 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</i></p>	Jurisprudencial	87

		<p><i>comportamento, (...). 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 por que ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado. (...).’”</i></p>		
3	<p>2. Voto do Relator. Em 12 de dezembro de 2002, teve início o julgamento pelo Plenário. Na ocasião, o Relator votou no sentido de deferir o <i>habeas</i> para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. Está no voto: ‘(...) 1 (...) ... a impetração não se insurge contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, (...). 2. Assim, a</p>	Jurisprudencial	87/88	

	<p><i>questão que se coloca neste habeas corpus é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão racismo, (...). 3. Embora entre antropólogos , no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, (...). 4. Considerado, assim, em interpretação restrita, o crime de racismo, a que se refere o art. 5º, XLII, da Constituição, (...). 5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente (...). 6. Em face do exposto, defiro o presente habeas corpus para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.’.”</i></p>		
4	<p>“Nessa oportunidade o Ministro Maurício Corrêa antecipou-se na</p>	Jurisprudencial	94-109

	<p>ordem de votação e, após discorrer sobre a evolução histórica do povo judeu, pediu vista. (...). Leio em seu Voto: '9. (...). 10. (...). 11. (...). 12. (...). 13. (...). 14. (...). 15. (...). 16. (...). 17. (...). 18. (...). 19. (...). 20. (...). 21. (...). 22. (...). 23. (...). 24. (...). 25. (...). 26. (...). 27. (...). 28. (...). 29. (...). 30. (...). 31. (...). 32. (...). 33. (...). 34. (...). 35. (...). 36. (...). 37. (...). 38. (...). 39 (...). 40. (...). 41. (...). 42. (...). 43. (...). 44. (...). 45. (...). 46. (...). 47. (...). 48. (...). 49. (...). 50. (...). 51. (...). 52. (...). 53. (...). 54. (...). 55. (...). 56. (...). 57. (...). 58. (...). 59. (...). 60. (...). 61. (...). 62. (...). 63. (...). 64. (...). 65. (...). 66. (...). 67. (...). 68. (...). 69. (...). 70. (...). 71. (...). 72. (...). 73. (...). 74. (...). 75. (...). 76. (...). 77. (...). 78. (...). 79. (...). 80. (...). 81. (...). 82. (...). 83. (...). 84. (...). 85. (...). 86. (...).</p>		
--	--	--	--

		87. (...). 88. (...). 89. (...). 90. (...). 91. (...). 92. (...). 93. (...). 94. (...). 95. (...). 96. (...). 97. (...). 98. (...).’ “		
5	“Após esse voto pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. (...). Está no voto: ‘(...) ... a <i>noção de racismo – ao contrário do que equivocadamente sustentado na impetração – não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, (...).</i> ”	Jurisprudencial	109	
6	“ 3. Voto. A raiz da controvérsia está em reconhecer ou não a condição de imprescritibilidade para o delito de discriminação contra os judeus. Análise. Para dirimir essa controvérsia, é importante que se faça, ainda que de forma sumária, a recuperação da origem histórica do judaísmo. (...). O Ministro Maurício Corrêa, na oportunidade em que pediu vista, procedeu a essa retomada		110	

		<p>histórica. Leio: ‘(...) 2. Não há dúvida de que os judeus não se constituem em uma raça, (...). 3. Formulo, apenas para agitar o debate, a seguinte passagem bíblica: (...). 4. Aí começa, verdadeiramente, a saga dos judeus, (...). 5. <i>Mais adiante, depararemos com situação curiosa: que era Dalila?</i> (...). 6. Essa é a saga trágica de um povo existente desde aquela época. (...). 7. O êxodo do Egito para a Terra Prometida é outra saga maravilhosa. (...). 8. (...). 9. (...). 10. (...). 11. (...). 12. (...). 13. (...). 14. (...). 15. (...). 16. (...). 17. (...). 18. (...).</p>		
	7	<p>“Em tempos modernos, o Rabino Henry I. Sobel definiu os judeus como um povo. Leio: ‘(...)... As aspirações universais do Judaísmo (...)’.”</p>	Outras fontes	114
	8	<p>“Assim também o fez Henrique</p>	Outras fontes	114

		Rattner. Leio: ‘(...) ... a definição mais apropriada para o povo judeu... (...)’.”		
	9	“Digo eu: Sendo os judeus um povo e não uma raça... (...). Miguel Reale em seu parecer afirma: ‘(...) A história contemporânea (...)’.”	Técnico-jurídico	115
	10	“Com a mesma orientação Izidoro Blikstein: ‘(...) no discurso nazista, o termo ariano designa ‘raça superior’, por oposição ao termo semita, que designa ‘raça inferior’. (...)’.”	Doutrinário	115
	11	“Nesse sentido, leio síntese conclusiva do Professor Celso Lafer. Leio: ‘(...) IX – Síntese conclusiva. Respondo, assim, à consulta formulada: o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo (...)’.”	Técnico-jurídico	116/122

3.7.1 Análise dos intertextos

Os intertextos classificados nesse voto são: 06 “jurisprudenciais”; 02 intertextos “técnico-jurídicos”; 01 “doutrinário”; e 02 classificados como “outras fontes”. No total, 11 intertextos.

No tocante aos intertextos jurisprudenciais, percebe-se que os mesmos foram empregados como referência expressa a posicionamentos anteriormente defendidos por outros membros da Corte. Percebe-se que ao julgador interessou transcrever *ipsis literis* longos trechos desses votos, o que resultou na reapresentação das mesmas razões já expendidas. Sequer tais intertextos foram submetidos à refutação pelo julgador. Ademais, saliente-se, é possível que o emprego desse recurso tenha sido motivado como modo de rememoração dos temas já abordados, ou, ainda, possa ser analisado como expressão de desinteresse – do julgador – em desenvolver pesquisa acurada sobre a temática. Logo, pode-se concluir tratar-se de caso em que as razões dos demais julgadores foram explicitamente incorporadas ao voto em análise, de tal sorte que passaram a constituir o próprio entendimento do julgador em apreço (J6).

Merece destaque, também, o interesse do julgador em discutir a prática de discriminação contra o povo judeu recorrendo à rememoração de fatos atribuídos à sua trajetória histórica. Embora se apresente como narrativa que vise à circunstanciação de eventos à história judaica, duas observações merecem atenção: a primeira, no que toca à incorporação no texto decisório de narrativa de cunho bíblico, destituída de caráter histórico efetivamente

comprovado; e, a segunda, como resultado, a adoção dessas narrativas como “verdades” acerca do povo judeu. Dessa forma, ao recorrer à trajetória judaica, o julgador parece colocar o povo judeu como centro da discussão em face das perseguições sofridas, em detrimento da pessoa do paciente, este, sim, sujeito cuja conduta encontra-se efetivamente em julgamento.

Os intertextos extraídos de citações dos pareceristas apenas reiteram as razões já apresentadas, mediante o reconhecimento acerca da conduta delituosa do paciente Siegfried Ellwanger.

3.8 Quadro 7

J7	C1	Intertextos	Tipo	Página
	1	“Diz o verbete nº 1.571: <i>‘Raça; Racismo. A concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes (...)’.</i> ”	Outras fontes	123
	2	“Mas, é na autoridade atual do biólogo Edward O. Wilson que se deve buscar (...): <i>‘A maior parte dos biólogos e antropólogos (...)’.</i> ”	Outras fontes	123
	3	“(…). Do ponto de vista da antropologia, o racismo é definido (...), ou seja, <i>‘tudo quanto seja não-biológico e socialmente transmitido (...)’.</i> ”	Outras fontes	124
	4	“Segundo Bobbio, (...). Para esse autor, <i>‘a inclusão na esfera das idéias que não aceitam (...)’.</i> ”	Doutrinário	124
	5	“(…) Noutra passagem, o mestre italiano, citando Pierre-André Taguieff, refere que o preconceito é <i>‘um juízo prematuro’</i> (...) que	Outras fontes	125

		<i>induz a que se ‘acredite saber sem saber, (...)’.</i> ”		
6		“A mente humana comete muitos erros, rotineiramente. ‘O preconceito, porém é um erro mais tenaz (...)’.”	Outras fontes	125
7		“Ele se difunde e mantém (...) a determinados propósitos: ‘... a crença na veracidade de uma opinião falsa (...)’.”	Outras fontes	125
8		“Segundo Christofer Hitchens, autor de ‘Jewish Power, Jewish Peril’, ‘O anti-semitismo distingue-se de outros preconceitos. (...) Por isso não admite prova em contrário’.”	Outras fontes (literatura semita)	125
9		“(…) O mesmo Bobbio, citando agora Tzvetan Todorov, refere que <i>‘transformar, de modo indevido, em valores universais (...)’.</i> ”	Doutrinário	126
10		“Dada esta compreensão à matéria é que se torna necessário concluir que, (...) embora o	Técnico-jurídico	126

		racismo não possa ser <i>justificado por fundamentos biológicos</i> ele, (...), conforme a precisa expressão do Professor Celso Lafer, em parecer que foi apresentado à Corte.”		
	11	“Por isso mesmo, segundo aquele autor, já em 1844, <i>‘Heinrich Simon, Juiz do Tribunal Municipal de Breslau, assinalava a manipulação das Cortes pelo Estado e profetizava: ‘O judiciário prussiano, até aqui tão exaltado, cairá ... e as ruínas desta instituição cairão sobre o trono prussiano e sobre as liberdades civis do povo prussiano’.</i> ”	Outras fontes	126/127
	12	“De tudo isso resultou o quadro (...): <i>‘Os únicos candidatos que sobreviviam ao escrutínio eram (...).’</i> ”	Outras fontes	127
	13	“O Tribunal Central de Pequenas Causas de Berlim rejeitou o caso,	Outras fontes	127

		(...): <i>‘Apesar de sua cidadania alemã, o requerente não (...)’.</i> ”		
	14	“(…), foi absolvido pelo tribunal distrital de Neuruppin porque não se podia <i>‘reconhecer na afirmação de que alguém tivesse ascendência ilegítima judaica nenhuma expressão de desprezo’.</i> ”	Outras fontes	127

3.8.1 Análise dos intertextos

O voto elaborado pela Julgadora 7 (J7) apresenta os seguintes intertextos: a) 01 do tipo “técnico-jurídico”; b) 02 intertextos do tipo “doutrinário”; c) 11 intertextos classificados como “outras fontes”, distribuídos entre intertextos oriundos de verbetes de dicionários, de textos elaborados por biólogos, jornalistas, pesquisadores sobre a 2ª Grande Guerra etc.

Observa-se que não foram identificados quaisquer intertextos de cunho “legal” e “jurisprudencial”. Ainda: não foram identificados intertextos referentes ao paciente Siegfried Ellwanger, fossem eles textos de sua autoria ou por ele editados.

No tocante aos intertextos presentes no voto, em particular, os classificados como “outras fontes”, os mesmos sugerem que foram utilizados

como instrumentos argumentativos, favoráveis ao posicionamento adotado pela julgadora no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*.

Nesse sentido, observou-se a presença de duas orientações no voto proferido: a) a primeira, enfatizada pela ligação emotiva entre a julgadora e empresa judaica na qual trabalhara anteriormente; b) a segunda, baseada na ausência de cientificidade em critérios de distinção racial.

Veja-se a ligação entre a julgadora e a comunidade judaica. Neste ponto, ela rememora ter trabalhado para uma editora judaica responsável pela publicação de determinada enciclopédia, para a qual teria atuado como tradutora da língua inglesa. A ligação entre ela e a referida empresa/publicação sugere ser importante haja vista ter sido essa mesma enciclopédia a fonte inicial para que extraísse a conceituação para “racismo”. E a importância atribuída a essa publicação ganha destaque quando a julgadora afirma, na sequência, tratar-se de texto editado na década de 1960, cujas conclusões apenas restaram confirmadas por descobertas posteriores. Dessa forma, a argumentação por ela desenvolvida sugere estabelecer o liame entre verdades desde há muito conhecidas e confirmações científicas inquestionáveis.

Na sequência, observa-se que os demais intertextos irão confirmar a ausência de cientificidade em critérios concernentes a diferenciação racial, seja com apoio em trabalhos de biólogos, por exemplo, ou com fundamento em cientistas sociais de renome.

Observou-se também ausência de qualquer intertexto que porventura se referisse ao paciente. Em processo judicial dessa importância, a discutir tema inédito perante o próprio STF, percebeu-se que à julgadora não interessou

situar os temas propostos pelo paciente, necessários à sua defesa¹⁰¹. Se em outros votos foi possível localizar referências a ele, inclusive de forma crítica aos textos de sua lavra e aos editados por sua empresa (Editora Revisão), no caso presente o silêncio em relação ao paciente se sobrepõe. E isto se destaca quando se sabe que a ação judicial proposta contra o paciente fora motivada pela publicação de textos antissemitas, caracterizados como instrumentos de propagação de ideário revisionista. Ou seja, são as ideias do paciente que estão sendo examinadas e julgadas – e foram elas aliadas da apreciação da julgadora.

A ausência de textos normativos também deve ser salientado. Por um lado, subverte a crença de que o julgador julga conforme a lei, e, por outro, demonstra ser ela prescindível para que o julgador reconheça a existência de direitos, ou, ainda, o cometimento (ou não) de prática delituosa. Na situação em análise, a ausência da lei parece indicar que ela (a lei) não teria o que oferecer à julgadora, em termos de subsídios à compreensão do problema e ao reconhecimento da prática de crime de racismo. E, por outro lado, que os temas “racismo” e “antissemitismo” deveriam ser apreciados a partir de outras referências, não necessariamente legais.

No tocante ao único intertexto “técnico-jurídico” observa-se que o mesmo foi extraído do parecer elaborado pelo ex-Chanceler Celso Lafer, membro da comunidade judaica.

Essas reflexões sugerem que no voto em apreço as vozes atuantes são duas, a saber, a da comunidade judaica e dos seus defensores. Embora a decisão se revista de aspectos democráticos, quando salienta, por exemplo, o

¹⁰¹ A propósito, a leitura do voto revela que sequer o nome do paciente foi citado.

papel do poder judiciário na defesa das liberdades públicas, encarna, entretanto, caráter autoritário uma vez que não assegura ao sujeito diretamente interessado (o paciente) o direito a se manifestar, pois sua voz permanece emudecida ao longo do voto.

Não bastasse, a argumentação empreendida demonstra posicionamento favorável da julgadora em benefício de uma das partes haja vista basear-se em referências textuais favoráveis à defesa dessa parte, ou seja, a comunidade judaica.

A análise desses intertextos sugere, portanto, que os mesmos foram empregados em virtude de prévio posicionamento adotado pela julgadora, em particular sobre temas como racismo, antissemitismo, preconceito e discriminação racial. O posicionamento em relação a esses temas parece ter sido suficiente para que a julgadora tomasse a decisão que lhe pareceu mais adequada, contrária à ordem de *habeas corpus*.

3.9 Quadro 8

J9	C1	Intertextos	Tipo	Página
	1	“(...) Denúncia que se fez em acatamento a representação de terceiros (...), e assim nuclearmente vocalizada pelo digno Promotor de Justiça: <i>‘Segundo o incluso inquérito policial, (...), contra o povo de origem judaica’ (...).</i> ”	Técnico-jurídico	135
	2	“Art. 20. Praticar, induzir, (...). Pena de reclusão (...).”	Legal	139
	3	“(...) I – o inciso XXXIX do Magno Texto Federal, (...).”	Legal	139
	4	“II – o art. 41 do Código de Processo Penal, (...).”	Legal	139
	5	“22. Por que a exegese (...): <i>‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º)’.</i> ”	Legal	140
	6	“Art. 1º. (...): IV – os valores	Legal	140

		sociais do trabalho (...).”		
7		“Art. 170. A ordem econômica, (...), observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único. É assegurado (...).”	Legal	140/141
8		“(…) Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, (...): Fabricar, comercializar, distribuir ou (...).”	Legal	141
9		“(…) (o Texto Maior de 1988 (...) quando menciona ‘a ação de grupos armados, (...)’.”	Legal	141
10		“(…) : ‘a prática do racismo (...) (inciso XLII do art. 5º)’.”	Legal	141
11		“(…) inciso anterior do mesmo art. 5º do Magno Texto Federal, que é o inciso XXXIX, (...) (‘não há crime sem lei anterior (...)’.)”	Legal	141
12		“(…) É preceito figurante do artigo XI, 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (‘Ninguém poderá ser condenado (...)’).”	Legal	142
13		“Ou diante das quais Von Ihering pôde ajuizar que ‘a forma é inimiga	Doutrinário	142

		<i>do capricho (...)'.</i> "		
14		"(...) É o sobredito inciso XLII do art. 5º, agora literalmente produzido: <i>'a prática do racismo (...)'.</i> "	Legal	142
15		"(...) Celso Ribeiro Bastos. Dissemos na ocasião: <i>'Quanto ao seu revestimento lingüístico (...)'.</i> "	Doutrinário	143
16		"(...) pranteado Geraldo Ataliba, pois é dele (...): <i>'A interpretação constitucional deve ser feita (...)'.</i> "	Doutrinário	143
17		"(...) (inciso IV do art. 5º, sob esta conhecidíssima dicção: <i>'É livre a manifestação de pensamento (...)'.</i> "	Legal	144
18		"(...) (inciso IX do mesmo art. 5º, vocalizado por esta forma: <i>'é livre a expressão (...)'.</i> "	Legal	144
19		"(...) a) o inciso V do art. 5º, segundo o qual <i>'é assegurado o direito de resposta (...)'.</i> "	Legal	144
20		"(...); b): o inciso X do mesmo art. 5º, a saber: <i>'são invioláveis a</i>	Legal	145

		<i>intimidade, (...)’.</i> ”		
21		“(…) lapidar princípio constitucional de que <i>‘a lei não excluirá (...)’.</i> ”	Legal	146
22		“(…) Matéria que também faz parte (...), a saber: <i>‘ninguém será privado (...)’.</i> ”	Legal	146
23		“I – <i>‘O racismo, portanto, não é uma ideologia (...)’</i> (Cashnore, Ellis. Dicionário de Relações Étnicas e Raciais. (...).”	Outras fontes	147
24		“II - <i>‘(...) A ideologia racista (...)’</i> (Grande Enciclopédia Delta Larousse (...).”	Outras fontes	147
25		“III – <i>‘(...) Se, através da história (...)’</i> (Bobbio, Norberto; Mateucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. (...).”	Doutrinário	147
26		“(…) I – foi literalmente citado pelo inciso IV do art. 3º do Código Supremo (...)(<i>‘promover o bem de todos (...)’.</i>)”	Legal	148
27		“(…) o monumental poema ‘O Navio Negroiro’, do mesmo vate	Outras fontes	149

		sublime da Bahia, (...): <i>‘E existe um povo que a bandeira empresta (...)’.</i> ”		
28		“(…) Darcy Ribeiro, com estas palavras: <i>‘A característica distintiva do racismo brasileiro (...)’.</i> ”	Doutrinário	150
29		“(…) está no inciso IV do art. 3º da Carta de Outubro, <i>in verbis</i> : <i>‘promover o bem de todos (...)’.</i> ”	Legal	151
30		“Diga-se mais. A discriminação que teima em persistir por este <i>‘lado de baixo do Equador’</i> (Chico Buarque de Holanda) (...)” (grifos no original)	Outras fontes	152
31		“ <i>Exempli gratia</i> , a <i>‘prestação de assistência jurídica integral (...)’.</i> ”	Legal	152
32		“(…) <i>‘a garantia de um salário mínimo (...) (inciso V do art. 203)’.</i> ”	Legal	152
33		“(…), constitui um bem da personalidade (<i>‘Todos nascem livres (...)’.</i>)” (grifos no original)	Legal	152
34		“(…) o referido preâmbulo da	Legal	153

		Magna Carta, assim legendado: <i>'Nós, representantes do povo brasileiro, (...)'</i> .”		
35		“(…) (inciso XLI, assim textualizado: <i>'a lei punirá (...)'</i> .”	Legal	154
36		“(…) Assim está no início da página (...) (<i>'O presente livro é o resultado (...)'</i>).”	Outras fontes	156
37		“(…) 'Apresentação' da obra, <i>litteris</i> : (<i>'Tratando-se de uma obra envolvendo (...)'</i>).”	Outras fontes	156
38		“Esse caráter histórico do livro é reiterado pelo paciente, ao final do seu estudo, conforme a seguinte e enfática passagem: <i>'Este livro é resultado de minha (...)'</i> .”	Outras fontes	156
39		“E no alto dessa mesma página, (...) também está escrito: <i>'Se o leitor achar, após ler (...)'</i> .”	Outras fontes	156
40		“Esse propósito central do livro já se revela por uma citação de Douglas Christie, (...): <i>'Ninguém tem o monopólio (...)'</i> .”	Outras fontes	156

41	“(…) Nas palavras dele, paciente, ‘sua editora é ideológica (…)’.”	Outras fontes	157
42	“Esse respaldo jurídico também decorre da ‘Lei de Imprensa’ (...): ‘Art. 27. Não constituem abusos (…)’.”	Legal	158
43	“Art. 22. Fazer, em público, propaganda: (...).”	Legal	158
44	“ (…) (de modo especial Winston Churchill, desancado a não mais poder.) (…) Confira-se: I - ‘Qualquer citação sobre Sionismo (…)’.”	Outras fontes	159
45	“II - ‘Muitas das referências indicadas (…)’.”	Outras fontes	159
46	“III - ‘Uma parcela cada vez maior de judeus (…)’.”	Outras fontes	159
47	“E batendo na mesma tecla, (...) conforme se extrai deste epílogo do livro de Marschalko (p. 215): ‘A luta pela liberdade travada pelos (…)’.” (grifos no original)	Outras fontes	161

	48	<p>“(…) e b) o francês François-Marie Arouet Voltaire, autor da gloriosa frase ‘não concordo com uma só das palavras que dizeis (...)’.”</p> <p>(grifos no original)</p>	Outras fontes	161
--	----	--	---------------	-----

3.9.1 Análise dos intertextos

O *corpus* referente ao Julgador 8 (J8) apresenta os seguintes intertextos: a) 27 intertextos do tipo “legal”; b) nenhum intertexto “jurisprudencial”; c) 01 intertexto “técnico-jurídico”; d) 05 intertextos “doutrinários” e) 15 intertextos referentes a “outras fontes”, distribuídos entre verbetes de dicionário, canção popular, texto poético etc.

Em termos quantitativos, destacam-se os intertextos do tipo “legal” (27 ocorrências) e os do tipo “outras fontes” (15 ocorrências). Contudo, os demais intertextos (“jurisprudencial”, “doutrinário” e “técnico-jurídico”), embora numericamente menos expressivos, merecem também atenção.

Percebe-se, no tocante aos intertextos do tipo “legal”, o interesse do J4 em percorrer diversos diplomas normativos nos quais figuram os princípios da liberdade, manifestos sob a forma de liberdade de expressão e de pensamento, bem como direitos relacionados à intimidade, ou ainda sobre a devida observância da legalidade como princípio do estado democrático de direito.

Outro aspecto a destacar consiste no emprego dos intertextos como instrumento de citação e de delimitação da matéria a ser tratada em face da disposição normativa correspondente.

Por outro lado, percebe-se também que parte desses intertextos (“legal”) foi empregada em benefício do paciente, uma vez que o J4 empreendeu análise dos dispositivos legais infraconstitucionais no sentido de demonstrar que sua conduta não estaria enquadrada como delituosa. Nesse sentido, os intertextos também foram utilizados a fim de demonstrar como, a partir de referências textuais normativas, é possível identificar as diferenças concernentes à manifestação do pensamento em relação ao que se deve entender por “ideologia” e “opinião”.

No tocante aos intertextos pertencentes à categoria “outras fontes”, nota-se que os mesmos apontam para a atenção dada pelo J4 aos trabalhos editados pelo paciente, sejam eles de sua autoria ou não. Nesse sentido, apresenta-se sugestivo um dos subtítulos empregados pelo julgador quando destaca “a obra de Siegfried Ellwanger Castan, segundo ele próprio.” Em outras palavras, ao julgador pareceu importante ceder espaço – em sua decisão – para que o paciente, por intermédio de seus textos, dispusesse de condições para se expressar em sua própria defesa.

A falta de intertextos do tipo “jurisprudencial” sugere a prescindibilidade desse tipo material para a decisão. Por outro lado, sugere que o material à disposição do J8 (e por ele utilizado) seria suficiente para o julgamento.

Quanto ao intertexto “técnico-jurídico”, com apenas uma ocorrência, percebe-se ter sido extraído do parecer do representante do Ministério Público Estadual referente à denúncia do paciente Siegfried Ellwanger como incurso

em prática delituosa. Segundo o texto, parece sugerir tratar-se de intertexto por meio do qual o julgador busca situar os limites da discussão no processo.

Os intertextos “doutrinários” são os que se distribuem entre tema relacionado à interpretação constitucional, ao desapego à forma em relação ao conteúdo da norma e, por fim, sobre reflexão em torno do racismo.

Assim, observa-se que os tipos de intertextos empregados pelo J8, com ênfase nos aspectos legais e nos textos produzidos (ou editados) pelo paciente, por um lado, ocuparam maior espaço no interior da decisão haja vista as vozes prevaletentes terem sido a do legislador e a do próprio paciente. É possível que os intertextos empregados demonstrem tratar-se de decisão mais voltada a aspectos técnicos haja vista o interesse, manifesto ao longo do voto, em examinar a conduta do paciente de acordo com dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. Visto sob outra perspectiva, a ausência de outras vozes sociais, tal como as que se fizeram presentes nos *corpus* dos demais julgadores, parece sugerir menor afastamento do julgador da temática principal do processo.

3.10 Quadro 9

J10	C1	Intertextos	Tipo	Página
	1	“A denúncia que deu origem à ação penal (...) – artigo 20, cabeça, da Lei nº 8.081/90: Praticar, induzir ou incitar (...).”	Legal	163
	2	“(…), ficando o acórdão assim ementado (...): Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia (...).”	Jurisprudencial	163
	3	“No Superior Tribunal de Justiça (...). Eis a ementa do acórdão (...): Criminal. <i>Habeas corpus</i> . Prática de racismo. (...).”	Jurisprudencial	163
	4	“1 Lei nº 8.081/90, Artigo 1º: ‘A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, (...)’.”	Legal	164
	5	“2 Constituição Federal, Artigo 5º, inciso LXII: ‘a prática do racismo constitui (...)’.”	Legal	164
	6	“(…) Mencionou conferência (...) pelo Rabino Henry I. Sobel:	Outras fontes	165

		<i>'existem judeus de toda espécie: (...)'</i> ”		
7		“Em 27 de agosto de 2003, (...) , o Ministro Carlos Britto, que (...) fez ver: <i>'94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro (...)'</i> ”	Outras fontes	166
8		”Na Declaração de Direitos da Virgínia (...) proclamou-se que <i>'a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes (...)'</i> ”	Legal	169
9		“A Constituição Americana de 1787, (...), previu que <i>'o Congresso não legislará no sentido de estabelecer (...)'</i> ”	Legal	169
10		“Na França, (...), com a Declaração dos Direitos do Homem, (...) reiterou-se que <i>'a livre manifestação do pensamento e das opiniões (...)'</i> ”	Legal	169
11		“(…) vindo-nos a Declaração Universal dos Direitos Humanos: <i>'Toda pessoa tem direito à</i>	Legal	169

		<i>liberdade de opinião (...)'.</i>		
12		“(...) via o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana dos Direitos Humanos, selou-se: <i>‘Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão; (...).’</i> ”	Legal	169
13		“(...) Tratando dos direitos fundamentais (...), o Professor de Coimbra arremata: <i>Por sua vez, os direitos fundamentais (...).</i> ”	Doutrinário	171
14		“José Martínez de Pisón, (...), ressalta: <i>‘quando uma sociedade e seus governantes (...).’</i> ”	Doutrinário	172
15		“E continua, citando Camps: <i>‘A tolerância é uma virtude indiscutível da democracia. (...).’</i> ”	Doutrinário	172/173
16		“(...) No caso ‘New York Times v. Sullivan’ o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: <i>‘a liberdade de expressão sobre questões públicas (...).’</i> ”	Jurisprudencial	173
17		“Bem demonstra Jónatas	Doutrinário	174

		Machado: <i>‘Os modernos Estados constitucionais (...)’.</i> ”		
18		“(...) Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa (...).Teubner já alertara: <i>‘O ponto é que, à parte da esfera individual de ação, (...)’.</i> ”	Doutrinário	174
19		“Revela o artigo 19 da Declaração dos Direitos Humanos: <i>‘Cada indivíduo tem o direito à liberdade de opinião e de expressão (...)’.</i> ”	Legal	174
20		“Assim já lecionava Stuart Mill (...): <i>‘Quando a sociedade mesma é o tirano (...) seus meios de tiranizar não estão limitados (...)’.</i> ”	Doutrinário	175
21		“(...) resumidos ainda por Mill: <i>‘Primeiro, (porque) uma opinião, ainda que reduzida ao silêncio, (...)’.</i> ”	Doutrinário	175
22		“(...) Recentemente, ocorreu uma cena constrangedora para o Governo Federal, (...) declaração	Outras fontes	181

		proferida pelo Ministro da Segurança Alimentar, José Graziano, (...), do seguinte teor: <i>‘temos de criar empregos (no Nordeste), temos de gerar oportunidades (...).’</i>		
23		“(…) Robert Alexy, (...) aduz: <i>‘Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental (...).’</i> ”	Doutrinário	183
24		“(…), <i>Os africanos no Brasil</i> , de Nina Rodrigues, (...). Transcrevo trecho (...): <i>‘os destinos de um povo não podem estar à mercê das simpatias ou dos ódios de uma geração. (...).’</i> ”	Doutrinário	184
25		“José Bonifácio de Andrada e Silva, (...). É que, em certa passagem do livro <i>Projetos para o Brasil</i> , afirma serem os índios povos vagabundos, (...) sendo-lhes <i>‘insuportável sujeitarem-se às leis e aos costumes regulares.’</i> ”	Doutrinário	184

26	“Caso Lüth (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 7, 198 (...)) (grifos no original)	Jurisprudencial	185
27	“Caso livro sobre a guerra (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 90, 1-22. (...).)” (grifos no original)	Jurisprudencial	185
28	“Caso soldados assassinos (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 93, 266-312. (...).)” (grifos no original)	Jurisprudencial	185/186
29	“Caso do romance pornográfico (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 83, 130. (...).)” (grifos no original)	Jurisprudencial	186
30	“Caso Terminiello VS. Chicago (Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1 (1949).)” (grifos no original)	Jurisprudencial	186
31	“Caso R.A.V. VS. City of St. Paul (Suprema Corte Americana, 337 U.S. 1 (1949).)” (grifos no original)	Jurisprudencial	186
32	“Caso Texas VS. Johnson (Suprema Corte Americana, 491 U.S. 397 (...).)” (grifos no original)	Jurisprudencial	187

33	“Caso Publicação cômica contra o povo judeu (Tribunal Constitucional Espanhol, Sentencia 176/1995, (...).)” (grifos no original)	Jurisprudencial	187
34	“A Constituição de 1824, no artigo 179, XII, pregava: <i>‘A lei será igual para todos, (...)’.</i> ”	Legal	187
35	“Na Carta de 1891, o artigo 72, §2º estabelecia: <i>‘Todos são iguais perante a lei. (...)’.</i> ”	Legal	187
36	“(…) Constituição Federal de 1934 (...). Assim preceituava o artigo 113, I: <i>‘Todos são iguais perante a lei. (...)’.</i> ”	Legal	187
37	“A Constituição de 1937, (...) desta vez no artigo 141, §5º: <i>‘É livre a manifestação de pensamento, (...)’.</i> ”	Legal	187
38	“A Constituição de 1967, no artigo 150, §1º, proclamava: <i>‘Todos são iguais perante a lei, (...)’.</i> ”	Legal	188
39	“A Constituição de 1969, no artigo	Legal	188

		153, §1º, preconizava: <i>‘Todos são iguais perante a lei, (...)’.</i> ”		
40		“(…) Dispõe o artigo 5º, inciso XLII: <i>‘A prática do racismo constitui crime (...)’.</i> ”	Legal	188
41		“Por sua vez, o inciso LXIV do mesmo artigo prevê: <i>‘Constitui crime inafiançável e imprescritível (...)’.</i> ”	Legal	188
42		“Marcelo Neves, sobre o tema, aduz: <i>‘Quando a nova legislação constitui apenas uma tentativa (...)’.</i> ”	Doutrinário	188
43		“(…) a redação do artigo 5º, inciso XXXX (sic), da Constituição, <i>verbis: ‘Passados praticamente cem anos da data da abolição, (...)’.</i> ”	Outras fontes	190
44		“Assim dispôs a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, (...), à qual, diga-se de passagem, não aderiu o Brasil:	Legal	192

		<i>‘ARTIGO 1º São imprescritíveis, independentemente da data que tenham sido cometidos, os seguintes crimes: (...)’.</i>		
45		“(...) o Estatuto de Roma, a saber: <i>‘DECRETO Nº 4.388, DE 25 DE DEZEMBRO DE 2002 (...)’.</i> ”	Legal	193
46		“(...) É o que bem demonstra Christiano Jorge Santos: <i>As previsões de imprescritibilidade da Carta Magna (...)’.</i> ”	Doutrinário	194
47		“(…), no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual <i>‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos (...)’.</i> ”	Legal	194/195

3.10.1 Análise dos intertextos

Os intertextos identificados no *corpus* totalizaram 47 ao todo, distribuídos da seguinte forma: a) 20 intertextos do tipo "legal"; b) 11 intertextos classificados como "jurisprudencial"; c) 12 intertextos do tipo "doutrinário"; d) 04 intertextos como "outras fontes", dos quais 02 concernentes a excertos de votos dos próprios ministros do STF, 01 extraído de pronunciamento de

parlamentar federal e o 01 extraído de texto jornalístico. Não foram identificados intertextos “técnico-jurídico”.

Destaca-se, em primeiro lugar, a quantidade de intertextos referentes a textos normativos, utilizados para os seguintes fins: a) para delimitação do assunto em discussão; b) como exemplos acerca da liberdade de expressão e de imprensa, conforme constituições estrangeiras e convenções internacionais; c) como retrospecto sobre o tratamento constitucional brasileiro acerca da liberdade de expressão.

À exceção dos intertextos utilizados para fins de indicação dos textos normativo incidentes na temática em discussão, haja vista que a aplicação do direito pressupõe a identificação do texto normativo a ser aplicado ao caso concreto, observa-se que os demais intertextos sugerem ter sido manejados pelo julgador com o propósito de demonstrar a plausibilidade do direito do paciente. Com efeito, todos os intertextos legais referem-se a textos normativos favoráveis à liberdade de expressão e de imprensa.

As reflexões empreendidas acima também são aplicáveis aos intertextos jurisprudenciais, uma vez que apenas 02 intertextos (nº 02 e nº 03) referem-se à circunstanciação do caso judicial em discussão a partir dos acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), acórdão esse motivador do *habeas corpus*. Os demais intertextos extraídos da jurisprudência internacional referem-se a casos judiciais nos quais em debate a liberdade de imprensa e de expressão. Todas as decisões utilizadas foram favoráveis à livre manifestação do pensamento.

No tocante aos intertextos “doutrinários” reiteram-se as mesmas considerações já apresentadas. Percebe-se que os textos acionados referem-

se a textos literários outrora proibidos pela Igreja Católica, ao aspecto democrático do estado de direito no tocante à proteção dos direitos fundamentais, o direito à liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão. Nesse sentido, o julgador buscou demonstrar os inúmeros prejuízos sociais se mantidas certas restrições à livre circulação de obras, as quais em relação a épocas e a certos grupos foram consideradas perniciosas.

Quanto aos intertextos classificados como “outras fontes”, percebeu-se que os mesmos não se mostraram tão expressivos, à semelhança do que fora apontado em outros votos. Restringiu-se o julgador a citar trechos de votos de outros ministros da Corte, a texto jornalístico sobre declaração preconceituosa proferida por integrante da cúpula ministerial do governo federal e, finalmente, a trecho de discurso parlamentar favorável sobre a temática do racismo.

Observou-se ainda que não interessou ao julgador ceder espaço a textos favoráveis aos judeus, nem sequer utilizou os citados pareceres do ex-Chanceler Celso Lafer e do Professor Miguel Reale Júnior, como fizeram outros julgadores. Por outro lado também não lhe interessou utilizar em seu voto excertos da obra do paciente Siegfried Ellwanger ou por ele editadas.

Da análise dos intertextos que integram o voto percebe-se que os mesmos foram empregados em função da visão adotada pelo julgador, favorável à liberdade de expressão e de imprensa, considerados princípios fundamentais do estado democrático de direito. Dessa forma, ao julgador interessou circunscrever o caso a referências legais, jurisprudenciais e doutrinárias favoráveis à tese por ele defendida, distanciando-se na medida do possível de alegações procedentes do paciente ou da comunidade judaica.

3.11 Quadro 10

J11	C1	Intertextos	Tipo	Página
	1	<p>“É certo que, logo em seguida, o inciso XLIV da Constituição Federal dispõe: <i>‘Art. 5º (...) XLIV – constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, (...)’.</i>”</p>	Legal	227
	2	<p>“(…) Há aqui uma página, como outras, (...), do voto do Ministro Carlos Britto, a qual me permito recordar ao Tribunal (...): <i>‘Pois bem, é ainda no senso comum das pessoas que o verbete ‘prática’ assume o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduza no fato de o ser humano sair de si mesmo. (...)’.</i>”</p>	Jurisprudencial	228
	3	<p>“Leio do seu voto: <i>41. Que a Lex Maxima declara e garante a liberdade de expressão, é juízo</i></p>	Jurisprudencial	229

		<i>que ninguém desconfirma. (...)’.”</i>		
	4	“(…) – <i>Holocausto. Judeu ou alemão?</i> , - no qual – após, segundo o autor – a fotografia de um desenho de cadáveres, se lê: <i>“A foto acima’ – leio fls. 205/206 – ‘tomada pelo exército norte-americano no campo de Dachau, após a libertação do mesmo, mostra os corpos de aproximadamente 160 pessoas, (...)’.”</i>	Outras fontes	230

3.11.1 Análise dos intertextos

O voto do julgador em apreço (J11) destaca-se pela quantidade de intertextos empregados, no total 04, distribuídos entre intertextos jurisprudenciais (02), “legal” (01) e “outras fontes” (01). É possível que essa quantidade de intertextos seja resultado do esgotamento da matéria uma vez ter sido submetida anteriormente a longas manifestações por outros julgadores.

Deles se depreende a indicação do texto normativo referente à imputação atribuída à conduta do paciente, o que constitui elemento habitual

nas decisões judiciais porquanto o julgamento resulta da aplicação da norma legal ao comportamento, extraindo-se daí a imputação respectiva ou não.

Os intertextos de natureza jurisprudencial referem-se – ambos – a excertos extraídos de voto de outro integrante da Corte, nos quais a preocupação consistiu em discutir amiúde a liberdade de expressão e os limites a ela impostos.

A menção a intertexto classificado como “outras fontes” refere-se à transcrição de parte da obra do paciente Siegfried Ellwanger. O emprego desse material, no voto, deu-se como forma de descaracterização do seu intento em proceder e em desenvolver sérias razões acerca do revisionismo histórico.

No todo, o conjunto intertextual pareceu não trazer reflexão nova acerca da sua importância; ao contrário, pareceu repetir o padrão já antes apresentado noutros votos: indicação do texto normativo no qual se fixa a conduta do paciente, menção ao posicionamento de outros juízes e citação do texto do paciente, como meio de caracterização da sua conduta discriminatória em relação ao povo judeu.

3.12 Análise geral dos elementos intertextuais

As decisões judiciais, expressão aqui tomada em *strictu sensu*, referem-se às manifestações do estado-juiz quando acionado pelo cidadão quando este requer, do Poder Judiciário, o exercício da jurisdição. Por intermédio de processo judicial, reclama para si (ou para outrem) a prestação jurisdicional respectiva. Decisões são textos, portanto, elaborados por agentes estatais voltados à efetivação da prestação jurisdicional de modo a dizer do direito, atribuindo-lhe a quem lhe pertence.

Como textos, atendem a certos requisitos e finalidades, dentre elas: são elaborados por agentes estatais autorizados para tanto; têm caráter público; são textos motivados, pois decorrem da pretensão de alguém; são textos técnicos.

Adotando-se orientação segundo a qual todo texto se dirige a propósitos determinados e que cada texto tem por trás de si argumentação que lhe dá sustentação, há que se admitir que o texto da decisão jurídica também se submete a essa conformação, sendo ele texto argumentativo destinado a demonstrar a presença ou não do direito que se alega ter. Logo, o juiz ao prolatar a decisão volta-se a demonstrar às partes envolvidas no processo as razões que o conduziram a decidir dessa ou daquela maneira, satisfazendo ou contrariando expectativas.

Embora a atividade judicante se submeta a regras que determinam imparcialidade por parte do juiz, também se observa o caráter argumentativo da decisão em face da opção do julgador em favor do conjunto de razões as quais, a seu sentir, melhor se adequam à interpretação do dispositivo

normativo a ser aplicado ao caso, ao conjunto de elementos probatórios, e, se o caso, em consonância com a orientação da doutrina especializada e dos entendimentos jurisprudenciais.

Neste sentido, admitir a decisão como ato que se pautar por esses pressupostos não a transforma em ato destituído de elementos racionais. O emprego da técnica da subsunção nos raciocínios lógico-dedutivos não impede que o juiz se utilize de material complementar que o auxilie na aplicação da norma ao fato concreto. Por outro lado, esses mesmos pressupostos não significam que o ato decisório seja por si mesmo arbitrário, quando se sabe que, na atualidade, os debates jurídicos não mais alijam do processo decisório elementos extralegais (como valores pessoais, inclinações políticas, ideologias, formação sócio-cultural etc.). Como se vê, a atividade judicante nem prescinde de operações racionais nem afasta a presença de elementos que demonstrem opções valorativas.

No tocante aos elementos que costumam figurar no texto decisório, em primeira ou segunda instância, encontram-se: as citações de textos normativos, de textos doutrinários e de jurisprudências¹⁰². Embora a doutrina e a jurisprudência não constituam fontes formais do direito, e cujo uso não é obrigatório por força de lei, ambas gozam de participação destacada nas decisões, pois, em geral, funcionam como subsídios ao entendimento do julgador. Percebe-se que tais recursos costumam figurar na decisão, em geral atendendo às seguintes finalidades: a) identificação da norma aplicável

¹⁰² Nada impede, contudo, que outros elementos se façam presentes na decisão, dada a peculiaridade do caso e as razões do próprio julgador.

ao caso; b) delimitação do tema a ser tratado pelo juiz; c) para fins exemplificativos.

As citações doutrinárias costumam ser extraídas dos livros e dos manuais dos juristas sobre a matéria em discussão, enquanto que as citações jurisprudenciais compõem as ementas de julgamentos nos quais o prolator da decisão busca posicionamento que sirva de subsídio ou de confirmação para o entendimento por ele adotado. O uso desse material sugere tratar-se, em sua maioria, de estratégia argumentativa do julgador no sentido de embasar e justificar o entendimento que ele defende¹⁰³. Esses textos parecem figurar na decisão como “vozes autorizadas” as quais embasam, dão fundamento às razões apresentadas pelo julgador.

Essas citações recebem também a denominação de *intertextos*, ou seja, textos produzidos por outras pessoas e que são encaixados no texto elaborado (ou em elaboração). Não deixam de ser citações, esclareça-se, mas, para fins lingüísticos, passam a fazer parte de outro texto (como intertextos).

Dessa forma, intertextos são ocorrências materiais textuais que apontam para o fenômeno da intertextualidade, entendido como o procedimento pelo qual “os textos dialogam entre si”. Com efeito, a inserção de um intertexto em determinado texto faz com que textos de fontes produtoras diferentes (entenda-se, autores) se comuniquem entre si, ora estabelecendo elos de aproximação ora porque discordam um do outro. Nesse sentido é que

¹⁰³ Os textos normativos, em face do tratamento genérico impessoal da matéria, parecem não propiciar – como a doutrina e a jurisprudência – elementos argumentativos tão destacados. Contudo, nada impede que a atividade interpretativa do julgador identifique e utilize elementos argumentativos possivelmente presente neles.

se diz que os textos “dialogam”, ou seja, os textos dialogam porque são imputados a subjetividades.

As subjetividades envolvidas manifestam-se, cada um, a partir de suas respectivas vozes. Essas correspondem à manifestação dos produtores do texto, mediante a inserção de características próprias: estilísticas, maior ou menor grau de formalidade, vocabulário etc. Logo, todo texto manipulado sob a forma de intertexto carrega em si elementos indicadores da subjetividade (autoria) responsável por sua produção.

Apropriada a esta altura retomar as considerações de Bakhtin quando esse afirma que a palavra, quando empregada em enunciados, partem de alguém em direção a outrem, sendo ela “o produto da interação *locutor* e do *ouvinte*”. E embora para o mesmo autor tais personagens sejam fictícias, porquanto representam apenas o esquema mínimo da comunicação, elas servem à demonstração – também mínima – que a comunicação verbal, seja via oral seja pela via escrita, se estrutura entre agentes, ao menos dois. A comunicação assim vista afasta pretensões que visem encerrá-la em esquemas restritos, nos quais, em geral, atribui-se papéis ativos a quem fala e papéis passivos a quem ouve.

Ao contrário, a subversão desse modelo estático comunicativo, tal como preconizado por Bakhtin, transmuta falante/escritor em ouvinte/leitor, de modo simultâneo, o que só se torna possível quando em evidência a perspectiva dialógica. Adotando-se tal maneira de interpretar a elaboração dos sentidos, propiciados tanto pelo texto e quanto pela palavra em uso, ver-se-á que esse caráter dialógico, que assegura a transposição da palavra nos segmentos sócio-históricos, institucionais, afetivos, é constitutivo, em última instância, da

própria linguagem em suas diversas modalidades de aparição (verbal, sígnica, pictórica etc.).

A partir dessas considerações, algumas reflexões puderam ser extraídas a partir da utilização de intertextos no *corpus*: a) que os intertextos figuraram como meio de integração social à decisão; b) que, no caso do processo em análise, o texto da decisão resultou da ativa participação de diversos agentes sociais; c) que os intertextos atuaram como elementos argumentativos fortes em face da importância atribuída ao produtor do texto manipulado (argumento de autoridade); d) que a análise do tipo de intertextos pode sugerir maior ou menor grau de parcialidade do julgador.

Com efeito, observou-se que os intertextos empregados advieram de diversos segmentos produtores textuais, pertencentes a segmentos sociais diferenciados. Nesse sentido, os intertextos resultaram de peças textuais produzidas por políticos, filósofos, sociólogos, antropólogos, jornalistas, cientistas, religiosos etc. Cada personalidade, a partir das suas respectivas contribuições textuais, aportou à decisão multiplicidade de informações e pontos de vista, os quais revelaram ora conhecimentos baseados em estudos científicos, em relatos históricos, em impressões particulares etc.

A análise sugere, por sua vez, que a temática em discussão parece ter sido o elemento catalisador dessa participação social ativa, quer em razão da novidade da temática quanto pela necessidade de oferecer conceituações e interpretações mais adequadas ao termo “racismo”. Assim, a quantidade de intertextos empregada sugeriu a necessidade de os julgadores recorrerem a outras fontes que lhes oferecessem subsídios ao julgamento, além daquelas tradicionalmente utilizadas pelos julgadores – a normativa e a jurisprudencial.

Todavia, a pesquisa empreendida não foi suficiente para demonstrar se a participação desses agentes sociais ocorreu em face da importância de suas contribuições textuais, ou se em razão das dificuldades enfrentadas pelos julgadores em decidirem o caso concreto, dada a precariedade dos instrumentos normativos empregados. Em alguns casos foi possível observar que o uso de certos intertextos (em função da quantidade e do uso repetido dos mesmos intertextos por alguns julgadores) derivou da importância de certos nomes em determinadas áreas do conhecimento. Nesse tocante, a análise sugere que os intertextos funcionaram como “argumentos de autoridade” em favor de determinado posicionamento, dada a importância atribuída ao autor, produtor do intertexto.

Tais razões, contudo, não obscurecem a ativa participação desses agentes na decisão e a importância a eles atribuída pelos próprios julgadores, à medida que puderam se desvencilhar do julgamento. Ao contrário, o emprego de intertextos demonstra a importância atribuída a esses outros agentes por meio de suas contribuições textuais para a composição final da decisão. Confirma, assim, a necessidade que o julgador tem de dispor de outras referências materiais para a elaboração da decisão, o que põe em evidência não ser ele, o juiz, a única voz circulante no interior do texto decisório. Contudo, tal afirmação não retira dele as atribuições e responsabilidades estatais sobre a decisão judicial; no entanto, aponta também para a imprescindibilidade que ele – como julgador – tem do “outro”.

A análise também propiciou o reconhecimento de que o emprego de intertextos na decisão do Caso Ellwanger funcionou como estratégia argumentativa. Com efeito, percebeu-se que a escolha dos intertextos ocorreu

de modo dirigido ao tipo de argumentação desenvolvida pelo julgador: se favorável ou contrária ao paciente. Dessa forma, a pesquisa demonstrou que o emprego de intertextos corresponde à articulação, pelo julgador, entre orientações pessoais (de cunho social, valorativo, ideológico, emocional etc.) e de natureza jurídico-institucional.

Outro aspecto a destacar consiste na avaliação acerca do papel dos intertextos correlacionando-os ao grau técnico da decisão. Nesse sentido, verificou-se que as decisões contrárias ao paciente foram aquelas que apresentaram maior quantidade de intertextos relacionados a temas não-legais, em geral baseados em textos produzidos por representantes de umas das partes envolvidas no processo, textos bíblicos, científicos etc. Em sentido contrário, foi possível perceber que os julgamentos que se ativeram mais à problemática do processo (conduta do paciente, edição ou não de textos antissemitas, discriminação contra judeus, confronto entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana) foram os que mais empregaram intertextos legais e jurisprudenciais. Dessa forma, parece pertinente desenvolver investigação aprofundada acerca desse aspecto de modo a questionar se há alguma relação entre temas legais e não legais, confrontando-os com o provimento ou não provimento da matéria submetida a julgamento.

As reflexões alcançadas também sugerem que a decisão, vista sob a ótica da sua elaboração, pressupõe etapas, tais como: a) posicionamento do julgador em relação à matéria em julgamento; b) formulação das suas próprias razões; c) utilização de intertextos como elementos argumentativos; d) redação da decisão – ou seja, fases que combinam operações cognitivas, argumentativas e propriamente composicionais.

Ao que parece, reflexão que não representa a princípio aspecto novo no que pertine à elaboração da decisão judicial; mas que pode vir a ser objeto de investigação posterior se se considerarem as etapas necessárias à elaboração do texto decisório, e se há alguma correlação entre temas em discussão, argumentos expendidos pelo julgador e tomada de decisão final.

As conclusões aqui apresentadas não possuem o interesse em demonstrar serem elas suficientes ou conclusivas ao estudo sobre os intertextos e os papéis por eles desempenhados na elaboração das decisões judiciais. São, apenas, reflexões extraídas do material posto em discussão, visto sob a perspectiva textual. Logo, dado o interesse e os limites da pesquisa, por meio de tais reflexões busca-se contribuir para os estudos da decisão, enfocando-a de modo interdisciplinar, a favorecer o debate que impescinde da relação entre texto judicial e ferramentas linguísticas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho consistiu no esforço em estabelecer relações interdisciplinares entre os estudos jurídicos, referentes à decisão jurídica, e aqueles de matriz lingüística, com ênfase na elaboração textual. Pretendeu-se dessa forma suscitar reflexão em torno da decisão como texto, tal como outros produzidos e circulantes no meio social, buscando demonstrar que sua elaboração decorre da inter-relação dos muitos agentes sociais.

Se no contexto amplo da produção textual parece não haver problema quanto ao reconhecimento dessa interligação social, pareceu oportuno suscitá-la no âmbito jurídico, em particular, no tocante à decisão jurídica. Isto porque ainda prevalece dificuldade em se considerar o texto decisório semelhante a outros textos e, por consequência, encará-lo como produto da diversidade de agentes sociais. Poder-se-ia afirmar, então, tratar-se de dificuldades relacionadas ao que se entende por texto e ao modo de sua elaboração.

A partir dessa perspectiva, ou seja, o texto como expressão social, buscou-se demonstrar que ele não decorre da inteligência de um só agente, responsável pela sua elaboração; ao contrário, todo texto pressupõe diversas entidades subjetivas em sua composição, em qualquer dimensão temporal. Logo, todo texto impescinde da confluência intersubjetiva associada a outros aspectos a ela associados, tais como o ambiente no qual é produzido, as relações institucionais, os elementos volitivos e ideológicos etc.

Partiu-se, de pronto, à tentativa de diferenciação entre as expressões “decisão judicial” e “decisão jurídica”, habituais ao meio jurídico. Submetidas à crítica, observou-se que a primeira delas corroboraria a tradicional visão acerca

da decisão ser resultado da atuação exclusiva do agente julgante, pois ele seria o único a decidir. Em resposta, observou-se que a segunda expressão estaria mais apta a apreender o fenômeno decisório como parte da integração intersubjetiva, considerando as contribuições textuais dos muitos atores que participam do processo judicial.

Discutiu-se também que essa participação coletiva merece ser considerada haja vista cada que ator, por meio de seus textos jurídicos, age em conformidade com decisões úteis aos interesses que têm no processo, embora tais decisões, que implicam em estratégias, não se confundirem com a decisão prolatada pelo órgão estatal. Pretendeu-se demonstrar, assim, o caráter textual ínsito ao processo, tendo em vista que cada etapa pressupõe textos, e esses existem como expressão da subjetividade de quem os elabora.

Em seguida, com fundamento em autores da área lingüística, verificou-se que toda e qualquer manifestação subjetiva integra o amplo conjunto textual, seja ela expressa de modo escrito ou oral. Viu-se também a estreita ligação entre texto e sujeito e língua, cujas combinações permitem configurar diversos tipos de textos: como *expressão do pensamento*, como *texto-código* e como *instância interativa*.

De acordo com a digressão teórica desenvolvida e a partir de algumas reflexões críticas, os dois primeiros modelos textuais pareceram atender melhor à compreensão habitual acerca das decisões jurídicas, considerando-se as tradicionais perspectivas que vinculam texto a “texto escrito”, e as que tomam os profissionais jurídicos como sujeitos dotados de capacidades especiais, próprias dos que se dedicam a descobertas ou decifrações de códigos.

Embora tais modelos se apresentem à maioria como aceitáveis, indagou-se acerca das suas respectivas limitações a partir da adoção da perspectiva do conhecimento compartilhado e do acesso ao texto, considerados elementos imprescindíveis ao aprofundamento do papel da decisão na vida dos cidadãos, tendo em vista sua posição como instrumento imperativo estatal em relação aos interesses daqueles.

Em resposta a esses modelos, apresentou-se a terceira perspectiva, denominada *interativa*, para a qual o texto figura como lugar aberto ao dinamismo dos atores sociais a partir de suas contribuições textuais. Dessa forma, ao invés de o texto mostrar-se “pronto e acabado”, como resultado da atuação de determinado autor e veiculando sentidos definidos, o texto passa a ser o palco no qual essas subjetividades interagem, pois todos são autores.

