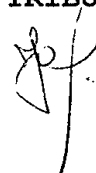


*Supremo Tribunal Federal*

09/04/2003  
PLENO

TRIBUNAL

HABEAS CORPUS 82.424-2 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES - (Relator): Sr. Presidente, se não fosse eu atingido pela aposentadoria compulsória em breve, indicaria adiamento para examinar, mais aprofundadamente, a fundamentação do voto do eminente Ministro Maurício Corrêa.

Sucedo que esta será a penúltima sessão do Plenário a que comparecerei antes de aposentar-me, razão por que vou confirmar meu voto, fazendo algumas considerações quanto ao voto agora dissidente, que segue de perto um dos pareceres que acompanham um memorial onde se diz que foi apresentado em atenção a um honroso convite - que não partiu de mim - para funcionar como amicus curiae neste habeas corpus em que ele atua, de certa forma, como assistente de acusação.

O certo é que o ilustre Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, praticamente segue a linha de fundamentação do parecer de meu prezado colega de Faculdade de Direito da Universidade de

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

São Paulo, o professor Celso Lafer. Por isso, Sr. Presidente, de improviso - como disse, recebi há pouco esse memorial e não tive tempo para redigir uma confirmação de voto - farei considerações que reputo oportunas, porque, em face do voto discordante, poderia ter-se a impressão de que seria eu um inimigo do povo judaico, desprezando o seu sofrimento na guerra para ater-me a uma interpretação quase nazista, quiçá também fascista, porque na época de Mussolini, como acentuou o professor Celso Lafer, editou-se na Itália lei segundo a qual todas as raças, que não a italiana, seriam inferiores.

Sr. Presidente, quando examinei este habeas corpus para proferir meu voto como relator, chamou-me a atenção a circunstância de que nossa legislação ordinária, que poderia ter declarado imprescritíveis os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, não o fez, razão por que a imprescritibilidade, em se tratando de racismo, se baseou exclusivamente na interpretação do texto constitucional a ele referente. E aqui faço uma observação: quando a denúncia foi recebida, em 1991, ainda não havia a noção científica de genoma, que é do ano 2.000, não podendo ter sido levada em consideração pela Carta Magna de 1988 ao aludir ao preconceito de raça, para se sustentar que só existe uma raça, que é a humana, e que por

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

ser única não daria margem a preconceito racial a que é ínsita a diversidade de raças.

Mas, Sr. Presidente, sendo a legislação ordinária referida tipificadora de várias condutas que dão margem a crimes relativos de discriminação, se se der ao termo constitucional "racismo" a amplitude que agora se pretende dar no sentido de que ele alcança quaisquer grupos humanos com características culturais próprias, vamos ter o crime de racismo como um tipo de conteúdo aberto, uma vez que os grupos humanos com características culturais próprias são inúmeros, e não apenas, além do judaico, o dos curdos, o dos bascos, o dos galegos, o dos ciganos, grupos esses últimos com relação aos quais não há que se falar em holocausto para justificar a imprescritibilidade.

Há que se ter presente, para a interpretação da Constituição, que ela distingue nitidamente qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, determinando sua punição, inclusive penal, e a prática do crime de racismo, dizendo respeito à primeira hipótese o disposto no inciso XLI do artigo 5º ("A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais") e à segunda o estabelecido no inciso XLII desse mesmo artigo ("A prática do racismo constitui crime inafiançável

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

e imprescritível"), imprescritibilidade essa que aberrava de nossa tradição jurídica, sendo que a outra hipótese em que a Constituição atribuiu a imprescritibilidade a crime (e que é a do inciso XLIV do mesmo artigo 5º - "Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático") diz respeito à defesa das instituições constitucionais e ao Estado democrático, o que, na prática, só será aplicado se o grupo armado, civil ou militar, for derrotado, pois, se vencedor, nenhuma punição se lhe será imposta com base nesse texto, sequer para o futuro, bastando revogá-lo.

