



LARIANE LONDERO WEBER

**DEPOIS DO “CASO ELLWANGER”: O IMPACTO DO HABEAS CORPUS 82.424 NAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENVOLVENDO OS LIMITES DA
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO FRENTE AO
CRIME DE RACISMO**

Santa Maria

2021

DEPOIS DO “CASO ELLWANGER”: O IMPACTO DO HABEAS CORPUS 82.424 NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENVOLVENDO OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO FRENTE AO CRIME DE RACISMO

Lariane Londero Weber¹

Angelita Woltmann²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a influência do Habeas Corpus 82.424 - popularizado como “Caso Ellwanger” - como paradigma histórico nas decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal em relação aos casos que envolvem liberdade de expressão, manifestação de pensamento e racismo. Nesse viés, procurou-se analisar, por meio de pesquisa qualitativa, os estigmas configuradores do crime de racismo que foram citados nos votos da referida decisão, de forma a compreender o impacto dela como precedente na jurisprudência posterior, bem como, examinar as diversas análises críticas de pesquisadores nacionais sobre o caso, envolvendo temas polêmicos relacionados à dimensão ético-social da dignidade humana, igualdade material, negacionismo histórico e abuso das liberdades individuais. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, instrumentalizado pela revisão sistemática da literatura e análise histórica de jurisprudência. Ao final, verificou-se que o caso estudado resultou como precedente em casos análogos, notadamente, nos que envolvem colisão entre bens fundamentais derivados da liberdade de expressão, impactando, diretamente, em decisões atuais da Corte Constitucional que enfrentam a polêmica dos “discursos do ódio”.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão. Racismo. Jurisprudência. Discurso de ódio.

ABSTRACT: This article aims to present the influence of Habeas Corpus 82.424 - popularized as the "Ellwanger Case" - as a historical paradigm in the later decisions of the Federal Supreme Court in relation to cases involving freedom of expression, expression of thought and racism. In this bias, the analysis is analyzed, through qualitative research, the stigmas that configure the crime of racism that were cited in the votes of the decision, in order to understand its impact as a precedent in subsequent jurisprudence, as well as to examine the various analyzes criticism of national criteria on the case, involving controversial issues related to the ethical-social dimension of human dignity, material equality, historical denial and abuse of individual freedoms. The approach method used was the deductive one, instrumentalized by the systematic review of the literature and historical analysis of jurisprudence. In the end, it was found that the case studied resulted as a precedent in similar cases, notably those involving collision between goods derived from freedom of expression, directly impacting current Constitutional Court decisions that face the controversy of "hate speeches”.

KEYWORDS: Freedom of expression. Racism. Jurisprudence. Hate Speche.

¹ Autora do Trabalho Final de Graduação (TFG) em formato de artigo científico. Acadêmica do 9ª semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN).

² Orientadora do Trabalho Final de Graduação (TFG) em formato de artigo científico. Doutora em Direito Público (UNISINOS). Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN).

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objetivo principal demonstrar a influência do polêmico “Caso Ellwanger” (Habeas Corpus 82.424) como paradigma histórico nas decisões posteriores do Supremo Tribunal Federal (STF)³ em relação à temáticas que envolvem colisão de direitos fundamentais em torno da liberdade de expressão, da manifestação de pensamento e discriminação racial/racismo. Nesse sentido, procurou-se analisar, por meio de procedimento monográfico e pesquisa qualitativa, os estigmas configuradores do crime de racismo que foram citados nos votos do julgamento do caso aqui delimitado⁴, de forma a compreender o impacto dela como precedente na jurisprudência posterior, bem como examinar as diversas análises críticas de pesquisadores nacionais sobre o caso, envolvendo temas polêmicos relacionados à dimensão ético-social da dignidade humana, igualdade material, negacionismo histórico e abuso das liberdades individuais.

A extensão e a profundidade da argumentação jurídica desenvolvida nessa decisão do STF - que teve início em 2003 e perdurou por nove meses - ilustram a importância e o impacto desse julgamento na linha do tempo de casos análogos posteriores no cenário jurídico nacional. Desse modo, o conflituoso processo configura-se como exemplo de caso paradigma (*leading case*) em matéria de liberdade de expressão e interpretação em relação ao crime de racismo, dando margem ao questionamento que norteia o presente estudo: Como o “Caso Ellwanger” impactou na construção histórica da jurisprudência do STF no combate ao crime de racismo e discriminação racial no Brasil? Alicerçada em tal problemática, a autora busca investigar, outrossim, se a decisão do caso delimitado realmente influenciou positivamente na concretização da dimensão da não-discriminação dos desiguais – vertente constitucional da dignidade humana – e decisões de casos envolvendo os atuais “discuso de ódio” ?

O método de abordagem utilizado para a pesquisa foi o dedutivo e monográfico, instrumentalizado pela revisão sistemática da literatura e análise histórica de jurisprudência. A opção pela revisão sistemática objetivou reunir publicações de vários autores nacionais que se debruçaram sobre a análise do “Caso Ellwanger” nos últimos anos. Além de expandir a análise crítica dentro do campo hermenêutico constitucional relacionado aos argumentos da decisão no caso julgado, o método auxilia a orientar investigações futuras — principalmente quando há assuntos envolvendo colisão de normas-princípio.

Foram encontradas aproximadamente 2.400 publicações buscando-se pela expressão “Caso

³ A partir desse momento, a autora utilizará a sigla “STF” sempre que referir o Supremo Tribunal Federal.

⁴ Para ler os votos dos ministros, em sua totalidade, consultar a página do processo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2052452> Acesso em: 15/11/2021.

Ellwanger” e aproximadamente 889 publicações buscando-se pela expressão “Habeas Corpus 82.424” na plataforma do Google Acadêmico⁵. Dessas, foram filtradas pelo critério da relação com o objetivo do presente trabalho, ou seja, período posterior ao julgamento final do caso até o ano de 2021 e análise crítica baseada na influência do caso em decisões posteriores do STF, as quais foram analisadas teoricamente, procurando-se estabelecer os apontamentos dos autores em relação aos impactos da decisão delimitada. Da mesma forma, buscou-se analisar a jurisprudência do STF, em pesquisa realizada no site oficial desse tribunal⁶ - tanto na aba de “pesquisa de jurisprudência” (com a palavras-chave “racismo”) quanto na clássica versão mais atualizada da “A Constituição e o Supremo”.

Para organizar o trabalho, optou-se por dividi-lo em três partes. A primeira seção se ocupa em demonstrar a presença do negacionismo histórico em questões que envolvem a discriminação racial e a prática do racismo, utilizando-se como fundamento constitucional o princípio da dignidade humana, constitucionalizado após 1988 no Brasil e referenciais teóricos que trabalham questões de direitos humanos sob o viés decolonial⁷, como os clássicos Boaventura de Sousa Santos e Franz Fanon, além da moderna autora brasileira, Djamila Ribeiro. A segunda seção trata de apresentar a memória do “Caso Ellwanger”, justificando seu lugar emblemático na Corte Constitucional por meio da análise de sua decisão e das considerações realizadas pela literatura, filtrada na pesquisa sistematizada. Por fim, a terceira e última seção apresenta, com base nos fundamentos pontuados nas anteriores, como o “Caso Ellwanger” impactou na construção histórica da jurisprudência do STF, notadamente, quando se busca concretizar preceitos constitucionais visando o combate ao crime de racismo e discriminação racial no Brasil⁸. Derradeiramente, verificou-se que o caso estudado resultou como precedente paradigmático em casos análogos, especialmente nos que envolvem colisão entre bens fundamentais derivados da liberdade de expressão, manifestação de pensamento e discriminação, impactando diretamente em decisões atuais da Corte Constitucional que enfrentam a polêmica dos “discursos do ódio” e do racismo como crime.