Nas reflexões de Mikhail Bakhtin foi possível encontrar a matriz teórica para tal compreensão, tomando-se a palavra como elemento aberto ao “outro”, e, ao mesmo tempo, à incompletude. Dessa forma, se à palavra não se atribuem sentidos fixos, pré-determinados, a elaboração dos seus diversos significados dá-se no uso, mediante a inter-relação social. Nisto desponta o caráter pragmático desse autor quando se propõe à fusão entre elementos psico-cognitivos e a realidade, integrando-os como partes de um só evento: a enunciação. Por sua vez, entender-se-á como “texto incompleto” todo e qualquer texto em face da intrínseca necessidade da inserção – intertextual – do “outro”.

As decisões jurídicas se apoiam na intertextualidade porquanto textos e produtos sociais. Dessa forma, como textos estão abertos a outros textos (doutrinários, legais, informativos, científicos, poéticos etc.) uma vez que não

se fala nem se escreve *ex nihilo*; por outro lado, são instrumentos que atentam para necessidades sociais, sejam elas circunscritas à temática em discussão (sobre o que se decide), aos compromissos institucionais (como decidir, quem decidirá), aos vínculos ideológicos (qual o propósito da decisão) etc.

Embora o texto decisional se revista de certas características que o distinguem de outros inúmeros textos socialmente circulantes, pode-se afirmar que nele permanecem visíveis constantes trocas entre os sujeitos porquanto repousa em material necessariamente dialógico (a palavra). Neste sentido, a intertextualidade se apresenta como elemento de confirmação dessa característica porquanto torna efetivo o “ir e vir” entre os sujeitos por meio da elaboração textual.

Neste sentido as incursões no “Caso Ellwanger” (*habeas corpus* nº 82.424/RS) possibilitaram identificar e demonstrar como a intertextualidade desempenha papel importante na elaboração textual decisória.

De início, permitiu refletir sobre a relação entre a lei e a pré-compreensão dos julgadores acerca da matéria em discussão no processo, tendo em vista a importância da inserção textual promovida pelo elaborador da decisão e o papel desempenhado por ela no texto como um todo, funcionando, na maioria das vezes, como elemento argumentativo.

Por meio dos intertextos também se mostrou possível verificar que eles não são escolhidos de modo aleatório pelos sujeitos que elaboram a decisão judicial. Ao contrário, vistos como partes e integrados ao todo, percebeu-se que os intertextos são engrenagens importantes ao funcionamento do texto, como também à apreensão do conteúdo valorativo do texto final. Como exemplo, reitera-se a presença desses elementos textuais ora como instrumentos de

corroboração de determinado entendimento prévio, ora como indicadores de posicionamento parcial em relação a uma das partes do processo.

Assim, tal como defendido por Fairclough, intertextos não devem ser encarados apenas como elementos textuais; mas, sim, como elementos discursivos, com repercussão em práticas e estruturas sociais, os quais poderão suscitar a) mudanças ou b) reiterar práticas hegemônicas.

Em particular, a análise dos intertextos sugere a prevalência da segunda hipótese apontada, considerando-se o tratamento uniforme à temática judaica. Vista como expressão do sofrimento milenar de um povo, cuja história se baseia em narrativas bíblicas, desencadeia, por assim dizer, censura ao ser questionada, ao se firmar como verdade absoluta, inquestionável, tanto para os que defendem a liberdade de expressão mitigada, diminuída em sua extensão, quanto para os que detêm esse direito efetivamente suprimido.

Outra reflexão extraída da análise demonstrou que a via hegemônica discursiva, *in casu*, a da histórica perseguição aos judeus e da proibição do discurso antissemita, os intertextos revelaram como elementos legais cederam espaço àqueles considerados não-legais (opiniões, relatos pessoais, textos literários, científicos etc.). Logo a objetividade do texto normativo cedeu lugar quando em contraposição às opções ideológicas do julgador.

Os intertextos também se mostraram elucidativos no tocante à multiplicidade de agentes que circularam no âmbito de cada decisão dos ministros do STF, demonstrando a necessidade que os julgadores tiveram de encontrar apoio em outros textos, os quais se coadunassem com suas convicções e que melhor servissem à justificação daquelas. Tal fato demonstra a precariedade da lei quando em discussão temas polêmicos, haja vista

remeter o julgador a outras fontes, à procura de sentidos auxiliares ao julgamento, o que apenas reforça a dependência que o intérprete e aplicador da lei mantém com o conjunto social amplo.

Por fim, gozaram também de importância a ausência e o uso repetitivo dos mesmos intertextos. Revelaram, de início, a prevalência da subjetividade da avaliação do julgador em face de suas opções valorativas, admitindo-se que a ausência de certos intertextos apontou para a supressão da voz do “outro”, cooperando para que a decisão permanecesse reduzida ao discurso único, à voz de uma das partes – à da comunidade judaica por meio dos seus representantes. Portanto, a análise intertextual sob essa perspectiva serve também à indagação acerca do caráter democrático ou autoritário das decisões judiciais.

Por outro lado, o uso repetitivo de intertextos apontou para a dificuldade do julgador em ir além do entendimento já firmado acerca do tema em discussão, e, ao mesmo tempo, para a necessidade que o mesmo tem de se socorrer junto àqueles intertextos os quais, a seu juízo, ofereceriam estabilidade e segurança ao julgamento, considerando-se, neste aspecto, a importância atribuída a certos autores, cujos textos foram empregados na decisão como “argumentos de autoridade”.

Assim, o presente trabalho procurou demonstrar que o fenômeno intertextual merece ser aprofundado nos estudos jurídicos, em particular àqueles voltados à decisão. Tal como visto, a intertextualidade aplica-se a diversos aspectos do texto, como: à articulação lógico-argumentativa, à organização composicional, à interligação entre intertexto e opções valorativo-ideológicos do seu produtor etc. Logo, ao pesquisador das ciências jurídicas a

intertextualidade apresenta-se como alternativa às indagações sobre cognição e texto, a viabilizar, nesse sentido, o caminho inverso àqueles tradicionalmente adotados: ao invés da perspectiva normativa (como a decisão deve ser), a perspectiva explicativa (como foi elaborada).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- ARNAUD, André-Jean. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- AUTHIER-REVUZ, Jacqueline. *Entre a transparência e a opacidade: um estudo enunciativo do sentido*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- BARROS, Diana Luz de. Dialogismo, polifonia e enunciação. In: BARROS, Diana Luz de; FIORIN, José Luiz. (Orgs.) *Dialogismo, polifonia, intertextualidade*. São Paulo: EDUSP, 2003.
- BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Marxismo e filosofia da linguagem: problemas fundamentais do método sociológico da linguagem*. São Paulo: HUCITEC, 2006.
- BRAIT, Beth; MELO, Rosineide de. Enunciado/enunciado concreto/enunciação. In: BRAIT, Beth. (Org.) *Bakhtin: conceitos-chave*. São Paulo: Contexto, 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico do STF: habeas corpus nº 82.424/RS*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.
- BEAUGRANDE, Robert de. *New foundations for a science of text and discourse: cognition, communication, and the freedom of access to knowledge and society*. New Jersey: 1997.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BLIKSTEIN, Izidoro. *Técnicas de comunicação escrita*. São Paulo: Ática, 2005.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:< <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 28 out. 2007.
- CHARAUDEAU, Patrick; MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de análise do discurso*. São Paulo: Contexto, 2006.
- CLARK, Katerina; HOLQUIST, Michael. *Mikhail Bakhtin*. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Versão 1.0.5ª, novembro de 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, vol. II.

DUCROT, Oswald; TODOROV, Tzvetan. *Dicionário enciclopédico das ciências da linguagem*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FAIRCLOUGH, Norman. *Discurso e mudança social*. Brasília: UNB, 2001.

FARACO, Carlos Alberto. *Linguagem e diálogo: as ideias lingüísticas do círculo de Bakhtin*. Curitiba: Criar, 2006.

FÁVERO, Leonor Lopes; KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Lingüística textual: introdução*. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. Paródia e dialogismo. In: BARROS, Diana Luz de; FIORIN, José Luiz. *Dialogismo, polifonia, intertextualidade*. São Paulo: EDUSP, 2003.

FIORIN, José Luiz. *Introdução ao pensamento de Bakhtin*. São Paulo: Ática, 2006a.

_____. Interdiscursividade e intertextualidade. In: BRAIT, Beth. (Org.) *Outros conceitos-chave*. São Paulo: Contexto, 2006b.

_____; SAVIOLI, Francisco Platão. *Para entender o texto*. São Paulo: Ática, 2006.

FLÔRES, Onici; KARNOPP, Lodenir; GEDRAT, Dóris. *Teorias do texto e do discurso*. Canoas, RS: ULBRA, 2006.

GARCIA, Othon M. *Comunicação em prosa moderna*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GIL, Antônio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2002.

GNERRE, Maurizio. *Linguagem, escrita e poder*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HALLIDAY, M. A. K. *An introduction to functional grammar*. New York: Oxford University Press, 2004.

INDURSKY, Freda. O texto nos estudos da linguagem: especificidades e limites. In: ORLANDI, Eni Pulcinelli; LAGAZZI-RODRIGUES, Suzy. (Orgs.) *Discurso e textualidade*. Campinas, SP: Pontes, 2006.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KLEIMAN, Ângela. *Texto e leitor: aspectos cognitivos da leitura*. Campinas, SP: Pontes, 2004.

KOCH, Ingedore Grunfeld Villaça. *Introdução à lingüística textual: trajetória e grandes temas*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Intertextualidade: diálogos possíveis*. São Paulo: Cortez, 2006a.

_____. *A inter-ação pela linguagem*. São Paulo: Contexto, 2006b.

_____. *Desvendando os segredos do texto*. São Paulo: Cortez, 2006c.

KRISTEVA, Julia. *Introdução à semanálise*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

KURY, Mário da Gama. *Dicionário de mitologia grega e romana*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

LEAL, Rosemiro Ferreira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES, Edward. Discurso literário e dialogismo em Bakhtin. In: BARROS, Diana Luz de; FIORIN, José Luiz. *Dialogismo, polifonia, intertextualidade*. São Paulo: EDUSP, 2003.

MEURER, José Luiz. Esboço de um modelo de produção de textos. In: MEURER, José Luiz; MOTTA-ROTH, Désirée. (Orgs.) *Parâmetros de textualização*. Santa Maria, RS: UFSM, 1997.

NERY JÚNIOR, Nélon. *Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Martins Fontes: 2004.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

POLONI, Ismair Roberto. *Técnica estrutural da sentença cível: juízo comum e juizado especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

POSSENTI, Sírio. O eu no discurso do outro ou a subjetividade mostrada. In: _____. *Os limites do discurso*. Curitiba: Criar, 2006.

RODRÍGUEZ, César. Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial *In: KENNEDY, Duncan. Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho.* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Ediciones Uniandes, 1999.

SILVA, Artur Stamford da. Sociologia da decisão jurídica: pesquisa qualitativa sobre a semântica social da comunidade jurídica. *In: _____.* (Coord.). *Sociologia do direito: na prática da teoria.* Curitiba: Juruá, 2007.

STELLA, Paulo Rogério. Palavra. *In: BRAIT, Beth.* (Org.) *Bakhtin: conceitos-chave.* São Paulo: Contexto, 2005.

TEIXEIRA, Marlene. O outro no um: reflexões em torno da concepção bakhtiniana de sujeito. *In: FARACO, Carlos Alberto; TEZZA, Cristóvão; CASTRO, Gilberto de.* (Orgs.) *Vinte ensaios sobre Mikhail Bakhtin.* Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

TODOROV, Tzvetan. Prefácio à edição francesa. *In: BAKHTIN, Mikhail. Estética da criação verbal.* São Paulo: Martins Fontes, 2003, XVII.

TRASK, R. L. *Dicionário de linguagem e lingüística.* São Paulo: Contexto, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo de conhecimento.* São Paulo: RT, 2007, vol. I.

ANEXO

**CÓPIA DO LIVRO “CRIME DE RACISMO E ANTI-SEMITISMO: UM
JULGAMENTO HISTÓRICO DO STF: HABEAS CORPUS 82.424/RS”**



CRIME DE RACISMO E ANTI-SEMITISMO

UM JULGAMENTO HISTÓRICO DO STF

(HABEAS CORPUS Nº 82.424/RS)

Direitos autorais reservados – © –
 EDITORA BRASÍLIA JURÍDICA LTDA
 SDS – Bl. O – Ed. Venâncio VI – Lj. 27
 Tel. (0xx61) 224-4607 e Fax (0xx61) 225-8494 – CEP 70393-900
 e-mail: btbjur@brasilejuridica.com.br
 www.brasilejuridica.com.br



EDIÇÃO ELETRÔNICA

Daniel Sampaio

Revisão

Valdir Braz e Pedro Paulo

ANTE FIM

William Bronkowitz

Catálogo-na-Publicação (CIP)

(Supremo Tribunal Federal - Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF;
 habeas corpus nº 82.424/RS – Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

232 p.

ISBN 85-7489-235-2

1. Tribunal Supremo, julgamento, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal
 Federal (STF).

CDD-341.4191

PREFÁCIO

O respeito à dignidade da pessoa humana, um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, pressupõe muito mais do que a previsão no ordenamento jurídico desse direito inalienável do cidadão, mas requer a adoção de políticas públicas concretas para garantir o respeito efetivo aos direitos do homem. É nesse contexto, que envolve não só os entes públicos, mas toda a sociedade, que ganha importância o debate que se travou no Supremo Tribunal Federal sobre a amplitude da proteção contra o racismo em nosso País.

Até onde sei, o Brasil é uma das poucas democracias do mundo, senão a única, a positivizar e constitucionalizar a imprescritibilidade e inafiançabilidade do crime de racismo. A imposição de tal regra é substancial, dado que estabelece expressa exceção à regra geral e mundialmente aceita sobre o instituto da prescrição, o que representa uma conquista importante para a estabilidade das relações jurídicas — princípio fundamental na busca permanente da pacificação da vida em sociedade.

Tal conceituação constitucional que, em princípio, poderia ter como destinatários apenas os negros do País, até porque incluída em nossa Constituição por proposta constituinte de um parlamentar negro, demonstra em verdade decisiva meta do Estado brasileiro de não aceitar, atento aos valores de seu povo, qualquer espécie de discriminação racial.

É que a natureza do delito pela sua gravidade não permite que dele se esqueça a cidadania, na medida em que traduz ofensa de tal grandeza que a sanção deve persistir ao longo de toda a vida do infrator.

Esse compromisso assumido pelo Brasil, concorde-se ou não com a cláusula de imprescritibilidade, qualifica-se como afirmação de intransigência nacional com o desrespeito aos princípios fundamentais da igualdade e dignidade humanas.

Surge, em consequência, a inevitável indagação: o preceito constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo destina-se apenas à discriminação em relação aos negros?

O tema chegou ao Supremo Tribunal Federal, com contornos de notável abrangência. Iniciou-se o julgamento em 12 de dezembro de 2002 e ao longo das exaustivas reflexões, discutiu-se a viabilidade de enquadramento de um processo de discriminação contra o povo judeu no conceito de racismo para os fins do inciso XLII do artigo 5º da Constituição brasileira.

No caso concreto, a consumação do discrimen aperfeiçoou-se por um escritor e

II HC 82.424/RS

editor de livros que se especializou em divulgar publicações com idéias anti-semitas, com a pretensão de provar que há uma hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para desqualificar o povo judeu.

A matéria é, obviamente, complexa, e o precedente que se firmou ganhou especial importância, não apenas para a regência da matéria no âmbito interno mas, também, por ser emblemático, pelos seus reflexos perante o direito internacional.

A questão resume-se basicamente na seguinte assertiva: não sendo os judeus uma raça, mas sim um povo, revela-se impossível o cometimento de crime de racismo contra eles, não passando o caso de simples discriminação étnica ou religiosa. Essa a tese do *habeas corpus* levado a julgamento que inspirou várias dúvidas e o confronto de diversas correntes de pensamento. Qual o conceito de raça humana? Existe subdivisão da raça humana? O que é racismo do ponto de vista jurídico-constitucional? Os judeus são uma raça? O povo judeu pode ser vítima de racismo? Quais os limites da liberdade de expressão do pensamento? E assim sucessivamente outras tantas perguntas emergem de tão relevante caso.

Após cinco longas sessões, em 19 de setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento no qual prevaleceu, por maioria, a tese de que a discriminação deliberada contra o povo judeu configura ato ilícito de racismo, crime gravado pela imprescritibilidade e inafiançabilidade segundo nossa ordem constitucional.

A maioria da Corte trilhou o caminho de uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas que regeram sua formação e aplicação, de modo a alcançar o real sentido e abrangência do preceito constitucional.

O desfecho desta controvérsia jurídica revelou-se importantíssimo para toda a discussão mundial sobre a incriminação e as formas de combate ao racismo e a vontade prevalente no mundo de que tal prática, em todas as suas vertentes, seja definitivamente extirpada nos diversos cantos do planeta, para que possamos, enfim, afirmar, com orgulho, que vivemos numa sociedade moderna, digna e realmente igualitária.

A presente obra contém o inteiro teor dos votos proferidos pelos Ministros da Corte nas cinco sessões de julgamento desse caso histórico, absolutamente emblemático para a questão dos direitos humanos no Brasil. Pretende-se com essa iniciativa divulgar para a comunidade jurídica e aos cidadãos as teses defendidas e as discussões travadas nesta Corte a respeito de tão complexo e denso tema, a fim de que possa o Poder Judiciário contribuir para uma amadurecida reflexão sobre o racismo no País, que anseia por justiça social e respeito incondicional à dignidade da pessoa humana.



Ministro Maurício Corrêa
Presidente do Supremo Tribunal Federal

Da esquerda para a direita, sentados: Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa (Presidente), Celso de Mello e Marco Aurélio. Na mesma ordem, de pé: Ministros Carlos Brito, Gilmar Mendes, Nelson Jobim (Vice-Presidente), Ellen Gracie, Cesar Peluso e Joaquim Barbosa e Doutor Claudio Fonteles (Procurador-Geral da República).



Composição Plenária do Supremo Tribunal Federal

Sumário

Prefácio	I
Composição Plenária	III
Habeas Corpus 82.424-2/RS	7
Min. Maurício Corrêa - Ementa	7
Min. Maurício Corrêa - Acórdão	9
Min Moreira Alves - Relatório	10
Min Moreira Alves - Voto	12
Min. Maurício Corrêa - Vista	19
Min. Maurício Corrêa - Incidências ao Voto (Vista)	23
Min Moreira Alves - Voto	45
Min. Celso de Mello - Voto (Antecipação de voto)	52
Min. Gilmar Mendes - Voto (Vista)	61
Min. Marco Aurélio - Notas para o voto	77
Min. Carlos Britto - Notas para o voto	77
Min. Carlos Velloso - Voto	78
Min. Nelson Jobim - Antecipação ao voto	83

Min. Nelson Jobim - Voto.....	86
Min. Ellen Gracie - Voto.....	122
Min. Cezar Peluso - Antecipação ao voto.....	128
Debates.....	129
Min. Maurício Corrêa - Voto (S/ Questão de Ordem).....	131
Min. Cezar Peluso - Voto (S/ Questão de Ordem).....	131
Min. Sepúlveda Pertence - Voto.....	132
Min. Marco Aurélio - Voto (S/ Questão de Ordem).....	133
Min. Carlos Velloso - Voto (S/ Questão de Ordem).....	133
Min. Sepúlveda Pertence - Voto (S/ Questão de Ordem).....	134
Min. Carlos Britto - Voto (S/ Questão de Ordem).....	134
Min. Carlos Britto - Voto (Vista).....	135
Min. Maurício Corrêa - Debates.....	162
Min. Marco Aurélio - Vista.....	162
Min. Marco Aurélio - Voto (Vista).....	162
Min. Celso de Mello - Voto (Confirmação).....	195
Min. Carlos Velloso - Voto (Confirmação).....	204
Min. Gilmar Mendes - Aditamento ao voto.....	204
Min. Nelson Jobim - Confirmação de voto.....	215
Min. Carlos Britto - Confirmação de voto.....	217
Min. Maurício Corrêa - Explicação.....	225
Min. Sepúlveda Pertence - Voto.....	225

HABEAS CORPUS 82.424 — RS

Relator originário: O Sr. Ministro Moreira Alves
 Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Presidente
 Paciente: Siegfried Ellwanger
 Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra
 Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ementa: *Habeas corpus*. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceltuação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada.

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XI, II).

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

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura,

pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribu-

nal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília, 17 de setembro de 2003.

Maurício Corrêa — Presidente e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: É este o teor da ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, por maioria de votos, indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor do ora paciente:

"*Criminal. Habeas corpus. Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Impropriedade do writ. Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada. Ordem denegada.*

I. O *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito — se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus — se os mesmos seriam raça, ou não — tudo visando a alterar a pena de imprescritibilidade resultada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controversia 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 resulta 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 por que ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada." (Fls. 123)

Contra essa decisão os Drs. Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker impetram *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário em que sustentam

que, embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no artigo 20, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5º, XLII, da Constituição ficou restrito ao crime de racismo. E, depois de sustentarem, com apoio em autores de origem judaica, que os judeus não são uma raça, requerem que "seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença", sendo afinal concedida a ordem para "desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado", reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão com *sursis* em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.

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

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

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

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

"A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Repete-se: Não se está afirmando que as práticas discriminatórias não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo." (vide fl. 9)

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

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

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

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

XLII — “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (Grifamos)

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

9. Disse que a prática do racismo é:

- crime;
- crime inafiançável e
- crime imprescritível

11. Aqui se encerra a compreensão do texto constitucional.

12. Transferia — é **textual** (“nos termos da lei”) — à legislação ordinária a **definição da prática do racismo**, como crime.

13. Antes, a Lei 7.716/89 restringia-se a **definir como prática do racismo** condutas de discriminação pertinentes à raça e à cor.

14. Depois, com o advento da Lei 8.081/90, a prática do racismo contempla a discriminação alusiva não só à raça e à cor, como também à religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza.

15. Hoje, pela Lei 9.459/97, o **mio** — “valendo-se dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza” — passou a constituir-se em **forma qualificada**, com pena autônoma mais grave, do crime de prática do racismo, sob a modalidade de discriminação, visto que se constitui no § 2º, do artigo 20.

16. De toda a sorte, **no praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (artigo 20)**, “por meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza” (§ 2º do artigo 20, na leitura atual), a Lei 7.716/89, **como em outras condutas que tipificou**, em todas definiu “os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor,” como mesmo está em sua ementa. São, pois, **todos eles imprescritíveis**.

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

18. Interpreta-se o pelo que propriamente significa: transferir à legislação ordinária a **definição da prática do racismo**, e esta o fez por instituir **várias figuras penais**, a tanto **típicas**, presentes na Lei 7.716, e modificações ulteriores.

19. Pelo **indeferimento do pedido**.”

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. O ora paciente, que fora absolvido no primeiro grau de jurisdição, veio a ser condenado a dois anos de reclusão, *com sursis* pelo prazo de quatro anos, como incurso no *caput* do artigo 20 da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa

“Revisão Editora Ltda.”, editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria (*Holocausto. Judeu ou Alemão? — Nos bastidores da Mentira do Século*) e da autoria de autores nacionais e estrangeiros (*O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil, Brasil — Colônia de Banqueiros e Os Protocólos dos Sábios de Sião*, os três de autoria de Gustavo Barroso; *Hitler — Culpa ou Inocente?*, de Sérgio Oliveira, e *Os Conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marchalco”), que, segundo a denúncia, “abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias”, procurando com isso “incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica”.

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

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

Na presente impetração, sustenta o impetrante:

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

Este é o texto da norma:

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

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

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

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

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

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

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

Este novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade que por força de dispositivo constitucional ficou restrita apenas à prática do racismo e não às outras práticas constantes do novo tipo penal.

O legislador preocupou-se em estender a tipificação a outras condutas que não as relativas ao racismo. Entretanto, esta preocupação não se estendeu à imprescritibilidade que ficou restrita, por disposição constitucional, apenas à prática do racismo. Evidente que a disposição constitucional restritiva de direito não pode ser entendida extensivamente" (fls. 4/5).

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

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

Reza o artigo 5º, XLII, da Constituição:

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

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

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

O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó ("A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"), apresentada em 12-1-1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação:

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)"

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

Para a questão da raça convergem também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no artigo 5º, XLII, da Constituição. Assim, Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, p. 158, Editora

Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: "Proibição do racismo. A Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros". Igualmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo 1997): "A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, idéia antiga e que não será eliminada de um sópo pela lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitaram dessa idéia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e condenável, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, já o constituinte de 1967 lembrara-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a sua difusão (art. 153, § 8º, *in fine*). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime". Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5º, XLII, partindo da definição, que se encontra no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é "doutrina que sustenta a superioridade de certas raças", e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais no Brasil, que é a raça negra. Não discrepa dessa convergência Gretella Júnior (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, 2ª edição, p. 484/485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: "Quando a Constituição diz, no art. 5º, XLII, que 'a lei punirá a prática do racismo', esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio de isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o constituinte deferiu a elaboração de regra jurídica que capitulo o preconceito de raça".

2. Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências matematicamente, se existentes, se reduzem a ponto de Nicola Abbagnano (*Dicionário de Filosofia*, trad. Galletti, pp. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

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

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

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

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomado antropólogo judeu que escreveu *O Judaísmo Vivo — As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes*), do rabino Morris Kertzer (no livro *O que é um judeu*) e de Moacyr Seliar (no livro *A Condição Judaica*), citados, em expressivas passagens na inicial deste *habeas corpus*, outros mais há no mesmo sentido.

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

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

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

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

"Um dicionário lhe dirá que uma 'raça' neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça.

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

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

"Seríamos talvez uma raça?"

Dizer que o judaísmo é uma religião é ignorar muito da vida judaica. Toma os judeus apenas mais um grupo religioso. Sabemos que isto é errado. Então, o que somos, ainda precisa ser esclarecido. No princípio de nosso século, a Ciência parecia resolver este problema — mas, em vez disso, cometeu um terrível erro. Os cientistas sugeriram que o que faz um grupo de pessoas ter um modo de vida diferente dos outros é a sua raça. Havia algo na biologia das pessoas, na própria essência da vida, que fazia com que tivessem diferentes estilos de vida. A raça podia ser definida, assim como a cor da pele ou o formato da cabeça. Alvorçados com as novas descobertas e não tendo muitas outras idéias sobre grupos diferentes, começou-se a aplicar a palavra 'raça' a qualquer tipo de grupo, tais como os judeus (somente um grupo entre vários conhecidos como semitas) e os alemães louros de olhos azuis (erroneamente rotulados por Adolf Hitler de 'arianos'). A princípio, isso parecia inofensivo, mas os anti-semitas se apegaram a esta idéia. Disseram que os judeus formavam uma raça e que eram inferiores; seriam uma ameaça biológica para as pessoas decentes e, portanto, o mundo deveria livrar-se deles. Esta idéia tornou-se poderosa sob a influência de Hitler e o resultado foi o Holocausto. Desde então, a noção de uma 'raça' judaica tornou-se extremamente repugnante.

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

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

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

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

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

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

Quando eu era criança judeu na Coreia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecivelmente, não eram judeus natos. Todavia, depois de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

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

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

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

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

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14-11-91 e o acaecido que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorreram mais de quatro anos.

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

VISTA

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, apenas para induzir a discussão sobre o tema, que é realmente palpitante, sem a pretensão de passar à frente de quem quer que seja, gostaria de tecer algumas considerações preliminares.

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

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

Abrão, em Ur, na Caldéia, recebeu a visita do anjo do Senhor que lhe ordenou largasse a parentela e se mudasse daquele local. Seu pai, que já estava doente, morreu.

Dirigiu-se, então, ao lugar onde deveria instalar-se, que era exatamente a terra dos cananeus. Lá, novamente o Senhor se fez presente e anunciou que dele faria uma grande Nação.¹

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

Pois bem, Sara não podia conceber em função da idade — o Ministro Ilmar Galvão que melhor conhece o Velho Testamento irá corrigir-me se eu estiver enganado —, razão pela qual permitiu ao marido que tivesse relações sexuais com sua serva Agar, na verdade, uma escrava egípcia.³ Daí nasceu Ismael, que, segundo se proclama, passou a ser o tronco que se constituiu no povo árabe, que, hegemonicamente, seguiu o islamismo fundado pelo profeta Maomé, no Século VI d.C.

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

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

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

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

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

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

— Vocês têm de procurar alimentos.

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

— Esses são meus irmãos.

Disso, todavia, não lhes deu conhecimento.

¹ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 12, versículos de 1 a 9

² B.S. Livro de Gênesis, capítulo 17, versículos de 4 a 16

³ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 16, versículos de 1 a 4

⁴ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 18, versículos de 9 a 15

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

⁶ B.S. Livro de Gênesis, capítulo 37, versículos de 1 a 28

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

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

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

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

6. *Essa é a saga trágica de um povo existente desde aquela época. Anote-se igualmente o famoso episódio ocorrido entre Davi e Goliás¹⁰, conseqüentemente, entre um hebreu e um filisteu. Se pesquisarmos a história, chegaremos a vários acontecimentos, todos indicando a refrega que sempre existiu entre os filisteus, povo de origem mediterrânea — vieram de Creta e de Chipre —, que se localizaram na parte hoje denominada Faixa de Gaza, na atual Palestina, como é conhecida pelos árabes.*

Segue-se assim o longo percurso do povo judeu.

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

Os filisteus levaram os seus astarotes e deuses balaios para as cidades hebreias. Entretanto, Samuel comemorou os feitos de seu povo: colocou uma pedra para sinalizar o evento e lhe deu o nome de Ebenezer¹¹, que quer dizer "Até aqui o Senhor nos ajudou".

É uma expressão bíblica extraordinariamente bela.

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

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

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

⁹ B.S. Livro de Juizes, capítulo 16, versículos de 4 a 22

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

¹¹ B.S. Livro de 1 Samuel, capítulo 7, versículos de 5 a 17

¹² B.S. Livro de Mateus, capítulo 1, versículos de 18 a 24

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

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

Por que isso?

Porque os judeus teriam *judiado* de Cristo.

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

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

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

Pergunto: será que a Carta Federal, ao preservar no inciso XLII do artigo 5º que *"a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"*, só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

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

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

14. Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15. Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?

Teria sido essa a *mens legislatoris* ou pelo menos a *mens legis*?

16. Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

17. Alguém poderá dizer que isso não será revitalizado. E os movimentos que, como temos visto, pipocam aqui e acolá, ora através dos Klu-Klux-Klan, Skin Heads e outras insanidades desse jaez que surgem no mundo e até no Brasil, de que é exemplo o livro de autoria do paciente *Holocausto. Judeus ou Alemão?*, segundo se anuncia já ultrapassada a 29ª edição...

18. Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.

INCIDÊNCIAS AO VOTO VISTA

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90¹, por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros, representativas de discriminação contra judeus. Restringe-se o tema em debate exclusivamente à imprescritibilidade atribuída à conduta.

2. O paciente publicou os livros *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil e Brasil — Colônia de Banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os Protocolos dos Sábios de Sião, Hitler — culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os Conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto. Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*, este de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de S. E. Castan (fls. 18/19).

¹ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

3. Tais publicações procuram negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e impunidade-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação.

4. Absolvido em primeira instância, foi o paciente condenado pelo Tribunal de Justiça. Em razão da imprescritibilidade inerente ao delito, impetrou-se *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça que, por sua 5ª Turma, denegou a ordem.

5. Consignou o Relator Ministro Gilson Dipp, que *"a condenação do paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento — o qual restou claramente apontado na parte dispositiva e nos fundamentos da condenação ora impugnada"* (fl. 705), tendo o Ministro Jorge Scartezzini, que o acompanhou, destacado que *"o legislador constituinte teve a intenção de não só punir o preconceito decorrente das diferenças de raças, mas também aqueles relacionados à etnia ou a grupos nacionais"* para que a prática do racismo fosse *"abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez"* (fls. 134/135 e 141).

6. Contra essa decisão foi impetrado o presente *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, em que se reitera a tese de que o delito de discriminação contra os judeus não se constitui crime de racismo, estando sujeito, por isso mesmo, à observância do prazo prescricional previsto em lei.

7. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opina pelo indeferimento do pedido. Afirma ser *"injurioso o argumento que, pelo texto constitucional, reza a prática de racismo à raça"* e sustenta que o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal *"não define prática de racismo, mas à legislação infraconstitucional transferiu tal propósito, fazendo-o esta — a Lei 7.716/90 — por uma gama de condutas, todas imprescritíveis"*.

8. O eminente Relator Ministro Moreira Alves votou pela concessão da ordem. Entendeu que o crime de racismo não alcança toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação, devendo merecer interpretação estrita. Após citar manifestações de diversos autores e rabinos que cuidaram da questão, concluiu que não sendo *"os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo"*, pelo que implicável a regra do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal². Decorrido o prazo legal de prescrição, declaram extinta a punibilidade.

9. Na sessão do dia 12-12-02, ao fazer algumas referências preliminares acerca da questão, rememorei fatos históricos ligados ao povo judeu, submetido a obsessiva perseguição ao longo da história, para concluir pela necessidade de maior reflexão sobre o tema. Pedi, assim, vista dos autos, que ora trago para prosseguirmos no julgamento.

² XLII — a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.

11. Nessa ordem de idéias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG)³.

12. Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

13. Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética baniti de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter *"há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos"*⁴.

15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1% (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários — três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca⁵.

16. O professor Sérgio Danilo Pena⁶, titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele *"todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem"*.

³ Genoma — Conjunto de genes de um organismo, o patrimônio genético armazenado no conjunto de seu DNA ou de seus cromossomos. Possui informações sobre as principais características hereditárias, alterações e doenças que o ser pode sofrer em sua vida. Conhecer e localizar os genes humanos possibilita intervir sobre aqueles responsáveis pelas doenças.

⁴ O trabalho da Celera foi publicado pela revista americana "Science" (www.sciencemag.org) e o do Projeto Genoma pela britânica "Nature" (www.nature.com).

⁵ www.molgen.fhg.com/bioworld/10/index_int_4.html — Fonte: O Globo e Folha On line.

⁶ www.gore.com.br/Dc_sergio/publica_sua105.htm. "Of: 'Folha On Line'".

17. Acrescenta, ainda, que "com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior, 15 vezes maior, do que entre os grupos raciais. Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre o Sérgio Pena [entrevistado] e o Marcelo Leite [entrevistado] são tão grandes quanto as diferenças genéticas entre o Sérgio Pena e alguém na África agora", e esclarece que "a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente".

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, "a cor branca e as características físicas do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original", pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Isso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

20. No Brasil, mestre Gilberto Freyre há tempos já definiu de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de vez uma pá de cal na velha definição. "Aliás" — diz ele — "na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e essa descrença leva atéis de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros".

21. Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbo "raça" encontra-se devidamente definido como "divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.)". Etimologicamente, a noção de raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças diferentes estão muito mais próximas do que outras da mesma raça".

22. Como já referido, mesmo antes dos estudos que abriram o chamado Livro do Genoma Humano, a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana, mongolóide e negróide, já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etimológico, por exemplo, raça é a "coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judaica".

¹ Casa Grande & Senzala, José Olympio Editora, 16ª edição, pp. 294/5.

² Dicionário Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa.

23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1º, na versão original em inglês:

"Art. 1 — 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity."

24. Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrários aos princípios morais e éticos da humanidade³. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito — agora cientificamente ultrapassado — não nos serve para a solução do caso.

25. Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico o escravismo e o holocausto.

26. Como tive a oportunidade de dizer em improvisada manifestação na assembléia em que se iniciou este julgamento, "se fomos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos — amargos e terríveis — que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça — salvo as treloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas —, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem qualquer sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, segundo a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lígubres mendrietas e marcas indelévels de dor e de aflição".

27. Esse quadro de espanto e terror bem sinaliza os fundamentos que estruturaram o estado alemão sob o signo do que se chamou de nacional-socialismo, em que Hitler, havendo haurido em Joseph Arthur de Gobineau (1816/1882) os primeiros rudimentos para a montagem da catástrofe, promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de raça inferior e impura e coisas do gênero.

³ "Art. 1 — 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity."

"Art. 1 — 2 All individuals and groups have the right to be different, to consider themselves as different and to be regarded as such. However, the diversity of life styles and the right to be different may not, in any circumstances, serve as a pretext for racial prejudice; they may not justify either in law or in fact any discriminatory practice whatsoever, nor provide a ground for the policy of "apartheid", which is the extreme form of racism."

"Art. 2 — 1 Any theory which involves the claim that racial or ethnic groups are inherently superior or inferior, thus implying that some would be entitled to dominate or eliminate others, presumed to be inferior, or which bases value judgements on racial differentiation, has no scientific foundation and is contrary to the moral and ethical principles of humanity."

28. A tresloucada estupidez serviria de pano de fundo para levantar o moral da Alemanha dos vexames do passado e em especial da vergonha da submissão imposta pelo Tratado de Versalhes, dentre tantas outras amargas iniciativas, até que, passo a passo, pôde fortificar-se a ponto de dominar o País e seu povo, boa parte da Europa, e no alucinado ritmo, quase o mundo.

29. Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma *sub-raça*, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da *raça ariana*, que deveria prevalecer sobre outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final desse que quase se consuma com o genocídio perpetrado. Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a inquisição, que no seu período áureo teve como alvo maior também os judeus, cujo resultado atingia a casa de muitos milhares de mortos, além de outras vítimas que foram condenadas com penas diversas, após torturas cruéis e desumanas, e ao confisco de seus bens, como registram estudos e estatísticas posteriormente realizados, para dizer de seus efeitos apenas na Espanha¹⁰ e em Portugal¹¹.

30. Ressai claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo. Se em outros tempos se admitia a conversão do judaísmo ao catolicismo, para se evitar ou minimizar as discriminações, com ênfase na Alemanha de Hitler, a segregação passou a ser motivo fundamentalmente diverso, tendo como causa a ancestralidade e a pretensa "infecção da raça judaica". Pode-se afirmar que ser judeu deixaria de ser uma questão de escolha, mas efetivamente um sinal inapagável derivado dos laços de consanguinidade que uniam esse povo, agora tismado pelas características físicas e morais negativas que lhes foram impingidas.

31. Dentro desse específico contexto situa-se o episódio que culminou com o assassinato em agosto 1942, em Auschwitz, campo de concentração existente então na Polônia, de Edith Stein, a qual, no dia 11 de outubro de 1998, com o nome de Teresa Benedita da Cruz, foi canonizada como Santa Edith Stein. Embora fosse teóloga, convertida do judaísmo ao catolicismo, foi, mesmo assim, morta em câmara de gás pelo simples estigma da origem, adotado como fundamento para o gesto fatal. Essas e outras práticas da mesma espécie, que aqui seria desnecessário relembrar, somadas ao que acima dito,

¹⁰ O historiador espanhol Joaquín del Castillo y Mayone, no seu trabalho *O Tribunal da Inquisição*, editado em 1835, em Barcelona, dava o número de vítimas causadas por cada inquisidor-geral (no total houve 41), desde Torquemada até Jerónimo Carrillón y Salas (1818). O saldo apreseado é o seguinte: queimados 366.212; queimados em estígia, 19.790; outros penitenciados, 289.624. Total 343.626.

Confirmando estes números 40 anos depois, José Arnal de los Rios obteve o seguinte resultado: queimados 28.540; queimados em estígia, 16.520; atingidos por outras penas: 303.840. Total 348.900. (Josef Grigulevitch, Editorial Caminho S. A., Lisboa, pp. 324/329). (Cf. S. G. Lozinski, *História da Inquisição de Espanha*, pp. 140 e 127, respectivamente; *apud* *ib. cit.*, p. 262).

¹¹ Segundo Mary Beasley (M. Beasley), Hugo Gorgeny, *Prisoner of Lisbon Inquisition*, p.11) eis a estatística da inquisição em Portugal de 1536 a 1821: queimados vivos na capital portuguesa 355 homens e 221 mulheres; torturados 6.003 homens e 4.960 mulheres; morreram na prisão 706 homens e 546 mulheres; Total 12.793 pessoas, das quais 5.727 mulheres. (Josef Grigulevitch, Editorial Caminho S. A., Lisboa, 1990, p. 328).

deixam explícito que na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, *sub-raça*, *raça inferior* marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica.

32. O nazismo, nesses termos, está bem delineado em pronunciamentos de seus precursores, tais como Ernst Renan, que se dizia o "primeiro a reconhecer que a raça semítica, comparada à raça indo-européia, representa realmente uma combinação inferior da natureza humana"¹², ou ainda Edouard Drumont para quem "o semita é mercantil, capcioso, intrigante, sutil, ardiloso; o ariano entusiasmado, heróico, cavalheiresco, desinteressado, franco, confiante, mesmo ingênuo"¹³.

33. Adolph Hitler, no capítulo "Povo e Raça" de seu livro "Minha Luta" escreveu que "a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica" e que "para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça"¹⁴. Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a "lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã" de 15 de setembro de 1935, que proibia casamento entre "judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão", anulando os "enlaces já contratados". Vedava, ainda, "as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão", impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão.

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que "a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado liberamente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio"¹⁵. Por isso mesmo a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves consequências¹⁶.

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles

¹² *Histoire Générale et Comparée des Langues Sémitiques*, 1855, *apud* Izidoro Blikstein, Professor Titular de Semiótica e Linguística da Universidade de São Paulo, em parecer juntado aos autos.

¹³ A França Judaica - 1886 *apud* Izidoro Blikstein, em parecer juntado aos autos.

¹⁴ *Mein Kampf - Minha Luta* - SP, Moraes, 1993, pp. 185-212, *apud* Izidoro Blikstein, em parecer juntado aos autos.

¹⁵ *The Destruction of the European Jews* - Chicago, 1961.

¹⁶ "Racismo é muito mais uma questão latente nos futuros econômicos e políticos que levam a guerras e conflitos. É explícito em algumas ideologias políticas, como certas formas de fascismo. Um exemplo extremo das consequências do racismo é o dos nazistas alemães, cuja crença na superioridade dos povos nórdicos ou germânicos em relação aos 'não-arianos' levou à discriminação crescente e, por fim, ao genocídio de milhões de judeus, eslavos e ciganos na Europa, durante o regime nazista" ("Lei Penal Especial e sua interpretação jurisprudencial", Co-ocorrência Alberto Silva Franco e Rui Stivo, *Revista dos Tribunais*, 7^o, ed. v. 2, p. 2645, por José da Silva Franco).

a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe¹⁷.

37. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um "Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes"¹⁸.

38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem¹⁹, "raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais", possuindo o termo um "poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa".

39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

40. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que "raça" é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar". Assim, "o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuímos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qual-

¹⁷ "racismo é o conjunto de crenças de que diferenças orgânicas (reais e imaginárias), geneticamente transmitidas entre grupos humanos, são intrinsecamente associadas à presença ou à ausência de algumas características ou capacidades socialmente significativas e, portanto, que tais diferenças constituem base legítima de distinções legais entre grupos socialmente definidos como raça" (Clara M. Jones, "Racismo e preconceito", Edgard Blücher, Edusp, p. 4, 1973 - Apud José Silva Júnior, obra citada).

¹⁸ Elogio da Severidade e Outros Escritos Morais, São Paulo, UNESP, 2002, pp.125-126.

¹⁹ Professora da Universidade de Brasília, em texto antropológico sobre o tema, datado de 14-2-03.

quer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal"²⁰. Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, consequência lógica da ausência de raças.

41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. Para George Fredrickson²¹ dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indeletíveis, atando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma ordem racial.

42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: — **Racialismo**, que é "o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua posse de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular"; — **racismo**, "um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa"; e **racialização**, "o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como 'raça'²². Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o racialismo em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.

43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de "revisonismo", como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

44. Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito:

Livro Judeu Internacional, Henry Ford (fls. 19/20):

— "Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos" (p.11);

²⁰ J. A. Lindgren Alves, A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos, *Revista Brasileira de Política Internacional*, ano 45, n° 2, 2002, pp. 206 e 208, apud Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

²¹ *Breve storia del razzismo*, Roma, Universale Dozzelli, trad. Annalisa Merlino, 2002, pp. 11 e 172, apud Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

²² Gordon Marshall, Oxford University Press, 1998:348/9, por Sonia Bloomfield Ramagem, em parecer juntado aos autos.

— "Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação" (p. 24);

— "não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judaica, que respeite mais do que esta o poder" (p.75)

— "Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá apossar-se (sic) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter" (p. 171).

Livro *Conquistadores do mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, Louis Marschalko (Rs. 20/21):

— "toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas (...) [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história" (p. 9)

— "o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer mudança com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus..." (p.112)

— "Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais" (p. 214), (...)

Esse autor, Louis Marschalko, é de origem húngara, salvo engano naturalizado argentino. Escreveu, inclusive, um trabalho sobre o Purim, uma festa muito especial para o povo judeu, extraída do Livro de Ester, uma judia que se casou com um rei que não era judeu; disso decorreu uma sucessão de fatos em torno dos quais se sedimentaram as comemorações acerca de sua coragem, ousadia e resistência, isso consideradas as condições da época, sob cujo pédio viviam os judeus na diáspora de Nabucodonosor, na velha Babilônia. Purim, portanto, passou, há mais de dois mil e quinhentos anos, a ser uma das principais festas do judaísmo.

Pois bem, esse autor descreve o fato da maneira mais deprimente possível, registrando o Purim como se fosse ato de orgia, chegando à conclusão de que os judeus são sub-raça, nefasto, argentino e que contaminava o povo alemão e o mundo.

Marschalko teria saído da Hungria, sua terra de berço, por ser nazista e não concordar com o comunismo que então estava em fase de implantação naquele país.

Há passagens, no mínimo, repulsivas, nos livros editados pelo paciente, tais como se pode verificar:

(...)

Livro *Brasil — Colônia de Banqueiros*, Gustavo Barroso (fl. 21):

— "Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial" (p. 34)

— "O nosso Brasil é a carne monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora" (p. 95).

Livro *Holocausto. Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira*, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S. E. Castan (fl. 23):

— "o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda" (p. 23).

— "os áruicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus" (p. 23).

E por aí seguem-se as verberações contra os judeus, todas de conteúdo altamente preconceituoso e discriminatório.

Dentre os livros indicados na denúncia está *Os Protocolos dos Sábios do Sião*, apostilado por Gustavo Barroso (fl. 19). Cuida-se de uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em *complot* judaico mundial, facilitador do racismo nazista³³.

45. Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

46. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado em tratados internacionais. A visão contemporânea dos direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se a visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens.

47. Inicialmente é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que em seu artigo 1º assegura a liberdade e igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade como pressuposto da razão e consciência humanas. A seguir, repete qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos de gozar dos mesmos direitos e liberdades³⁴.

48. O Brasil não ficou passivo diante dessa realidade. Ao pronunciar-se perante a Assembleia Geral da ONU em 1960, o então Chanceler Horácio Lafer já afirmava que "a perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente", sendo contra quaisquer políticas de segregação, "baseadas em distinção de raça, cor ou religião, que requeiram a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização"³⁵.

³³ Revista *L'histoire*, nº 269 de outubro de 2002, p. 60, por Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

³⁴ Art. 1º — Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 2º — 1 — Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

³⁵ "A palavra de Brasil nas Nações Unidas — 1946-1995", Laís Felipe Seixas Corrêa, FUNAG, p. 134, apud Célio Lafer, em parecer juntado aos autos.

49. Na ocasião ficou consignada a adesão do Brasil à Convenção Internacional Contra o Genocídio²⁶, norma também aprovada pela ONU em 1948 e que teve como origem nada menos do que o próprio holocausto — negado pelo paciente —, a que submetidos os judeus.

Sei que o voto está cansativo, mas reputo ser uma questão da mais alta importância, por isso estou sendo, até, repetitivo.

O Sr. Ministro Celso de Mello: O voto de Vossa Excelência, Senhor Ministro Maurício Corrêa, revela-se de fundamental importância, considerada a gravidade do tema ora em análise. Esteja certo, Senhor Ministro Maurício Corrêa, que o Supremo Tribunal Federal ouve Vossa Excelência com a máxima atenção, por considerar que o seu pronunciamento examina, com extrema propriedade, matéria impregnada de tantas e tão relevantes consequências que se projetam no plano da tutela constitucional dos direitos pertinentes aos denominados grupos vulneráveis.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): — Ministro Celso de Mello, agradeço a distinção de V. Exa.

50. Aproveitou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65.810/69²⁷), sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. Nas palavras do professor Celso Lafer a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi "a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões", motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do *apartheid* na África do Sul.

²⁶ Decreto Legislativo 251 e Decreto 30822/52.

²⁷ Decreto n° 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

Presidente da República, havendo o Congresso Nacional aprovado pelo Decreto Legislativo n° 23 (*), de 21 de junho de 1967, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, que foi aberta à assinatura em Nova York e pelo Brasil 7 de março de 1966.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial
Os Estados partes na presente Convenção, (...) Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963, (Resolução n° 1904 (XVIII) da Assembleia Geral), afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial através do mundo em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana, Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que não existe justificativa para a discriminação racial, e teoriza ou na prática, em lugar algum, (...), Acordam no seguinte:

Art. 1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condições), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida (...).

Art. IV - Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias de teor: baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor

51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1° qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e no artigo 4° condena também a incitação às práticas discriminatórias que "se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais". É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembleia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.

52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de "apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência"²⁸, que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto de São José da Costa Rica²⁹, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92, e Decreto 4463/02).

53. Mais recentemente, e aqui o testemunho é pessoal, o Brasil ratificou sua posição sobre a matéria na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, quando eu, então Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, defendi a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, ressaltando a recente adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como também ao de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

54. A Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1998³⁰, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, *negrofobia*, *anti-semitismo* e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público.

ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com esse objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem, principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio racialista, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento (...).

²⁸ Pacto ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12-12-91 e promulgado em 6-12-96 pelo Decreto 592.

²⁹ 13-5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

³⁰ Apud Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

55. No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se que "o holocausto jamais deverá ser esquecido". No item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo e da "islamofobia", como de resto outros "movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judaica, muçulmana e árabe". O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas "idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial"³¹.

56. Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas no mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2º do artigo 5º, em harmonia com o inciso II do artigo 4º da mesma Carta.

57. A propósito, esta Corte examinou questão similar, antes mesmo da edição da Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que disciplinou o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, ao apreciar matéria relacionada com o crime de tortura praticado contra criança ou adolescente. (...)

Aqui, o Ministro Nelson Jobim antecipou-me no que eu pretendia fazer, porque essa lei, na verdade, é o resultado da disciplina desse dispositivo — o projeto já havia sido encaminhado à Câmara —, e foi por S. Exa. implementado, transformando-se, hoje, na lei contra tortura.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Como disse, anteriormente, sempre segui os passos de V. Exa.

O Sr. Ministro Mauricio Corrêa (Relator): (...) Nesse julgamento — HC 70.389, Relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, DJ de 10-8-01 — assentou-se que os atos normativos internacionais "fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes". O mesmo sucede com a correta exegese a ser dada ao crime de racismo, que tal como o de tortura, fere de morte os postulados gerais dos direitos humanos.

58. No plano do direito comparado, dispensou-se tratamento adequado a tais discriminações. Na França, a Lei 90.615/90 dispôs que é conduta punível a "negação de crime contra a humanidade, e chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto". O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério das vítimas do Nazismo em Carpentras em 1991, "aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com mível racista".

31 J. A. Ludgren Alves, "A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos", Revista Brasileira de Política Internacional, ano 43, nº 2, 2002, p. 211.

59. Também na Espanha a denominada "lei contra o racismo" de 1995 tipificou como crime a negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas, ao holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação "de crimes de guerra ou contra a paz e a Humanidade"³².

60. O Parlamento Europeu, após estudos desenvolvidos "no ano europeu contra o racismo", propôs que os Estados-Membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a negação do holocausto ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e a difusão de material de conteúdo racista, xenófobo ou revisionista³³.

61. No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso *United States versus Lemrick Nelson*, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus "são considerados raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13".

62. A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, segundo o voto do *Justice White*, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei³⁴.

63. Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra em 1983. No caso "*Mandla and another versus Dowell Lee and another*", debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem "sikh" de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os "sikhs" constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do "*Race Relations Act*", uma vez que os "sikhs" são um grupo racial em face de suas origens étnicas³⁵.

64. Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana. O professor Celso Lafer, em seu parecer, conclui que a correta interpretação e aplicação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição não está na definição de "raça — pois só existe uma raça humana — mas nas práticas discriminatórias do racismo que são histórico-político-culturais".

32 Pesquisa realizada por Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

33 Resolução B4-0108/98 — apud Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

34 Conforme notícia o Ministro Celso Lafer, em estudo sobre o tema.

35 Internet — www.bccr.org/racism/equality/Mandla_DowellLee.htm

65. Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu um ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3º da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.

66. É de observar-se ainda que além da incriminação do racismo mencionada no inciso XLII do artigo 5º, a Carta Federal cuida do tema no seu artigo 4º, inciso VIII, ao definir como um dos princípios que devem reger a política transnacional brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Relembro nesse ponto as convenções a que antes me referi, e que certamente motivaram o legislador constituinte a incluir a luta contra o racismo entre os fundamentos da atuação externa do governo brasileiro, evidentemente como reflexo do pensamento interno dominante.

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positividade dos direitos fundamentais.

68. Vem a propósito a lição de José Creiella Júnior que, ao tratar do inciso VIII do artigo 4º da Constituição, entende ser racismo a "ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)", tendente a promover a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos, judeus e escravos³⁶. Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo "propugnar a separação de etnias"³⁷.

69. Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lammêgo Bulos define-o como "todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacra a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc."³⁸.

70. José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional que "proibe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia-se, antes de tudo, um repúdio à barbárie do tipo nazista que vitimara milhares

³⁶ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense, p. 175, apud Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

³⁷ Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Saraiva, v. 1, 3ª Ed., 2000, p. 57.

de pessoas, e consagra a condenação do *apartheid*". Finaliza dizendo que "o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são conseqüências da teoria"³⁹.

71. Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o "direito de ter direitos".

72. Ora, as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1º, II; 3º, IV; 4º, II e VIII; 5º, caput, I, XLI).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

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

76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte⁴⁰).

77. Ato discriminatório de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando

³⁹ Curso de Direito Constitucional Positivo, 2ª Ed., Malheiros, pp. 223/224.

⁴⁰ § 2º — Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o "direito à incitação ao racismo", até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada "concordância prática", a que se refere a doutrina⁴⁰.

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

80. Recentemente o Tribunal, ao apreciar a Rcl. 2.040, Néri da Silveira, j. de 21-2-02 — caso Glória Trevi —, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.

81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os *direitos humanos*, no caso, grife-se, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

82. Daí a afirmação de Alain Laquière, de que "existe um *nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escolhe sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, trunfo da lembrança sobre o esquecimento*"⁴¹, sendo por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime de racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite.

83. A exegese constitucional, como visto, justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio.

84. Dir-se-á tratar-se de grotesca utopia, o que não é verdade, uma vez que as grandes catástrofes da história só se tornaram tristes realidades diante do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir, e não o fizeram. Quando evidenciadas, já não havia mais tempo para se evitar o desastre, situação que, de forma insuperável e exemplar,

⁴⁰ Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, Atlas, 10ª ed., p. 59.

⁴¹ Le Débat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, in *Droits*, 31, 2000, p. 19, opud Celso Lafer, em parecer justado aos autos.

conseguiu retratar o poeta brasileiro Eduardo Alves da Costa em seu *No caminho com Maiakowsky*⁴², conhecido de muitos, mas sempre oportuno:

"Tu sabes,
Conheces melhor do que eu
A velha história.
Na primeira noite eles se aproximam
E roubam uma flor
Do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem:
Pisam as flores, matam nosso cão,
E não dizemos nada.
Até que um dia,
O mais frágil deles
Entra sozinho em nossa casa,
Rouba-nos a luz, e,
Conhecendo nossos medos,
Arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada."

