



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GABRIEL LISBOA BERNARDO DA SILVA

CASO ELLWANGER E O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Assis - Sp

2017



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

GABRIEL LISBOA BERNARDO DA SILVA

CASO ELLWANGER E O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Departamento do curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a Orientação específica do Prof. Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

Orientando: Gabriel Lisboa Bernardo da Silva

Orientador: Prof. Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior.

Assis/SP

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

FICHA CATALOGRÁFICA

S586c SILVA, Gabriel Lisboa Bernardo da
Caso Ellwanger e o conflito de direitos fundamentais/Gabriel Lisboa Bernardo da Silva. – Assis, 2017.

38p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Dr. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior

1.Direitos fundamentais 2.Liberdades fundamentais 3.Direito constitucionais

CDD 341.27

CASO ELLWANGER E O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

GABRIEL LISBOA BERNARDO DA SILVA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador:

Prof. Ms. Fernando Antônio Soares de Sá Júnior.

Examinador:

Assis/SP

2017

Não concordo com uma palavra que você disse,
mas defendo até a morte o teu direito de dize-las.

Voltaire
(1694 - 1778)

RESUMO

A relação que se dá entre os direitos fundamentais e as relações individuais, decorrentes dos atos de vontade, acaba por nos trazer uma ideia de clara harmonia, mas o que se vê no cotidiano se mostra o total oposto. Esse trabalho irá analisar essa relação, e para tal feito terá como objeto o caso específico de condenação de Siegfried Ellwanger pelo crime de incitação ao racismo, incurso no artigo 20 da Lei 7.761/89, com a jurisprudência HC 15.155 do Supremo Tribunal de Justiça e o HC 82.424 do Supremo Tribunal Federal.

O método teórico utilizado foi o da análise do caso pelo viés do lado da acusação e da Defesa, pautando-se nos princípios da liberdade de expressão e da proibição do racismo. De mesmo plano a utilização de uma análise crítica e imparcial acerca dos fatos e dos diferentes posicionamentos, pautando-se na base doutrinária sobre cada um deles.

Diante disto, busca-se com esta pesquisa alcançar o real alcance sobre a liberdade de expressão, a fim de estabelecer se Siegfried Ellwanger de fato teve seu direito a liberdade de expressão mitigado, bem como estabelecer o paralelo dessa condenação como base jurisprudencial de futuras decisões.

Palavras-chave: Siegfried Ellwanger. Direito Constitucional, Liberdade de Expressão

ABSTRACT

The relationship between fundamental rights and individual relationships, resulting from acts of will, gives us an idea of clear harmony, but what is seen in everyday life shows the opposite. This work will analyze this relationship, and for this purpose will have as its object the specific case of conviction of Siegfried Ellwanger for the crime of incitement to racism, under article 20 of Law 7,761 / 89, with case law HC 15.155 the Supreme Court of Justice and O HC 82.424 of the Supreme Federal Court.

The theoretical method used was the analysis of the case by the bias of the prosecution and defense side, based on the principles of freedom of expression and prohibition of racism. On the same plane is the use of a critical and impartial analysis about the facts and the different positions, based on the doctrinal basis on each of them.

In view of this, this research seeks to reach the true scope of freedom of expression in order to establish whether Siegfried Ellwanger has in fact had his right to freedom of expression mitigated, as well as to establish the parallel of this conviction as the jurisprudential basis of future decisions.

Keywords: Siegfried Ellwanger. Constitutional Law, Freedom of Expression

LISTA DE ABREVIATURAS

STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
HC	Habeas Corpus

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	03
1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	04
1.1 EVOLUÇÃO E MARCOS HISTÓRICOS	04
1.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO	06
1.3 LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO	07
1.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	08
1.5 RACISMO E INJÚRIA RACIAL	11
2. EXPOSIÇÃO E APRECIÇÃO DO CASO	12
2.1 IMPETRAÇÃO E REFORMA DA SENTENÇA	12
2.2 ACÓRDÃO HC Nº. 15.155 (STJ)	13
2.3 HC Nº 82.424 (STF)	16
3. EFICACIA DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO CASO E PONDERAÇÕES	19
3.1 RACISMO COMO RAÇA E PRESCRIÇÃO CRIMINAL	19
3.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA DISSEMINAÇÃO DE IDEIAS	21
CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
REFERÊNCIAS	25
ANEXOS	28

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se perfaz por três capítulos, uma conclusão e esta introdução. O tema a ser tratado é a condição de Siegfried Ellwanger no que tange seu direito a liberdade de expressão. É fato que, além de se tratar de um princípio de complexidade ampla, bem como de amplitude discutível caso à caso em decorrência de outras garantias constitucionais, não se trata de um tema pouco estudado.

No primeiro capítulo, a fim de uma compreensão ampla sobre os fundamentos, os principais princípios do caso Ellwanger, que circundaram e nortearam a sentença absolutória e os demais acórdãos condenatórios.

Primeiramente será exposta a evolução histórica e a noção geral sobre os direitos fundamentais. Segundo, conceitos gerais sobre a o princípio da liberdade de expressão, de manifestação do pensamento, do princípio da proporcionalidade, do racismo e de injúria racial segundo o que rege a doutrina.

No segundo capítulo no intento de mostrar o caso de forma crítica acerca do caso, foi utilizado o método expositivo-argumentativo trazendo desde um breve comentário da sentença, bem como suas fazes passando pelo Superior Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, até o Superior Tribunal de Justiça por meio do HC 15.155 e a última instância no Supremo Tribunal Federal pelo HC 82.424.

No terceiro e último capítulo será estabelecido o paralelo do caso tratado no segundo capítulo com os princípios e tratados no primeiro capítulo. O real alcance ao caso que fora dado pelas pelo tribunal e pelas supremas cortes, e o entendimento ao caso com fulcro principal no princípio da ponderação.

1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

1.1 Evolução e marcos históricos:

Antes de adentrarmos na discussão a respeito da evolução dos marcos históricos, vale o entendimento de que a liberdade de expressão e manifestação do pensamento faz parte de um conjunto de direitos do qual se denomina como direitos fundamentais, conjunto estes intrínsecos a cada indivíduo, indivisíveis e responsáveis pelo controle legal, para que se evitem abusos e transgressões do Estado de todo gênero encontra-se acima do próprio Estado.

