Supremo Tribunal Federal

Revista Trimestral de Jurisprudência

Volume 188 – Número 3
Abril / Junho de 2004
Páginas 751 a 1146

Diretoria-Geral
Miguel Augusto Fonseca de Campos

Secretaria de Documentação
Altair Maria Damiani Costa

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Ranuzia Braz dos Santos

Seção de Verbetação
Carlos Ronan Jacó

Seção de Preparo de Publicações
Nayse Hillesheim

Seção de Editoração
Sandra Suely Nogueira

Seção de Distribuição de Edições
Iracilda Alves Pereira

Capa: Patrícia Weiss Martins de Lima

Edição: Supremo Tribunal Federal

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. — ano 1, n. 1 (abr./jun. 1957) -. – Brasília: Imprensa Nacional, 1957-

Trimestral

A partir do ano de 2002 passou a ser editada pela Editora Brasília Jurídica.

ISSN 0035-0540

1. Direito - Jurisprudência - Brasil. I. Supremo Tribunal Federal (STF).

CDD 340.6

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

STF/CDJU
Anexo II, 3° andar
Praça dos Três Poderes
70175-900 – Brasília-DF
rtj@stf.gov.br
Fone: (0xx61) 217-3573

Publicação e Distribuição:
Editora Brasília Jurídica Ltda.
SDS, Bl. «O», Lojas 9, 13 e 17
Ed. Venâncio VI, 1° subsolo
70393-900 – Brasília-DF
SAC: 0800-612020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro NELSON Azevedo JOBIM (15-4-1997), Presidente
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet (14-12-2000), Vice-Presidente
Ministro José Paulo SEPÚLVEDA PERTENCE (17-5-1989)
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-1989)
Ministro CARLOS Mário da Silva VELLOSO (13-6-1990)
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-1990)
Ministro GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002)
Ministro Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003)
Ministro CARLOS Augusto Ayres de Freitas BRITTO (25-6-2003)
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003)

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministra ELLEN GRACIE
Ministro GILMAR MENDES
Ministro JOAQUIM BARBOSA
Ministro CARLOS BRITTO – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE
Ministro CARLOS VELLOSO
Ministro CEZAR PELUSO

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro CARLOS BRITTO

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro CARLOS VELLOSO
Ministra ELLEN GRACIE
Ministro CEZAR PELUSO

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor CLÁUDIO LEMOS FONTELES

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministro José Paulo SEPÚLVEDA PERTENCE, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro Antonio CEZAR PELUSO
Ministro CARLOS Augusto Ayres de Freitas BRITTO

SEGUNDA TURMA

Ministro José CELSO DE MELLO Filho, Presidente
Ministro CARLOS Mário da Silva VELLOSO
Ministro GILMAR Ferreira MENDES
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 751

ÍNDICE ALFABÉTICO 1109

ÍNDICE NUMÉRICO 1141

ACÓRDÃOS

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO CAUTELAR 70 — RS

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Requerente: Ivo da Rosa Bálsamo — Requerido: Relator da Extradição nº 880 do Supremo Tribunal Federal

I - Nacionalidade brasileira de quem, nascido no estrangeiro, é filho de pai ou mãe brasileiros, que não estivessem a serviço do Brasil: evolução constitucional e situação vigente.

1. Na Constituição de 1946, até o termo final do prazo de opção — de quatro anos, contados da maioridade —, o indivíduo, na hipótese considerada, considerava-se, para todos os efeitos, brasileiro nato sob a condição resolutiva de que não optasse a tempo pela nacionalidade pátria.

2. Sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção «*em qualquer tempo*» — antes e depois da ECR 3/94, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada antes da maioridade, altera-se o *status* do indivíduo entre a maioridade e a opção: essa, a opção — liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada —, deixa de ter a eficácia *resolutiva* que, antes, se lhe emprestava para ganhar — desde que a maioridade a faça possível — a eficácia de condição *suspensiva* da nacionalidade brasileira, sem prejuízo — como é próprio das condições suspensivas — de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada.

3. A opção pela nacionalidade, embora potestativa, não é de forma livre: há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela.

4. Antes que se complete o processo de opção, não há, pois, como considerá-lo brasileiro nato.

II - *Extradição e nacionalidade brasileira por opção pendente de homologação judicial: suspensão do processo extradicional e prisão domiciliar.*

5. Pendente a nacionalidade brasileira do extraditando da homologação judicial *ex tunc* da opção já manifestada, suspende-se o processo extradicional (Código de Processo Civil, art. 265, IV, *a*).

6. Prisão domiciliar deferida nas circunstâncias em que se afigura densa a probabilidade de homologar-se a opção.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, resolvendo questão de ordem na cautelar, indeferir o pedido de relaxamento de prisão, determinar a suspensão do curso do processo de extradição e conceder, *ex officio*, o benefício da prisão domiciliar ao paciente.

Brasília, 25 de setembro de 2003 — Maurício Corrêa, Presidente — Sepúlveda Pertence, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Submeto ao Tribunal em questão de ordem requerimento de medida cautelar — autuado, conforme agora se estabeleceu, com o nome pomposo de ação cautelar — por meio do qual o peticionário, extraditando, alegando a condição de brasileiro **nato**, pede se revogue liminarmente a sua prisão preventiva e, ao final, se denegue, por inviável, o pedido de extradição em curso.

Sobre a medida cautelar, ouvi o Ministério Público Federal, que, pelo chefe da instituição, o em. Procurador-Geral da República, **Cláudio Fonteles**, expôs com precisão o caso e opinou nestes termos:

«Trata-se de medida cautelar incidental, com pedido de liminar, proposta por Ivo da Rosa Bálsamo, que requer, liminarmente, a sustação da ordem prisional preventiva decretada na Extradição nº 880 — fls. 27v, com mandado de prisão devidamente cumprido em 09 de agosto do corrente ano — e, por conseguinte, requer a denegação do pedido extradicional — fls. 06.

O requerente alega que é brasileiro nato, pois é filho de mãe brasileira, nos termos do artigo 5º, LI, da Constituição Federal; vive e trabalha neste país há cerca de 20 (vinte) anos, tendo, aqui, constituído família. Traz, por sua vez, a notícia de formalização da indispensável opção de nacionalidade, por meio do processo — 2003.71.00.042537-5 — que tramita na 12ª Vara Federal de Porto Alegre-RS — fls. 26.

2. Requer, por fim, a denegação do pleito extradicional formulado pelo Governo do Uruguai, que ciente da nacionalidade brasileira e sonegando esta informação fez tal pedido com base apenas em indícios, pois «não trouxe aos autos nenhuma prova definitiva, ou notícia de condenação' — fls. 05.

3. Recebidos nesse Supremo Tribunal Federal em 26.08.2003, foram os autos da presente ação cautelar distribuídos a Vossa Excelência por prevenção em relação à Extradição 880 — CPC, art. 108. Após, vieram a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação.

4. Preliminarmente, requer este Parquet, com fundamento no artigo 809 do Código de Processo Civil, sejam os autos da presente ação cautelar apensados aos autos da Extradição nº 880.

5. No mérito, razão assiste ao requerente.

6. Assim diz o dispositivo constitucional referente à nacionalidade aplicada ao presente caso:

> «Art. 12. São brasileiros:
>
> I - *natos:*
>
> c) *os nascidos no estrangeiro,* de pai brasileiro ou *de mãe brasileira,* desde que venham a *residir na República Federativa do Brasil* e optem, *em qualquer tempo,* pela nacionalidade brasileira» (grifo nosso).

7. E pelo que se colhe dos presente autos, Ivo da Rosa Bálsamo é brasileiro nato, uma vez que tem mãe brasileira (certidão de nascimento de fls. 11), apesar de ter nascido em outro país, reside no Brasil há 24 (vinte e quatro) anos (certidão de identidade de estrangeiro, na qual registra-se a entrada do requerente no Brasil em 16/07/1979). Os documentos de fls. 08/09 atestam a nacionalidade brasileira do requerente.

8. Quanto à condição de se optar pela nacionalidade brasileira, posta no texto constitucional, faz-se necessário tecer algumas considerações.

9. De fato, foi ajuizado pedido de «Opção de Nacionalidade» no Juízo Federal de Porto Alegre-RS. Consta a data de 19/08/2003 para a distribuição automática dos autos, assim, supõe-se que o requerente quis optar pela nacionalidade brasileira logo após sua prisão, o que não é óbice para o reconhecimento de sua nacionalidade — fls. 12. Vejamos.

10. A nacionalidade brasileira de origem tem efeito imediato, isto quer dizer que o nascimento já é o fato gerador da nacionalidade. No entanto, está condicionada a dois eventos futuros: fixação de residência no território nacional e opção a qualquer tempo pela nacionalidade brasileira. A opção é ato jurídico de direito personalíssimo, manifestada por meio de declaração unilateral de vontade, perante a Justiça Federal. O que é interessante frisar é: o nacional deve manifestar a sua vontade — declaração unilateral — em conservar e manter os efeitos de sua nacionalidade brasileira, por isso a opção judicialmente reconhecida.

11. *Celso Ribeiro Bastos* e *Ives Gandra Martins*, ao citarem ensinamento de *Pontes de Miranda*, bem destacam que o ato da opção de nacionalidade não gera a própria nacionalidade, mas a sua definitividade. Dessa forma, o que a opção faz é conservar os efeitos da nacionalidade, ratificando-a.

12. Por isso, apesar de o requerente ter ajuizado o pedido de opção após a efetiva prisão, e ainda não existir decisão judicial acerca de tal pleito, Ivo da Rosa

Bálsamo é brasileiro nato e como tal não pode ser extraditado de forma alguma, em respeito ao disposto no artigo 5°, LI, da Constituição Federal: «nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei».

13. Do exposto, verificam-se os requisitos para o reconhecimento da nacionalidade do requerente: nasceu no estrangeiro, mas tem mãe brasileira, fixou residência no Brasil e declarou, por meio do pedido de opção de nacionalidade que tramita na 12° Vara Federal de Porto Alegre — RS, sua vontade de conservar os efeitos de sua nacionalidade brasileira.

14. Portanto, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* estão presentes, pois sendo Ivo da Rosa Bálsamo brasileiro nato, não pode ser extraditado de forma alguma, sendo urgente o recolhimento do mandado de prisão expedida e, ao final, seja negado o pedido de extradição.

15. O Ministério Público Federal opina pela procedência do pedido posto nesta ação cautelar, para que seja recolhido o mandado de prisão e, por conseguinte, seja indeferido o pedido extradicional feito pela República Oriental do Uruguai.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): A República Oriental do Uruguai, como visto, requereu a prisão preventiva, que decretei, e a extradição do requerente.

Deleguei ao Juízo Federal do Rio Grande do Sul o interrogatório do extraditando e os autos ainda não foram devolvidos.

Alega o requerente, embora **nascido no Uruguai**, ser brasileiro nato, porque, filho de **mãe brasileira**, embora **não** estivesse ela **a serviço do Brasil** no exterior, **reside** há tempos no País e **optou** pela nacionalidade brasileira perante o juízo federal do seu domicílio, malgrado ainda não haja decisão judicial a respeito.