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos *raça* e *racismo* não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

86. Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que "dentro as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais". Alexandre de Moraes, ao cuidar da aplicação dos direitos humanos fundamentais, assevera que a interpretação

⁴² *No Caminho com Maiakowsky de Eduardo Alves Costa**

*Escritor brasileiro, residente em São Paulo, nascido em Niterói em 1927. Fragmento extraído do livro "Poesia Viva", Editora Civilização Brasileira, 1968, página 209. É como consta também como sendo de sua autoria o poema no verbete que lhe consagra a Enciclopédia Brasileira, de Afrânio Coutinho e J. Galante de Sousa, SP, Fundação Biblioteca Nacional, 2001. Fica assim claro que o poema é de autoria de poeta brasileiro e não do próprio Maiakowsky ou de Berthold Brecht.

"deve buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípua, adequando-a à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas"⁴³.

87. O significado do termo *racismo* empregado pelos impetrantes na inicial encerra a própria negação de seu verdadeiro sentido constitucional, de modo a limitar a eficácia não apenas da norma constitucional específica (CF, artigo 5º, XLII), mas do conjunto dos princípios que informam os direitos e garantias fundamentais.

88. Registro que após a promulgação da Constituição Federal cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema, ao editar a Lei 7.716/89, que definiu "os crimes resultantes de raça ou de cor". Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade socio-política, já exibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8.081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião e de procedência nacional, aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema.

89. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que "o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam".

90. Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em cheque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condiicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.

91. A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negres nos debates sobre o tema na Assembleia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do Ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

92. O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, Caô, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das *discriminações raciais* para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

⁴³ *Direitos Humanos Fundamentais — Teoria Geral*, Atia, 3ª Ed., 2000, pp. 237/24.

93. Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de resto os ciganos e os índios. No Brasil colônia a discriminação era fundada na pretensa "pureza do sangue". Os judeus, mesmo os cristãos novos, marranos, eram tidos como de "raça infecta", a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública⁴⁴.

94. E essa mácula de impureza podia gerar trágicas consequências, como levar os judeus às chamas da fogueira da Inquisição, tal como ocorreu com o escritor brasileiro Antônio José da Silva — o Judeu —, em Lisboa⁴⁵. Também na década de 30 do século passado, as teorias racistas baseadas na hierarquização de raças tiveram repercussões no Brasil, com o provimento de atos discriminatórios pelo próprio aparelho estatal, notadamente como sucedeu com as restrições impostas à imigração de judeus por critérios de ordem racial (...).

Recebi cópia de uma carta inusitada, de triste e histórica lembrança, endereçada ao então Ministro da Justiça da época da ditadura de Getúlio, com um pedido para que um judeu ingressasse no Brasil, cuja expressa resposta foi a de que a sua fixação no Brasil era proibida exatamente em virtude de ser judeu...

(...)

95. Esse preconceito de raça em relação a eles judeus, conforme me manifestei na sessão anterior em que pedi vista dos autos, persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo **judiação** como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo juliar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo.

96. Encerrei minha manifestação no dia 12-12-02, dizendo que *há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos in memoriam ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça*. Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Como diz Gregório Pees Barba, na interpretação dos direitos humanos, deve-se "favorecer siempre y en todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho"⁴⁶.

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para

⁴⁴ *O Racismo na História do Brasil*, Maria Lúcia Tucci Carneiro, 18ª Ed., Ática, 2002.

⁴⁵ *Vinculos do Fogo*, Alberto Dines, vol. 1, São Paulo, Cia. das Letras, 1992.

⁴⁶ *Curso de Derechos Fundamentales — Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado, 1995, p. 577, *opud.* Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas, e em consequência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acordões impugnados.

99. Incentivável, pois, o acerto do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada." (Fl. 28).

100. Finalmente, cumpre-me assinalar que os quatro pareceres que nos foram apresentados acerca do tema, e que penso devem ser juntados aos autos, ainda que por linha, são peças de substancial conteúdo jurídico e científico, e por isso serviram em grande parte de subsídio para ilustrar este voto. Na peça elaborada pelo ilustre Professor Celso Lafer ficou claro que o delito cometido pelo paciente configura prática de racismo, espécie da qual *"nos queremos livrar, em todas as suas variantes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista"*, razão pela qual *"não admite o esquecimento"*.

101. Como é sabido, Auschwitz é o espelho para a memória da humanidade de uma das mais lamentáveis páginas de suplício a que foram submetidos seres humanos. Não vou recordar episódios ali vividos. Mas servem para registrar até onde chegou a loucura e insanidade nazista. Em trabalho monográfico de Ulfson Linck, desenvolvido por Fernando Meyer⁴⁷, citando Christian Bernardet, em os *"Manequins Nus"*⁴⁸, há uma passagem de extraordinária atualidade para o caso:

"Hoje cada um 'imagina' Auschwitz sabendo que Auschwitz faz parte do remorso do homem — porque este crime — talvez o maior de nossa história foi cometido pelo homem. E o homem não pode perdoar Auschwitz ao homem. E o homem sabe que em certas circunstâncias, este mesmo homem é capaz de tornar a inventar Auschwitz".

102. Buchenwald, terceiro campo de concentração, que fica a poucos quilômetros da cidade de Weimar, guarda até hoje em seu museu o detalhe do portão que lhe servia de acesso, que traz o lema *Jeden das Seine*, o que traduzido significa "a cada um o que merece", e que encerra tudo que o nazismo pretendeu com a chamada *solução definitiva*.

⁴⁷ <http://www.fernandomeyerhpgig.com.br>

⁴⁸ Tradução de Leda Richard de Faria e Marina Camargo Celidônio, Rio de Janeiro: Otto Pierra, 1980.

Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator). Sr. Presidente, se não fosse eu atingido pela aposentadoria compulsória em breve, indicaria adiamento para examinar, mais profundamente, a fundamentação do voto do eminente Ministro Maurício Corrêa.

Sucedo que esta será a penúltima sessão do Plenário a que comparecerei antes de aposentar-me, razão por que vou confirmar meu voto, fazendo algumas considerações quanto ao voto agora dissidente, que segue de perto um dos pareceres que acompanham um memorial onde se diz que foi apresentado em atenção a um honroso convite — que não partiu de mim — para funcionar como *amicus curiae* neste *habeas corpus* em que ele atua, de certa forma, como assistente de acusação.

O certo é que o ilustre Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, praticamente segue a linha de fundamentação do parecer de meu prezado colega de Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o professor Celso Lafer. Por isso, Sr. Presidente, de improviso — como disse, recebi há pouco esse memorial e não tive tempo para redigir uma confirmação de voto — farei considerações que reputo oportunas, porque, em face do voto discordante, poderia ter-se a impressão de que seria eu o inimigo do povo judaico, desprezando o seu sofrimento na guerra para ater-me a uma interpretação quase nazista, que também fascista, porque na época de Mussolini, como acentou o professor Celso Lafer, editou-se na Itália lei segundo a qual todas as raças, que não a italiana, seriam inferiores.

Sr. Presidente, quando examinei este *habeas corpus* para proferir meu voto como Relator, chamou-me a atenção a circunstância de que nossa legislação ordinária, que poderia ter declarado imprescritíveis os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, não o fez, razão por que a imprescritibilidade, em se tratando de racismo, se baseou exclusivamente na interpretação do texto constitucional a ele referente. E aqui faço uma observação: quando a denúncia foi recebida, em 1991, ainda não havia a noção científica de genoma, que é do ano 2000, não podendo ter sido levada em consideração pela Carta Magna de 1988 ao aludir ao preconceito de raça, para se sustentar que só existe uma raça, que é a humana, e que por ser única não daria margem a preconceito racial a que é ínsita a diversidade de raças.

Mas, Sr. Presidente, sendo a legislação ordinária referida tipificadora de várias condutas que dão margem a crimes relativos de discriminação, se se der ao termo constitucional "racismo" a amplitude que agora se pretende dar no sentido de que ele alcança quaisquer grupos humanos com características culturais próprias, vamos ter o crime de racismo como um tipo de conteúdo aberto, uma vez que os grupos humanos com características culturais próprias são inúmeros, e não apenas, além do judaico, o dos curdos, o dos bascos, o dos galegos, o dos ciganos, grupos esses últimos com relação aos quais não há que se falar em holocausto para justificar a imprescritibilidade.

Há que se ter presente, para a interpretação da Constituição, que ela distingue

nitidamente qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, determinando sua punição, inclusive penal, e a prática do crime de racismo, dizendo respeito à primeira hipótese o disposto no inciso XLI do artigo 5º ("A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") e à segunda o estabelecido no inciso XLII desse mesmo artigo ("A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível"), imprescritibilidade essa que aberra de nossa tradição jurídica, sendo que a outra hipótese em que a Constituição atribui a imprescritibilidade a crime (e que é a do inciso XLIV do mesmo artigo 5º — "Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático") diz respeito à defesa das instituições constitucionais e ao Estado democrático, o que, na prática, só será aplicado se o grupo armado, civil ou militar, for derrotado, pois, se vencedor, nenhuma punição se lhe será imposta com base nesse texto, sequer para o futuro, bastando revoegá-lo.

A não ser os crimes aludidos nesses dois dispositivos da Constituição de 1988, não se impõe a imprescritibilidade sequer aos crimes hediondos assim considerados pela própria Carta Magna, sendo que nos pareceres a que me refiro de infeliz, embora exuberantes em citações de convenções internacionais, não se citou uma só, sem lei alguma de país algum, em que se tivesse como imprescritível o crime de racismo. Só conheço o caso da Alemanha — e aí prescrição não pertence ao âmbito do direito material, mas ao do direito processual — que, depois da Segunda Guerra Mundial, e com relação aos crimes de guerra pretéritos prescritíveis, tomou-os imprescritíveis, por certo pela atrocidade deles especialmente contra o povo judeu, o que, no Brasil, em tempo de paz ou de guerra, nunca aconteceu com relação a qualquer grupo humano, por motivo racial, dada, até, a miscigenação das raças tradicionalmente tidas como tal existentes em nosso País. E, na extradição do sargento Franz Wagner por crimes contra judeus durante a guerra, não admitiu essa Corte a aplicação dessa lei alemã, indeferindo-se a extradição requerida.

Pela Constituição de 1988, como se vê dos incisos XLI e XLII do artigo 5º, a discriminação é o gênero, sendo o racismo uma espécie agravada da discriminação.

Se se considerar que qualquer discriminação a membros de grupo humano com características culturais próprias configura a prática de racismo, teremos, considerados os tipos penais da legislação ordinária relativos à discriminação, quando motivados pela raça, que serão eles imprescritíveis, como, por exemplo, o de impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barberias, termas, casas de massagem, ou estabelecimentos com finalidades semelhantes; ou então, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. E crimes esses que são sancionados por penas leves, já que a mais grave é de reclusão de dois a cinco anos, ao passo que crimes com penas muito maiores, como o homicídio simples, sem falar nos hediondos, não são imprescritíveis.

Tudo isso — e especialmente a aberração que é a imprescritibilidade em matéria penal — me levou a dar ao texto constitucional referente à prática do racismo como crime uma interpretação estrita a que se chegasse com fundamento jurídico, e não com base na controvérsia que há sobre o conceito de raça e de racismo com base em aspectos antropológicos, sociológicos ou científicos, estes de conhecimento recentíssimo e posterior à Constituição de 1988 e ao crime por que foi condenado o ora paciente como sendo de racismo.

Uma vez que a Carta Magna não conceituava o racismo, pareceu-me que se deveria restringi-lo à idéia de raça como comumente entendida — ou seja, a branca, a negra, a amarela e a vermelha —, até para não se tornar inteiramente aberto o tipo penal discriminatório a ele relativo e qualificável, com base no texto constitucional, como imprescritível. Conceito esse que leva em consideração as diferentes características físicas que podem ser transmitidas hereditariamente que não apenas a cor. É conceito que afasta a objeção de que, sendo a raça fundada apenas na cor, a Constituição, ao distinguir a raça da cor, teria adotado outro entendimento do que fosse raça. Com efeito, raça e cor se distinguem, porquanto esta se aplica, em virtude da miscigenação racial, aos pardos, mulatos, cafuzos, mamelucos, que não são raças qualquer o sentido que se dê a raça.

Para justificar juridicamente essa interpretação, em face inclusive da nossa realidade de social sem qualquer conotação de atrocidade, val-me de um critério lógico na exegese constitucional, que, nesse ponto, diferencia esta da interpretação das normas infraconstitucionais de direito público e privado. Com relação a essas normas infraconstitucionais, a partir do final do século XIX, quando sustentada tal posição por Josef Kohler, o que se interpreta é o que a norma diz (*a mens legis*) e não aquilo que, por meio dela, pretendeu dizer o legislador (*a mens legislatoris*), o que não é seguido na exegese de texto constitucional, que dá relevante importância ao elemento histórico do texto constitucional, e, portanto, ao que se pode extrair do que se discutiu na Assembleia Constituinte, especialmente quando entre a sua promulgação e o momento de sua aplicação não medeia longo espaço de tempo a permitir a denominada interpretação evolutiva em que se leva em consideração a mudança das condições sociais.

Ora, no caso, qual é esse elemento histórico? Do que decorreu a emenda que deu margem ao inciso XLII do artigo 5º da Constituição de 1988? Que, então, pretendeu o legislador constituinte? Eis, Sr. Presidente, o que disse em meu voto proferido no início deste julgamento:

"O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó ("A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei") — exatamente o que foi consagrado no texto do inciso XLII do artigo 5º —, apresentada em 12-1-1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII da Constituição, tinha a seguinte justificação:

"Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois imperam no País diferentes formas de discriminação racial."

Ninguém estava discutindo se "raça" dizia respeito a grupos culturalmente diferentes, ou se era tomada em seu conceito tradicional, mas, estando em causa o negro em geral, o racismo dizia respeito à tradicionalmente dita raça negra.

Continuando, dizia o Deputado Caó:

"...velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira

constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime”.

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

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

Nós somos apenas formalmente autores desta emenda. Na sua co-autoria tivemos a honra e o prazer de contar com a constituinte Benedita da Silva. Mas, na verdade, Sr. Presidente, são autores material e substancialmente desta emenda mais de 60 milhões de brasileiros, que, geração após geração, secularmente, estão de tal forma submetidos que lhes tem sido recusado aquele direito elementar, o direito à cidadania. É em nome desses milhões de brasileiros, é em nome da nossa nação brasileira que nós pretendemos falar aos corações, às mentes e à reflexão dos constituintes de todos os partidos, de todas as tendências políticas que aqui se encontram representando essas tendências e esses partidos na Assembleia Nacional Constituinte.”

E prosseguia:

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

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

(...).”

Em seguida, o constituinte José Lourenço, depois de dizer: “procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas”, acrescentou: “mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e nam dos maiores poetas do nosso País, Castro Alves, em o ‘Navio Negroiro’”, e, tendo recitado essa poesia, concluiu: “Adeus! ... adeus! ... racismo, jamais”.

Como se vê, a emenda de que resultou o texto constitucional visou à discriminação da raça negra — raça no sentido comum da palavra, o que resulta inequívoco das expressões “a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado de trabalho” —, não havendo qualquer alusão à amarela e à vermelha, nem muito menos a grupos humanos com características culturais próprias.

Decorrendo a imprescritibilidade do crime de prática do racismo, não da legislação ordinária, mas da própria Constituição, e imprescritibilidade que aberra da consciência jurídica pelos absurdos a que conduz, dei-lhe interpretação restrita, para abarcar apenas as raças tradicionalmente tidas como tais: a negra, a amarela e a vermelha. Se se adotar a exegese de que racismo diz respeito à discriminação contra pessoa de grupo humano com características culturais próprias, o que abarca qualquer grupo humano que se distinga de outro por sua cultura, ter-se-á que alguém que, aos dezoito anos de idade, cometer discriminação, pequena que seja, e passar abjurando esse seu comportamento até alcançar os oitenta anos, poderá, sessenta e dois anos após o fato, vir a ser condenado por ele a uma pena que é irrisória — entre dois e cinco anos de reclusão — em face da gravidade da imprescritibilidade.

É certo que os dicionários atestam o emprego da palavra raça em expressões diversas, inclusive com a sua aplicação a grupos familiares ou nacionais. O dicionário de Houaiss, por exemplo, chega a aludir à “raça dos Figueredos”. Mas, evidentemente, conceito impreciso pela pluralidade de situações que se pretende por ele abrangidas, e que não é explicitado pela lei nem resulta do conhecimento comum, não se compadece com a tipicidade da norma penal para ter-se um ato de discriminação como prática do racismo, o que torna o crime de discriminação imprescritível.

Nem se diga que o conceito tradicional de raça, que é o antropológico, estivesse ultrapassado quando da elaboração e da promulgação da atual Constituição, porquanto, como observei em meu voto, o ilustre filósofo e sociólogo italiano Nicola Abbagnano (*Dicionário de Filosofia*, trad. Galletti, pp. 977/978, Fundo de Cultura Econômica, México, 1993), no verbete relativo à raça e à questão do racismo, salienta:

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

Por outro lado, nos pareceres dos Drs. Celso Lafer e Miguel Reale Júnior — este seguindo, em boa parte, aquele nesse particular, invocam-se conceitos de raça em convenções internacionais. Sucede, Sr. Presidente, que nenhuma dessas convenções impõe a imprescritibilidade de crime de racismo, que é a razão de ser da interpretação restritiva que dou a esse termo “racismo” no inciso XLII do artigo 5º da atual Constituição brasileira. Mais: A página 80 de seu parecer, diz o Professor Celso Lafer: “Com relação ao problema da convenção internacional relativa à eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, elaborada no âmbito da ONU, esta convenção sentiu a necessidade

de dizer no art. 1º dela que a expressão discriminação racial significará qualquer distinção e exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano e em igualdade de condição de direitos humanos, liberdades fundamentais no domínio político, econômico e social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública". Além de essa convenção, com esse conceito amplíssimo de discriminação racial, não ser observada por boa parte das nações até quanto a limitações de imigração de grupos étnicos, o que é certo é que tal conceito tem sua aplicação restrita a essa convenção especificamente, que, como salientei, não trata da imprescritibilidade de crimes de racismo, de pena baixa, ao contrário de crimes gravíssimos, como os hediondos, de pena altíssima, mas todos eles prescritíveis. E, note-se uma vez mais que no Brasil não há perseguição a judeus, nem, evidentemente, qualquer resquício de holocausto a inspirar o constituinte brasileiro para a inclusão na Constituição da imprescritibilidade do crime de racismo. Ademais, qualquer discriminação a qualquer nacional de outro país (restrição por origem nacional) ensejaria o enquadramento no crime imprescritível de racismo.

No caso, saliente-se, o enquadramento no crime de racismo se deu também por edição de obras que se encontram em bibliotecas e no comércio de livros, como as de Gustavo Barroso, que foi membro da Academia Brasileira de Letras, como ocorre com a "História Secreta do Brasil", em que ataca o capitalismo judaico, e que foi editada na Coleção Brasileira, coleção clássica de obras da história do Brasil. Reeditá-la será crime, e crime imprescritível? Estará ela incluída num *index* de livros proibidos, de certa forma de consequências temporais mais graves, por implicar crime, de origem religiosa?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Creio que a beleza e a seriedade excepcional da discussão sobre o conceito de racismo estão deixando um pouco na sombra uma outra discussão relevante: O livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é "incitar". Fico muito preocupado com certas denúncias do pós-64 neste País, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista.

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): Esse aspecto não me escapou, mas fiquei em situação delicada, porque ele não foi objeto do presente *habeas corpus*, e eu o teria de conceder de ofício, havendo a possibilidade de o Tribunal vir a negar essa concessão, o que implica agravar a situação penal do paciente.

Prosseguindo, Sr. Presidente, quero fazer algumas considerações sobre os precedentes colhidos no direito comparado, tendo eu reservas quanto à interpretação do direito nacional com base no direito estrangeiro, puramente as tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo.

Ora, com relação a decisões da Corte Suprema norte-americana, tomo a que foi prolatada — esse exemplo se encontra à página 45 do parecer apresentado — em 18 de maio de 1987, relativa à sinagoga de uma congregação em Maryland que tinha sido grafitada, em tinta vermelha e preta, com "klogans" anti-semitas, fraxes e símbolos, a congregação e alguns de seus membros moveram ação contra os responsáveis invocando lei de 1982 voltada ao combate à discriminação racial; os acusados se defenderam

alegando, à maneira do ora paciente neste *habeas corpus*, que, não sendo os judeus um grupo racial distinto, não eram eles objeto da tutela prevista nessa lei, vencendo em primeira e em segunda instâncias, o que foi revertido por decisão da Suprema Corte em 18 de maio de 1987. Sucede que o fundamento dessa última decisão foi claro: apesar de os judeus serem parte do que é tido como raça caucasiana — consequentemente branca —, estavam tutelados pela referida lei porque ela visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas submetidas à discriminação intencional, apenas por conta de sua origem ou características próprias, afirmando à Corte, com base no histórico da mesma lei, que árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, o que significava que se tratava, no caso, de interpretação da lei de 1982 para verificar o seu alcance, o que não quer dizer que, com isso, se firmava uma conceituação abstrata e genérica de racismo.

Há, ainda, uma decisão mais recente da mesma Corte sobre o problema do racismo em face da liberdade de manifestação de pensamento. Isso ocorreu em decisão de junho de 1992 no caso RAV (como era indicado o réu, que era menor) versus a cidade de Saint Paul, em Minnesota. Tratava-se de caso de um garoto que atirara uma cruz incendiada contra uma família negra e, por isso, foi acusado de crime de discriminação contra membro de uma raça. Foi ele absolvido, considerando que, nessa hipótese, prevalecia a liberdade de expressão.

Outro mais antigo é um caso em que um padre católico que, do púlpito de sua igreja, atacou, violentamente, um grupo judaico que repeliu o ataque em altos brados. Veio a polícia e o sacerdote foi preso por desordem social. A Suprema Corte o absolveu por estar ele protegido pela liberdade de expressão.

Sucede, porém, Sr. Presidente, que, no presente *habeas corpus*, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim e apenas, a questão da imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo. Por isso, após a observação do Ministro Pertence, salientei que só por concessão de ofício se poderia chegar à inexistência de crime de discriminação por atos de incitamento em face da referida liberdade.

Com relação às convenções internacionais, Sr. Presidente, há que se fazerem algumas considerações. Aos posteriores à promulgação da Constituição não se aplica sequer o § 2º do seu artigo 5º, porque tratado internacional não se incorpora ao nosso direito interno como emenda constitucional, mas, sim, como lei ordinária. E aos anteriores relativos a direitos e garantias fundamentais, não há nenhuma que estabeleça que a prática de racismo é crime imprescritível, porquanto até a convenção internacional de 1965, a que já aludi, se limita a dar um conceito amplíssimo de racismo para os fins a que ela se destina e neles não se inclui a imprescritibilidade do delito de racismo que, no caso presente, é o que está em causa. Por isso, interprete o texto constitucional a respeito restritivamente dando ênfase ao seu elemento histórico a traduzir o que pretendeu o constituinte alcançar com ele, num país, como o nosso, em que nunca, por questão racial, houve perseguição ou atrocidades do tipo do holocausto na Alemanha nazista. E isso com relação a qualquer das raças como tal tradicionalmente conhecidas, vindo-me à memória o livro — de cuja divulgação nenhum desses resultados ocorreu — "O perigo amarelo", em que um ilustre médico carioca denunciava, antes da Segunda Guerra, o

perigo das imigrações de orientais, especialmente os japoneses, pelos quistos, em virtude da diferença cultural, que se poderiam criar no território nacional, erro que o futuro demonstrou.

Concluindo, Sr. Presidente, mantenho o meu voto, em que, como sempre pautei minha atuação como juiz, procurei cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais que não dizem, nem dizem, respeito à nossa tradição racial. E as considerações que agora faço, faço-as para deixar bem clara a posição que nele assumi.

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Celso de Mello: O ora impetrante **insurge-se** contra decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, ao **denegar** a pretendida concessão de **habeas corpus**, manteve condenação penal imposta, ao paciente, pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/89, na redação que lhe deu a Lei nº 8.081/90.

O acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, objeto de impugnação na presente sede processual, **acentuou inexistir** ilegalidade no julgamento que **decreta** "(...) a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo **abstrair o racismo de tal compartimento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do indutimento, 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"** (grife).

Ao **assim decidir**, e como consequência direta desse julgamento, o Tribunal ora apontado como coator **proclamou a imprescritibilidade** da pretensão punitiva do Estado, **fazendo incidir**, sobre o delito em questão — caracterizado como crime de racismo — a cláusula inscrita no art. 5º, XLII da Constituição da República, **que assim dispõe**:

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

Sustenta-se, na presente impetração, que a conduta de Siegfried Ellwanger — por não se identificar com a prática do racismo — não pode sofrer a incidência da cláusula constitucional da imprescritibilidade penal, **especialmente** se se considerar que o crime imputado no ora paciente, **segundo ele próprio afirma**, "**foi contra judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica, não podendo (...) ser inserido entre os decorrentes da prática de racismo"** (fl. 09 - grife).

Vê-se, portanto, que a controvérsia suscitada na presente causa **consiste** em saber se a prática do anti-semitismo subsume-se, ou não, à noção mesma de racismo, **notadamente** para efeito de incidência da cláusula da **imprescritibilidade** constante do art. 5º, XLII da Carta da República.

O **magnífico** voto que acabamos de ouvir, **proferido** pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, **dispensar-me-ia** de considerações adicionais, **pois analisou**, com propriedade, a questão ora em exame.

A **gravidade** do tema, contudo, **exige** que os Juizes deste Tribunal se pronunciem sobre a controvérsia em causa. **E é por tal razão** que desejo expor, **nesta decisão**, o meu pensamento sobre a matéria ora em debate.

O **exame** dos fundamentos em que se apóia a presente impetração **requer** algumas considerações preliminares e impõe necessárias reflexões prévias em torno da grave questão que somos hoje chamados a apreciar.

Não tenho dúvida, Senhor Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, **reúne-se** para proferir um julgamento impregnado de **indiscutível transcendência** e revestido de **irrecusável** valor simbólico, **pois, hoje, está em debate**, nesta Corte, **questão** que se projeta com máxima intensidade na **definição** de um dos mais expressivos valores, **cujo respeito** confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito.

Refiro-me ao princípio indisponível da **dignidade** da pessoa humana, que, **mais** do que elemento fundamental da República (CF, art. 1º, III), **representa** o reconhecimento de que **reside**, na pessoa humana, o valor fundante do Estado e da ordem que lhe dá suporte institucional.

O **sentido emblemático** desta reunião tanto mais se acentua quando se tem presente que **este julgamento ocorre no contexto de marcos temporais**, que, **intimamente** associados ao debate da questão judaica, **põem em relevo** — dada a sua relativa proximidade no tempo histórico — a atualidade preocupante do tema versado nesta causa.

Um desses marcos temporais **relembra-nos** que, há 70 (setenta) anos, em 30-1-1933, o Partido Nacional Socialista, **emergindo** das ruínas provocadas pela queda da República de Weimar, ascendeu ao poder na Alemanha, **fazendo instaurar**, nesse país, uma ordem totalitária, **infiensa** aos direitos básicos da pessoa humana, **sobre a qual** se erigiu um sistema de poder absoluto **que fez abater**, sobre todos, **notadamente** sobre os judeus, um tempo de horror e de indescritível torpeza humana.

Outro desses marcos temporais, sob cuja égide é memória se processa o julgamento que hoje aqui realizamos, **recorda-nos** que há 60 (sessenta) anos, em 19-4-1943, o regime nazista sufocava, com o peso de sua infinita crueldade, e Levante do Gueto de Varsóvia, que representou, naquele momento histórico, o grito de desespero de um povo subjugado pela face sombria e sinistra de um regime de opressão e de um sistema de frontal desrespeito ao gênero humano.

Ainda na perspectiva desses marcos históricos que tão bem situam o instante em que **este julgamento tem lugar**, **cabereferir** a existência de um documento luminoso e de incomensurável valor para toda a humanidade: a encíclica "**Pacem in Terris**", publicada há 40 (quarenta) anos, em 11-4-1963, na qual João XXIII **denunciou** o caráter **abominável** de qualquer prática fundada na discriminação e no racismo, **bem assim** no ódio e na intolerância que lhes são inerentes.

É também importante assinalar, **sempre** no contexto dos marcos temporais a que inicialmente me referi neste voto, que o **presente julgamento tem lugar** em momento que **precede** a celebração, em 29 de abril, logo após a festa do Pessach (Páscoa Hebraica), do Dia da Recordação dos Mártires e Heróis do Holocausto (**Yom Hashoá Vehagevurá**), **data** em que o povo de Israel **relembra** e honra a memória dos milhões de judeus vitimados por um dos maiores genocídios registrados na história de toda humanidade.

Tal como no Dia da Recordação — em que se rememora, com respeito, o Holocausto que imolou o povo judeu —, também este Supremo Tribunal não pode ser indiferente, no exame dessa controvérsia, à grave advertência que a História nos impõe, pois, também aqui e agora, é preciso “lembrar e recordar — jamais esquecer”.

Cumpre destacar, bem por isso, Senhor Presidente, dentro desse contexto, a significativa importância que representou, no processo de conquista e preservação das liberdades fundamentais, a promulgação, há quase 55 (cinquenta e cinco) anos, em 10-12-1948, pela 3ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana.

Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e titularizam prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional — impulsionados pelo estímulo originado de um insuprimível senso de responsabilidade e conscientes do ultraje representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista e pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder — tiveram a percepção histórica de que era preciso forjar as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, em favor de todas as pessoas, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, assegurando-lhes o direito de viver protegidas do temor e a salvo das necessidades.

Esse documento extraordinário, mais do que simples repositório de verdades fundamentais, de promessas essenciais e de compromissos irrenunciáveis, deve constituir, no plano doméstico dos Estados nacionais — e do Brasil, em particular —, o instrumento de realização permanente dos direitos e das liberdades nele proclamados.

A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, por isso mesmo, deve representar, na consciência dos governantes responsáveis e dos Estados comprometidos com a causa da liberdade, da justiça, da paz entre os povos e da democracia, o elemento vital e impulsionador de medidas, que, de um lado, visem a afastar, das relações entre os indivíduos e o poder estatal, o medo da opressão e, de outro, tendam a evitar a frustração dos sonhos que buscam dar sentido de concreta efetividade às legítimas aspirações do ser humano, banindo, para sempre, das relações entre as pessoas, o ódio e a intolerância, o preconceito e a discriminação que tão profundamente doentram aqueles que os praticam.

É preciso, pois, que o Estado, por intermédio desta Suprema Corte, ao magnificar e valorizar o significado real que inspara a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, pratique, sem restrições, sem omissões e sem tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de toda a humanidade.

Hoje, portanto, muito mais do que a realização de um julgamento — e de um julgamento revestido de significação histórica na jurisprudência de nosso País — é che-

gado o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, em sua agenda, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro e de manifestar a preocupação desta Corte com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos.

Este momento, tão fortemente impregnado do sentido histórico que assume o presente julgamento, impõe, por tal motivo, um instante de necessária reflexão sobre o significado do grave compromisso que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. Os deveres irrenunciáveis que emanam desse instrumento internacional incidem sobre o Estado brasileiro de modo pleno, impondo-lhe — e aos órgãos nele estruturados, notadamente ao Poder Judiciário e a este Supremo Tribunal Federal, em particular — a execução responsável e consequente dos compromissos instituídos em favor da defesa e proteção da integridade e da dignidade de todas as pessoas.

A luta pelos direitos e pelo respeito à essencial dignidade das pessoas e a experiência da liberdade e da tolerância têm de representar etapa essencial na jornada permanente em busca da realização plena dos objetivos insuprimíveis que a consciência dos povos, estimulada por uma notável percepção das exigências éticas subjacentes à atuação do Poder Público, concebeu e atribuiu à Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana.

É esse, pois, o grande desafio com que nós, Juízes da Suprema Corte deste País, nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, que se delinea, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representou um passo decisivo no processo de reconhecimento, consolidação e contínua expansão dos direitos básicos da pessoa humana.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada consensualmente pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foi responsável — consoante observa o diplomata brasileiro José Augusto Lindgren Alves (*Os Direitos Humanos como Tema*

Global, pp. 135/144, item nº 8.2, 1994, Perspectiva) — per significativos avanços conceituais que se projetaram nos planos concernentes à legitimidade das preocupações internacionais com os direitos humanos (artigo 4º), à interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (artigo 8º) e, ainda, ao reconhecimento do sentido de universalidade dos direitos humanos (artigo 5º).

Cumpra não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de diversas proclamações constantes da Declaração de Viena, especialmente daquelas que enfatizam o compromisso solene de todos os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas, assegurando-lhes, para esse efeito, meios destinados a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

A intolerância e as conseqüentes práticas discriminatórias, motivadas por impulsos racistas, especialmente dirigidos contra grupos minoritários, representam um gravíssimo desafio que se oferece à sociedade civil, a todas as instâncias de poder no âmbito do aparelho de Estado e ao Supremo Tribunal Federal.

Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno do valor essencial dos direitos fundamentais da pessoa humana, reagir contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a injusta marginalização, dentre outros, de grupos étnicos, nacionais e confessionais.

Essa reação — que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte — deve buscar os meios que permitam transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e, considerado o contexto da presente causa, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, por efeito de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (Unesco/1978) e a Declaração de Durban e Plano de Ação, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata (África do Sul/2001), "inter alia".

Cabe recordar, neste ponto, ante a sua inquestionável pertinência, o *Preâmbulo* da Constituição da Unesco (1945) — órgão das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura — que expressamente advertiu que o terrível conflito mundial que se abateu sobre a humanidade "não teria sido possível sem a negação dos princípios democráticos, da igualdade, da dignidade e do respeito mútuo entre os homens, e sem a vontade de substituir tais princípios, explorando os preconceitos e a ignorância, pelo dogma da desigualdade dos homens e das raças".

Foi por tal razão que esse e todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, sempre odiosas, de discriminação racial, reconhecem "a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos...", proclamando, com irrecusável correção, que "Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a

mesma origem", pois "Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade", razão pela qual "a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais", mesmo porque as diferenças entre os povos do mundo não justificam qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.

Em uma palavra, Senhor Presidente: nem gentios, nem judeus, nem patrícios, nem plebeus. Sem qualquer hierarquia ou distinção de origem, de raça, de orientação confessional ou de fortuna, somos todos pessoas, essencialmente dotadas de igual dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas pelo vínculo comum que nos projeta, em unidade solidária, na dimensão incindível do gênero humano.

Eis porque, Senhor Presidente, a noção de racismo — ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração — não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indistigável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, como bem o evidenciou Hannah Arendt, em sua clássica obra "Origens do Totalitarismo", quando, ao versar o tema do anti-semitismo — por ela qualificado "como uma ofensa ao bom senso" — refere-se à manipulação arbitrária dos conceitos de inimigo objetivo e de verdade oficial, como expressões destinadas a fomentar os "ódio públicos" contra o povo judeu.

Irrepreensível, neste ponto, o magistério, sempre douto e erudito, do eminente Professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (que é a minha "alma mater"), cujo parecer — oferecido na legítima e informal condição de *amicus curiae* — bem analisa a questão em foco (fls. 120/122):

"O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XIII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redução dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da Unesco de 1978 sobre Raça e Racismo: é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raça' como argumento o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade

dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, *reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inibição jurídica por força do argumento contrario sensu, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (...).*" (Grifei)

Essa mesma percepção do tema é também parilhada por ilustres acadêmicos (Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros e Jacques d'Adesky, *Racismo, Preconceito e Intolerância*, pp. 43, 48/49 e 57/58, 2002, Atual Editora), cuja análise, versando a questão do racismo, praticado contra o judeu, assim discute os aspectos concernentes ao anti-semitismo:

"Enquanto aceitarmos dividir a grande raça humana em raças — branca, negra, amarela, etc. —, estaremos legitimando as falsas hipóteses defendidas pelos grupos teóricos racistas.

(...)

Como vimos, a palavra racismo designa um comportamento de hostilidade e menosprezo em relação a pessoas ou grupos humanos cujas características intelectuais ou morais, consideradas 'inferiores', estariam diretamente relacionadas a suas características 'raciais', isto é, físicas ou biológicas.

(...)

Finalmente, é preciso observar que o anti-semitismo é um racismo paradoxal, pois, ao contrário do racismo contra o negro, sequer se baseia em diferenças aparentes (...). Assim, o racista precisa alegar supostas diferenças psicoculturais imaginárias para inferiorizar os judeus.

Ao estigmatizar os judeus como membros de uma raça considerada inferior à ariana, o anti-semitismo condenava-os de modo intrínseco e permanente, já que não bastava que renegassem sua religião e se tornassem cristãos para se livrar de sua 'condição'. Em outras palavras, os judeus seriam, em essência, diferentes dos não-judeus, não pertenceriam à mesma humanidade dos arianos. Essa depreciação forneceu condições ideológicas importantes aos nazistas para discriminar, segregar e eliminar fisicamente os judeus.

É importante termos essas considerações sempre vivas em nossa memória, já que o anti-semitismo não desapareceu (...)." (Grifei)

Incensurável, desse modo, a meu juízo, o douto voto proferido pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, quando, com apoio nos fundamentos que expôs, sustenta a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento — ao corretamente denegar a ordem de *habeas corpus* — manteve o acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

É que publicações — como as de que trata esta impetração — que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial — veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica — transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, ao pronunciar-se sobre a extensão dos direitos e garantias individuais, fez consignar a seguinte advertência, que cumpre ser lembrada:

"Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros."

(RTJ 173/805-810, 807-808, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delinea, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso ora exposto pela parte impetrante, no entanto, não traduz, a meu juízo, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos.

Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, dissemi-

nar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação — que constitui um dos núcleos do tipo penal — reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Entendo que a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar. "Hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação dos bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal* pp. 193/203, "Conclusão", itens n.ºs 1 e 2, 2000, Lumen Juris; Luís Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, pp. 363/366, 2001, Renovar; José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 220/224, item n.º 2, 1987, Almedina; Fábio Henrique Podestá, "Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias", in *Constituição Federal de 1988 — Dez Anos (1988-1998)*, pp. 230/231, item n.º 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 661, item n.º 3, 5.ª ed., 1991, Almedina; Edilson Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, pp. 94/101, item n.º 8.3, 1996, Fabris Editor; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, pp. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; Suzana de Toledo Barros, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 216, "Conclusão", 2.ª ed., 2000, Brasília Jurídica).

Isso significa, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, utilizando-se, esta Corte, do método — que é apropriado e racional — da ponderação de bens e valores, de tal forma que a existência de interesse público na revelação e no esclarecimento da verdade, em tomo de supostas ilícitudes penais praticadas por qualquer pessoa basta, por si só, para atribuir, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, com inaceitável ofensa aos valores da igualdade e da tolerância, especialmente quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais.

Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao manifestar-se sobre a necessidade de se "con-

trolarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição", deixou assentado que é "inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera 'revisão da história'" (fl. 50-grife).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, não posso aceitar a tese exposta na impetração, pois admiti-la significaria tornar perigosamente menos intensa e socialmente mais frágil a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, especialmente aqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade.

Cabe ter em consideração, no ponto, que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, necessariamente, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, cujas prescrições tutelares se revelam — na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas — elementos de proteção vocacionados a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, como observa, em seu lúcido parecer, o ilustre Professor Celso Lafer.

Não se pode ignorar, Senhor Presidente, a propósito do tema que ora julgamos, que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou, em 9-12-1998 (na véspera do 50.º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana), pela Resolução 623, que o anti-semitismo e todos os atos de intolerância a ele relacionados constituem manifestações preocupantes de formas contemporâneas de racismo, impondo-se, por isso mesmo, a adoção, pela comunidade internacional e pelos Estados nacionais, de medidas que impeçam a propagação desse modo perverso de exclusão social.

Se é certo, como proclama a milenar sabedoria judaica, que aquele que salva uma vida, salva toda a Humanidade, não é menos exato afirmar, Senhor Presidente, que aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de fundo racista, também atinge — e atinge profundamente — a dignidade de todos e de cada um de nós.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, e acolhendo, ainda, os fundamentos doutamente expostos pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, peço vênia ao ilustre Relator para indeferir o pedido de habeas corpus formulado por Siegfried Ellwanger, mantendo, em consequência, a condenação penal que foi corretamente imposta, ao ora paciente, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

E o meu voto.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes:

Introdução

Como já relatado pelo Ministro Moreira Alves, a questão gira em torno de decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu habeas corpus para manter a condenação de acusado de crime de discriminação contra os judeus, sob o fundamento de que tal conduta se enquadraria como racismo sendo, portanto, imprescritível.

Proferiu voto o Ministro Relator no sentido de declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, ante a não-configuração do crime de "racismo" nos moldes do artigo 5º, XLII, da Constituição.

Apontou como fundamentos de sua decisão, em síntese, que a expressão "nos termos da lei", que se encontra na parte final do art. 5º, XLII, CF, não delega ao legislador ordinário a função de dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de "racismo", mas apenas que cabe a ele tipificar as condutas em que consiste esta prática e quantificar a respectiva pena. O Relator partiu de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, para concluir que o anti-semitismo não está compreendido no conceito de racismo. Buscou a intenção do constituinte de 1987/88, ao mencionar as discussões acerca da Emenda Aditiva que deu origem ao art. 5º, XLII, da Constituição. Afirmou o Ministro: "O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a 'racismo' o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra." E foi, por entender que o dispositivo constitucional não se aplicava a outros grupos, que o Ministro concluiu que "não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado."

Em sede de voto-vista, afirmou o Ministro Maurício Corrêa que não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as diversas acepções a que o termo se submete, incluindo af a antropológica e a sociológica. Ademais, a experiência genética vem apontando que o conceito tradicional de raça — negros, brancos e amarelos — não pode mais ser considerado. Ressaltou ainda que a discussão se os judeus se constituem ou não uma raça perde sentido na medida em que quem discrimina o está fazendo como uma raça, promovendo e incitando a segregação. Assim, afigura-se mais relevante o conceito antropológico do que o científico. A existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, sendo ela a ser considerada na aplicação do Direito.

Entendeu, portanto, o Ministro Corrêa, que o anti-semitismo constitui forma de racismo e, em consequência, crime imprescritível, seja porque o conceito de raça não pode ser resumido à semelhança de meras características físicas, seja porque tal movimento vê os judeus como uma raça, ainda que esta concepção seja sob a ótica social e política.

Na mesma linha, sustentou o Ministro Celso de Mello em antecipação de voto.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

O conceito de racismo

A questão central trazida à análise do Supremo Tribunal Federal gira em torno do alcance do termo "racismo" empregado pelo constituinte no art. 5º, inciso XLII, para se considerar ou não imprescritível a conduta anti-semita atribuída ao paciente.

Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudocientíficas. Nesse sentido, destacam-se as considerações de Kevin Boyle:

"Reconhecemos hoje que a classificação biológica dos seres humanos em raça e hierarquia racial — no topo da qual encontrava-se certamente a raça branca — era produto pseudocientífico do século XIX. Num tempo em que nós já mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que existe somente uma raça — a raça humana. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, etnias e identidades culturais, não são baseadas em atributos biológicos. Na verdade, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandona qualquer base biológica em seus discursos. Eles agora enfatizam diferenças culturais e irreconciliáveis como justificativa de seus pontos de vista extremistas." (Boyle, Kevin. *Hate Speech — The United States versus the rest of the world?* In: *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001, p. 490)

É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudocientífico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros.

A propósito da configuração da ideologia racista, anota Bobbio, que são necessárias três condições, que ele define como postulados do racismo como visão de mundo, *verbi*:

"1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente.

[...]

2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra.

[...]

3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis. A justificação do colonialismo se serviu sobretudo do segundo princípio: há não muitos anos, a União Soviética justificou a agressão ao Afeganistão sustentando que era seu dever dar uma ajuda fraterna ao povo vizinho ameaçado por inimigos poderosos. No entanto, o racismo jamais renunciou ao uso do terceiro princípio." (Bobbio, Norberto. *Elogio da Serenidade*. São Paulo: Unesp, 2002. pp. 127-128)

Dai concluir Bobbio:

"Não há necessidade de ler o *Mein Kampf* de Hitler para encontrar frases em que se afirma peremptoriamente que as raças superiores devem dominar as inferior-

res, porque já no tempo do colonialismo triunfante havia quem dizia, como o historiador e filósofo Ernest Renan, que a conquista de um país de raça inferior por parte de uma raça superior não tem nada de inconveniente. Mas foi apenas com o advento ao poder de Hitler que se formou pela primeira vez na história da Europa civilizada um Estado racial: um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores fisicamente ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes." (Bobbio, *Elogio da Serenidade*, cit., pp. 128-129)

Já em 1932, como aponta Pierre-André Taguieff, em seu *La force du préjugé*, a referência ao termo "racista" apresentada pela Larousse restringia sua extensão aos "nacionais-socialistas alemães", ao atribuir-lhes uma intenção assim descrita na referida enciclopédia:

"... eles pretendem representar a pura raça alemã, excluindo os judeus, etc." (Taguieff, Pierre-André, *La force du préjugé: essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, La Découverte, 1992, p. 149)

Surge assim, conforme Taguieff, um dos dois elementos centrais metafóricos constitutivos das definições do racismo — a pureza da raça —, por meio de uma referência que caracterizava o nacional-socialismo, antes mesmo de sua instituição como regime. O segundo elemento metafórico, a superioridade da raça, apareceu no suplemento de 1953 da mesma Larousse, que assim definiu o termo "racismo":

"Teoria que tem por finalidade proteger a pureza da raça dentro de uma nação e que lhe atribui uma superioridade sobre as demais". (Taguieff, *La force du préjugé*, cit., p. 149)

Continua Taguieff:

"Em 1925, no seu livro de referência sobre a Alemanha contemporânea, Edmond Vermcil reintroduziu proposital e expressamente o adjetivo 'racista' para traduzir o termo intraduzível alemão *völkisch* e sugeriu a identificação, que acabou se banalizando na década dos trinta, do racismo (alemão) ao anti-semitismo nacionalista ou às tendências antijudaicas do movimento nacionalista na Alemanha dos anos vinte: 'É assim que o partido nacional-alemão se dividiu em dois campos. A extrema direita 'racista' (*völkisch*) se separou do partido. O racismo pretende, assim, reforçar o nacionalismo, lutar, internamente, contra tudo que não é alemão e, no exterior, em favor de todos os que têm nomes alemães. Sua doutrina incorporou a de Hitler na Baviera. Ele floresce hoje em todos os estados alemães, onde está por toda parte em luta aberta contra os elementos mais moderados do nacionalismo [...] O Partido Populista [...] se cretão patriota, tão alemão quanto os nacionais-alemães ou os racistas" (Taguieff, *La force du préjugé*, cit., p. 131)

Daf a observação de Taguieff:

"Se há racismo no discurso sobre as raças e fora dele, se há racismo com ou sem a invocação da raça, é porque há um sentido social complexo daquilo que chamamos de racismo, e por trás daquilo que designamos ordinariamente como tal — a saber, as marcas exteriores do racismo [...]. O 'racismo' não é um conceito biológico, remarcou um dia Emmanuel Lévinas, que acrescentou: 'o anti-semitismo é o arquétipo de todo aprisionamento. A opressão social, ela mesma, não faz mais do

que reproduzir este modelo. Ela enclausura em uma classe, priva de expressão e condena ao 'significante sem significado', e, desde já, à violência e aos combates." (Taguieff, *La force du préjugé*, cit., pp. 105-106)

Sobre a dinâmica que marca o fenômeno do racismo, é interessante registrar a observação de Norberto Bobbio, *verbis*:

"Dou alguns exemplos para mostrar que não existem surpresas: o preconceito é monótono. As frases que hoje são dirigidas aos extracomunitários, ou seja, aos que não pertencem à Comunidade Europeia, são mais ou menos as mesmas que, há alguns decênios, em Turim, eram dirigidas aos italianos do Sul, aos meridionais.

[...]

O preconceito não apenas provoca opiniões errôneas, mas, diferentemente de muitas opiniões errôneas, é mais difícil de ser vencido, pois o erro que ele provoca deriva de uma crença falsa e não de um raciocínio errado que se pode demonstrar falso, nem da incorporação de um dado falso, cuja falsidade pode ser empiricamente provada." (Bobbio, *Elogio da Serenidade*, cit., pp. 120-121)

Sobre esse aspecto, vale também trazer a lição de Norberto Bobbio, que, ao descrever a fenomenologia do racismo, esclarece:

"[...] A relação de diversidade, e mesmo a de superioridade, não implica as consequências da discriminação racial. Que não se restringe à consideração da superioridade de uma raça sobre outra, mas dá um outro passo decisivo (aquele que chama de terceira fase no processo de discriminação): com base precisamente no juízo de que uma raça é superior e a outra é inferior, sustenta que a primeira deve comandar, a segunda obedecer, a primeira dominar, a outra ser subjugada, a primeira viver, a outra morrer. Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes. Entre estas aberrações, a historicamente mais destrutiva foi a 'solução final' concebida pelos nazistas para resolver o problema judaico no mundo: o extermínio sistemático de todos os judeus existentes em todos os países em que o nazismo estendera seu domínio. Para chegar a esta conclusão, os doutrineiros do nazismo tiveram de passar por estas três diversas fases: a) os judeus são diferentes dos arianos; b) os arianos são uma raça superior; c) as raças superiores devem dominar as inferiores, e até mesmo eliminá-las quando isto for necessário para a própria conservação." (Bobbio, *Elogio da Serenidade*, cit., pp. 109-110)

Essas considerações demonstram que, do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do anti-semitismo.

Não é por outra razão que, tal como ressaltado nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil não deixam dúvida sobre o claro compromisso no combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o anti-semitismo.

A propósito, vale aqui mencionar decisões proferidas pela Suprema Corte dos

Estados Unidos da América e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra, transcritas no Parecer do Professor Celso Lafer, já referidas nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello.

A Suprema Corte Americana, em caso julgado em 1987 (Shaare Tefila Congregation *versus* Cobb, US 615), reformou decisão proferida pelas instâncias inferiores, no sentido de se negar aos judeus, por não serem grupo racial distinto, a tutela prevista pela legislação norte-americana de 1982, voltada para o combate à discriminação racial.

Entendeu a Corte Americana que, apesar de serem judeus, na data da decisão, parte do que é tido como a raça caucasiana, estavam eles tutelados pela legislação de 1982, que visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, dando assim, maior conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana e à repressão à prática do racismo (cf. Lafer, Celso, *Parecer*, pp. 44-47).

A Câmara dos Lordes, em 1983, no caso *Mandla* e outro *versus* Dowell Lee e outro, entendeu que, à luz do Racial Relations Act de 1976, tratava-se de um caso de discriminação, apesar das longas discussões acerca da inclusão ou não do *sikhs* como um "grupo racial". Firmou a Corte que o significado do termo "étnico" não pode ter sido empregado em sentido estrito. Acrescentou, ainda, que seria absurdo o Parlamento pretender que grupos raciais fossem formados a partir de uma prova científica. Afirmou, então, o juiz inglês que a palavra "étnico" deveria ser interpretada de maneira ampla, em seu sentido cultural e histórico (cf. Lafer, *Parecer*, pp. 47-50).

Nesse sentido, bem conclui Trina Jones, Professora Associada de Direito da Universidade de Duke:

"Raça é o significado social atribuído a uma categoria. É um conjunto de crenças e convicções sobre indivíduos de um grupo racial em particular. Essas crenças são abrangentes, compreendendo convicções sobre a parte intelectual, sobre a parte física, sobre classe e moral, dentro outras coisas." (Shades of Brown; the Law of Skin Color. In: *Duke Law Journal*, v. 49: 1487, 200, p. 1497)

Todos esses elementos levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial "raça". Cuida-se aqui de um conceito pseudocientífico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).

Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer em seu bem lançado parecer, já referido nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello:

"Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82.424-2 em favor de Siegfried Ellwanger, é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, devidamente disciplinado pela legislação infra-constitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma 'raça'. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos

ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo." (P. 42)

Assim não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente racistas, aqui incluído o anti-semitismo.

O racismo e a liberdade de expressão e de opinião

Se se aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, há de se perguntar sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular.

Não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na inibição à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina da "hate speech". Ressalte-se, porém, que o "hate speech" não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, *Hate Speech*, *cit.*, p. 490).

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: "Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?" Ele mesmo responde:

"A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática — a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. 'Every one count as one and no more than one', como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa." (Boyle, *Hate Speech*, *cit.*, p. 490)

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade.

Mais uma vez peço vênia para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso:

"O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias europeias. No início deste ano [a referência é ao ano de 2001] os países da União Europeia tomaram a extraordinária decisão de boicotar o governo austríaco, por vários meses, pela inclusão, na nova colisão de governo, do Partido Nacional de extrema-direita, dirigido por Jörg Heider, que defende políticas contra imigrantes e idolatra as políticas econômicas de Hitler. [...] o governo alemão solicitou à Corte Constitucional Alemã que considerasse a supressão ou o banimento do Partido Democrático Nacional. Ele é acusado de preparar jovens para ataques a estrangeiros, judeus e sinagogas judaicas.

A preocupação com o tema do anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado *discurso revisionista* e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945. Os campos de concentração, como Auschwitz, não foram abertos a um mundo horrorizado antes que as primeiras publicações minimizassem o que realmente havia ocorrido. Esse tipo de literatura tornou-se mais proeminente nos anos 70. O material incluía desde o simplório — um recente panfleto com a frase "O Holocausto foi um embuste, vamos torná-lo real!" — à aparentemente sérias pesquisas históricas em publicações acadêmicas, como o impressionante *Journal for Historical Review*. Nessas publicações são encontradas afirmações tais como o fato de não terem sido mortos 6 milhões de judeus, mas somente algumas centenas; ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido utilizadas em Auschwitz porque eles não tinham a tecnologia para tal. Alegadas evidências documentais de testemunhas sobreviventes ou o diário de Anne Frank não passam de fabricações. Hitler jamais ordenou a Solução Final — ele era inocente, etc.

O anti-semitismo nessas publicações, explícito ou implícito, é bastante claro. Não foi melhor exposto, entretanto, como no início deste ano, quando o historiador David Irvine, um notório negador do holocausto, processou a Editora Penguin e Deborah Lipstadt, sob a alegação de que ele havia sido difamado no livro *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, de autoria de Lipstadt. Ela referiu-se a ele como anti-semita, um partidário de Hitler, um falso historiador. O próprio Irvine subiu à tribuna para defender-se. O juiz, em um julgamento devastador (os autos atingiram 300 páginas!), afirmou que Lipstadt estava certa — e que Irvine era mesmo tudo aquilo.

Cinco países europeus — a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suíça — adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como lei Gayssot, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanação e pinturas de sátiras em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenofobos.

[...], as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram as leis mantidas pelos tribunais. Em 1987, o líder da Frente Nacional, do partido de extrema-direita na França, Jean Marie Le Pen, foi multado por declarar numa entrevista de rádio que o assassinato de judeus em câmaras de gás foi "um ponto de detalhe" (um mero detalhe). O historiador revisionista Robert Faurisson, numa entrevista para uma revista francesa, criticou a lei Gayssot, considerando-a ameaçadora da liberdade de expressão; e ele foi além, ao declarar que tinha uma convicção pessoal de que a exterminação de judeus em câmaras de gás jamais existiu nos campos de concentração. Com base nessa última afirmação, ele foi condenado e multado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI), em 1991. Ele depois interpôs recurso para o Comitê de Direitos Humanos, com base na Convenção de Direitos Políticos e Civis, que vinha sendo discutida, sob a alegação de que sua condenação era uma violação à garantia da liberdade de expressão, expressa no artigo 19 da Convenção.