Os direitos fundamentais passaram por uma longa e gradativa evolução até chegar a ser como o conhecemos atualmente. Isto é, foi resultado de enormes lutas através de séculos para termos essa conquista. Não significa dizer, contudo, que conquistamos direitos como liberdade de expressão, de educação, de igualdade bem como tantos outros e estagnamos, na verdade eles se encontram em constante evolução. A positivação nas diversas constituições pelo mundo da maioria dos direitos aqui presentes não garantem sua efetiva eficácia. Na verdade é o que acaba se tentando fazer nosso judiciário.

Nas palavras de Norberto Bobbio (1992, p. 5):

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Momentos como a Revolução Francesa ocorrida durante o século XVIII que nos trouxe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; ou a Segunda Guerra Mundial do século XX, trazendo ao final a necessidade de dispositivos para impedirem o abuso Estatal, o que decorreu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressaltaram de forma extremamente abrangente a real importância

desses direitos em estarem postos e não somente pressupostos, isto devido à natureza do ser humano, como bem diz o Dr Ricardo Castilho (2011, p. 13):

Vimos que a Segunda Guerra Mundial foi, em grande parte, responsável pela preocupação mundial com os direitos humanos. Em verdade, o objetivo inicial das discussões que se seguiram ao conflito foi de, estabelecida a paz, regulamentar a situação de pessoas que buscavam asilo ou refúgio em outros países. Os reflexos da guerra prosseguiram e muita gente era tratada com desumanidade em seus países de origem.

A liberdade de expressão e manifestação do pensamento estava entre os marcos reivindicatórios de toda essa evolução. Já trazia a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1791) a premissa de liberdade de expressão e manifestação do pensamento bem como a repreensão ao abuso em seu art 11, como segue tradução do texto original:

A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode pois falar, escrever, exprimir-se livremente, sujeito a responder pelo abuso desta liberdade nos casos determinados pela lei. (2009, p: 44)

Isto por ser esta um dos principais meios de controle por parte do povo. A não garantia desses preceitos gera a produção, manifestação e controle abusivo e arbitrário por parte do Estado.

No Brasil, segundo ensinamento de Celso Ribeiro Bastos³, já na primeira constituição brasileira (1824) do Brasil Império já havia a garantia à liberdade de expressão e de pensamento em seus artigos 5 CAPUT e 179 incisos IV, V.

Adiante se presenciaram evoluções e manutenções do texto constitucional em cada nova constituição, em ordem cronológica e seus respectivos artigos:

Constituição de 1891 art. 72 parágrafos 3,12, 28 e 29; de 1934 art. 113 inciso IV, V, VI e IX; de 1937 artigo 122 inciso IV e XV; de 1946 art. 141 parágrafo 5, 1967 art. 150 parágrafo 8, emenda constitucional n. 1/69.

Na atual constituição a liberdade de expressão e manifestação do pensamento encontra-se prevista em vários dispositivos. A respeito, Edilson Farias afirma que “de certo que a amplitude de seu objeto, que envolve as mais variadas possibilidades de

expressão humana, motivou a constituinte a oferecer minudente proteção à liberdade de expressão (2004, p.152)”.

Sendo assim, como garantia da própria democracia, um de seus preceitos basilares para Estado Democrático de Direito, nosso constituinte tentou abordar o máximo leque possível e previsível dos meios de expressões humanas.

Prevista no artigo 5 incisos VI, VIII e IX, e artigo 220 CAPUT da CF/88 e parágrafos, esta última tratando mais propriamente da liberdade de informação.

Logo após no inc. VI (art. 5 CF) é tido determinada proteção mais específica ao campo religioso. Este disposto não trata apenas e tão somente dos indivíduos assim denominados ‘teísta’, ou seja, com algum tipo de crença, escolha religiosa, como também aos ateus (“É inviolável a liberdade de consciência [...]”); (vide o fato da laicidade do Estado no Art. 19 Inc. I)

Importante salientar que este inciso representa a exteriorização do direito da livre expressão do pensamento, tratado no tópico anterior.

Adiante o previsto inc. VIII (art. 5 CF) deixa clara a proteção às expressões filosóficas e políticas, isto é, ninguém poderá ser barrado ou de alguma forma agredido ao expô-las. O disposto de nada impede opiniões contrárias, cabe sim ao indivíduo com ideias contrárias sejam elas tendo sido ofensivas ou não utilizar-se da retórica, discussão ou o próprio judiciário se for o caso.

Em termos constitucionais positivos, por fim, presente no inc. IX (art. 5 CF) a positivação explícita a proteção às expressões intelectuais, artística, científica e de comunicação.

1.2 Liberdade de expressão:

Ao buscar um conceito sobre a liberdade de expressão, acabamos por nos deparar de forma inevitável com a ideia de que serve de base de todo estado democrático de direito.

Para Fernanda Carolina Tôrres (2013, p: 61) “liberdade de expressão constitui direito especialmente fundamental, pois sua garantia é essencial para a dignidade do indivíduo e, ao mesmo tempo, para a estrutura democrática de nosso Estado”, complementa José Afonso da Silva: “se caracteriza como exteriorização do pensamento” (2008 p: 241).

A generalidade conceitual é tamanha em nosso Direito Normativo, que por sua abrangência criou-se na prática, a necessidade de que o judiciário decida, caso por caso, sobre o que realmente se abarca como pontua Fernanda Carolina Torrês (2013, P: 69):

Na abordagem do Ministro Ricardo Lewandowski, a antiga Lei de Imprensa não tem aplicabilidade e não é necessária, pois o ordenamento jurídico já comporta legislação suficiente para regular a liberdade de expressão. Segundo Lewandowski, os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, o que dispensa norma infraconstitucional, cabendo ao Judiciário ponderar no caso de colisão de direito.

Apesar da positivação direta em várias constituições pelo mundo, sua natureza jurídica menos tem a ver com o fato do direito normativo e sim em nível de princípio, portanto, norteiam não só um Estado observador para que seus súditos tenham de fato esta garantia, bem como - em escala mais direta e visível - na condução de toda e qualquer norma jurídica a ser colocada ou modificada pelo legislativo versada aos ramos da Liberdade de Expressão.

1.3 Liberdade de manifestação do pensamento:

Inicialmente presente no art. 5 inc. IV da CF busca-se um sentido de proteção devidamente abrangente, o texto é dito de forma tão geral no intuito de já nesta primeira disposição abarcar basicamente todo e qualquer modo impondo-lhe, juntamente, a vedação do anonimato.

Também presencia no art. 220 *caput*, da CF/88, as diversas formas de manifestação do pensamento, tem-se, contudo, a necessidade de que se faça a diferenciação de liberdade de pensamento e de opinião.

