



CRIME DE RACISMO CONTRA JUDEUS: UMA BREVE ANÁLISE DO HC 82.424-2/RS

Carlos Odon Lopes da Rocha¹

RESUMO: O presente artigo visa comentar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.424-2/RS, trazendo à baila os argumentos contrários e favoráveis à configuração da discriminação contra os judeus como crime de racismo. Conclui-se pelo acerto do entendimento trilhado pela Suprema Corte, em observância ao princípio constitucional da tolerância.

1. INTRODUÇÃO

Em 17 de setembro de 2003, nas vésperas de completar 175 anos, o Supremo Tribunal Federal proferiu um julgamento histórico, ao denegar o *habeas corpus* impetrado em favor de Siegfried Ellwanger contra decisão do Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Cidadania condenara o paciente como incurso nas penas do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, pois praticara o crime de racismo contra a comunidade judaica. O Superior Tribunal de Justiça afirmou que “todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas (incitação ou induzimento), é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no

¹ Procurador do Distrito Federal. Advogado. Pós-graduado em Direito Público pelo IDP (Convênio com a PGDF).

âmbito da tipicidade direta”. Destarte, uma vez reconhecida a subsunção da conduta delituosa ao injusto de racismo, a imprescritibilidade era medida que se impunha.

Houve, em seguida, a impetração da ação constitucional do *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que o delito de discriminação contra os judeus não teria conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade. Em síntese, afirmaram os impetrantes que judeus não deveriam ser vistos como uma raça.

Logo, a *vexata questio* se resumia a determinar o exato sentido e alcance da expressão “*racismo*”, conforme disposto no art. 5º, XLII, da Carta Política de 1988.

Em seu voto, o Ministro Relator Moreira Alves asseverou que a interpretação da Constituição há de levar em conta o elemento histórico. E, segundo a Emenda Aditiva 2P00654-0, de autoria Constituinte Carlos Alberto Caó, a qual deu origem ao referido dispositivo constitucional, a expressão “*racismo*” consistia tão-somente no preconceito ou discriminação contra a raça negra. Ao concluir o seu voto, o Relator se fundamentou em diversos estudiosos judeus para afirmar que os judeus não são raça. Em desfecho, o Ministro Moreira Alves, reconhecendo, pois, não se tratar de crime de racismo a apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra a comunidade judaica, declarou a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Todavia, ato contínuo, o Ministro Maurício Corrêa abriu a divergência, ao lembrar a histórica perseguição sofrida pelos judeus desde os primórdios da humanidade. Para ele, os judeus foram e continuam sendo estigmatizados, por terem supostamente renegado e crucificado Jesus. Asseverou, ainda, em seu voto divergente, que não mais procede, sob a ótica científica, a clássica subdivisão da raça humana a partir de suas características físicas. A genética banuiu definitivamente a diferenciação entre raças humanas. Em suma, não haveria raça branca, negra, amarela ou judia, mas apenas e exclusivamente a raça humana.

Por outro lado, não se pode olvidar que a diferenciação entre raças surgiu a partir de um processo sócio-cultural originado na intolerância humana, nascendo, então, o odioso preconceito racial. Em certa passagem, o Ministro Maurício Corrêa afirma:

Com efeito, limitar o racismo a simples discriminação de raças, considerado apenas o sentido léxico ou comum do termo, implica a própria negação do princípio da igualdade, abrindo-se a possibilidade de discussão sobre a limitação de direitos e determinada parcela da sociedade, o que põe em xeque a própria natureza e prevalência dos direitos humanos. Condicionar a discriminação como crime imprescritível apenas aos negros e não aos judeus é aceitar como desiguais aqueles que na essência são iguais (...).

Com tais argumentos, o Ministro Maurício Corrêa denegou a ordem. Seu voto foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Ellen Gracie, Nelson Jobim e Cezar Peluso. O Ministro Marco Aurélio acompanhou o

relator, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva. E o Ministro Carlos Britto concedia *ex officio* a ordem para absolver o acusado, vez que a sua conduta era atípica, dado o direito fundamental de liberdade de expressão.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A MÁXIMA EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA TOLERÂNCIA

Há de se notar que o entendimento final do Supremo Tribunal Federal, acompanhando o voto condutor do Ministro Maurício Corrêa, primou pela prevalência, em última análise, do princípio da tolerância (religiosa), consectário lógico do princípio do pluralismo e da democracia.

Com o devido respeito, o Ministro Moreira Alves, em seu voto, conferiu demasiada importância à *mens legislatoris* (interpretação histórica), em detrimento à *mens legis*. Buscou o sentido da norma constitucional a partir dos trabalhos preparatórios da Constituinte de 1988, em especial da Emenda Aditiva 2P00654-0, de autoria de Carlos Alberto Caó. Com isso, revelou apenas a vontade histórica e a intenção do legislador constituinte quando da elaboração do art. 5º, XLII, da Carta Magna.