A não ser os crimes aludidos nesses dois dispositivos da Constituição de 1988, não se impõe a imprescritibilidade sequer aos crimes hediondos assim considerados pela própria Carta Magna, sendo que nos pareceres a que me referi de início, embora exuberantes em citações de convenções internacionais, não se citou uma só, nem lei alguma de país algum, em que se tivesse como imprescritível o crime de racismo. Só conheço o caso da Alemanha - e aí prescrição não pertence ao âmbito do direito material, mas ao do direito processual - que, depois da 2ª Guerra Mundial, e com relação aos crimes de guerra pretéritos prescritíveis, tornou-os imprescritíveis, por certo pela atrocidade deles especialmente contra o povo judaico, o que, no

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS



Brasil, em tempo de paz ou de guerra, nunca aconteceu com relação a qualquer grupo humano, por motivo racial, dada, até, a miscigenação das raças tradicionalmente tidas como tal existentes em nosso país. E, na extradição do sargento Franz Wagner por crimes contra judeus durante a guerra, não admitiu esta Corte a aplicação dessa lei alemã, indeferindo-se a extradição requerida.

Pela Constituição de 1988, como se vê dos incisos XLI e XLII do artigo 5º, a discriminação é o gênero, sendo o racismo uma espécie agravada da discriminação.

Se se considerar que qualquer discriminação a membros de grupo humano com características culturais próprias configura a prática de racismo, teremos, considerados os tipos penais da legislação ordinária relativos à discriminação, quando motivados pela raça, que serão eles imprescritíveis, como, por exemplo, o de impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas, casas de massagem, ou estabelecimentos com finalidades semelhantes; ou então, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau. E crimes esses que são sancionados por penas leves, já que a mais grave é de reclusão de dois a cinco anos, ao passo que crimes com penas

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

muito maiores, como o homicídio simples, sem falar nos hediondos, não são imprescritíveis.

Tudo isso - e especialmente a aberração que é a imprescritibilidade em matéria penal - me levou a dar ao texto constitucional referente à prática do racismo como crime uma interpretação estrita a que se chegasse com fundamento jurídico, e não com base na controvérsia que há sobre o conceito de raça e de racismo com base em aspectos antropológicos, sociológicos ou científicos, estes de conhecimento recentíssimo e posterior à Constituição de 1988 e ao crime por que foi condenado o ora paciente como sendo de racismo.

Uma vez que a Carta Magna não conceituava o racismo, pareceu-me que se deveria restringi-lo à idéia de raça como comumente entendida - ou seja, a branca, a negra, a amarela e a vermelha -, até para não se tornar inteiramente aberto o tipo penal discriminatório a ele relativo e qualificável, com base no texto constitucional, como imprescritível. Conceito esse que leva em consideração as diferentes características físicas que podem ser transmitidas hereditariamente que não apenas a cor. E conceito que afasta a objeção de que, sendo a raça fundada apenas na cor, a Constituição, ao distinguir a raça da cor, teria adotado outro entendimento do que fosse raça. Com efeito, raça e cor se distinguem, porquanto esta se aplica, em virtude

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

da miscigenação racial, aos pardos, mulatos, cafuzos, mamelucos, que não são raças qualquer o sentido que se dê a raça.

Para justificar juridicamente essa interpretação, em face inclusive da nossa realidade social sem qualquer conotação de atrocidade, vali-me de um critério lógico na exegese constitucional, que, nesse ponto, diferencia esta da interpretação das normas infraconstitucionais de direito público e privado. Com relação a essas normas infraconstitucionais, a partir do final do século XIX, quando sustentada tal posição por Josef Kohler, o que se interpreta é o que a norma diz (a mens legis) e não aquilo que, por meio dela, pretendeu dizer o legislador (a mens legislatoris), o que não é seguido na exegese de texto constitucional, que dá relevante importância ao elemento histórico do texto constitucional, e, portanto, ao que se pode extrair do que se discutiu na Assembléia Constituinte, especialmente quando entre a sua promulgação e o momento de sua aplicação não medeia longo espaço de tempo a permitir a denominada interpretação evolutiva em que se leva em consideração a mudança das condições sociais.