Sampaio Dória¹ nos dá a definição necessária para os dois modos de liberdades aqui encaixadas, elas:

Liberdade de Opinião: Sampaio Dória:

[...] resume a própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão [...] trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro (2005, P: 241)

Liberdade de Pensamento: Sampaio Dória (2005, P: 241) “[...] trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contacto do indivíduo com seus semelhantes, ou seja, [...] é direito de exprimir por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte, ou o que for”.

Extrai-se o conceito deste tópico que a liberdade de manifestação nada mais representa que a exteriorização do direito de opinião. A liberdade de opinião por sua vez se mostra como forma de exteriorização da liberdade de pensamento.

Do mesmo modo afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2003, p: 295- 296):

A manifestação do pensamento pode, porém, dirigir-se a outrem e não apenas exprimir as convicções do indivíduo, sem preocupação deste que outros a percebam, ou não. Essa liberdade, expressão fundamental da personalidade, também é consagrada, mas sob regimes diverso, conforme sua importância social.

Esta manifestação do pensamento pode se dar por diversos modos, de forma falada, escrita, por gestos, por meio de livros, meios digitais, cartas, livros, radio e demais modos que possibilitem ao individuo expressão sua opinião.

1.4 Princípio da proporcionalidade:

As garantias constitucionais a nível de princípios, como o é a liberdade de

¹ - Conforme Sampaio Dória apud José Afonso da Silva - Curso de Direito Constitucional Positivo – ed. 25º Malheiro (2005)

expressão, por vezes encontram casos aos quais se opõem a normas ou mesmo outras garantias constitucionais sem fácil resolução aparente. Situações estas encontram no princípio da proporcionalidade o mais próximo de suas resolução.

Neste diapasão, vê-se necessária a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, princípio este baseado na análise dos casos, pesando os fatos do caso conflitante de forma que não haja sobreposição ou supervalorização dos princípios, normas e garantias individuais.

Pedro Lenza diz sobre o Princípio da Proporcionalidade (2008, p: 75):

[...] princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral de direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Deste modo, o fator por vezes citado de que sendo um direito garantia individual, deve-se respeitá-lo a custo do judiciário entra em conflito em alguns casos quando se trata do abuso. Não apenas disto, a falta de clareza, a generalização por parte de nosso legislador no momento da edição da norma, com vistas a abranger o maior número de atos gera consigo a dúvida, o debate e as transgressões sem resoluções claras aparentes.

Segundo Paulo Bonavides há no princípio da proporcionalidade três elementos que o caracterizam e o governam, sendo eles a aptidão, necessidade e a proporcionalidade.

De acordo com Paulo Bonavides a Aptidão se concretiza (2009, p: 396):

[...] a pertinência ou aptidão, que, segundo Zimmerli, nos deve dizer se determinada medida representa 'o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público', conforme a linguagem constitucional dos tribunais (2009, p: 396):

Deve o elemento da 'aptidão' guiar o examinador no caso concreto, ele de 1ª ou 2ª instância a fazer a reflexão quanto a se a medida se presta ao fim que se pretenda

alcançar, em outras palavras, a medida jurisdicional (meio) prestada após a análise do caso deve servir “a adequação, a conformidade ou a validade do fim”.

Sobre o segundo elemento, a ‘Necessidade’ continua Paulo Bonavides “[...] a necessidade, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou uma medida para ser admissível deve ser necessária (2009, p: 397)”.

Sendo assim, de todas as medidas em que o julgador detiver em seu alcance, tendo elas igual relevância sem prejuízo do fim, deverá ser escolhida, resta dizer, a que menos trouxer dano aos interesses do indivíduo deverá ser o meio escolhido para resolução do conflito.

Acaba por conceituar Paulo Bonavides o terceiro e último elemento, ‘Proporcionalidade’:

[...] o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*. Aqui assinala Pierre Muller, a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo.

[...]

Ministra-nos ele, em síntese lapidar, a latitude dessa reflexão: É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptar em todas as suas atividades os meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos, A proporção adequada se torna assim condição de legalidade. A inconstitucionalidade ocorre enfim quando a medida é “excessiva”, “injustificável”, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade. (2009, p: 397 e 398)

O elemento da ‘necessidade’ deste modo nos trás a ideia de que o operador do princípio da proporcionalidade deve se valer de meios adequados no que tange aos modos desproporcionais, ou seja, dos modos que fizeram o conflito aparecer. Este princípio tem aplicação toda vez que se mostra o antagonismo entre direitos fundamentais como método de interpretação para se chegar a uma solução. Valendo-se do entendimento de que nenhuma constitucional deve ser interpretada contrariamente a outra, decorrente do princípio da unidade da Constituição, de forma a não sobrepor um direito ao outro. Do mesmo modo, valendo-se do fato de que nenhum dos direitos fundamentais elencados possuem uma hierarquia, valem-se os

juristas do princípio da proporcionalidade para que se tenha um resultado com ideal equilíbrio entre o interesse do indivíduo e a proteção ao lesado.

1.5 Racismo e Injúria Racial:

O crime de racismo está previsto no art 5 inciso XLII da CF/88.

Vicente Paulo Marcelo Alexandrino comenta sobre o dispositivo:

A Constituição Federal define o crime de racismo como inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, VLII). Não há, porém, no texto constitucional de 1988, um claro delineamento acerca das condutas que, no Estado brasileiro, poderão ser enquadradas na definição de racismo, para o fim de aplicação dos comandos do citado dispositivo, especialmente no tocante à imprescritibilidade desse grave delito. (2013, p: 176)

Fica a cargo do magistrado e cortes superiores, assim, a definição e adequação do que de fato poderá ser racismo, se a conduta praticada pelo infrator realmente é objeto do disposto.

De acordo com Howard Winant², o crime de racismo se perfaz por:

[...] práticas simbólicas que essencializam ou naturalizam identidades humanas baseadas em categorias ou conceitos raciais; (2) ação social que produz uma alocação injusta de recursos sociais valiosos, baseada em tais significações; (3) estrutura social que reproduz tais alocações. (WINANT, 2001, p. 317)

Deste modo, podemos extrair que o conceito geral de racismo consiste no fato de interpor um determinado povo, levando-se em conta conceitos raciais como cor, etnia, nacionalidade ou qualquer característica comum, contrapondo-a a um outro povo de forma a generalizar suas características, mitigando a individualidade da raça que é uma só, a raça humana.