Apesar da importância de se conhecer a vontade histórica do legislador, tal elemento histórico não deve prevalecer sobre o direito posto. Já dizia Geraldo Ataliba, citado por Luís Roberto Barroso, que:

(...) o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer, é muito mais que isso: é o que eles fizeram. O jurista trabalha com o direito positivo (posto). A lei é mais sábia que o legislador. (...) Os juristas não perdem mais tempo em expor os argumentos tendentes a expressar o postulado hermenêutico elementar segundo o qual o desejo do legislador, sua vontade e seus processos subjetivos motivacionais não têm valor para a exegese jurídica.²

Ademais, a fundamentação do Ministro Carlos Britto no sentido de que o paciente deveria ser absolvido, vez que se tratava de resguardar o direito fundamental à liberdade de expressão, também não haveria como prosperar.

Nenhum direito é absoluto. O pretexto do exercício de um direito fundamental não pode servir de salvaguarda para a prática de ilícitos penais. Na espécie, o direito à liberdade de expressão não pode abrigar manifestações de ilicitude penal, pois o discurso do ódio racial não está inserido no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

Com tais contra-argumentos, é certo que o melhor caminho foi percorrido pela Suprema Corte, ao acompanhar o voto divergente do Ministro Maurício Corrêa. Abriram-se as portas para se reconhecer, definitivamente, no mundo jurídico, o princípio constitucional da tolerância.

² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 125.

Com efeito, a tolerância, como marca de evolução (espiritual e moral) da humanidade, é fruto tanto do Iluminismo quanto do Cristianismo. Nos grandes embates ideológicos, como ocorreu entre o Iluminismo e a Igreja no século XVII e XVIII, é comum estereotipar os adversários. Porém, cabe à investigação histórica fugir de tais estereótipos.³

Sendo assim, não tenhamos uma visão idealizada da fase iluminista ou preconceituosa do Cristianismo. Não raras vezes encontramos afirmações pejorativas no universo jurídico de que determinado intérprete utilizou argumentos religiosos em sua manifestação.

É certo que não se deve tomar partido a favor desta ou daquela religião, mas não podemos olvidar a inegável influência cristã na nossa sociedade. Conceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana ou a idéia de justiça social são impensáveis sem as concepções modernas do Cristianismo.⁴ Voltaire, inclusive, deita as raízes do princípio da tolerância no Direito Natural, consubstanciado na seguinte máxima: “Não faça aos outros aquilo que não deseja que façam a ti”.

³ DA ROCHA, Washington Alves. *No Coração de Antígona*. João Pessoa: ACE Pinheiro e Alves Editora, 2002, p. 36.

⁴ HORN, Norbert. *Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica*. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. 2005, p. 116.

3. CONCLUSÃO

Embora Voltaire tenha sido extremamente intolerante com os judeus, ao ponto de afirmar que “nisto (monoteísmo) os judeus não foram senão plagiários, como de resto o foram em tudo”⁵ ou que nunca o povo judaico transmitiu o mais insignificante dos seus usos e costumes a outro povo qualquer, ele nos deixou um inestimável legado sobre o princípio da tolerância, inclusive uma prece, que peço licença para transcrever:

Não é mais aos homens que eu me dirijo, é a ti, Deus de todos os seres, de todos os mundos e de todos os tempos: se é permitido a fracas criaturas perdidas na imensidão e imperceptíveis ao resto do universo ousar te pedir qualquer coisa; a ti que tudo tens dado, a ti cujos decretos são imutáveis e eternos, digna-te olhar com piedade os erros inerentes à nossa natureza. Que estes erros não sejam causadores de nossas calamidades. Tu não nos deste, de forma alguma, um coração para que nos odiemos nem mãos para que nos massacremos. Faze com que nós nos ajudemos mutuamente a fim de suportarmos o fardo de uma vida penosa e passageira; que as pequenas diferenças entre as vestes que cobrem nossos corpos débeis, em meio a todas nossas linguagens insuficientes, todos nossos costumes ridículos, todas nossas leis imperfeitas, todas as nossas opiniões insensatas, em meio a todas nossas condições tão desproporcionais aos nossos olhos e tão iguais diante de ti; que todas essas pequenas nuanças que distinguem os átomos chamados homens não sejam sinais de ódio e de perseguição; (...) Possam todos os homens se lembrar que são irmãos! (...) Se as calamidades da guerra são inevitáveis, não nos odiemos, nem nos destruamos no seio da paz (...).⁶

⁵ DA ROCHA, Washington Alves. *Op. cit.*, p. 108.

⁶ *Ibid.* p. 43/44.

Portanto, ao decidir que a discriminação ou perseguição contra os judeus pode configurar crime de racismo, o Supremo Tribunal Federal conferiu imprescindível normatividade ao princípio constitucional da tolerância, atualmente tão esquecido no universo jurídico.