O Comitê de Direitos Humanos manteve a condenação, considerando-a uma interferência justificável ao direito de liberdade de expressão, expresso no artigo 19 da Convenção. O Comitê foi persuadido pelos argumentos do governo francês, no sentido de que a negação do holocausto é o principal veículo do anti-semitismo na França. O então membro dos EUA no Comitê, Sr. Tom Burgenthal, como sobrevivente dos campos de concentração de Auschwitz e Sachsenhausen, absteve-se.

A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]. Um grande número de recursos contra as leis de negação do holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Europeia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito da liberdade de expressão." (Boyle, *Hate Speech*, *cit.*, pp. 497-499)

Podem-se ainda indagar, como o fez o Ministro Septívveda Pentence, se o livro poderia ser instrumento de um crime, cujo verbo central é "incitar".

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes europeias a propósito da criminalização do "Holocaust Denial" confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, *Hate Speech*, *cit.*, p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto — diria inevitavelmente aberto — da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A propósito, a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Lehideux e Isorni versus França* (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o prin-

cípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o art. 10 (liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Nesse caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-François Lehideux, foram condenados penalmente pelo Judiciário francês, por "apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração", depois da publicação de um encarte publicitário no jornal *Le Monde*, em 13 de julho de 1984, apresentando como "salutares" certos atos de Philippe Pétain. A Corte Europeia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Europeia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.

O princípio da proporcionalidade

Nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional — "*Nenhuma lei conterá dispositivo... observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV*" — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexplorável à intervenção estatal. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão-somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção estatal com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

Da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5º, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5º, XLI).

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo — tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Nesse sentido, afirma Robert Alexy:

"O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz:

"quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção".

(Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10-12-98)

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ("*A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*", in *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264).

No caso concreto, poder-se-ia examinar se a decisão condenatória ao enquadrar, como racismo, a conduta do paciente e, portanto, imprescritível, atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade.

A Corte constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei eventualmente aprovada pelo Parlamento submetem-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade (Schneider, *Zur Verhältnismäßigkeits-Kontrolle*, cit., p. 403).

Essa solução parece irreprensível na maioria dos casos, especialmente naqueles que envolvem normas de conformação extremamente aberta (elásulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas) (Jakobs, Michael, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Colônia, 1985, p. 150). É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação.

Richter e Schuppert analisam essa questão, com base no chamado "caso Lebach", no qual se discute a legitimidade de repetição de notícias sobre fato delituoso ocorrido já há algum tempo e que, por isso, ameaçava afetar o processo de ressocialização de um dos envolvidos no crime. Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação "in concreto" das diversas normas (Richter/Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, p. 29).

No caso, após analisar a situação conflitiva, concluiu a Corte que "a repetição de informações, não mais coberta pelo interesse de atualidade, sobre delitos graves ocorridos no passado, pode revelar-se inadmissível se ela coloca em risco o processo de ressocialização do autor do delito" (BVerfGE 35, 202 (237)).

Essa distinção não passou despercebida ao nosso Supremo Tribunal Federal, quando apreciou pedido liminar contra a Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, que vedava a concessão de proventos liminares ou cautelares contra as medidas provisórias constantes do Plano "Collor" (MPs nºs 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168).

O voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence revela perfeitamente a necessidade de um duplo juízo de proporcionalidade, especialmente em face de normas restritivas abertas ou extremamente genéricas. Após enfatizar que o que chocava na Medida Provisória nº 173 era a generalidade e a abstração, entendeu Sua Excelência que essas características dificultavam um juízo seguro em sede de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade (ADI 223, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132, pp. 571 s).

Vale transcrever expressiva passagem do aludido voto, *verbis*:

"[...] essa generalidade e esta imprecisão, que a meu ver, podem vir a condenar, no mérito, a validade desta medida provisória, dificultam, sobremaneira, agora, esse juízo sobre a suspensão liminar dos seus efeitos, nesta ação direta.

Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, veto *a priori*, a toda e qualquer restrição que se faça a concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares, *in ius litis*, distinguir, em tese, e só assim poderemos decidir neste processo — até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contêntes, não ao uso regular, mas ao abuso de poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta à jurisdição legítima do Poder Judiciário.

[...]

Por isso, [...] depois de longa reflexão, a conclusão a que cheguei, *data venia* dos dois magníficos votos precedentes, é que a solução adequada às graves preocupações que manifestei — solidarizando-me nesse ponto com as idéias manifestadas pelos dois eminentes Pares — não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória.

O caso, a meu ver, faz eloqüente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado.

[...]

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose constitucional a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde — segundo as premissas que tentei desenvolver — e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello — a vedação da liminar, porque desarrazada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional porque abusiva" (ADI 223, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 132, pp. 571 (589-590)).

Na espécie, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou detidamente a questão, como se pode depreender de excertos do voto do eminente Relator, Desembargador Fernando Mottola, *verbis*:

"Passo, então, eminentes colegas, ao exame de mérito.

"Tratando-se de uma obra envolvendo fatos históricos, longamente pesquisados, que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas, o autor libera a reprodução e divulgação parcial dos capítulos isolados deste livro".

Essa insólita autorização precede o índice de *Holocausto. Judeu ou Alemão?* — *Nos Bastidores da Mentira do Século*, antecipando a intenção proselitista da obra.

Quatro páginas adiante, agradecendo conselhos e sugestões recebidos, o autor lança uma primeira farpá:

"Para isso, para nos fazer ver, servem também os verdadeiros amigos, dos quais todos nós precisamos e que são uma das maiores riquezas de um homem — e de um povo. Sim, porque há povos que podem ter e de fato têm amigos em outros povos" (*grifo meu*).

Seguem-se capítulos e mais capítulos, todos de anátema ao judaísmo, cuja síntese tanto pode ser uma frase de efeito atribuída (*sem indicação da fonte*) a George Washington:

"Eles — os judeus — lutam contra nós mais eficazmente que os exércitos inimigos. São em vezes mais perigosos para a nossa liberdade e são o grande problema que temos. É de lamentar que todo o Estado, há tempo, não os tenha perseguido como a peste da sociedade e como os maiores inimigos da felicidade da América" (p. 59),

como uma outra, retirada do 'testamento político' de Hitler:

"Passarão os séculos, mas as ruínas de nossas cidades e nossos monumentos serão testemunhas, e delas brotará para sempre o ódio contra os responsáveis por esses desastres: a judiaria internacional e quem se pôs a seu serviço" (p. 193).

Fique claro, desde logo, que não se trata de obra historiográfica. O autor professa o que Marc Block denomina '*superstição da causa única*' (*Introdução à História*, tradução de Maria Manuel Miguel e Rui Grácio, p. 167), e tudo o que pretende é responsabilizar o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade.

Ele seria, por exemplo, a força oculta que teria determinado o prematuro encarceramento da carreira do atleta norte-americano Jesse Owens, herói da Olimpíada de 1936:

[...]

ele teria, entre outras absurdas felonias, desestabilizado o regime do ex-presidente paraguaio Alfredo Stroessner,

[...]

Há passagens de ingenuidade inacreditável:

[...]

Outras, de linguagem surpreendente:

[...]

Uma página lacrimosa sobre Josef Mengele:

[...]

É pelo menos duas do mais grosseiro escárnio. Uma sobre o bombardeio da cidadezinha de Pulawy, descrito por Stanislaw Szmajzner no livro *Inferno em Sobibor*.

[...]

Outra sobre 'o povo eleito':

[...]

Eu poderia citar muitas mais, retirando-as capítulo por capítulo, mas penso que essas bastam para definir o Sigfried Eitwanger escritor.

Vejamos os livros que ele, como editor, distribuiu ao público.

O Judeu Internacional, de Henry Ford; *Os Protocolos dos Sábios do Sião*, *Brasil — Colônia de Banqueiros*, e *A História Secreta do Brasil*, de Gustavo Barroso; foram escritos e publicados, pela primeira vez, antes de 1938.

Os Conquistadores do Mundo — Os Verdadeiros Criminosos de Guerra, de Louis Marschalko, é produto contemporâneo.

Consta da introdução de *Hüler — Culpado ou Inocente?*, de Sérgio Oliveira, que ele foi escrito a partir da leitura de *Holocausto. Judeu ou Alemão? — Nos Bastidores da Mentira do Século* (pp. 7 e 11).

Todos foram objeto de difusão conjugada, com chamadas de capa que procuram induzir à leitura do conjunto.

Todos são pragmáticos, adotam o monismo da causa como explicação histórica, e fazem escancarado proselitismo de idéias antijudaicas." (Sublinhei)

E passa o Desembargador a transcrever várias passagens dos livros. Após, continua:

"Esses trechos não são passagens isoladas. Eles representam a essência conclusiva de cada obra, o pensamento obsessivo de cada autor. Não há capítulo com tema diverso. Não se está, portanto, julgando historiadores. O que se discute neste processo não são os limites da pesquisa histórica ou da criação literária, são os limites da sustentação ideológica, da pregação de idéias preconcebidas e carregadas de intolerância.

Já se disse alhures que 'o comportamento social é necessariamente teleológico, realiza um projeto, caracteriza-se pela intencionalidade, e só tem sentido na relação entre a situação que o agente vive e a orientação que consciente ou inconscientemente ele adota' (Ap. Cr. nº 6.460, IIª Câm. Crim. do TARGS, em 17-3-77).

O réu, no interrogatório, afirmou que sua editora é ideológica, pretende '*levar adiante um ideal*' (fl. 259v.).

Parece evidente que esse ideal se confunde com a concreção da frase atribuída a Washington, ou, mais provavelmente, daquela última vontade do Führer...

E isso agride o texto expresso da lei brasileira." (Sublinhei)

Também o revisor, Desembargador José Eugênio Tedesco anota, em seu voto:

"Sem qualquer dúvida, ao exame das obras editadas, distribuídas, escritas e comercializadas pelo apelado, do seu conjunto se extrai tranquilamente a intenção única de impor outra verdade, qual seja a exortação de uma raça. Em cima de fatos históricos foi lançada uma outra pretensa realidade, sem qualquer escoro, no entanto, em elementos confiáveis, a não ser na imaginação dos escribas.

Orá, como já por demais ressaltado pelo eminente Relator, as afirmações constantes das obras, conforme destacou, dizem com atributos pejorativos, juízos, e não fatos, infamantes do homem e da raça judaica.

Como disse o Dr. Procurador de Justiça, as mencionadas obras tentam negar o holocausto, atribuindo-o aos judeus, como substrato da ação dos aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios ocupados por essa, em uma criminosa distorção da realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha.

Dessa sorte, pelo exame dos autos, extrai-se a convicção de que a intenção única do apelado é propagar uma realidade aligeirada em ilicitude que chega às raias do fanatismo, sem base histórica provadamente séria. Isso não pode ser catalogado de revisionismo."

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

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

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

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da "proibição do excesso".

A decisão atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade

humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inextinguível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.

NOTAS PARA O VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, se os Colegas que me antecedem na votação permitirem, estimo ter vista antecipada dos autos.

Informo, desde já, que refletirei principalmente sobre um bem que acredito ser, em uma sociedade democrática, de envergadura maior, que é a liberdade de expressão, sem desconsiderar, evidentemente, os parâmetros do próprio *habeas corpus*.

NOTAS PARA O VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Sr. Presidente, não me oponho à antecipação de vista ao Ministro Marco Aurélio, mas gostaria de expor um rápido pensamento que talvez ajude à elucidação do caso.

Entendo que a Constituição, no inciso XLII do art. 5º, ao referir-se à prática do racismo, estabelece uma distinção nítida entre prática e teoria, ou seja, a prática, o comportamento, a conduta do racismo, parece-me, pode assumir várias formas. O racista age por si mesmo ou, obrigamente, por induzimento, por incitação. De sorte que quando a lei penal refere-se aos três núcleos deontológicos: da prática, da incitação e do induzimento, acho que ela até labora num certo equívoco: induzimento e incitação não passam de formas de prática. De maneira que o núcleo da idéia que quero transmitir — aqui, causa-me um certo embaraço, neste momento; precisaria aprofundar a discussão — é o seguinte: publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da reflexão, não no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática. Escrever um livro está nos domínios da vida pensada, não propriamente da vida vivida. A vida vivida diz com a prática, a vida pensada diz com a edição do livro, em si.

Assim pensando, estou tentando conciliar os dois princípios: o da vedação do preconceito e o da liberdade de pensamento.

Certamente, como todos aqui — e como o eminente Ministro Marco Aurélio acabou de dizer —, prezo muito o princípio da liberdade de pensamento.

Lembro-me de que quando era adolescente, dezoito ou dezenove anos, fiz um poema que começa dizendo assim: A liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. Então, em me inclinar, na discussão deste caso, por uma interpretação mais

generosa do princípio da liberdade de pensamento. Entretanto, entendo que exprimir o pensamento é uma coisa, mas, a pretexto de exprimir o pensamento, induzir, incitar, convocar certas práticas racistas, isso já é outra coisa. Quero dizer que pode haver um transbordamento do campo da lúdica expressão do pensamento para o campo da ação propriamente dita. Por exemplo, expor uma idéia, conceber uma teoria, defender um ponto de vista, cientificamente ou artisticamente, convenhamos, é liberdade de expressão. Entretanto, se, na exposição do pensamento, se contiver uma provocação, uma incitação, um induzimento, uma convocação para a ação propriamente dita, aí já temos o transbordamento da reflexão para a ação propriamente dita.

Se eu tivesse de votar agora teria a necessidade de pedir vista em mesa do processo, para ler melhor o acórdão e perceber de que maneira o autor, ao exprimir o seu pensamento, limitou-se à expressão do pensamento ou transbordou para o campo da apologia, do induzimento, da incitação.

Se for possível, regimentalmente, gostaria de perclustrar o acórdão, objeto do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O paciente, Siegfried Ellwanger, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, redação da Lei 8.081/90. O Tribunal fez incidir a cláusula da imprescritibilidade do delito (CF, art. 5º, XLII).

O paciente, então, pediu *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, pretendendo eliminar da condenação a citada cláusula da imprescritibilidade. O acórdão daquela Corte, aqui impugnado, decidiu pela inexistência de ilegalidade na "condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta". Desta forma, considerou o Tribunal a quo a imprescritibilidade da pretensão punitiva do Estado, incidindo a cláusula inscrita ao art. 5º, XLII, da Constituição Federal.

O argumento básico da impetração é este: a conduta do paciente não se identifica com a prática do racismo. É que o crime que lhe foi imputado "foi contra judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica", que não se insere "entre os decorrentes da prática de racismo", por isso que os judeus não constituem uma raça.

A questão a ser resolvida, aqui, portanto, é esta: a prática do anti-semitismo pode ser considerada racismo?

Convém anotar que a Lei 9.459, de 13-5-97, deu nova redação ao art. 20 da Lei 7.716 de 1989:

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional."

O § 2º desse artigo 20, redação da Lei 9.459/97, estabelece:

"§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa."

É dizer, se o delito "é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza", adquire ele forma qualificada com pena mais grave.

A conduta do paciente, entretanto, há de ser analisada tendo em consideração o art. 20 da Lei 7.716/89, redação da Lei 8.081/90.

II

Abriendo o debate, registro que a necessidade de serem tutelados os direitos humanos é inerente ao constitucionalismo, que surgiu na segunda metade do Século XVIII, certo que as primeiras Declarações — Virgínia, 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 — são, por isso mesmo, contemporâneas da idéia de Constituição. A Constituição surge, pois, como limitadora do poder estatal e a divisão dos poderes preconizada por Montesquieu visou à proteção dos direitos da pessoa humana, cumprindo à Constituição realizar a combinação da separação dos poderes e dos direitos individuais para o fim de efetivar a tutela destes. Daí a ênfase posta pelo revolucionário francês no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição".

Hoje, segundo Norberto Bobbio — "A Era dos Direitos", Rio, 1992 — anota o Professor Celso Lafer, com a positividade dos direitos humanos nas Constituições e a sua generalização, que implica sua proclamação igualitária e a sua especificação, determinados, em concreto, os destinatários da tutela dos direitos e garantias, e a sua internacionalização, vivemos menos a era dos direitos declarados e muito mais a dos direitos garantidos.

Especial menção deve ser feita à internacionalização dos direitos humanos, a demonstrar que estes, por interessar a todos os povos, integram a ordem internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, dá início a esse processo, lecionando Flávia Piovesan que "o movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Por isso, há autores, como Louis Henkin, que afirmam a existência de um Direito Internacional pré e pós 45, dadas as extraordinárias transformações decorrentes da Segunda Guerra Mundial no campo do Direito Internacional. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional" ("O Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas", Rev. Trim. de Advocacia Pública, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, dez/2000, nº 12).

J. A. Lindgren Alves, que tem se notabilizado pelo estudo e pela divulgação da teoria geral dos direitos humanos, no campo interno e internacional, registra que, "dada a força persuasiva e liberadora que" a Declaração de 1948 "tem demonstrado, ao longo de cinco décadas, para indivíduos e coletividades", precisa "ser mantida como está", certo que vem ela sendo fortalecida "nas grandes conferências desta década, de Viena (sobre direitos humanos), Cairo (sobre população), Copenhague (sobre desenvolvimento social), Beijing (sobre a mulher) e Istambul (sobre assentamentos humanos)" (J. A. Lindgren Alves, "A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade", em "Os Direitos Humanos e o Direito Internacional", vários autores, organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nádia de Araújo, Ed. Renovar, Rio, 1999, p. 139).

Proteger os direitos humanos, garanti-los no plano interno e internacional é, na verdade, a tônica da era dos direitos de que fala Norberto Bobbio.

É nesse contexto que se insere a Constituição brasileira de 1988, que, antes de cuidar da organização do Estado, preocupou-se em estabelecer princípios fundamentais, deixando expresso que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em seguida, no art. 5º, proclama os direitos e deveres individuais e coletivos. Consagra ela, aliás, direitos de três gerações, os individuais e coletivos, os direitos políticos, os direitos sociais e os interesses difusos e coletivos, aqueles no plano interno e internacional. Esses direitos, de 1ª, 2ª e 3ª geração, espalham-se na Constituição, certo que são três as vertentes dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: a) estão escritos na Constituição, b) decorrem do regime e dos princípios por ela adotados — direitos implícitos — e c) estão nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º).

Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc.

III

O seqüenciamento do genoma humano demonstra que não há falar em raça em termos biológicos. Por isso mesmo, o Dr. Sérgio Danilo Pena, médico e professor, notável divulgador do tema, cujo renome vai além das fronteiras do país, leciona que há apenas uma raça, a do *homo sapiens*, a raça humana ("Lição de Vida do Genoma Humano", Folha de S. Paulo, 23-1-2001). Destarte, em termos biológicos e antropológicos, não há falar que os brancos, os negros, os amarelos, os ciganos, os judeus, os árabes, constituem uma raça. Somos todos integrantes da raça humana.

Se é assim, em termos biológicos e antropológicos, importa registrar, entretanto, que, culturalmente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados. E é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo, o racismo que a Constituição não tolera — CF, art. 5º, XLII — porque representa forma grave de desrespeito aos direitos humanos. Bem por isso a Carta da República estabelece que esta, nas suas relações internacionais, rege-se, dentre outros princípios, pelo repúdio ao racismo (CF, art. 4º, VIII).

IV

O Professor Celso Lafer, analisando a Declaração da Unesco, mediante a transcrição de textos desta, esclarece que, segundo o art. 1.1. da Declaração, todos os seres humanos pertencem a uma única espécie. Todavia, o inciso II do citado art. 1 não exclui o direito à diversidade de indivíduos e grupos. O racismo, segundo o art. 2.2 da Declaração, reside, então, nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, no comportamento discriminatório que levam à desigualdade racial. O racismo, pois, não está no conceito de raça, mesmo porque só há uma raça, a espécie humana.

J. A. Lindgren Alves leciona que "idosos de boa-fé sabem que 'raça' é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar". Acrescenta: "o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá no termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou emo-religiosas de qualquer população, estaremos tendo racistas, quase sempre para o mal" (J. A. Lindgren Alves, "A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos", Rev. Brasileira de Política Internacional, 2002, 2/206-208).

V

Vale invocar, novamente, o magistério do Professor Celso Lafer, que, na condição de *amicus curiae*, ofereceu à nossa reflexão magnífico parecer onde deixa expresso que "o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas".

Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião. Bem acentua Celso Lafer, os judeus não são uma raça. Como não são uma raça os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características "raciais" para instaurar a desigualdade e a discriminação.

O paciente, Siegfried Ellwanger, publicou livros hostis aos judeus: *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil e Brasil — Colônia de Banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os Protocolos dos Sábios de Sião; Hitler — culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os Conquistadores do Mundo — Os Verdadeiros Criminosos de Guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto. Judeu ou Alemão? Nos Bastiões da Mentira do Século*, de autoria do paciente, publicado sob o pseudônimo de S. E. Castan.

VI

Registra o Professor Miguel Reale Júnior, no erudito parecer que nos ofereceu como *amicus curiae*, que "em diversas passagens dos livros mencionados se a 'raça judaica', a "inclinação racial dos judeus", a "inclinação parasitária que forma parte do caráter dos judeus", as "tendências que se enraízam no sangue judeu". Continua o Professor Miguel Reale Júnior: "Além de se constituir em violento ataque aos judeus, os livros 'Holocausto, Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira', obra de sua autoria, e 'Os conquistadores do mundo — os verdadeiros criminosos de guerra' fazem a defesa do regime nazista, pretendendo negar o holocausto, defendendo a memória de Auschwitz e transformando os judeus nos verdadeiros culpados pela Segunda Grande Guerra e os únicos beneficiários dela".

Processado por infração do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação da Lei 8.081/90, o paciente foi absolvido no 1º grau, por entender a Juíza que os textos não incitam ou induzem à discriminação étnica do povo judeu. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entretanto, conforme já foi dito, deu provimento à apelação para condenar o apelado à pena de dois anos de reclusão, reduzida a pena proposta pelo Relator, em face de ser o crime imprescritível, conforme o disposto no art. 3º, XLII, da Constituição.

O Tribunal entendeu ter havido discriminação racial, "a execração de uma raça", e que a intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raízes do fanatismo (Voto do Des. José Eugênio Tedesco).

Para o Professor Miguel Reale Júnior, forte em George Fredrickson, o racismo não passa de uma ideologia, "um ponto de vista sobre o mundo. Na História ocidental há duas expressões fundamentais do racismo, as mais duráveis e malévolas, o anti-semitismo e a supremacia da raça branca sobre a negra, que apresentam vários pontos similares". Acrescenta Miguel Reale Júnior que, "segundo Fredrickson, são sociedades em regime abertamente racista o Sul dos Estados Unidos ao tempo de Jim Crow, a África do Sul sob o 'apartheid', e a Alemanha nazista".

Não tenho dúvida em afirmar que a conduta do paciente, no publicar e escrever livros hostis aos judeus — ele próprio é autor de um deles — implica prática de "racismo", o que a Constituição considera delito grave, imprescritível (CF, art. 5º, XLII).

VII

Também eu, na linha do voto do Ministro Celso de Mello, entendo "que a incitação ao ódio público contra o povo judeu" não "estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão".

A uma, porque as publicações não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do conhecimento humano. Ao contrário, porque têm caráter panfletário, ideológico, em termos de raça, degradam esse conhecimento, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica. A duas, porque, se se tem conflito aparente de direitos fundamentais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscrito na Lei Maior.

Foi o que sustentei, no antigo Tribunal Federal de Recursos, nos EAC 39.153/SC (Rev. do TFR. 67/31) e, nesta Corte, no RE 111.787/GO (RTJ 136/1292).

É indubitado que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IV e IX, art. 220). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (CF, art. 4º, VIII; art. 5º, XLII).

A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos — CF, art. 1º, III — ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada.

Vale lembrar o que disse, com exemplar propriedade, o eminente Ministro Celso de Mello, no voto que proferiu: "(...) os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público."

VII

Concluo, Sr. Presidente: acompanho, com a vênia do eminente Ministro Moreira Alves, que não mais está aqui, porque aposentado, compulsoriamente, por implemento de idade, a quem presto singela porém sincera homenagem, ele que tanto honrou e dignificou esta Casa, acompanhado, repito, com a vênia de S. Exa., o voto do não menos eminente Ministro Maurício Corrêa. Relator: indefiro o writ.

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, vou pedir vênias, também, ao Ministro Ayres de Brito. Gostaria de antecipar o voto. Havia tomado notas, mas não vou cansar os Colegas. Depois, farei juntar ao voto escrito.

Quero lembrar que a questão posta no *habeas*, com um condicional verdadeiro, é exatamente uma pergunta: sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal, no que se refere à imprescritibilidade do delito, ou seja, parte do pressuposto de que a expressão "racismo", usada na Constituição, teria a conotação de conceito antropológico que não existe? Ora, se partimos desse pressuposto como verdadeiro, o dispositivo da Constituição é inótil. A conclusão necessária é

esta: não havendo raça, logo, não haverá a prática de racismo e não havendo isso, sendo impossível essa prática de racismo, porque não há sujeito da prática, as raças não existem, não teríamos aplicabilidade do texto.

Toda tentativa que aqui se faça é muito aguda em teoria da linguagem, isto é, temos uma tendência, principalmente no ramo do Direito, dentre outras ciências, de tentar encontrar o significado das palavras no mundo, buscar certos objetos e deles extrair o conceito do significado da palavra. Tanto é que a grande tentativa definidora de palavras se dá sempre pela tentativa de descrever algo no mundo. Se faço uma pergunta sobre o conceito ou definição de uma expressão como, por exemplo, "lápis", poderíamos fazer uma definição ostentatória, quer dizer, ao mostrarmos o objeto, estaríamos aplicando a palavra sobre isso. Ai, no momento em que começamos a definir a palavra, vem um velho vício que nos foi imposto pelo tomismo e pela escolástica de tentar descrever a essência da coisa, e a palavra está correta na medida em que essa definição tenha captado a essência da coisa. Assim, temos que inventar coisas no mundo para tentarmos dar significação às palavras. Esse compromisso realista da linguagem, típico da nossa cultura, nos leva a equívocos, porque, na verdade, temos determinados tipos de palavras que são, nada mais nada menos, regras ou expressões que têm, como finalidade, captar fenômenos sociais de comportamentos, mas não fatos e coisas. É exatamente o que se passa com essa expressão "racismo". Se ficássemos com o conceito antropológico, estaríamos liquidados.

Quero deixar muito claro que esta conceitualização de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso e ali vamos identificar se, efetivamente, estamos perante uma conduta ostensiva ou veladamente da prática do racismo, ou estamos em outro tipo de conduta. Darei um exemplo: aqui em Brasília, o eminente Embaixador, Yahaya El Qhouy, do Líbano, costumava contar, na Embaixada do Líbano, a seguinte história: em determinada sala de aula, a professora de Matemática perguntava a Yussuf, que era libanês, com seis anos de idade, e dizia o Embaixador Yahaya:

1. Quanto é dois mais dois? E o menino levantou-se e disse assim:

— É para vender ou comprar?

Evidentemente, aqui temos uma expressão que não tem nada de prática de racismo, embora pudesse alguém construir em cima desta conduta, jocosa, uma tentativa de ter preconceito em relação a um determinado tipo de personagem, que seriam libaneses ou árabes.

Orn, Sr. Presidente, considerando isso um fenômeno social, detenho-me ao caso concreto e vejo, nitidamente, nas condutas traduzidas no acórdão e aquilo que está nos autos, a evidente e clara destinação da prática daquilo que está coibido na Constituição. O que ele faz? Ela meramente determina que a legislação infraconstitucional não pode tratar esse tipo de ilícito com as regras da prescrição, ou seja, torna imprescritível e inafiançável a prática do racismo. Significa que não poderá haver norma infraconstitucional que atribua a esse tipo de conduta — prática do racismo — as regras gerais de prescritibilidade e afiançabilidade existentes no Código Penal.

Creio, Sr. Presidente, que ficou muito claro, pelo voto de V. Exa. e, também, pelo voto do eminente Ministro Celso de Mello e Gilmar Mendes, que estamos perante um caso típico de — claro, nítido — fomentação, principalmente da região que conheço muito bem.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não lhe causa nenhuma preocupação o problema de definir como crime de incitamento ao racismo a reedição de livros de há muito conhecidos?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Eu não estou me referindo a este. Aqui há edição de livros próprios.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O Ministro Carlos Brito mostrou a sua preocupação. Há até reedição de obras de Gustavo Barroso, encontráveis em qualquer sebo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Se fosse isso, examinaria por outro lado. Por isso estou dizendo. Exatamente essa pergunta de V. Exa. mostra que caso a caso tem de ser examinado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não quero deixar passar em brancas nuvens esse aspecto. Infelizmente, até suscitei o problema, na discussão inicial entre o Ministro Moreira Alves e Maurício Corrêa, quando simplesmente sequer se cogitara disso, até porque não é fundamento do pedido. Mas, agora, é inevitável. Depois dos votos hoje proferidos, sobretudo os dos Ministros Gilmar Mendes e Carlos Velloso, subscrevendo expressa declaração do Ministro Celso de Mello, segundo o qual a vedação do preconceito — se não me engano, a expressão é essa — constitui um limite externo à liberdade de expressão. Quer dizer, a esta altura, inevitavelmente, vamos conceder ou negar o *habeas corpus*, de ofício. Tenho muito constrangimento neste problema de negar *habeas corpus* de ofício que, às vezes, no entanto, é contingência de um colegiado. Por isso, de regra, só proponho *habeas corpus* de ofício quando estou com muita confiança nos colegas.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, para concluir, o Ministro Sepúlveda Pertence mencionou o livro de Gustavo Barroso, mas outros foram indicados, que contém literatura contrária aos judeus, de hostilidade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Excelência, por isso o Ministro Gilmar Mendes citou trechos deles e o Ministro Carlos Brito revelou sua preocupação.

O Sr. Ministro Carlos Brito: Fiquei na dúvida se se trata de livro próprio ou alheio.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Por isso pedi seja distribuído também o acórdão, para evitar novos pedidos de vista.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ministro, veja V. Exa.: *Os Conquistadores do Mundo, Os Verdadeiros Criminosos de Guerra*, de Louis Marschalako, *Holocausto, Judeu ou Alemão?*, pretendendo dizer que o holocausto foi dos alemães, dos nazistas. E o mesmo que dizer que o preto é branco, que o branco é preto. E o próprio livro do paciente, sob o pseudônimo de SE. Castan: *Nos Bastidores da Mentira do Século*.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, a questão não é o problema específico da edição do livro; é a forma pela qual esta edição tenha sido utilizada e para que foi utilizada.

Vamos admitir que a Biblioteca do Exército ou a Biblioteca Nacional editassem o livro para registros históricos. Mas aqui não é o caso. Aqui, temos esses livros, de controle histórico — como é o caso do Gustavo Barroso, que também já li —, e juntando aos demais, e toda a conduta atrás disto mostra que a edição do livro é um instrumento para a prática do racismo. Não é a edição do livro *stricto sensu* que seja a prática do racismo, mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode-se produzir o racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo.

É fundamental examinar o caso concreto e, neste conjunto de condutas definidas, está claro que as edições dos livros não foram por motivos históricos, não foram para o enriquecimento de sua biblioteca, foram instrumentos para se opor e produzir o anti-semitismo.

Por essas razões, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim:

1. Síntese dos fatos.

Em 14 de novembro de 1991, o paciente foi denunciado pelo crime de racismo contra judeu (art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90).

Foi absolvido, em primeira instância.

Em 31 de outubro de 1996, o TJRS deu provimento à apelação dos assistentes de acusação (Lei 7.716/89, art. 20, c/ a redação da Lei 8.081/90).

Impôs a pena de 02 (dois) anos de reclusão, com *sursis*.

O fundamento foi fazer apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus.

Impetrou *habeas*.

Está na ementa:

"Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada". (Referência no memorial da ANAJUBI — Associação Nacional de Advogados e Juristas Brasil — Israel).

Contra essa decisão, a defesa do paciente impetrou *habeas*.

O STJ indeferiu.

Entendeu que o crime de racismo é imprescritível.

Leio na ementa:

"(...)

I. O *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito — se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus — se os mesmos seriam raça, ou não — tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controversa 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 por que ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

"(...)"

No presente *habeas*, o impetrante alega que o delito cometido pelo paciente não tem conotação racial.

Sustenta que os judeus não são uma raça.

São um povo.

Aduz que a norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo.

Sustentou que a primeira norma federal que tratou dos crimes de racismo (Lei 7.716/89) somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

E que a Lei 8.081/90 inseriu o art. 20 na Lei 7.716/89 e estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência.

Esse novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade.

Por isso ela está restrita apenas à prática de racismo e não às outras formas de discriminação, constantes do novo tipo penal.

Por esse motivo, o delito cometido pelo paciente já está prescrito.

2. Voto do Relator.

Em 12 de dezembro de 2002, teve início o julgamento pelo Plenário.

Na ocasião, o Relator votou no sentido de deferir o *habeas* para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Está no voto:

"(...)

1 (...)

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

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

Reza o artigo 5º, XLII, da Constituição:

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

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

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

O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a racismo o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó ('A prática do

racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei'), apresentada em 12-1-1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação:

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

Em seguida o Constituinte José Lourenço, depois de dizer "procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas

conversas amenas, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso País, Castro Alves, em "O Navio Negreiro", recitou essa poesia, concluindo com estas palavras: 'Adeus!... adeus!... racismo, jamais!'

Para a questão da raça convergem também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no artigo 5º, XLII, da Constituição. Assim, Pinto Ferreira (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, p. 158, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: "Proibição do racismo. A Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros". Igualmente, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo 1997): "A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, ideia antiga e que não será eliminada de um sopro pela lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitaram dessa ideia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e condenável, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, já o constituinte de 1967 lembrou-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a sua difusão (art. 153, § 8º, *in fine*). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime". Celso Ribeiro Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5º, XLII, partindo da definição, que se encontra no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é "doutrina que sustenta a superioridade de certas raças", e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais no Brasil, que é a raça negra. Não discrepa dessa convergência Cretella Júnior (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª edição, pp. 484/485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: "Quando a Constituição diz, no art. 5º, XLII, que 'a lei punirá a prática do racismo', esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio de isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o constituinte deferiu a elaboração de regra jurídica que capitule o preconceito de raça".

3. Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de Nicola Abbagnano (*Dicionário de Filosofia*, trad. Galletti, pp. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

"O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmiti-

das por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e a qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. Portanto, os grupos raciais, religiosos, geográficos, linguísticos e culturais não podem ser denominados 'raças' sob nenhum conceito e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem os foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'."

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

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

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomado antropólogo judeu que escreveu "O Judaísmo Vivo — As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes"), do rabino Morris Kertzer (no livro *O que é um judeu*) e de Moacyr Scliar (no livro *A Condição Judaica*), citados, em expressivas passagens na inicial deste *habeas corpus*, outros mais há no mesmo sentido.

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

"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 raciais. 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 professes a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como 'nação', embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo *povo*".

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

"Um dicionário lhe dirá que uma 'raça' neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus

ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça.

Os judeus não são, portanto, uma raça. Os judeus são membros de uma religião, o judaísmo. Houve uma época em que a nação hebraica era um grupo étnico, mas desde tempos antigos a dispersão dos judeus pelo mundo e os casamentos entre diferentes nacionalidades e as conversões fizeram a origem hebraica menos um vínculo genético e mais um vínculo espiritual. Há também uma cultura ligada à religião e a suas leis relativas à alimentação, ao 'Sabbath', e a vários rituais juntamente com práticas culturais encontrados em vários lugares que são 'judaicos' por coincidência. Mas não há raça judaica.¹

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

'Seríamos talvez uma raça?

Dizer que o judaísmo é uma religião é ignorar muito da vida judaica. Torna os judeus apenas mais um grupo religioso. Sabemos que isto é errado. Então, o que somos, ainda precisa ser esclarecido. No princípio de nosso século, a Ciência pareceu resolver este problema — mas, em vez disso, cometeu um terrível erro. Os cientistas sugeriram que o que faz um grupo de pessoas ter um modo de vida diferente dos outros é a sua raça. Havia algo na biologia das pessoas, na própria essência da vida, que fazia com que tivessem diferentes estilos de vida. A raça podia ser definida, assim como a cor da pele ou o formato da cabeça. Alvorçados com as novas descobertas e não tendo muitas outras idéias sobre grupos diferentes, começaram a aplicar a palavra 'raça' a qualquer tipo de grupo, tais como os judeus (somente um grupo entre vários conhecidos como semitas) e os alemães louros de olhos azuis (erroneamente rotulados por Adolf Hitler de 'arianos'). A princípio, isso parecia inofensivo, mas os anti-semitas se apegaram a esta idéia. Disseram que os judeus formavam uma raça e que eram inferiores; seriam uma ameaça biológica para as pessoas decentes e, portanto, o mundo deveria livrar-se deles. Esta idéia tornou-se poderosa sob a influência de Hitler e o resultado foi o Holocausto. Desde então, a noção de uma 'raça' judaica tornou-se extremamente repugnante.

Não fique surpreso, portanto, se os livros de cinquenta ou setenta e cinco anos atrás chamam o nosso povo de raça ou falavam de 'sangue' judeu. Isto já foi uma explicação correta e científica do que faz dos judeus um grupo especial. Poucos jamais sonharam que ela se tornaria uma desculpa para uma execução em massa. Agora fica claro que jamais houve qualquer sólida evidência de que os judeus formassem uma raça e a idéia, atualmente, é rejeitada pelos cientistas sociais.²

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

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

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

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

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

Quando eu era capelão judeu na Coreia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecidamente, não eram judeus natos. Todavia, depois de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

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

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

A melhor definição de judeus que eu encontrei é esta do Dr. Mordecai M. Kaplan:

'Nós judeus somos um povo com uma desenvolvida civilização religiosa'. Sim, nós somos mais do que um grupo religioso. Nós judeus somos uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Nós também temos línguas como o 'Yiddish'. Nós temos alimentos, como o peixe 'gefilte'. Nós temos danças, como a 'hora'. Nem o 'Yiddish', nem o peixe 'gefilte', nem a 'hora' têm natureza religiosa. Todavia são elementos da civilização judaica. Em resumo, nós judeus somos parte de uma entidade religiosa, mas muito mais do que isso.³

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

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14-11-91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorreram mais de quatro anos.

6. Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.⁴

Nessa oportunidade o Ministro Maurício Corrêa antecipou-se na ordem de votação e, após discorrer sobre a evolução histórica do povo judeu, pediu vista.

No dia 4 de abril de 2003, prosseguindo o julgamento, proferiu seu voto-vista, no sentido de reconhecer a imprescritibilidade do delito de discriminação contra judeus e indeferiu o *habeas*.

Leio em seu Voto:

"9. (...)

10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível.

Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.

11. Nessa ordem de idéias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG).

12. Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

13. Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética bantu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter "há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos".

15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1% (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários — três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca.

16. O professor Sérgio Danilo Pena, titular da cadeira de bioquímica da Uni-

versidade Federal de Minas Gerais esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele "todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem".

17. Acrescenta, ainda, que "com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior, 19 vezes maior, do que entre os grupos raciais. Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre o Sérgio Pena [entrevistado] e o Marcelo Leite [entrevistado] são tão grandes quanto as diferenças genéticas entre o Sérgio Pena e alguém na África agora", e esclarece que "a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente".

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, "a cor branca e as características físicas do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original", pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

20. No Brasil, mestre Gilberto Freire há tempos já definiu de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de vez uma pá de cal na velha definição. "Além" — diz ele — "na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita; e esse deserdido leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros".

21. Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbete "raça" encontra-se devidamente definido como "divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo do cabelo etc.). Etnologicamente, a noção de

raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial, certas culturas de raças diferentes estão muito mais próximas do que outras da mesma raça".

22. Como já referido, mesmo antes dos estudos que abriram o chamado Livro do Genoma Humano, a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana, mongolóide e negróide, já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça é a "coletividade de indivíduos que se diferenciam por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia".

23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1º, na versão original em inglês:

"Art. 1 - 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity."

24. Em consequência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito — agora cientificamente ultrapassado — não nos serve para a solução do caso.

25. Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico o escravismo e o holocausto.

26. Como tive a oportunidade de dizer em improvisada manifestação na assembléia em que se iniciou este julgamento, "se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos — amargos e terríveis — que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça — salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas —, mas um povo. E a mais dura, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indelévels de dor e de aflição".

27. Esse quadro de espanto e terror bem sinaliza os fundamentos que estruturaram o estado alemão sob o signo do que se chamou de nacional-socialismo, em que Hitler, havendo haurido em Joseph Arthur de Gobineu (1816/1882) os primeiros rudimentos para a montagem da catástrofe, promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de raça inferior e impura e coisas do gênero.

28. A tresloucada estupidez serviria de pano de fundo para levantar o moral da Alemanha dos vexames do passado e em especial da vergonha da submissão imposta pelo Tratado de Versalhes, dentre tantas outras amargas iniciativas, até que, passo a passo, pôde fortificar-se a ponto de dominar o país e seu povo, boa parte da Europa, e no alucinado ritmo, quase o mundo.

29. Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma sub-raça, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da raçaariana, que deveria prevalecer sobre outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado. Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a inquisição, que no seu período áureo teve como alvo maior também os judeus, cujo resultado atingiu a casa de muitos milhares de mortos, além de outras vítimas que foram condenadas com penas diversas, após torturas cruéis e desumanas, e ao confisco de seus bens, como registram estudos e estatísticas posteriormente realizados, para dizer de seus efeitos apenas na Espanha e em Portugal.

30. Resta claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável indole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo. Se em outros tempos se admitia a conversão do judaísmo ao catolicismo, para se evitar ou minimizar as discriminações, com ênfase na Alemanha de Hitler, a segregação passou a ter motivo fundamentalmente diverso, tendo como causa a ancestralidade e a pretensa "infecção da raça judia". Pode-se afirmar que ser judeu deixaria de ser uma questão de escolha, mas efetivamente um sinal inapagável derivado dos laços de consanguinidade que uniam esse povo, agora tisonado pelas características físicas e morais negativas que lhes foram impingidas.

31. Dentro desse específico contexto situa-se o episódio que culminou com o assassinato em agosto 1942, em Auschwitz, campo de concentração existente então na Polónia, de Edith Stein, a qual, no dia 11 de outubro de 1998, com o nome de Teresa Benedita da Cruz, foi canonizada como Santa Edith Stein. Embora fosse teóloga converso do judaísmo ao catolicismo foi, mesmo assim, morta em câmara de gás pelo simples estigma da origem, adoidado como fundamento para o gesto fatal. Essas e outras práticas da mesma espécie, que aqui seria desnecessário relembrar, somadas ao que acima dito, deixam explícito que na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, sub-raça, raça inferior marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica.

32. O nazismo, nesses termos, está bem delineado em pronunciamentos de seus precursores, tais como Ernst Renan, que se dizia o "primeiro a reconhecer que a raça semítica, comparada à raça indo-européia, representa realmente uma combinação inferior da natureza humana", ou ainda Edouard Drumont para quem "o semita é mercantil, cupido, intrigante, sutil, ardiloso; o ariano entusiasta, heróico, cavalheiresco, desinteressado, franco, confiante, mesmo ingênuo".

33. Adolph Hitler, no capítulo "Povo e Raça" de seu livro *Minha Luta* escreveu que "a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica" e que "para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça". Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a "lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã" de 15 de setembro de 1935, que proibia casamento entre "judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão", anulando os "enlaces já contratados". Vedava, ainda, "as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão", impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão.

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Bikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que "a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio". Por isso mesmo a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves consequências.

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

36. Assim esboçado o quadro, indesejável que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe.

37. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um "Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psicologicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes".

38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ragnagem, "raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais", possuindo o termo um "poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-

mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vice-versa".

39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças ocorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

40. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que "raça" é, sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar". Assim, "o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, linguísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal". Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, consequência lógica da ausência de raças.

41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. Para George Fredrickson dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indelévels, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma ordem racial.

42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: — Racialismo, que é "o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua posse de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular"; — racismo, "um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa"; e racialização, "o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como 'raça'". Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o racialismo em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.

43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de "revisãoismo", como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

44. Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos

campos de concentração é apresentado como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontestáveis, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito:

“Livro “Judeu Internacional”, Henry Ford (fls. 19/20):

— “Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos” (p. 11);

— “Porque o judeu é impeliado pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação” (p. 24);

— “Não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judaica, que respeite mais do que esta o poder” (p. 75)

— “Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (*sic*) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter” (p. 171).

“Livro “Conquistadores do mundo — os verdadeiros criminosos de guerra”, Louis Marschalko (fls. 20/21):

— “*toda essa divisão, toda essa desordem, todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 13 milhões de pessoas (...)* [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história” (p. 9)

— “o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus...” (p. 112)

— “Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais” (p. 214).

Livro “Brasil — Colônia de Banqueiros”, Gustavo Barroso (fl. 21):

— “Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial” (p. 34)

— “O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora” (p. 95).

Livro “Holocausto, Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira”, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S. E. Caatan (fl. 23):

— “o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda” (p. 23).

— “os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus” (p. 23).

Deentre os livros indicados na denúncia está *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, apostilado por Gustavo Barroso (fl. 19). Cuida-se de uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em *complot judaico mundial*, facilitador do racismo nazista.

45. Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

46. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado em tratados internacionais. A visão contemporânea dos direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se à visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens.

47. Inicialmente é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1º assegura a liberdade e igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade como pressuposto da razão e consciência humanas. A seguir, repele qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos de gozar dos mesmos direitos e liberdades.

48. O Brasil não ficou passivo diante dessa realidade. Ao pronunciar-se perante a Assembleia Geral da ONU em 1960, o então Chanceler Horácio Lafer já afirmava que “a perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente”, sendo contra quaisquer políticas de segregação, “baseadas em distinção de raça, cor ou religião, que repugnem a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização”.

49. Na ocasião ficou consignada a adesão do Brasil à Convenção Internacional Contra o Genocídio, norma também aprovada pela ONU em 1948 e que teve como origem nada menos do que o próprio holocausto — negado pelo paciente —, a que submetidos os judeus.

50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65.810/69), sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. Nas palavras do professor Celso Lafer a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi “a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões”, motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do *apartheid* na África do Sul.

51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1º qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou

preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e no artigo 4º condena também a incitação às práticas discriminatórias que "se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais". É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembleia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.

52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de "apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência", que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto de São José da Costa Rica, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92, e Decreto 4.463/02).

53. Mais recentemente, e aqui o testemunho é pessoal, o Brasil ratificou sua posição sobre a matéria na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, quando eu, então Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, defendi a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, ressaltando a recente adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como também ao de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

54. A Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU, de dezembro de 1998, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, negrofobia, anti-semitismo e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público.

55. No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se que "o holocausto jamais deverá ser esquecido". No item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo e da "islamo-fobia", como de resto outros "movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judaica, muçulmana e árabe". O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas "idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como insinua a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial".

56. Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas no mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2º do artigo 5º, em harmonia com o inciso II do artigo 4º da mesma Carta.

57. A propósito, esta Corte examinou questão similar, antes mesmo da edição da Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que disciplinou o inciso XLIII do artigo 5º da Constituição, ao apreciar matéria relacionada com o crime de tortura praticado contra criança/ou adolescente. Nesse julgamento — HC 70.389, Relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, DJ de 10-8-01 — assentou-se que os atos normativos internacionais "fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes". O mesmo sucede com a correta exegese a ser dada ao crime de racismo, que tal como o de tortura, fere de morte os postulados gerais dos direitos humanos.

58. No plano do direito comparado, dispensou-se tratamento adequado a tais discriminações. Na França, a Lei 90.615/90 dispôs que é conduta punível a "negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto". O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério das vítimas do Nazismo em Carpentras em 1991, "aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel racista".

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

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

61. No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso *United States versus Lemrick Nelson*, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus "são considerados raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13".

62. A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do Justice White, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei.

63. Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra em 1983. No caso "Mandla and another versus Dowell Lee and another", debateram-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem "sikh" de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os "sikhs" constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do "Race Relations Act", uma vez que os "sikhs" são um grupo racial em face de suas origens étnicas.

64. Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana. O professor Celso Lafer, em seu parecer, conclui que a correta interpretação e aplicação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição não está na definição de "raça — pois só existe uma raça humana — mas nas práticas discriminatórias do racismo que são histórico-político-culturais".

65. Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu sim ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3º da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". A referência à raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável incoerência no que tange à cor.

66. É de observar-se ainda que além da incriminação do racismo mencionada no inciso XLII do artigo 5º, a Carta Federal cuida do tema no seu artigo 4º, inciso VIII, ao definir como um dos princípios que devem reger a política transnacional brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Relembro nesse ponto as convenções a que antes me referi, e que certamente motivaram o legislador constituinte a incluir a luta contra o racismo entre os fundamentos da atuação externa do governo brasileiro, evidentemente como reflexo do pensamento interno dominante.

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais.

68. Vem a propósito a lição de José Cretella Júnior que, ao tratar do inciso VIII do artigo 4º da Constituição, entende ser racismo a "ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)", tendente a

promover a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos, judeus e escravos. Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo "propugnar a separação de etnias".

69. Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Usdi Lamêgo Bulos define-o como "todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem etc."

70. José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional que "proíbe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia-se, antes de tudo, um repúdio à barbárie do tipo nazista que vitimara milhares de pessoas, e consagra a condenação do *apartheid*". Finaliza dizendo que "o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são conseqüências da teoria".

71. Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o "direito de ter direitos".

72. Ora, as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1º, II, 3º, IV, 4º, II e VIII; 5º, *caput*, I, XLII).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

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

76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5º, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte).

77. Ato discriminatório de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alento relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o "direito à incitação ao racismo", até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se titule o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada "concordância prática", a que se refere a doutrina.

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

80. Recentemente o Tribunal, ao apreciar a *Recl* 2.040, Néri da Silveira, *j. de* 21-2-02 — caso Glória Trevi —, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.

81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os direitos humanos, no caso, grafese, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

82. Daí a afirmação de Alaiu Laquière, de que "existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento", sendo por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime de racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses de a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite.

83. A exegese constitucional, como visto, justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que diabolizam a sua eliminação de nosso convívio.

84. (...)

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

86. Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que "dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais". Alexandre de Moraes, ao cuidar da aplicação dos direitos humanos fundamentais, assevera que a interpretação "deve buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-a à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas".

87. O significado do termo racismo empregado pelos impetrantes na inicial encerra a própria negação de seu verdadeiro sentido constitucional, de modo a limitar a eficácia não apenas da norma constitucional específica (CF, artigo 5º, XLII), mas do conjunto dos princípios que informam os direitos e garantias fundamentais.

88. Registro que após a promulgação da Constituição Federal cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema, ao editar a Lei 7.716/89, que definiu "os crimes resultantes de raça ou de cor". Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8.081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião e de precedência nacional, aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema.

89. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que "o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam".

90. Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos a determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.

91. A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos

negros nos debates sobre o tema na Assembléa Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do Ministro Nelson Jobim, nos ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

92. O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, Caó, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das discriminações raciais para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plúrais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

93. Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de resto os ciganos e os índios. No Brasil colônia a discriminação era fundada na pretensa "pureza do sangue". Os judeus, mesmo os cristãos novos, marranos, eram tidos como de "raça infecta", a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública.

94. E essa mácula de impureza podia gerar trágicas conseqüências, como levar os judeus às chamas da fogueira da Inquisição, tal como ocorreu com o escritor brasileiro Antônio José da Silva — o Judeu —, em Lisboa. Também na década de 30 do século passado, as teorias racistas baseadas na hierarquização de raças tiveram repercussões no Brasil, com o provimento de atos discriminatórios pelo próprio aparelho estatal, notadamente como sucedeu com as restrições impostas à imigração de judeus por critérios de ordem racial.

95. Esse preconceito de raça em relação a eles, conforme me manifestei na sessão anterior em que pedi vista dos autos, persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo judaísmo como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo.

96. Encerrei minha manifestação no dia 12-12-92, dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça. Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico e a dignidade da pessoa humana. Como diz Gregório Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, deve-se "favorecer siempre y en todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho".

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas, e em conseqüência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

(...)

Após esse voto pediu vista o Ministro Gilmar Mendes.

Na ocasião, o Ministro Celso de Mello antecipou seu voto, no sentido de indeferir o *habeas*, acompanhando o Ministro Maurício Corrêa.

Está no voto:

(...)

... a noção de racismo — ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração — não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indissolúvel instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, como bem o evidenciou Hannah Arendt, em sua clássica obra *Origens do Totalitarismo*, quando, ao versar o tema do anti-semitismo — por ela qualificado "como uma ofensa ao bom senso" — refere-se à manipulação arbitrária dos conceitos de inimigo objetivo e de verdade oficial, como expressões destinadas a fomentar os "ódios públicos" contra o povo judeu.

(...)

Incensurável, desse modo, a meu juízo, o douto voto proferido pelo eminente Ministro Maurício Corrêa, quando, com apoio nos fundamentos que expôs, sustenta a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento — ao corretamente denegar ordem de *habeas corpus* — manteve o acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

E que publicações — como as que trata esta impetração — que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio

público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

(...)

Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao manifestar-se sobre a necessidade de se 'controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição', deixou assentado que é 'inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera 'revisão da história'...

(...)"

3. Voto.

A raiz da controvérsia está em reconhecer-se ou não a condição de imprescritibilidade para o delito de discriminação contra judeus.

Análise.

Para dirimir essa controvérsia, é importante que se faça, ainda que de forma sumária, a recuperação da origem histórica do judaísmo.

Essa incursão no tempo é necessária para poder se concluir se os judeus são um povo ou uma raça.

O Ministro Maurício Corrêa, na oportunidade em que pediu vista, procedeu a essa retomada histórica.

Leio:

"(...)

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

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

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

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

Pois bem, Sara não podia conceber em função da idade — o Ministro Ilmar Galvão que melhor conhece o Velho Testamento irá corrigir-me se eu estiver

enganado —, razão pela qual permitiu ao marido que tivesse relações sexuais com sua serva Agar, na verdade, uma escrava egípcia. Daí nasceu Ismael, que, segundo se proclama, passou a ser o tronco que se constituiu no povo árabe, que, hegemonicamente, seguiu o islamismo fundado pelo profeta Maomé no Século VI d.C.

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

— Sara irá conceber.

— Como irá conceber se ela tem mais de noventa anos?

— Ela vai conceber, repetiu.

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

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

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

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

— Vocês têm de procurar alimentos.

E eles foram ao Egito em busca de suprimentos, dado que lá havia fartura.

Quando chegaram, José disse consigo:

— Esses são meus irmãos.

Disso, todavia, não lhes deu conhecimento.

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

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

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

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

Segue-se assim o longo percurso do povo judeu.

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

Os filisteus levaram os seus astrotos e deuses balaios para as cidades hebréias. Entretanto, Samuel comemorou os feitos de seu povo: colocou uma pedra para sinalizar o evento e lhe deu o nome de Ebenezer, que quer dizer "Até aqui o Senhor nos ajudou".

É uma expressão bíblica extraordinariamente bela.

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

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

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

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

Por que isso?

Porque os judeus teriam juliado de Cristo.

12. Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciásemos repetidos fatos — amargos e terríveis — que denegriram a história, humilhando e matricizando não uma raça — salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas —, mas um povo. E a mais dura

quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indelévels de dor e de aflição.