A Injúria Racial difere, tendo previsão legal no Artigo 140 Parágrafo 3º do Código

² - Conforme Howard Winant apud Antonio Sérgio Alfredo Guimarães - Preconceito de Cor e Racismo no Brasil, (2005, p: 28/29)

Penal. A questão central que difere o racismo da injúria racial é sua intenção de amplitude do sujeito passivo. Vê-se que quando há um discurso generalizando todo um povo, como se um só o fosse será racismo, quando ocorrer dirigida a uma pessoa ou pessoas determinadas.

Vale salientar que o crime de injúria racial é delito afiançável e prescritível, diferente do de racismo, que é inafiançável e imprescritível.

2. EXPOSIÇÃO E APRECIÇÃO DO CASO:

2.1 Impetração e reforma da sentença:

No dia 14/11/1991 houve o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público na 8ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS em desfavor de Siegfried Ellwanger Castan.

A acusação imputou ao denunciado a prática do crime de racismo, com fulcro no artigo 20 da Lei n.7.716/89.

Pouco mais de três anos após a propositura da ação, aos 14/06/1995 a Juíza Substituta Bernadete Coutinho Friedrich da 8ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS, proferiu sentença absolvendo o acusado.

Em sua fundamentação o Juízo entendeu que as atitudes de Ellwanger na publicação de seus livros estavam abarcadas pela liberdade de expressão, visto que essas tratavam-se de cunho histórico. Esta decisão foi desafiada por recurso de apelação interposto pela acusação o qual foi distribuído à 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, por decisão unânime condenou Ellwanger entendendo que ele teria sim cometido crime de racismo.

Em seu dispositivo, o acórdão apenou o acusado com punição correspondente a dois anos de reclusão com suspensão condicional da pena por quatro anos.

Ellwanger sofreu acusação de incitação de racismo, este não comercializava obras de sua autoria, apenas de outros escritores por meio da Editora Revisão, esta do qual era sócio e dirigente.

2.2 HC nº 15.155/STJ:

No dia 22 de novembro de 2000, após ter pesado condenação a desfavor de Ellwanger pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, João Becker, Werner Cantalício e Rodrigo Frantz Becker impetraram ordem de habeas corpus dando ensejo ao feito nº 15.155 STJ.

Uma das teses sustentadas dentre outros argumentos pautou-se em indicar que o tipo penal originalmente previsto na Lei n. 7.716/89 não permitiria interpretação extensiva que abarcasse etnia, religião ou procedência nacional, observe-se:

Sustenta que a redação originária da Lei nº 7.716/89 tipificava somente os crimes resultantes de raça e de cor, sendo que apenas com a inserção posterior do art. 20, pela Lei nº 8.081/90, a tipificação teria sido estendida à etnia, religião ou procedência nacional – sendo que este novo tipo penal teria silenciado a respeito da imprescritibilidade, a qual teria ficado restrita ao racismo, tão somente. (HC nº 15.155, p: 3)

A ideia era afastar a imprescritibilidade criminal levando-se em consideração que da data da condenação havia se transcorrido mais de 04 (quatro) anos, sendo a pena de 02 anos de reclusão defendendo que esta apenas estava abarcada pela redação constitucional, e não pela Lei 7.716/89, Lei esta, alicerce do acórdão.

Igualmente, veio à tona o argumento de que a amplitude do conceito de raças não abarcava a questão dos judeus, visto que os judeus não são uma raça, e sim um conjunto de pessoas praticantes da religião judaica, denominada judaísmo, não sendo adequada uma tutela por essa qualificação:

[...] a definição de judeu como raça encontra sempre o veemente repúdio de toda a comunidade judaica, tanto pelos antropólogos judeus, pelos rabinos e pela sua intelectualidade, ainda afirmando que a comunidade judaica sempre contestou incisivamente a doutrina nacional socialista que

institucionalizou na Alemanha o judeu como tipo racial[...] (HC nº 15.155, p: 3)

Entendendo configurado crime de racismo e não havendo qualquer ilegalidade na “individualização da conduta imputada ao paciente pelo acórdão condenatório³”, o Exmo. Sr. Ministro Relator Gilson Dipp votou pela denegação da ordem de habeas corpus.

Manifestou-se no sentido de negação também em relação ao pedido de análise do real sentido de raça em relação aos judeus:

Os argumentos levantados a respeito dos judeus – no sentido de que os mesmos não seriam raça, com base no repúdio de tal definição pela própria comunidade judaica, ensejariam controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo [...] (HC nº 15.155, p: 6)

Na mesma linha de argumentação foi contra a possível análise do dispositivo legal:

[...] a respeito das conclusões do acórdão, no sentido de que a condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 1º, da Lei 8.081 não significa necessariamente que a condenação seja pela prática do racismo, revelam verdadeiro propósito de que esta Corte passe a avaliar o que o Julgador da instância ordinária efetivamente “quis dizer” nesta ou naquela afirmação [...] (HC nº 15.155, p: 6)

De mesma opinião foi o voto Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezini, trazendo em seu voto conceitos de diversos doutrinadores sobre o que deveria ser racismo e sua comparação com as obras expostas pela Editora Revisão.

Indo no mesmo raciocínio que Dipp, resolveu por denegar a ordem.

Foi voto vencido, portanto, Exmo. Sr. Ministro Edson Vidigal, entendendo ser a atitude do requerente, “mero exercício do direito de liberdade de expressão⁴”, também:

³ - Parte constante no *Habeas Corpus* nº 15.155, p: 7

⁴ - Parte constante no HC nº 15.155, p: 19

O paciente não atingiu a nenhuma pessoa diretamente, apenas publicou livros, com manifestações contrárias à comunidade Judaica, segundo interpretações pessoais de fatos históricos. (HC nº 15.155, p: 20)

Criticou, sobretudo, o fato de haver sido o requerente ter sofrido condenação análoga a de racismo, aplicando-se a imprescritibilidade ao caso, sendo a condenação proferida por incitação:

O paciente não atingiu nenhuma pessoa diretamente, apenas publicou livros, com manifestações contrárias à comunidade Judaica, segundo interpretações pessoais de fatos históricos. Daí ter consignado o Tribunal Estadual por uma conduta de incitação, de apologia à discriminação do povo Judeu. (HC nº 15.155, p: 20)

A conduta criminal ao qual pesou em desfavor de Ellwanger não pode ser abarcada pela imprescritibilidade, tendo em vista o fator da ponderação, sendo o “incitar” crime de aspecto menos agressivo:

[...] a Constituição Federal, ao impor a imprescritibilidade, assim o faz direta e tão-somente quanto à conduta mais agressiva da “*prática de racismo*” propriamente dita. (HC nº 15.155, p: 20)