⁵ Sabe-se que, para que a pesquisa científica tenha validade – notadamente quando se escolhe o método da revisão sistemática de literatura – é necessário pesquisar em plataformas de fontes confiáveis para a área estudada. Nas Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, são classificadas como confiáveis as plataformas do Scientific Electronic Library Online (SciELO), o portal de periódicos da Capes, a Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade de São Paulo (USP), o Lume - Repositório Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), repositórios de publicações de eventos científicos, como o do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), entre outros. Entretanto, optou-se pelo Google Acadêmico, por ser uma ferramenta básica de pesquisa do Google - simples, objetiva e de interface prática - que permite pesquisar literatura baseada em publicações acadêmico-universitárias variadas (incluindo dissertações, teses, jornais de universidades e artigos publicados em periódicos variados). Disponível em: <https://scholar.google.com.br/> Acesso em: 6 jul. 2021.

⁶ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>

⁷ Não será possível aprofundar teorias pós ou decoloniais neste trabalho. Para saber mais sobre o tema, consultar o estudo de Ballestrin (2013).

⁸ Para tanto, analisa-se a influência do caso nas decisões da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 26, que foi julgada conjuntamente com o Mandado de Injunção 4733.

Oportunamente, cabe falar que o presente tema tem pertinência direta com a linha de pesquisa do Curso de Direito da Universidade Franciscana, “Teoria Jurídica, Cidadania e Globalização”, na medida em que aborda o conflito entre a busca pelo tratamento igualitário entre os cidadãos, de forma que a dignidade da pessoa humana acaba em segundo plano quando as instituições de ordem utilizam da seletividade penal para segregar pessoas escolhidas pelo sistema.

1. RELAÇÕES ENTRE DIGNIDADE HUMANA E NEGACIONISMO HISTÓRICO NAS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS DE RACISMO

A dignidade da pessoa humana é um conjunto de valores e princípios que desde o nascimento são inerentes ao ser humano. Com a necessidade da proteção, somente os princípios e valores não foram o suficiente para impedir que uma série de atrocidades fossem cometidas, mas foi notório que esses acontecimentos fizeram com que vários direitos fundamentais fossem reconhecidos. Contudo a proteção contra a violação da dignidade da pessoa humana ainda era algo para tomar uma medida; e foi diante da carência da proteção à dignidade que se fez necessário revisar e reaver uma forma de proteção à dignidade da pessoa humana (FURLAN, 2017).

Ou seja, mesmo a dignidade humana sendo de caráter absoluto, não significa que ela seja um princípio incondicional, levando em consideração que o seu cumprimento depende de várias outras hipóteses. Mas isso não impede ou obstrui alguma garantia, pelo contrário, só impõe ainda mais aos poderes que asseguram essa garantia uma salvaguarda redobrada para que o direito não seja obstruído. Ante ao exposto, a dignidade é uma qualidade inerente ao ser humano, que dotado de racionalidade tem a capacidade de amoldar o seu comportamento dirigindo-o em função dos valores mais elevados, quais sejam: a moral, ética, honra, porém, tudo em função da sua racionalidade, fato que não observamos nos outros seres vivos (ROSÁRIO, 2017).

Diante da promulgação da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana e outros direitos fundamentais foram transformados em valores supremos da ordem jurídica, sendo assim, levados à uma categoria de maior enfoque, como princípios fundamentais, passando a ter e ser um valor central do direito ocidental que preserva a liberdade individual e a personalidade.

Como princípio fundamental e alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não há possibilidade de ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar instabilidade no regime democrático, o que confere ao dito fundamento caráter absoluto (ROSÁRIO, 2017).

Ingo Wolfgang Sarlet, conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e

desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável.”⁹

O avanço que o Direito Constitucional apresenta atualmente é resultado, em parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar normas asseguradoras dessas pretensões. Seguem juntos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, ilesta às maiorias ocasionais formadas no calor de momentos adversos ao respeito devido ao homem (LEMISZ, 2020).

O racismo tem pautada em sua ideologia a superioridade de um indivíduo em face de outro, de modo a se acentuar a sua exploração. Até o fim da Idade Média, a condição de superioridade relacionada advinha de duas principais condições: a cultural e a condição social. Os Gregos antigos tinham na cultura um fator determinante para a prática de racismo, por entenderem-se demasiado cultos em relação aos demais. Ao longo da Idade Média e do Império Romano, a condição social era o principal fator gerador de racismo, onde os nobres se consideravam seres superiores, comparados aos demais (CALDAS, 2015). Traduz:

Na antiga Grécia, filósofos como Platão e Aristóteles (séc. IV e III a.c.), procuraram fundamentar a escravatura em aspectos particulares da natureza humana dos escravos. A sua argumentação racista que estava, contudo, longe de ser aceite. A escravatura era em geral entendida como um ato de violência do mais forte sobre o mais fraco. Esta era a concepção que predominou entre os romanos. Uns, por nascimento, pertenciam aos grupos dos poderosos, ou se haviam imposto pela força. Outros, por nascimento ou pelas circunstâncias haviam-se tornado escravos de outros (pela guerra, por exemplo). Apesar desta consciência que a escravatura se fundava na violência, nem por isso deixaria de ser aceite e defendido.

A Bíblia, o livro de judeus e cristãos, não condena a escravatura. Quanto ao racismo as posições são mais equivocadas. O Cristianismo, por exemplo, defendia inicialmente que todos os homens eram filhos de um mesmo Deus não se distinguindo quanto à sua natureza, mas sim quanto à sua condição social. Maomé, o profeta do Islamismo, não condenou a escravatura, possuindo e comercializando, inclusive, escravos. Fato que tendeu a favorecer a aceitação da escravatura entre os muçulmanos. Em todo o caso, estes não reconhecem distinções raciais, mas apenas religiosas.

Em suma, até a Idade Média o racismo era pautado nas condições de cultura e de condição social do indivíduo, sempre por meio da escravidão instituída à força. A concepção de pertencimento a uma cultura diferente era fator válido para a escravização de um povo e seu consequente tratamento racista. Por sua vez, a condição social à qual nascia um indivíduo, também preponderava quando aqueles que possuíam condições sociais melhores achavam-se superiores àqueles que teriam nascido para trabalhar e, conseqüentemente, sustentar aqueles de melhor condição social.

⁹ Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, pág 60

Após a Idade Média, os primeiros conceitos de racismo surgiram na Espanha do século XV, onde, motivados por intentos religiosos, os espanhóis tratavam os judeus e muçulmanos como inferiores devido à sua religião, apenas tolerando aqueles que se convertessem. Posteriormente, adotaram a concepção de que a conversão não lhes seria suficiente, estes seriam impuros eternamente. Adiante na história, Adolf Hitler, no contexto da Alemanha nazista, desenvolveu o ideal da superioridade ariana, buscando o extermínio de “raças inferiores”, além de outros “seres degenerados”, como os homossexuais (CALDAS, 2015).

