

ESCOLA DE FORMAÇÃO 2006

Estudo Dirigido Liberdade de Expressão - Caso Ellwanger

Preparado por Gabriela Engler
(Escola de Formação, 2004)

MATERIAL DE LEITURA PRÉVIA:

Acórdão: HC 82.424 (trechos selecionados¹)

Julgado: 17.09.2003

Relator originário: Min. Moreira Alves

Relator para o acórdão: Min. Maurício Côrrea

CONTEXTO

O julgamento de Sigfried Ellwanger Castan representou um marco histórico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A repercussão do caso na mídia e na sociedade civil foi notória e a questão teve amplo destaque em debates e discussões por todo país.

Sucintamente, S. Ellwanger foi acusado de prática do crime de racismo contra o povo judeu, em razão do teor de sua obra "Holocausto – Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século". Embora o autor busque qualificar-se como historiador revisionista, acredita-se tratar-se de obra com conteúdo anti-semita.

No STF, a discussão teve dois aspectos. O primeiro visou apreciar, em sede de *habeas corpus*, a alegação do paciente de que a sua conduta discriminatória não

¹ Edição retirada de VIEIRA, Oscar Vilhena (organizador), SCABIN, Flávia (colaboradora), *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo: Malheiros, 2006.

configurava o crime de racismo perante o povo judeu, uma vez que o judaísmo não poderia ser considerado desde a perspectiva "raça". O segundo aspecto consistiu na abordagem do conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, ambos direitos constitucionalmente protegidos.

Diversos pontos foram levantados pelos Ministros, o que deu origem a um acórdão de praticamente 700 laudas. Todavia, a idéia central da decisão está contida no trecho indicado para leitura. Adiante, busca-se problematizar alguns aspectos pontuais.

QUESTÕES

1) Da leitura dos votos, fica clara a divergência quanto à identificação do cerne da questão. Enquanto alguns ministros entendem ser a etimologia e a interpretação dos termos 'raça' ou 'racismo' a essência do problema discutido, outros observam maior amplitude na controvérsia, envolvendo a colisão de direitos constitucionais, com especial atenção à incidência e efeitos da liberdade de manifestação do pensamento. De um lado, existe a preocupação quanto aos limites de competência do tribunal para apreciação do recurso e o respeito às balizas que devem ser observadas pelo magistrado no seu exercício, porém, de outro, está a necessidade e relevância de se contemplar o contexto envolvido no caso, o que implica extravasar o espectro da decisão para, de alguma forma, atender aos anseios da sociedade no que se refere à posição do STF perante matéria tão delicada. Na sua opinião, qual o âmago da questão? Qual o enfoque adequado para este caso, tal como apresentado ao STF?

2) Artigo 5º, inciso XLI, Constituição Federal:

"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;"

Artigo 5º, inciso XLII, Constituição Federal:

"a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;"

Os Ministros que atribuíram um conceito amplo, sócio-cultural e antropológico, ao termo 'racismo' entenderam, de maneira geral, tratar-se de crime contra *grupos humanos com características culturais próprias*. Nessa linha de raciocínio, não deveria a imprescritibilidade estender-se aos demais delitos fundados na discriminação (art. 5º, XLI, CF)? A imprescritibilidade desses

crimes e a prescritibilidade de crimes como os hediondos afrontam o princípio da isonomia?

3) Tanto o Ministro Gilmar Mendes como o Ministro Marco Aurélio utilizaram a proporcionalidade nos seus votos, chegando a conclusões distintas. Inicialmente, o recurso da proporcionalidade era aplicado no controle de constitucionalidade, com o propósito de se ponderar a incorporação ou não da lei no ordenamento jurídico. Com o tempo, no entanto, passou-se a empregar a proporcionalidade em qualquer hipótese de aplicação da lei.

A – Considerando os diversos posicionamentos, em que medida seria possível a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso em discussão?

B - Ao refletir acerca da necessidade, enquanto máxima parcial da proporcionalidade, o Min. Gilmar Mendes expõe que *“não há dúvida de que a decisão condenatória, tal como proferida, seja **necessária**, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz.”* Entretanto, ele não aborda nenhuma alternativa para demonstrar concretamente a impossibilidade de meio menos penoso e igualmente eficaz. Haveria alternativa menos gravosa para lidar com a situação, isto é, proteger a dignidade dos judeus?