A conduta pela qual Ellwanger deveria ter sido enquadrado, para que deste modo fizesse com que Vidigal entendesse ter sido alcançado a tutela constitucional da imprescritibilidade criminal, teria que ser prática de racismo, não a simples incitação:

[...] a Constituição Federal, ao impor a imprescritibilidade, assim o faz direta e tão somente quanto à conduta mais agressiva da “*prática de racismo*” propriamente dita. (HC nº 15.155, p: 20)

No contesto viu também que se deveria haver a aplicação de um modo mais restritivo de interpretação tendo em vista que se tratava de norma que restringia direito. Fato este que pura e tão somente restaria suficiente para o afastamento da imprescritibilidade criminal:

[...] no ordenamento jurídico não há palavras inúteis. Se a norma incriminadora aponta três condutas claras para a caracterização do tipo legal e a constituição indica a imprescritibilidade apenas com relação àquela mais agressiva, evidentemente não quis englobar as outras condutas de

menor potencial ofensivo. Tratando-se de norma que limita direito, impõe-se a sua interpretação restritiva, razão pela qual consigno pela impossibilidade da sua incidência sobre as demais condutas típicas previstas no apontado dispositivo incriminatório. (HC nº 15.155, p: 20)

O HC foi indeferido, sendo julgado na data de 18 de Dezembro de 2001 por maioria de votos pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e publicado o acórdão no Diário da Justiça na data de 18 de Março de 2002.

2.3HC nº 82.424 do STF:

Rejana Maria Davi Becker, Wemer Cantalício e João Becker, advogados de Ellwanger, adentraram na data de 12 de Setembro de 2002 com pedido de *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal, por discordarem do acórdão proferido pelo STJ.

Na linha dos ministros que votaram pela concessão de Habeas Corpus a favor de Ellwanger, discorreu-se sobre a tese da imprescritibilidade e analogia ao racismo.

Moreira Alves até então relator do HC, entendeu que a imprescritibilidade decorreu apenas da interpretação constitucional, não podendo ser aceita. “[...] não se impõe a imprescritibilidade sequer aos crimes hediondos assim considerados pela carta Magna [...]” (HC nº 82.424, p: 74):

Esta Interpretação se deu de forma expansiva, o que decorreu na extensão do conceito de racismo e posteriormente na aplicabilidade da imprescritibilidade:

Uma vez que a Carta Magna não conceituava o racismo, pareceu-me que se deveria restringi-lo à ideia 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. (HC nº 82.424, p: 76):

Votou a favor do Habeas Corpus, concluindo não serem os judeus uma raça não podendo ser sujeitos do crime de racismo (HC 82.424, p: 21), com a extinção da punibilidade pela prescrição criminal (HC 82.424, p: 22).

De mesmo plano desenvolveu Marco Aurélio declarando a inexistência da prática criminal e incidência da prescrição da pretensão punitiva, com principal fulcro no princípio da Liberdade de Expressão (HC 82.424, p: 364):.

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. (HC 82.424, p: 364)

A liberdade de expressão e de manifestação no caso tutelaria o direito de expressar ideias preconceituosas, desde que o modo como fossem expostas não incitasse à essa prática, mas apenas expressassem uma opinião individual.

De certo que é difícil dissociar a expressão de ideias misóginas, racistas e de discriminação sem que incite. Entretanto, ficou claro o fato de se tratar de uma ideia implícita em suas obras. O tema principal ao qual versava suas obras tratavam da questão de revisão histórica, e não de uma separação ou conflito contra os judeus.

Carlos Ayres Britto frisou pelo motivo de atipicidade de conduta.

Entendo que ele não cometeu o crime. Mas, se entender que o crime foi cometido, como a lei não separa a discriminação racial lato sensu da discriminação por raça, propriamente racista... Então que se lhe abone o desclausuramento da imprescritibilidade. (HC 82.424, p: 329).

De certo que se o legislador não definiu o que de certo entende-se como racismo e sua real extensão, confere ao judiciário fazê-lo. Contudo, na mesma linha de pensamento que se trata de interpretação que prejudicaria e restringiria a liberdade, ferindo seus direitos individuais por mera elasticidade interpretativa, não se deva condena-lo.

Por outro lado, Celso De Mello dispõe a premissa de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana protege todas as pessoas como a um só, sob a égide do fato de sermos todos iguais sem qualquer distinção de qualquer natureza.

[...] 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 dotados 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. (HC nº 82.424, p: 102):

Sendo assim, colocar uma diferenciação que considere como racista apenas observando a questão da cor é no mínimo inocente. As questões de raça mais têm a ver com a intenção do agente em contrapor determinado grupo de pessoas, pegando características determinadas características e contrapondo-as com outra, nascendo assim o racismo.

Gilmar Mendes comenta sobre isto:

Não é por outra razão que, tal como ressaltado nos votos dos Ministros Mauricio 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 (HC 82.424, p: 123):

[...] o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial 'raça'. Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico notoriamente superado. Não estão superadas, porém as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.). (HC 82.424, p: 125):

Maurício Corrêa neste diapasão complementa em seu voto:

[...] a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. (HC 82.424, p: 35):

Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político social originado da intolerância dos homens. (HC 82.424, p: 37):

A ideia defendida pautou-se na premissa de que mesmo não sendo os judeus uma raça propriamente dita, o fato dos nazistas com seu antissemitismo haverem colocado de forma dogmática os judeus como uma raça e terem, desta forma justificado o holocausto no período da segunda guerra mundial, fizeram-se necessária a analogia e extensão do sentido raça.

Os ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Sepúlveda Pertence por fim restaram apenas confirmar com suas palavras os mesmo

argumentos referentes a questão, denegando a ordem de Habeas Corpus e mantendo a condenação do ora paciente, Ellwanger.

Deste modo, em 19 de março de 2004 foi publicado acórdão de julgamento deste Habeas Corpus no Diário da Justiça, mantendo a condenação a desfavor de Ellwanger do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por conseguinte esgotando a instância.

3. EFICACIA DO PRINCIPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO AO CASO E PONDERAÇÕES:

3.1 Racismo, Raça e Prescrição Criminal:

A principal questão que esteve em discussão no caso Ellwanger se pautou no quesito do real alcance do termo racismo. Isto, pois, para que houvesse a resolução da prescrição criminal, dever-se-ia que traçar qual o que de fato era o ato do racismo, qual sua essência e qual o seu sujeito passivo. Aspecto importante do crime de racismo, que o é imprescritível.