Afirma Caldas (2015, p.3):

Quando, em 13 de maio de 1888, a princesa Isabel declarou extinta a escravidão dos negros no território brasileiro, mulheres e homens escravos deixavam de ser tratados como objetos para serem vistos como gente de carne, osso, alma e liberdade. Porém, a Lei Áurea fez apenas a primeira parte da lição de cidadania. Ao mesmo tempo em que revogou a iniquidade de 350 anos de escravidão, não moveu uma palha sequer para incluir os ex-escravos na economia assalariada, não mexeu um dedo para incluir filhas e filhos de ex-escravos na educação e nos demais sistemas.

Em território brasileiro, a condição para o racismo advém da escravidão e do comércio destes, onde pretos eram transportados da África para o Brasil e então vendidos como escravos. Mesmo após a sua libertação, a sua condição social não teve muitas mudanças, tendo em vista que os escravos e seus filhos não tiveram nenhuma ação governamental para inserção na sociedade, sendo marginalizados e deixados à sua inteira sorte para desenvolvimento e trato social. A escravidão produz reflexos ainda hoje, na forma do racismo.

No contexto social vivido atualmente no Brasil, o racismo adquire uma condição estrutural, de modo que se encontra em todos os setores da nação. É um conceito que transpassa a consciência, sendo levado ao inconsciente do indivíduo. Dessa forma, transcende a institucionalidade, sendo uma característica intrínseca à sociedade, além de ser mantido, reproduzido e recriado na forma de desigualdades e privilégios, com o intuito de se perpetrar em meio à sociedade, de maneira estrutural e não dissociável do cotidiano vivenciado em todos os setores da sociedade. Explica Bersani (2018, p.193):

O racismo estrutural corresponde a um sistema de opressão cuja ação transcende a mera formatação das instituições, eis que perpassa desde a apreensão estética até todo e qualquer espaço nos âmbitos público e privado, haja vista ser estruturante das relações sociais e, portanto, estar na configuração da sociedade, sendo por ela naturalizado. Por corresponder a uma estrutura, é fundamental destacar que o racismo não está apenas no plano da consciência – a estrutura é intrínseca ao inconsciente. Ele transcende o âmbito institucional, pois está na essência da sociedade e, assim, é apropriado para manter, reproduzir e recriar desigualdades e privilégios, revelando-se como mecanismo colocado para perpetuar o atual estado das coisas.

Continua Bersani (2018, p.193):

De todas as transformações ocorridas com os modos de produção ao longo da história, o racismo no Brasil pode ser considerado como produto desta ordem social estabelecida pelo escravismo colonial, sendo, portanto, o elemento que permaneceu desde a gênese do Brasil, sobrevivendo a todas as transformações ocorridas, até o atual modelo neoliberal. O racismo está, assim, na essência do próprio Estado.

É notória a pluralidade cultural que existe no Brasil; a formação do país, assim como afirma Darcy Ribeiro (2006), deu-se pela gestação étnica dos indígenas que aqui se encontravam, pelos povos negros da diáspora africana e pelos imigrantes europeus. Entre 1501 a 1867 ocorreram, segundo os historiadores David Eltis e David Richardso, 35 mil viagens do comércio transatlântico de tráfico de negros escravizados, as quais ocorrem ao longo de 350 anos de imigração africana forçada¹⁰. Estima-se que o Brasil recebeu de 3,5 milhões a 5 milhões de africanos na condição de escravos.

Construiu-se, dessa maneira, uma ideologia para a naturalização da exploração dos povos africanos, justificada com afirmações como: estes povos não possuem alma e são povos de uma cultura inferior e maléfica. Segundo Franz Fanon tais assertivas foram utilizadas para tratar os africanos de forma desumana e para naturalizar o racismo. Após 300 anos de exploração dos negros africanos e seus descendentes, ocorreu a assinatura da Lei Áurea em 13 de maio de 1888, que libertou os negros africanos do sistema escravista, entretanto a abolição não foi um ato de bondade ou de entendimento da desumanidade que era a escravidão.

No final do século XIX, fatores como o aumento de fugas dos escravizados para os quilombos, a pressão de sociedades abolicionistas que influenciava a mentalidade da elite brasileira, o aumento do número de escravizados libertos (consequência da Lei Ventre Livre de 1871, Lei dos Sexagenários de 1885 ou ainda através da compra da liberdade) e mestiços na sociedade, além da necessidade de mercado consumidor foram preponderantes para a assinatura da libertação dos negros escravizados (CUNHA, 2016).

O Brasil foi o último país a aderir a libertação de escravos, sendo que mesmo após isso o panorama de exploração e depreciação da população negra não foi modificado. Até os dias de hoje, a cor da pele negra continua a ser relacionada com aspectos negativos e pejorativos na sociedade. Com o fim da escravidão esse grupo não teve condições sociais e econômicas para ser inserido com igualdade na sociedade brasileira; muitos negros libertos continuaram trabalhando nas fazendas pela ausência de postos de trabalhos assalariados (CUNHA, 2016).

Alguns nunca ficaram sabendo da libertação, pois era precária a comunicação naquela época - o que contribuiu para que estes escravizados fossem explorados até a morte. Outros escravizados

¹⁰ Dados retirados do Atlas of the Transatlantic Slave Trade, publicado em outubro de 2010 (Universidade de Yale). Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252011000100021 e <https://www.slavevoyages.org/>

foram para as periferias das cidades, onde montaram agrupamentos de moradia com condições precárias. Todos estes fatores contribuíram para que a ascensão social dos negros escravizados fosse muito pequena, ou até mesmo nula. No que se refere à ascensão social, via escolarização, o quadro era mais dramático, pois as leis brasileiras impediram os 21 negros de estudarem, via educação formal, até meados do século XX (CUNHA, 2016).

Somente a Constituição Federal de 1934 trouxe a garantia de educação para todos os brasileiros, estão então incluídos os afro-brasileiros, mesmo que o texto legal não aponte isso de forma explícita, como se lê na redação do Art 149 (CF, 1934).¹¹

Com o fim do escravismo e substituição do trabalho escravo para o assalariado, teve início a imigração europeia para o Brasil. A população brasileira era composta majoritariamente por negros e mestiços, o governo influenciado pelo Darwinismo social achava que para dar qualidade e formar uma nação desenvolvida era necessário incorporar brancos à sociedade. Assim, através do incentivo da imigração, italianos foram seduzidos pela oportunidade de trabalhos assalariados, terras e prosperidade para vir para o Brasil (GOÉS, 2016).

Apesar de todo o processo eugenista e das tentativas de branqueamento da população, o Brasil é hoje o segundo país do mundo com maior número de população negra, perdendo somente para a Nigéria, país do continente Africano. São 53,6% da população autodeclarados como pretos ou pardos, conforme dado do IBGE, 2015. Todavia, ocorre uma sub-representação da população negra nos espaços de poder da sociedade brasileira, o que torna perceptível que o histórico da escravidão ainda afeta negativamente, consciente e inconscientemente, a trajetória e ascensão social dos descendentes de africanos (CUNHA, 2016). O estudo “Retratos das Desigualdades de gênero e raça – 20 anos” (IPEA, 2015) apresenta uma análise dos dados do ano de 1995 a 2005 nos mostra uma diferença racial e de gênero notável em diferentes aspectos: a escolarização de adultos com 12 anos ou mais de estudos da população negra passou de 3,3% para 12%, a da população branca de 12,5% para 25,9%; o emprego doméstico ainda é a principal ocupação das mulheres negras com 18%, as mulheres brancas com 10%, sendo 29,3% das trabalhadoras negras com carteira assinada e 32,5% das brancas (CUNHA, 2016).

