



## ssão e seus limites: a dignidade da pessoa humana

Ao longo dos anos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado para

concretizar o sentido do princípio constitucional da liberdade de expressão e pensamento, que a Constituição Federal de 1988 protege como direito fundamental nos incisos IV e IX do seu artigo 5º [1]. Cada vez que este princípio contrapunha-se a um outro, terminava o Supremo a dar-lhe contornos mais claros na medida em que lhe impunha limites. No Habeas Corpus 82.424/RS [2], os contornos deveriam-se à primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa ocasião, o Supremo foi instado a decidir sobre a condenação à pena de dois anos de reclusão de indivíduo como incurso no tipo penal previsto pelo artigo 20 da Lei nº 7.716/89 – crime de preconceito [3]. À primeira vista, o que parecia ser mais um entre os milhares dos Habeas Corpus impetrados contra ato construtivo à liberdade de locomoção, revelou-se um autêntico *hard case*. Ao decidir sobre a prisão de um editor de livros cuja obra foi considerada antissemita, o Supremo estabeleceu limites à liberdade de expressão diante do princípio da dignidade da pessoa humana.

A controvérsia girava em torno de dois pontos. Primeiro, questionava-se a possibilidade de enquadrar o preconceito com judeus no tipo penal do racismo, ou seja, a abrangência do dispositivo legal quando da interpretação do conteúdo de livros revisionistas escritos por Sigfried Ellwanger. Para os impetrantes, a punição do crime estaria prescrita porque o julgamento pela primeira instância aconteceu quase doze meses após o recebimento da denúncia, na forma do artigo 109 e 110 do Código Penal [4]. A solução seria defender a natureza comum do crime para afastar a imprescritibilidade do racismo, como estipula o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição [5], ao argumento de que não existiria uma “raça judaica”, apenas a raça humana.

Em segundo lugar, defendia-se a prevalência da liberdade de expressão. Entretanto, este mesmo texto constitucional estabelece não só a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira [6], como também institui a igualdade entre todos os cidadãos. Instalava-se, assim, o *hard case*, na medida em que a controvérsia não encontra solução óbvia na ordem jurídica. É nesse momento, de acordo com Ronald Dworkin, que o intérprete da lei depara-se com a árdua tarefa de analisar o problema



---

à luz de seus partícipes, seu contexto e suas consequências [7].

O Procurador Geral da República ofertou parecer pelo indeferimento do Habeas Corpus, por entender que o crime de racismo previsto na Constituição Federal de 1988, tal como fora regulamentado pela Lei 7.716/1989, deveria ser interpretado não só como preconceito fundado em “raça”, mas também por cor, etnia, religião e procedência nacional. Idêntico foi o posicionamento apresentado por Celso Lafer como *amicus curiae*. Deveria o inciso XLII do artigo 5º da Constituição de 1988 ser lido do modo mais aberto possível “dada a relevância que a Constituição atribui a direitos e garantias fundamentais, entre as quais se inclui a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo”.

O julgamento do HC 82.424 estendeu-se por três sessões e levou mais de nove meses para ser concluído. Por um placar de 8 votos a 3, os ministros negaram o pedido. Saíram vencidos os Ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Ayres Britto. O primeiro entendeu que não só ocorrera a prescrição, por se tratar de crime comum, como também não se poderia cogitar do racismo porque judeus não seriam considerados uma raça. Em sentido semelhante, o ministro Marco Aurélio entendeu não haver crime de racismo, na medida em que a intenção do autor era apenas promover uma revisão histórica dos fatos e que sua manifestação individual deveria ser resguardada pelo direito. Além, foi do seu entendimento que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o crime de racismo e determinar sua imprescritibilidade, referia-se ao preconceito contra negros, não contra o povo judeu.

Sendo o crime praticado por Ellwanger comum, estaria já prescrito. Para o ministro, o instituto da imprescritibilidade tornaria o cidadão refém eterno dos seus atos e das sua manifestações, “como se não fosse possível e desejável a evolução, a mudança de opiniões e de atitudes, alijando-se a esperança, essa força motriz da humanidade”. O ministro Ayres Britto, terceiro e último voto vencido, concedia a ordem, uma vez que o crime teria sido praticado antes da entrada em vigência da lei que tipifica o racismo por meio de comunicação.

Acerca da questão de fundo, os limites à liberdade de expressão, posicionaram-se Ayres Britto e Marco Aurélio. Para o primeiro, o paciente do Habeas Corpus possuía apenas os intuitos científico e histórico na publicação dos obras considerados revisionistas. Diante de um “estudioso tendencioso”, deveria ser dado espaço ao senso crítico dos leitores. Já o ministro Marco Aurélio seria indispensável resguardar a liberdade de expressão como proteção contra a tirania de pensamento politicamente correto. Estaria o editor a relatar sua versão dos fatos e as pessoas não seriam obrigadas a compartilhar de igual ponto de vista.