Ellwanger, em razão de sua condenação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela conduta de *incitação ao preconceito de religião*, foi alvo e uma interpretação extensiva da redação do art 20 da Lei 7.716, interpretação essa que põe em mesmo plano a conduta no texto de "*Praticar, induzir ou incitar*" com a capitulação constitucional do art 5 inciso XLII da CF/88, que dispõe sobre o crime de racismo. Extensão esta que, segundo reiterados julgados⁵ não pode ser feita, visto que se

⁵ - Agravo de Instrumento n.º 576.066-4/1-00 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fls 4

Apelação Cível n.º 994.09.301.307-2 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fls 3

Agravo de Instrumento Tribunal Regional Federal da 2ª Região n.º CNJ 0006285-31.2011.4.02.0000 / 2011.02.01.006285-8 fls 4.

trata de restrição de direitos, trazendo, caso seja feita, prejuízo aos direitos fundamentais do indivíduo.

Deste modo, verifica-se a necessidade de uma interpretação restritiva ao caso. A Lei não está dotada de letras inúteis. O comportamento e condenação de Ellwanger pelo TJ-SC específica que a este, pesou o verbo *incitar* do art 20 da Lei 7.716/89, comportamento menos gravoso. Na mesma linha pensa o Exmo. Excl. Ministro Edson Vidigal em seu voto sobre o caso:

Dentre as Três ações possíveis para a caracterização do delito – “*praticar, induzir ou incitar*”, o Tribunal de Justiça manifestou-se claramente pelo cometimento da última, face à responsabilidade do paciente pela “edição e venda de *livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias* (fl.24)”

[...] a Constituição Federal, ao impor a imprescritibilidade, assim o faz direta e tão-somente quanto à conduta mais agressiva da “*prática de racismo*” propriamente dita (HC nº 15.155, p: 20)

A extensão, deste modo faz-se, mesmo que em restrição de direitos apenas em face da atitude mais gravosa, esta da qual constitui o crime em si, no fato do praticar o racismo, a simples manifestação de uma ideia que possa vir a ser discriminatória não poderia, deste modo, sofrer a incidência desta elasticidade interpretativa. Colocando no plano fático, teria Ellwanger cometido o crime de racismo pela redação “*praticar*” ao financiar ou mesmo fazer propaganda no Rio Grande do Sul por qualquer meio, com mensagens como as de “morte aos judeus” ou mesmo pregando a ideia de que dever-se-ia que ter um novo “holocausto” ou a de que eles descendessem de uma raça inferior. Nada disto se mostra presente, temos apenas a publicação de mensagens preconceituosas em relação à religião judaica. Por outro lado, há a linha de pensamento da qual nega essa interpretação e dá maior extensão ao termo e eficácia do crime de racismo. Para essa interpretação todo ato em que se contraponha um determinado conjunto de pessoas como se raça fosse, seria o suficiente para que se admitisse a interpretação de que a norma constitucional também poderia vir a tutelar esses indivíduos. Deste modo, entram neste rol toda e qualquer religião, crença, subculturas e até mesmo estilos de vida, como o são os ciganos.

A importância disto ao caso mostra-se importante para que definisse a questão da prescritebilidade. Tendo Ellwanger sido denunciado em 1991 e condenado em 1996, decorreram-se mais de 4 anos, tempo necessário para que fosse declarada a extinção da pretensão punitiva do Estado tendo-se em vista sua condenação de dois anos de reclusão.

3.2 Liberdade de Expressão na Disseminação de Ideias:

O judiciário neste caso agiu de forma a estender o conceito de raças para que pudessem, deste modo, estender do mesmo modo a abrangência da redação constitucional do crime de racismo. Isto para que o querelado perdesse o benefício da prescrição criminal já ocorrida há muito tempo.

Temos neste caso o conflito de proteções constitucionais, de um lado a garantia à liberdade de expressão, de outro lado o fator da ponderação, o que se mostra muito complicado visto tamanha divergência nos votos dos Ministros do STF e do STJ neste caso.

Nas palavras de Taynara Izidoro⁶

Como fundamento basilar do trabalho tem-se o Parecer: “O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo” do ilustríssimo ex. Ministro das Relações Exteriores, Celso Lafer. Ele demonstra, justificando as idéias através da construção doutrinária contemporânea, que os direitos que envolvem tais casos não são facilmente resolvidos quando em choque, por justamente serem direitos fundamentais. Como eles não têm preponderância um sobre o outro, a dificuldade de encontrar a solução para o caso estabelece-se aí”

No caso, Ellwanger fora condenado pelo crime de racismo, a maioria dos ministros tanto do STJ quanto do STF entendeu ser a publicação de livros com mensagens contra os judeus, uma prática a ser coibida pela nossa Legislação, bem como não abarcada pela Liberdade de Expressão, segundo a maioria.

⁶ - “O Caso Ellwanger” Publicado por Taynara Izidoro - Artigo publicado no site JusBrasil acessado em 05/06/2017 disponível no link: <https://izidorotaynara.jusbrasil.com.br/artigos/170411083/o-caso-ellwanger>

Os judeus podem ser definidos como um aglomerado de pessoas das quais praticam a religião judaica, habitantes de Israel ou a quem pertence à cultura semita. Sendo assim, o conceito, mesmo atual vê-se como algo de grande modo abstrato à maioria das pessoas.

Uma das teses centrais da defesa de Ellwanger se pautou na questão da garantia constitucional da Liberdade de Expressão.

A Liberdade de Expressão não tão somente serve como direito individual, bem como de amparo para nossa Democracia, como nos ensina Kevin Boyle⁷:

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

A ideia de que, sendo esta uma garantia constitucional não se poderia haver normas que diminuíssem sua eficácia diante de um direito alheio passou por enormes discussões nos tribunais, neste caso.

Importante salientar que o foco literário ao qual Ellwanger pertence e se prestava a publicar pertence a escola chama de 'revisionista histórica', por vezes chamada de 'negacionista', por contrapor o que já se tem de registro histórico como fato, novos pontos a serem questionados. Exemplo disto se dá nos livros que negam o Holocausto que houve na Alemanha Nazista (1933 - 1945), sendo como objeto de análise dos publicados pela Editora Revisão de Castan como 'Holocausto: Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século – S.E Castan; 'Acabou o Gás!... O Fim de um Mito – S.E Castan'; 'SOS para Alemanha' dentro tantos outros.

A disseminação de ideias das quais contrapõem fatos históricos tidos como resultado da discriminação é em suma extremamente delicada.