Entretanto, percebe-se também o aumento do rendimento das mulheres negras com 80%, até o ano de 1995 apenas 46,7% das mulheres negras possuíam renda, se comparado a 2015 é um aumento de 27,3% resultado da ampliação de políticas públicas e benefícios sociais para as mulheres. Segundo o estudo, o Brasil mantém a seguinte hierarquia social e econômica: homens brancos, mulheres brancas, homens negros e mulheres negras, a disparidade entre esses quatro grupos praticamente não

¹¹ Art 149- A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana

se altera ao longo dos anos na análise feita do ano de 1995 a 2015.¹²

O panorama apresentado é resultado da escravidão dos povos negros africanos, do racismo estruturado em nossa sociedade onde foi criado mecanismos de controle social para que este grupo e seus descendentes não acendessem socioeconomicamente. O negro na formação social brasileira foi submetido ao processo de exclusão e ainda é visto como indivíduo que se encaixa em “um lugar” inferior aos brancos (GOÉS, 2016).

No Brasil, nesse contexto, fundou-se uma ideologia de valorização e superioridade da cultura eurocêntrica hegemônica, gerando uma representação negativa do indivíduo negro pela mídia, livros e até pela educação ofertada na escola. Ocorre uma perpetuação do racismo no cotidiano escolar e para romper com essa prática professores precisam primeiramente reconhecer o racismo no Brasil, entender sua complexidade e se capacitar para pôr em exercício práticas pedagógicas antirracistas (GOÉS, 2016).

Em seu livro “Epistemologias do Sul” Boaventura de Souza Santos cita Anibal Quijano (1993), menciona que “O que a perspectiva da ‘colonialidade do poder’ tem de novo é o modo com a ideia de raça e racismo se torna o princípio organizador que estrutura todas as múltiplas hierarquias do sistema-mundo.” Por exemplo, as diferentes formas de trabalho que se encontram articuladas com a acumulação de capital no âmbito mundial são distribuídas de acordo com esta hierarquia: o trabalho coercitivo (ou barato) é feito pelas pessoas não-europeias situadas na periferia, e o trabalho assalariado livre situa-se no centro.¹³

Dentre os princípios que regem a República Federativa do Brasil, há de se estabelecer, a priori, que o repúdio ao racismo figura, de forma demasiada importante, dentre estes princípios, na forma do artigo 4º, em seu inciso VIII, da Constituição Federal. Em que se pese a discriminação racial e o preconceito, a República deve, dentre as suas atribuições constitucionais, repudiar o racismo e agir de forma efetiva, dentro de suas atribuições, para combater este crime, sendo de sua responsabilidade a proteção de todos os povos e etnias dentro de seu território e de sua jurisdição. Explica Gonçalves (2019, p.707):

Racismo é a teoria segundo a qual certos povos ou nações são dotados de qualidades psíquicas e biológicas que os tornam superiores a outros seres humanos. Preconceito é o conceito ou opinião formados antecipadamente, sem levar em conta o fato que os conteste, e, por extensão, suspeita, intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc. Mais especificamente, pode ser tido como sentimento em relação a uma raça ou um povo, decorrente da adoção de crenças racistas. A discriminação, ao contrário do preconceito, que é estático, consiste em uma atitude dinâmica de separação, apartação ou segregação, traduzindo a manifestação fática ou a concretização do preconceito.

¹² Dados retirados do Site do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&id=29526

¹³ Boaventura, pg. 382. Disponível em:

http://professor.ufop.br/sites/default/files/tatiana/files/epistemologias_do_sul_boaventura.pdf

A deste modo, temos que a discriminação é a materialização do racismo, na forma de qualquer segregação, apartação ou separação, devido à crença racista. O racismo encontra força no pensamento de superioridade de raças, tendo por base uma crença de uma psiquê e de uma biologia superiores, não sendo esta justificada a prática. O preconceito versa a partir única e exclusivamente de uma opinião, caracterizando as atitudes de um indivíduo em um conceito estabelecido previamente com o intuito de diminuir outras etnias, credos ou quaisquer fatores que possam incidir na crença racista (GONÇALVES, 2019).

Os crimes dos arts.3º a 14 são comuns, podendo ser praticados por qualquer pessoa, incluindo outros membros do próprio grupo discriminado. (...) Desse modo, somente haverá crime se as condutas se derem em razão de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, mas quando a vedação ou impedimento tem outro fundamento, baseado em critérios admitidos, como por exemplo, quando é vedado o acesso ao cargo público por falta de atendimento dos requisitos legais para a sua ocupação, ou quando o estabelecimento comercial deixa de atender o cliente por falta de disponibilidade de espaço ou vagas. Haverá crime, porém, quando o critério legítimo é utilizado como escusa, mas o verdadeiro motivo é a discriminação vedada.

O crime de racismo, na forma como nos é apresentado legalmente pela lei 7.716/89, visa a proteção de determinados povos, em face de sua vulnerabilidade social, advinda de contextos históricos e sociais de conduta estatal, visando a inserção social e a preservação da pluralidade vivenciada em território nacional. Destarte algum indivíduo se valha de uma razão legitimada para a supressão de um direito, se a conduta for praticada mediante a motivação discriminatória, ainda se incidirá o crime de racismo, presando pela dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista (GONÇALVES, 2019).

O racismo é um crime inafiançável e imprescritível (BRASIL, 1988), onde a conduta do agente visa a segregação de um povo ou etnia, nas condutas de impedir, negar, obstar ou recusar preceitos comuns em decorrência de raça, cor etc., devido a uma crença de superioridade de determinada raça. Esta conduta, em âmbito internacional, é repudiada pela República brasileira, devendo ser combatida e erradicada em todo território nacional, visando a proteção de um povo historicamente vulnerável e discriminado.

Diante do exposto, percebe-se que o racismo, no contexto brasileiro, é algo intrínseco à sociedade, de forma que não se dissocia da própria essência do Estado, sendo difundido e perpetrado em todas as suas camadas. Devido ao escravismo colonial promovido no Brasil, a égide de discriminação e preconceito para com o povo preto ganhou condição análoga à própria sociedade brasileira, vivenciado ainda atualmente. Ainda que dotado de diversas transformações sociais, a sociedade brasileira carrega em seu cerne o racismo estrutural, mesmo no estado neoliberal (BERSANI, 2018). Diz Bersani (2018, p.194):

De fato, o racismo estrutural é nítido e não demanda grande esforço para ser visualizado. Ele

está difundido na sociedade, na ordem social vigente e a serviço dos privilégios que demarcam as classes sociais. Enfrentá-lo é uma forma de discriminação positiva e necessária, e não um racismo na mesma intensidade, ao contrário do que muitos dizem, pois trata-se da busca por mecanismos que promovam a desconstrução da ideologia que se traduz em inúmeras práticas discriminatórias diariamente, chancelando a exclusão de um grupo social específico.