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

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

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei", só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

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

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

14. Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15. Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigida à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?

Teria sido essa a *mens legislatoris* ou pelo menos a *mens legis*?

16. Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

17. Alguém poderá dizer que isso não será revitalizado. E os movimentos que, como temos visto, pipocam aqui e acolá, ora através dos Klu-Klux-Klan, Skin Heads e outras insanidades desse jaez que surgem no mundo e até no Brasil, de que é exemplo o livro de autoria do paciente *Holocausto. Judeu ou Alemão?*, segundo se anuncia já ultrapassada a 29ª edição...

18. Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.¹

Em tempos modernos, o Rabino Henry I. Sobel definiu os judeus como um povo. Leio:

"(...)

...As aspirações universais do judaísmo, aliadas à firme determinação de preservar suas próprias tradições, impeliram o povo judeu a criar uma teoria segundo a qual houvesse lugar no plano de Deus — e no mundo — para pessoas de outras convicções.

(...)²

"(...)

...os judeus em toda parte se consideram até hoje membros de uma grande família. A condição de membro provém da mãe...

(...)

...judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica...

(...)³

Assim também o fez Henrique Rattner.

Leio:

"(...)

... a definição mais apropriada para o povo judeu seria a de uma comunidade de destino. Temos um passado comum e, queiramos ou não, um futuro comum. O que impacta em uma parte do povo afeta as outras, onde for que se encontrem...

(...)⁴

1. Direitos das minorias e liberdade religiosa em uma sociedade democrática - Rabino Henry I. Sobel. Rotary Club de Copacabana, Rio de Janeiro, 25 de agosto de 1997.

2. Judaísmo. Rabino Henry I. Sobel. Conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, 15 de fevereiro de 1998.

3. O Povo Judeu na limiar do século 21: crises ou continuidade. Henrique Rattner. Palestra proferida no Simpósio Latino-Americano organizado pela Sociedade Brasileira de Amigos da Universidade Hebraica de Jerusalém, 7 e 8 de agosto de 1999, em São Paulo.

Digo eu.

... Sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela CF, art. 5º XLII?

... E, também, pelas Leis Infraconstitucionais 7.716/89 modificada pela 8.081/90? Entendo que sim.

Miguel Reale Júnior em seu parecer afirma:

"(...)

A história contemporânea e as ciências sociais a que deve recorrer o intérprete na construção do conceito de racismo conduzem à conclusão de que o mesmo é mais do que um preconceito baseado na visão da antropologia física de raça, sendo uma realidade social e política, para exercício de dominação e segregação em função da raça, ou cor, ou origem étnica ou nacional ou descendência de um determinado grupo de pessoas.

(...)

... o reclamo pela inerminação do racismo, entendido como discriminação racial não só em razão da cor ou da raça, mas em vista, também, da descendência, da origem nacional ou étnica.

(...)

na compreensão da expressão racismo, portanto, deve o intérprete, como já assinala, valer-se de valorações admitidas pela consciência social, em regras morais, sociais e de costume, sendo certo que, ao se interpretar a norma, está-se inserido em uma tradição, em um círculo formado pela memória e pela experiência social do intérprete.

(...)

... em sua justificativa à emenda que se transformou no art. 5º, XLII, o constituinte Caó frisa que o 'Estado Democrático se inicia pela superação das discriminações raciais', referência, portanto, no plural às discriminações raciais, o que torna o exemplo do sofrimento dos negros apenas um exemplo, não a fonte de uma interpretação reducionista.

(...)⁵

Com a mesma orientação, Izidoro Blikstein:

"(...)

... no discurso nazista, o termo ariano designa 'raça superior', por oposição ao termo semita, que designa 'raça inferior'. Opor-se ao semita é preservar o ariano. Legítima-se, portanto, a política de eliminação e extermínio praticada com toda frieza e competência técnica pelos nazistas. Como bem observa o historiador Raul Hilberg, no prefácio de seu indispensável *The Destruction of the European Jews* (Chicago, 1961), a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio.

A 'raça'ariana/nazista não pode existir sem o seu oposto, a 'raça' semita/judaica.

O anti-semitismo é, portanto, uma forma de racismo.

(...)"

Concluindo-se que seja um povo, a indagação que se impõe é:

¿A discriminação com o povo judeu constitui crime imprescritível à luz da CF, art. 5º, XLII?

A resposta é afirmativa.

A norma constitucional não se dirige apenas à discriminação contra o negro, como pode parecer.

A raça negra, que inspirou a Emenda Cnô, foi tomada apenas de forma exemplificativa, tendo em vista as raízes históricas do povo brasileiro, assentada na colonização portuguesa que instituiu a escravidão.

A evolução dessa história vem cumprindo etapas com a abolição da escravatura, com o chamado processo de branqueamento, e, recentemente, com as manifestações pró-ativas em favor da completa integração do negro na sociedade brasileira.

Isso não significa que a norma constitucional, numa sociedade multirracial tenha deixado a descoberto de sua proteção a discriminação contra descendentes de outros povos, tais como os alemães, os judeus, os italianos, que têm marcante presença na história do desenvolvimento do Brasil.

Nesse sentido, leio síntese conclusiva do Professor Celso Laffer.

Leio:

"(..)

IX - Síntese Conclusiva.

Respondo, assim, à consulta formulada: o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, imprescritível. As razões e os fundamentos jurídicos nos quais se baseia este parecer, estão sumariadas abaixo, na forma de uma síntese conclusiva.

28 - Na Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, o Ministro Maurício Corrêa, que chefiava a Delegação brasileira na sua condição à época, de ministro da Justiça, em discurso no Plenário, em 14-6-93, fixou a linha geral da posição brasileira, invocando a indivisibilidade dos direitos humanos (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*, cit., p. 105). A Conferência de Viena, na sua Declaração e Programa de Ação, agregou a noção de indivisibilidade ao seu item 5, esclarecendo-a ao afirmar que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. Por isso mesmo a Conferência, no item 32, reafirmou a importância de se garantir universalidade, objetividade e não seletividade na consideração de questões relativas a direitos humanos. (A Declaração e Programa de Ação de Viena está reproduzida no apêndice do livro de J. A. Lindgren Alves, *Os Direitos Humanos como tema global*, São Paulo, Perspectiva, 1994 os itens 5 e 32, estão respectivamente, nas páginas 153 e 162).

Indivisibilidade e, por via de consequência, universalidade, interdependência, inter-relacionamento e não-seletividade foi a posição assumida pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Ela corresponde inteiramente ao que estipula, para o plano interno e externo, a Constituição de 1988, e foi esta posição o ponto de partida deste parecer.

29 - O art. 5º, LXII, está inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias individuais, tutelada por cláusula pétreca, o que significa que a *vis directiva* do constituinte foi dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica. Deve, por isso mesmo, o art. 5º, LXII, ser apreciado e interpretado com os cuidados especiais exigidos pela indivisibilidade dos direitos humanos (cf. Parte I e conclusão nº 1).

30 - O art. 5º, LXII, exprime a especificação do princípio geral da igualdade e da não-discriminação. O seu destinatário é o ser em situação vitimado pela prática do racismo. O artigo é uma inovação da Constituição de 1988 e é parte do processo mais amplo da especificação dos direitos humanos, que caracteriza o nosso texto constitucional. Tem como rota própria o rigor da tutela penal, indicativa da importância que a Constituição atribui à repressão da prática do racismo (cf. Parte II e conclusão nº 2).

31 - O critério de interpretação dos direitos humanos deve favorecer, pela importância a eles atribuída pela Constituição de 1988, de maneira ampla, o conteúdo do direito contemplado. Entre os direitos e garantias individuais se inclui, *ex vi* do art. 5º, LXII, a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de Direitos Humanos, o que configura uma identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno, quanto à proteção da pessoa humana. Por isso mesmo, como decidiu o STF no acórdão de 23-6-1994 (HC 7.384), do qual foi Relator o Ministro Celso de Mello, na interpretação em matéria de Direitos Humanos, o Direito Interno e o Direito Internacional não são estanques. Interagem com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido. Este é, conseqüentemente, também um critério relevante para a interpretação do art. 5º, LXII, da Constituição de 1988 (cf. Parte III e conclusão nº 3).

32 - O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da Unesco de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça,

mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oacy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de "raça", como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contraio sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (cf. Parte IV e conclusão nº 4).

33 - O acerto da não-interpretação do crime da prática do racismo a partir do conceito de "raças", à maneira do que preconiza o HC 82.424-2 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, confirma-se por dois casos decididos por eminentes Cortes Superiores de outros países, que comportam aproximação com o HC 82.424-2 ora submetido ao julgamento do STF. Tanto o caso da Shaara Tefila Congregation v Cobb, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1987, quanto o caso Mandla and another v Dowell Lee and another, decidido pela House of Lords da Inglaterra, em 1983 interpretam e aplicam a legislação dos seus respectivos países em matéria de discriminação racial. O caso decidido pela Suprema Corte dos EUA diz respeito à prática do racismo em relação a judeus. O caso decidido pela House of Lords diz respeito à prática do racismo em relação aos *sikhs*. Em ambos, estas duas Cortes Superiores decidiram, não obstante as alegações dos réus semelhantes às do impetrante que, apesar dos judeus e dos *sikhs* não serem uma "raça", foram vítimas de práticas racistas, cabendo assim, respectivamente, a tutela da legislação norte-americana de 1982 e da legislação inglesa de 1976, que tratam da discriminação racial. Nestes dois casos que julgaram em matéria de discriminação racial, atribuiu-se ao termo "raça" sua dimensão histórico-cultural, da qual provêm as práticas discriminatórias (cf. Parte V e conclusão nº 5).

34 - A etimologia da palavra raça, no entender de vários filólogos é obscura, como obscuras vieram a ser as consequências do seu uso social. Em português, na sua origem, além de ser utilizada para diferenciar, cão, cavalo, de boa ou má raça, adquiriu outro significado. Ter raça é ter sangue de mouro ou judeu. Esta mesma acepção de cunho negativo, se encontra em espanhol e a origem deste emprego, nas duas línguas, reside nas tensões provenientes da Reconquista pelos cristãos da Península Ibérica, dominada por séculos pelos árabes e nos conflitos religiosos que posteriormente levaram ao estabelecimento da Inquisição.

Alguns filólogos derivam raça do latim, *ratio rationalis*, na acepção da modalidade, espécie. Foi esta acepção que prosperou quando, no século XVIII teve início, pela obra de Lineu, não só a classificação das plantas e animais como

também dos seres humanos. A taxonomia tornou-se dinâmica com o evolucionismo de Darwin e, no que diz respeito aos seres humanos, os múltiplos porém imprecisos critérios de classificação das raças estavam ligados à aparência.

No século XIX a taxonomia das raças acabou induzindo o racismo. Com efeito, a classificação das raças levou às teorias racistas — por exemplo, as de Gobineau — que justificaram a desigualdade com base na diferença entre raças superiores e inferiores. Estas teorias vicejaram no caldo de cultura do darwinismo social e passaram a fazer parte da História das mentalidades.

As teorias racistas buscaram sua fundamentação nas ciências biológicas. Justificaram a prepotência da expansão colonial europeia e foram a base do racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista. Esta instigou ódios públicos e conduziu uma guerra pública em relação aos que a liderança nazista considerava raças inferiores, com destaque para os judeus.

O avanço do conhecimento e o desvendado do seqüenciamento do genoma humano se incumbiram de mostrar que não há fundamentação biológica em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios de diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. Neste sentido as ciências biológicas são um elemento adicional para a afirmação do princípio da igualdade e da não-discriminação, que resultaram da positividade do valor do ser humano.

As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno, e não a "raça", o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição, e da sua correspondente legislação infraconstitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e também sua evolução legislativa, típica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos meios de comunicação, a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de "raças inferiores". Esta divulgação é crime de prática do racismo. Foi por estas bem fundamentadas razões que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou Siegfried Ellwanger e o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acerto jurídico do Tribunal gado (cf. Parte VI e conclusão nº 6).

35 - As teorias e visões do mundo racistas partem do princípio que existem raças, que estas se dividem entre superiores e inferiores e que as superiores têm o direito de dominar as inferiores. Uma visão racista do mundo leva a distintas escalas de agressividade, lastreada pelo não-reconhecimento aos "outros" dos mesmos direitos e garantias, cujo fundamento é o princípio da igualdade e o corolário da não-discriminação. A escola de agressividade se intensifica com a violência da segregação de que é exemplo o que foi o *apartheid* na África do Sul. O paroxismo da violência é o extermínio físico, tal como tipificado pelo crime do genocídio. O paradigma deste paroxismo foi o Holocausto levado a efeito pelo Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, que conduziu uma guerra pública contra as raças inferiores, com destaque para o extermínio de judeus.

A Carta da ONU procurou responder ao ineditismo da escala sem precedentes do mal, da experiência da Segunda Guerra Mundial e de seus antecedentes. Nesta

resposta deu realce para o que representou o genocídio como afronta ao valor da dignidade da pessoa humana. Fez, assim, da tutela dos direitos humanos no plano internacional, não um tema circunscrito, mas um tema global.

Na etapa da especificação, do processo de positivação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional Público, em matéria de discriminação racial, o grande texto jurídico é a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965. O Brasil participou de sua elaboração normativa e a Convenção que está em vigor no plano internacional foi recepcionada pelo Direito brasileiro.

São relevantes na discussão do HC 82.424-2, ora em exame pelo STF, o art. 1-1 - da Convenção, que dá uma definição abrangente da expressão 'discriminação racial' e o art. 4, que insere na tutela penal a difusão de idéias baseada na superioridade ou ódios raciais.

A Convenção de 1965, antecede em vigência e aplicação a Constituição de 1988, não suscita o problema das antinomias nem a discussão sobre a mudança da Constituição de forma distinta da prevista para as emendas constitucionais — temas com os quais se preocuparam os Ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes. É, portanto, um meio válido, à disposição do intérprete para a aplicação do Direito no Brasil em matéria de Direitos Humanos, nos termos da Constituição de 1988, como decidiu o STF no acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello em 23-6-94 (HC 7.384).

O Direito Internacional Público é um elemento adicional a confirmar que o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo. Com efeito, a Convenção de 1965 qualifica, no seu art. 1º, como discriminação racial, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional e estipula, no seu art. 4, como delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial, tal como definido no art. 1º. A prática do crime de racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de 'raças'.

A história legislativa da Convenção de 1965 comprova também que as práticas anti-semitas do nazismo foram uma das causas de sua elaboração e que o Brasil, nos *travaux préparatoires*, foi explícito nesta matéria. Na agenda internacional da ONU o anti-semitismo como prática de racismo tem sido considerado um tema de preocupação atual e não apenas histórica. É o que afirma, por exemplo, a Resolução 623/98 da Assembleia Geral e o item 61 da Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001, cabendo igualmente lembrar que a Declaração de Durban reitera, no seu item 58, que o Holocausto jamais deverá ser esquecido. Aponto, neste sentido, que negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é parte do crime da prática do racismo pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger (cf. Parte VII e conclusão nº 7).

36 - As práticas do racismo, na experiência histórica do Brasil, em oposição ao que alega o impetrante, tiveram uma amplitude de destinatários que foram

vítimados pela discriminação. Negros, mulatos, índios, ciganos, judeus, foram, em diversos momentos da nossa História, considerados 'raças inferiores' e, como tal, discriminados.

No período colonial as práticas racistas se davam pela distinção entre os limpos de sangue — os brancos, portugueses, cristãos-velhos — e os de raças ditas impuras, cujo sangue manchava — os negros, os mestiços, os indígenas e os judeus, inclusive os convertidos, qualificados de cristãos-novos. Para os cristãos-novos a impureza de sangue era uma ameaça onipresente em função da Inquisição que fazia do critério da impureza de sangue um elemento comprobatório de judaísmo oculto, que poderia conduzir à morte nas fogueiras dos autos-de-fé. O teatrólogo Antonio José da Silva — o Judeu, nascido no Rio de Janeiro, é a mais notória vítima, na História da literatura luso-brasileira, condenado a morrer na fogueira, num auto-de-fé, ocorrido em Lisboa em 1739. A distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, no Brasil, só foi eliminada pela Carta-Lei de 1773, promulgada ao tempo do Marquês de Pombal.

O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na 'impureza de sangue', persistiu na memória da língua portuguesa, tal como usada em nosso País com os vocábulos judiar e judiaria e na representação do judeu no folclore brasileiro, como atesta Luís da Câmara Cascudo.

O Brasil recepcionou, nos séculos XIX e XX, teorias racistas que foram parte da História das Mentalidades voltadas para justificar e legitimar a desigualdade com base na distinção entre 'raças' superiores e inferiores. Na década de 30 teve irradiação em nosso País o racismo nazista alemão, que tinha no anti-semitismo o seu foco preponderante. Isto contribuiu para a existência de práticas racistas no aparelho do Estado, em especial no que jange às restrições da imigração de judeus para o Brasil na década de 30 e durante a Segunda Guerra Mundial, justificadas por critérios raciais. A postura governamental, que não era ostensiva mas é documentada, se viu facilitada pela propaganda contra o judeu, contida nas obras anti-semitas publicadas na época, em especial as de Gustavo Barroso. É a reedição das obras do espalhafatoso anti-semitismo de Gustavo Barroso, parte integrante do crime pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.

A legislação brasileira, desde a lei Afonso Arinos de 1951, que dá início ao processo de especificação da tutela penal para proteger as vítimas da discriminação racial, não tem como destinatários exclusivos o ser em situação, vitimado pela cor de sua pele, como argumenta sem base histórica e jurídica o impetrante. O Direito brasileiro contempla tanto o preconceito de raça — que o sociólogo Oracy Nogueira qualificou de preconceito de origem — quanto o preconceito de cor — por ele qualificado de preconceito de marca. Esta é a interpretação correta a ser dada ao art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e à sua correspondente legislação infraconstitucional, inclusive por força da *vis directiva* do Preâmbulo da Constituição que afirma os valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (cf. Parte VIII e conclusão nº 8).

37 - Uma palavra final sobre a imprescritibilidade, pois o impetrante, na

petição do HC 82.424-2, não nega a existência de um delito cometido por Siegfried Ellwanger. Busca afastar a imprescritibilidade, argumentando não se tratar de crime de prática de racismo.

Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento, como explica Alain Laquière (*Le Debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, in Droits*, 31, 2000, p. 19).

A memória das práticas racistas que dificultaram, na História do Brasil, a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos — valores supremos do País consagrados no Prelúdio da Constituição — é o que o Constituinte quis preservar, para impedir sua reincidência. Por isso conferiu, no art. 5º, LXII, ao crime da prática do racismo, o peso e a gravidade da imprescritibilidade.

O crime de Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo, crime de que nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista. Foi este anti-semitismo que levou, no Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, à escala sem precedentes, o mal representado pelo Holocausto. O Holocausto é a recusa da condição humana da pluralidade e da diversidade, que contesta, pela violência do extermínio, os princípios da igualdade e da não-discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos. O crime de Siegfried Ellwanger, por apontar nesta direção do mal, não admite o esquecimento.

(...)

Concluo, na linha doutrinária e filosófica das transcrições e citações aqui lançadas, que a discriminação contra o povo judeu caracteriza o crime inafiançável e imprescritível de racismo, mesmo que as leis infraconstitucionais não tenham contemplado o princípio da imprescritibilidade (Lei 7.716/89 modificada pela 8.081/90).

Nesse aspecto, em plena vigência, a norma constitucional (CF, art. 5º, XLII).

Acompanho o voto divergente do Ministro Maurício Corrêa, com as devidas vêniãs ao Relator.

Indefiro o habeas.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Sr. Presidente, se V. Exa. me permite, e se o Colega Carlos Ayres Brito também permitir, gostaria de adiantar posição.

Por isso, peço-lhe licença para também me manifestar.

Sr. Presidente, ouvi com atenção os votos proferidos no julgamento desta causa. Posso teria a acrescentar ao rigor técnico e à agudeza de análise com que a questão foi enfrentada. Gostaria, no entanto de agregar algumas considerações que o tema enseja. A propósito deste julgamento, fui revisar alguns trabalhos antigos, e outros, nem tanto, mas incompletos e interrompidos pela escassez de tempo.

Iniciei minha vida profissional, muito cedo, como tradutora. Coube-me verter do inglês para o português boa parte dos verbetes da Enciclopédia Judaica Roth, editada no Brasil pela Editora Tradição, do Rio de Janeiro. Nesta obra fui buscar a definição de raça e racismo.

Diz o verbete nº 1.571:

"Raça; Racismo. A concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes encontra-se de maneira vaga e imprecisa na Bíblia, onde, no entanto, (como acentuavam os rabinos) a unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todos os homens. O conceito de r. começou a tomar novo aspecto no séc. XIX. A descoberta da existência dos grupos de línguas Semítico e Arianos levou à teoria da existência das raças Arianas e Semitas e, mais tarde, à classificação de suas subdivisões, sendo os Teutões representantes da primeira e os Judeus da segunda. A teoria era baseada na crença, logo rejeitada pelos cientistas, de que (1) os Judeus eram fisicamente homogêneos e (2) de que havia correlação entre o tipo físico e as características mentais-intelectuais, sendo os Judeus (e alguns outros grupos) considerados racialmente "inferiores". Ao fim do séc. XIX, isto tornou-se um conceito básico no restabelecimento do movimento antijudaico na Alemanha que, na nova era de tolerância, não podia mais se basear exclusivamente na religião e que, além disso, se confrontava com grandes números de Judeus em cujas vidas o Judaísmo não tinha nenhuma participação. Desta forma, o que tinha sido, até aqui, uma teoria inócua e inofensiva, tornou-se nas mãos de E. Dühring, Wilhelm Marr, Houston Stewart Chamberlain, A. Rosenberg, etc. uma arma poderosa. Princípio fundamental do movimento Nazista desde suas origens (ver Nacional Socialismo) foi oficialmente e precisamente formulado nas Leis de Nuremberg em 1935, (...). Esta concepção foi aplicada com menos rigor na Itália Fascista em 1938 e em vários países europeus ocupados pelos nazistas entre 1939-45. Nela foi baseada a política de extermínio desenvolvida pelos nazistas durante este período estendendo-se consequentemente, em muitas ocasiões a pessoas com apenas as mais leves ligações Judaicas e mesmo a pastores e padres Cristãos. As alegadas evidências "científicas" de raça, baseadas na craniometria, etc. provaram-se insustentáveis."

É de ver, que neste texto, datado da década de 60, não são referidas as descobertas posteriores que, de uma vez por todas, desfizeram a teoria das raças. E, vale lembrar que o Congresso da Unesco de 1964 já renegava o valor biológico da ideia das raças humanas.¹

Mas, é na autoridade atual do biólogo Edward O. Wilson que se deve buscar a palavra definitiva sobre o assunto: "A maior parte dos biólogos e antropólogos usam a expressão 'raça', apenas de maneira vaga e eles não desejam sugerir nada mais do que a observação de que certos traços, tais como, estatura média ou cor da pele variam geneticamente de um local a outro. Quando se diz que asiáticos e europeus diferem em determinada característica, essa afirmação significa que o traço se altera em alguma medida entre a Ásia e a Europa. Não significa que 'raças' distintas possam ser definidas com base neste traço e, deixa aberta a forte probabilidade de que o mesmo traço

¹ A Antropologia, Enciclopédia do Mundo Atual, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1977, p. 166.

apresente variação adicional dentro de regiões diversas da Ásia e da Europa. Ademais, várias propriedades em anatomia e fisiologia — por exemplo, o cor da pele ou a capacidade para digerir leite — apresentam padrões altamente diversos de variação geográfica ("racial"). Em consequência, a maior parte dos cientistas já de há muito reconheceu que se trata de um exercício fútil tentar definir raças humanas distintas. Tais entidades, de fato, não existem. Igualmente importante é afirmar que a descrição de uma variação geográfica em um ou outro traço, por parte de um antropólogo ou biólogo ou por qualquer outra pessoa, não deve comportar juízos de valor em relação à valia das características definidas.²

Fiz as referências, para deixar consignado que, quanto ao fato de que a divisão da humanidade em raças diversas não encontra qualquer respaldo, estamos todos de acordo. Os autores citados pelo eminente Relator, os que foram referidos por V. Exa., pelo Ministro Celso de Mello, pelos Ministros Gilmar Mendes e Nelson Jobim, nesta assentada, e, até mesmo aqueles em que busca amparo o ilustre patrono do paciente repetem esta verdade científica, reafirmada com a decodificação do genoma humano.

A questão está em saber se, amparados nesta premissa, a de que existe apenas uma única raça humana, o comportamento imputado ao paciente não se poderia subsumir nos preceitos mediante os quais a Constituição Federal marca o repúdio, a manifesta aversão a absoluta inaceitação da nação brasileira ao preconceito dito racial, a ponto de tomar imprescritíveis as ofensas que tenham por móvel tal discriminação.

Tomada isoladamente tal premissa, a resposta é negativa.

Todavia, a existência de raças definidas é apenas um dos postulados da ideologia racista. E, com a acuidade científica deste postulado nunca estiveram preocupados os seus adeptos. Do ponto de vista da antropologia, o racismo é definido como a doutrina segundo a qual a raça (herança genética) ou o tipo físico geram cultura, ou seja, "tudo quanto seja não-biológico e socialmente transmitido numa sociedade, incluindo padrões de comportamento artístico, social, ideológico e religioso".³

Portanto, quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não se há de pensar em critérios científicos para defini-la — que já sabemos não os há — mas, na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação.

E, o que é um preconceito?

Segundo Bobbio⁴, uma opinião acolhida passiva e acriticamente e, que, por isso mesmo resiste a qualquer refutação racional. Para esse autor, "a inclusão na esfera das ideias que não aceitam se submeter ao controle da razão serve para distinguir o preconceito de qualquer outra forma de opinião errônea"⁵. Noutra passagem, o mestre

2 Wilson, Edward O., *On Human Nature*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1998, p. 48.

3 Wainick, Charles, *Dictionary of Anthropology*, Littlefield, Adams & Co., Totowa, New Jersey, 1977, p. 144.

4 Bobbio, Norberto, *Elogio da Serenidade e outros escritos murais*, São Paulo, Ed. UNESP, 2002, p. 103.

5 Idem, *ibidem*, p. 103.

italiano, citando Pierre-André Taguieff⁶, refere que o preconceito é "um juízo prematuro", que induz a que se "acredite saber sem saber, se preveja sem indícios seguros suficientes, se chegue a conclusões sem se ter as certezas necessárias". Por isso mesmo, ele "é mais difícil de ser vencido, pois o erro que ele provoca deriva de uma crença falsa e não de um raciocínio errado que se pode demonstrar falso, nem da incorporação de um dado falso, cuja falsidade pode ser empiricamente provada."⁷ A mente humana comete muitos erros, rotineiramente. "O preconceito, porém é um erro mais tenaz e socialmente mais perigoso"⁸. Ele se difunde e mantém porque serve a determinados propósitos: "...a crença na veracidade de uma opinião falsa corresponde a (...) desejos, mobiliza (...) paixões, serve a (...) interesses"⁹. Daí a predisposição a acreditar, mesmo contra toda a evidência.

Exemplo claro de manifestação desse preconceito em ação é uma das obras, objeto de divulgação pelo paciente do presente HC. Os chamados "Protocolos dos Sábios do Sião" correspondem a uma fabricação proseira, construída por anti-semitas franceses, por volta de 1897, exaustivamente desmascarada¹⁰ e que, apesar disso, passado mais de um século, ainda corresponde ao credo anti-semita. Tão absurda é sua persistência neste ideário do ódio que o humor judaico, em piada frequentemente ouvida, manifesta sua incredulidade diante das circunstâncias contraditórias de que os judeus sejam tão hábeis a ponto de tecerem um plano perfeito para dominação do mundo e, ao mesmo tempo, tão néscios, como para o divulgarem aos quatro ventos.

Segundo Christopher Hitchens, autor de "*Jewish Power, Jewish Peril*", "O anti-semitismo distingue-se de outros preconceitos. Ele é um tipo destilado venenoso da teoria conspiratória e é dirigido contra um grupo que, quando não possa ser atacado enquanto raça, possa sê-lo enquanto religião. Ou, quando não possa ser incriminado como uma plutocracia capitalista, possa ser apontado como o gênio do mal que inspira o comunismo. Os nazistas retrataram os judeus ora como especuladores rotundos, ora como esquálidos e sinistros bolchevistas. O anti-semitismo é como uma epidemia que ocorre em quase todas as sociedades, eclode nos períodos mais diversos e deriva da paranoia. Por isso, não admite prova em contrário."¹¹

É ainda Bobbio quem distingue três fases na construção do preconceito de raça. A primeira consiste num juízo de fato e na constatação da diversidade, que em si nada tem de reprovável. Ao modo juízo de fato sobrepe-se um juízo de valor que faz com que os diversos sejam colocados em patamares desiguais: um é bom, o outro mau; um é civilizado o outro bárbaro; um superior (em virtudes morais, em dotes intelectuais), o outro inferior. Até aqui, todavia, podemos nos encontrar no mero terreno do esnobis-

6 P.-A. Taguieff, *La face du préjugé, essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, Éditions de la Découverte, 1987.

7 Bobbio, N. op. cit. loc. cit. p. 121

8 Idem *ibidem*, p. 104

9 Idem *ibidem*, p. 104

10 Ver Nurman Cohn, 1966; Christopher Hitchens, "*Jewish Power, Jewish Peril*", 2002.

11 Vanity Fair, sep/2002.

mo e do provincianismo, das cliques e do sectarismo. É, entretanto, na terceira fase que o preconceito discriminatório torna-se socialmente nocivo e mesmo perigoso. É quando, segundo Bobbio, após as duas primeiras etapas, e com base na conclusão de superioridade, um grupo passa a considerar-se titularizado a comandar, dominar, submeter e, até mesmo eliminar o grupo que considera inferior. Ainda aqui é possível distinguir entre a atitude de superioridade que recomenda a "tutela" dos considerados inferiores, para fazê-los aceitar os princípios, o modo de vida, as crenças religiosas dos que se julgam superiores. Foi o que vimos ocorrer com os indígenas americanos ao longo da dolorosa Conquista. No campo político, portanto, a pretensa superioridade, tão sã e justificativa ética de todos os impérios coloniais. O mesmo Bobbio, citando agora Tzvetan Todorov¹², refere que "transformar, de modo indevido, em valores universais, os valores característicos da sociedade a que pertencemos, ainda quando esses valores nascem de costumes locais, particularísticos, com base nos quais é incorreto, para não dizer insensível e até mesmo ridículo, falar em nossa superioridade com respeito aos que pertencem a um grupo étnico de costumes diversos, igualmente particularísticos." (124). Em sua forma mais virulenta, porém, o preconceito excludente, levado ao extremo, objetiva não a "conversão", mas a eliminação física, como no caso da "solução final" concebida e posta em prática pelos nazistas.

Dada esta compreensão à matéria é que se torna necessário concluir que, muito embora o racismo não possa ser "justificado por fundamentos biológicos ele, no entanto, persiste como fenômeno social. E, é este fenômeno social o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII da Constituição Federal e sua correspondente legislação infraconstitucional", conforme a precisa expressão do Professor Celso Lafer, em parecer que foi apresentado à Corte.

Para exemplificar, valho-me de relatos trazidos pelo historiador Ingo Müller em sua obra "A Justiça de Hitler"¹³. Nesse livro, seu autor busca responder à perplexidade que decorre do fato de que tais e tantas agressões aos mais básicos direitos humanos tenham ocorrido, sem que as vítimas pudessem contar com o amparo do sistema jurídico e judiciário alemão. De fato, a todos nós causa espanto verificar que num país, onde apenas cem anos antes, um simples camponês podia desafiar o poderoso Kaiser, afirmando sua confiança nos juízes que havia em Berlim; um país cujas instituições jurídicas haviam servido de modelo para tantos outros, ao redor do mundo, pudesse assistir insensível e inerte aos desmandos que tanto sofrimento causaram a tantos. O autor, em análise minuciosa, situa as causas de tal desmonte do sistema de garantias dos cidadãos contra o Estado, num longo percurso através do qual se foi direcionando a magistratura ao estado de conformismo e à ausência de independência, da qual resultou, afinal, a vitimização das liberdades civis e dos direitos humanos.

Por isso mesmo, segundo aquele autor, já em 1844, "Heinrich Simon, Juiz do Tribunal Municipal de Breslau, assinalava a manipulação das Cortes pelo Estado e

12 T. Todorov, "Nus et les autres", La réflexion française sur la diversité humaine, Paris Ed. Du Seuil, 1989.
13 Ingo Müller, "Hitler's Justice - The Courts of the Third Reich", Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.

profetizava: "O judiciário prussiano, até aqui tão exaltado, cairá... e as ruínas desta instituição cairão sobre o trono prussiano e sobre as liberdades civis do povo prussiano."¹⁴ Entre as tantas medidas adotadas pelo regime absolutista de Bismarck, como fórmulas para afastar da magistratura elementos que representassem alguma sorte de oposição ou resistência ao regime, o autor refere o estímulo a aposentadorias precoces a alteração de critérios para admissão à carreira, com a instalação de um período probatório de oito a dez anos em que o juiz não gozava da garantia da independência. Ao longo desse período de "observação" os candidatos podiam ser excluídos sem maiores formalidades. De tudo isso resultou o quadro que o autor pinta com cores vividas: "Os antigos candidatos que sobreviviam ao escrutínio eram os leais e complacentes em nível particularmente elevado — aqueles que, em outras palavras, aceitavam a ordem social e política existente de forma incondicional."¹⁵

Pois bem, Sr. Presidente, já encerrando essa digressão, é assim que se explica a involução de um sistema judiciário até então exemplar. Corroendo-se sua autonomia, atacando-se sua dignidade, reduzindo-o a mero apêndice ou caixa de ressonância dos projetos de um regime autoritário, conseguiram-se afinal decisões como as que são referidas no livro antes citado, e que vem a propósito da temática versada nestes autos.

Refiro-me, entre tantos outros, ao episódio, relatado pelo mesmo Ingo Müller, em que um locador judeu, após ser chamado, por diversas vezes de "alemão porco" por um de seus inquilinos, notificou-o e requereu o despejo. O Tribunal Central de Pequenas Causas de Berlim rejeitou o caso, mediante a espantosa fundamentação de que: "Apesar de sua cidadania alemã, o requerente não se enquadra na categoria de pessoas popularmente referida pela palavra 'alemão'¹⁶ e, logo, não teria porque ofender-se ao ser assim apostrofado. Depois, quando o orador nazista Bernhard Fischer afirmou, em reunião pública, que o chefe de polícia era um "judeu bastardo", foi absolvido pelo tribunal distrital de Neupflin porque não se podia "reconhecer na afirmação de que alguém tivesse ascendência ilegítima judaica nenhuma expressão de desprezo".¹⁷

Fica evidente a irracionalidade da manifestação racista e, no caso, anti-semítica, mediante esta exemplificação que trouxe da obra do Professor Ingo Müller. Como não há compromisso com a correção biológica ou antropológica em suas afirmações, a ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda sua extensão, a sua grande irracionalidade.

Por essas razões, Sr. Presidente, que agrego às muito melhor formuladas pelos Colegas, é que afirmo ser impossível aceitar a argumentação segundo a qual, se não há raças, não é possível o delito de racismo.

Por isso, com a devida vênia dos que pensam diversamente, alinho-me à divergência inaugurada por V. Exa., para denegar a ordem.

14 op. cit. p. 5.

15 op. cit. p. 6.

16 op. cit. p. 19.

17 op. cit. p. 19.

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, peço vênha aos Ministros Marco Aurélio e Carlos Brito, para antecipar meu voto.

Quando adentrei o Plenário, estava hoje com muitas certezas, mas, após os votos estudiosos agora proferidos, além daqueles que V. Exa. e o eminente Ministro Celso de Mello já haviam, com não menos brilho e erudição, proferido, e aos quais tive o acesso prévio, já não tenho dúvidas.

Partindo do pressuposto de que, no campo científico pré-jurídico, ou extrajurídico, já não se reconhece hoje a existência de raças, senão de uma única raça, que é a humana, eu diria que, ainda quando essa não fora verdade científica estabelecida, o que sobretudo releva, no trabalho de interpretação da norma inserida no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, é captar-lhe a idéia subjacente à base semântica do conceito de racismo, ou seja, a idéia do que significaria a palavra "raça", para efeito de intelecção e incidência dessa regra constitucional.

Ocorre-me ao propósito que, como as demais ciências, o Direito também tem suas próprias realidades, seus conceitos: o Direito cria, mediante múltiplas técnicas, como a ficção, por exemplo, as categorias e os termos exigidos pela operacionalidade do seu sistema, que é o de uma ciência prática. Em muitas matérias, a ciência jurídica apropria-se, no todo ou em parte, de conceitos, categorias, realidades e termos de outras ciências, incorporando-os ao mundo jurídico e ao sistema jurídico-normativo. E, nesses casos, é menos árduo o trabalho reconstitutivo do intérprete.

Ora, suposto seja ainda possível sustentar, do ponto de vista biológico ou genético, que existam raças, eu diria que, na hipótese, a Constituição não adotou nenhum rigoroso e puro conceito extrajurídico, senão que elaborou conceito próprio, isto é, um conceito normativo. E é com esta como especificidade operacional da Constituição, ao formular a noção de racismo, que deve o intérprete lidar e, lidar com redobrado cuidado, porque está diante da hipótese excepcional de uma modalidade de crime imprescritível. O ordenamento deu, com isso, manifesto relevo valorativo de vigoroso repúdio a um recorte da realidade histórica, que é fruto da crença político-ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros, à vista das suas graves conseqüências sociais, ao negar-lhe a reprovação penal a aplicação da regra geral de prescritibilidade das pretensões, que serve à paz social.

O método exegético consiste, aqui, em retirar da Constituição mesma, mediante raciocínio que guarde alguma afinidade com a chamada "interpretação teleológica", o conteúdo nuclear do conceito jurídico-penal de racismo, no seu confronto com a gravidade da norma constitucional e os bens e valores jurídicos por ela tutelados.

Noutras palavras, eu concordaria, em termos, com o Ministro Nelson Jobim, no passo em que S. Exa. sustenta que a definição de racismo tem de ser pragmática. Mas, pragmática no sentido de atender a esse procedimento lógico-jurídico material de pesquisa da racionalidade da norma.

Parece-me claro que, nela, a Constituição tende, em última instância, a resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem, enquanto portadores de qualificações

secundárias, mas capazes de fazê-los alvo cego dessa perversão moral, que é a ideologia racista, expondo-os, com o perigo de repetições históricas, a todas as manifestações concretas de discriminação e violência, as quais, porque atentam contra a dignidade das pessoas que os integram, põem em risco os fundamentos de uma sociedade que quer ser fraterna, plural e solidária.

Parece-me, com o devido respeito, não ser lícito, nessa moldura, emprestar sentido restrito ao termo "racismo", até porque, se doutro modo não se tornasse absolutamente inútil, como asseverou o Ministro Nelson Jobim, seria, quando menos, extremamente pobre, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas. Acho que não foi tão mesquinha a intenção objetiva da norma constitucional, que aparece, antes, extremamente generosa na tutela daqueles grupos humanos, porque, no fundo, o de que se trata é de preservar os fundamentos da República (art. 1º, II e III, da CF), preservando a integridade das pessoas, no que têm de substancial e universal, enquanto dotadas da mesma dignidade como iguais membros da raça, dessa orgulhosa raça humana.

De modo que, Sr. Presidente, já não teria nenhuma dúvida em denegar a ordem.

O que me impressionou foi a objeção de certo modo insinuada nas intervenções do Ministro Sepúlveda Perence. Mas, nesse aspecto, ainda que reconheça e afirme a liberdade teórica de expressão de todo editor e autor, cujas atividades são de óbvia licitude — eu mesmo já li, sem nenhum juízo de censura ao editor, *Os Protocolos dos Sábios do Sião*, com introdução e notas de Gustavo Barroso, se bem me recordo —, o que me basta e convence, no caso, é o fato incontroverso de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica. Ou seja, se ele se propusesse ou apresentasse apenas como editor casual de tais obras, ou até como editor de excentricidades, eu decerto consideraria com outros olhos este *habeas corpus*. Não é esse o caso, porém, senão de reproável comportamento sistemático. Ele, na verdade, dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros, com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo, como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos. E esse tem significado óbvio: trata-se, a meu ver, de prática que contraria a tutela constitucional e, portanto, se tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão.

Não obstante o grande respeito, que sempre tive e reitero nesta oportunidade, ao Ministro Moreira Alves, a quem reconheço como um dos mais eruditos, inteligentes e respeitáveis Ministros que ilustraram esta Corte, peço vênha para denegar o *habeas corpus*.

DEBATES

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ministro, V. Exa. não está reexaminando todo o juízo emitido pelo primeiro e pelo segundo grau em sede de *habeas corpus*? Reexaminando toda a prova no sentido de que a conduta seria atípica?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: É o que enfrento na seqüência imediata.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. está examinando esse problema?

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Brito, parece que esta questão não está em jogo, porque o *habeas corpus* cuida apenas da imprescritibilidade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Essa parte do voto do Ministro Carlos Brito envolve uma proposta de *habeas corpus* de ofício.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: Exatamente, é quanto a isso que eu quero concluir.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sim, mas V. Exa. está examinando toda uma prova sem ter os autos em mãos, pois tem os elementos que vieram no *habeas corpus*. V. Exa. está revendo um juízo material de valor emitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação à matéria. Ou seja, estamos nos erigindo em terceiro grau de jurisdição para efeito de rever a decisão penal? Sendo que as condutas tipificadas não se realizaram em determinado momento e, se assim não aconteceu, não se caracterizava um crime? Estamos invertendo todo o processo.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: Como diria Camões, redivivo: "Cessa tudo que a antiga musa canta que outro valor mais alto se alevanta".

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Camões não conhecia Processo Penal. V. Exa. está pretendendo que o Tribunal, com Camões ou sem Camões, ponha-se no lugar do Tribunal de Justiça para emitir um juízo de valor sobre a conduta realizada. E a questão posta aqui é: é imprescritível ou não?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: É que se trata de impedir a consumação de nulidade absoluta: a retroatividade incriminadora da lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: V. Exa. me permite? Só para complementar a linha de raciocínio do Ministro Nelson Jobim, eu faria duas indagações: V. Exa. tem em mãos todas as provas dos autos?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: Tenho.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E, segundo essas provas, está porventura demonstrado que os fatos imputados ao ora paciente foram anteriores ao início de vigência da lei que definiu e tipificou o crime?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: Perfeito. Se alguém quiser pedir vista em mesa dos autos, pode confirmar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é preciso. V. Exa., como examinou os autos e evidentemente vai, com base neles, sustentar o seu ponto de vista, pode indicar-nos quais são essas provas.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, a mim me parece, com a proposta, por um Ministro, de *habeas corpus* de ofício — cabível ou não, examinando prova ou não, isso são considerações para acompanhá-lo ou não —, o Tribunal tem de votar. E como não temos mais a presença do Relator o em. Ministro Moreira Alves, V. Exa., que votou em seguida, é o substituto do Relator.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Brito, se esta preliminar sua da questão de ordem for vencida, V. Exa. prossegue o voto ou pára por aí?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: Prosigo. A questão de mérito será enfrentada.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Entendo que essa questão é estritamente de fato. A matéria de que cuida o *habeas corpus* é exclusivamente relativa à prescritibilidade ou imprescritibilidade do delito; por conseguinte não vejo aqui campo para conceder-se de ofício o *habeas corpus*.

Nestes termos, manifesto-me, *data venia*, contrário à questão de ordem, para que se prossiga no julgamento.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, ainda não posso votar. Quero saber se os fatos estão demonstrados, porque se estiverem, com certeza, não vejo como evitar uma pronúncia de concessão de *habeas corpus ex officio*. O problema todo é prévio, quero saber se esses fatos são duvidosos, ou se estão demonstrados suficientemente para que o Tribunal profira uma decisão tão grave como esta, que é a de expedir um *habeas corpus ex officio*, neste caso, quando não há impedimento, e que esta matéria seja re-discutida com a profundidade necessária em outro *habeas corpus* eventualmente. Tenho de me armar de certeza absoluta para proferir uma decisão como esta.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: Tal como lido, fiz um confronto de datas, e cheguei à conclusão, convictamente.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. sustenta, então, que o racismo no Brasil só veio a ser apenado com a reforma estabelecida pela lei de 1990?

E a lei anterior, de 1989, Lei Caó?

E a lei anterior, de Sarney?

E a lei anterior, de Afonso Arinos, de 1950?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: Mas a vedação de publicação de livros só veio com a Lei nº 8.081.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): E a Constituição?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Onde temos regras gerais em relação a isso.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Brito: A Constituição também não fala da publicação de livros, porque remeteu para a lei a incumbência de definir o crime, de apontar os elementos conceituais do crime e o respectivo apenamento. Mas é uma proposta. V. Exas. decidem.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): A verdade é que os livros foram editados, e a matéria já está mais do que esclarecida.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Se o Tribunal me permite uma reflexão, continuo um tanto preocupado, por ter aventado uma consideração que poderia envolver a concessão de um *habeas corpus* de ofício: estou cada vez mais constrangido porque o julgamento parece dirigir-se para uma denegação de ofício de *habeas corpus*, quanto a fundamento não invocado pelo impetrante. Evoluo, assim, para afastar qualquer outra consideração que não seja o fundamento da impetração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A não ser que contemos, nos autos, com os parâmetros indispensáveis à concessão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: À concessão, ou então a uma clara definição de que não estamos decidindo de ofício sobre a questão. Proferir um *non liquet*, como é o sentido do voto que acaba de proferir o Ministro Cezar Peluso, que não se sente esclarecido sobre a questão.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: E sem prejuízo para o paciente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O indeferimento poderá sinalizar que os dados cronológicos apontados pelo Relator não procedem. Ai é que está o perigo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Ai é grave, porque se estará suprimindo uma instância; isso é evidente. Um prejuízo para o acusado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Como não é imprescritível a concessão de *habeas corpus*, isto pode ser rediscutido a qualquer tempo, de modo que eu ressalvo.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Cezar Peluso, de que maneira V. Exa. votaria então?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não tenho nenhum elemento para tomar uma decisão desse tipo, com o devido respeito. Denego este *habeas corpus*, de ofício.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): V. Exa. resolve a questão de ordem denegando o *habeas corpus*, de ofício.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a preocupação do Ministro Sepúlveda Pertence procede. Algo é assentamos que não temos elementos para chegar à concessão de ofício. Outra coisa, diversa, é denegar-se a ordem.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Eu proporía ao Ministro Cezar Peluso uma modificação vocabular: não é não conhecer, porque ninguém pediu; é não conceder o *habeas corpus* de ofício, por não se sentir devidamente esclarecido quanto à questão de fato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, assumo exatamente o enunciado.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Tem que deixar muito claro que é um *non liquet*, porque as ponderações do Ministro Carlos Britto são muito sérias.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Tenho a impressão de que essa questão está mais ligada ao mérito.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É claro que isso está fora do pedido. Se não fosse *habeas corpus*, não estaríamos nem cogitando disso e nenhum dos outros Ministros, a partir de uma provocação minha, teria descido a doutíssimas considerações sobre o problema de liberdade de expressão versus racismo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Eu assumo isso.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, V. Exa., o voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes, já antes o voto do Sr. Ministro Celso de Mello, que são verdadeiras denegações de um *habeas corpus* que ainda não foi impetrado.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o princípio da anterioridade da lei penal, para chegar-se à persecução e ao decreto condenatório, é de conhecimento de todos. Não posso imaginar que, diante do que seria o aqodamento na propositura da ação penal, não se tenha buscado a glosa desse mesmo aqodamento. Não teria a menor dúvida em acompanhar o Relator se o voto de Sua Excelência partisse de elementos concretos existentes nos autos, elementos ligados às datas das edições, da elaboração ou da prática dos atos tidos — e é essa a decisão transitada, penso, em julgado —, aqui, como configurados.

Lembro-me, e acompanhei com atenção o voto proferido, que Sua Excelência partiu para ilações, presente até mesmo a presunção. Mas diria, Presidente, que a presunção deve militar no sentido do que normalmente ocorre. E, se tivesse havido o ajuizamento precoce da ação penal, teríamos a mais fácil, a mais viável das matérias de defesa a serem veiculadas, que é a ausência de anterioridade.

Por isso, creio que a hipótese não comporta o *habeas* de ofício, por não termos aí elementos concretos definidores de que, só após a prática, houve a disciplina e a definição da tipologia penal. Creio que a situação conduz ao indeferimento do que preconizado pelo Relator mas, a partir, repito, da ausência de elementos, o que não fecha a porta a uma nova impetração, uma vez averiguado e confirmado o quadro fático que lhe dá respaldo.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, essa questão não constitui fundamento do pedido de *habeas corpus*. O fundamento do *habeas corpus* situa-se no campo de ser imprescritível, ou não, o delito. Mesmo nos casos em que o exame da prova diga respeito ao fundamento do *habeas corpus*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se faz, no processo de *habeas corpus*, exame da prova, principalmente se esse exame há de ser aprofundado.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Veja a conclusão: os livros teriam sido editados em 1989; mas não é de edição que se trata. Como votou o Ministro Cezar Peluso, na última sessão, trata-se, claramente, da divulgação e da campanha, e deu-se, exatamente, depois de 1990; então essa é matéria estritamente de prova. Se ele editasse o livro em 1930 e guardasse os livros, e, depois, a sua família os distribuisse no ano 2000, não estaria praticando um crime? Não é a edição do livro, é a divulgação visando atingir a raça.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: V. Exa. está levando a imprescritibilidade até depois da morte.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Todos os judeus do holocausto sabem o que significa a morte. Sabem muito mais do que nós.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Foi maldade minha: V. Exa. se referiu à família.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: E veja V. Exa., Sr. Presidente, que se tem questão nova, dado que o impetrante, em nenhum momento, pretendeu isso. Será que não estaria bem assistido o paciente? E posso dizer, pelo que conheço do impetrante, que está o paciente muito bem assistido, em termos de assessoria jurídica, por um notável advogado gaúcho. De maneira que estamos laborando em terreno movediço, examinando prova num caso em que nem o impetrante desejava que isso fosse feito.

Ora, o réu não está preso, não se tem esta necessidade, não é razoável a precipitação precipitadamente, a tentativa de concessão de *habeas corpus* de ofício num caso tão relevante. Essa questão ficaria, caso desejasse o impetrante, para revisão criminal.

Final de contas, a questão não fica somente na data em que o livro foi editado. Pode-se editar um livro, hoje, com data de dez anos atrás para se evitar implicações. V. Exa. sabe que isso ocorre, e a prova é muito complexa. No caso, quando é que se fez essa divulgação?

Peço licença ao meu eminente Colega, Ministro Ayres Britto, para o fim de decidir por não ser o caso, por não estarem preenchidos os requisitos, de *habeas corpus* de ofício.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, deixo de conceder *habeas corpus* de ofício, nos exatos termos dos votos pronunciados pelos eminentes Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio. Dado que há o risco iminente de denegação de ofício de *habeas corpus*, como se acaba de ver do eloquente voto do eminente Ministro Celso de Mello, acho que o mais prudente é, simplesmente, não cogitar de *habeas corpus* de ofício e me abster, em homenagem ao Relator, a partir de agora, exclusivamente, à fundamentação do pedido.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Sr. Presidente, não retiro a proposta, porque fiz uma coisa muito simples: li a denúncia e busquei as datas nela própria. Acabei de receber o processo. A autoridade denunciante indica as datas de edição e reedição dos livros, e elas ou são manifestamente anteriores à data da lei ineprodutora, ou, simplesmente, suscitam aquela dúvida. A lei é de 90. Há dois livros que são de 90, mas o órgão promotorial público não diz em que mês essas edições ou reedições se deram. Então, aplico o princípio constitucional do *in dubio pro reo*; simplesmente isso. Mas acato, do ponto de vista do respeito, a decisão de V. Exa., e não tenho como deixar de fazê-lo, apenas não mudo de opinião.

Peço vênia para persistir na minha proposta.

VOTO (Vista)

Introdução

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Por haver solicitado vista do processo, durante a sessão plenária do dia 26 de junho do fluente ano, trago à douta apreciação dos meus dignos pares o voto que adiante verbalizo.

2. À guisa de introdução acerca da tramitação do feito, no entanto, permito-me anotar que o presente *habeas corpus* tem por paciente o Sr. Siegfried Ellwanger Castan. No pólo contrário, ou seja, na condição de parte nominalmente apontada como coatora, comparece o augusto Superior Tribunal de Justiça. E como objeto da impetração, pedido de desfazimento da cláusula de imprescritibilidade que se encontra averbada à condenação penal imposta a ele, paciente, pela 3ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3. Atento à natureza e ao conteúdo das peças judiciais acostadas ao *remédio heróico* do *habeas*, assim como aos documentos constitutivos do processo originário (por mim requisitado), relembro que tudo começou pela acatização de denúncia do Ministério Público *sul-rio-grandense* contra o paciente, sob a acusação do crime de "incitar e induzir a discriminação racial". Denúncia que se fez em acatamento a representação de terceiros (um deles enquanto representante da Federação Israelita do Rio Grande do Sul), em data de 12 de novembro de 1991 e assim nuclearmente vocalizada pelo digno Promotor de Justiça:

"Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda., situada na Rua Voltaire Pires, nº 300, conj. 02/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e com isso procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica" (fl. 18, sem os caracteres negritados).

4. Em seqüência, o Órgão Ministerial Público arrolou as obras que o paciente escreveu ou editou, delas pincando os trechos que entendem caracterizadores do mencionado delito de discriminação racial (fls. 18/23). Todavia, como o paciente veio a ser absolvido pela jura substituta Bernardete Coutinho Friedrich, da sentença absolutória recorrem os assistentes da acusação. Recorrem e obtiveram êxito na sua irresignação, acrescente, visto que o ato sentencial monoarbitrio veio a ser totalmente reformado pela unanimidade dos membros da referida Câmara Criminal do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E confirmado esse último acerto, enquanto peça condenatória do paciente, pela quase totalidade dos ministros que formam a egrégia "Quinta Turma" do Superior Tribunal de Justiça - STJ (a única discordância ocorreu pelo voto do ilustre ministro Edson Vidigal).

5. De lembrar, por importante, que as dotas manifestações do Ministério Público também não primaram pela irrestrita convergência. Enquanto o órgão promotorial da primeira instância terminou por requerer a absolvição do réu (tanto que nem recorreu da sentença absolutória), os outros agentes ministeriais que atuaram nas supervenientes instâncias judicantes insistiram na tipicidade penal da conduta do ora paciente.

6. Prosseguindo neste retrospecto, consigno que a ação criminal teve por calço jurídico-positivo o art. 20, *caput*, da Lei n° 7.716/89, com a redação da Lei n° 8.081, de 21 de setembro de 1990. O mesmo e único fundamento, por sinal, em que se louvou a multicitada Câmara Criminal (fl. 28) para reformar a sentença de 1ª instância e condenar o paciente a 2 (dois) anos de reclusão, com direito a *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos. E sem nenhum acréscimo, supressão ou modificação por parte da colenda Quinta Turma do STJ quanto àquele embasamento jurídico-positivo condenatório.