C - A falta de reflexão mais profunda acerca do juízo de proporcionalidade implica vício de aplicabilidade? Isso ocorre no caso concreto?

4) Em que medida identificar se se trata de revisionismo histórico e, conseqüentemente, de atividade de pesquisa científica, contribui para pensar o caso concreto e a decisão judicial?

5) Praticamente todos os ministros realizam em seus votos um levantamento histórico da evolução dos direitos humanos, tanto no âmbito nacional como no internacional. Em que medida isso é importante ou essencial na fundamentação dos votos?

6) Nas notas para o voto, o Min. Carlos Britto sustenta que *“publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática.”* Posteriormente, ele revê essa posição, entendendo a publicação como prática, no plano da conduta.

A - É relevante a distinção feita pelo ministro?

B - Representaria o livro – independentemente do seu teor – um meio passível de atentar contra a dignidade da pessoa humana?

7) Em seu voto, o Min. Nelson Jobim defende uma reflexão caso-a-caso para verificação da ocorrência de crime de racismo. Ao se condenar a obra de S. Ellwanger como racista e, simultaneamente, permitir a circulação e reedição de livros de teor similar, como são aqueles da autoria de Gustavo Barroso (notório ex-membro da Academia Brasileira de Letras), estar-se-ia ferindo o princípio da igualdade? Sob que argumentos justificam-se esse tratamento distinto?

8) Em meio aos freqüentes debates realizados neste acórdão, há determinada passagem na qual o Min. Nelson Jobim assevera *“a questão não é o problema específico da edição do livro; é a forma pela qual esta edição tenha sido utilizada e para que foi utilizada.”* Trata-se de distinção possível? Em caso afirmativo, quais critérios poderiam ser utilizados para qualificar o livro como instrumento vinculador e propagador de ideologia racista?

9) Você, enquanto advogado(a) do paciente S. Ellwanger adotaria a mesma estratégia argumentativa utilizada pela defesa (de que o crime não se tipifica como racismo, vez que os judeus não constituem uma raça)? Em caso negativo, que estratégia adotaria? Será que uma defesa pautada na relevância da liberdade de expressão levaria os Ministros a refletirem acerca do problema sob uma outra perspectiva? A estratégia da defesa, de alguma forma, modificou a pauta de discussões do STF?

10) Em trecho na antecipação de voto, O Min. Cezar Peluso afirma *“- eu mesmo já li, sem nenhum juízo de censura ao editor, 'Os Protocolos dos Sábios de Sião', com introdução e notas de Gustavo Barroso, se bem me recordo -,o que me basta e me convence, no caso, é o fato incontroverso de que o ora paciente se tornou, como editor e autor, especialista na publicação, redação e difusão de livros hostis à comunidade judaica. Ou seja, se ele se propusesse ou apresentasse apenas como editor casual de tais obras, ou até como editor de excentricidades, eu decerto consideraria com outros olhos este habeas corpus. Não é esse o caso, porém, senão de reprovável comportamento sistemático.”*

A – Em que consiste o argumento do comportamento sistemático trazido pelo ministro?

B – A distinção realizada por ele é consistente?

C – Esse mesmo argumento poderia ser um critério determinante para descaracterizar a proteção da liberdade de expressão em outros casos?

11) Dispõe o artigo 5º, VIII, Constituição Federal:

“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

O Min. Carlos Britto entende figurar neste dispositivo as excludentes constitucionais da abusividade da livre manifestação do pensamento. É possível enquadrar a obra de S. Ellwanger em alguma dessas categorias?

12) Citando Douglas Christie, o Min. Carlos Britto expõe *“Ninguém tem o monopólio de apresentar o desenrolar de fatos históricos. NUNCA deverá ser silenciada uma discussão, a esse respeito, por imposição de meios estatais.”* Essa afirmativa faz sentido no ordenamento jurídico brasileiro?