Ora, no caso, qual é esse elemento histórico? Do que decorreu a emenda que deu margem ao inciso XLII do artigo 5º da Constituição de 1988? Que, então, pretendeu o legislador

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS



constituente? Eis, Sr. Presidente, o que disse em meu voto proferido no início deste julgamento:

"O elemento histórico - que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele - converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó ("A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei") - exatamente o que foi consagrado no texto do inciso XLII do artigo 5º -, apresentada em 12.01.1988, a qual deu origem ao artigo 5º, XLII da Constituição, tinha a seguinte justificação:

'Passados praticamente cem anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois imperam no País diferentes formas de discriminação racial.'

Ninguém estava discutindo se "raça" dizia respeito a grupos culturalmente diferentes, ou se era tomada em seu conceito tradicional, mas, estando em causa o negro em geral, o racismo dizia respeito à tradicionalmente dita raça negra.

Continuando, dizia o Deputado Caó:

"... velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime".

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



*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

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

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

E prosseguia:

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

Em nome desta nação dinâmica, heterogênea, pluri-cultural e pluri-racial, peço aos Srs. Constituintes e a este Plenário, onde a nação brasileira está desigualmente representada, que fuçamos, Sr. Presidente, aos apelos, às pressões e à coerção que o Estado patrimonial brasileiro tem feito sobre a nação. É hora de construir a democracia! É hora de construir o Estado democrático! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui crime inafiançável.

.....".

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

Em seguida, o constituinte José Lourenço, depois de dizer "procurei formular algumas palavras sobre o racismo, mas não as encontrei na mente nem nas conversas amenas", acrescentou: "mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso país, Castro Alves, em o Navio Negreiro"; e, tendo recitado essa poesia, concluiu: "Adeus! ... adeus! ... racismo, jamais".

Como se vê, a emenda de que resultou o texto constitucional visou à discriminação da raça negra - raça no sentido comum da palavra, o que resulta inequívoco das expressões "a construção do Estado democrático se inicia pela superação das discriminações raciais, pela superação dessa tentativa de classificar o homem pela cor da pele no mercado de trabalho" - , não havendo qualquer alusão à amarela e à vermelha, nem muito menos a grupos humanos com características culturais próprias.

Decorrendo a imprescritibilidade do crime de prática do racismo, não da legislação ordinária, mas da própria Constituição, e imprescritibilidade que aberrava da consciência jurídica pelos absurdos a que conduz, dei-lhe interpretação restrita, para abarcar apenas as raças tradicionalmente tidas como tais: a negra, a amarela e a vermelha. Se se adotar a exegese de que racismo diz respeito à discriminação contra

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

pessoa de grupo humano com características culturais próprias, o que abarca qualquer grupo humano que se distinga de outro por sua cultura, ter-se-á que alguém que, aos dezoito anos de idade, cometer discriminação, pequena que seja, e passar abjurando esse seu comportamento até alcançar os oitenta anos, poderá, sessenta e dois anos após o fato, vir a ser condenado por ele a uma pena que é irrisória - entre dois e cinco anos de reclusão - em face da gravidade da imprescritibilidade.

É certo que os dicionários atestam o emprego da palavra raça em expressões diversas, inclusive com a sua aplicação a grupos familiares ou nacionais. O dicionário de Houaiss, por exemplo, chega a aludir à "raça dos Figueredos". Mas, evidentemente, conceito impreciso pela pluralidade de situações que se pretende por ele abrangidas, e que não é explicitado pela lei nem resulta do conhecimento comum, não se compadece com a tipicidade da norma penal para ter-se um ato de discriminação como prática de racismo, o que torna o crime de discriminação imprescritível.

Nem se diga que o conceito tradicional de raça, que é o antropológico, estivesse ultrapassado quando da elaboração e da promulgação da atual Constituição, porquanto, como observei em meu voto, o ilustre filósofo e sociólogo italiano NICOLA ABBAGNANO ("Dicionário de Filosofia", trad. Galletti, ps.