O requerimento invoca o decidido pelo Tribunal, em questão de ordem, na Ext 778, 31-8-00, Relator o em. Ministro **Néri da Silveira**, que assim ementou a decisão tomada:

«Extradição. Questão de Ordem. 2. Pedido de extradição formulado pelo Governo da Argentina por via diplomática. 3. Prisão preventiva decretada. 4. Pleito de «medida cautelar incidental, com pedido de outorga liminar», visando a «sustação da ordem de prisão para fim de extradição e a denegação do pedido de extradição». Sustentação de **fato novo** consistente na sua **opção pela nacionalidade originária brasileira**, deduzida na Justiça Federal da Seção Judiciária do Estado da Bahia, tendo sido deferida por sentença. 5. O Ministério Público Federal opina pelo deferimento do pedido de extradição. 6. Questão de Ordem submetida ao Plenário. 7. Sentença, na opção de nacionalidade, transitada em julgado. 8. Inviável, diante do preceito constitucional (art. 5°, LI), atender à súplica do Governo requerente. 9. Pedido de extradição indeferido.»

O ajuizamento da opção — à vista da prova que instrui este requerimento — pareceu bastante ao Chefe do Ministério Público.

No caso, não há sentença que, reconhecendo a validade da opção, ordene o registro conseqüente.

Por isso — *data venia* do Procurador-Geral da República —, entendo não ser possível ainda antecipar o indeferimento da extradição.

Situações similares à do requerente — nascido no estrangeiro, mas filho de brasileiro ou brasileira que não estivesse a serviço do País — têm sido contempladas com a nacionalidade pátria nos sucessivos textos constitucionais pátrios (**1824**, art. 6°, 2°; **1891**, art. 69, 2°; **1934**, art. 106, *b*, *in fine*; **1937**, 115, *b*; **1946**, art. 129, II; **1967**, 140, I, *c*; **1969**, 145, I, *c*).

Rever a situação a partir da Constituição de 1946 e a Carta decaída de 1969 e, depois, sob o texto original de 1988 em cotejo, finalmente, com a gerada pela vigente ECR 3/94, permitirá sintetizar a evolução relevante para a solução do caso.

Prescrevia a Constituição de 1946:

«Art. 129. São brasileiros: (...)

II. os **filhos de brasileiro ou brasileira, nascidos no estrangeiro**, se os pais estiverem a serviço do Brasil, ou, não o estando, se vierem a residir no País. Neste caso, atingida a maioridade, deverão, para conservar a nacionalidade brasileira, optar por ela, dentro em quatro anos.»

A Carta de 1967, mantida, no ponto, pela de 1969, só inovou, no ponto, com a exigência de que, se não «*registrados em repartição consular competente no exterior*», «*os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, não estando estes a serviço do Brasil (...), venham a residir no Brasil* ***antes da maioridade***», mantida a exigência adicional de que, alcançada a maioridade, deveriam, «*dentro de quatro anos, optar pela nacionalidade brasileira*» (CF 67, art. 140, I, *c*; CF 69, art. 145, I, *c*).

Até aí, doutrina e jurisprudência comungaram em que a filiação de pai ou mãe brasileiros, embora não estivessem a serviço do País, quando somada à residência no Brasil até a maioridade, conferiam ao nascido no estrangeiro a nacionalidade brasileira plena, malgrado **resolúvel** pela condição potestativa negativa de que a opção não ocorresse nos quatro anos seguintes à maioridade (*v.g.*, na doutrina, Pontes de Miranda — *Comentários à Constituição de 1946*, 2ª ed., 1953, III/279; Yussef Cahali — *Estatuto do Estrangeiro*, Saraiva, 1983, p. 41/ss; Miguel Ferrante — *Nacionalidade*, 2ª ed., Saraiva, 1984).

A situação se altera com o texto original da Constituição de 1988, que subtraiu dos antecedentes a exigência de que a opção pela nacionalidade brasileira se fizesse até o termo final de quatro anos após a maioridade; e dispôs:

«Art. 12. São brasileiros

I. natos (...)

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente, ou venham a residir na

República Federativa do Brasil antes da maioridade e, alcançada esta, optem, **em qualquer tempo**, pela nacionalidade brasileira.»

Na revisão, a ECR 3/94 deu à alínea esta formulação:

«Art. 12. São brasileiros:

I. natos (...)

c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira;»

A partir daí, alterou-se, e corretamente, a leitura da doutrina.

Já não se podia conceber uma nacionalidade nata sob condição resolutiva potestativa, sem limite temporal.

Por isso — antes ou depois da ECR 3/94, que, de sua vez, suprimiu também a exigência de que a residência no Brasil fosse fixada antes da maioridade —, a opção — liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada — deixa de ter a eficácia **resolutiva** que, antes, se lhe emprestava, para ganhar — desde que a maioridade a faça possível — a eficácia de condição **suspensiva** da nacionalidade brasileira, sem prejuízo — como é próprio das condições suspensivas — de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada (*v.g.*, José Afonso da Silva — *Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed., Malheiros, 2003, p. 327; Francisco X. S. Guimarães — *Nacionalidade — aquisição, perda e reaquisição*, Forense, 2002, p. 36; Wilba Maia Bernardes — *Da Nacionalidade*, Del Rey, 1996, p. 171; Alexandre de Moraes — *Constituição do Brasil Interpretada*, 2ª ed., Atlas, 2003, p. 517; José Roberto F. Gouveia, «Nota sobre a transcrição do termo de nascimento (...)», RT 685/252, 254; Cíntia Burhal de Nina — «A capacidade civil como requisito subjetivo para a opção de nacionalidade», RDCI, ed. RT, 40/292).

Nelson Jobim, quando Relator da revisão constitucional de 1993, da qual resultou o texto da ECR 3/94, vigente, retratou com precisão a *communis opinio doctorium* (cf., Alexandre de Moraes, ob. cit., p. 518):

«A opção pode agora ser feita a qualquer tempo. Tal como nos regimes anteriores, até a maioridade, são brasileiros esses indivíduos. Entretanto, como a norma não estabelece mais prazo, podendo a opção ser efetuada a qualquer tempo, alcançada a maioridade essas pessoas passam a ser brasileiras sob condição suspensiva, isto é, depois de alcançada a maioridade, até que optem pela nacionalidade brasileira, sua condição de brasileiro nato fica suspensa. Nesse período o Brasil os reconhece como nacionais, mas a manifestação volitiva do Estado torna-se inoperante até a realização do acontecimento previsto, a opção. É lícito considerá-los nacionais no espaço de tempo entre a maioridade e a opção, mas não podem invocar tal atributo porque pendente da verificação da condição.»

Certo, a opção é condição **potestativa**, porque, em termos substanciais, depende unicamente da vontade do optante que reúna os pressupostos constitucionais de sua validade e eficácia, é dizer, a filiação de brasileiro ou brasileira, a residência no País e a maioridade.

Não é, porém, de forma livre: há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela.

Ora, no caso, ao contrário do que sucedia no precedente (Ext 778-QO, cit.), a opção do extraditando, ajuizada, pende, contudo, de sentença.

Certo, afigura-se convincente a prova documental reproduzida com a petição (prova de ter o requerente nascido no Uruguai, de mãe brasileira — fls. 8 e 9; na nacionalidade desta — fl. 11; de ser o peticionário portador de carteira permanente de estrangeiro residente no País, com entrada em 1979; de exercer o comércio no Rio Grande do Sul — fl. 12 —, onde teve filhos, nascidos em 1979 e 1998).

Não pode, entretanto, o Tribunal avocar do juízo federal competente o processo de opção de nacionalidade para aqui deferir-lhe incidentemente a homologação.

Ora, não obstante sua eficácia retroativa, a opção só se reputa efetivada com a sentença e, por isso, antes dela não é possível reconhecer o *status* de brasileiro nato do requerente de modo a denegar liminarmente a extradição.

O caso é de suspensão do processo extradicional, até que se ultime, nas instâncias competentes, o processo de opção de nacionalidade (C. Pr. Civ., art. 265, IV, *a*).

Estou, porém, em que não é lícito, nas circunstâncias, impor ao extraditando que o aguarde no cárcere.

Certo, a do extraditando — já o tenho frisado com espanto — é a única prisão sem prazo no direito brasileiro (Lei 6.815/80, art. 84).

E, em situações semelhantes — suspensão do processo de extradição dada a pendência, no Poder Executivo, de pedido de refúgio do extraditando (Ext 753-QO, Néri, Inf. STF 238; HC 81.127, Sanches, Inf. STF 252) —, negou-se o pedido de liberdade vigiada ou prisão domiciliar.

A lembrança que me restou da discussão, no entanto, é que não se repeliu, em tese, a possibilidade de sua concessão, negada à vista de circunstâncias do caso concreto.

A mim me parece iníquo afirmar a impossibilidade radical de abrandar-se o encarceramento do extraditando, enquanto penda da decisão de outro juiz questão prejudicial do julgamento.

Tenho que se reúnem, no caso, as circunstâncias excepcionais que o autorizam.

Faz prova o requerente de ter residência em Porto Alegre, com imóvel locado por seu filho (Rua Félix da Cunha, 629, apto. 23).

Esse o quadro:

a) indefiro o pedido de relaxamento de prisão e denegação imediata da extradição, mas

b) de ofício, suspendo o processo de extradição até decisão definitiva sobre a opção de nacionalidade e concedo ao extraditando que se mantenha em prisão domiciliar no endereço referido, da qual só se poderá afastar uma vez por semana para apresentar-se à Secretaria do Juízo Federal ao qual delegado o seu interrogatório e no qual fica delegada supervisar a vigilância da prisão domiciliar.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sr. Presidente, a solução alternativa proposta pelo eminente Ministro Relator é coerente com o espírito da Constituição em conferir ao requerente uma proteção maior, tanto que a matéria está no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais. Essa interpretação, mais à solta, afina ou rima com o espírito da Constituição brasileira, que é eminentemente tutelar.

Acompanho o voto do Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, mas reservo-me a examinar um aspecto pelo qual já pedi vista em um outro processo, que diz respeito ao problema da dupla nacionalidade.

Quando se fala em opção pela nacionalidade brasileira, na verdade essa regra foi alterada em 1993, no sentido da perda da nacionalidade brasileira decorrer da aquisição de outra nacionalidade, salvo se de reconhecimento da nacionalidade originária pela lei estrangeira, desapareceu a possibilidade da perda da nacionalidade brasileira.

Tínhamos o seguinte: o indivíduo era nacional-uruguaio — na fronteira com Santana do Livramento, Riveira, tudo é uma confusão — filho de brasileiro, optava pela nacionalidade brasileira, e a estrangeira não era reconhecida no Brasil, porque não havia a dupla nacionalidade.

Agora, temos uma regra no § 4º, inciso II, alínea *a*, que o reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira não exclui a nacionalidade brasileira.

Então, essa opção não é excludente da nacionalidade estrangeira, porque não tem efeito perante a lei.

Então, teríamos a dupla nacionalidade.

Reservo-me para examinar, no momento oportuno, o problema da extradição de brasileiro nato ou de brasileiro naturalizado em que haja a dupla nacionalidade.

Lembro que falei do Caso Nottebohm da Corte Internacional de Justiça do conflito República Dominicana com o Condato Liechtenstein.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a custódia, para fins de extradição, é temporária, é precária, não está baseada no cumprimento de uma pena que já tenha sido imposta; objetiva viabilizar a entrega do extraditando ao governo requerente. Firmo posição quanto ao balizamento temporal da prisão para efeito de extradição. O processo de extradição é simplesmente preparatório, visa em última análise à eficácia da persecução criminal, o cumprimento de uma pena.