13) Em trecho do voto, o Min. Marco Aurélio afirma que *“à medida que se protege o direito individual de livremente exprimir as idéias, mesmo que estas pareçam absurdas ou radicais, defende-se também a liberdade de qualquer pessoa manifestar a própria opinião, ainda que afrontosa ao pensamento oficial ou ao majoritário.”* Mais adiante, *“avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente editadas, enseja um precedente perigosíssimo.”* E depois, *“o tribunal, à medida que venha a relativizar a garantia da liberdade de expressão, enquadrando como manifestação racista o livro de autoria do paciente, bem como as publicações de que fora editor, terminará por praticar função simbólica, implementando uma imagem politicamente correta perante a sociedade. Estaríamos, então, diante de uma hipótese de ‘Jurisprudência Simbólica’, sobressaindo a defesa do pensamento antinazista, quando em jogo se faz, isto sim, a liberdade de expressão, de pensamento, alfim de opinião política.”* Parece claro o receio do Ministro de estabelecer precedente no sentido da restrição de liberdades, quanto a futuras questões que possam surgir nesse sentido.

A – Em que consiste essa ‘jurisprudência simbólica’ apontada pelo Ministro?

B - Quais seriam as possíveis implicações – benéficas e malélicas - dessa decisão enquanto precedente da Suprema Corte?

14) A sociedade exerce papel relevante de censora – ainda que no campo estritamente moral – de condutas discriminatórias? Esse papel pressupõe a liberdade de manifestação?

15) Na exposição do voto, o Min. Marco Aurélio coloca uma indagação: *“Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação de violência, mas que expõe a versão de um fato histórico – versão esta, é bom frisar, que pessoalmente considero deturpada, incorreta e ideológica -, transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?”*

A – É esta uma afirmação pertinente, ao considerar também a contextualização da edição do livro e sua possível repercussão na sociedade brasileira?

B – Como você responderia a pergunta colocada pelo Ministro?

16) Em passagem do voto, o Min. Marco Aurélio parafraseia Marcelo Neves ressaltando que *“a jurisprudência-álibi seria a tentativa de dar a aparência de solução aos problemas sociais vivenciados, ou, no mínimo, a pretensão de convencer o público das boas intenções do julgador.”* Como esta afirmação insere-se na análise do caso concreto?

17) No que tange o problema da discriminação, a doutrina faz distinção entre *discrimination against* e *discrimination between*. Isto é, discriminação que busca diferenciar com finalidade preconceituosa e discriminação que procura diferenciar para igualar. No acórdão em discussão, o Min. Carlos Britto, ao confirmar seu voto, assevera *“preconceito é discriminar, mas discriminar negativamente(...)”* e portanto conclui que, ao acusar os judeus de grupo cujo objetivo é a dominação mundial, o autor S. Ellwanger não estaria discriminando com finalidade preconceituosa. Da construção desse raciocínio decorre logicamente a solução dada por ele?

18) Foi grande de destaque na mídia o caso do dono da revista norte americana ‘Hustler’, Larry Flynt, que inclusive ensajou a produção de um filme homônimo. No período da década de oitenta, o então milionário empresário Larry Flynt, responsável por uma das publicações mais ousadas de cunho erótico em circulação no Estados Unidos da América, foi indiciado por crime de difamação, grave atentado ao pudor e outros delitos previstos na legislação norte americana. Após percorrer todas as instâncias de apelação, o caso foi analisado pela Suprema Corte Americana que, por unanimidade, votou pela absolvição do réu. O corpo de juízes

confirmou o pleno direito de L. Flynt no que se refere à livre imprensa, assegurando a liberdade do cidadão americano de exercer o seu direito de escolha.

- A** - Seria possível estabelecer um paralelo entre a pornografia explícita do caso L. Flynt (que chocaria boa parte da sociedade) e o anti-semitismo atribuído à obra Siegfried Ellwanger (que ofenderia a honra e a moral judaica)?
- B** – Em que consiste o direito de escolha? Qual a sua importância? Ele poderia ter sido abordado na discussão sobre livros de cunho discriminatório?

19) Você concorda com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso concreto? Reflita.