Desta forma, o racismo, dentro da atual sociedade brasileira, tem sua construção e abarcamento notórios, não sendo algo isolado. Trata-se de um fenômeno plenamente difundido na sociedade. Encontra-se inserido nas mais diversas ordens sociais e nos privilégios ainda formadores de diversas classes sociais. Desta forma, o enfrentamento do racismo demanda uma desconstrução da ideologia racista, que se encontra no contexto de exclusão de uma parcela da sociedade em específico, estabelecendo paradigmas e dogmas sociais a serem quebrados na forma de uma discriminação positiva (BERSANI, 2018).

Feita a fundamentação teórica da temática que cerca o caso delimitado para estudo no presente trabalho, passa-se a análise do processo propriamente dito, visto que gerador de decisão paradigmática na Corte Constitucional brasileira.

2. MEMÓRIA DO “CASO ELLWANGER” E OS ELEMENTOS QUE O DESTACARAM COMO PARADIGMÁTICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF, ao longo da sua história secular, se debruçou na condição de mais alta Corte judicial do país, sobre os mais diversos processos, cujas discussões envolviam temas polêmicos, conflitantes, e de grande repercussão nacional. No ano de 2003, o STF, ao se debruçar sobre um desses casos – que, especificamente, envolvia acusações de racismo e antissemitismo – demorou aproximadamente 09 (nove) meses para chegar à decisão final, tamanha a carga de complexidade e de controvérsias que o envolvia.

Siegfried Ellwanger, originariamente condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) pelo cometimento de crime de racismo, resultante do exercício de atividade intelectual e empresarial que envolvia a publicação e venda de livros de temática antissemita, ingressou no STF com pedido de *habeas corpus*, por meio do qual pretendia afastar a imputação do delito por força do art. 5º, LXII, da Constituição Federal.¹⁴ Os seus argumentos de defesa restaram fundamentados, basicamente, no fato de os judeus não se configurarem, tecnicamente, em uma raça, fato que impediria o enquadramento da sua conduta no referido tipo. Ao final do transcurso processual e recusados os principais argumentos de defesa do peticente, a condenação restou mantida pelo STF,

¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF : (Habeas Corpus nº 82.424/RS) / [relator: Ministro Moreira Alves].

o que se deu após intensa discussão acerca dos elementos que envolviam o caso.¹⁵

Assim, a partir da argumentação apresentada pelo paciente, a corte teve por preocupação delimitar os seguintes aspectos: o conceito de racismo e seu alcance; o enquadramento do racismo na legislação infraconstitucional; a incidência da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, tal como previstas na Constituição Federal (art. 5º, LXII); a tipicidade ou não da conduta do paciente; e a ocorrência de conflito entre princípios.

Segundo Silva (2006), o “Caso Ellwanger” foi o primeiro processo, com trâmite no STF, onde restaram abordadas questões relativas ao antissemitismo; portanto, *“a decisão adotada não teve influência de qualquer paradigma judicial pretérito”*. Por outro lado, no tocante especificamente ao racismo, a Corte já houvera se debruçado anteriormente sobre essa matéria, contudo estando limitada, apenas às demandas que envolviam, exclusivamente, agressões perpetradas contra pessoas de cor negra.

Por isso, o primeiro entrave a que foram submetidos os Ministros do STF consistia em definir, tecnicamente, o conceito e a abrangência da palavra “racismo”, haja vista a inexistência de uma conceituação satisfatória deste instituto no âmbito das Leis nº 7.716/89 e nº 8.081/90.

Conforme bem observado pelo Relator do processo, a redação originária da Lei nº 7.716/89 *“somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor”*, e, não obstante isso, a Lei nº 8.081/90 apenas estendera a tipificação do fato para a etnia, religião ou procedência nacional. Desta feita, no tocante à imprescritibilidade prevista na Constituição Federal, está ficara *“restrita à prática do racismo e não às outras práticas constantes do novo tipo penal.”* (SILVA, 2006).

Por outro lado, ainda no entender do Relator, não haveria possibilidade de a legislação infraconstitucional proceder à definição de racismo, cabendo-lhe apenas tipificar as condutas e fixar as penas. Por isso, numa primeira abordagem, a situação em análise desenhou-se sem solução, dada a impossibilidade de encontrar na lei e na Constituição Federal a definição de racismo, e sendo está a questão principal a ser definida, os ministros tiveram que se utilizar outros recursos (SILVA, 2006)

Inicialmente, para obter a definição de raça, duas opções foram utilizadas: a tradicional, de cunho biológico, que se baseia na existência de 03 (três) grupos principais (branca, amarela e negra), delas afastados os grupos religiosos, geográficos, lingüísticos etc.; e a contemporânea, que recorre às informações resultantes das pesquisas genéticas. Em seguida, recorreu-se a excertos de obras escritas por judeus nas quais se afirmava não existir uma raça judaica. Tais referências serviram tanto para corroborar os argumentos dos que concediam quanto os dos que indeferiam a concessão da ordem (BRASIL, 2004).

¹⁵ "Parecer apresentado e aceito pelo STF na condição de "amicus curiae" no julgamento do caso Ellwanger - HC 82424/RS (dezembro de 2002 a setembro de 2003)" Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/948>

O terceiro recurso foi tentar conferir uma interpretação extensiva ao termo “racismo”, previsto na Constituição Federal, de modo a abarcar em seu rol discriminações contra outros segmentos da sociedade brasileira. Nessa etapa, os métodos interpretativos utilizados foram o gramatical (semântico), haja vista ter se buscado na própria palavra “racismo” a sua definição; o histórico, por meio do qual se tentou reconstruir a inclusão de emenda à Constituição Federal sobre racismo, no período da Assembleia Constituinte; em seguida o teleológico, de modo a extrair/aplicar interpretação harmônica da Constituição Federal, tendo em vista os princípios fundamentais da república federativa, os princípios que regem a ordem internacional, e o possível conceito jurídico-penal do crime de racismo (BRASIL, 2004).

Alguns aspectos legais polêmicos se mostraram presentes desde logo. Inicialmente, repita-se, com relação à definição de racismo: sem uma definição clara do instituto, não haveria como tipificar a conduta do paciente. A preocupação com os termos dessa conceituação, contudo, tal como evidenciado por um dos ministros, promoveu o distanciamento dos julgadores de uma das principais questões suscitadas pelo paciente, relativa ao afastamento da cláusula de imprescritibilidade (CF, art. 5º, LXII).

Além do mais, foram levantadas dúvidas acerca da tipicidade da conduta do paciente, uma vez que a proibição à publicação de livros só veio a ocorrer após a publicação da Lei nº 8.081/90. Para tanto, procedeu-se à verificação das datas de publicação dos livros arrolados como de autoria ou publicados pelo paciente, e verificou-se que nenhum deles fora editado após a Lei nº 8.081/90, ou seja, quando vigente a lei incriminadora da conduta. Ao final, o acusado aventou à corte os termos do princípio da presunção de inocência em matéria penal, que deveria prevalecer na análise da situação do paciente.

Em que pese a complexidade do caso e a aparente lacunosidade do sistema para resolver *prima facie* questões deste porte, nenhuma das alegações suscitadas foi acolhida. Interessante perceber que no transcorrer de um julgamento desta envergadura alguns ministros não se furtaram de expressar argumentos reveladores de suas próprias personalidades, a indicar, portanto, uma certa parcialidade. O exemplo mais significativo deste tipo de postura foi o da então Ministra Ellen Gracie, que logo na abertura do seu voto fez menção ao início de sua vida profissional como tradutora, cabendo-lhe “[...] *verter do inglês para o português boa parte dos verbetes da Enciclopédia Judaica Roth editada no Brasil pela Editora Tradição, do Rio de Janeiro.*” (BRASIL, 2004).