7. Aqui, nesta Casa Maior da Justiça Brasileira, o processo chegou pela mais desembaraçada via do *habeas corpus*, conforme anunciado nas primeiras linhas desta anotação prévia. Impetração, essa, recebida como "instrumento substitutivo de recurso ordinário" e que já foi conclusivamente relatada pelo eminente Ministro **Moreira Alves**, tendo Sua Excelência votado, como sabido, pelo deferimento do *habeas corpus*. E assim procedeu o erudito Relator, em consideração ao juízo comprovadamente objetivo (porque científico) de que não há raças humanas. É dizer: "não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado". No que o preclaro Ministro terminou por acolher o próprio fundamento do *habeas*, consistente na afirmação de que discriminar o judaísmo é crime, sim, porém não chega a ser manifestação de racismo. E não chega a ser manifestação de racismo, precisamente porque não há raças humanas, assim no plural. O que existe é tão-somente uma raça humana, uma única raça humana, em oposição às raças que proliferam no reino dos animais irracionais.

8. Não logrou adeptos imediatos, contudo, o consagrado Ministro **Moreira Alves**. 6 (seis) não menos ilustres membros desta Corte Suprema já pronunciaram seus votos de forma diametralmente oposta à pretensão do paciente. É falar, os eminentes Ministros **Maurício Corrêa**, **Celso de Mello**, **Gilmar Mendes**, **Nelson Jobim**, **Ellen Gracie** e **Cezar Peluso** entenderem praticado o crime de racismo, sim, contra o povo judeu; mesmo reconhecendo, a *una voce*, a cientificidade daquele juízo da inexistência de raças humanas. E se crime de racismo houve, não há por que desconstituir a cláusula de imprescritibilidade de que trata a Constituição Federal.

9. Se me fosse possível avançar um *minimum minimorum* de comentário sobre a contradição de todos os seis preclaros ministros, falaria: a) inicialmente, da proposição *jobiniana* de que a tese do insigne Relator do *habeas* deixaria sem núcleo semântico, sem conteúdo significativo o próprio dispositivo constitucional que faz da prática do racismo um crime (pois é de todo evidente que não se pode dar a um dispositivo constitucional-originiário nenhum tipo de interpretação nulificadora da própria norma por ele veiculada); b) em segundo lugar, traria à tona o juízo de que toda forma de anti-semitismo é incontornável manifestação de racismo (tal como exposto nos fundamentados votos dos ministros **Maurício Corrêa**, **Celso de Mello** e **Carlos Mário Velloso**), pela mais direta, recente e dolorosa vinculação desse gravíssimo preconceito ao holocausto de que foi vítima o povo judeu, no transcurso da Segunda Grande Guerra; c) comentaria, enfim, a sólida convicção dos Ministros **Ellen Gracie**, **Gilmar Mendes**,

Celso de Mello e **Cezar Peluso** quanto ao fato de que o paciente ultrapassou todas as fronteiras da sua liberdade de manifestação do pensamento para invadir o proibido território do racismo anti-judaico, seja por escrever, editar e reeditar o livro *Holocausto. Judeu ou Alenão?* (com o subtítulo de *Nos Bastiões da Mentira do Século*), seja por reeditar e expor à venda livros de autores que enveredaram pelo mesmo infectado pântano do anti-semitismo. Sendo, por consequência, irrotavelmente justa ("adequada" e rigorosamente conforme "o princípio da proporcionalidade", ponderou o ministro **Gilmar Mendes**) a pena que lhe fora aplicada pela egrégia 3ª Câmara Criminal da Corte de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Com a averbação de imprescritibilidade e tudo.

10. Este o breve retrospecto de uma causa, Senhor Presidente, que talvez como nenhuma outra me possibilitou conhecer o apurado desvelo profissional e a fulgurante inteligência de todos os 6 (seis) ministros que tive a honra de citar pelos respectivos nomes. A cujo refinado labor é de se ombrear as peças já produzidas pelo insigne Relator **Moreira Alves**, pelo douto Procurador-Geral **Cláudio Fonteles**, e pelo assim chamado *amicus curiae* **Celso Lafer** (autor do alenado parecer que tão bem impressionou os ministros **Celso de Mello** e **Carlos Mário Velloso** e que também teve a honra profissional e o deleite pessoal de ler).

O manejo de princípios constitucionais contrapostos

11. Passando ao esboço do meu voto, propriamente, observo — como certamente os doutos ministros já observaram, mesmo sem explícita verbalização — que toda esta demanda nos coloca no epicentro do instigante e atualíssimo tema da contraposição de princípios jurídicos. É como dizer: os fatos ensejadores da denúncia e trazidos ao conhecimento deste STF pela via constitucional do *habeas corpus* são fatos para cuja subsunção o magistrado tem que aplicar alguns modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca exclusão; ou seja, o decisor tem que trabalhar com determinadas normas de conteúdo axiológico e índole constitucional que, no caso, parecem demandar interpretação maniqueísta ou de radical exclusão de uma delas.

12. Com efeito, seja qual for o ângulo jurídico de análise da questão de fato, o decisor se vê na insólita dificuldade de aplicar certos comandos jurídico-positivos em concreto estado de tensão, *pressionando*, cada um deles, por uma exclusiva ocupação de espaço. E o que é mais trabalhoso e delicado é que se trata de comandos expressivos daqueles princípios que, de tão excelso, a Constituição incluiu nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil (como despenadamente são os *protoprincípios* da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e do pluralismo político). E perpassantes, além do mais, do preâmbulo e dos objetivos fundamentais da mesma Federação Republicana.

13. Como sobejamente conhecido, os princípios constitucionais ostentam essa característica da inter-referência e ela se dá tanto por complementação (um princípio se colocando enquanto *sub* ou *serviente* de outro) quanto por oposição. E é quando o caso concreto suscita a aplicabilidade da inter-referência por oposição que o magistrado nem sempre tem a chance do ajustamento ou compatibilização deontica. Sua opção é por vezes radical, no sentido de ter que excluir a incidência de um dos princípios em confronto,

14. Esse fenômeno da inter-referibilidade por oposição é de maior ocorrência — força é dizê-lo — no curso das relações que os particulares travam entre si e com o propósito de exercer direitos e garantias individuais. Que são direitos e garantias imediatamente referidos ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e defluentes de uma sociedade **culturalmente pluralista**: ou seja, de uma sociedade que se compõe de grupos humanos culturalmente díspares, formados por seres dotados de estrutura biopsíquica também personalíssima. Vale dizer, pessoas de mundividência e gosto pelas coisas verdadeiramente únicas. Por isso mesmo, pessoas que se fazem detentoras de uma jurídica autonomia de vontade para materializar as suas insimilares convicções políticas e filosóficas, de paridade com suas também insimilares preferências estéticas, profissionais, sexuais, religiosas, culinárias, etc., pois somente assim é que o ser humano se realiza enquanto ser humano mesmo ("ninguém é igual a ninguém", "cada cabeça uma sentença" e "posto não se discute" são ditos populares que muito bem exprimem a incrível capacidade que tem a natureza de jamais se repetir). Assumindo o Direito Positivo, de consequente, o inevitável risco de ver uma dada autonomia de vontade a se antagonizar com outra, por abuso de uma delas.

15. Este o fadário, a assumida destinação de um Direito que faz da convivência entre os contrários um dos mais expressivos conteúdos da Democracia (Tobias Barreto dizia ser o Direito o *modus vivendi* possível). Sabendo, de antemão, que a abstrata legitimação do uso de uma vontade individual pode reverter para a danosa prática da abusividade. Mas também por antecipação convencido da maior valiosidade da premissa democrática de que não é pelo receio do abuso que se vai proibir o uso daqueles direitos e garantias em que mais resplende o valor da Liberdade. Há fórmulas compensatórias de resolução de conflitos e a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é a mais estratégica de todas elas. Com o quê a sociedade pode recobrar o seu necessário estado de harmonia.

16. Ciente e consciente de tal *sobrestificalidade* metodológica, antecipo que todo o meu esforço operacional será o de demarcar o campo de lídima expressão de cada princípio em estado potencial de atrito, a fim de evitar o concreto sacrifício de um deles. Se não me for possível fazê-lo, também adianto que a minha preferência recairá sobre essa ou aquela norma-princípio que melhor assegure a aplicabilidade de outras que também tenham tudo a ver com o preâmbulo da Constituição, os fundamentos (incisos de I a V do art. 1º da CF) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (incisos de I a IV do art. 3º da mesma CF). Dito pela forma contrária, o meu crivo de seleção prestigiará esse ou aquele princípio que, no caso vertente, menos sacrifício imponha aos demais. Demais princípios, reafirmo, nos parâmetros da mesma *santíssima trindade* do preâmbulo da Constituição e dos fundamentos e objetivos fundamentais da Federação Republicana brasileira.

Questão de Ordem

17. Assim postas as coisas, começo por levantar **uma questão de ordem**. E digo uma questão de ordem porque o fato a que vou me referir não foi, ao que me parece, até agora processualmente mencionado ou, por qualquer modo, versado. Ele se traduz no seguinte: nem o órgão promotorial de 1ª instância, nem os assistentes da acusação, nenhum desses atores processuais originários fez a prova de que o delito em foco se

materializou no lapso de vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como **incriminador da conduta do réu, agora paciente**. Quero dizer: nada nos autos atesta que a denunciada prática do crime de racismo se deu após a publicação da Lei federal de nº 8.081, de 21 de setembro de 1990; que foi a lei veiculadora do *novidadeiro* artigo nº 20, por ela adicionado à Lei penal nº 7.716/89, e cuja redação é esta:

"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos."

18. Convém insistir ainda um tanto, para maior clareza da questão de ordem: o pólo processual ativo do processo, na instância originária, tinha o dever de provar que o delito se materializara após a entrada em cena do dispositivo penal increpador. E tinha o dever de provar, porque até a data de vigência da Lei nº 8.081 o preconceito racial enquanto crime não estava associado à sua veiculação "pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza". É só conferir o modo originário como a Lei nº 7.716 foi redigida para de pronto se concluir que **ela não constava a ocorrência do delito pela via a que se reporta a lei que lhe deu imediata seqüência temporal (a de nº 8.081)**. Nova lei, por sinal, qualificadora do crime, naturalmente pelo fato de que "praticar, induzir ou incitar" o racismo "pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza" passa a implicar propaganda aberta ou convocação pública para delinquir. Uma *orquestração*, destarte, própria de quem não tem sequer o pejo de se assumir como racista, ou de quem se esforça por fazer proselitismo (por hipótese, se alguém faz publicar edital de recrutamento de pessoas de "boa aparência" e ali mesmo exclui os candidatos de cor, ou portadores de uma nacionalidade em particular, está a incidir em preconceito racial pela forma direta ou pessoal. Mas se vem a público para falar bem desse tipo de prática excludente, ou de outras do gênero, passa a compor um tipo de discurso aliciante que o tangencia para a zona da incitação ou do induzimento, que são práticas indiretas do mesmo e proibido preconceito).

19. Acresça-se que dois outros específicos mandamentos jurídicos jungiam a instância acusadora ao dever de provar que a ação tida por criminoso ocorreria em data posterior à da lei increpadora. São eles:

I - o inciso XXXIX do Magna Texto Federal, assim vernacularmente parafrazeado: "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Estatuição que se traduz no princípio da **estrita legalidade penal**, particularização que é do genérico princípio da **reserva legal**, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (inciso II do art. 5º da Carta Republicana de 1988);

II - o art. 41 do Código de Processo Penal, na redação de todos conhecida: "A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas";

20. Ora bem, de tal inafastável dever não se desincumbiu o pólo acusatório da demanda, *venia concessa*, conforme se constata pela simples confrontação de datas; ou

seja, da confrontação da data de publicação da Lei n° 8.081 (tal publicação é de 24 de setembro de 1990) com as datas de edição e reedição dos livros objeto da ação penal pública, o que resulta é a falta de demonstração da anterioridade da primeira em relação às demais.

21. Realmente, fácil é perceber que:

I - são de 1989 as datas de edição ou reedição dos seguintes livros, objeto da denúncia e apreendidos por ordem judicial: *O Judeu Internacional*, de **Henry Ford**; *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, apostilada por **Gustavo Barroso**; *Brasil — Colônia de Banqueiros*, de **Gustavo Barroso**; *Holocausto. Judeu ou Alemão?* — *Nos bastidores da Mentira do Século*, de autoria dele mesmo, paciente, sob o pseudônimo de **S. E. Castan**;

II - não vem acompanhada de nenhuma indicação de data a 3ª edição do livro *Os conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, que tem por autor o húngaro **Louis Marschalko**, mas é de se presumir que tenha sido anterior à data da denúncia, pois o fato é que esse livro, cuja 1ª edição é de 1958, já constava da representação em que se louvou o Órgão Promotorial para o ajuizamento da denúncia (e tal representação é de 3 de julho de 1990);

III - finalmente, as outras duas obras (*A História Secreta do Brasil*, 1ª reedição, escrita por **Gustavo Barroso**, e *Hitler, Culpa do Inocente?*, 1ª edição, do escritor **Sérgio Oliveira**, essas têm data, sim, mas apenas quanto ao ano nelas impresso (que foi o de 1990). Nenhuma referência existe quanto ao mês das respectivas publicações, porém é de se presumir que esse mês tenha sido anterior à data de publicação da Lei n° 8.081 (sem falar que a primeira delas também figurava na citada representação, enquanto a outra, por silêncio do Ministério Público, não comporta exegese que não seja a do *in dubio pro reo*).

22. Por que a exegese do *in dubio pro reo*? Pela clara razão de que vigora em nosso Ordenamento Jurídico o princípio da presunção de inocência em matéria penal, todo ele defluente do seguinte *versículo* da *Lex Legum* de 1988: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (inciso LVII do art. 5º).

23. É certo que, em contraponto a este equacionamento, alguém poderá dizer que o paciente não apenas editou e reeditou livro próprio e livros alheios. Ele também expôs à venda todas essas obras. Mas a contradição se me antolha descabida. Primeiramente, porque a venda ou comercialização de livros é tão-somente uma consequência ou efeito natural das respectivas edições ou reedições (aquela é absorvida por estas). Em segundo lugar, porque essa mesma comercialização faz parte da liberdade empresarial ou liberdade de iniciativa que o Código dos Códigos erige a fundamento da República Federativa e da Ordem Econômica brasileira (a teor do inciso IV do art. 1º e do *caput* do art. 170, mais o parágrafo único desse mesmo artigo, assim redigidos:

"Art. 1º. (...)

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;"

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei".

24. Acresça-se uma terceira razão em prol da licitude da concreta ação do condenado, ora paciente, que é precisamente esta: a proibição da venda de livros não constava da Lei n° 8.081/90. Ela, proibição de venda, somente foi normatizada pela Lei n° 9.459, de 13 de maio de 1997, e ainda assim para criminalizar um outro tipo de conduta: "Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo" (§ 1º do artigo 20). Que não é o caso dos autos.

25. Outro fundamento aparentemente oponente à atipicidade da conduta do réu, ora paciente, estaria no chamado "crime permanente". Acontece que não estão presentes os pressupostos ou elementos conceituais desse crime. A uma, porque editar ou reeditar livros é conduta que se perfaz e se exaure com a sua instantânea ocorrência. O empirismo em si do seu desencadear (o que se pode postular no tempo não são efeitos da conduta, mas aí o que se tem já é a figura distinta do "crime instantâneo de efeitos continuados"). A duas, porque a outra característica do crime permanente é o fato de sua consumação poder cessar pela vontade do agente (caso típico do seqüestro) e o fato é que a pessoa responsável pela concreta edição de um livro já não tem como praticar a respectiva *desedição* nem impedir a leitura desse livro por eventuais adquirentes (para melhor proveito, na matéria, é de ler a obra *Direito Penal*, vol. 1, Parte Geral, Ed. Saraiva, 23ª edição, 1999, pp. 193/194, de **Damásio de Jesus**).

26. Este o primeiro anunciado entorço de normas constitucionais, todo ele situado na esfera daqueles imediatos direitos e garantias que a *Lex Maxima* colocou ao serviço do *megaprincípio* da dignidade da pessoa humana, conforme anteriormente falado. É que o direito de não ser racialmente discriminado é tão direito humano quanto a garantia da licitude da conduta não previamente incriminada por lei. Se se preferir, o delito inafiançável e imprescritível da discriminação racial somente por diploma legal é que tem descritos os elementos de sua completa definição (o Texto Maior de 1988 só não requesta as achegas da lei, em matéria de crime e de pena, quando menciona "a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático", que é o tema do inciso XLIV do art. 5º). Como também por conduta da lei é que se lhe gradua a pena de reclusão a que fica sujeito, consoante ressal da seguinte voz de comando: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (inciso XLII do art. 5º). Saltando à evidência que a lei aqui referida é a lei em sentido formal — de elaboração congressional, portanto — e necessariamente prévia à conduta de um eventual acusado de praticar a discriminação por racismo, pois é certo que tal prevedibilidade legal já consta de um inciso anterior do mesmo art. 5º do Magno Texto Federal, que é o inciso XXXIX, ainda há pouco transcrito ("não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal").

27. A consequência lógica desse encadeado visualizar das coisas é que, sem prevedibilidade legal, o crime não se materializa. Assim como não se materializa o respectivo *apenamento*. E por tudo isto é que não tenho como fugir, Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, — não tenho como fugir do reconhecimento da carência de justa causa para o aforamento da ação penal pública.

28. Que o fecho deste segmento de idéias coincida com a lembrança de que a garantia constitucional da necessidade de edição de lei formal, e lei *prévia*, tanto para incriminar alguém quanto para infligir-lhe castigo, é uma das mais brilhantes e atualizadas páginas do constitucionalismo liberal. É proceito figurante do art. XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem ("Ninguém poderá ser condenado por qualquer ação ou omissão que, no momento em que foram praticadas, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional (...)") e princípio constitucional do processo, aqui no Brasil, com a majestade própria daquelas reações sobre as quais se pode dizer que "a forma é da substância do ato". Ou diante das quais Von Ihering pôde afirmar que "a forma é inimiga do capricho e irmã gêmea da liberdade". Tudo a inádmirir desprezo ou postergação, mesmo diante de conduta sinalizadora dessa "perversão moral" que é o racismo, tal como adjetivado pelo eminente ministro Cezar Peluso.

29. É o quanto me basta para, resolvendo a questão de ordem, *conceder o habeas corpus*. Concessão de ofício, claro, pela inovação da causa de decidir: a atipicidade da própria conduta do paciente, à época dos fatos noticiados na denúncia. E como se trata de impedir, aqui, a consumação de nulidade absoluta (retroatividade da lei penal para prejudicar o réu), penso que nada impede o deferimento do writ no próprio instante processual do seu julgamento, nos termos do § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal.

Mérito da Causa

O regime constitucional do racismo

• O racismo enquanto crime

30. Quanto ao mérito da demanda, propriamente, impõe-se-me reconhecer que o seu enquadramento jurídico passa, antes de tudo, pela fixação dos contornos constitucionais do racismo; ou seja, antes mesmo do exame da citada legislação infraconstitucional, é preciso ver o modo pelo qual a Constituição versou, por conta própria, o tema da discriminação racial. Sabido que esse vexatório assunto faz parte das mais cuidadosas preocupações da Carta Republicana do Brasil.

31. Com efeito, há um regime diretamente constitucional do racismo. O tema é de berço normativo sobre e muitos são os aspectos que ressaem dessa normatividade jurídica *de primaríssimo escalão*: afirmando-se-me de boa metodologia focar o assunto a partir do próprio dispositivo que tipifica o racismo como crime. É o soberbo inciso XLII do art. 5º, agora literalmente reproduzido: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

32. De pronto, atina-se com a relevância constitucional do assunto. Dos 77 (setenta e sete) dispositivos em que se desdobra o art. 5º da Carta Maior de 1988, apenas 3 (três) são diretamente *criminalizadores* de conduta. São os incisos XLII a XLIV, e um deles, justamente, faz da prática do racismo a sua hipótese de incidência. Logo, mais que genérica ou anódina ilicitude, mais que uma caracterizada contravenção penal, **o racismo é crime**. E crime tão inafiançável quanto imprescritível e ainda sujeito à pena de reclusão. Tudo por expressa vontade da Constituição.

33. Há mais o que dizer, pois ao rol dos comportamentos que o Texto Magnó categoriza como preconceito (inciso IV do art. 3º) o **único deles assim tachado de criminoso foi o racismo**. Como um pouco mais para a frente voltarei a comentar.

• A significação coloquial do substantivo "prática"

34. Por enquanto, mais importante me parece conhecer do núcleo semântico ou base significativa do substantivo feminino "prática". É o mesmo que dizer: a palavra de que se valeu o inciso transcrito foi recolhida do vocabulário comum do povo, ou, em sentido oposto, a ela foi emprestado um significado da própria técnica jurídica? Somente explicitável, então, à luz de um vocabulário jurídico-positivo?

35. A resposta já se patenteia. Nenhum outro elemento da própria Constituição concorre para negar ao termo "prática" aquele sentido de *moda corrente vernacular*. Aqui, como em tantas outras passagens do seu falar normativo, a *Constituição-cidadã* primou por uma linguagem usual, comum, desde sempre conhecida daquela *massa onômica* de que falava Gilberto Freyre no monumental ensaio de sociologia e antropologia brasileira que é o livro *Casa Grande e Senzala*.

36. De todos os ramos jurídicos, sem dúvida o Direito Constitucional é o que mais se utiliza de uma estrutura popular de linguagem, conforme, aliás, vive oportunamente de escrever já no distante ano de 1982, na boa e inesquecível companhia do jurista e pensador Celso Ribeiro Bastos. Dissemos, na ocasião:

"Quanto ao seu revestimento lingüístico de traço coloquial — já foi assinalado —, a Constituição se revela como uma carta de nacionalidade ou estatuto de cidadania, na medida em que dirige o seu discurso normativo a todos os membros da sociedade política — e não apenas a determinados segmentos sociais ou categorias profissionais —, de modo inicial.

Instrumento inaugural de regulação das vivências coletivas, a Lei Suprema é redigida, em certa medida, à feição de cartilha de primeiras letras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquelas palavras e expressões de uso e domínio comum. É a primeira voz do Direito aos ouvidos do povo, seu principal endereço normativo, compondo um discurso que será tanto mais recepcionado quanto se utiliza de instrumental terminológico já conhecido" (em Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pp. 24/25, Editora Saraiva).

37. Era assim também que doutrinava o tão portentoso quanto pranteado **Geraldo Ataliba**, pois é dele próprio esta lapidação de jôis de pensamento: "A interpretação constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos. Na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário a preferência recai sobre o sentido técnico, sendo que a aceção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma aceção técnica" (em *Elementos de Direito Tributário*, p. 238, Editora Revista dos Tribunais, ano de 1978).

• O substantivo "prática" enquanto comportamento ambivalentemente concreto e abstrato

38. Pois bem, é ainda no senso comum das pessoas que o verbo "prática" assume o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduz no fato

de o ser humano sair de si mesmo. Atuar. Vir à tona da existência. *Experienciar* a vida, enfim, sem a sutileza da distinção (e aqui desfazemos uma cogitação que cheguei a verbalizar na sobreditada sessão plenária do dia 26 de junho transato) — sem a sutileza da distinção entre a postura abstrata e solitária do escrever e a postura concreta e social do agir, pois ambas as formas de extrapolação do puro psiquismo humano são materializações de conduta; quer dizer, tudo é comportamento, interação, empirismo existencial, trajetória de vida em recíproca interferência.

39. Por esse prisma do mais generalizado sentido da palavra, serve-se melhor ao desígnio constitucional de combater o preconceito racial. Cumpre-se bem mais o imperativo hermenêutico da efetividade da Constituição. Pois a tipificação do racismo passa a ocorrer tanto por palavra quanto por ação. Palavra escrita, ou oral. Ação que signifique realizar um trabalho, produzir uma obra, exteriorizar uma opinião, *mimetizar* ou *gestuar* uma comunicação. Só escapa mesmo da increpação, lógico, o ato psíquico de pensar. Uma vez que “pensar não ofende” — é o que se diz amíúde —, desde que o pensador permaneça mudo ou evite gesticulação inequivocamente reveladora de propósito relacional discriminador.

40. Não se fale, porém, que esse modo mais à solta de interpretação padece do defeito de solapar a base significativa de duas espécies constitucionais de liberdade: a liberdade de manifestar o pensamento (inciso IV do art. 5º, sob esta conhecidíssima direção: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”) e a de expressar a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX do mesmo art. 5º, vocalizado por esta forma: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”). Assim não se argumente, porquanto ilusório é esse temor de ver privados de espaço de incidência os dois estes modelos de autonomia de vontade. Como passo a demonstrar, de imediato.

* A diferenciação entre “uso” e “abuso” da liberdade de expressão

41. Que a *Lex Maxima* declara e garante a liberdade de expressão, é juízo que ninguém desconfirma. Liberdade tanto para manifestar o pensamento (exteriorizá-lo, portanto) como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica, ou de comunicação. Ponto pacífico. Uma coisa, porém, é a liberdade de que desfruta quem quer que seja para dizer o que quer que seja (em poema antigo, cheguei a trocadilhar que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade), ou, ainda, para trazer à ribalta suas incursões pelos domínios da Arte, do Intelecto, da Ciência, ou da Comunicação; outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente.

42. Deveras, o que a Lei das Leis garante a cada ser humano é um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação. O abuso e o agravo são questões que somente a *posteriori* se colocam. E para combatê-los é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do art. 5º, segundo o qual “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; b) o

inciso X do mesmo art. 5º, a saber: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

43. Agravo e abuso passam a ser ventilados, portanto, já no plano da reação de outrem; sendo que o agravo suscita o exercício de um direito de resposta que nem depende de processo de apuração de transbordamento da originária autonomia de vontade. O abuso, no entanto, pressupõe a constatação processual do transbordamento daquela primitiva autonomia de vontade. Um transbordamento que só é transbordamento por violar uma outra e alheia autonomia de vontade, também juridicamente prezada. Mas a premissa da Constituição é uma só: **não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão** (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrolabilidade da sua apriorística manifestação). Sendo que esse fraseado em si — “liberdade de expressão” — alcança as duas tipologias de liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no *quodtripartite* domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação.

44. Pontue-se bem a diferença: do ângulo da autonomia de vontade de quem fala, escreve, gesticula, ou ainda de quem produz uma obra de natureza artística, intelectual, científica, ou de comunicação, o que se tutela de forma até absoluta é o direito mesmo de fazer algo ou passar para outrem u'a mensagem, um recado, uma obra. Transformar em ação ou coisa objetiva algo até então subjetivo. O que se traduz no exercício do direito de não sofrer impedimento ou censura prévia nesse ato mesmo de agir ou de dirigir-se a terceiros. E uma vez operado esse transpasse de um momento psíquico de vida humana para um momento fático de vida social, realizada fica essa espécie de autonomia de vontade. Se se preferir, é no instante mesmo de materialização da autonomia de vontade que o direito subjetivo se realiza e a Constituição resta plenamente respeitada. Mas ele, direito subjetivo, tem no próprio instante de sua realização o exaurimento do seu conteúdo; quero dizer, não incorpora a si a força de bloquear posturas reativas de terceiros eventualmente prejudicados nas respectivas autonomias de vontade.

45. Veja-se então o outro ângulo, que é o prisma de quem se sente vítima de agravo ou de abuso no exercício da primeira modalidade de autonomia de vontade. Agora, o que se protege é: primeiro, o direito de resposta; segundo, o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade, com o fito de responsabilização tanto civil quanto penal (se for o caso) do agente abusivo; pois é óbvio que a tutela penal de certos valores — como a honra pessoal e a não-submissão a práticas racistas, por hipótese —, implica a possibilidade de acesso a uma jurisdição especificamente criminal. Para além, portanto, daquele singelo direito de resposta e até mesmo da prefalada reparação civil.

* A conciliação entre o uso da liberdade de expressão e o direito de não sofrer discriminação

46. Não que o sujeito pegado em abusividade fique, a partir daí, proibido de reexercitar sua liberdade de pensamento ou de manifestação intelectual, artística, científica, ou de comunicação. Não! A abusividade se questiona e se afere é caso-a-caso ou a cada nova manifestação de autonomia do primeiro tipo de vontade. Reimiciando-se o ciclo de reclamação, apuração, constatação e apenamento do abuso, acaso empírica-

mente repetido. Porque somente assim é que se conciliam o direito de uso, de uma banda, e o direito de não sofrer abuso, de outra. É rematar: como não se pode afastar aquela premissa constitucional de que não é pela possibilidade do abuso que se vai coibir o uso, o direito de não voltar a sofrer abuso se resolve mesmo é pela repetição do sancionamento do infrator reincidente (pois, ainda que ele se encontre em regime de aprisionamento ou custódia estatal, ainda assim permanece titular do direito à liberdade de expressão).

47. As coisas se encaixam. Se o titular da primeira autonomia de vontade pode bater às portas do Judiciário para não sofrer constrangimento apriorístico ou de antemão, valendo-se do lapidário princípio constitucional de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (inciso XXXV do art. 5º), não tem, entretanto, o poder de impedir que terceiros também se valham do mesmo dispositivo maior para reclamar da violação da autonomia de vontade deles, ofendida, precisamente, por efeito da excessiva manifestação da primeira.

48. Os dois momentos de licitude são estes: a) o primeiro sujeito de direito não pode ser obstado, por antecipação, quanto à sua liberdade de manifestar ou de voltar a manifestar um pensamento, ou, ainda, de desempenhar ou tornar a desempenhar aquelas outras quatro atividades (a literária, a científica, a artística e a de comunicação); b) correlatamente, o segundo sujeito de direito também não pode ser obstado em sua pretensão de punir o autor da conduta extravasante, quantas vezes o extravasamento vier a conspurcar a sua (dele, segundo sujeito de direito) autonomia de vontade.

• *As excludentes constitucionais da abusividade*

49. Três comportamentos, todavia, são especialmente normados como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Matéria que também faz parte da altissonante *nominata* dos direitos e garantias individuais, a saber: "ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei" (inciso VIII do art. 5º). Logo, de fora a parte essa ressalva que se lê na parte final do dispositivo, a liberdade de expressão ganha um decidido reforço constitucional. Desde que utilizada, evidente, numa das três explicitadas esferas da mais íntima subjetividade humana: a crença religiosa, a convicção filosófica e a mandividência ou cosmovisão política.

50. É bom repetir: com essas três excludentes de abusividade no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e das sempre lembradas atividades artística, científica, literária e de comunicação, a Constituição homenageou três aspectos fundamentais da ontologia humana: o anseio de infinito (que é a busca da religião da criatura ao Criador), a inata curiosidade pela produção de um tipo tão especulativo quanto universalizante do saber (*núcleo duro* de toda investigação filosófica) e, finalmente, a formulação de doutrinas e teorias que tenham na estruturação e funcionalização otimizada dos Estados e dos Governos o seu específico objeto (fórmula simplificada de compreensão da Política enquanto Ciência e enquanto arte de governar). Mas com este acréscimo de ideia: a convicção política de que trata o Código dos Códigos é aquela

que materializa o fundamento republicano-federativo de nome "pluralismo político" (inciso V do art. 1º). De conseguinte, atividade que ora se contém no fechado conteúdo programático de uma determinada agremiação partidária, ora se exprime numa concepção estritamente pessoal do modo *optimum* do próprio linguajar corrente da população (espaço ideal de materialização das primárias relações entre governados e governantes e ainda entre os próprios Estados e Governos soberanos).

• *A significação também coloquial do substantivo "racismo"*

51. Neste novo tópico de tentativa de revelação da vontade constitucional, ajuzo que também o termo "racismo" foi usado em sentido coloquial. Não foi outra a intenção da Lei Maior senão a de pinçar o vocábulo do próprio linguajar corrente da população. Até como condição de facilitada compreensão e cumprimento de um preceito a que ela, Constituição, emprestou a mais forte coatividade.

52. Esse núcleo semântico popular figura em dicionários da língua portuguesa e até de outros idiomas. Consultei muitos deles e verifiquei a ambivalência do termo. Ora ele é usado para se referir à discriminação das pessoas de cor negra, ora é utilizado para se reportar à discriminação desse ou daquele povo de mais pronunciada diferenciação histórico-cultural. Não diferenciação antropológica ou por caracteres físicos, visto que, à luz da Antropologia (como à luz da Genética, da Geografia Humana, da Biologia ou de qualquer outra Ciência Natural), os homens não se compartimentam em raças; mas, repise-se, uma diferenciação histórico-cultural, resultante de um tipo especial de predomínio como que atemporal: o predomínio do *sangue* sobre o território. É aclarar: seja qual for o território estatal onde se encontrem certos povos de ancestralidade comum, o elemento de identidade ou da mais íntima agregação dos respectivos membros é tal ancestralidade mesma. Não o vínculo jurídico de nacionalidade que venha a decorrer das leis vigentes naquele território de domínio de um particular Estado. Nesse sentido, é de se conferir, por amostragem:

I - "(...) O racismo, portanto, não é uma ideologia que tem somente os 'negros' como objeto, o que nos permite levar em conta a observação de que os judeus e irlandeses, por exemplo, foram objeto de ideologias racistas (...)" (Cashmore, Ellis. *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. São Paulo: Summus, 2000, p. 461).

II - "(...) A ideologia racista, retomada pelos chefes do nazismo, resultou no anti-semitismo (...). As teorias racistas não ficaram limitadas à Alemanha; haviam sido utilizadas pelos eslavos, antes de 1914, para fundamentar o pan-eslavismo. Assumiram grande importância nos EUA com o problema dos negros (...)" (*Grande Enciclopédia Delta Larousse* Rio de Janeiro: Editora Delta, p. 5648).

III - "(...) Se, através da história, as teorias racistas foram elaboradas sobretudo contra os negros e judeus, não se pode decerto afirmar que só eles têm sido vitados (...)" (Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola, Pasquino, Gianfranco. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacasís e Renzo Dini. *Dicionário de Política* Brasília: Editora UnB, p. 1060).

53. Veja-se bem: enquanto vocábulo vulgarmente dicionarizado, o racismo é visto como discriminação ou preconceito. Mas uma discriminação ou preconceito que principalmente abarca, na sua esfera de concreta incidência, duas distintas realidades: a realidade dos negros e a realidade daqueles povos (organizados ou não em Estado soberano) que mais se distinguem dos outros por um pronunciado perfil histórico-cultural. É a via de cognição que passo a palmilhar, sem mais tardança.

* *A ambivalência do termo "racismo"*

54. Já ficou assentado, linhas atrás, que a *Norma Normarum* vocalizou o termo "racismo" em duas oportunidades (a respeito das relações internacionais do Brasil e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos). Porém é preciso aduzir que em nenhum desses dois momentos o legislador constituinte se deu ao trabalho de explicitar que tipo de sujeito de direito se encaixaria no âmbito pessoal de incidência da normatividade constitucional. Falou de racismo, e só. Como se a palavra fosse auto-explicável quanto àquelas pessoas a quem se visou proteger da sua (dele, racismo) deletéria prática.

55. Num primeiro *golpe de vista*, o intérprete fica propenso a sinonimizar racismo e raça, pelo fato de que este último vocábulo ("raça"):

I - foi literalmente citado pelo inciso IV do art. 3º do Código Supremo, de par com outras modalidades de preconceito ("promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação");

II - foi também literalmente apartado do vocábulo "cor", no mesmo inciso IV do art. 3º da Constituição, impelindo o exegeta a deduzir que preconceito de raça e preconceito de cor são figuras jurídicas distintas.

56. Ora, se o Código Político Republicano fala de preconceito de raça e ainda separa esse preconceito daquele referente a cor, então parece lógico inferir que racismo não é preconceito de cor, mas de raça. Unicamente de raça.

57. Acontece que esse tipo semanticamente restritivo de interpretação conduz ao paradoxo de negar a um só tempo:

I - a história mesma do Brasil, toda ela tão discriminadora dos negros que chegou ao cúmulo de fazer da escravidão desses nossos irmãos um instituto jurídico. E que perdurou do início do segundo século do descobrimento do País até a redentora data de 13 de maio de 1888 (daí por que a última lei federal sobre o racismo, a de nº 9.459/97, é datada de 13 de maio);

II - as particularidades do processo constituinte de discussão dos temas afinal positivados na Constituição-cidadã de 1988, sabido que toda a regração atinente ao racismo se deu por inspiração do Movimento Negro e específica proposta dos deputados federais **Carlos Alberto Casó** e **Benedita da Silva**, ambos de pele negra (conforme, aliás, noticiado nos lícidas votos dos ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa). O mesmo deputado **Carlos Alberto Casó**, ajunte-se, que tomara a *exitosa iniciativa da própria Lei 7.716/89*;

III - a linguagem popular de ontem e de hoje, aqui nesta nossa "Terra de Santa Cruz", que tem o racismo como palavra imediata e preponderantemente significativa de preconceito de cor, e cor negra, enfatize-se.

58. É isto mesmo. Excluir a negritude do raio de aplicabilidade do comando constitucional vedatório do racismo é pensar e sentir a partir de uma realidade que não é a brasileira. Certamente não. E não ter ouvido falar sequer do citado livro *Casa Grande e Senzala*, do sociólogo **Gilberto Freyre**, ou de poemas como "Vozes d'África", do vate **Castro Alves**; ou de ensaios como *O Povo Brasileiro*, do antropólogo **Darcy Ribeiro**, páginas de cuja leitura ainda escorem o sangue, o suor e as lágrimas de uma gente que, tão-somente pelo azeviche da sua pele, era tratada como coisa. Pior ainda, era tratada como se fosse fera, bicho, animal. "Alimária do universo" ou "pasto universal", como escrito no poema castrense "Vozes D'África". E de cujo incomparável drama fala e chora e frene e terra de dor e de indignação o monumental poema "O Navio Negroiro", do mesmo vate sublime da Bahia, como se lê destes versos que ainda ecoam no tribunal das nossas consciências:

"E existe um povo que a bandeira empresta
P'ra cobrir tanta infâmia e cobardia!
E deixa-a transformar-se nessa festa
Em manto impuro de bacante fria!
Meu Deus! meu Deus! mas que bandeira é esta
Que impudente na gávea tripudia?!...
Silêncio!... Musa! Chora, chora tanto
Que o pavilhão se lave do teu pranto..."

Auriverde pendão da minha terra,
Que a brisa do Brasil beija e balança,
Estandarte que a luz do sol encerra,
E as promessas divinas da esperança...
Tu, que da liberdade após a guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança,
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!...

Fatalidade atroz que a mente esmaga!
Extingue nesta hora o brigue imundo
O trilho que Colombo abriu na vaga,
Como um frís no pélogo profundo!
... Mas é infâmia demais... Da etérea plaga
Levantai-vos, heróis do Novo Mundo...
Andrada! Arranca este pendão dos ares!
Colombo! Fecha a porta dos teus mares!"

59. Numa frase, o racismo de que trata a Constituição não é excluído da realidade dos negros. Não pode ser. É termo exigente de um tipo histórico-cultural de interpretação que atenta para a mais viva história do povo, da geografia, das instituições e dos costumes do Brasil. E que, se desprezado, terminaria por liberar o crime de discriminação contra ela, a negritude, daqueles dois mencionados fatores de inibição: a inafiançabilidade e a imprecritibilidade. É, enfim, desconsiderar o que realisticamente ensinou Darcy Ribeiro, com estas palavras:

"A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele" (em O Povo Brasileiro, editora Companhia das Letras, p. 225).

60. Urge reconhecer, porém, que é também da tradição brasileira falar-se de raça para além da referência aos negros. Embora com bem menor constância e crueldade (ou até, por vezes, de forma elogiosa), a palavra é usada como signo distintivo de outros segmentos humanos, ora na sua virginal condição de "nativos" (situação dos índios), ora tidos como apátridas (caso dos ciganos), ora procedentes de um outro Estado-nação. Donde nos soar como familiares as expressões "colônia alemã" do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, "colônia italiana" e "colônia japonesa" de São Paulo, "colônia espanhola" da Bahia e assim avante.

61. É nesse contexto brasileiro de multiracialidade para além da cor da pele (ou seja, não apenas em função da negritude) que os ciganos, por exemplo, têm experimentado o gosto amargo da discriminação; pois o seu atávico nomadismo tem servido de escudo pretexto para serem tachados de cabalistas, endogâmicos, desprofissionalizados e pouco afeitos a regras mínimas de higiene corporal e coisas assim desprimorosas. Modo social de ver que também estigmatiza os nossos índios, não raras vezes injustamente citados como indolentes, vulneráveis a doenças endêmicas e epidemias, indisciplinados para o trabalho e pouco dispostos a permutar suas primitivas crenças politeístas pela doutrina monoteísta e cristã da Igreja católica apostólica romana.

62. Um último fundamento em prol dessa abrangência dúplice do termo "racismo" está em que o nosso Legislador Constituinte laborou num período em que mais fortemente permaneciam na ciência dos doutos e no imaginário popular duas tristemente célebres ignominias mundiais: a) o *apharted* que se abatia sobre a população negra da África do Sul; b) a sistemática perseguição genocida que o nazismo empreendeu contra o povo judeu que habitava os territórios sob ocupação alemã, no curso da Segunda Grande Conflagração.

** A distinção e ao mesmo tempo a identificação possível entre "raça" e racismo "*

63. De toda maneira, duas afirmativas aparentemente contraditórias tomam corpo: a) racismo não é preconceito de raça, propriamente, se a palavra "raça" for considerada à luz de qualquer das chamadas Ciências Naturais; b) racismo é preconceito de raça — como não? —, se o vocábulo raça for encarado enquanto modo de falar, sentir e praticar da população nacional. Logo, enquanto modo histórico-cultural de ser brasileiro. Que é um modo ambivalente, porquanto incorporador dos negros e dos grupos humanos ainda há pouquinho referidos. Grupos, a seu turno, juridicamente vinculados a um só Estado soberano, ou difusamente domiciliados em muitas outras dessas unidades estatais. Pouco importa.

64. Se no inciso IV do seu art. 3º a Constituição de 1988 distinguiu entre o preconceito de raça e o preconceito de cor, foi para falar de raça no restrito sentido de grupo ou segmento humano de características histórico-culturais próprias. Inconfundíveis com a de qualquer outro. Mas identificados, todos eles, por uma cor não-negra de pele; isto é, **pela cor da pele sem tonalidade negra**.

65. Agora, se a Carta de Outubro já não voltou a falar de "raça", preferiu grafar apenas o termo "racismo" (inciso VIII do art. 4º e inciso XLII do art. 5º), já não foi para separar as duas modalidades de preconceito. Foi para unificá-las. Para dizer, em suma, que a prática do racismo é crime em mais de um sentido. Crime contra os indivíduos de cor negra, tanto quanto crime contra os indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento.

** O sentido constitucional do vocábulo "preconceito" ou "discriminação"*

66. Essas noções ainda mais se aclaram, se complementadas com a revelação do sentido constitucional dos vocábulos "discriminação" e "preconceito". Que são palavras rigorosamente sinônimas ou equivalentes, porque assim é que está no inciso IV do art. 3º da Carta de Outubro, *in verbis*: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

67. Assim também é como os dois verbetes são versados nos dicionários da língua portuguesa. E vocalizados pelo homem comum do povo. Com a ressalva, lógico, de que toda discriminação é diferenciação, mas nem toda diferenciação é discriminação.

68. No Texto Maior de 1988, contudo, a própria ressalva nem é de ser feita. Aqui, discriminação é diferenciação em um único e inequívoco sentido: aquele tipo de diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas. Que diminui a auto-estima delas. Que faz incidir sobre elas um juízo depreciativo, **aprioristicamente formulado**. Porque traduzido num pré-conceito! Num conceito prévio, portanto, que se pretende impor à realidade. Não extraído da realidade ou autorizado por ela, como se dá, agora sim, com a elaboração mental chamada de **conceito**.

69. Em palavras outras, discriminar ou **preconceitualizar** é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhantemente desigual. Nela introjetando um sentimento de inata hipossuficiência. É dizer, forçando-a a entretecer de modo menos obsequioso, quando não grosseiro de todo, ou até ostensivamente indigno, as chamadas **relações de base**. Que são as relações que mais definem o perfil de uma sociedade. Por isso mesmo que predominantemente cívicas, por se constituírem das interações mais corriqueiras, mais cotidianas, mais imediatas ou de maior contigüidade, como as que se dão na esfera das seguintes instituições privadas: condomínios, igrejas, escolas, clubes, sindicatos, partidos, praças ou ginásios esportivos e ainda empresas do tipo supermercado, farmácia, *shopping*, restaurante, cinema, hotel, bar, mercearia, lanchonete, etc. (tal como figurantes, grosso modo, da própria Lei Federal nº 7.716/89). Mas que terminam por **contaminar** aquele tipo de interação que se trava nos próprios recintos que servem de base física para os órgãos e entidades da Administração Pública, tais como postos de saúde, hospitais, estabelecimentos de ensino, rodoviárias, aeroportos, estações ferroviárias e terminais hidroviários (também listados, mais ou menos de forma genérica, pela mesma Lei Federal nº 7.716/89 como espaços de proibida manifestação de preconceito).

70. Esse modo tão acabrunhante quanto desarrazoado de tratar um ser humano é de tamanha gravidade que o discriminado é como que forçado a se sentir doente de um *deficit* de dignidade. Ou de cidadania. Como se pertencesse a um subgrupo ou a uma sub-raça. Amesquinhado, não no que ele tem, mas no que ele é. Experimentando, por conseguinte, um inexplicável sentimento de culpa — espécie terrível de *peccato original social* — e fazendo-o gemer de uma revoltante dor moral. Por vezes mais incômoda que a própria dor física.

71. Diga-se mais. A discriminação que teima em persistir por este “lado de baixo do Equador” (**Chico Buarque de Holanda**) pode se manifestar de forma tópica ou individual, mas se dá em razão de todo um conjunto humano de que o discriminado faz parte. É o caso típico dos negros, das mulheres, dos deficientes físicos, dos pobres, dos analfabetos e dos idosos. A significar, na prática, um estreitamento de ocupação daqueles espaços de convivência tão naturais quanto imprescindíveis.

72. Eis a razão por que tanto se fala, ultimamente, de “ações afirmativas” (de cujo domínio teórico dão sobejas demonstrações dois dos mais intelectualizados membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que são os ministros **Joaquim Barbosa** e **Marco Aurélio Mello**). Ações afirmativas de quê? Ações afirmativas da igualdade. Tanto da igualdade que tem sido recusada aos pobres (igualdade material) como da que tem sido negada aos segmentos sociais de que venho falando (igualdade civil); tudo por efeito de uma tão deformada quanto renitente cultura brasileira da intolerância (invariável suporte psicológico do preconceito). O que forçou a própria Constituição-cidadã a ir além da mera vedação das práticas discriminatórias para adotar, por conta própria, políticas públicas de caráter afirmativo. *Exempli gratia*, a “prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (inciso LXXIV do art. 5º); a reserva de um certo percentual de vagas, nos concursos públicos de provas ou de provas e títulos, para as pessoas portadoras de deficiência física (inciso VIII do art. 37); a redução, em 5 (cinco anos), da idade e do tempo de contribuição previdenciária das mulheres, para o efeito de aposentadoria estatutária (alínea “a” do inciso III do § 1º do art. 40); “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (...)” (inciso V do art. 203); a gratuidade dos transportes coletivos urbanos para os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos (§ 2º do art. 230).

• *O preconceito como fator de desigualdade civil-moral*

73. É esse *encardido* e sistemático estreitamento de espaço de movimentação que ofende, qual mortal efeito *dominó*, múltiplos princípios constitucionais. A começar, óbvio, pelo princípio da igualdade. Seja o princípio da igualdade material, especificamente previsto nos arts. 6º e 7º da Carta Magna (sob a adequada epígrafe de “Direitos Sociais”), seja o princípio mais imediato da igualdade civil (também adequadamente epigrafado como direito da espécie individual, conforme se vê do capítulo que encima o artigo constitucional de nº 5). Que já é uma igualdade do tipo moral ou no plano daquela dignidade que, de tão intrínseca ao ser humano, constitui um bem de personalidade (“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)”, é o que reza o art. 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos). Motivo por que o preconceito racial é criminalizado no âmbito mesmo do art. 5º da Lei Suprema, que é um artigo-

invólucro dos direitos e garantias individuais; ou seja, direitos e garantias do indivíduo enquanto indivíduo mesmo, a traduzir que ele, mais que parte de algo, é algo à parte. Mais que parte de um todo, é um todo à parte. Um microcosmo, então, ou uma totalidade-em-si. Cada um deles com essa dignidade máxima que é nascer e permanecer, *aos olhos da mãe-natureza*, como número único.

74. Ora, o que mais revela essa última espécie de desigualdade é uma intolerância para o fato mesmo de que a sociedade é plural. Necessariamente plural quanto aos grupos humanos de que ela se compõe — já foi consignado — e quanto ao sexo dos individualizados componentes desses grupos e, mais que o sexo, a cor da pele, a regionalidade, a etnia, a faixa etária, a preferência sexual, a convicção política, etc. Pelo que nenhum desses elementos de diferenciação deve servir de critério de avaliação da dignidade ou do caráter de ninguém. Tampouco da essencialidade, ou, ao contrário, da prescindibilidade social de quem quer que seja. Sob pena de se violar o excelso princípio da igualdade. Princípio que, de tão elementar à configuração da dignidade da pessoa humana (insista-se na proposição), comparece duas vezes no *caput* do mesmo art. 5º: a primeira, para igualar as pessoas diante do Estado-legislador; a segunda, perante a sociedade civil por inteiro.

75. Praticar o preconceito, por consequência, é desrespeitar de forma imediata ou instantânea o princípio constitucional da igualdade civil-moral. No mesmo e sóturo tom, é insurgir-se contra um outro valor constitucional de composição social genérica: o pluralismo. Ele, pluralismo, que é concebido pelo preâmbulo da Constituição como um dos traços ideais da sociedade brasileira que a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 buscou instituir. Ao lado, como sabido, da fraternidade e da ausência, justamente, de preconceitos.

76. As coisas voltam a se encaixar. Acositar o pluralismo é a resultante natural da ausência de preconceito. E quando o preconceito deixa de ocupar espaço, quem passa a ocupar esse espaço é a fraternidade. Desde que se entenda a fraternidade como penso que a Magna Lei entendeu: uma comunhão de vida. Uma vida em comunidade (*de comunhão*). Uma convivência orgânica, timbrada pelo respeito de cada parte ao todo e do todo a cada parte. Holisticamente.

77. É esse tipo de sociedade “fraterna, pluralista e sem preconceitos” que se põe como o desaguadouro ou o efeito lógico do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. De que o princípio da igualdade é primeiríssimo elemento, como tantas vezes realçado.

78. Enfim, uma sociedade que desfrute dessa tripla característica central do não-preconceito, do pluralismo e da fraternidade é a única a merecer o nome de sociedade civilizada. Única a se confundir com a pura substância ou a *carne viva da Democracia*. E esse vínculo orgânico entre Democracia e sociedade civilizada (porque pluralista, fraterna e sem preconceitos) foi desenhado nas *pranchetas* da própria Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, de que dá formal testemunho o referido preâmbulo da Magna Carta, assim legendado:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."

79. Que ainda me seja permitido dizer que esse tipo ideal de sociedade é que o que mais eleva a auto-estima do povo. E nem é preciso enfatizar que um povo de elevado auto-apreço é o que melhor *digere* as suas inquietações, os seus cotidianos problemas, nos marcos da própria legalidade. Sem traumáticas rupturas institucionais, portanto.

• *Os modos direto e indireto de ser do racismo*

80. Já decidido a rematar a fundamentação jurídica deste longo voto, passo ao enfrentamento de uma derradeira questão: os modos de ser do racismo, do ângulo de quem o pratica. Para tanto, recordo que o Magnó Texto Federal estatuiu que "a prática do racismo" é constitutiva de crime. Tipificadora de delito, consequentemente. E o substantivo "prática" me parece abrangente assim da atuação direta como da conduta indireta do agente. Operando esta última pelas figuras da incitação e do induzimento. Incitar, como sinônimo de agitar ou instigar sem meios-termos. Escancaradamente ou a força aberta, portanto. Induzir, a seu turno, como vocábulo sinônimo de instigação insidiosa ou por meios subliminares. Sorrateira ou escondidamente, então. Mas uma e outra forma de discurso a se unificar pelo propósito de quebrantar — quando não de anular de vez — o senso crítico de outrem.

81. Que pretendo dizer com esta anotação? Que não faz sentido o seccionamento comportamental (prática de um lado e as duas outras figuras de outro, como atenuadamente fez a Lei nº 7.716/89). Tudo é racismo, tudo é tipificação direta. Pouco importante se o crime se dá por ação própria e imediata do agente, ou se ocorre por aliciamento ou cooptação da conduta alheia. O que interessa, para a Constituição, é a intersubjetividade da revelação do preconceito. Não os meios utilizados para tal exteriorização, ou a forma pela qual o discriminador se enlaça a terceiros.

82. Dito de outra forma, à lei não é dado empobrecer a funcionalidade do comando constitucional, na matéria. Pois separar a ação de praticar da ação de incitar ou induzir é liberar estas últimas das cláusulas de inafiançabilidade e de imprescritibilidade que acompanham a primeira. A revela da Constituição, por certo, que forceje por inibir com especial rigor toda e qualquer manifestação racista.

83. Efetivamente, não se pode olvidar que foi a Constituição mesma que parificou racismo e terrorismo (como exsurge do inciso VIII do art. 4º), usando contra as duas condutas a veemência da palavra "repúdio". Depois, utilizou-se de dois diferentes versículos para cobrir todas as modalidades possíveis de preconceito; isto é, usou de um dispositivo em separado para proibir unicamente a discriminação racial (inciso XLII do art. 5º), colocando sob um outro comando, imediatamente anterior, todos os demais **preconceitos** (inciso XLI, assim *textualizado*: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"). Fundamental distinção que o legislador ordinário, no entanto, deixou de considerar na lei aqui seguidamente citada, que foi a de nº 7.716/89.

84. Não é tudo. Além de versar em separado a vedação do racismo, isolando-o de todas as outras formas de discriminação, apenas para ele, preconceito racial, é que a Magna Lei sacou da tipificação incriminadora. E não se contentou com essa criminalização, ressaltou. Clausulou-a como inafiançável e imprescritível. Tão imprescritível quanto aquela gravíssima ação de grupos armados, civis ou militares, atentatória da ordem constitucional e do Estado Democrático (inciso XLIV do art. 5º).

85. Neste *bem plantado sítio* da fala constitucional, destarte, por ser um *locus* de incomum propósito coibidor de condutas, não há falar em exegese restritiva. O acanhamento interpretativo alquebra a força normativa da Constituição. Atenta contra o princípio instrumental da máxima efetividade da Lei das Leis. Até porque não se trata de interpretar um comando de puro Direito Penal, mas de Direito Constitucional-penal. Sob a égide de coordenadas hermenêuticas também constitucionais, sempre naquela perspectiva entremete dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da concepção final e holística de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos.

86. Então que fique assentado, de uma vez por todas, ser o vocábulo "prática" suficientemente lato para absorver o preconceito que também se exprime sob as formas da incitação e do induzimento. É a Constituição mesma que se deseja assim *mais à solta* interpretada, cabendo à lei, tão-somente, estabelecer os modos pelos quais se dá a discriminação direta e a de esguelha. Sem liberar nenhuma delas dos mecanismos constitucionais de reforço inibitório do crime, que são, precisamente, as cláusulas da inafiançabilidade e da imprescritibilidade.

• *Concreto agir do condenado, ora paciente*

• *A obra de Sigfried Elwanger Castan, segundo ele próprio*

87. Depois de priorizar a interpretação das normas, chego à fase da preponderante interpretação dos fatos protagonizados pelo paciente. E que o presente *habeas corpus*, uma vez passado pelo prévio e lógico juízo de sua admissibilidade — como efetivamente já passou —, não tem como deixar de exigir desta última Instância Julicante um tipo de subsunção em concreto. Que é a subsunção fato-norma, e esse fato é a prática ou não do racismo (que o paciente nega, tencionando com isso liberar-se da retrocitada cláusula da imprescritibilidade). Pois que, se praticado o crime, a impetração não tem como prosperar. De revés, se não praticado o delito, o *verit* é de ser deferido.