Não posso conciliar, considerado o sistema penal como um grande todo, ter-se a limitação temporal da prisão no processo que corra no Brasil, processo que vise à

apenação do acusado, e não se ter esse balizamento em se tratando de um processo simplesmente preparatório, como é o de extradição.

No caso, o próprio Ministro Relator preconiza a suspensão do processo de extradição e aí, para mim, esse fenômeno, que é o da suspensão, já seria suficiente a conceder ao extraditando a denominada prisão domiciliar. Há mais: tem ele a potencialidade de tornar-se brasileiro nato, a teor do disposto na Carta de 1988, porque, nascido no estrangeiro, de mãe brasileira, abre-se oportunidade a que venha a optar, nos termos da alínea *c* do inciso I do artigo 12 da Carta da República, pela nacionalidade brasileira, sem que se possa, porque é um direito assegurando pela Carta da República, vislumbrar nesse ato tentativa de fugir à própria extradição.

Acompanho, portanto, o Senhor Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, deferiu-se, porque ali havia transitado em julgado a sentença, no processo de opção.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): A questão que me preocupou no início seria exatamente a concessão da prisão domiciliar, tendo em vista tratar-se de extradição. Abstraindo-me do exame da opção pela nacionalidade brasileira, em curso, a própria situação do extraditando recomenda a providência indicada pelo eminente Ministro Relator.

Entendo que, nesta hipótese, seria até mesmo ilógico e um contra-senso não conceder tal garantia ao extraditando.

Portanto, acompanho o voto do Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

AC 70-QO/RS — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Requerente: Ivo da Rosa Bálsamo (Advogados: Victor Hugo Machado Antonello e outro). Requerido: Relator da Extradição nº 880 do Supremo Tribunal Federal.

Decisão: O Tribunal, por decisão unânime, resolvendo questão de ordem na cautelar, indeferiu o pedido de relaxamento de prisão, determinou a suspensão do curso do processo de extradição e concedeu, *ex officio*, o benefício da prisão domiciliar ao paciente. Votou o Presidente, o Ministro Maurício Corrêa. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 25 de setembro de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

RECLAMAÇÃO 718 — PA

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Reclamante: Estado do Pará — Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará — Interessados: Sindicato dos Trabalhadores Estaduais de Previdência e Assistência do Estado do Pará – SINTEPA e outros

***Reclamação* — Liminar mandamental *concedida* por Desembargador Relator — *Suspensão* da eficácia executiva desse provimento liminar, *derivada* da outorga, pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, *de medida de contracautela* (Lei nº 4.348/64, art. 4º) — *Posterior concessão*, pelo Tribunal de Justiça, do próprio mandado de segurança — Acórdão concessivo que, *não obstante* a medida de contracautela *previamente* deferida pelo Supremo Tribunal Federal, *torna efetivo* o provimento liminar *anteriormente* suspenso — *Efeito prospectivo* que resulta da decisão emanada do Presidente do Supremo Tribunal Federal, *em sede de contracautela* (Lei nº 4.348/64, art. 4º, *c/c* a Lei nº 8.038/90, art. 25) — *Desrespeito* à autoridade decisória do Supremo Tribunal Federal — Reclamação *procedente*.**

— A *eficácia* da decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, *proferida* no exercício do poder de contracautela (Lei nº 4.348/64, art. 4º), *não obstante* inicialmente limitada à suspensão de liminar mandamental, *também paralisa*, por efeito da prospectividade que lhe é inerente, *todas* as conseqüências jurídicas decorrentes da *ulterior* concessão do mandado de segurança, *desde que* o conteúdo daquele provimento liminar *revele-se idêntico* ao do acórdão que deferiu o *writ* constitucional. *Esse efeito prospectivo* — que inibe a produção da carga eficacial resultante do deferimento do mandado de segurança — *perdurará* até que sobrevenha o trânsito em julgado do acórdão *que concedeu* a ordem mandamental. *Precedente*.

ACÓRDÃO

Vistos, *relatados* e *discutidos* estes autos, *acordam* os Ministros do Supremo Tribunal Federal, *em Sessão Plenária*, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, *por unanimidade* de votos, *julgar procedente* a reclamação, *para suspender*, até o respectivo trânsito em julgado, *a eficácia executiva* do acórdão concessivo do mandado de segurança coletivo, emanado do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (Acórdão nº 31.971/Órgão Especial, de 20-8-97). Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Nelson Jobim.

Brasília, 30 de abril de 1998 — Celso de Mello, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: O Ministério Público Federal, em **parecer** da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. **Anadyr de Mendonça Rodrigues**,

aprovado pelo eminente Procurador-Geral da República, Dr. **Geraldo Brindeiro, assim sumariou e apreciou** a controvérsia suscitada na **presente** sede processual (**fls. 82/87**):

«O Estado do Pará *formulou*, em 23 de setembro de 1997, *pedido de suspensão da execução* de ordem deferida nos autos de Mandado de Segurança impetrado originariamente perante o E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em razão dos fatos assim deduzidos:

'Ajuizaram os impetrantes, Mandados de Segurança Coletivo, com o fito de ser sustado e recolhido em folha da contribuição previdenciária — IPASEP — incidente sobre o 13° salário dos servidores estaduais. (doc. 1 e 2)

Para tanto, alegam, em apertada síntese, violação aos princípios da legalidade e da moralidade administrativas.

Analisando o pedido, o MM. Desembargador Relator, no dia 19 de Dezembro de 1996, entendendo presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, concedeu as liminares requeridas, determinando a sustação do referido desconto. (doc. 3)

Ocorre que Sua Excelência deixou de se atentar para grave lesão à ordem e à economia públicas que sua decisão poderia acarretar, provocando a impetração do pedido de Suspensão da Execução das Medidas Liminares então deferidas, tendo o Estado do Pará obtido pleno êxito, consoante se verifica da documentação em anexo (doc.).

Naquela oportunidade, o Ministro Presidente desse Colendo Supremo Tribunal, Sepúlveda Pertence, apreciando a matéria, *assim decidiu*:

'Parece inquestionável a plausibilidade jurídica de diversos pontos da fundamentação da impugnação do Estado à decisão liminar questionada.

Assim, por exemplo, no âmbito do devido processo legal, o que diz com a falta de qualificação do Governador do Estado para responder, como autoridade coatora, o mandado de segurança contra ato de dirigente de autarquia e o relativo à violação do art. 2° da L. 8.437/92, que impõe à concessão de liminar no mandado de segurança coletivo, a audiência do representante judicial da pessoa estatal interessada.

Tenho assinalado, em casos similares, que lesa à ordem constitucional administrativa, prisma relevante da ordem pública, o desrespeito pelo órgão judiciário dos pressupostos, condições e limites do controle jurisdicional da atividade administrativa.

No mérito, igualmente, é mais que ponderável a invocação pelo Estado, a legitimar a incidência da contribuição social previdenciária sobre o décimo terceiro salário dos servidores públicos — tal como sucede no plano federal —, do art. 201, § 4°, da Constituição da República.

De seu turno, o risco de grave lesão às finanças do sistema previdenciário local soma-se ao aparente atentado, já para recomendar a contracautela pleiteada.

Defiro, pois, o pedido para suspender a eficácia das liminares, observado o art. 25, § 3°, da L. 8.038/90.

Comunique-se.

Brasília, 27 de dezembro de 1996.

Ministro Sepúlveda Pertence — Presidente'

Julgando definitivamente a referida Ação Mandamental, em data de 20.08.97, o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, através de seu Órgão Especial, *assim Ementou*:

Acórdão n° 28.645 n° 31.971

Ementa: Mandado de Segurança — Preliminar de Ilegitimidade Ativa 'ad causam'. Comprovada a conexão entre a finalidade dos Sindicatos e os interesses de seus associados podem as entidades sindicais impetrarem o mandamus. Preliminar rejeitada à unanimidade de votos. Preliminar de ilegitimidade passiva 'ad causam'. O governador do Estado é o chefe da Administração Pública e como tal responde pelos acertos e desacertos de sua administração. Preliminar rejeitada unanimemente. Mérito o 13° salário deve ser pago integralmente não incidindo sobre o mesmo nenhum desconto segurança concedida à unanimidade de votos.

Vistos, etc (...)

Acordam, os Desembargadores do Órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade de votos, rejeitar as Preliminares de ilegitimidade Ativa 'Ad causam'. No mérito, ainda unanimemente, conceder a Segurança.

O presente julgamento foi presidido pelo Exmo. Desembargador Romão Amoêdo Neto.

Belém, 20 de agosto de 1997.

Desembargador Ricardo Borges Filho.

Relator

Secretaria Geral do Tribunal — Belém, 15 de setembro de 1997

Áurea Maria de Oliveira Rodrigues

Chefe de Div. de Registro de Acórdãos.

Referida decisão foi publicada no Diário da Justiça, em edição de 16.09.97, página 8, conforme se verifica da documentação em anexo (doc.), estando em fase de interposição de Recursos para os Tribunais Superiores.

Resumidamente, eis os fatos.'

(fls. 3/6)

Alega o Requerente a presença de grave lesão à ordem e à economia pública, que resultaria da decisão impugnada, aos seguintes fundamentos essenciais:

'Assim sendo, além de as decisões concessivas da Segurança afrontar dispositivos legais e constitucionais, o que se caracteriza na pior de todas as lesões à ordem pública, visto que proveniente do Poder Judiciário, percebe-se que as decisões guerreadas impedem que o Estado do Pará cumpra com o seu dever institucional de propiciar aos seus servidores aposentados, os quais já deram sua contribuição ao serviço público, a fruição do 13° salário, tarefa que deve ser encarada como verdadeiro serviço a ser prestado pelo Estado.'

(fls. 20/21)

'Por outro lado, a decisão ora atacada, não bastasse o gravame imediato que impõe, serve de perigoso paradigma e potencializador de grave lesão à economia do Estado, porquanto inúmeras ações idênticas a essas serão propostas, alcançando-se magnitude espantosa quanto à repercussão financeira que dessas ações redundará.

Ora, o desconto previdenciário incidente sobre o 13° salário dos servidores estaduais já tinha destinação certa, qual seja, propiciar aos próprios servidores, a utilização dos benefícios previdenciários e assistenciais, tal como o 13° salário dos inativos.

Trata-se, portanto, de tarefa nobre, de cunho eminentemente público, da qual não poderá se furtar o Estado, sob pena até, de se ver em risco a continuidade do serviço público.

Assim sendo, haverá necessidade, acaso não suspensa a execução da Segurança que determinou a sustação do desconto, de deslocamento de verbas públicas, destinadas a setores prioritários, como saúde, segurança e educação, para a manutenção dos benefícios previdenciários dos servidores, o que certamente, ocasionará grave lesão à economia do Estado, com imensas dificuldades para se reverter tal quadro.'

(fls. 22)

O Sindicato dos Trabalhadores Estaduais de Previdência e Assistência do Estado do Pará – SINTEPA e outros pediram vista — que lhes foi deferida — para apresentar suas razões de oposição ao pedido formulado pelo Requerente (fls. 78), mas tais razões não vieram para os autos.