Na sequência, a ministra fez constar que fora buscar nessa mesma obra a definição para “raça e racismo”. Outro exemplo foi a menção, suscitada pelo então Ministro Nelson Jobim, de “testemunho pessoal” acerca da sua participação, como Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos, em 14 de junho de 1993, na qual defendera a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos (BRASIL, 2004).

Outro aspecto a despertar interesse dos ministros foi o relativo à ordem internacional. Na maioria dos votos fez-se incursão em diversas declarações e convenções internacionais que tratam de direitos humanos e da supressão de toda forma de discriminação, dos quais o Brasil figura como signatário. Destaque para o Ministro Celso de Mello, que considerou o julgamento histórico e simbólico, “[...] pois, hoje, está em debate [...] questão que se projeta com máxima intensidade na definição de um dos mais expressivos valores,” a conferir “legitimação ético-jurídica à ordem normativa [...]” que estrutura “o próprio Estado Democrático de Direito. (BRASIL, 2004).

Tomando como referência a experiência internacional foram mencionadas algumas leis aprovadas em outros países contra práticas discriminatórias ou que pretendam negar a ocorrência do holocausto. Por outro lado, em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio, que entendia pela concessão da ordem, também mencionou decisões judiciais favoráveis à proteção ao direito de liberdade de expressão. Foram mencionadas também decisões judiciais das justiças americana e inglesa, para as quais os judeus, embora não sejam uma raça, são considerados raça para fins de proteção contra atos discriminatórios e para certos direitos.

Ou seja, a finalidade da proteção, segundo a ótica da maioria dos Ministros, assegura o *status* racial. Portanto, os principais elementos que concorreram para o veredito foram: o alargamento do conceito de racismo; a constante menção ao holocausto a justificar a necessidade de proteção dos judeus; a natureza dos livros editados e escritos pelo paciente (considerados de baixa qualidade, panfletários e disseminadores de preconceito); a presença de longas narrativas a enfatizarem as agruras históricas do povo judeu e as “obsessivas perseguições” sofridas, a contar do exílio no período bíblico; a acusação de deicídio, as perseguições sofridas pelo Tribunal do Santo Ofício e o assassinio em massa perpetrado na Segunda Grande Guerra; ênfase, em todos os votos, acerca da proteção dos direitos humanos; a utilização constante do parecer elaborado pelo ex-Ministro das Relações Internacionais, Celso Lafer, participante como *amicus curiae*, ele mesmo de ascendência judaica.

Assim, sob a perspectiva da análise da decisão em si, observou-se que a mesma se constituiu em manifestação fortemente influenciada por motivos de cunho pessoal e valorativo, apresentando evidentes pré-compreensões dos julgadores bem como posicionamentos particulares já previamente estabelecidos, principalmente sobre racismo, antissemitismo, e sofrimento dos judeus no holocausto, principalmente este último, de forte apelo emocional.

Observou-se também que em nenhum momento os ministros do STF utilizaram dados estatísticos os quais porventura poderiam demonstrar a incidência de manifestações antissemitas no Brasil. Se de um lado tal postura pode revelar a pouca importância que os julgadores dão a dados dessa natureza, possivelmente considerados dispensáveis para a fundamentação de uma decisão, por outro é de estranhar que decisão desse porte, que implica na grave restrição ao direito da liberdade de

expressão, por exemplo, tenha sido proferida à míngua de elementos objetivos, ratificadores da realidade social brasileira. Mais ainda, porque a utilização de dados dessa ordem poderia dar aos ministros, “[...] *instrumental analítico, de base científica, por ser empírico-verificável, que lhes vai permitir provocar o reencontro do nosso chamado sistema normativo positivo com a nossa realidade social.*” (STRECK, 2008).

Admissível cogitar, portanto, que para os ministros a realidade social que efetivamente interessava ao julgamento já se encontrava por si só esclarecida, a prescindir de qualquer ratificação. Por outro lado, os únicos dados que emprestaram alguma cientificidade à decisão foram aqueles obtidos sobre o percentual de diferenciação entre as pessoas, fundado em pesquisa genética. Observa-se também a flagrante parcialidade da maioria dos ministros em favor do povo judeu, de tal modo que em diversos momentos optou-se por não adentrar em problemas procedimentais do processo (como o da tipicidade), devidamente evidenciados e apresentados pelos ministros cujos votos restaram vencidos.

Interessante perceber, igualmente, que os votos vencidos foram os que mais se aproximaram de uma discussão de natureza técnico-legal, isto porque se dedicaram, por exemplo, a analisar aspectos importantes como a tipicidade da conduta e o entrechoque entre princípios constitucionais. Foram também os que fizeram referência a decisões internacionais nas quais o princípio da dignidade humana submeteu-se ao da liberdade de expressão. Curiosamente, em sentido oposto aos votos da maioria, os votos vencidos foram os que menos apresentaram referências a experiências pessoais ou a informações de cunho emocional.

Confirmou-se também o âmbito interpretativo limitado da legislação infraconstitucional ao conceito de racismo, indispensável para o deslinde do caso, o que obrigatoriamente remeteu os julgadores à utilização de outros recursos interpretativos de maior alcance, inclusive mediante a utilização de outros saberes. Nesse sentido, vale destacar a advertência de Dworkin segundo a qual, em casos difíceis, o “tudo ou nada” das regras pouco vale – o que confirma a ineficácia da subsunção em situações desse tipo, haja vista que a depender do assunto a ser decidido a decisão judicial estará mais a depender dos argumentos pessoais e das razões de foro íntimo do decisor do que dos termos da normatização posta.

Finalmente, sabendo-se que a temática em discussão goza de importância internacional, observou-se também a preocupação dos ministros em situar o estado brasileiro como expoente na luta contra a discriminação de qualquer tipo, em face do respeito aos direitos inerentes à pessoa e à dignidade humanas. É possível que um dos argumentos que tenham reforçado essa posição tenha sido o que salientou ser aquela decisão do STF a única no mundo a tratar antissemitismo crime de racismo, com as implicações previstas na Constituição Federal. Essa argumentação a princípio reforçou o cunho político da decisão.

2.1 SISTEMATIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE UTILIZOU O HC 84.424 COMO PARADIGMA PARA FUNDAMENTAÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA ADO 26

O julgamento da ADO 26 foi feito em conjunto com o do MI 4733 entre 13/02/2019 e 13/06/2019 . Segundo constam dos relatórios dos 17 Ministros Celso de Mello (ADO 26) e Edson Fachin (MI 4733), os pedidos formulados foram muito parecidos, sendo diferentes apenas os instrumentos processuais e os autores das ações (ABLGT - Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis no MI e PPS - Partido Popular Socialista na ADO) - ambos representados pelo advogado Paulo Roberto Iotti Vechiatti. O Mandado de Injunção foi proposto pela Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais em 10/05/2012 com o objetivo de colmatar lacuna legislativa referente à criminalização de atos homofóbicos ou transfóbicos.