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

977/978, Fondo de Cultura Econômica, México, 1993), no verbete relativo à raça e à questão do racismo, salienta:

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

Por outro lado, nos pareceres dos Drs. Celso Lafer e Miguel Reale Júnior - este seguindo, em boa parte, aquele nesse particular, invocam-se conceitos de raça em convenções internacionais. Sucede, Sr. Presidente, que nenhuma dessas convenções impõe a imprescritibilidade de crime de racismo, que é a razão de ser da interpretação restritiva que dou a esse termo "racismo" no inciso XLII do artigo 5º da atual Constituição brasileira. Mais. A ps. 80 de seu parecer, diz o Prof. Celso Lafer: "Com relação ao problema da convenção

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

internacional relativa à eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, elaborada no âmbito da ONU, esta convenção sentiu a necessidade de dizer no art. 1º dela que a expressão discriminação racial significará qualquer distinção e exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício no mesmo plano e em igualdade de condição de direitos humanos, liberdades fundamentais no domínio político, econômico e social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública". Além de essa convenção, com esse conceito amplíssimo de discriminação racial, não ser observada por boa parte das nações até quanto a limitações de imigração de grupos étnicos, o que é certo é que tal conceito tem sua aplicação restrita a essa convenção especificamente, que, como salientei, não trata da imprescritibilidade de crimes de racismo, de pena baixa, ao contrário de crimes gravíssimos, como os hediondos, de pena altíssima, mas todos eles prescritíveis. E, note-se uma vez mais que no Brasil não há perseguição a judeus, nem, evidentemente, qualquer resquício de holocausto a inspirar o constituinte brasileiro para a inclusão na Constituição da imprescritibilidade do crime de racismo. Ademais, qualquer discriminação a qualquer nacional de outro país (restrição por

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

origem nacional) ensejaria o enquadramento no crime imprescritível de racismo.

No caso, saliente-se, o enquadramento no crime de racismo se deu também por edição de obras que se encontram em bibliotecas e no comércio de livros, como as de Gustavo Barroso, que foi membro da Academia Brasileira de Letras, como ocorre com a "História Secreta do Brasil", em que ataca o capitalismo judaico, e que foi editada na Coleção Brasileira, coleção clássica de obras da história do Brasil. Reeditá-la será crime, e crime imprescritível? Estará ela incluída num index de livros proibidos, de certa forma de conseqüências temporais mais graves, por implicar crime, de origem religiosa?

**O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE** - Creio que a beleza e a seriedade excepcional da discussão sobre o conceito de racismo está deixando um pouco na sobra uma outra discussão relevante: O livro como instrumento de um crime, cujo verbo central é "incitar". Fico muito preocupado com certas denúncias do pós-64 neste País, da condenação de Caio Prado porque escreveu e da condenação de outros porque tinham em suas residências livros de pregação marxista.

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS



O SENHOR MINISTRO MOREIRA ALVES (Relator) - Esse aspecto não me escapou, mas fiquei em situação delicada, porque ele não foi objeto do presente habeas corpus, e eu o teria de conceder de ofício, havendo a possibilidade de o Tribunal vir a negar essa concessão, o que implica agravar a situação penal do paciente.

Prosseguindo, Sr. Presidente, quero fazer algumas considerações sobre os precedentes colhidos no direito comparado, tendo eu reservas quanto à interpretação do direito nacional com base no direito estrangeiro, porquanto as tradições jurídicas, o raciocínio jurídico, o sistema jurídico e o ordenamento jurídico estão estreitamente vinculados com os aspectos culturais de um povo.