Tudo posto, quer parecer que, em verdade, o caso não é de *Suspensão de Segurança*, porque a ordem judicial que veio a ser deferida em definitivo pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará já houvera sido suspensa, pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente desse Colendo Supremo Tribunal Federal, quando ainda vigorava em caráter *liminar*.

Ora, afigura-se evidente que a transformação da ordem judicial *liminar* já suspensa em ordem judicial *definitiva* não remove o óbice à sua eficácia constituído pelo deferimento do pedido de Suspensão de Segurança.

De fato, ao decidir suspender a eficácia de decisão — de natureza liminar ou definitiva — em Mandado de Segurança, nos termos admitidos pelo art. 4° da Lei n° 4.348, de 1964, certamente o Excelentíssimo Senhor Presidente dessa Suprema

Corte não o faz por *prazo certo*: a vigência da suspensão se estende, necessariamente, *até que a matéria venha ter ao Supremo Tribunal Federal*, através dos recursos cabíveis.

Esta é, aliás, a única justificativa para a existência da excepcional medida processual em que se constitui a Suspensão de Segurança, instrumento invasivo da competência jurisdicional alheia: propiciar que a matéria — por sua natureza *constitucional* — venha a ser decidida, em definitivo, unicamente pelo guardião da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal.

Em sendo assim, os fatos relatados pela petição inicial em verdade configuram típica *usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal e ofensa à autoridade de decisão sua*, ensejando, por isso, o uso da *Reclamação* prevista no art. 102, I, da Constituição Federal, que atribui à Excelsa Corte competência originária para processar e julgar:

> 'i) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;'

O *parecer é*, por conseguinte, de que o pedido de Suspensão de Segurança *seja conhecido como Reclamação, a fim de que a mesma seja julgada procedente*, assim *suspendendo-se a eficácia do V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará concessivo de segurança, por ofensivo à competência do Supremo Tribunal Federal e à autoridade de sua decisão.*» (**Grifei**)

Ordenei a conversão, **em reclamação**, do pedido de suspensão de segurança formulado pelo Estado do Pará e, **após haver requisitado** informações ao Tribunal reclamado, **determinei a suspensão** de eficácia do acórdão concessivo do mandado de segurança (acórdão nº 31.971, do Órgão Especial do TJ/PA, *DJE* 16-9-97), **para evitar** situação caracterizadora **de dano irreparável** ao interesse público (**fls. 89/91**).

O Tribunal de Justiça do Estado do Pará, **pronunciando-se** sobre a questão ora em análise, **assim resumiu e expôs** a situação processual em exame (**fls. 113/114**):

> «O Sindicato dos Trabalhadores Estaduais da Previdência e Assistência do Estado do Pará – SINTEPA; Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Estado do Pará – SINTEPP; Sindicato dos Servidores do Setor Público de Saúde do Pará – SINDSESPA; Sindicato do Grupo Ocupacional de Tributação, Arrecadação e Fiscalização da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado do Pará – SINDTAF-PA, e, Sindicato dos Servidores Públicos Civis do Estado do Pará – Sepub, impetraram Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado que determinou o desconto da contribuição previdenciária (Ipasep) sobre o 13º Salário correspondente ao ano de 1996, de todos os servidores do Estado.
>
> Distribuídos os autos ao Exmo. Sr. Des. Ricardo Borges Filho, este, em 19.12.96 deferiu o pedido de liminar e solicitou as necessárias informações, as quais foram prestadas em data de 03.01.1997.
>
> Encaminhados os autos ao Ministério Público, foi proferido parecer, pelo Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça, no sentido de ser conhecido o Writ e pela concessão da segurança, para ser tornado sem efeito o ato que determinou o des-

conto previdenciário no Décimo Terceiro Salário dos Servidores Públicos do Estado, bem como determinada a devolução do desconto, se efetivada.

Em 20 de agosto de 1997, foi julgado o *Mandamus*, tendo sido proferido o V. Acórdão nº 31.971, no qual foi rejeitada à unanimidade de votos, a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, considerando que o Governador do Estado é o chefe da Administração Pública e como tal responde pelos acertos e desacertos de sua administração, e, no mérito, entendeu que o 13º Salário deve ser pago integralmente não incidindo sobre o mesmo nenhum desconto.

Interpostos Embargos de Declaração por parte do Estado do Pará, os mesmos foram rejeitados através do V. Acórdão nº 33.261, de 11.03.1998, já publicado, estando aberto o prazo para interposição dos recursos cabíveis.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Trata-se de **reclamação** deduzida contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, que, em sede originária, **concedeu** mandado de segurança coletivo, em caráter preventivo, contra ato do Governador daquela unidade da Federação.

O ato decisório **ora reclamado** restou consubstanciado em acórdão **assim** ementado (**fl. 26**):

«*Mandado de Segurança* — Preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*. Comprovada a conexão entre a finalidade dos sindicatos e os interesses de seus associados podem as entidades sindicais impetrar o mandamus. *Preliminar rejeitada* à unanimidade de votos. — Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. O Governador do Estado é o Chefe da Administração Pública e, como tal, responde pelos acertos e desacertos de sua administração. *Preliminar rejeitada* unanimemente. — Mérito. *O 13º salário deve ser pago integralmente, não incidindo* sobre o mesmo nenhum desconto. Segurança *concedida* à unanimidade de votos.» (**Grifei**)

A douta Procuradoria-Geral da República, **ao opinar** na presente causa, **manifestou-se pela procedência** desta reclamação, **assim fundamentando**, no ponto, o seu parecer (**fls. 86/87**):

«Tudo posto, quer parecer que, em verdade, o caso não é de *Suspensão de Segurança*, porque a ordem judicial que veio a ser deferida em definitivo pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará já houvera sido suspensa, pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente desse Colendo Supremo Tribunal Federal, quando ainda vigorava em caráter *liminar*.

Ora, afigura-se evidente que a transformação da ordem judicial *liminar* já suspensa em ordem judicial *definitiva* não remove o óbice à sua eficácia, constituído pelo deferimento do pedido de Suspensão de Segurança.

De fato, ao decidir suspender a eficácia de decisão — de natureza liminar ou definitiva — em Mandado de Segurança, nos termos admitidos pelo art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964, certamente o Excelentíssimo Senhor Presidente dessa Suprema

Corte não o faz por *prazo certo*: a vigência da suspensão se estende, necessariamente, *até que a matéria venha ter ao Supremo Tribunal Federal*, através dos recursos cabíveis.

Esta é, aliás, a única justificativa para a existência da excepcional medida processual em que se constitui a Suspensão de Segurança, instrumento invasivo da competência jurisdicional alheia: propiciar que a matéria — por sua natureza *constitucional* — venha a ser decidida, em definitivo, unicamente pelo guardião da Carta Magna, o Supremo Tribunal Federal.

Em sendo assim, os fatos relatados pela petição inicial em verdade configuram típica *usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal e ofensa à autoridade de decisão sua*, ensejando, por isso, o uso da *Reclamação* prevista no art. 102, I, da Constituição Federal (...).

O parecer é, por conseguinte, de que o pedido de Suspensão de Segurança seja conhecido *como Reclamação, a fim* de que a mesma *seja julgada procedente, assim suspendendo-se* a eficácia do V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará concessivo de segurança, por ofensivo à competência do Supremo Tribunal Federal e à autoridade de sua decisão.» **(Grifei)**

Como **precedentemente** referido no Relatório, **determinei a conversão** do pedido de suspensão de segurança **em reclamação** (fls. 89/90), **acolhendo**, desse modo, no ponto, a proposta formulada pelo Ministério Público (fl. 87).

No que concerne ao fundo da controvérsia, **também** entendo **assistir** integral razão à douta Procuradoria-Geral da República, **eis que** a situação exposta na **presente** causa **legitima**, plenamente, a utilização do instrumento constitucional da reclamação.

Como se sabe, a **reclamação**, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua — **ação** (**Pontes de Miranda**, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo V/384, Forense), **recurso ou sucedâneo recursal** (*RTJ 56/546-548*, Rel. Min. **Moacyr Amaral Santos** — **Alcides de Mendonça Lima**, *O Poder Judiciário e a Nova Constituição*, p. 80, 1989, Aide), **remédio incomum** (**Orosimbo Nonato**, *apud* Cordeiro de Mello, *O processo no Supremo Tribunal Federal*, vol. 1/280), **incidente processual** (**Moniz de Aragão**, *A Correição Parcial*, p. 110, 1969), **medida de direito processual constitucional** (**José Frederico Marques**, *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3°, 2ª parte, p. 199, item n° 653, 9ª ed., 1987, Saraiva) **ou medida processual de caráter excepcional** (*RTJ 112/518-522*, Rel. Min. **Djaci Falcão**) — **configura** instrumento de extração constitucional, **não obstante** a origem pretoriana de sua criação (*RTJ* 112/504), **destinado** a viabilizar, **dentre** as funções que lhe são próprias, **a preservação da competência** do Supremo Tribunal Federal (*CF*, art. 102, I, *l*), **consoante** tem enfatizado a jurisprudência desta Corte Suprema (*RTJ 134/1033*, Rel. Min. **Celso de Mello**).

Impende observar, sob tal aspecto — e considerada essa **específica** função jurídica que lhe é inerente —, que a via jurídico-processual da reclamação objetiva tutelar, **em toda a sua globalidade**, a competência constitucional deferida à Suprema Corte. **Vale dizer**, o **instrumento** da reclamação deve ser interpretado como meio de pronta e eficaz proteção **da** competência originária, **da** competência recursal ordinária **e da** competência recursal extraordinária do Supremo Tribunal Federal.

Daí a **inteira** procedência da observação feita pelo eminente Ministro **Moreira Alves, quando** do julgamento do pedido de medida liminar, formulado na **Rcl 337/DF**, Rel. Min. **Paulo Brossard**:

> «A meu ver, quando a Constituição quer preservar a competência do Supremo, **quer fazê-lo de modo integral**. Ora, desde o momento em que essa competência, hoje explicitada no *caput* do artigo como sendo, precipuamente, a de guardar a Constituição, pode ser invadida ou, pelo menos, impedida de ser exercitada na sua plenitude, cabe, perfeitamente, a reclamação a que alude a letra *l* do inciso I do art. 102.»
> (*RTJ* 133/554 — **grifei**)

Enfatize-se, de outro lado, que a **outra** função processual da **reclamação** consiste **em garantir a autoridade das decisões** proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, **consoante** tem sido enfatizado pela jurisprudência desta Corte (*RTJ 149/354-355*, Rel. Min. **Celso de Mello**).

Esse instrumento formal de tutela, «*que nasceu de uma construção pretoriana*» (*RTJ* 112/504), **busca**, em essência, **fazer prevalecer**, no plano da hierarquia judiciária, o **efetivo** respeito aos pronunciamentos jurisdicionais emanados desta Suprema Corte (*RTJ 134/1033*, Rel. Min. **Celso de Mello**).

A **destinação constitucional** da via reclamatória, portanto, **além** de vincular esse meio processual à preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, **prende-se** ao objetivo específico de **salvaguardar** a extensão **e** os efeitos dos julgados desta Suprema Corte, **segundo acentua**, em autorizado magistério, **José Frederico Marques** (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV/393, 2ª ed., Forense).