Os pedidos foram de declaração de mora legislativa e de superação desta por meio de decisão do Tribunal. Além disso, também foi pedido indenização do Estado pela referida mora. O Mandado não foi conhecido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, primeiro relator da ação, mas depois foi questionado através de agravo de instrumento julgado procedente e o Ministro Edson Fachin foi designado novo Relator do caso.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão foi proposta pelo Partido Popular Socialista em 19/12/2013 com os mesmos objetivos do Mandado de Injunção, tendo como *amicus curiaes*, o Grupo Gay da Bahia – GGB; a Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT; o Grupo de Advogados Pela Diversidade Sexual – GADVS; a Associação Nacional de Juristas Evangélicos – ANAJURE; a Frente Parlamentar "Mista" da Família e Apoio à Vida; o Grupo Dignidade - Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros; a Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas – COBIM; o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado – PSTU; o Conselho Federal de Psicologia; a Associação Nacional de Travestis e Transexuais – ANTRA e a Defensoria Pública do Distrito Federal. O Plenário do STF entendeu, por maioria, e nos termos do voto do Relator e Decano, Ministro Celso de Mello, serem os homossexuais merecedores da tutela pleiteada. Com base no artigo 5º, XLI da Constituição Federal entendeu haver mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em proteger criminalmente a comunidade LGBT e com base no artigo 5º, LXII da Constituição conferiu interpretação conforme ao artigo 20 da Lei 7716/89 para considerar provisoriamente (até que o Congresso legisle sobre o assunto) a comunidade LGBT como grupo protegido pela criminalização do racismo na sua acepção de "raça", a exemplo do ocorrido no Caso Ellwanger.

Apesar de muitos Ministros concordarem em diversos assuntos, é possível percebermos

diferenças entre eles. Poderíamos dividir as posições dos Ministros partir dos dispositivos de suas decisões, isto é, a conclusão final. Como os dispositivos normalmente acolhem ou rejeitam os pedidos formulados pelas partes envolvidas nas ações, importante ter em mente que os pedidos formulados pela parte autora da ação foram I) A declaração de mora do Congresso Nacional; II) A cientificação/notificação do Congresso Nacional sobre sua mora; III) A criação, por parte do Tribunal, de norma legal que criminalize atos homotransfóbicos (tipificação judicial); IV) A interpretação conforme à Constituição da Lei 7716/89 (Lei antirracismo); e V) A responsabilização civil (indenização) do Estado pela demora em produzir a norma. Os pedidos são independentes, salvo os pedidos III e IV.

Estes foram formulados de modo alternativo, ou seja, caso o Tribunal acolhesse um não era necessário que acolhesse o outro. Desse modo, teríamos três correntes diferentes de dispositivos: a que concede a maioria dos pedidos formulados pelo autor, a que concede poucos pedidos formulados pelo autor e a que nega todos os pedidos formulado pelo autor (salvo o de conhecimento da ação). A corrente que concede a maioria dos pedidos é majoritária, composta pelos Ministros Celso de Mello (relator da ADO 26), Edson Fachin (relator do MI 4733), Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

As correntes vencidas, que concedem poucos ou nenhum dos pedidos formulados, são compostas pelos ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, respectivamente. A corrente que concede poucos pedidos é composta pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Este Ministro, apesar de também reconhecer, assim como a corrente majoritária, existir o dever constitucional de proteger criminalmente a comunidade LGBTI+ e existir também mora inconstitucional por parte do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto, discorda da corrente majoritária por entender não caber ao Poder Judiciário intervir na situação de omissão legislativa a não ser para cientificar o Poder Legislativo, atribuindo a esse Poder o papel de resolver o problema da omissão. A corrente que nega todos os pedidos formulados pelo autor é a composta pelo Ministro Marco Aurélio.

Para este Ministro não existe sequer o dever constitucional de proteger criminalmente a comunidade LGBTI+ e, em decorrência disso, não existe também mora do Congresso Nacional em legislar sobre o assunto, negando, por fim, o dever de o Poder Judiciário intervir na questão. Para o ministro Marco Aurélio, o que existe é o dever constitucional de punir atos atentatórios aos direitos e garantias fundamentais, o que não se confunde com o dever de criminalizar essas condutas porque, segundo o mesmo, a Constituição deve ser analisada à luz da ciência jurídica, que se baseia em conceitos próprios, de modo que o dever de criminalizar só seria possível se o texto constitucional previsse expressamente esse dever, como o fez em outras ocasiões (como no da criminalização do racismo ou das práticas atentatórias aos direitos dos consumidores) e não como neste caso, que prevê genericamente a punição mas sem especificar como.

Os argumentos dos Ministros sobre os tópicos acima indicados, ou seja, a mora

inconstitucional e a solução judicial proposta. Isso porque esses são assuntos amplamente debatidos. Alguns argumentos aparecem apenas em alguns votos mas que compuseram também a argumentação dos Ministros: liberdade sexual, liberdade religiosa e o papel do STF.

3. CASO ELLWANGER: O RACISMO TIPIFICADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATRAVÉS DAS DECISÕES DO TRIBUNAL MÁXIMO BRASILEIRO

O primeiro aspecto versado no julgamento do caso concreto, relativamente à tipificação penal do delito previsto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, refere-se à questão decorrente da particular interpretação dada ao preceito constitucional pelo Ministro Edson Vidigal, no julgamento do primeiro habeas corpus, impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça, em que este asseverou serem três as condutas expressas no tipo legal (praticar, induzir ou incitar), sendo que a Constituição somente reputava como imprescritível uma delas, a mais agressiva, qual seja, a da prática do racismo. Assim, em seu entendimento, o induzimento e a incitação à discriminação racial são formas próprias da participação moral, em que o partícipe contribui moralmente para o crime, atuando apenas na formação da vontade do agente, não estariam sujeitas à cláusula de imprescritibilidade penal.

A ampla maioria dos votos proferidos pelos ministros do STF passaram ao largo da questão em foco, visto não ter sido ela suscitada expressamente na impetração, ficando assentado o entendimento geral implícito de que a expressão “prática do racismo”, fora empregada no art. 5º, XLII, da CF, de modo abrangente, encerrando, em sua noção conceitual, as outras duas formas típicas relativas à participação moral. O único voto que enfrentou diretamente a questão foi o do Ministro Ayres Britto que, examinando os modos de ser do racismo (direto e indireto), do ângulo de quem o pratica, entendeu o que não fazia sentido a distinção entre “prática” e “induzimento ou incitação”, pois, em seu parecer, o primeiro substantivo seria abrangente tanto da atuação direta como da conduta indireta do agente, indicativa das duas formas de participação moral. Enfim, tudo é racismo, tudo é tipificação direta, e como tal deve ser interpretado, sob pena de esmorecimento da força normativa do texto constitucional.

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, recorro que o Magno 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 açular ou instigar sem meios-terminos. Escancaradamente ou a força aberta, portanto. Induzir, a seu turno, como vocábulo sinônimo de instigação insidiosa ou por meios subliminares. Sorrateira ou escansamente, 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. 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 a tecnicamente fez a Lei nº 7.716/89). Tudo é racismo, tudo é tipificação direta. Pouco importando se o crime se dá por ação própria e imediata do

agente, ou se ocorre por aliciamento ou cooptação da conduta alheia. O que interessa, para a Constituição, é a intersubjetividade da revelação do preconceito. Não os meios utilizados para tal exteriorização, ou a forma pela qual o discriminador se enlaça a terceiros. 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 duas últimas das cláusulas de inafiançabilidade e de imprescritibilidade que acompanham a primeira. À revelia da Constituição, por certo, que forcejou por inibir com especial rigor toda e qualquer manifestação racista. (...) 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 entremente dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da concepção final e holística de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos (grifos do original). 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.