Ora, com relação a decisões da Corte Suprema norte-americana, tomo a que foi prolatada - esse exemplo se encontra a ps. 45 do parecer apresentado - em 18 de maio de 1987, relativa à sinagoga de uma congregação em Maryland que tinha sido grafitada, em tinta vermelha e preta, com "slogans" anti-semitas, frases e símbolos; a congregação e alguns de seus membros moveram ação contra os responsáveis invocando lei de 1982 voltada ao combate à discriminação racial; os acusados se defenderam alegando, à maneira do ora paciente neste habeas corpus, que, não sendo os judeus um grupo racial distinto, não

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

eram eles objeto da tutela prevista nessa lei, vencendo em primeira e em segunda instâncias, o que foi revertido por decisão da Suprema Corte em 18 de maio de 1987. Sucede que o fundamento dessa última decisão foi claro: apesar de os judeus serem parte do que é tido como raça caucasiana - conseqüentemente branca -, estavam tutelados pela referida lei porque ela visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas submetidas à discriminação intencional, apenas por conta de sua origem ou características próprias, afirmando a Corte, com base no histórico da mesma lei, que árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, o que significava que se tratava, no caso, de interpretação da lei de 1982 para verificar o seu alcance, o que não quer dizer que, com isso, se firmava uma conceituação abstrata e genérica de racismo.

Há, ainda, uma decisão mais recente da mesma Corte sobre o problema do racismo em face da liberdade de manifestação de pensamento. Isso ocorreu em decisão de junho de 1992 no caso RAV (como era indicado o réu, que era menor) versus a cidade de Saint Paul, em Minesota. Tratava-se de caso de um garoto que atirara uma cruz incendiada contra uma família negra e, por isso, foi acusado de crime de discriminação contra membro de uma



*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

raça. Foi ele absolvido, considerando que, nessa hipótese, prevalecia a liberdade de expressão.

Outro mais antigo é um caso em que um padre católico que, do púlpito de sua igreja, atacou, violentamente, um grupo judaico que repeliu o ataque em altos brados. Veio a polícia e o sacerdote foi preso por desordem social. A Suprema Corte o absolveu por estar ele protegido pela liberdade de expressão.

Sucedo, porém, Sr. Presidente, que, no presente habeas corpus, não se está discutindo se a condenação viola a liberdade de pensamento, mas, sim e apenas, a questão da imprescritibilidade sob a alegação de que, no caso, não houve crime de racismo. Por isso, após a observação do Ministro Pertence, salientei que só por concessão de ofício se poderia chegar à inexistência de crime de discriminação por atos de incitamento em face da referida liberdade.

Com relação às convenções internacionais, Sr. Presidente, há que se fazerem algumas considerações. Aos posteriores à promulgação da Constituição não se aplica sequer o § 2º do seu artigo 5º, porque tratado internacional não se incorpora ao nosso direito interno como emenda constitucional, mas, sim, como lei ordinária. E aos anteriores relativos a direitos e garantias fundamentais, não há nenhum que estabeleça que a prática de racismo é crime imprescritível, porquanto até a

*Supremo Tribunal Federal*

HC 82.424 / RS

convenção internacional de 1965, a que já aludi, se limita a dar um conceito amplíssimo de racismo para os fins a que ela se destina e neles não se inclui a imprescritibilidade do delito de racismo que, no caso presente, é o que está em causa. Por isso, interpretei o texto constitucional a respeito restritivamente dando ênfase ao seu elemento histórico a traduzir o que pretendeu o constituinte alcançar com ele, num país, como o nosso, em que nunca, por questão racial, houve perseguição ou atrocidades do tipo do holocausto na Alemanha nazista. E isso com relação a qualquer das raças como tal tradicionalmente conhecidas, vindo-me à memória o livro - de cuja divulgação nenhum desses resultados ocorreu - "O perigo amarelo", em que um ilustre médico carioca denunciava, antes da Segunda Guerra, o perigo das imigrações de orientais, especialmente os japoneses, pelos quistos, em virtude da diferença cultural, que se poderiam criar no território nacional, erro que o futuro demonstrou.

Concluindo, Sr. Presidente, mantenho o meu voto, em que, como sempre pautei minha atuação como juiz, procurei cumprir a Constituição, sem levar em consideração aspectos emocionais que não diziam, nem dizem, respeito à nossa tradição racial. E as considerações que agora faço, faço-as para deixar bem clara a posição que nele assumi.