Esse saudoso e eminente jurista, **ao justificar a necessidade da reclamação** — enquanto meio processual vocacionado à imediata restauração do *imperium* inerente à decisão desrespeitada —, **assinala**, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse especial **instrumento de defesa** da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (*Manual de Direito Processual Civil*, vol. 3/199-200, item nº 653, 9ª ed., 1987, Saraiva):

> «O *Supremo Tribunal*, sob pena de se comprometerem as elevadas funções que a Constituição lhe conferiu, *não pode ter seus julgados desobedecidos* (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como *causa finalis* assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República.» (**Grifei**)

Assentadas essas premissas, entendo **acharem-se presentes**, na espécie, **e tal como assinalado** no parecer da douta Procuradoria-Geral da República, **os pressupostos autorizadores** da utilização do instrumento reclamatório, **eis que** o acórdão de que ora se reclama, **emanado** do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, **importou em claro desrespeito** à autoridade de decisão emanada desta Suprema Corte.

Cumpre registrar, neste ponto, por necessário, que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, **ao deferir** o pedido de suspensão da eficácia executiva de provimento liminar concedido em sede mandamental originária, **assim fundamentou**, em decisão da

lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, a **concessão** daquela excepcional medida de contracautela (**fls. 53/55**):

«O Estado do Pará requer a suspensão de liminares concedidas, no Tribunal de Justiça, em Mandados de Segurança coletivos impetrados pelo Sindicato dos Trabalhadores Estaduais da Previdência e Assistência do Estado do Pará – SINTEPA e outros e pelo Sindicato dos Delegados de Polícia do Pará – SILDELP/PA e outra, para sustar o desconto da contribuição previdenciária (IPASEP) sobre o 13° salário dos filiados dos impetrantes.

Pelo Ofício Circular n° 010/96-GAB-PRES, do Presidente do Instituto de Previdência e Assistência do Estado do Pará – IPASEP, foi informado aos órgãos estaduais que, 'em atendimento ao que determina o art. 9° da Lei 5.011/81, e o art. 168, I da Lei n° 5.810/94, será efetuado o devido desconto previdenciário na folha de pagamento do 13° salário do servidor Público Estadual, referente ao ano de 1996'.

Sob alegação de que essa determinação contraria os princípios da legalidade — por falta de expressa previsão legal para o desconto previdenciário sobre o 13° salário — e da moralidade administrativa, foram impetrados preventivamente os mandados de segurança, nos quais foram concedidas as medidas liminares de que se cogita.

Funda-se o requerimento de suspensão no manifesto desrespeito ao interesse público, na ilegalidade ou ilegitimidade das decisões e nos riscos de grave lesão à ordem e à economia públicas.

A lesão à ordem pública, segundo o requerente, decorreria 'do desrespeito à norma legal pelo seu próprio aplicador', não só quanto ao procedimento e pressupostos do mandado de segurança, mas também em relação ao seu mérito.

Argumenta com a falta de prévia audiência do representante judicial do Estado, determinada no artigo 2° da Lei 8.437/92; com a ilegitimidade para a causa das entidades impetrantes; com a ilegitimidade passiva *ad causam* do Governador do Estado, uma vez que o ato coator foi praticado pelo Presidente do Ipasep, 'o qual dispõe de competência para reverter a situação'; com o caráter satisfativo das medidas concessivas, vedado pelo artigo 1°, § 1°, da Lei 8.437/92; com a nulidade das decisões atacadas, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, por carecerem de motivação; com a violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Segundo o requerente o desconto previdenciário sobre o 13° salário respalda-se em determinações legais e constitucionais, às quais o Administrador Público deve irrestrita obediência, de acordo com o princípio da legalidade administrativa (CF, art. 37, *caput*).

Assim, aduz, sendo o 13° salário parcela componente da remuneração do servidor público estadual, sobre ela deverá incidir a contribuição em causa, nos termos da Lei 5.810/94 (art. 168, I), que instituiu o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado e revogou tacitamente o sistema anterior, e visou a dar cumprimento ao artigo 201, § 4°, da Constituição Federal, que determi-

na que 'Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei'.

Alega que as mencionadas decisões liminares vulneram o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5°, *caput*): na medida em que os trabalhadores celetistas do Estado são obrigados a contribuir com parcela incidente sobre o seu 13° salário, para que possam gozar dos benefícios instituídos pela Previdência Social, 'afigura-se anti-isonômico eximir-se os estatutários de tal ônus, mormente porque terão direito, assim como os celetistas, à percepção do 13°, quando estiverem aposentados'.

Ademais, afirma o requerente, afetam a ordem administrativa, pois impedem que o Estado propicie aos servidores aposentados a fruição do 13° salário; dificultam a prestação aos servidores ativos e inativos dos benefícios previdenciários; e causarão enorme transtorno, pois 'cerca de 60.000 (sessenta mil) servidores, ou seja, metade do efetivo do Estado' ficarão sem receber o 13° salário este mês, uma vez que a folha de pagamento de dezembro de 1996, que já previa o desconto previdenciário, foi fechada, e somente 'ao final de janeiro/97 será rodada nova folha (...)'

Quanto à lesão à economia, assevera que as contribuições previdenciárias já tinham destinação certa, como a de 'propiciar aos próprios servidores a utilização dos benefícios previdenciários e assistenciais, tal como o 13° salário dos inativos' e com a sustação do desconto será necessário o deslocamento de verbas públicas, destinadas a setores prioritários, como saúde, segurança e educação, para a manutenção dos benefícios, além de as decisões impugnadas representarem estímulo à propositura de ações idênticas, redundando em repercussão financeira de 'magnitude espantosa'.

Decido.

Parece inquestionável a plausibilidade jurídica de diversos pontos da fundamentação da impugnação do Estado à decisão liminar questionada.

Assim, por exemplo, no âmbito do devido processo legal, o que diz com a falta de qualificação do Governador do Estado para responder, como autoridade coatora, o mandado de segurança contra ato de dirigente de autarquia e o relativo à violação do art. 2° da Lei 8.437/92, que impõe à concessão de liminar no mandado de segurança coletivo, a audiência do representante judicial da pessoa estatal interessada.

Tenho assinalado, em casos similares, que lesa à ordem constitucional administrativa, prisma relevante da ordem pública, o desrespeito pelo órgão judiciário dos pressupostos, condições e limites do controle jurisdicional da atividade administrativa.

No mérito, igualmente, é mais que ponderável a invocação pelo Estado, a legitimar a incidência da contribuição social previdenciária sobre o décimo terceiro salário dos servidores públicos — tal como sucede no plano federal —, do art. 201, § 4°, da Constituição da República.

De seu turno, o risco de grave lesão às finanças do sistema previdenciário local soma-se ao aparente atentado, já referido, à ordem pública para recomendar a contracautela pleiteada.

Defiro, pois, o pedido **para suspender** a eficácia das liminares, observado o art. 25, § 3°, da Lei 8.038/90.»

O Tribunal reclamado, no entanto, **ao conceder** a ordem mandamental ora questionada, **veio a ofender** a autoridade da decisão proferida pela Presidência **desta** Suprema Corte, **pois**, com **evidente** transgressão à **eficácia paralisante** derivada do ato decisório **fundado** no pronunciamento do eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Corte judiciária local «***determinou*** *a devolução do desconto, se efetuado,* ***tornando*** *(...)* ***efetiva a medida liminar*** *anteriormente deferida pelo Desembargador Relator*» (**fl. 31 — grifei**).

Daí a manifestação do Ministério Público, **favorável** ao reconhecimento da **procedência** da presente reclamação, por estarem caracterizados os pressupostos legitimadores da utilização desse instrumento constitucional.

Cumpre assinalar, no ponto, que esse parecer, **emanado** da douta Procuradoria-Geral da República, **encontra** integral apoio em jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, **cujo Plenário**, ao julgar a **Rcl 429/SC**, Rel. Min. **Octavio Gallotti, deixou assentado**, no tema ora em exame, que a decisão do Presidente desta Suprema Corte — **que suspende** a eficácia de **medida liminar** outorgada por Desembargador Relator — **também** paralisa, **por repercussão prospectiva**, os efeitos que emergem **do acórdão concessivo** do mandado de segurança, proferido por Tribunal de jurisdição inferior, **desde** que o conteúdo do provimento liminar revele-se **idêntico** ao da decisão **que deferiu** o *writ* mandamental.

Reconheceu-se, então, que, «*se os efeitos da medida liminar e os da concessão definitiva* ***são os mesmos****, é de se entender que a suspensão daquela* ***impede*** *a imediata eficácia desta*» (**grifei**). **Em esclarecimento** ao seu douto voto, o eminente Ministro Relator, **Octavio Gallotti**, **então** Presidente desta Corte, assinalou:

«Atento à observação, lúcida como sempre e antecipada pelo eminente Ministro **Néri da Silveira, reconheço que, quando o objeto do deferimento da liminar seja diferente** do da segurança afinal concedida, **poderá ficar prejudicada** a tese de subsistência da suspensão dos efeitos da primeira, pelo Presidente do Supremo Tribunal.

No caso concreto, contudo, **foi plenamente satisfativa a liminar**. Seu conteúdo **coincide** por inteiro com o do acórdão concessivo do mandado.

Penso, então, que **a suspensão da liminar deve subsistir, após o acórdão** que, na verdade, nada mais fez do que **confirmá-la**, também, naturalmente, em relação às suas conseqüências reputadas lesivas à economia pública.» (**Grifei**)

No caso ora em exame, ocorre, precisamente, a **mesma** situação **registrada** no precedente jurisprudencial **firmado** pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, **quando** do julgamento da já mencionada **Rcl 429/SC**, Rel. Min. **Octavio Gallotti, eis que**, suspensa a eficácia de liminar mandamental, por decisão da Presidência desta Suprema Corte (fls. 53/55), **sobreveio**, no processo em curso perante a Corte local, **acórdão**

concessivo de mandado de segurança versando **idêntico** objeto (fls. 5/6 e 25), **decorrendo**, desse **novo** fato processual, **a mesma situação de potencialidade lesiva** à ordem administrativa **e** à economia pública do Estado do Pará.

Cabe enfatizar, por necessário, que o acórdão concessivo do mandado de segurança, **que constitui** objeto da presente reclamação, **não só confirmou** o conteúdo integralmente satisfativo da medida liminar deferida pelo Desembargador Relator no processo mandamental, **como também ordenou**, ao Senhor Governador do Estado do Pará, **a execução imediata da mesma** providência definida naquele provimento cautelar (**fls. 26/31**).

Na realidade, **tanto** a liminar mandamental, **quanto** o acórdão concessivo do mandado de segurança **determinaram**, ambos, a «*sustação do desconto da contribuição previdenciária (Ipasep) sobre o 13º*» (fl. 56), **ou**, ainda, «*a devolução do desconto, se efetuado*» (fl. 31), **configurando-se**, desse modo, **frontal** desrespeito à autoridade da decisão, que, **emanada** da Presidência desta Suprema Corte, suspendeu, **até ulterior trânsito em julgado**, a eficácia da liminar mandamental **anteriormente** deferida.