88. Seguindo a mesma trilha metodológica dos eminentes ministros que me precederam no estudo e emissão dos seus veredictos, o que me cabe, repito, é ver se o paciente cometeu ou não o crime de racismo (todos os ministros assim o fizeram). É como dizer: o que me incumbe enquanto julgador é saber se o brasileiro Sigfried Elwanger Castan abusou, ou não, da sua liberdade de expressão. Se extravasou, ou não, os limites jurídicos da sua autonomia de vontade, passando a discriminar todo o povo judeu. Porque dessa resposta é que depende o deferimento, ou, ao inverso, o indeferimento do *habeas corpus sub judice*. Sem que se possa levantar contra este modelo concreto de subsunção o argumento dos mais estreitos lindes probatórios do *heróico remédio* em que o *habeas* consiste.

89. Começo, então, pelo exame do próprio livro que o condenado-paciente escreveu, editou e pôs à venda: *Holocausto. Judeu ou Alemão? — nas bastidoras da Mentira*

do Século", que li em sua primeira e em sua última edição (à de nº 29). E o faço para dizer que, na visão do próprio Siegfried enquanto escritor, o livro em causa é **uma obra de pesquisa histórica**. Assim está no início da página que tem por título *Esclarecimentos iniciais do autor*, 29ª edição, fevereiro de 1989 ("O presente livro é o resultado de uma pesquisa histórica e vai apresentar fatos completamente desconhecidos da grande maioria, após o que o leitor terá a oportunidade de fazer o seu julgamento"), como se encontra, aliás, desde a nota que se lê ao final da página de "Apresentação" da obra, *litteris*: "Tratando-se de uma obra envolvendo Fatos Históricos, longamente pesquisados, que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas, o autor libera a reprodução e divulgação parcial de capítulos isolados deste livro".

89. Esse caráter histórico do livro é reiterado pelo paciente, ao final do seu estudo, conforme a seguinte e enfática passagem: "Este livro é resultado de minha pesquisa e representa, portanto, a minha verdade". E no alto dessa mesma página, que foi a de 309, também está escrito: "Se o leitor achar, após ler e releer os acontecimentos apresentados, que não está de acordo, só tem dois caminhos a tomar — Fazer sua própria pesquisa, procurando fontes mais honestas, ou continuar acreditando na mentira do século".

* O objeto de estudo e a finalidade do livro

90. Quanto ao objeto central de estudo do livro, ou objeto específico da pesquisa histórica acima referida, é o fato em si da **última guerra mundial**, ocorrida no período que vai de 1939 a 1945. Isto, numa perspectiva revisionista que tem por finalidade reabilitar a imagem do povo alemão. E retratar o quanto o Estado germânico sofreu de baixas humanas, prejuízos materiais e contração territorial. Noutros termos, o paciente-escritor se esforça por demonstrar que toda a História da Segunda Grande Guerra foi **contada pelos vencedores** (como que relembrando o general romano Marco Atílio Régulo, morto sob tortura dos cartagineses na Primeira Guerra Púnica e a quem se atribui o célebre lamento "ai dos vencidos!"). Daí que o povo alemão resulte exacerado pelos livros, filmes e documentários históricos, tanto quanto pelos principais órgãos internacionais de comunicação de massa como um povo imperialista, sanguinário, belicoso, arrogante e tomado de um tal furor anti-semita que se dispôs a diabolicamente planejar e firmemente executar o extermínio de mais ou menos seis milhões de judeus. Confinada, toda essa população judia, nos mais desumanos campos de concentração para, afinal, ser dizimada em câmaras de gás e fornos crematórios.

91. Esse propósito central do livro já se revela por uma citação de **Douglas Christie**, em antepágina de "Apresentação", assim grafada: "Ninguém tem o monopólio de apresentar o desenrolar de fatos históricos. Nunca deverá ser silenciada uma discussão, a esse respeito, por imposição de meios estatais". Como se revela, ademais, pelo próprio nome da editora do paciente, que é, simplesmente, "Editora Revisão".

92. Confessadamente, então, o autor-paciente se dispõe a fazer obra de Ciência (como sucede com toda e séria investigação da História). Para cimentar uma opinião que soa aos ouvidos do leitor como uma convicção político-ideológica: é preciso resgatar a verdade dos fatos e assim colocar os protagonistas da Segunda Grande Guerra em seus devidos lugares. Mais: *é preciso denunciar que as forças estatais vencedoras do Grande Conflito manipularam a opinião pública mundial para encobrir seu impeto de dominação internacional e as atrocidades que perpetraram contra os povos derrotados*.

Affadamento com uma organização israelense ultra-radical — esta, sim, não imperialista quanto racista e até mesmo terrorista, que é o sionismo internacional (apenas traduzo o que me pareceu o complexo *leit-motiv* do escritor-paciente). O que explica o fato de o beneficiário do *habeas corpus*, quando ainda réu, se proclamar um ideólogo. Nas palavras dele, paciente, "sua editora é ideológica, pretende levar adiante um ideal" (depoimento feito já no próprio juízo singular da comarca de Porto Alegre, às pp. 259v. e fls. 1070) do processo que tramitou pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

93. Numa síntese, o estudo em causa pretende-se multifário o bastante para transitar pelos concomitantes domínios da liberdade de manifestação do pensamento e da produção intelectual, científica e de comunicação, afluindo para o campo da convicção política. Ou da convicção político-ideológica, mais exatamente. Logo, estudo situado no campo do livre debate das idéias. É o que passo a examinar, incontinentemente.

* A obra do escritor-paciente, em si mesma.

94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), conveni-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das idéias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias). Apelando, então, para a própria razão ou o senso crítico do leitor. Não para aqueles baixos sentimentos, aqueles instintos menores que respondem pelo desvario das condutas humanas de cego apaixonamento. Incivilizadas, portanto.

95. Que me esforço por dizer? Esforço-me por dizer que, no contexto da obra que tem por autor **Sigfried Ellwanger Castan**, trilhei um caminho de nenhum deleite intelectual ou agrado literário. Mas sem poder negar a ele, paciente, o que é próprio dos estudiosos: a objetiva análise de fatos, ações, eventos, personalidades. De par com a capacidade de avançar idéias próprias na explicação de toda essa complexa fenomenologia. Exatamente como sucede em toda fauna que mereça o nome de intelectual, pois intelectual é todo aquele que propõe modelos de análise, ou que não aplica idéias alheias sem antes colocá-las sob o crivo da razão.

96. Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu (como, de fato, não gostei e ainda discordo, em boa parte). Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto à perspectiva revisionista do seu objeto e quanto à consistência da metodologia empregada na sua elaboração (caso dos autos). É que os episódios e personalidades que marcam a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção. A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfletado, da ridicularia ou da pasquinada (sem nenhuma alusão ao criativo e bem humorado jornal brasileiro "O Pasquim"). Do achincalhe e da prestidigitação intelectual. Que não é — convictamente afirmo — o caso da obra que li e rei com o máximo de atenção que me foi possível.

• *O viés ideológico das concepções do autor-paciente*

97. A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia. Daí que ele, escritor e paciente, faça da sua história de vida pessoal um eterno esforço por demonstrar que as coisas não se passaram como na explicação dos Estados vencedores.

98. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo oúrpel 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 consequente 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."

100. O mesmo calço jurídico-positivo ainda se vê no corpo da chamada "Lei de Segurança Nacional", cujo art. 22, § 3º, assim dispõe:

"Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

(...)

§ 3º - Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas."

• *O conteúdo do viés ideológico da obra em causa*

101. Quanto a esse viés ideológico do autor paciente, entendo que ele pode ser dividido em duas partes exatas: a) uma, manifestada nas duras críticas às Forças Aliadas da Segunda Guerra Mundial (especialmente à Inglaterra, os Estados Unidos da América, a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a Polónia, que o escritor acusa de responsáveis diretas pela irrupção do conflito armado e pela dizimação de cidades e populações civis da Alemanha, quando esta já se encontrava totalmente vencida); b) a outra, revelada na firme convicção de que tais forças aliadas foram instigadas e até financiadas pelo sionismo internacional, arquiinimigo do povo alemão.

102. Com efeito, a obra do paciente é toda ela repassada de demências 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 deveil 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 detetá-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 as quais se destacam os palestinos, egípcios, libaneses, sírios, jordanianos, iraquianos, iranianos, israelitas, norte-americanos, soldados das mais diversas nacionalidades, pertencentes à ONU, etc." ("Esclarecimentos Finais" da 29ª edição, p. 309).

103. Tudo isto é confirmado pela própria defesa judicial de 1ª instância, na qual se lê: "O acusado jamais praticou e jamais praticará qualquer ato de racismo contra quem quer que seja. E, do mesmo modo, jamais há de servir de âncora ao induzimento ou 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 Marcolpo Giordani — OAB/RS 23781 — fez chegar às mãos de cada Ministro desta excelso Corte de Justiça).

104. Pronto! Nessa candente passagem da defesa do autor-paciente eu enxergo a própria síntese do livro em tela. É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. É obra de quem professa uma ideologia. Ainda que pouco verossímil.

• *A contextualização da simpatia do autor pelo Estado e pelo povo alemão*

105. É certo — não se pode obscurecer — que o autor-paciente sai em defesa do Estado e do povo alemão, ao explicar os fatos caracterizadores tanto da primeira quanto da Segunda Grande Guerra. Mas é preciso ver o contexto em que o faz. Ele fica do lado germânico, sim, e chegou 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*).

107. No rigor dos conceitos, então, é praticamente impossível *etiquetar* a obra do paciente como preconceituosa, porque, para ele, preconceituoso é o Sionismo. Ele, Sionismo, é que propugna pelo fechamento de espaços à livre ocupação dos outros povos. Embaraçando a auto-afirmação coletiva alienígena. Quer dizer, o que incomoda e até mesmo humilha é o ar de superioridade, arrogância e intolerância judaico-sionista. Daí insistente o autor denunciar que os judeus não casam senão entre si e ainda antepõem o nome da sua nacionalidade ao nome da nacionalidade do país onde qualquer deles se encontre. Sempre e sempre sob a renitente e sectária ideologia sionista, ortodoxamente empenhada (segundo ele, paciente) em perpetuar esse desagregador estado de coisas.

Que, no fundo, é prejudicial a todo o povo judeu, porque desperta contra ele um sentimento de aversão.

108. Por outro aspecto, na obra que li e reli não encontrei apologia à guerra. Bem ao contrário (elucidativa é a p. 43 da última edição, a esse respeito). Tampouco o boicote a produtos ou pessoas de nacionalidade judaica. Muito menos o extermínio físico de quem quer que seja (extermínio que o paciente nega fosse a real intenção de Hitler, como está no alto da p. 149 da 2ª edição). E sempre que o livro fala de condutas odientas, ou mistificadoras, ou mentirosas, é para criticá-las (como se vê da parte inicial do capítulo dedicado ao "Linchamento de Nuremberg", p. 194, também da última edição). Deixando claro que ele, *Sigfried*, é homem de caráter. E que jamais defenderia a tese imoral de que os fins justificam os meios.

109. Essas, à meu sentir, as *impressões digitais* do livro. Já estampadas, aliás, no título por ele portado: *Holocaustos Judeu ou Alemão? — Nos bastidores da Mentira do Século*. Um livro que verifiquei se achar catalogado como de livre circulação mundial, conforme qualquer pessoa pode comprovar pela consulta ao site "amazon.com", da internet, de alcance mundial.

110. Como síntese das sínteses, e sempre atento ao fato de que o livro do autor-paciente labora mesmo é no macro-espaço das relações entre Estados, povos e governos soberanos, concluo que o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inciso VIII do art. 5º, antecedentemente transcrito).

• Os demais livros editados pelo paciente-autor

111. Por fim, acerca dos demais livros editados pelo paciente-escritor, não me foi possível adquirir e ler todos eles. Folhei dois deles, apenas (*Os Conquistadores do Mundo*, do húngaro *Louis Marschalko*, e *Hitler — Culpado ou Inocente?*, do brasileiro-acadêmico Sérgio Oliveira, 2ª edição), e o que posso dizer é que são bem escritos e seguem a mesma toada do livro de autoria do escritor *sub judice*: dar uma outra versão dos fatos ensejadores e caracterizadores do Segundo Grande Conflito Armado do século XX. E batendo na mesma tecla de denúncia da pretensão suprema racial judaica e

particularmente contra o Sionismo, conforme se extrai deste epílogo do livro de *Marschalko* (p. 215):

"A luta pela liberdade travada pelos trabalhadores húngaros, camponeses e classes médias coloca todos os homens de boa vontade sob uma obrigação muito forte. Ela afeta não apenas os húngaros mas todos os países da Terra. Nós temos de juntar forças para quebrar o poder dos conquistadores do mundo, do contrário haverá uma terceira guerra mundial e os sobreviventes ou serão ignóbeis escravos do mundo judaico ou serão frangalhos humanos e imbecis degenerados pela radiação atômica e pelos efeitos do estrôncio.

Foi essa crença, e não o ódio, que me compeliu a escrever este livro. Nós não somos anti-americanos, porque nós gostamos de fazendeiros americanos e os admiramos, como também somos admiradores dos trabalhadores e pioneiros americanos. Nós, os europeus, só não gostamos dos americanos de Morgenthau e de Baruch. De maneira semelhante, não somos inimigos do povo russo, mas somos inimigos mortais da União Soviética de Kaganovich e do bolchevismo judaico.

No futuro, se houver paz no mundo, não deverá haver nenhum 'povo eleito', mas sim apenas nações livres, com direitos iguais. Esta é a única verdade, e no fim a verdade certamente prevalecerá."

112. Quanto às duas outras publicações objeto da denúncia promotorial pública, o que posso dizer é que os seus autores são conhecidos (*Henry Ford* é o famoso industrial da montadora multinacional Ford de automóveis, entre outros títulos, e *Gustavo Barroso* foi membro e presidente duas vezes da Academia Brasileira de Letras) e elas circulam, também livremente, por Estados como a França e a América do Norte (mesmo site *amazon.com*). Mas os próprios títulos dessas obras também sinalizam o idêntico propósito de falar dos judeus como eternos pretendentes à conquista do mundo, sob inspiração e decidida militância sionista. O que não tenho como prática discriminadora (mesmo sem aderir, pessoalmente, a tais pontos de vista), porque desacompanhada daqueles argumentos que buscam entorpecer o raciocínio do leitor e conduzi-los à liberação de instintos bestiais (como de instinto bestial é, de fato, a prática do racismo).

113. Consoante falado no tópico referente à "Questão de Ordem", enquadrando tais edições no âmbito da liberdade de iniciativa do autor-paciente enquanto empresário, notadamente porque são obras que levam a assinatura dos referidos escritores e pelas quais o paciente não deve responder nem no plano cível nem no plano criminal. Além do que também situadas no mais protegido campo constitucional da convicção política, pois é fato que centralmente versantes sobre aquelas já mencionadas relações entre Estados, povos e governos soberanos.

• Fecho

114. Aqui termino este alongado e certamente enfadonho voto, citando dois pensadores do meu especial agrado: a) o brasileiro *Fábio Konder Comparato*, para quem "A perda da liberdade de crítica é a desmoralização do intelectual" (entrevista publicada pelo jornal "Folha de S. Paulo", caderno A 12, edição de 18 de agosto de 2003); e b) o francês François-Marie Arouet *Voltaire*, autor da gloriosa frase "não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las". Por sinal, de nome *Voltaire* (Voltaire Pires) é a rua onde funciona a editora do paciente.

Escritor-paciente, contra cuja condenação defiro o presente *habeas corpus*. *Habeas corpus* de ofício, por entender que ele não incorreu em conduta penalmente típica.

É o meu voto, abaixo de todas as vênias daqueles tão bem elaborados votos discordantes.

DEBATES

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): V. Exa. concede o *habeas corpus* em que sentido?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Primeiro, mais importante ainda, entendo que ele não cometeu o crime. Mas, se entender que o crime foi cometido, como a lei não separa a discriminação racial *lato sensu* da discriminação por raça, propriamente racista... Então que se lhe abone o desclassamento da imprescritibilidade.

Mas, o meu primeiro voto é pela absolvição.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Então, V. Exa. conclui pela concessão?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Pela absolvição, falta de justa causa, atipicidade da conduta.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Por isso que fiz aquela primeira indagação na questão de ordem de V. Exa. Agora, sim, estou entendendo. V. Exa. concede a ordem para absolver o paciente, não é isso?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Perfeito.

VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, na assentada anterior, já havia manifestado a intenção de pedir vista. Revelou o ministro Carlos Britto que gostaria de se pronunciar, de imediato, sobre a matéria. Posteriormente, verificou a complexidade e também a convergência deste julgamento. Transformou o pedido de vista em mesa em regimental.

Os Colegas, mesmo diante desse segundo pedido de vista — porque o primeiro eu já tinha veiculado, e parecia que iríamos suspender o julgamento, aguardando os demais, a quem pedi licença para antecipar o pedido de vista —, acabaram votando pelo que ouviram, na própria Sessão.

O julgamento, como ressaltou o ministro Carlos Britto, é histórico, muito tem a ver, repito, e já dissera antes, quando anunciei o pedido de vista, com os ares democráticos decorrentes da Carta de 1988, especialmente sob o ângulo da crítica, da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

Desejo refletir sobre o tema, e, por isso, reafirmo que preciso ter vista dos autos.

VOTO (Vista)

O Sr. 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 calçou-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 leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Em primeira instância, o pedido formulado pelo Ministério Público foi julgado improcedente, consignando-se, em sentença, o exercício da liberdade de expressão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proveu o recurso do Ministério Público, condenando o paciente à pena de reclusão de dois anos, com *sursis* por quatro anos e a destruição do material apreendido (folha 48), ficando o acórdão assim ementado (folha 28):

Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.

No Superior Tribunal de Justiça, vencido o ministro Edson Vidigal, a impetração de *habeas* não frutificou. Eis a ementa do acórdão (folha 123):

Criminal. *Habeas corpus*. Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Impropriedade do *writ*. Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada. Ordem denegada.

1. 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, ou não — tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão

condenatório, pois seria necessária controversa e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação de 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 indaziamento, 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 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).

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".

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 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 Segunda 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, deve-se-lhe ponderar a 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 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 airtente, 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 sobrepor a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceitual 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 outorpel 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 consequente 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."

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, desencado a mais não poder). Assim como ferveilha de resseñamentos 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 comple-

to desacordeo com o movimento sionista mundial. Isso deve estar ocorrendo em vista das mortes e desgraças ocasionadas, entre os quais se destacam os palestinos, egípcios, libaneses, sírios, jordanianos, iraquianos, iranianos, israelitas, norte-americanos, soldados das mais diversas nacionalidades, pertencentes à ONU, etc." ("Esclarecimentos Finais" da 29ª edição, p. 309).

103. Tudo isto é confirmado pela própria defesa judicial de 1ª instância, na qual se lê: "O acusado jamais praticou e jamais praticará qualquer ato de racismo contra quem quer que seja. E, do mesmo modo, jamais há de servir de âncora ao indizimento ou à incitação de prática tão nefasta. Seu objetivo é o revisionismo histórico, o debate intelectual, e, no tocante à questão judaica, o combate ao sionismo (p. 23 da publicação que o advogado Marcopollo Giordani — OAB/RS 23781 — fez chegar às mãos de cada Ministro desta excelsa Corte de Justiça).

104. Pronto! Nessa candente passagem da defesa do autor-paciente ou enxergo a própria síntese do livro em tela. É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atracente 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 arrianismo. 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 Elhwanger 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 abaixo da inspiração, do acicite, da incessante militância do sionismo internacional (tido por ele, paciente, como organização *fundamentalista*).

Então, veio a deferir a ordem. Sendo o próximo a votar, reiterei a preocupação com a matéria tratada, formalizando pedido de vista, em reiteração ao anterior, nos seguintes termos:

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, verifiquei a complexidade e também a envigadura 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 irianos 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 Colégio 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 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 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 escla-

vidão. Tentava 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 afrodescendentes — 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 Inglaterra, da Escócia e da Escandinávia —, o Papa Paulo III deu início a um movimento, conhecido como Contra-Reforma, no qual se adotava uma série de medidas com o objetivo de conter o progresso do protestantismo.

Então, criou-se em 1543 a Congregação do Índice, cuja finalidade era a veiculação de lista dos livros contrários à doutrina Católica — *Index librorum 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 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.

3 BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental: do homem dos cavernas às novas espacialidades*. Tradução de Donaldson M. Guthagen. 40ª ed. São Paulo: Globo, 2001, v. 1, pp. 376-401; ARRUDA, José Roberto de A. *História Moderna e Contemporânea*. 23ª ed. São Paulo: Ática, 1990, pp. 44-24.

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 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. Na precisa lição do eminente professor Joaquim Casotilho, "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

4 J. J. Gomes Casotilho, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, 1998, p. 280.

5 J. J. Gomes Casotilho, *idem*, *ibidem*.

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 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 popular.⁷ Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos Hans 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

6 Ernst Wolfgang Böckenförde, *La democracia como principio constitucional*, in *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Editorial Trotta, 2000, p. 78.

7 Jônatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão — Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 256.

8 Hans Kelsen, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, p. 281.

9 José Martínez de Pisón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 11.

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 tolerância, a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo¹⁰. Eis palavras sempre oportunas e que vêm a calhar considerado o momento vivido.

A 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 liberdade. A 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 eleitos.¹¹

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

Os piores acontecimentos havidos — entre eles, a perseguição aos judeus — sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações, de falta de publicidade de modo a permitir o acompanhamento público. Com isso, foram evitadas as reações próprias aos episódios. Encobertos, ganharam proporções alarmantes, predominando a barbárie. A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior.

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.

10 Idem, p. 13.

11 Jônatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão — Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 256.

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 a na tomada de opções.¹²

Além dessas finalidades substantivas da garantia em exame, várias outras poderiam ser citadas, tais como: a acomodação de interesses sociais e políticos de forma 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. Tenber já alertar: "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".

12 Jónatas E. M. Machado, *Liberdade de Expressão — Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 279.

13 Christoph Beitz Graber e Gunther Teubner, *Art and Money: Constitutional Rights in the private sphere?*, in *Oxford Judicial Legal Studies*, 18, 1998, p. 66.

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. 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 dissentem 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?

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,

14 Apud José Martínez de Piñón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 73.

15 Apud José Martínez de Piñón, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 76.

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 prevalente 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 preconceito, 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.

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, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo "morre aos judeus", "vamos expulsar estes judeus do País", "peguem as armas e vamos exterminá-los". Mas nada disso 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 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, 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 valem, 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, plentitude e abrangência."¹⁸

16 Konrad Hesse. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 309/310.

17 ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: *Revista de Direito Administrativo*, 21(2): 1 - 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.

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 fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo — vejam-se os exemplos da Corte Constitucional Espanhola,⁹⁹ 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.

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 Brito 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 constituiriam 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, não pode ser apenada. O fato de algum escrever um livro e outros concordarem com as idéias ali expostas não quer

⁹⁹ Javier Cremades, *Los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Distribuciones La Ley S.A., 1995, p. 182.

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 ocorre 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 Carta da República levou às últimas consequências 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. Parafrazeando Voltaire, citado pelo Ministro Carlos Brito, 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 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 facilidade 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 de

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 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.

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 cultivava, 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 precon-

ceituoso 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 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 estes, nordestinos, continuarem vindo para cá (São Paulo), nós vamos ter que continuar andando de carro blindado". Finalmente, trago à baila 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 intolérante e radical, jamais consubstanciando o hediondo crime de racismo.

Replta-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 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, construímos 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 veiculadas 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 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 (*Geeignetheit*) examina se a medida adotada é apropriada 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 iniciar 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 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

20 J. J. Gomes Canotinho, *Curso de Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 262; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 360; Raquel Denise Stamm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 79.

21 Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 361.

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 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 justificam". E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: "É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições 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 escaurará 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, a folha 484 do apenso nº 4 deste *habeas*, tem-se a notícia de 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 Mochieche, *História da Guerra de Espanha*, de Robert Brasillach e Maurice Bédaric e *El Leviathan em la teoría 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 ensaja 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 *Mein Kampf*, de Adolf Hitler, mas de livros que,

22 ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In: *Revista de Direito Administrativo*, 217: 1-161. Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul/et. 1999, p. 78.

23 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 101.

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 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 obter 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 tomado o povo brasileiro sem segundo exemplo no mundo, e, em 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, atentórias 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 regalaras". Entregues naturalmente à preguiça, fogem dos trabalhos regulares e monótonos, temem sofrer fome se abandonarem sua vida de caçadores.

²⁴ Nina Rodrigues. *Os Africanos no Brasil*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1932, pp. 13/17/391.
²⁵ MOTA, Laurengio Dantas (org.). *Introdução ao Brasil I. Um Banquete no Trópico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Senac, 2001, p. 87.

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.

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).

• **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 atribuía 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 honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações terem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das idéias. O Tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem "pessoalmente" a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não aconteceu no caso concreto.

• **Caso do romance pornográfico** (Corte Constitucional Alemã - BVerfGE 83,130. Julgado em 27 de novembro de 1990): O Tribunal decidiu que a divulgação de romance pornográfico está protegida pela liberdade de arte e de ciência, mesmo se essa conduta expuser a perigo menores e crianças. Cuidou-se de uma reclamação constitucional julgada procedente em que a reclamante se opôs à inclusão do romance *Josefine Mutzenbacher – A História da Vida de uma Prostituta Vienense, contada por ela Mesma* na lista de escritos proibidos para menores. A Corte Alemã reconheceu que o trabalho possuía os elementos estruturais característicos de uma obra de arte, sendo resultado da liberdade e da construção criativa, nas quais as impressões, experiências e fantasias do autor são expressas na forma literária de um romance.

3.2) Direito Norte-Americano

• **Caso Terminiello vs. 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. vs. 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 cruzes 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 cruzes em chamas — símbolo característico da Ku Klux Klan, organização do Sul dos Estados Unidos que pregava a inferioridade 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 vs. 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 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 não 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

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 conselheiro".

Somente a partir da Constituição Federal de 1934 é que o fator racial ingressa no texto de forma explícita. Assim previa no artigo 113, I: "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 para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe²⁶.

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"

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

26 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 34.
27 *Ibidem*, p. 34.

correta perante a 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, afim, 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 descaída 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 pensamento que se espera do homem médio, da sociedade diante de fatos elucidados.

Poder-se-ia identificar, ainda, uma manifestação de jurisprudência-*ilibi* 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. Parafrazando Marcelo Neves²⁸, quando este fala sobre a legislação, a jurisprudência-*ilibi* seria a tentativa de dar a aparência de solução aos problemas sociais vivenciados, ou, no máximo, 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

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 organi-

28 *Ibidem*, p. 39.

zação 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.

A conservação de um sistema sólido, moderno e socializante de direitos fundamentais significa, em última instância, a manutenção e o aprimoramento do próprio regime democrático de um Estado constitucional. É dever da sociedade, dos juristas, dos intérpretes, dos juízes e, principalmente, nosso, membros deste Tribunal, guardião oficial e final da Constituição, garantir que esse sistema permaneça com a máxima eficácia possível, reconhecendo-lhe e mesmo concedendo-lhe força normativa por meio de nossas decisões, de maneira a manter tais direitos fundamentais vivos e eficazes perante o Estado e a sociedade civil. Essa é a posição que devemos adotar na análise dos problemas constitucionais que dia a dia 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 expressas no corpo da própria Carta Política. Não é permitido a este Tribunal ou a qualquer hermenêutica 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 de 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 Assembleia 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 justificativa 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, 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 Assembleia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 178ª a 190ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, janeiro de 1988, sexta-feira, 29, página 6695); do deputado Chagas Rodrigues — PMDB/PI (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 260ª a 276ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, maio de 1988, terça-feira, 17, página 10396); da deputada Benedita da Silva — PT/RJ (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 75ª a 92ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, junho de 1987, quarta-feira, 24, página 2864); novamente da deputada Benedita da Silva — PT/RJ (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 93ª a 117ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, julho de 1987, terça-feira, 28, página 3656); do deputado Haroldo Lima — PC do B/BA (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 59ª a 74ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, maio de 1987, quinta-feira, 14, página 1921); e da deputada Sandra Cavalcanti — PFL/RJ (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Anais, Atas da 1ª a 28ª Sessão da Assembleia 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 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 judeus 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" — valero-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 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 tomar 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 construcionistas 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.

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 aqueles que podem ser posteriormente retratados. Assim dispôs a 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:

²⁹ Apud CARVALHO FILHO, Aloyzio 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, neste sentido, CARVALHO FILHO, Aloyzio de. *Comentários ao Código Penal*. Volume IV, Rio de Janeiro, 1979, pp. 234 e ss.

§ 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 nº 3 (1) e 95 (1) da *Assembleia 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 nº 3 (1) e 95 (1)* da *Assembleia 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

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.

³² *Ibidem*, p. 733.

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 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 permeiar 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 excrecência que direciona contra a orientação moderna do Direito Penal e Constitucional. É o que bem demonstra Christiano Jorge Santos³²:

As previsões de imprescritibilidade da Carta Magna de 1988 soaram como acordos dissonantes 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 Bitencourt, 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 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 soblapado 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

32. SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 153.

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.

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 Brito.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Peço vênia** para reiterar, **integralmente**, em todos os seus termos, o voto que proferi na Sessão de 9-4-2003, **denegando**, em consequência, a pretendida concessão da ordem de **habeas corpus**.

Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, que os valores que informam a ordem democrática, **dando-lhe** o indispensável suporte axiológico, **revelam-se conflitantes** com toda e qualquer pretensão estatal que vise a nulificar ou a coarctar a **hegemonia essencial** de que se revestem, em nosso sistema constitucional, as liberdades do pensamento.

O regime constitucional vigente no Brasil **privilegia**, de modo particularmente expressivo, o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. Esta é uma realidade normativa, política e jurídica que **não pode ser desconsiderada** pelo Supremo Tribunal Federal.

A **liberdade de expressão** representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a **todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal *a priori*, o seu pensamento e as suas convicções, **expondo** as suas idéias e **fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias.

A nova Constituição do Brasil — que completará apenas 15 anos no próximo dia 5 de outubro — **revelou** hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes a restringir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.

Essa **repulsa constitucional** bem traduziu o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas **prerrogativas constitucionais** cujo integral e efetivo respeito pelo Estado qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre manifestação de idéias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público, **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

Semelhante procedimento estatal, que **implicasse verificação prévia** do conteúdo das publicações, traduziria ato inerentemente injusto, arbitrário e discriminatório. Uma sociedade democrática e livre **não pode institucionalizar** essa intervenção prévia do Estado, **nem admiti-la** como expediente dissimulado pela falsa roupagem do cumprimento e da observância da Constituição.

É **preciso reconhecer** que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de idéias significou um notável avanço nas

relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum *diktat*, emanado do Estado, pode ser acentuado ou tolerado, na medida em que compromete o pleno exercício da liberdade de expressão.

A Constituição, ao subtrair o processo de criação artística, literária e cultural da interferência, sempre tão expansiva quanto prejudicial, do Poder Público, mostrou-se atenta à grave advertência de que o Estado não pode dispor de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos de sua divulgação. Digna de nota, neste ponto, a sempre lúcida ponderação de Octavio Paz (*O Arco e a Lira*, p. 351, 1982, Nova Fronteira), para quem "Nada é mais pernicioso e bárbaro que atribuir ao Estado poderes na esfera da criação artística. O poder político é estéril, porque sua essência consiste na dominação dos homens, qualquer que seja a ideologia que o mascare (...)".

Essa garantia básica da liberdade de expressão representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões cuja observância possa implicar clara restrição aos meios de divulgação do pensamento e aos processos de criação. Isso porque "o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental", é, conforme adverte Hugo Lafayette Black, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, "o mais precioso privilégio dos cidadãos..." (*Crença na Constituição*, p. 63, 1970, Forense).

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, quando praticados, legítimos, sempre a posteriori, à reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil.

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.

Dai a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso Schenck v. United States (249 U.S. 47, 52), quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou que "A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico", concluindo, com absoluta exatidão, em linguagem aplicável ao caso, que "a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual ('clear and present danger') de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau".

O fato irrecusável, neste tema, Senhor Presidente, é um só: o abuso no exercício da liberdade de expressão não pode ser tolerado. Ao contrário, deve ser reprimido e neutralizado.

É por tal razão que enfatizei, no voto que proferi na sessão de 9-4-2003, que a incitação ao ódio público contra o povo hebreu não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13 exclui do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento "toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitui incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência" (Art. 13, § 5º).

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, que publicações que extravasam, abusiva e criminosamente, os limites da investigação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus (como se registra no caso ora em exame), não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão não pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal.

Salientei, então, no voto que proferi na Sessão de 9-4-2003, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial — veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica — transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.

Tenho por inquestionável, no tema, na linha de diversos pronunciamentos emanados do Supremo Tribunal Federal (RTJ 173805-810, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.), que não é limitada a extensão dos direitos e garantias individuais assegurados pela Carta Política, mesmo tratando-se da liberdade de manifestação do pensamento, cuja invocação não pode nem deve legitimar abusos cuja prática, como no caso, qualifique-se como ato revestido de ilicitude penal.

O fato é que a liberdade de expressão não pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestação do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que não admite gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.

É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos têm de ser livres para exprimir ideias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Isso não significa, contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare exteriorizações contrárias à própria lei penal, pois o direito à liberdade de expressão, que não é absoluto, não autoriza condutas sobre as quais já haja incidido, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal que se revela em tudo compatível com os valores cuja intangibilidade a própria Constituição da República deseja ver preservada.

É por tal razão que esta Suprema Corte já acentuou que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhuma direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Cabe referir, neste ponto, recente julgamento emanado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 7-4-2003, no exame do caso *Virginia v. Black et al.*, quando essa Alta Corte concluiu que não é incompatível com a Primeira Emenda (que protege a liberdade de expressão) com a intenção de intimidar, eis que o gesto de queimar uma cruz (*"cross burning"*) representa, no meio social em que praticado, um intuível símbolo de ódio, destinado a transmitir, àqueles a quem tal mensagem se destina, o propósito criminoso de ameaçar.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América — cuja jurisprudência em torno da Primeira Emenda orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão (adotando, por isso mesmo, o critério da *"preferred position"*) — proclamou, não obstante, que essa proteção constitucional não é absoluta, sendo lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traza comportamentos que veiculem propósitos criminosos.

É inquestionável — consoante pude acentuar em meu voto anterior — que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se define, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inserida na própria Constituição.

Tenho para mim, no entanto, que o caso ora em exame não traduz situação de conflitualidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos, nem põe em confronto liberdades e prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal pois — cabe

insistir — manifestações de natureza criminosa (como a incitação, de cunho racista, ao ódio público contra membros de determinada coletividade) não se revelam suscetíveis de proteção constitucional, especialmente em situações em que o ato delituoso esteja a vulnerar, como no caso, valores erigidos à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III) ou incluídos dentre os objetivos essenciais da República (CF, art. 3º, IV).

Enfatize-se, neste ponto, por oportuno, que o exame da peça acusatória oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul — de cujo acolhimento, pelo E. Tribunal de Justiça local, resultou a condenação penal do paciente — bem evidencia que Siegfried Ellwanger, a pretexto de veicular críticas políticas ou de professar convicções ideológicas, ou, ainda, de sustentar teses de revisionismo histórico, veio a exteriorizar, na realidade, em suas manifestações como autor ou em seu comportamento como editor, nítidos propósitos criminosos de estímulo à intolerância e de incitação ao ódio racial, razão pela qual não há que se falar, na espécie, em incidência da cláusula assecuratória da liberdade de expressão.

Eis, exemplificativamente, alguns fragmentos dessas publicações, por ele editados ou de sua própria autoria, cujo teor revela o claro propósito criminoso de estimular ou de fomentar o ódio público contra o povo judeu:

"Porque todo judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação" (24)

"Os métodos de ação das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito." (p. 25)

"Num mundo de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional." (p. 65)

"O judeu é adversário de toda ordem social não judaica (...) O judeu é um autocrata encarnado (...) A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele em que se julgam subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural" (p. 65)

(...)

"... não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judaica, que deseja e respeite mais do que esta o poder (...) O judeu é um caçador de fortunas, principalmente, porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio" (p. 75)

(...)

"Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter" (p. 171)

(...)

'... é um direito que nos foi dado por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado do terror exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjogou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total' (p. 10)

'Esse diabólico nacionalismo tribal tem o poder mundial na mão', (p. 10)

'O judeu jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países deste mundo', (p. 18)

(...)

'Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais', (p. 214).

(...)

'Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial', (p. 34)

(...)

'O rol demonstra que não é só o Brasil a vítima do Superestado Capitalista sem entrancas, mas o mundo inteiro. Daí a sua aflição, a sua inquietação, a sua angústia, o seu desespero. Está mergulhado num pego em que pululam as sanguessugas e estrebucha sugado por todos os lados na lama ensanguentada. Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de todos os seus males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas...' (p. 46)

'O nosso Brasil é a carnica monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora.' (p. 95).

(...)

'Mais vale o sacrifício de algumas centenas de milhares de judeus, do que sofrer um prejuízo no bolso.' (p. 139)." (Grifei)

Cabe referir, neste ponto, tal como bem enfatizou o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no acórdão que condenou o ora paciente pela prática do delito de racismo, que não se discute, nesta causa, o direito à pesquisa histórica, mas debatem-se, isto sim, os limites que a legislação penal do Estado, em estrita conformidade com o texto inscrito no art. 5º, XLII, da Constituição, pode legitimamente impor àqueles que, como Siegfried Ellwanger, mediante publicação de seus próprios livros ou mediante edição de livros escritos por outros autores, pregam e disseminam idéias impregnadas de intolerância, com o propósito criminoso de fomentar, estimular e incitar o ódio e a hostilidade ao povo judeu.

Daí a acertada conclusão fundada no v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

"Em uma síntese, os livros publicados e editados pelo apelado tentam negar o holocausto, atribuindo aos judeus, como substrato da ação dos Aliados, e exatamente pela congruência perversa de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios por esta ocupados, em uma criminosa distorção da

realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha, e veiculam, explícita e implícitamente, nas linhas e entrelinhas, mensagens de cunho nitidamente anti-semita, discriminatório e preconceituoso.

Ainda a respeito desta potencialidade lesiva das obras incriminadas ao bem jurídico protegido pelo tipo, cumpre ressaltar que os autos reúnem manifestações de repúdio emanadas de diferentes setores da sociedade civil (Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira – fl. 75; Associação Riograndense de Imprensa – fls. 76/77; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos Fluviais e Aéreos – fls. 78/79; Instituto Solano Trindade – fl. 80; Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Porto Alegre – fl. 81; Associação Gaúcha de Escritores – fls. 82/84; da Seção do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil – fl. 87; Movimento Negro Brasileiro e Movimento Popular Anti-Racismo – fls. 103/126) e de diversas pessoas vinculadas ao judaísmo, que, pelo fato de serem judeus, não perderiam a condição moral para depor (fls. 44/47; 53/59; 139/153). São dados concretos que não poderiam ter sido tão facilmente desprezados pela decisão apelada.

Desse modo, e no que pertine ao mérito da sentença, não há como mantê-la com base na falta de produção de dano ao bem jurídico protegido. Não se deve permitir a confissão entre dano (ofensa material e sensível) e lesão (ofensa potencial e negativamente valorada pelo cotejo da norma com as concretas exigências sociais de tutela)." (Grifei)

Entendo que a incitação — que constitui, nos termos da lei, um dos núcleos do tipo penal — reveste-se de caráter protiforme, dada a multiplicidade de formas executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.

A locução constitucional "prática do racismo", inscrita no art. 5º, XLII, da Carta Política, além de não representar, ela própria, para o efeito de incidência da cláusula da imprescritibilidade, uma norma de tipificação penal (pois a Constituição não tipifica condutas puníveis), tem a finalidade de fixar diretriz, destinada ao legislador, para que este, ao explicitar a vontade manifestada pelo constituinte, possa dispensar efetiva tutela penal aos valores constitucionais cuja inculcabilidade é expressamente reclamada pelo texto da Constituição, sob pena de restarem comprometidos os objetivos e os fundamentos sobre os quais se estrutura a República Democrática.

Sob tal perspectiva, não se revela fiel, no que concerne à exegese que possa ser dada ao art. 5º, XLII da Carta Federal, a interpretação de que resulte a frustração dos objetivos perseguidos pelo texto constitucional.

Desse modo, não se mostra cabível valer-se de processo hermenêutico que comprometa a força normativa da Carta Federal, expondo, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República, a critérios de exegese que culminem por subtrair, aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica, a sua máxima eficácia, tornando-os, em consequência, fórmulas vazias, incompreensivelmente destituídas de significação e despojadas da abrangência que lhes quis emprestar o próprio legislador constituinte.

Dai a correta asserção de que, no processo de indagação constitucional, **impõe-se, ao intérprete, mediante adequada pré-compreensão dos valores** que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, **em ordem a dar-lhes significação compatível** com os objetivos indicados na Carta Política.

Vale referir, neste ponto, o **valiosíssimo magistério** do eminente Professor Miguel Reale Júnior, cujo parecer — encaminhado à apreciação do Tribunal — analisa, com propriedade, a questão dos parâmetros constitucionais que devem informar o processo de indagação da cláusula inserida no art. 5º, XLII da Constituição da República:

"Ressaltam, portanto, os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, como princípios básicos conformadores de nosso ordenamento jurídico. A igualdade a ser examinada neste parecer diz respeito à igualdade jurídica, que se apresenta outorgada e garantida a todos pelo reconhecimento da cidadania (art. 1º, II), que vem a ser o 'o direito de ter direitos', o primeiro dos direitos humanos, em razão do qual alguém se insere como um igual no seio da sociedade. Desse modo, é a cidadania um direito básico, na expressão do juiz Warren, citado por Celso Lafer, sem o qual se restará humilhado e degradado frente aos demais compatriotas.

O racismo, como posição político-ideológica que discrimina e segrega um grupo de pessoas em face de sua raça, etnia, origem nacional ou descendência, visa, antes de tudo, a **retirar-lhes** exatamente a cidadania, a participação igualitária no espaço público, 'o direito de ter direitos'.

(...)

O fim visado pela Constituição de criminalizar a segregação por discriminação racial, **protegendo** o bem jurídico igualdade, seria desvirtuado. A interpretação sistemática e a teleológica, que se entrelaçam, conduzem de forma clara ao entendimento de que toda e qualquer discriminação racial, nos termos da Convenção da ONU de 1965, acha-se compreendida no termo racismo constante do art. 5º, XLII da Constituição.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental chave da Constituição, também, só se coaduna com interpretação do racismo no art. 5º, XLII da Constituição, compreensiva da discriminação em razão da raça (como realidade social e política), da cor, da origem étnica ou nacional, bem como da descendência.

(...)

O legislador, para combater o racismo, **criminalizou**, ao lado do preconceito de raça e de cor, o preconceito de etnia, de religião e de procedência nacional, **adequando** a lei aos ditames constitucionais, aos princípios conformadores da Constituição, em especial o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Não se trata de dar conteúdo à Constituição a partir da lei, malgrado nesta hipótese a Constituição tenha delegado ao legislador ordinário definir o conteúdo do termo racismo. A lei antes omitira a referência à etnia e procedência nacional, que se impunha acrescentar para adequar a lei ao texto constitucional e à Convenção da ONU.

O Procurador da República, Claudio Fonteles, **bem observa** que a Constituição, ao usar a expressão racismo, **deixou sua conceituação à lei**, ao estatuir que o racismo é crime imprescritível nos termos da lei. A seu ver, **todas as figuras típicas** da Lei nº 7.716/89, acrescida pelas Leis nº 8.081/90 e 9.459/97, **são imprescritíveis**.

Por outro lado, a demonstração da preocupação do legislador brasileiro em criminalizar como racismo atitudes e publicações anti-semitas encontra-se no § 1º do art. 20 que estatui como crime o ato de fabricar, comercializar, veicular símbolos, emblemas, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada para fins de divulgação do nazismo.

Em suma, a lei conceitua, conforme delegação constitucional, o que vem a ser racismo, mas, ao fazê-lo, nada mais fez do que adequar a lei aos princípios constitucionais e à Convenção da ONU de 1965, subscrita pelo Brasil e que passou a ser, também, norma constitucional. Por outro lado, deu ao termo racismo o que se apresenta presente na compreensão da sociedade, tendo em vista o seu horizonte histórico e a sua memória, refletindo, portanto, as valorações sociais prevalecentes no espírito do cidadão comum." (Grifei)

Concluo este voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, **reconheço**, em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, **utilizando-se**, esta Corte, do método — que é apropriado e racional — da **ponderação concreta** de bens e valores, **de tal forma** que a existência de interesse público na **revelação e no esclarecimento da verdade**, em torno de ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa, basta, por si só, **para atribuir**, ao Estado, o **dever** de atuar na defesa de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com ímpeitável afronta** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes, como neste caso, **culminam** por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em inadmissíveis ódios raciais.

Tal como tive o **enjojo de enfatizar** no voto que anteriormente proferi, **acessar** tese diversa significaria tornar perigosamente **menos intensa**, e socialmente **mais frágil**, a proteção que o ordenamento jurídico dispensa, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, **especialmente aqueles** que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade.

Não custa relembrar que, em matéria de direitos humanos, a interpretação jurídica há de considerar, **necessariamente**, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, **cujas prescrições tutelares se revelam** — na interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicos — elementos de proteção vocacionados a **reforçar a imperatividade** do direito constitucionalmente garantido, **como observa**, em seu lúcido parecer, o ilustre Professor Celso Lafer.

Encerro o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, **devo enfatizar** que este julgamento, como aqui já foi referido, **mostra-se impregnado** de alto e transcendente valor emblemático, **pois nele está em debate**, uma vez mais, o **permanente conflito** entre civilização e barbárie, cabendo, ao Supremo Tribunal Federal, **fazer prevalecer**,

em toda a sua grandeza, a essencial e insupercável dignidade das pessoas, em solene reconhecimento de que, acima da estupidez humana, acima da insensibilidade moral, acima das distorções ideológicas, acima das pulsões irracionais e acima da degradação tope dos valores que estruturam a ordem democrática, deverão sempre preponderar os princípios que exaltam e realfirmam a superioridade ética dos direitos humanos, cuja integridade, uma vez mais, será preservada, aqui e agora, em prol de todos os cidadãos e em respeito aos milhões de seres humanos que a crueldade inominável do regime nazista, em momento sombrio e declinante da História, destruiu e martirizou em um holocausto que jamais deverá ser apagado da memória de todos nós, permanecendo, ao contrário, como uma grave advertência, para as presentes e futuras gerações, de que o Mal jamais deverá triunfar outra vez.

Com estas considerações, Senhor Presidente, que intencionalmente não foram breves, dada a extrema e transcendente importância jurídica, social e histórica de que se reveste, para o nosso País, este julgamento, peço vênia para, confirmando, plenamente, os fundamentos do voto que proferi, nesta Corte, na Sessão de 9-4-2003, denegar a ordem de *habeas corpus* impetrada em favor do ora paciente, mantendo íntegra, em consequência, por irreprensível, a condenação que lhe foi imposta pela prática do crime de racismo.

É o meu voto.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, os livros, vários deles editados e um deles escrito pelo paciente, não veiculam simplesmente teses ideológicas, o que, se fosse assim, não implicaria prática de crime, porque estariam inseridos na liberdade de pensamento e de expressão, que a Constituição consagra. Ao contrário, como acentuei no meu voto, pregam o preconceito contra os judeus e estimulam o ódio contra estes, como bem o demonstrou, nesta assentada, o eminente Ministro Celso de Mello. Trata-se de conduta criminosa, nos termos da lei e no rumo da Constituição (art. 5º, XLII). Condutas assim, típicas, frente à lei penal brasileira, jamais poderiam ser consideradas sob o princípio da liberdade de expressão, mesmo porque são atentatórias ao princípio maior: o princípio da dignidade da pessoa humana, que a Constituição consagra como fundamento da República, CF, art. 1º, III, a República que a Constituição, determina que se constitua em Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º).

Ratifico, com a vênia dos eminentes Colegas que não pensam desta forma, o voto por mim proferido e reitero que indefiro o *habeas corpus*.

VOTO (Aditamento)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vale aqui esclarecer, inicialmente, o incompreendido voto do Ministro Moreira Alves. Diferentemente do sustentado por alguns, o eminente Ministro em nenhuma passagem do seu voto defende práticas anti-semitas. Parte de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, para concluir que o anti-semitismo não está compreendido no conceito de racismo. Tanto que o Mi-

nistro foi buscar a intenção do constituinte de 1987/88, ao mencionar as discussões acerca da Emenda Aditiva que deu origem ao art. 5º, XLII, da Constituição. Afirmou o Ministro: "O elemento histórico — que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele — converge para dar a 'racismo' o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra." E foi por entender que o dispositivo constitucional não se aplicava a outros grupos, que o Ministro, tendo em vista as consequências da imprescritibilidade, concluiu, de maneira estritamente técnica e desprovida de qualquer aceção ideológica, que "não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado."

Feitas essas considerações, conforme resaltei em meu voto, há, no presente caso, uma situação de conflito de valores constitucionalmente amparados e não hierarquizados, cuja solução impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. Já escrevi em outro lugar que, embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico (Cf. Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocência Mártires e Goni Branco, Paulo Gustavo. *Hermeneútica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília, 2000, p. 283). Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.

Todos os elementos em discussão no presente processo, levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial "raça". Cuida-se aqui de um conceito pseudocientífico, notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).

Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer em seu bem lançado parecer, já referido nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello:

"Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82.424-2 em favor de Siegfried Ellwanger, é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, devidamente disciplinado pela legislação infraconstitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma 'raça'. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo." (P. 42)

Dessarte, não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não pode divorciar-se do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo.

Se se aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, há de se perguntar sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e da vontade popular.

Tal como leciona Martin Kriele:

"Thomas I. Emerson, o 'old grand man' da doutrina de direitos fundamentais na América, mostrou, com o exemplo da liberdade de opinião, a finalidade quádrupla desses direitos fundamentais e da filosofia política desde os primórdios da história até a atualidade (Thomas I. Emerson, *Toward a general theory of the first amendments*, "The Yale Law Journal", 1963, pp. 72 e s.; do mesmo autor: *Communication and freedom of expression*, Scientific American, set. 1972).

Dentre estas finalidades o 'individual self-fulfillment' ocupa o primeiro lugar. Deste fim depende-se a consequência de que esta liberdade é um fim em si mesmo e independentemente dela seu uso favorece ou não outros fins políticos ou sociais.

Uma segunda finalidade protetora da liberdade de opinião é a proteção das condições necessárias para o progresso na busca da verdade. Somente a liberdade de opinião garante que as opiniões se corrigem mutuamente no transcurso do tempo. O progresso dialético do conhecimento depende, no transcurso da história, desta liberdade. O primeiro grande defensor da liberdade de imprensa, John Milton, cujo *Areopagitica* apareceu em 1644, fundamentou esta liberdade não com argumentos individualistas, mas dialéticos. Dizia Milton, ainda que com certo exagero:

'And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and falsehood grapple; who ever knew truth put to the worse, in a free and open encounter... For who knows not that truth is strong next to the Almighty; she needs no policies, nor stratagems, nor licensing to make her victorious, those are the shifts and defenses that error uses against her power'.

Esta idéia pertence às formulações clássicas do pensamento liberal jusnaturalista da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

O terceiro fundamento para a liberdade de opinião é sua imprescindibilidade para a decisão política em uma sociedade democrática. Enquanto o aspecto da 'verdade' não se refere, somente, ao âmbito da opinião política, mas em primeiro

lugar ao conhecimento científico, neste contexto se agrega todavia o aspecto da justiça e da razoabilidade das decisões obrigatórias. Neste contexto, surge de novo o paralelismo entre o processo político e o processo judicial; assim como uma decisão judicial não pode ser objetiva e justa sem que todos os participantes tenham podido expressar sua opinião, assim também o é no que diz respeito à decisão política. Isto vale tanto mais quanto mais complexas são as relações sociais e econômicas. Também este aspecto forma parte da velha tradição, como já esgrimido no século XVII pelo *chief justice* Hale diante de Hobbes (M. Hale, *Reflexionen über Hobbes Dialogue of the Laws*, reproduzido em Kriele, *Die Herausforderung des Verfassungsstaates*, pp. 63, 68 e s.).

O quarto aspecto, destacado por Emerson, é que a liberdade de opinião possibilita um equilíbrio entre estabilidade e mudanças. Somente a condição de liberdade tem, como disse Emerson, 'uma confrontação de idéias, não da força'. Os conflitos que movem a história não são suprimidos, mas mantidos dentro de vias pacíficas. A liberdade de opinião é garantida também porque a alternativa seria: ou bem expressão, ou bem revolução e guerra civil. Liberdade de opinião incrementa a probabilidade de tirar consequências políticas da regra 'trial and error', e inclusive evitar, mediante a discussão, os desvios do 'trial and error'. Também esta idéia pertence à velha tradição anglo-saxã. (Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma, 1980, pp. 472-474).

Kriele acrescenta:

Este esboço dos fundamentos da liberdade de opinião pode ser completado com outros aspectos.

Em quinto lugar, o controle democrático dos órgãos do Estado pressupõe liberdade de opinião. Em especial, o cumprimento do *etico* do funcionário e das regras convencionais têm que ser controlados pela opinião pública e sua violação deve dar lugar à indignação pública (cfr. § 49).

Em sexto lugar, a liberdade de opinião reforça a legitimidade também, porque possibilita ter esperança de que as injustiças serão eliminadas no futuro e porque justifica a confiança de que as decisões já adotadas serão expostas a exame crítico.

Razões similares abonam os outros direitos fundamentais, tais como, por exemplo, a liberdade de associação, de reunião, o direito de petição, os direitos eleitorais, etc." (Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*. Buenos Aires: De Palma, 1980, p. 474).

Essa reflexão demonstra a íntima conexão entre direitos fundamentais e o regime democrático, o que justifica inclusive uma revisão ou aprimoramento da chamada teoria liberal dos direitos fundamentais para uma teoria democrático-funcional.

Tal como anota Kriele:

"Os direitos fundamentais e a democracia se dão numa relação de condicionamento mútuo: a democracia pressupõe liberdade individual protegida juridicamente para todos; a liberdade para todos pressupõe democracia. Este fato é de grande importância para a interpretação dos direitos fundamentais. Se se separa a

conexão entre liberdade e democracia, *chega-se a uma interpretação dos direitos capaz de pôr em perigo tanto a liberdade como a democracia*. Mas a separação entre a liberdade e a democracia é um efeito tardio da tradição estatal alemã, que tentou garantir certa medida de liberdade sem democracia, certamente não a liberdade para todos e sim as condições econômicas, sociais e políticas adequadas, mas a liberdade para os integrantes de uma camada social caracterizada por propriedade e educação. Assim como para esta tradição pareciam opor-se os princípios de representação e de democracia, o mesmo sucedeu-se com os direitos fundamentais e a democracia. O Estado constitucional democrático aparece como um feixe de compromissos entre ideias opostas entre si." (Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 470)

Continua Martin Kriele,

"[...] da *ratio legis* dos direitos fundamentais surgem pautas de interpretação. A *ratio legis* dá lugar a definições em parte extensivas e em parte restritivas à precisão dos limites iminentes e em especial à *reserva da comunidade*, que afeta os direitos à liberdade. A ideia vigente é a de que a *ratio legis*, o sentido e o fim do direito fundamental devem ser impostos ao máximo.