A divergência que se consagrou vencedora foi aberta pelo ministro Maurício de Corrêa, que indeferiu a ordem a partir do argumento de que a segregação dos seres humanos em diversas raças nada mais seria do que um processo político decorrente da intolerância da sociedade. Após ilustrar as origens bíblicas do povo judeu e as estigmatizações sofridas por ele, defendeu a exegese teleológica e harmônica do inciso XLII do artigo 5º face ao texto da Constituição Federal de 1988, não podendo a categoria “raça” ser interpretada isoladamente como expressão simplesmente biológica, mas de acordo com suas diversas conceituações. Assim, “o que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove preconceito ou tem discriminado como uma raça, exatamente com base nessa compreensão, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto”.

O voto do ministro Maurício Corrêa foi ainda taxativo quanto à inexistência de violação aos princípios constitucionais garantidores da liberdade de expressão e de pensamento. A colisão entre direitos fundamentais não seria mais que aparente, na medida em que o texto constitucional não ampara atos discriminatórios de qualquer natureza. Um direito individual não pode ser utilizado como salvaguarda para conduta ilícita. O direito à livre expressão apenas será exercido legitimamente acaso atendidos os limites que o próprio texto constitucional lhe impõe. Para delinear-los, “há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o prevalente”. No caso do HC 82.424, preponderariam os direitos de toda a parcela da sociedade prejudicada com as obras publicadas pelo paciente.

Para o ministro Gilmar Mendes, a controvérsia também girava em torno da extensão do crime de racismo. Seria inegável o caráter racista do antissemitismo, independentemente se adotado o critério antropológico, histórico ou biológico. Valendo-se do princípio da proporcionalidade na composição entre direitos fundamentais em divergência, entendeu que deveria sobressair naquele caso concreto o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, uma vez que a discriminação racial travestida de liberdade de expressão comprometeria a ideia de igualdade, um dos fundamentos do Estado democrático. Nesse sentido votaram Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso.

Ao cabo de três sessões e nove meses, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem no Habeas Corpus a partir do entendimento de que o antissemitismo está abarcado pelo tipo penal do racismo, sendo, portanto, imprescritível e inafiançável. Embora não exista uma divisão de raças humanas na biologia, ela existe nas mentes preconceituosas. No direito, deve preponderar não os conceitos científicos, mas a realidade social do impacto que tal preconceito causa a fim de privilegiar o objetivo final do dispositivo constitucional.



Privilegiou-se a própria Constituição Federal de 1988, cujo texto elegeu como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça [8]. A legislação e a jurisprudência alinham-se à adesão do Brasil às convenções internacionais que versam sobre a matéria, a exemplo da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. Ratificada no ano de 1969, o diploma veda e enquadra na prática de racismo qualquer ato que induza ou incite, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, cor, religião, etnia ou procedência nacional.

Como no julgamento de Ellwanger, onde sopesadas liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana, a colisão entre princípios constitucionais deverá ser resolvida caso a caso por meio de um processo dialético de complementação e limitação [9] – em outros termos, por meio de uma ponderação. Não foi admitido justificar a publicação das obras que ofendessem a dignidade da sociedade judaica na liberdade de expressão porque tal garantia não seria absoluta, não podendo respaldar eventual manifestação que implique ilicitude. No HC nº 82.424 prevaleceu o direito da coletividade em ser respeitada como tal.

A discussão sobre antissemitismo retornou em 2016, com a entrada em domínio público da obra *Minha Luta*, de Adolf Hitler. Já há precedente do Tribunal Constitucional em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade e em repúdio à discriminação e ao preconceito. Todavia, cuida-se de entendimento adotado em Habeas Corpus que, por mais significativo que seja, não é dotado de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*. Caberá mais uma vez à justiça pôr a termo um conflito entre princípios de tamanha centralidade na ordem democrática: liberdade de expressão e dignidade.

[1] IV – É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (...);  
IX – É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

[2] HC nº 82.424/RS, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ 19.03.2004.

[3] Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

[4] Art. 109 – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

V – em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

Art. 110 – A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente

[5] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

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

[6] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios



---

e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (..):

III – a dignidade da pessoa humana.

[7] Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[8] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[9] CANARIS, Wihelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. São Paulo: Almeda, 2009.

**Date Created**

08/01/2017