Irrepreensível, sob tal aspecto, **o voto de desempate** proferido pelo eminente Ministro **Sydney Sanches** (**Rcl 429/SC**, Pleno), que, **ao declarar a procedência** do pedido reclamatório, em situação **em tudo idêntica** à registrada nos **presentes** autos, **assim** se pronunciou:

> «**A suspensão da segurança provisória** (liminar) ou definitivamente concedida **vigorará enquanto pender o recurso**, ficando sem efeito se a decisão concessiva (provisória ou definitiva) for mantida pelo Tribunal, a que couber o conhecimento daquele, **ou transitar em julgado** (parágrafo 3º do art. 25 da Lei nº 8.038, de 28-5-1990 e art. 297 do RI/STF).
>
> Ora, se os efeitos da **medida liminar** e os da **concessão definitiva são os mesmos**, é de se entender que a suspensão daquela **impede** a imediata eficácia desta.
>
> **Se não se entender assim**, serão necessárias **duas** decisões suspensivas dos mesmos efeitos de um mandado de segurança, os provisórios decorrentes da liminar e os definitivos resultantes do julgamento do mérito.
>
> **Sempre que os efeitos forem os mesmos** — da liminar e da concessão definitiva — **não haverá razão**, *data vênia*, para uma nova decisão de suspensão, até porque esta sempre terá de estar fundada **no mesmo risco** de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.» (**Grifei**)

Sendo assim, acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral da República — **e considerando**, ainda, a decisão proferida no julgamento da **Rcl 429/SC** —, **julgo procedente** a presente reclamação e, em conseqüência, **determino a suspensão** da eficácia executiva do próprio acórdão concessivo do mandado de segurança, emanado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Pará (acórdão nº 31.971), **até que** tal ato decisório, **desde** que regularmente mantido pelas instâncias superiores, **transite em julgado**.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, já havendo precedente consubstanciado no julgamento da Reclamação nº 429, de que foi Relator o Sr. Ministro Octavio Gallotti, acompanho V. Exa.

Entendo que as razões trazidas pelo Sr. Ministro Moreira Alves constituem o fundamento daqueles que votaram contrariamente naquela Reclamação, até porque hoje há um *quorum* pequeno e não seria o caso de rever essa posição.

Adoto os fundamentos explicitados, aqui, pelo Sr. Ministro Sydney Sanches e acompanho V. Exa. julgando procedente a reclamação.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, na Reclamação nº 429, de Santa Catarina, fiquei vencido, entendendo que, proferida a decisão de mérito final, a suspensão da liminar perde efeito. Mas não foi assim que decidiu o Supremo Tribunal.

Na Reclamação nº 429, o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de que, deferida a segurança, não perde efeito a suspensão da liminar.

Ficaram vencidos, no julgamento de 27 de maio de 1993, os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Paulo Brossard, Néri da Silveira e eu próprio.

Posta assim a questão e porque há precedente do Plenário, penso que não seria hora de o tema ser reexaminado, mesmo porque o Tribunal não está completo. Sinto-me, portanto, muito à vontade para, ressalvando meu ponto de vista pessoal e nos termos do precedente indicado, Reclamação nº 429, de Santa Catarina, julgar procedente a reclamação.

EXTRATO DA ATA

Rcl 718/PA — Relator: Ministro Celso de Mello. Reclamante: Estado do Pará (Advogado: PGE/PA – João de Miranda Leão Filho). Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Interessados: Sindicato dos Trabalhadores Estaduais de Previdência e Assistência do Estado do Pará – SINTEPA e outros (Advogado: Walmir Moura Brelaz).

Decisão: O Tribunal, por votação unânime, julgou procedente a reclamação, para suspender, até o respectivo trânsito em julgado, a eficácia executiva do acórdão concessivo do mandado de segurança coletivo, emanado do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (Acórdão nº 31.971/Órgão Especial, de 20-8-97). Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio e Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, e Maurício Corrêa. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 30 de abril de 1998 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

INQUÉRITO 1.656 — SP

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Autor: Ministério Público Federal. Denunciados: Paulo César de Oliveira Lima, Odeval José Gonçalves e Helena Aparecida Silvério

Inquérito. Lei nº 8.137/90, arts. 1º e 2º. Denúncia. Requisitos. CPP, art. 41. Crime societário.

1. O entendimento jurisprudencial, segundo o qual a peça acusatória, nos crimes societários, pode ser oferecida sem que haja descrição pormenorizada da conduta de cada sócio, não autoriza o oferecimento de denúncia genérica.

2. Denúncia que, ao narrar os fatos, deixa de demonstrar qualquer liame entre o acusado e a conduta a ele imputada torna impossível o exercício do direito à ampla defesa. Imprescindível a descrição da ação ou omissão delituosa praticada pelo acusado, sobretudo por não ocupar qualquer cargo administrativo na associação e ostentar posição de um, dentre muitos, de seus integrantes.

3. O sistema jurídico penal brasileiro não admite imputação por responsabilidade penal objetiva.

4. Denúncia rejeitada em relação ao denunciado que detém foro por prerrogativa de função.

5. Remessa dos autos ao juízo de origem para, em relação aos demais denunciados, decidir pelo recebimento ou rejeição da denúncia, como entender de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar a denúncia contra o primeiro indiciado, Paulo César de Oliveira Lima, e, relativamente aos demais denunciados, determinar a remessa dos autos ao juízo de origem para que proceda como entender de direito.

Brasília, 18 de dezembro de 2003 — Maurício Corrêa, Presidente — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. O Ministério Público Federal, fundado em inquérito policial instaurado pela Delegacia de Polícia Federal em Presidente Prudente/SP (fl. 2) e em representação formalizada pela Delegacia da Receita Federal (fl. 7-A), ofereceu denúncia contra o Deputado Federal Paulo César de Oliveira Lima, Odeval José Gonçalves e Helena Aparecida Silvério pela prática dos crimes previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.137/90 (fls. 357-361).

Narra a denúncia:

«(...)

(...)

III - Descrição dos Fatos Caracterizadores do Ilícito.

O ilícito foi apurado durante ação fiscal levada a efeito na empresa Associação Prudentina de Educação e Cultura – APEC (...), a quem a representada [*Lavedo Comércio de Máquinas e Móveis Ltda-Me*] vendia mercadorias, tendo os Auditores Fiscais do Tesouro Nacional apresentado Representação Fiscal (...), cuja cópia vai subsidiando a presente, e que por sua vez deu origem a ação fiscal que constituiu o crédito tributário decorrente.

A pessoa jurídica emitiu, no ano de 1994, Notas Fiscais de Vendas de Mercadorias, mencionando valores diferentes nas vias dos documentos fiscais, sendo óbvio que na 1ª via, destinada à adquirente, é mencionado o valor real da operação, enquanto na 3ª via, fixa em talonário, e que serve para lançamento na escrituração, o valor mencionado é substancialmente menor. Esse procedimento, conhecido como nota fiscal calçada, gerou omissão de receita no montante de Cr$5.990.935,00 (Cinco milhões, novecentos e noventa mil, novecentos e trinta e cinco cruzeiros reais).

As intimações ao Termo de Início de Fiscalização e ao Auto de Infração foram efetuadas por Edital, uma vez que os representantes ou responsáveis pela empresa não foram localizados e no endereço onde estaria localizada a empresa, foi constatado que a mesma encontrava-se desativada há mais de um ano, segundo informações colhidas junto ao estabelecimento comercial vizinho.

IV – Crédito Tributário

Os Autos de Infração relativos ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica e demais tributos decorrentes, foram lavrados com base nos dados anexados à Representação Fiscal (...), constituindo-se de ofício, o crédito tributário no montante de R$ 96.324,10 (noventa e seis mil, trezentos e vinte e quatro reais e dez centavos).

(...)

2. A materialidade dos delitos foi apurada em decorrência do fato de que, *in verbis*:

'(...)

Instaurou-se o presente procedimento no âmbito do Ministério Público Federal — cuja atuação foi provocada pelo Of. Nº 38/95 — MC, remetido ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga pelo i. Promotor de Justiça de Presidente Prudente, Dr. Mário Coimbra (...), — a fim de se investigar inúmeras irregularidades praticadas pela APEC – Associação Prudentina de Educação e Cultura, pessoa jurídica de direito privado, mantenedora da UNOESTE – Universidade do Oeste Paulista.

A delegacia da Receita Federal em Presidente Prudente, por um grupo especial de fiscalização formado por Auditores Fiscais do Tesouro Nacional,

realizou auditoria fiscal na referida entidade, abrangendo a documentação comprobatória de receitas e despesas e os livros da escrituração contábil dos anos de 1991 e 1994. Na ação fiscal, a Receita Federal constatou que referida entidade tem fins lucrativos, que tem distribuído parcela considerável de seu patrimônio ou de seus lucros a seus proprietários, e que vem aplicando boa parte de seus recursos em objetivos não-institucionais, com supedâneo em irregular escrituração fiscal e contábil, além de terem sido cometidos em tese inúmeros crimes contra a ordem tributária.

Em face disso, o Delegado da Receita em Presidente Prudente, no exercício de suas atribuições, declarou suspensa a imunidade tributária de tal pessoa jurídica, no período de janeiro a dezembro de 1990, exercício de 1991 (DJ 26.04.96, p. 7127), e no período de 02 de janeiro de 1991 a 31 de dezembro de 1994, exercícios de 1992 a 1995, respectivamente (DJ 10.12.96, p. 263993), por infração ao disposto nos artigos 126 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 85.450, de 4.12.80, e 147 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1041, de 11.01.94 (Leis 3.470/58, art. 113 e 5.172/66, art. 9º, IV e 14, I, II e III, e CF, art. 150, VI, *c*).

Doutro lado, na área penal, verifica-se a ocorrência em tese de inúmeros crimes contra a ordem tributária, precipuamente cometidos com o fim de acobertar a ilícita distribuição de patrimônio aos sócios' (Fls. 527/528)

3. Os autos do inquérito em apreço foram remetidos para a Suprema Corte, em virtude de figurar como um dos sócios da entidade — APEC – Associação Prudentina de Educação e Cultura o Deputado Federal Paulo César de Oliveira Lima, eleito para a 51ª Legislatura (01/02/1999 a 31/01/2003) (...)». (fls. 357-360)

2. Notificados os denunciados, apenas **Paulo César de Oliveira Lima** apresentou resposta (fls. 396-413).

Alega contrariedade ao disposto no art. 41 do CPP, por não haver na denúncia a particularização de qualquer conduta, bem como por inexistir arrimo probatório para o seu oferecimento. Sustenta que todo o procedimento de fiscalização, efetuado pela Receita Federal, voltou-se tão-somente à empresa Lavedo Comércio de Máquinas e Móveis Ltda.-Me, e que, em razão de não terem sido encontrados os responsáveis pela referida empresa, «*debitou-se à APEC, à míngua de outros elementos, eventual participação nos fatos tidos como crimes contra a ordem tributária*» (fl. 397).

Aduz que, dentre todos os sócios-cotistas da referida associação, ele foi o único a ser denunciado, de modo que o princípio da indivisibilidade da ação penal, preceituado pelo art. 48 do CPP, encontra-se violado. Sobre esse ponto, alega que «*desprezou-se as circunstâncias de que a APEC conta com vários sócios e de que o indiciado, como comprovam os documentos anexos, numerados de 2 a 5, não exercia cargo administrativo à época dos fatos, encontrando-se afastado, face as suas obrigações junto à Assembléia Legislativa*» (fl. 397). Segundo seu entendimento, o exercício do direito à ampla defesa encontra-se prejudicado, tendo em vista que a peça vestibular «*não descreve o modo como o indiciado teria concorrido para o crime, não tendo sido apontado um mínimo de liame subjetivo entre os demais sócios*» (fl. 397).