Por exemplo, se faz parte da finalidade de um direito à liberdade garantir 'liberdade para todos' o quanto for possível, haverá aí um limite iminente que consiste nas palavras de Kant — em que a liberdade de cada um há de ser compatível com a liberdade dos demais. O uso da liberdade que prejudica e finalmente destrói a liberdade de outros não está protegido pelo direito fundamental. Se faz parte dos fins de um direito assegurar as condições para uma democracia, então o uso dessa liberdade que elimina tais condições não está protegido pelo direito fundamental.

Na prática isso significa: o legislador tem a autorização de regular e limitar o uso dos direitos fundamentais, de modo que fiquem asseguradas a liberdade para todos e as condições necessárias para a democracia. Quando há sério perigo para a liberdade e a democracia, pode inclusive surgir do direito fundamental a obrigação constitucional do legislador de conjurar este perigo mediante regulamentações adequadas." (Kriele, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 475)

Tal como já observado, não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do "hate speech". Ressalte-se, porém, que o "hate speech" não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, Kevin, *Hate Speech — the United States versus the rest of the World?*, Heinonline, Maine Law Review, Vol. 53:2, 2001, p. 490).

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: "Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?" Ele mesmo responde:

"A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática — a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista

livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. 'Every one counts as one and no more than one', como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa." (Boyle, *Hate Speech*, cit., p. 490)

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria ideia de igualdade.

Mais uma vez peço vênia para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso:

"O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias europeias. No início deste ano [a referência é ao ano de 2001] os países da União Europeia tomaram a extraordinária decisão de boicotar o governo austríaco, por vários meses, pela inclusão, na nova colisão de governo, do Partido Nacional de extrema-direita, dirigido por Jörg Heider. [...] o governo alemão solicitou à Corte Constitucional Alemã que considerasse a supressão ou o banimento do Partido Democrático Nacional. Ele é acusado de preparar jovens para ataques a estrangeiros, judeus e sinagogas judaicas.

A preocupação com o tema do anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado *discurso revisionista* e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945. Os campos de concentração, como Auschwitz, não foram abertos a um mundo horrorizado antes que as primeiras publicações minimizassem o que realmente havia ocorrido. Esse tipo de literatura tornou-se mais proeminente nos anos 70. O material incluiu desde o simplório — um recente panfleto com a frase "O Holocausto foi um Embuste, vamos torná-lo Real!" — à aparentemente sérias pesquisas históricas em publicações acadêmicas, como o impressionante *Journal for Historical Review*. Nessas publicações são encontradas afirmações tais como o fato de não terem sido mortos 6 milhões de judeus, mas somente algumas centenas; ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido utilizadas em Auschwitz porque eles não tinham a tecnologia para tal. Alegadas evidências documentais de testemunhas sobreviventes ou o diário de Anne Frank não passam de fabricações. Hitler jamais ordenou a Solução Final — ele era inocente, etc.

O anti-semitismo nessas publicações, explícito ou implícito, é bastante claro. Não foi melhor exposto, entretanto, como no início deste ano, quando o historiador David Irvine, um notório negador do holocausto, processou a Editora

Penguin e Deborah Lipstadt, sob a alegação de que ele havia sido difamado no livro *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, de autoria de Lipstadt. Ela referiu-se a ele como anti-semita, um partidário de Hitler, um falso historiador. O próprio Irvine subiu à tribuna para defender-se. O juiz, em um julgamento devastador (os autos atingiram 300 páginas), afirmou que Lipstadt estava certa — e que Irvine era mesmo tudo aquilo.

Cinco países europeus — a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suíça — adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como lei Gaysot, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanações, além da pintura de sussurros em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenofóbicos.

[...], as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram essas leis mantidas pelos tribunais. Em 1987, o líder da Frente Nacional, do partido de extrema-direita na França, Jean Marie Le Pen, foi multado por declarar numa entrevista de rádio que o assassinato de judeus em câmaras de gás foi 'um *point de détail*' (um mero detalhe). O historiador revisionista Robert Faurisson, numa entrevista para uma revista francesa, criticou a lei Gaysot, considerando-a ameaçadora da liberdade de expressão; e ele foi além, ao declarar que tinha uma convicção pessoal de que a exterminação de judeus em câmaras de gás jamais existiu nos campos de concentração. Com base nessa última afirmação, ele foi condenado e multado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI), em 1991. Ele depois interpsó recurso para o Comitê de Direitos Humanos, com base na Convenção de Direitos Políticos e Civis, que vinha sendo discutida, sob a alegação de que sua condenação era uma violação à garantia da liberdade de expressão, expressa no artigo 19 da Convenção.

O Comitê de Direitos Humanos manteve a condenação, considerando-a uma interferência justificável ao direito de liberdade de expressão, expresso no artigo 19 da Convenção. O Comitê foi persuadido pelos argumentos do governo francês, no sentido de que a negação do holocausto é o principal veículo do anti-semitismo na França. O então membro dos EUA no Comitê, Sr. Tom Burgenhal, como sobrevivente dos campos de concentração de Auschwitz e Sachsenhausen, absteve-se.

A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]. Um grande número de recursos contra as leis de negação do holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Europeia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção no direito da liberdade de expressão." (Boyle, *Hate Speech*, cit., pp. 497-499)

Poder-se-ia ainda indagar, como o fez o Ministro Sepúlveda Pertence, se o livro poderia ser instrumento de um crime, cujo verbo central é "incitar".

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes europeias a propósito da criminalização do "Holocaust Denial" confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, *Hate Speech*, cit., p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto — diria inevitavelmente aberto — da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Que a liberdade de expressão há de ter limites lembra-nos constantemente a própria jurisprudência americana, fortemente refratária à idéia de restrição a esse direito. É de Oliver Holmes (Schenck v. United States — 249 U.S. 47 (1919) a expressão segundo a qual não haveria nenhuma boa razão para tutelar a expressão do insensato que grita 'Fogo!' em um teatro abarrotado de público." (Pablo Salvador Coderch, *El Derecho de la Libertad*, Madrid, 1993, p. 12, nota de rodapé, n. 3). Ressalte-se que essa referência é considerada como elemento basilar da doutrina do dano claro e iminente (*present and clear danger*), (Coderch, *El Derecho de la Libertad*, cit., p. 12), segundo a qual os governos não podem proibir as incitações à violação da lei ou ao uso da violência, exceto quando essa incitação esteja voltada a produzir uma ação eminentemente ilegal e que seja provável que tal ação se realize (Coderch, *El Derecho de la Libertad*, cit., p. 38).

É verdade que, como se sabe, essa concepção está associada à idéia de neutralidade do Estado em face do conteúdo do discurso (Coderch, *El Derecho de la Libertad*, cit., p. 37).

A questão assume uma outra conotação em outros sistemas, como o europeu, em razão de fatores culturais diversos e da devida e específica proteção à dignidade humana.

Assim, a colisão de direitos fundamentais há de ser solvida caso a caso, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade. Foi o que fez no caso concreto, para concluir que, na hipótese dos autos, prevalece a posição do Estado no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e do pluralismo político (art. 1º, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4º, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5º, XLII).

A propósito, tal como mencionei no meu voto, a própria Corte Europeia de Direitos Humanos, ao julgar o caso *Lehideux e Isorni versus França* (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o art. 10 (liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Nesse caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-Françoise Lehideux, foram condenados penalmente pelo judiciário francês, por "apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração", depois da publicação de um encarte publicitário no jornal *Le Monde*, em 13 de julho de 1984, apresentando como

"salutares" certos atos de Philippe Pétain. A Corte Europeia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Europeia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.

A Corte entendeu que não parecia que os requerentes tivessem tido a intenção de negar ou rever o que eles mesmos consideraram "atrocidades" ou "perseguições nazistas" ou ainda as "todas poderosas forças alemãs e sua barbárie", e que as únicas palavras a serem incriminadas no texto seriam aquelas de duas associações legalmente constituídas com o propósito de promover a reabilitação de Philippe Pétain.

Os requerentes teriam feito menos o elogio a uma política e mais uma apologia de um homem, e isto de uma maneira que a Corte de apelação reconheceu pertinência e legitimidade. Por isso entendeu a Corte não haver lugar para a aplicação do artigo 17.

Há outro caso interessante julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Trata-se do caso *Jersild versus Dinamarca* (setembro de 1994). O jornal dinamarquês "Information" publicou em sua revista dominical, em 31 de maio de 1985, artigo do jornalista M. Jens Olaf Jersild, sobre as atitudes racistas de membros de um grupo de jovens, chamados "camisas-verdes". Posteriormente à publicação do artigo os redatores decidiram produzir um documentário sobre os "camisas-verdes", transmitido por canal de televisão, de propriedade do mesmo grupo da revista. Durante a entrevista, alguns membros do grupo exprimiram-se de maneira injuriosa e desrespeitosa em relação aos imigrantes que integram diferentes grupos étnicos estabelecidos na Dinamarca.

A Corte, nesse caso, acolheu o recurso interposto por Jersild por considerar que, em seu conjunto, a reportagem não era orientada à propagação de idéias e opiniões racistas. Considerou-se que condenar um jornalista por haver participado na difusão de declarações errôneas de terceiros, por meio de uma entrevista, acabaria por inibir gravemente a contribuição da imprensa às discussões sobre os problemas de interesse geral. Concluiu-se pela prevalência, na espécie, do art. 10 (liberdade de expressão) sobre o art. 17 (proibição do abuso de direito) da Convenção.

Ao contrário, em decisão proferida em 24 de junho deste ano, a Corte decidiu pela prevalência do art. 17 da Convenção Europeia. Tratava-se da condenação do filósofo e escritor Roger Garaudy, pela contestação de crimes contra a humanidade, em obra revisionista publicada na França, intitulada "Les mythes fondateurs de la politique israélienne".

A Corte Europeia de Direitos Humanos (ECHR) negou provimento ao recurso apresentado pelo impetrante, Roger Garaudy, que havia sido condenado nas instâncias inferiores (*o quo*).

Garaudy interpôs o recurso à ECHR alegando violação do artigo 10 da Convenção, sobre a liberdade de expressão. A Corte considerou que a justificação de uma política pró-nazista não poderia ser beneficiada pela proteção do artigo 10 da Convenção e que o artigo 17 da mesma Convenção — proibição do abuso de direito — deveria prevalecer sobre o artigo 10, em casos de negação ou revisão de fatos históricos claramente reconhecidos, como é o caso do holocausto.

A Corte referiu-se ao artigo 17 da Convenção pelo fato de o caso versar sobre a contestação de crimes contra a humanidade. Em seu livro, Garaudy questionou a realidade,

de, a amplitude e a gravidade de fatos históricos relativos à Segunda Guerra Mundial claramente reconhecidos, tais como a perseguição de judeus pelo regime nazista, o holocausto e o processo de Nuremberg.

Entendeu a Corte Europeia que a contestação de crimes contra a humanidade é uma das formas mais graves de difamação racial contra judeus e de incitação ao ódio. Considerou ainda que a negação ou a revisão de fatos históricos desse tipo coloca em questão os próprios valores em que se baseia a luta contra o racismo e o anti-semitismo e que são passíveis de perturbar gravemente a ordem pública. Assim, a Corte considerou tais atos incompatíveis com a democracia e os direitos humanos e entendeu que o requerente incidia, incontestavelmente, em abuso de direito, tal como previsto no artigo 17 da Convenção.

Concluiu-se, portanto, que a maior parte da publicação tem um caráter revisionista marcante, que vai de encontro aos valores fundamentais expressos no preâmbulo da Convenção, a saber, a justiça e a paz.

Estimou ainda a Corte que o requerente tentou desviar o artigo 10 da Convenção de sua vocação, utilizando seu direito à liberdade de expressão para fins contrários ao texto e ao espírito da Convenção. Sua tese, caso admitida, contribuiria para a destruição de direitos e liberdades garantidos pela Convenção. Por isso, em virtude das disposições do artigo 17 da Convenção, considerou a Corte que o requerente não poderia valer-se das disposições do artigo 10 da mesma Convenção, no que se refere aos elementos relevantes da condenação de crimes contra a humanidade.

Também outras Cortes Constitucionais têm enfrentado colisões de direito como a presente.

Tal como aponta Göran Rollnert Liern:

"A STC 176/1995 voltou a pronunciar-se sobre a questão partindo igualmente de uma interpretação ampla da liberdade de expressão do pensamento — "liberdade de pensamento ou ideológica, liberdade de expressão ou de opinião", fez a própria sentença — relativizando qualquer discussão sobre fatos históricos:

"É evidente que, para assegurar a liberdade de opinião, cabe o que quer que seja, por mais equivocado ou perigoso que possa parecer ao leitor, inclusive aquilo que ataca o próprio sistema democrático. A Constituição — foi dito — protege também a quem a nega. Em consequência, não se trata aqui de se discutir a realidade de fatos históricos, como o holocausto. A liberdade de expressão compreende a de errar e outra atitude a respeito entra no terreno do dogmatismo, incorrendo no defeito que se combate, com mentalidade totalitária. A afirmação da verdade absoluta, conceitualmente distinta da veracidade como exigência da informação, é a tentação permanente dos que anseiam a censura prévia, daquela que haverá ocasião de se falar mais abaixo. Nosso juízo há de ser, a todo momento, alheio a acertos ou desacertos na proposição dos temas ou à maior ou menor exatidão das soluções propagadas, desprovidas de qualquer possibilidade de certeza absoluta ou de assentamento unânime por sua própria natureza, sem formular em nenhum caso um juízo de valor sobre questões intrinsecamente discutíveis, nem compartilhar ou discordar de opiniões em um contexto polêmico".

Não obstante, também neste caso esta concepção inicialmente ampla do âmbito da liberdade ideológica como compreensiva das manifestações hostis ao próprio regime democrático, sobressaiu-se posteriormente em virtude da mesma operação intelectual efetuada na Sentença 214/1991: na medida em que o Tribunal considera que a finalidade global da obra é humilhar e ofender o povo judeu — por haver na obra latente conceito pejorativo da etnia judia —, as manifestações efetuadas pelos autores são consideradas consequência de 'uma atitude racista contrária ao conjunto de valores protegidos constitucionalmente' e, enquanto tal, incitações diretas ou subliminares, segundo os casos, à violência ou ao ódio racial, em franca contradição com a proibição contida no artigo 20.2 do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos. Conclui o juiz constitucional que 'a apologia dos ventos, glorificando sua imagem e justificando seus feitos, por conta da humilhação de suas vítimas não cabe na liberdade de expressão como valor fundamental do sistema democrático que proclama nossa Constituição. Uma utilização dela que negue a dignidade humana, núcleo irredutível do direito à honra em nossos dias, situa-se por si mesmo fora da proteção constitucional' (SSTC 170/1994 e 76/1995). ('*La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*'. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, 2002, pp. 353-354).

Ainda sobre decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional espanhol, ressalta Pablo Salvador Coderch, a propósito da Sentença 214/1999 [proferida pelo Tribunal Espanhol]:

"se encarrega de recordar que, na cultura europeia da liberdade de expressão, não rege o princípio de neutralidade do (direito do) Estado ante quaisquer conteúdos imagináveis de um discurso.

"Nem a liberdade ideológica (art. 16 CE), nem a liberdade de expressão (art. 20.1 CE) compreende o direito a efetuar manifestações, expressões ou campanhas de caráter racista ou xenófobo, uma vez que, de acordo com o disposto no art. 20.4, não existem direitos ilimitados e ele é contrário não só ao direito à honra da pessoa ou pessoas afetadas, mas também a outros bens constitucionais como o da dignidade humana (art. 10 CE). A dignidade... não admite discriminação alguma por razão de nascimento, raça ou sexo, opiniões ou crenças. O ódio e o desprezo a todo um povo e a uma etnia (a qualquer povo, a qualquer etnia) são incompatíveis com o respeito à dignidade humana...".

"O direito à honra dos membros de um povo ou etnia... resulta... lesionado quando se ofende e despreza genericamente a todo um povo ou raça, qualquer que seja. Por ele as expressões... proferidas pelo demandado também desconhecem a efetiva vigência dos valores superiores do ordenamento, em concreto, a do valor da igualdade consagrado no art. 1.1 da Constituição em relação ao artigo 14 da mesma" [Decisão da Corte Espanhola, de 11-11-1991. BOE 301, 17-12-91. Relator: Vicente Gimeno Sendra. 1ª sala. Violeta Friedman contra STS, Sala 1ª, de 5-12-1989].

Para o Tribunal, a conjugação de ambos os princípios leva a uma conclusão que se aplica a todos os habitantes do país o mais antigo dever do Estado, o de garantir a convivência em paz:

"Em um Estado como o espanhol, social, democrático e de direito, os integrantes daquelas coletividades têm o direito a conviver pacificamente e a ser plenamente respeitados pelos demais membros da comunidade social". (Coderch, Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 37-38).

Portanto, estou convencido de que uma compreensão dos direitos fundamentais que não se assente apenas em uma concepção liberal certamente não pode dar guarida, no âmbito do direito à liberdade de expressão, a manifestações anti-semitas tão intensas como as que ressaem dos autos. Estou certo, outrossim, de que o indeferimento do *habeas corpus* na espécie é fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas, que se não compatibiliza com a prática de intolerância militante e com ataques à dignidade de grupos ou etnias.

São essas as razões que adiciono às já esposadas anteriormente, no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, gostaria de fazer algumas considerações, na linha da complementação feita pelos Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Gilmar Mendes. Por isso, me faço três perguntas: a liberdade de expressão é abstrata ou deve ser contextualizada? Não estará ela vinculada à produção robusta do debate público? Enfim, por que a liberdade de expressão é fundamental no Estado democrático? — Já ouvimos várias vezes isto aqui. Creio que as respostas, Sr. Presidente, estão no próprio processo democrático.

Sabe-se, evidentemente, que a democracia se expressa pelo princípio da maioria, com necessário respeito às minorias.

Na democracia, a formação da vontade da maioria passa pelo debate livre e transparente. Tenho, por isso — por causa do debate, o fundamento do processo democrático —, como certo, que a liberdade de expressão é pressuposto e instrumento para a produção do debate democrático; o seu exercício veicula as opiniões sobre os temas que aguçam a sociedade democrática. Ao lado também, como instrumento, aparece a liberdade de associação. Visa assegurar a realização dessas opiniões expressadas. Sargem, por isso, as associações, as ONGs, os partidos políticos etc.

O debate ou a discussão no processo democrático leva ao compromisso no qual se dá rendição de vontades antagonicas. Esta é a grande característica do processo democrático. Não é a imposição de uma determinada vontade político-partidária, mas a produção no seio, como consequência do debate — exatamente do compromisso —, característica pragmática da democracia, onde há, seguramente, a rendição dessas vontades antagonicas.

A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é precondição para a democracia e o objetivo da liberdade de opinião. As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias de opinião. Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo seguramente é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas antagônicas de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul viu bem, porque lá estava, porque lá conhece, lá sabe do que se trata e, aliás, é o lócus para isso, em grau de apelação; não, aqui, em grau de *habeas corpus*. O Tribunal de Justiça viu, com correção, o objetivo do paciente: produzir o ódio, o preconceito, o retorno às bandeiras que o Século XX haterou. A história sabe onde vai bater o fundamentalismo com ela descompromissado. A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não impõe opiniões; assegura a vigência do princípio da igualdade contra ideais não igualitários.

Citou-se aqui, ouvimos atentamente, Stuart Mill, que discorria sobre opiniões que visam instruir o debate e não aquelas que pretendiam produzir o extermínio e o ódio e destruir o debate. Ele era um liberal, um espécime na história do seu tempo. Não canonizou nenhum dogmatismo, não era um ingênuo.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande examinou a prova e concluiu que os livros foram o instrumento do ativismo racista do paciente. Não como pesquisa científica ou exercício descomprometido de ideologia, ativismo seguramente antijudaico, racista — o que a Constituição bania; e foi isso que a Constituição bania.

No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000.

Ora, Sr. Presidente, defende-se o direito de ter opinião quando o objetivo é o debate e não o ativismo para a produção do ódio; ativismo que pretende negar, ao fim e ao cabo, que todos nós somos filhos de Abraão. Seja porque uma levam consigo o Corão, seja porque outros creem nas escrituras, seja porque, por milênios, os judeus carregaram o Torá. A nossa decisão é uma sinalização, como disse o Ministro Gilmar Mendes, leva à sociedade a mensagem de que este Tribunal rechaça o ódio racial e o ativismo racista; não aceita o uso da liberdade de expressão para viabilizar o ódio e o racismo.

Neste caso, Sr. Presidente, a queima do "Radstach" emerge do discurso da liberdade de opção. Esta é uma função da Corte, Sr. Presidente, e creio que, aqui, não se examinam fatos. Estes foram examinados no Rio Grande, com a competência daquele Tribunal, sabendo do que se tratava e do que estava enfrentando, na origem do interior do Rio Grande, nas proximidades da minha Santa Maria.

Portanto, Sr. Presidente, na linha dos votos e da complementação feita, convictamente entendendo que este Tribunal está no exercício de saber do que se trata e contextualiza a liberdade de opinião, para que ela não seja o apanágio de qualquer desgraça que o futuro possa trazer no retorno de bandeiras que o Século XX desconstruiu.

Confirmo meu voto, negando o *habeas corpus*.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, começo por fazer um elogio ao voto do Ministro Marco Aurélio, assim como fiz a todos os eminentes Ministros desta Casa que se debruçaram sobre este caso. Fizeram-no com responsabilidade, com desvelo e com profundidade analítica. Todos, sem exceção. O Ministro Marco Aurélio, que proferiu voto hoje, também produziu uma obra alentada, de muita pesquisa, reflexão e discernimento. Entretanto, quero fazer uma distinção entre os nossos dois votos.

Em meu voto, considero racismo um substantivo feminino usado pela Constituição, suficientemente lato para alcançar duas realidades: a dos negros e a daqueles povos, como os judeus, que se personalizaram, ganharam, por fatores histórico-culturais, uma identidade. Os judeus, como os ciganos, como os índios, como os armênios, como os escoceses, têm, sem dúvida, um perfil histórico inconfundível com o de qualquer outro povo. Então, para mim, e à luz da Constituição, os judeus podem, sim, ser vítimas de racismo, aplicando-se, então, ao eventual racista — criminoso, portanto, pois racismo é crime —, a cláusula da imprescritibilidade com que a Constituição procurou inibir mais rigorosamente a prática desse crime. Parece-me que, no voto do eminente Ministro Marco Aurélio, o substantivo racismo fica limitado a uma adscrição à realidade dos negros. Parece-me que foi isso. Então, amplo o conceito de racismo para alcançar, também, no caso, a realidade dos judeus. Todavia, lendo o livro do paciente, da primeira à última edição, e lendo outros livros mencionados na denúncia, cheguei à conclusão de que não houve racismo, não houve preconceito.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Excelência, em sede de *habeas corpus*?

Em sede de *habeas corpus*, V. Exa. examina a prova analisada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quanto à prova, não; colhi os elementos de meu raciocínio da própria denúncia, dos próprios autos. Não carreei para os autos nenhum documento novo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Então, quanto ao entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul no sentido de que a prova conduzia à prática do racismo, V. Exa. o afasta, em sede de *habeas corpus*, na leitura da denúncia.

Isso é o que quero registrar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Tudo começou com a denúncia. Aliás, denúncia julgada improcedente pelo juízo monocrático, pelo juiz de primeiro grau, com o apoio do Ministério Público. O Ministério Público, ao final, pediu a absolvição do paciente e nem recorreu de sentença condenatória.

Estava dizendo, Sr. Presidente, que preconceito é discriminar, mas discriminar negativamente. É considerar alguém subgente, sub-raça, inferior. Não pode haver outro conceito jurídico de preconceito senão este: preconceito é inocular em um terceiro a pecha de inferior, como se o terceiro padecesse de um congênito déficit de dignidade ou de cidadania.

Os livros em causa não dizem que os judeus são uma sub-raça ou subgente ou subpovo, absolutamente. Mesmo os livros editados pelo paciente, basta ver o título desses livros: *O judeu internacional, Os judeus, os conquistadores do mundo*; estes livros denunciam os judeus, não por eles, judeus, mas sob a influência do sionismo, tudo pelo autor e pelos seus editados como um movimento ideológico fundamentalista, radical, sectário. Os judeus aspiram à conquista do mundo, por se considerarem o povo eleito de Deus, no plano religioso, e um povo vocacionado para o domínio político do mundo por fórmulas heterodoxas de domínio do mercado financeiro e da imprensa mundial. Ora, isso não é preconceitualizar. Isso é dizer o contrário. Não concordo com este livro. Já o disse várias vezes. Este livro não me convenceu, nenhum livro me convenceu. Agora, o paciente tinha o direito de tentar me convencer; é evidente que ele o tinha. Liberdade de expressão é isso. Não falei da liberdade de expressão pura e simplesmente. Disse que a liberdade de expressão foi manejada pelo paciente para cimentar uma convicção política.

Se eu estiver errado, peço que V. Exas. me corrijam, mas, até agora, não ouvi nenhum Ministro se referir ao art. 5º, inciso VIII, da Constituição. A Constituição aduz, neste emblemático inciso:

"Art. 5º...

VIII — ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política..."

E por que estou a dizer que ele laborou no campo da convicção política? Porque seu livro, como os outros editados por ele, todos cuidam de macrorrelações jurídicas, travadas entre povos soberanos, governos soberanos e Estados soberanos. Este é o lócus, não há outro para a manifestação de convicção política. Não há outro.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Qual foi o uso que ele deu aos livros em Santa Cruz?

V. Exa., que examinou a prova, observou o que está nos autos. As coisas começaram em Santa Cruz, ou não?

O que ele fez com os livros?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vamos citar um dos livros. Ele editou livros e o fez no uso da sua liberdade.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: O que fez com os livros?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Editou-os.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: E o que mais?

V. Exa. não leu a prova, desculpe.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não se trata disso. Ninguém mais leu estes autos do que eu. Quem leu mais estes autos empatou comigo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Destes autos não consta o juízo do tribunal que era a base, exatamente, do uso feito pelos livros?

A destinação dos livros era disseminar o anti-semitismo e o racismo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Lerei um dos livros para que V. Exa. veja que não é assim.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não são livros, mas, sim, condutas.

E as condutas estão na prova dos autos do Tribunal do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não há condutas. Há livros.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não.

Ele não fez nada?

Não fez discursos nas ruas de Santa Cruz?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso não consta da denúncia.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Evidente que não consta, pois V. Exa. não pode examinar isso.

Quem tem de examinar é o Tribunal do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Tribunal do Rio Grande do Sul não examinou condutas.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Como não examinou?

Verifique os autos, os fatos, as conseqüências.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Excelência, o Tribunal do Rio Grande se louvou — como não poderia deixar de ser — na denúncia do Ministério Público.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não, na prova produzida em relação ao que se fez.

As condutas havidas.

Quem lá viveu sabe o que aconteceu.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Prova que não está nos autos do *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quem fez a denúncia se retratou e pediu a absolvição do réu, depois de colher as provas documentais, as provas materiais, as testemunhas, o depoimento do autor.

O eminente Ministro Celso de Mello se referiu a uma decisão recente da Suprema Corte. Esta decisão não é novidadeira, em termos de Direito brasileiro, porque está exatamente de acordo com a Lei nº 9.459, de 13-5-97, que profliga, criminaliza a propaganda do nazismo, manifestada por emblemas, distícos, signos que propagandem a cruz suástica. Então, aí, sim, se isso ocorrer, é evidente que é crime e a lei não é inconstitucional por isso. Trata-se da Lei nº 9.549, de 13-5-97. O Ministro se refere a uma citação que não é do autor, mas, sim, de Louis Marschalko. Ele é húngaro, mas esse autor magiar também diz o seguinte... — é preciso verificar o contexto.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Ao fazer referência a diversos fragmentos e a trechos constantes dos livros objeto da denúncia, fui muito claro ao salientar que algumas dessas publicações eram de autoria do próprio paciente, e outras, não.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito. É verdade.

O Sr. Ministro Celso de Mello: E mais, a leitura do acórdão — **tenho-o em mãos** — do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresenta, na verdade, um exame exaustivo dos livros, com transcrições não apenas de trechos deles constantes — **infamantes e caracterizadores** de ofensa racial —, mas, mais do que isso, o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, após detida análise das referidas publicações, **esclareceu** que o ora paciente fez veicular, **em tais obras**, idéias antijudaicas, de cunho nitidamente racista.

Não posso ignorar, Senhor Presidente, **consideradas** tais publicações, **uma realidade** que se me afigura bastante clara, **insuscetível** de amparar, sob a égide da liberdade de expressão, **o uso criminoso** do livro.

O livro — **enquanto instrumento de disseminação do ódio racial e de concretização de práticas criminosas**, profundamente ofensivas a valores **que informam** os próprios fundamentos sobre os quais se estrutura a República democrática — **degrada-se** em sua condição de santuário constitucional das idéias e da livre expressão do pensamento, **para converter-se**, quando **ilicitamente** utilizado com propósitos desviantes, num meio subalterno, ilegítimo e **desprezível de transgressão e de dessacralização** dos princípios mais elevados e nobres **que exaltam** a essencial dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II) e **que justificam**, bem por isso, o veto de permanente hostilidade a **qualquer** forma de preconceito e de discriminação (CF, art. 3º, IV).

De outro lado, Senhor Presidente, a alegação do ora paciente, quando do seu interrogatório judicial, de que pretende "**levar** *avante um ideal*", movido por razões ideológicas, em nada pode beneficiá-lo, **pois** — como procurei demonstrar em meu voto — **ideais criminosos**, como os de que se acha impregnado Siegfried Ellwanger, **não encontram** apoio em nosso ordenamento positivo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Há prova de que ele é um político; transitou por área política. Sou um ideólogo, quero levar *avante um ideal*, disse ele. Isso confirma o propósito político-ideológico.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Nada.

Ele quer matar judeu.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Britto, tanto é verdade que ele aceitou o que foi colhido, no Rio Grande do Sul, como prova: o *habeas corpus* não cuida de qualquer violação ao direito de expressão; não se trata disso.

Aqui, o Ministro Sepúlveda Pertence, pela primeira vez, "en passant", mencionou violação possível a esse instituto; nem chegou a afirmar, categoricamente, que havia caracterizado esse tipo de ofensa. Apenas sinalizou que poderia haver. Daí começou-se a discutir o tema também sob esse enfoque. O *habeas corpus* não trata, em nenhum momento, dessa questão de violação ao direito de expressão. Tenho que é apropriado, nesta sede, tratar da matéria, porque o *habeas corpus* tem um universo muito grande, tanto mais que V. Exa., ao final, concede a ordem *ex officio*.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exatamente. Para evitar consumação de um mal maior. Por isso, citei Cambês e o Ministro Nelson Jobim reagiu — uma brincadeira, certo, de bom gosto, não foi de mau gosto —, dizendo que Cambês não entendia de processo.

Cambês disse o seguinte:

"Cessa tudo que a antiga musa canta, que outro valor mais alto se alevanta."

Então o *habeas corpus* pode ser conferido de ofício sempre que necessário evitar a consumação de um mal maior, uma nulidade absoluta, quando a questão é de ordem pública, evidentemente. O mesmo Marschalko, eminente Ministro...

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Já que V. Exa. citou Cambês, vou trazê-lo de volta:

"Um fraco rei faz fraca a forte gente."

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso ele fez numa linha maquiavélica, certamente muito mal inspirado. Nessa passagem, sim.

Louis Marschalko disse:

"Tampouco nós somos anti-semitas, ou seja, não somos anti-semitas no sentido religioso da palavra, pois somos suficientemente liberais para respeitar todas as religiões."

E mais:

"Tampouco somos nós anti-semitas no significado hitlerista da palavra, isto é, em bases raciais, porque nós não ensinamos, nem aceitamos a superioridade de nenhuma raça."

No livro de Siegfried Ellwanger, não há uma só referência ao arianismo, não há uma só propaganda do arianismo. Ele nunca defendeu o holocausto; se o defendesse, eu seria o primeiro a condená-lo. Apenas diz que holocausto maior, muito mais significativo, sofreu o povo alemão com a dizimação de quase todas as suas cidades e o morticínio de quase vinte milhões de pessoas. Não concordo com isso, mas ele tinha o direito de dizer.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Louis Marschalko, eminente Ministro Carlos Britto, nada mais é senão um nazista desprezível, cuja obra *Os Conquistadores do Mundo — Os Verdadeiros Criminosos de Guerra* (tenho-a igualmente em mãos), também editada pelo ora paciente, revela conteúdo extremamente ofensivo, apto a estimular inaceitável ódio público ao povo judeu, como se pode inferir, dentre muitas outras, da seguinte passagem:

"O judaísmo mundial tem de ser encarado como o único criminoso de guerra, da Segunda Guerra Mundial, porque, em primeiro lugar, ele impediu a reconciliação dos países e a possibilidade de cooperação [...]."

(...)

Quem conhece aqueles velhos ensinamentos sobre os quais a doutrina judaica de vingança é baseada? Quem conhece o verdadeiro significado da festa do Purim? Quem já viu essa festa? Quem viu os judeus se embriagando nas suas sinagogas? Pois, embora eles, em outras épocas, fossem abstêmios, atualmente, o ofício religioso deles é o de se embriagarem."

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o propósito do livro foi este: mostrar que os verdadeiros responsáveis pela deflagração da guerra não foram os alemães. Eles têm essa convicção. Evidente que é uma leitura equivocada do Purim.

O Sr. Ministro Celso de Mello: O fato irrecusável, Senhor Ministro Carlos Britto, é um só: a incitação do ódio público ao povo judeu, além de profundamente reprovável sob uma perspectiva ética, traduz comportamento delituoso ("hate crime"), cuja tipificação penal — como já demonstrado no curso deste julgamento — responde a exigências axiológicas, políticas e sociais subjacentes à necessidade de prevenir e de reprimir uma das formas mais sólidas de expressão e de atuação individual no plano das relações humanas: o preconceito e a discriminação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Marschalko é um equivocado ao fazer essa interpretação malfazeja do Purim.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Britto, fiz uma consulta biográfica desse Louis Marschalko, que é húngaro — V. Exa. disse muito bem —, mas ele é, declaradamente, nazista. Saiu da Hungria exatamente porque aquele país passou a integrar à órbita da União Soviética. Ele não concordava, absolutamente, com aquilo e emigrou para a Argentina.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Acabei de ler que ele não concorda com a tese central do nazismo, a superioridade do arianismo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Mas, com a extinção dos judeus ele concorda.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, também.

Sr. Presidente, vou fazer duas leituras: numa, Siegfried, em razões finais, diz o seguinte (fls. 27):

"O preconceito e a discriminação religiosa, racial, étnica, etc., é conduta abominável, porquanto foram as causas das grandes tragédias da humanidade. Por outro lado, entender que opiniões e manifestações contrárias à dominante, e a ela

multo desfavoráveis, implica incitação ou induzimento ao crime de preconceito e discriminação étnica, significa, também, uma posição de preconceito, mais quando aquelas vêm demonstradas em obras literárias."

Finalmente, Sr. Presidente, o Siegfried termina sua obra dizendo, iniludível e inequivocamente, com todas as letras, o seguinte:

"Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o próprio Ministro Chamberlain, foi o responsável pela Segunda Guerra Mundial, através da imprensa internacional e também por pressões exercidas sobre elementos ligados ao Governo Britânico. Coisa importante: o sionismo, por ser racista, é condenado, praticamente, por todos os países do mundo. Ora, quem condena o racismo assim, tão veementemente, não pode ser racista."

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Então V. Exa. acreditava no Chamberlain?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Não é isso.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. acabou de citar o Chamberlain.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não! Ele, paciente, citando o Chamberlain.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. lendo e citando-o para justificar sua posição. Logo, se é fundamento da sua decisão, V. Exa. acredita nisso.

Senão, não seria fundamento.

Que fundamento curioso é esse!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que raciocínio equivocado, Excelência! Não estou afirmando absolutamente nada; estou transcrevendo um trecho.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Para fundamentar a posição assumida por V. Exa., que considera que ele não praticou crime.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se esse livro fosse racista, escancarada e protuberantemente racista, ele não estaria aqui sendo defendido como não-criminoso por três Ministros do Supremo Tribunal Federal: Marco Aurélio, Moreira Alves e eu próprio, que estou a falar.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É diverso o fundamento do voto do Ministro Moreira Alves. Ele não ingressou na análise do conteúdo ideológico da obra.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A verdade é que o Ministro Moreira Alves concluiu, pedindo a absolvição dele, paciente.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Não! Ele declarou extinta a punibilidade, por entender descaracterizado o crime de racismo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ele admitiu a prescricibilidade; é outra coisa.

Ele não chegou a dizer, como V. Exa. fez, que não houve crime.

Ele disse que houve crime.

Ele estava examinando o pedido do autor e este chegou à tribuna, por seu advogado, dizendo que não era isso que pediu, não tinha nada a ver com isso, porque não sabia do que se tratava.

A discussão aqui trazida era a prescritibilidade.

O Sr. Ministro Carlos Brito: Se, em uma Casa como esta, a mais alta Casa da Justiça brasileira, o livro suscita leitura diferenciada, quanto mais no âmago da população! Que esse livro circule! Não me convenci, o Ministro Marco Aurélio não se convenceu. Continuou tão admirador do povo judeu quanto antes.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: V. Exa. me permite só um aparte? Toda a população pensa de acordo com V. Exa.?

O Sr. Ministro Carlos Brito: A população tem o direito de fazer o seu julgamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Todas as pessoas do país pensam da mesma forma de V. Exa.?

O Sr. Ministro Carlos Brito: O livro está na vigésima nona edição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Há algum risco de alguém interpretar de outro modo e, com isso, sentir-se autorizado a alimentar o ódio, e não só alimentá-lo, mas passar de uma posição de ódio a uma postura de risco à integridade das pessoas?

O Sr. Ministro Carlos Brito: Entendo que não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ah! ninguém neste país? Seria isso concebível?

O Sr. Ministro Carlos Brito: É possível que alguém leia o livro e se convença.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ora, basta que seja possível; é exatamente isso que se quer evitar. Daí, a Constituição ter tomado uma atitude que o Ministro Marco Aurélio considerou, com base em alguns autores, uma medida excepcional: a da imprescritibilidade do crime. Por quê? Porque o fato é de gravidade excepcional, pois alimentaria ódio histórico cujo desdobramento chegou ao extermínio de um largo grupo humano. Não coibi-lo significaria botar em risco as pessoas no que elas têm de universal, como parte da mesma raça.

O Sr. Ministro Carlos Brito: Basta ler o livro dele para que façamos uma psicanálise. Ele condena a desonestidade, a mentira, o racismo e se considera defensor da verdade e um homem de caráter.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Pela leitura, ele é o grande herói do seu tempo.

O Sr. Ministro Carlos Brito: Por outro lado, sou marcado positivamente e definitivamente por aquela frase de Voltaire:

"Não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las".

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Contextualiza a palavra, contextualiza isso.

O Sr. Ministro Carlos Brito: Contextualizando, não vi racismo. O Ministro Marco Aurélio falou do livro. Também sou muito marcado positivamente por Castro Alves, quando disse:

"Ó bendito o que semeia
Livros, livros a mancha
e manda o povo pensar.

O livro caindo n'alma
é germe que faz a palma
é chuva que faz o mar."

Não vi neste livro incitação no ódio. Se visse, estaria aqui a dizer: não concedo o *habeas corpus*. Mas a minha leitura não é condenatória desse homem de 75 anos de idade, um inventor, um industrial, um escritor, que tem sua história de vida e que diz, às escancaras, da primeira página à última, que faz uma distinção entre sionismo e judaísmo. Ele não é contra o judaísmo, é contra o sionismo e tem o direito de sê-lo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. conhece Siegfried Ellwanger?

O Sr. Ministro Carlos Brito: Tenho mais de meia dúzia de amigos juristas do Rio Grande do Sul e consultei a todos. De há muito estou me debruçando sobre este caso...

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Todos eles de origem alemã?

O Sr. Ministro Carlos Brito: Não. Estou calçado. Fazendo a leitura dos fatos e das personalidades com extrema responsabilidade, o que não nego à de V. Exas., absolutamente.

Mantenho convictamente meu voto. Absolvo Siegfried Ellwanger Castan.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Fala-se que essa cláusula de imprescritibilidade que a Constituição Federal inseriu no inciso XLII do artigo 5º e uma perversidade.

Na minha opinião, não; na verdade constitui um avanço de relevo.

O fato de ser o Brasil o único país que positivou a imprescritibilidade desse tipo de delito em sua Carta Política torna-se, na verdade, uma extraordinária conquista para o mundo contemporâneo, e a decisão que ora concluímos e que examina os contornos de aplicação do inciso XLII, do artigo 5º da Constituição, de extrema magnitude e eminentemente emblemática para o direito comparado.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, para gosto do Ministro Nelson Jobim, vim de casa hoje disposto a usar dos privilégios de decano do Tribunal.

Primeiro, o de poder ser breve; segundo, o de votar quando a causa já está decidida, a meu ver, muito mais decidida, agora, em que tantos votos anteriores, sem confiar na Taquígrafia, resolveram reafirmar-se.

Sr. Presidente, meu voto é envergonhadamente pobre, depois da discussão tão rica a que o caso deu margem e, creio, em boa parte, por culpa minha.

No âmbito de sua fundamentação nitidamente demarcada pelo impetrante, o presente *habeas corpus* gira em torno de uma questão única: a inteligência a dar-se, a partir do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, à locução "prática do racismo".

Assim se desenvolveu a discussão a partir da impetração, bem deduzida, e dos dois magníficos pareceres que a ela se contrapuseram: os dos professores Celso Lafer e Miguel Reale Júnior.

O eminente Relator, Ministro Moreira Alves, pôs-se na conformidade da impetração. Partiu de um conceito antropológico de raça — citando, entre outros, a definição de Albuquerque, para concluir que os judeus não constituem uma raça. Logo, a discriminação contra a comunidade judaica, embora mandada incriminar como tal, como discriminação, pela Constituição, não constitui racismo e, portanto, não é imprescritível.

Dissentiram os demais, a partir do voto doutrinário de V. Exa. e com a única exceção, hoje, do eminente Ministro Marco Aurélio, com raciocínios que têm entre si diferenças sutis, inclusive o do Ministro Carlos Brito: todos partiam de um conceito diverso; tomaram do que se chamou aqui um conceito sociocultural ou histórico-cultural de raça, até porque, enfatizou-se à exaustão, que o suposto conceito naturalístico de raça estaria desmentido pela ciência contemporânea.

Não me aventurarei, Sr. Presidente — estejam todos tranqüilos —, a repetir os argumentos que, de um lado e de outro, se contrapuseram, todos, com brilho e erudição.

Explicito apenas a minha convicção.

De um lado, a radical negação da existência de raças, já se enfatizou com precisão, esvaziaria, contra regras elementares de hermenêutica, todo o significado da norma do art. 5º, XLII, da Constituição. Celso Lafer chega a dizer que, a ser assim, a Constituição Federal teria mandado incriminar, com excepcional rigor, impondo-lhe a pena de reclusão e as notas de inafiançabilidade e imprescritibilidade, um crime impossível.

De outro lado, no entanto, com todas as vênias do eminente Ministro Marco Aurélio, opto pelo que se chamou aqui de conceito sociocultural de raça. A exemplo de Bobbio, longamente citado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, creio que há de partir-se de um fenômeno histórico indiscutível, o **racismo**, para, então, verificar que o alvo do racismo não é necessariamente uma raça, como conceito antropológico, mas, sim, um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo do **racismo**. Certo, no Brasil — o voto do Ministro Carlos Brito o evidenciou com clareza exemplar — o termo **racismo**, na Constituição, é ambivalente. O seu objeto historicamente maior é claro: está na preocupação da civilização brasileira com a discriminação contra o negro, contra um preconceito de cor e, portanto, contra um preconceito que se ajustaria à noção naturalística de raça, do que partiu o voto do eminente Ministro Moreira Alves e, hoje, ganhou no ponto a adesão do Ministro Marco Aurélio.

Não deixo, Sr. Presidente — quero deixar isso muito frisado e explicitado, lamentando dissentir de V. Exa. no tópico —, de compreender a preocupação do Ministro Moreira Alves, que o levou, a meu ver, à inteligência reducionista, naturalística, de raça, para dela excluir a comunidade judaica. Creio que o voto do Ministro Moreira Alves parte aí de uma premissa de que participo: o irracionalismo da determinação constitucional de **imprescritibilidade** de determinada infração penal — que serve a frases literárias para que "nunca mais seja esquecida" —, mas que é contra todas as razões humanísticas que levaram à prescritibilidade de todos os crimes a ser um valor universal do Direito Penal, desde a revolução liberal do iluminismo.

É certo que, logo em seguida, o inciso XLIV da Constituição Federal dispõe:
"Art.5º (...)

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático."

Mas aí, Sr. Presidente, entende-se essa nota esdrúxula de imprescritibilidade. O que não é original da Constituição brasileira. Surge em determinada Constituição latino-americana, na onda de democratização posterior ao ciclo militarista dos anos 60: trazaz uma pretensão — quiçá e muito provavelmente utópica — de garantir a repressão penal ao golpe de estado vitorioso, a qualquer tempo em que os seus autores sejam despojados do Poder que assaltaram. Aí, explica-se logicamente essa imprescritibilidade, pela absoluta impossibilidade de punirem-se os autores de um golpe vitorioso — e nisso a história latino-americana é rica —, enquanto estão no Poder.

Mas quem revir os crimes da Lei 7.716 e suas alterações, verá que há nela incriminações — contra as quais não teria uma palavra a dizer — que não têm, contudo, nem de longe, a grandeza e o relevo do golpe de estado vitorioso, cuja punição, quiçá utopicamente, a norma do art. 5º, XLIV, pretende garantir a qualquer tempo.

Não obstante, Sr. Presidente, alinho-me à maioria para entender que o preconceito anti-semita constitui **racismo**, já na dicção do art. 5, XLII, da Constituição Federal, já na Lei 7.716 de 1989 e suas alterações.

Desde a primeira assentada deste longo julgamento, no entanto, manifestei preocupação com outra dimensão do caso, embora estranha à limitação explícita da sua fundamentação. E hoje, Sr. Presidente, quanto me penitencio dessa ampliação do raio da discussão do caso. Certo, havia V.Exa., incidentalmente feito uma referência ao ponto, e o Ministro Celso de Mello, uma outra, quando pus à reflexão do Tribunal o problema das implicações do caso com tema da liberdade de expressão do pensamento.

Depois, como já previa, me adverti de algo que o tempo vai ensinando no Tribunal: só se propõe *habeas corpus* de ofício quando se está com muita confiança nos colegas, porque, senão, se chega ao resultado a que estamos chegando aqui: o "indeferimento de ofício" do *habeas corpus*; incompatível com o "valor mais alto que se levanta", porque, em matéria de *habeas corpus*, quem sabe, poderia a ordem ser deferida em outra instância (não estou me referindo a V. Exa., Ministro Carlos Brito, por causa da citação camoniana, que pouco se me dá que entenda de processo ou não: afinal de contas, como advertiu o outro dos dois maiores poetas lusitanos, Fernando Pessoa, "mais do que isso era Jesus Cristo, que não sabia nada de Finanças, nem consta que tivesse biblioteca.")

Penitencio-me, portanto, de ter provocado esse indeferimento de ofício.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite um aparte, apenas para deixá-lo com a consciência mais tranqüila?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, V. Exa. traria, certamente, o problema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não. É que a base para o julgamento no Juízo foi essa: a prevalência da liberdade de expressão. E consta do acórdão impugnado mediante este *habeas corpus* o exame da matéria.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim. Vim verificar isso, depois, quando até pedi cópia das peças principais.

O Sr. Ministro Carlos Brito: V. Exa. citou, aqui, o art. 5º, inciso VIII, segundo foi informado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não traria porque, muito embora seja um espírito irrequeto, evidentemente não assumo a posição de criador desta ou daquela tese.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, não tenho, jamais tive, pretensão de criar tese alguma. Por isso, nada disse de novo neste meu voto, porque nada tenho a mais a dizer. Apenas suscitei uma questão que antes não fora suscitada neste julgamento. Nada mais que isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A carapuça entrou, Excelência?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não é carapuça, Excelência. Isso é bordoadada e há de ser respondida com bordoadada.

Não posso terminar este voto sem expressar os meus temores que, eles sim, me impeliram a aventar a questão: fico a pensar na Lei de Segurança Nacional do regime militar, nos seus tipos abertos, como "fazer publicamente a propaganda subversiva". Por isso a dúvida levantada por mim sobre se livros podem ser instrumentos de crimes de instigação ou induzimento.

Jovem advogado, assisti de uma daquelas cadeiras — e participei depois, da tribuna, de outros casos semelhantes — ao julgamento do *habeas corpus* em favor de Ênio Silveira, o proprietário da editora "Civilização Brasileira".

Dai todos os meus temores em torno da discussão sobre se um livro — eu chamaria um "livresco", (se não fora editado no interior do Rio Grande do Sul, porque aí se torna um acontecimento mundial!) — seria instrumento adequado à incitação e ao induzimento público de ódio racial. Prefiro dizer que, instrumento de incitação ou induzimento, salvo casos excepcionais, não concebo que livro possa sê-lo.

Mas a discussão convenceu-me de que um livro, pode sim, ser instrumento da prática do racismo. Há aqui uma página, como outras, rigorosamente antológica, do voto do Ministro Carlos Brito, a qual me permito recordar ao Tribunal (— lembre-se apenas que o tipo tem três núcleos: praticar, instigar, incitar ou induzir):

"Pois bem, é ainda no senso comum das pessoas que o verbete "prática" assume o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduza no fato de o ser humano sair de si mesmo. Vir à tona da existência. Experienciar a vida, enfim, sem a sutileza da distinção (e aqui desfaço uma cogitação que cheguei a verbalizar na subredida sessão plenária do dia 26 de junho transato) — sem a sutileza da distinção entre a postura abstrata e solitária do escrever e a postura concreta e social do agir, pois ambas as formas de extrapolação do puro psiquismo humano são materializações de conduta; quer dizer, tudo é comportamento, interação, empirismo existencial, trajetória de vida em recíproca interferência."

Isto é, prática.

No entanto, seria essa prática materializada, substantivada, na publicação de um

livro (— e faço inteira abstração à incriminação de reedição de livros absolutamente conhecidos; não cometeria à cultura gaúcha o desparúrio de mandar indagar se está vivo o Presidente da velha Editora Globo de Porto Alegre, para um livro que parece um pouquinho mais grave que este, o *Mein Kampf*, o qual todos nós temos, e os que não sabemos alemão, lemos na tradução dessa Editora) — mas seria, a incriminação dela, compatível com a liberdade de expressão de pensamento?

O assunto, confesso, angustiou-me. Uma vez mais, agradeço ao Mestre Carlos Brito essa outra página absolutamente tranquilizadora: a distinção feita por S. Exa., a demonstrar que, ao assegurar a liberdade de expressão de pensamento e vedar a censura, a Constituição não prodigalizou imunidades, salvo o que S. Exa. chamou de "as excludentes da abusividade", a manifestação de crença religiosa, convicção filosófica ou política.

Leio do seu voto:

"41. Que a Lex Máxima declara e garante a liberdade de expressão, é julgo que ninguém desconfirma. Liberdade tanto para manifestar o pensamento (exteriorizá-lo, portanto) como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica, ou de comunicação. Ponto pacífico. Uma coisa, porém, é a liberdade de quem desfruta quem quer que seja para dizer o que quer que seja (...) ou, ainda, para trazer à ribalta suas incursões pelos domínios da Arte, do Intelecto, da Ciência ou da Comunicação; outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente."

E segue nessa linha.

A liberdade de expressão, a vedação da censura, assegura o que S. Exa. o diz, com razão, um direito subjetivo que tem, no próprio instante de sua realização, o exaurimento do seu conteúdo.

Pronunciou-se a manifestação do pensamento, exteriorizou-se o pensamento e a opinião, exerceu-se esse direito garantido pela Constituição, vedando a censura, mas isso nada tem a ver com uma imunidade da responsabilidade civil ou penal, pelo que foi expresso ou dito, salvo, repito, expressão deliciosa e saborosa de S. Exa. —, as "excludentes da abusividade" no inciso VIII do art. 5º da Constituição.

Pois bem, a partir daí, o acórdão do Tribunal de Justiça explicitamente realça expressões do livro e enumera outros indícios da intenção de proselitismo do autor.

Ao contrário, o Ministro Carlos Brito desce à análise dos livros de autoria do paciente e, apesar de negar-lhes qualidades literárias ou, se bem entendi, força de convicção histórica, chega à conclusão de tratar-se de uma tentativa de transmitir uma versão objetiva da história diferente da dominante. Essa análise do Ministro Carlos Brito — que, na sede do *habeas corpus*, é certo, se poderia considerar heterodoxa — tem, por si, a escusa antecipada de vários dos votos que o antecederam e que também foram procurar no acórdão, ou fora dele, passagens dos livros do paciente ou — o que definitivamente afastou — editados por ele, e que traduziriam o preconceito anti-semita.

Nas circunstâncias do caso, não me unimo a essa profunda análise para dissentir das conclusões extraídas da prova pelo Tribunal de Justiça. Eu o faria se se tratasse de uma decisão teratológica, de uma classificação abusiva das obras ou dos trechos realça-

dos. Mas, é claro, não posso tachar de absurda a decisão do Tribunal de Justiça que analisa um livro do paciente como este — *Holocausto. Judeus ou Alemães?* — no qual —, após, segundo o autor — a fotografia de um desenho de cadáveres, se lê:

"A foto acima" — leio fls. 205/206 — "tomada pelo exército norte-americano no campo de Dachau, após a libertação do mesmo, mostra os corpos de aproximadamente 160 pessoas, que foram propositadamente expostas no chão para servir de propaganda anti-alemã, a fim de justificar ou tentar justificar um pouco o que tinham feito contra a Alemanha, deixando suas cidades em ruínas e um número incontável de civis mortos, homens, mulheres, crianças e velhos, como poderão ver em capítulo próximo.

"Quem são as pessoas?" — Veja-se o tom apodítico, peremptório da afirmação — "que os norte-americanos mandaram espalhar pelo chão? No começo diziam que haviam passado pelas câmaras de gás, mas já há bastante tempo que se sabe, morriam centenas de doentes nesse campo, diariamente, após a "libertação"; pois presos haviam atado fogo em todos os arquivos, visando assim esconder seu passado criminoso e impedindo por esse expediente que os médicos norte-americanos pudessem ministrar os medicamentos adequados aos enfermos.

Geralmente insinuava-se que se tratava de judeus mortos em câmaras de gás (...). O cardeal Faulhaber, da Alemanha, afirmou que em alguns casos foram usados cadáveres de alemães, retirados dos escombros dos bombardeios e enviados ao campo para serem cremados, a fim de atender aos interesses publicitários anti-alemães."

Acoplados trechos como esses, de que o livro é fértil, à conclusão que o Tribunal de mérito extraiu dos autos, de um propósito de proselitismo da publicação, não posso entendê-lo como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa alguma.

Sem fechar outros caminhos — embora todos eles possam ter sido fechados pela discussão do *habeas corpus* de ofício, às avessas, em que se transformou este julgamento —, denego a ordem, com as vêniãs dos Ministros Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

HC 82.424/RS — Relator originário: Ministro Moreira Alves. Relator p/ o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalicio João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*, vencidos os Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Ministro Carlos Britto, que a concedia, *ex officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. Redigirá o acórdão o Presidente, o Ministro Maurício Corrêa. Não votou o Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Ministro Moreira Alves que proferira voto anteriormente.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes a sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 17 de setembro de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.