⁷ - Conforme Kevin Boyle apud Fernanda Carolina Torrês - O Direito Fundamental À Liberdade De Expressão E Sua Extensão

A ideia de que a Liberdade de Expressão tutelaria esse tipo de discurso parece soar um tanto quanto ultrajante. Não parece, entretanto, quando olharmos pela ótica do real alcance almejado pela liberdade de expressão, o alcance ao qual de fato se dispõe este direito é o expor, sem censura a diversidade de ideias, independente do discurso, a retórica e a discussão são meios aos quais pode-se utilizar os que se sentirem ofendidos em relação a isso.

À respeito disto dispõe Marco Aurélio:

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 alguém escrever um livro e outros concordarem com as idéias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional. Mesmo porque, infelizmente o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler. Tal fato, por si só, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser objeto de reprimenda direta e radical do Poder Público, sendo esta possível somente quando a divulgação da idéia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade. A limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no exercício. (HC 82.424 STF)

Disto cria-se a ideia de que mesmo sendo de grande repressão social a ideia a ser exposta, deve-se protegê-la. O Estado não deve deste modo atuar com severidade em casos como os da simples publicação de livros com ideias que refutem fatos históricos ou mesmo exponham uma ideologia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Deste trabalho monográfico muito se discutiu sobre os divergentes tipos de posicionamento acerca do caso. O embate de ideias sobre o alcance da liberdade de expressão ao caso apesar de muito discutido nos acordãos proferidos pelo STJ e pelo STF não crava de fato a certeza e segurança jurídica que a sociedade almeja

de uma Suprema Corte, visto isso por tamanha divergência de posicionamentos e pela diversidade de ideias e divisão nos votos que se deu pelos ministros no STF.

Diante de todo o trabalho é possível captar a enorme importância que de termos a garantia da liberdade de expressão bem assegurada como garantia da própria democracia. Isto não significa dizer que se configura como direito ultra fundamental, de dimensões e alcance ilimitados, mas sim, de caráter altamente relevante para ser barrada por questões exíguas, como a simples edição de livros de teor revisionista.

O fato da experiência nazista com os campos de concentração e extermínio, por disseminação da ideia completamente racista de Adolf Hitler contra as minorias e os judeus deixou uma marca singular na história. O asco social que se decorreu disto e das demais experiências segregatórias se presencia no cotidiano e pode se verificar também neste julgado, tomada tamanha repercussão que o caso obteve.

O que está a se discutir aqui é o alcance da liberdade de expressão neste caso, qual a real condição de Ellwanger sobre sua condenação. Pois bem, Ellwanger recebeu condenação referente ao crime de incitação ao racismo, e não de racismo propriamente dito. O artigo 5 inciso XLII que dispõe sobre o crime de racismo não deve sofrer extensões desnecessárias para atos mais leves, como o foi neste caso.

A aplicação da imprescritibilidade ao fato por extensão do disposto constitucional à condenação de Ellwanger pelo artigo 20 da Lei n.7.716/89 se mostra errônea. A lei não é dotada de letras mortas e abertas à interpretação parcial de nossos julgadores, se tratando de crime que cerceia a liberdade, deve-se adotar uma interpretação restritiva, o que faz com que não possa ser aplicada a imprescritibilidade, sendo o simples incitar crime de aspecto mais leve, não comportando uma extensão ao crime de racismo.

A garantia à liberdade de expressão e manifestação do pensamento deve ser garantida, é assim, com a exposição de diversos tipos de posicionamentos, com diversos tipos de ideias, ideais e opiniões políticas que se cria uma sociedade livre e plural.

A postura da aceitação de apenas algumas ideias “oficiais”, melhor dizendo, apenas as socialmente aceitas cria margem para uma postura de censuras por meio do poder judiciário cada vez mais predominantes, não só aos judeus, bem como para

todas as demais minorias existentes, algo muito bem demonstrado no período da ditadura militar no Brasil. A garantia apenas das ideias predominantes ou daqueles às quais são socialmente aceitas à época implica na criação de uma redoma protetiva da mentalidade existente, afrontando a individualização de pensamento de cada um e criando uma insegurança cada vez mais presente pelo medo da repressão Estatal.

O Estado não pode ter como ação, em outras palavras, como resposta a diversidade de pensamentos, um judiciário fazendo extensões a desfavor dos ora pacientes, quando destes vier à vontade de expressar ideias diversas às socialmente aceitas naquele período.

A repressão ou censura à liberdade de expressão deve se dar a atitudes realmente dignas da atenção social. A simples edição de livros com teor contrário a fatos históricos, contrário a uma determinado religião ou povo sem com isso deixar exposta uma real intenção de que com esses escritos se alcance revoluções, boicotes, matanças ou afins, atitudes realmente lesivas, não deve ser amparada por uma extensão de interpretação, subtendo aos acusados, uma condenação maior, do que a Lei realmente estabelece.

REFERÊNCIAS:

ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente Paulo – Direito Constitucional Descomplicado – Ed: 11ª – Método/2013

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros, 2003

BALDANI, Thiago Gomes de Filippo – Neoconstitucionalismo e Súmulas Vinculantes – Sergio Antonio Fabris Editor/2012

BASTOS, Celso Ribeiro e Ives Gandra Martins – Comentários à Constituição do Brasil – Ed: 2ª – 2º Volume Saraiva/2009

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1ª Edição - 1992.

BONAVIDES, Paulo – Curso de Direito Constitucional – Ed: 24ª – Malheiros/2009

CAPEZ, Fernando, Ricardo Cunha Chimenti, Márcio F. Elias Rosa e Marisa F. Santos – Curso de Direito Constitucional – Saraiva, 2004

CASTILHO, Ricardo - Direitos Humanos – Sinopses Jurídicas – Ed: 30ª – Saraiva/2011

CASTILHO, Ricardo – Direitos Humanos – Processo Histórico, Evolução no Mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo – Saraiva/2004

COMPARATO, Fábio Konder – A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos – XI Edição – Saraiva

DAHAL, Robert A. – Sobre a Democracia – Unb/2001

DIAS e SILVA, Donaldo de Souza e Mônica Ferreira – Como Escrever Uma Monografia – Saraiva 05/09

FARIAS, Edilsom – Liberdade de Expressão e Comunicação, Teoria e Proteção Constitucional – Revista dos Tribunais/2004

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira – Curso de Direito Constitucional – Ed: 35ª Saraiva/2009

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado – 12ª Edição - São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Renato Janine – A Democracia – Folha Explica

SILVA, José Afonso - Curso de Direito Constitucional Positivo – 25º Edição / Malheiros (2005)

SILVA, José Afonso – Curso de Direito Constitucional Positivo – Ed: 30ª - Malheiros/2008

TRINDADE, José Damião de Lima – História Social dos Direitos Humanos – Ed:2 – Saraiva /2012

- HC/STF 82424 disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>>

acessado em 12/09/2015.