Sustenta que os arts. 1° e 2° da Lei n° 8.137/90 representam apenas o núcleo dos tipos, que é a supressão ou redução de tributos. No entanto, os incisos dos referidos artigos descrevem as ações físicas para a configuração dos delitos, de forma que «*por não descrever a peça acusatória a ação física, torna-se impossível a apresentação de defesa eficiente, pois não se sabe do que se defender*» (fl. 399).

Por fim, alega que «*para concretização do tipo penal em exame, não basta a simples realização de uma das condutas previstas na Lei. É necessária a comprovação efetiva do dano ao erário público, que ocorre apenas, tendo em vista o que dispõe o artigo 142 do Código Tributário Nacional, com a manifestação da autoridade administrativa quanto à existência ou não da supressão ou redução de tributos, após o término do procedimento administrativo. Não é,* ***data venia****, o Juiz criminal que vai afirmar a existência de tributos ou contribuições reduzidos ou suprimidos*» (fls. 399/400).

3. Intimado a se manifestar sobre documentos apresentados com a resposta, a Procuradoria-Geral da República requereu o regular prosseguimento com a procedência da ação penal (fls. 420-426).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. No tocante ao crime previsto no art. 2° da Lei n° 8.137/90, cuja pena é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos (CP, art. 109, V). Os fatos reportados na denúncia teriam ocorrido em 1994. Transcorrido, portanto, lapso superior ao que a lei fixa para sua prescrição. Declaro, em conseqüência, extinta a punibilidade do indiciado pelo crime descrito no citado dispositivo, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal.

Já o art. 1° da Lei n° 8.137/90 prevê a pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. O prazo prescricional é, portanto, de 12 (doze) anos (art. 109, III, do CP).

Assim, não há se falar em prescrição da pretensão punitiva, quer em relação aos acusados Odeval José Gonçalves e Helena Aparecida Silvério, quer em relação ao acusado Paulo César de Oliveira Lima, uma vez que, para este último, o fluxo do prazo prescricional permaneceu suspenso somente entre 21-11-2001, data do pedido de licença à Câmara dos Deputados (fl. 363), e 21-12-2001, data da publicação da EC 35/2001.

2. Os requisitos a serem preenchidos pela denúncia estão previstos no art. 41 do CPP, que estabelece:

> «Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.»

Tal norma tem por objetivo viabilizar ao acusado o emprego dos meios possíveis ao exercício da ampla defesa, de tal modo que ele possa conhecer da acusação, bem como qual a medida de sua participação na conduta delituosa.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que não se exige, nos casos de crime societário, a individualização da participação de cada um dos sócios, não sendo condição ao oferecimento da peça acusatória a descrição pormenorizada da conduta de cada um deles. Nesse sentido, os seguintes precedentes: HC nº 73.419, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, *DJ* 26-4-1996; HC nº 74.791, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, unânime, *DJ* 9-5-1997; HC nº 71.899, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, unânime, *DJ* 2-6-1995.

Ao cuidar de crimes de autoria coletiva, as exigências do art. 41 do CPP foram, de certa forma, mitigadas. No entanto, tal entendimento não autoriza o oferecimento de denúncia genérica. Uma coisa é admitir-se uma acusação em que não haja minuciosa descrição da conduta do agente. Outra é intentar uma ação penal que, de tão abstrata, dela não se infere sequer qual a ação ou omissão delituosa imputada ao réu, de modo a tornar impossível sua defesa.

Observo, no presente caso, que a denúncia, ao narrar os fatos, não demonstra qualquer liame entre as condutas do acusado **Paulo César de Oliveira Lima**, seja por ação ou omissão, e os tipos penais nos quais está sendo enquadrado.

A peça acusatória buscou subsídios em fiscalização efetuada pela Receita Federal junto à empresa Lavedo Comércio de Máquinas e Móveis Ltda.-Me, indicando a realização de venda de mercadorias, mediante notas fiscais «calçadas», à APEC (Associação Prudentina de Educação e Cultura), na qual o acusado figura como um dos associados.

No tocante à materialidade dos delitos, descreve a inicial:

«Instaurou-se o presente procedimento no âmbito do Ministério Público Federal — cuja atuação foi provocada pelo Of. Nº 38/95 - MC, remetido ao Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga pelo i. Promotor de Justiça de Presidente Prudente, Dr. Mário Coimbra (...), — a fim de se investigar inúmeras irregularidades praticadas pela APEC – Associação Prudentina de Educação e Cultura, pessoa jurídica de direito privado, mantenedora da UNOESTE – Universidade do Oeste Paulista.

A delegacia da Receita Federal em Presidente Prudente, por um grupo especial de fiscalização formado por Auditores Fiscais do Tesouro Nacional, realizou auditoria fiscal na referida entidade, abrangendo a documentação comprobatória de receitas e despesas e os livros da escrituração contábil dos anos de 1991 e 1994. Na ação fiscal, a Receita Federal constatou que referida entidade tem fins lucrativos, que tem distribuído parcela considerável de seu patrimônio ou de seus lucros a seus proprietários, e que vem aplicando boa parte de seus recursos em objetivos não-institucionais, com supedâneo em irregular escrituração fiscal e contábil, além de terem sido cometidos em tese inúmeros crimes contra a ordem tributária.

Em face disso, o Delegado da Receita em Presidente Prudente, no exercício de suas atribuições, declarou suspensa a imunidade tributária de tal pessoa jurídica, no período de janeiro a dezembro de 1990, exercício de 1991 (DJ 26.04.96, p. 7127), e no período de 02 de janeiro de 1991 a 31 de dezembro de 1994, exercícios de 1992 a 1995, respectivamente (DJ 10.12.96, p. 263993), por infração ao dispos-

to nos artigos 126 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto 85.450, de 4.12.80, e 147 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 1041, de 11.01.94 (Leis 3.470/58, art. 113 e 5.172/66, art. 9º, IV e 14, I, II e III, e CF, art. 150, VI, *c*).

Doutro lado, na área penal, verifica-se a ocorrência em tese de inúmeros crimes contra a ordem tributária, precipuamente cometidos com o fim de acobertar a ilícita distribuição de patrimônio aos sócios' (...)». (Fls. 359-360)

Não há qualquer referência, mesmo que breve, no tocante à materialidade descrita pela inicial, que descreva eventual conduta delituosa praticada pelo acusado **Paulo César de Oliveira Lima**. Acolher tal acusação acarretaria imputação penal por responsabilidade objetiva, inadmissível em nosso sistema jurídico penal. Nesse sentido, colho precedente da Corte:

«***Habeas corpus*. Penal. Processo penal tributário. Denúncia genérica. Responsabilidade penal objetiva. Inépcia.**

Nos crimes contra a ordem tributária, a ação penal é pública.

Quando se trata de crime societário, a denúncia não pode ser genérica.

Ela deve estabelecer o vínculo do administrador ao ato ilícito que lhe está sendo imputado.

É necessário que descreva, de forma direta e objetiva, a ação ou omissão da paciente.

Do contrário, ofende os requisitos do CPP, art. 41, e os Tratados Internacionais sobre o tema.

Igualmente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Denúncia que imputa co-responsabilidade e não descreve a responsabilidade de cada agente é inepta.

O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo).

A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não-descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva.

Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar.

Outra é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado.

Habeas deferido.» (HC nº 80.549, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, unânime, *DJ* 24-8-2001).

Ainda que superada a inépcia da inicial, observo que o acusado **Paulo César de Oliveira Lima** juntou documentos que indicam que, ao tempo dos acontecimentos narrados na denúncia, esse não ocupava qualquer cargo administrativo na associação (cópias das Atas das Assembléias Gerais Extraordinárias, realizadas com o fim de eleger

os membros da diretoria e do Conselho Fiscal, nos períodos de 7-6-1986 a 6-6-1991, 7-6-1991 a 6-6-1996 e 7-6-1996 a 6-6-2001, fls. 403-410).

Some-se a isso o fato de não ter cuidado a peça acusatória de apontar a razão pela qual somente o deputado federal deva ser incriminado. Afinal, sua posição na APEC era a mesma dos 32 (trinta e dois) outros membros da associação, como demonstra a relação de associados à fl. 411.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre questão análoga no HC nº 73.590, cuja ementa transcrevo:

«***Habeas corpus* — Delito societário — Crime contra a ordem tributária — Lei nº 8.137/90 — Cotista minoritário (1% das quotas sociais) — Inexistência de poder gerencial e decisório — Impossibilidade de incriminar quotista sem a efetiva comprovação de conduta específica que o vincule ao evento delituoso — Insubsistência da condenação penal decretada — Pedido *deferido*.**

Processo penal acusatório — Obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta.

O sistema jurídico vigente no Brasil — tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático — impõe ao Ministério Público a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do *due process of law*, ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro repudia as acusações genéricas e repele as sentenças indeterminadas.

Persecução penal dos delitos societários — Sócio quotista minoritário que *não exerce* funções gerenciais — Condenação penal invalidada.

O simples ingresso formal de alguém em determinada sociedade civil ou mercantil — que nesta não exerça função gerencial e nem tenha participação efetiva na regência das atividades empresariais — não basta, só por si, especialmente quando ostente a condição de *quotista* minoritário, para fundamentar qualquer juízo de culpabilidade penal. A mera invocação da condição de *quotista*, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que vincule o sócio ao resultado criminoso, não constitui, nos delitos societários, fator suficiente apto a legitimar a formulação da acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.

A circunstância objetiva de alguém meramente ostentar a condição de sócio de uma empresa não se revela suficiente para autorizar qualquer presunção de culpa e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a decretação de uma condenação penal.» (HC nº 73.590, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, unânime, *DJ* 13-12-1996).

3. Assim, no que diz respeito ao acusado **Paulo César de Oliveira Lima**, ante a verificação de sua inépcia, **rejeito a denúncia**.

Rejeitada a denúncia em relação ao denunciado que detém o foro privilegiado, resta o exame do recebimento ou rejeição da denúncia contra os demais acusados, tarefa essa que foge à competência desta Corte.

Ante o exposto, encaminhem-se os autos ao juízo de origem, para decidir pelo recebimento ou rejeição da denúncia oferecida contra **Odeval José Gonçalves** e **Helena Aparecida Silvério**, como entender de direito.

EXTRATO DA ATA

Inq 1.656/SP — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Autor: Ministério Público Federal. Denunciados: Paulo César de Oliveira Lima (Advogados: Álvaro Ferri Filho e Mara Podolsky e outros), Odeval José Gonçalves e Helena Aparecida Silvério.

Decisão: O Tribunal, por decisão unânime, rejeitou a denúncia contra o primeiro indiciado, Paulo César de Oliveira Lima, e, relativamente aos demais denunciados, determinou a remessa dos autos ao juízo de origem para que proceda como entender de direito. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello e, neste julgamento, os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim e Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 18 de dezembro de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.530 — DF

Relator: O Sr. Ministro Sydney Sanches

Requerente: Procurador-Geral da República — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

— Direito constitucional e eleitoral: candidatura nata. Princípio da isonomia entre os pré-candidatos. Autonomia dos partidos políticos.

Ação direta de inconstitucionalidade do parágrafo 1° do artigo 8° da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997, segundo o qual:

«§ 1° Aos detentores de mandato de deputado federal, estadual ou distrital, ou de vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qual-

quer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados».