Outra questão relevante suscitada no julgamento do caso Ellwanger, com relação ao aspecto penal refere-se à qualificação doutrinária do crime com base no critério da ocorrência do resultado naturalístico como condicionante da consumação. Conforme asseverou o Procurador de Justiça Carlos Otaviano Brenner de Moraes, o crime imputado na denúncia consuma-se com a simples atividade do agente, independentemente da produção de qualquer resultado fenomenológico. Trata-se de crime formal, cuja consumação, nos termos da descrição típica, é antecipada, não se subordinando à produção de qualquer evento material. Irrelevante, pois, tenham ou não sido aflorados nos leitores, sentimentos discriminatórios ou preconceituosos.

Nessa ótica, percebe-se, em definitivo, a irrelevância do aspecto a que a sentença deu tamanho destaque, pois, ainda que milhares de pessoas possam ter lido as obras incriminadas sem se sentirem tomadas por preconceito contra a comunidade judaica, o que releva notar é a potencialidade dos textos em induzir ou incitar o leitor a sentimento discriminatório ou preconceituoso em relação aos judeus, como povo, raça, etnia, procedência nacional (RJTJRS, p. 54).

Nessa linha de interpretação mais formalista, fica evidente que a nossa legislação penal se alinha melhor à idéias pertinentes ao sistema europeu de proteção à liberdade de expressão, não se exigindo para a consumação do crime de incitação à discriminação ou ao ódio racial a existência de “perigo concreto ou iminente” de provocação de conduta ilícita. O caráter aberto da definição do tipo, no entanto, e a tensão dialética que se estabelece em face da liberdade de expressão, como já dito antes, impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade para o correto enquadramento típico do fato material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O discurso do ódio, como visto, constitui um dos aspectos polêmicos da liberdade de expressão, e como tal, entra em conflito com outros valores assegurados pela Constituição, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Seus efeitos deletérios são conhecidos no âmbito dos sistemas de proteção à liberdade de expressão, que enfrentam o problema sob óticas sensivelmente distintas.

O sistema europeu, de modo geral, proíbe o discurso do ódio mediante ameaça de pena, como forma de proteção eficaz à dignidade e à honra de suas vítimas. Já o sistema americano preconiza que o discurso do ódio deve ser combatido no plano do confronto de idéias, do debate livre e transparente, garantindo-se o pleno exercício da liberdade de expressão, salvo quando houver um perigo concreto e iminente de agressão a um bem jurídico relevante.

Refletindo sobre ambas as vertentes, e tendo sempre presente a nossa realidade histórico-cultural e jurídica, surge a indagação: Em que medida a expressão de idéias racistas, ofensivas a pessoas ou grupos humanos vulneráveis, deve ser tolerada, a bem da liberdade de expressão? Se, de um lado, é forçoso reconhecer a relevância insuplantável da liberdade de expressão para o sistema democrático, e a dificuldade de se decidir o que pode e o que não pode ser dito na esfera pública, também há, de outro lado, razões muito fortes para justificar o banimento do discurso do ódio do âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Em primeiro lugar, o abalo psíquico causado às vítimas do racismo, sobretudo quando integrantes de grupos já socialmente marginalizados, com repercussões negativas sobre a sua autoestima e sobre o seu conceito social. Por outro lado, a divulgação de idéias racistas em nada contribui para a construção de uma sociedade democrática e pluralista. Ao contrário disso, o racismo se antagoniza visceralmente com a idéia de igualdade, sobre a qual se alicerça o conceito de democracia. Ademais, as mensagens racistas pouco ou nada acrescentam ao debate público, pois, por seu caráter ofensivo, geram um efeito silenciador e comprometem qualquer possibilidade de diálogo construtivo ulterior.

Em 10 de janeiro de 1960, quando começaram a aparecer cruces suásticas nos muros da Itália, em discurso na Sinagoga de Turim, Norberto Bobbio, na condição de não-judeu, afirmou: O nosso dever é o afirmar que não existem raças, mas seres humanos; que o ódio racial é um dos mais terríveis flagelos da humanidade; que a expressão mais violenta do ódio racial foi o Estado hitlerista; que a aparição de uma suástica é uma sombra da morte. Cabe aos homens de boa vontade cancelá-la, num pacto de solidariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALLESTRIN, Luciana. **América Latina e o giro decolonial**. Revista Brasileira de Ciência Política. 2013, n. 11, pp. 89-117. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-33522013000200004>>. Epub 10 Jul 2013. ISSN 2178-4884. Acesso em 25/11/2021.
- BRASIL. Brasília: Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e antissemitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus**. nº 82.424/RS. , 2004, p. 13.
- BERSANI, Humberto. **Aportes Teóricos e Reflexões Sobre o Racismo Estrutural no Brasil**. São Paulo: Extraprensa, 2018. Disponível em <DOI: <https://doi.org/10.11606/extraprensa2018.148025>>. Acesso em 08/06/2021.
- CALDAS, Louise Jar Pereira de Araújo. **O Percurso Histórico do Racismo**. Encontro de Iniciação à Docência da UEPB. 2015. Disponível em <https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/enid/2015/TRABALHO_EV043_MD1_SA14_ID1381_30072015220844.pdf>. Acesso em 08/06/2021.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial: arts. 121 a 212 / Fernando Capez**. — 18. ed. atual. — São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- FANON, F. **Pele negra, máscaras brancas**. Tradução: Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- FURLAN, Alessandra Cristina. ; Rita de Cássia Tarifa ; Adriane Kochenborger Menezes Corrêa ; Larissa Valente Azzolini ; Mayara Silva Bispo . **Dignidade da pessoa humana**. p. 73-80. Londrina: UNOPAR Científica, 2017.
- GOES, Fernanda Lira; SILVA, Tatiana Dias Silva. (Org.). **Igualdade racial no Brasil: reflexões no Ano Internacional dos Afrodescendentes**. Brasília: Ipea, 2016.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial esquematizado / Victor Eduardo Rios Gonçalves e José Paulo Baltazar Junior**. - 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa / Rogério Greco**. – 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio A., “A recepção de Fanon no Brasil e a identidade negra.” in: Revista Novos Estudos, - CEBRAP, São Paulo, nº. 81 de julho de 2008.
- LEMISZ, Ivone Ballao. **O princípio da dignidade da pessoa humana: Reflexão sobre o princípio da dignidade humana à luz da Constituição Federal**. 2020.
- MUNANGA, Kabengele. **Negritude: usos e sentidos**. São Paulo, Editora Autentica, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci**. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ROSÁRIO, Rogéria Chaves. **Direitos humanos em face da dignidade da pessoa humana**. 2017.
- SILVA, Cláudia Regina Alves da. **O Caso Ellwanger como Parâmetro Metodológico da Criação Judicial do direito pelo STF**. *Anais do XV Encontro Preparatório do CONPEDI*. Recife: 2006.

SILVEIRA, Renato da, “**Nota do tradutor.**” in: FANON, Frantz, *Pele negra, máscaras brancas*. Bahia, Edufba, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 250.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Crime de racismo e anti-semitismo**: um julgamento histórico do STF : (Habeas Corpus nº 82.424/RS) / [relator: Ministro Moreira Alves].