- HC/STJ 15.155 disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=63255>>acessad

o em 12/09/2015.

LAFER, Celso – Parecer Disponível: na Biblioteca Digital do Senado Federal

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/948/R162-08.pdf?sequence=4>>

acessado em 23/06/2017

TORRES, Fernanda Carolina - O Direito Fundamental À Liberdade De Expressão E Sua Extensão – Fernanda Carolina Torrês - Disponível na Biblioteca Digital do Senado Federal

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>> acessado em 27/06/2017

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo Guimarães - Preconceito de Cor e Racismo no Brasil -- Revista De Antropologia, São Paulo, Usp, 2004, V. 47 Nº 1. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/ra/v47n1/a01v47n1>> Acesso em 27 Jun 2017.

Agravo de Instrumento TRF 2 Região nº CNJ 0006285-31.2011.4.02.0000 /

2011.02.01.006285-8. Disponível em: <<https://trf->

[2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22212926/agravo-de-instrumento-ag-](https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22212926/agravo-de-instrumento-ag-201102010062858-rj-20110201006285-8-trf2/inteiro-teor-110584012?ref=juris-)

[201102010062858-rj-20110201006285-8-trf2/inteiro-teor-110584012?ref=juris-](https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22212926/agravo-de-instrumento-ag-201102010062858-rj-20110201006285-8-trf2/inteiro-teor-110584012?ref=juris-)

[tabs#](https://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22212926/agravo-de-instrumento-ag-201102010062858-rj-20110201006285-8-trf2/inteiro-teor-110584012?ref=juris-)> acessado em 17/07/2017

Agravo de Instrumento n.º 576.066-4/1-00 Tribunal de Justiça do Estado de São

Paulo. Disponível em: <[https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3269749/agravo-](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3269749/agravo-de-instrumento-ag-5760664100-sp/inteiro-teor-101357419?ref=juris-tabs#)

[de-instrumento-ag-5760664100-sp/inteiro-teor-101357419?ref=juris-tabs#](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3269749/agravo-de-instrumento-ag-5760664100-sp/inteiro-teor-101357419?ref=juris-tabs#)>

acessado em 17/07/2017

Apelação Cível n.º 994.09.301.307-2 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Disponível em: <[https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16069827/apelacao-apl-](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16069827/apelacao-apl-994093013072-sp-tj-sp/inteiro-teor-110014985?ref=juris-tabs#)

[994093013072-sp-tj-sp/inteiro-teor-110014985?ref=juris-tabs#](https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16069827/apelacao-apl-994093013072-sp-tj-sp/inteiro-teor-110014985?ref=juris-tabs#)> acessado em

17/07/2017

ANEXOS:

INTEGRA DA SENTENÇA: Disponível em http://www.conjur.com.br/2004-set-10/editor_nazista_condenado_dois_anos_reclusao Acessado em 12/06/2017

VOTOS DOS MINISTROS DO STF: Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291> Acessado em 16/06/2017

VOTO DO MINISTRO MOREIRA ALVES - O ministro Moreira Alves entendeu que “os judeus não podem ser considerados uma raça”, por isso, não se poderia qualificar o crime por discriminação, pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger, como delito de racismo. O relator concedia o Habeas Corpus, declarando extinta a punibilidade do acusado, pois já teria ocorrido a prescrição do crime.

VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA - Corrêa divergiu do relator, ao negar o Habeas Corpus sob o argumento de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Para Maurício Corrêa, a Constituição coíbe atos desse tipo, “mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo acusado disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no país”.

VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO - O ministro acompanhou a dissidência, afirmando que “só existe uma raça: a espécie humana”. E frisou: “Aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um”. Achou correta a condenação de Ellwanger, negando-lhe o Habeas Corpus.

VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES - Gilmar Mendes também negou a ordem de Habeas Corpus, por entender que “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo”. Para Mendes, “não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da

igualdade e da dignidade humana”. Por isso o texto constitucional erigiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível.

VOTO DO MINISTRO CARLOS VELLOSO - Carlos Velloso também indeferiu o Habeas Corpus, por acreditar que o anti-semitismo é uma forma de racismo. Segundo o ministro, nos livros publicados por Ellwanger, os judeus são percebidos como raça, porque há pontos em que se fala em “inclinação racial e parasitária dos judeus”, o que configuraria uma conduta racista, vedada pela Constituição Federal.

VOTO DO MINISTRO NELSON JOBIM - O ministro Nelson Jobim julgou que Ellwanger não editou os livros por motivos históricos, mas como instrumentos para produzir o anti-semitismo. Para ele, esse é um “caso típico” de fomentação do racismo, por isso acompanhou a ala dissidente, negando o Habeas Corpus.

VOTO DO MINISTRA ELLEN GRACIE - Em seu voto, a ministra Ellen Gracie trouxe a definição de raça presente na Enciclopédia Judaica, na qual “a concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes encontra-se de maneira vaga e imprecisa na Bíblia, onde, no entanto, como já acentuavam os rabinos, a unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todos os homens”. Nessa linha, negou a ordem.

VOTO DO MINISTRO CEZAR PELUSO - Peluso seguiu a maioria e votou pela denegação do Habeas Corpus. “A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre”, disse.

VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO - Carlos Ayres Britto concedia o Habeas Corpus de ofício – por iniciativa do próprio Supremo – pois entendeu não haver justa causa para instauração de ação penal contra Ellwanger. Em seu voto, Britto absolvía, então, o réu, por atipicidade do crime, porque a lei que tipificou o crime de racismo por meio de comunicação foi promulgada depois de Ellwanger ter cometido o delito.

VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO - O ministro Marco Aurélio também concedia o Habeas Corpus, defendendo a tese da liberdade de expressão. “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". Em sua opinião, somente estaria configurado o crime de racismo se Ellwanger, em vez de publicar um livro "no qual expõe suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo 'morte aos judeus', 'vamos expulsar estes judeus do País', 'peguem as armas e vamos exterminá-los'. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento". Segundo Marco Aurélio, Ellwanger restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos.

VOTO DO MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sepúlveda Pertence optou por negar o Habeas Corpus ao editor gaúcho. Para o ministro, "a discussão me convenceu de que o livro pode ser instrumento da prática de racismo. Eu não posso entender isso como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa nenhuma", votou.