Alegação de ofensa aos artigos 5°, *caput*, e 17 da Constituição Federal.

Pedido de medida cautelar de suspensão da norma impugnada.

Plausibilidade jurídica da ação, reconhecida, por maioria (8 votos x 1), sendo 3 com base em ambos os princípios (da isonomia, art. 5°, *caput*, e da autonomia partidária, art. 17) e 5, apenas, com apoio nesta última.

***Periculum in mora* também presente.**

Cautelar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir a medida cautelar para suspender a eficácia do § 1° do artigo 8° da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997, vencido o Ministro *Ilmar Galvão*, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro *Marco Aurélio*, Presidente.

Brasília, 24 de abril de 2002 — Ilmar Galvão, Presidente — Sydney Sanches, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sydney Sanches: 1. O Exmo. Sr. **Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro**, promove a presente **ação direta de inconstitucionalidade** do § 1° do art. 8° da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997, que diz:

«Art. 8° - A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 10 a 30 de junho do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral.

§ 1° - Aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados.»

2. Sustenta o autor, na inicial, que esse § 1° contraria os artigos 17 e 5°, *caput*, da Constituição Federal.

3. Com a inicial, os documentos de fls. 7/60.

4. Havendo requerimento de medida cautelar de suspensão da norma impugnada, trago os autos à consideração do E. Plenário (art. 170, § 1°, do RISTF).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches (Relator): 1. Na inicial, depois de transcrever o texto do § 1° do art. 8° da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, o autor pede a declaração de inconstitucionalidade e sua suspensão cautelar, nos termos seguintes (fl. 3, item 3, a fl. 6, item 20, inclusive):

«3. O presente ajuizamento atende solicitação do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral de manifestação do Procurador-Geral Eleitoral acerca da matéria objeto da Consulta n° 713, formulada pelo nobre Senador Roberto Requião do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB àquela Colenda Corte, em que se argüi a inconstitucionalidade do § 1° do art. 8° da Lei n° 9.504/97 (cópia do processo em anexo).

4. A norma atacada padece do vício de inconstitucionalidade material.

5. A Carta Política, ao tratar dos partidos políticos, no título referente aos direitos e garantias fundamentais, assim dispõe:

«Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1°. É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.»

6. Ademais, vale consignar a disposição constitucional que consagra expressamente o princípio da igualdade:

«*Art. 5°. 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» (sem ênfase no original).

7. O princípio da igualdade, que permeia todo o sistema jurídico, consubstancia, no âmbito do Direito Eleitoral, a garantia de todos concorrerem, em igualdade de condições, aos cargos políticos. Nesse diapasão, o instituto da candidatura nata traduz privilégio injustificável, eis que favorece mais a uns do que a outros o exercício da capacidade eleitoral passiva.

8. O dispositivo infraconstitucional ora atacado assegura o registro de candidatura, para o mesmo cargo e pelo partido a que estejam filiados, aos detentores de mandato de Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital e Vereador, ou aos que tenham exercido esses mesmos cargos em qualquer período da legislatura em curso.

9. Anote-se que o instituto da candidatura nata foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 6.055/74. Nada obstante, a hipótese em exame não admite a incidência da regra de boa razão, segundo a qual se afasta a declaração de inconstitucionalidade de norma há muito inserida no ordenamento jurídico. Isso porque não mais se justifica a preocupação de se assegurar aos parlamentares o livre exercício de seus mandatos, de sorte a afastar o risco de se verem alijados das chapas para concorrer às eleições.

10. Tal privilégio, diante do contexto atual, não mais se justifica.

11. Vale dizer, o caso em exame revela verdadeira «mutação constitucional», na medida em que se impõe uma nova interpretação de privilégio que hoje não se afigura razoável.

12. Noutro giro, o instituto da candidatura nata não se coaduna com o princípio constitucional da autonomia partidária. A legislação infraconstitucional, ao impor aos partidos políticos o privilégio — como visto, injustificado — de candidatura dos atuais parlamentares, malfere a garantia assegurada aos partidos de livre escolha de seus candidatos, contrastando com a norma inserta no artigo 17 da *Lex Legum.*

13. Impende frisar, ainda, que o indigitado dispositivo legal, por vezes, cria situação insustentável dentro da democracia que necessariamente trespassa a organização partidária, na medida em que impõe candidatura, ainda que a legenda opte por não promovê-la.

14. Cabe aos partidos escolher livremente seus candidatos, por meio de convenções, razão pela qual não se admite que a norma infraconstitucional crie situações imutáveis de candidatura, vale dizer, contra a vontade soberana do partido político.

15. A propósito, vale colacionar o entendimento esposado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ao versar sobre o tema, em voto proferido no julgamento do Recurso nº 12.242/DF, no Colendo Tribunal Superior Eleitoral, em 18/8/1994:

> «(...)
>
> O que não consigo é me afastar da violação do princípio da igualdade, que está subjacente a todo o Direito Eleitoral, da *pars conditio concorrencio*, quando, numa eleição pelo sistema proporcional, se permite a um partido, por ter candidatos natos, apresentar lista mais numerosa que a das legendas adversárias: tenho, assim, por inconstitucional o § 2º do art. 8º da mesma Lei nº 8.713, o que, salvo engano, leva, no caso concreto, ao conhecimento e provimento do recurso para determinar, a exclusão de um dos candidatos indicados, conforme deliberem os partidos componentes da Coligação.»

16. Ademais, é de reconhecer que, tendo em vista o excepcional interesse social e as conseqüências da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo normativo ora impugnado, mormente porque o pleito geral realizado em 1998 e as eleições municipais de 2000 foram ambas reguladas pela Lei nº 9.504/97,

vislumbra-se a possibilidade de aplicação da norma inserta no art. 27, da Lei nº 9.868/99, que assim dispõe, *verbis*:

> «Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.»

17. Assim, resta demonstrada a inconstitucionalidade material do § 1º do art. 8º da Lei nº 9.504/97, consubstanciando o *fumus boni iuris* das alegações acima expendidas. Relativamente ao *periculum in mora*, é evidente o prejuízo irreparável ou de dificílima reparação, mormente no que se refere à inscrição das candidaturas pelos partidos políticos, com vistas ao pleito do ano de 2002.

18. Presentes os requisitos exigidos à concessão da medida cautelar, com eficácia *ex nunc*, nos termos previstos no art. 10, da Lei nº 9.868/99, e no art. 170, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pleiteia-se a suspensão *ad cautelam* do § 1º do art. 8º da Lei nº 9.504/97.

19. Requer, ainda, que, colhidas as informações necessárias e ouvido o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República, seja determinada a abertura de vista dos autos a esta Procuradoria-Geral da República, para manifestação a respeito do mérito, pedindo, ao final, julgue-se procedente o pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 8º da Lei nº 9.504/97.

20. Pede deferimento.»

2. Estas as informações do Exmo. Sr. Presidente da República, **Fernando Henrique Cardoso**, subscritas pela Coordenadora **Ana Cláudia Manso S. O. Rodrigues** e aprovadas pelo Advogado-Geral da União, Dr. **Gilmar Ferreira Mendes** (fls. 71/95):

> «I. Da alegada ofensa ao princípio da igualdade e da autonomia partidária
>
> Sustenta o Requerente que o disposto na norma impugnada violaria o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, pois garante que todos concorram, em igualdade de condições, aos cargos políticos. Assim é que afirma: «Nesse diapasão o instituto da candidatura nata traduz privilégio injustificável, eis que favorece mais a uns do que a outros o exercício da capacidade eleitoral passiva.» (fl. 2 da inicial). Afirma ainda que a norma impugnada viola a autonomia dos partidos políticos, visto que «ao impor aos partidos políticos o privilégio [...] de candidatura dos atuais parlamentares, malfere a garantia assegurada aos partidos de livre escolha de seus candidatos.» (fl. 3 da inicial)
>
> Consoante o disposto no art. 22, I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral. Nos termos do art. 17, IV da Lei Maior, o funcionamento parlamentar há de estar de acordo com a lei. Dispõe ainda o mesmo artigo, em seu § 3º, que: «Os partidos políticos têm o direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.» Desse

modo, o constituinte originário conferiu ao legislador infraconstitucional a conformação de vários aspectos da disciplina relativa aos partidos políticos.

Firmada essa premissa, analisemos o regime democrático brasileiro, em face dos dispositivos da Constituição Federal de 1988. É sabido que o nosso texto constitucional adota o modelo de democracia semi-direta em que estão conjugadas características da democracia representativa e da democracia participativa, com ênfase naquela. Assim sendo, por força do princípio da representação (consagrado no parágrafo único do art. 1°), o poder é exercido por representantes eleitos pelo povo. Em decorrência, há toda uma regulação concernente aos partidos políticos, aos quais os eventuais candidatos e os representantes eleitos devem estar filiados.

Da leitura do texto constitucional, extrai-se que não é verdade que o nosso modelo seja de predominância da vontade do partido. Não há uma prevalência institucional absoluta dos partidos políticos. Remanesce ainda um caráter individual da política, tanto que, no sistema eleitoral brasileiro, não se vota em listas e sim na pessoa do candidato.

De fato, no nosso sistema constitucional, existe uma clara opção de atuação por meio dos partidos, mas não se deve perder de vista que a democracia representativa acaba por provocar uma tensão entre a vontade popular e a vontade das lideranças partidárias. Nessa realidade, a atuação do legislador infraconstitucional é justamente no sentido de atuar como intermediário dessa tensão e resolver esse conflito. É com essa perspectiva que se afigura constitucionalmente legítima a previsão legislativa de candidaturas natas.

Com efeito, a candidatura nata consiste em garantia da minoria partidária que se consegue representar por candidato eleito. Privilegia-se a vontade do eleitor em detrimento da aristocracia partidária. Aquele que detém densa representatividade popular não pode sofrer um golpe do caciquismo partidário. Também a ordem interna dos partidos deve corresponder a princípios democráticos (Conferir HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 142-156). Vale aqui destacar a lição de Robert Michels, em sua obra Sociologia dos Partidos Políticos (Brasília: Universidade de Brasília, 1982, p. 234):

> «O partido, como formação externa, mecanismo, máquina, não se identifica necessariamente com a totalidade dos membros inscritos, e menos ainda com a classe. Tornando-se um fim em si mesmo, dando-se propósitos e interesses próprios, ele se separa pouco a pouco da classe que representa.
>
> Num partido os interesses das massas organizadas que o compõem estão longe de coincidirem com os da burocracia que o personifica.»

Tais afirmações encontram respaldo em pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando do julgamento da Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.063, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade de norma similar à da presente Ação. Ressaltou o Ministro Celso de Mello a necessidade de uma estrutura interna democrática nos partidos políticos, *verbis*:

«Esse regime de autonomia, portanto — *que deve ser interpretado muito mais em função do estabelecimento de uma estrutura orgânica interna de caráter democrático no âmbito das agremiações partidárias* —, não pode ser invocado para excluir os partidos políticos, como se fossem entidades marginais, infensas e imunes à ação legislativa do Estado, da situação de necessária observância das regras que disciplinam o processo eleitoral em todas as suas fases.» [sem grifos no original]

Naquela oportunidade, afirmou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, afastando, inclusive, eventual ofensa da candidatura nata ao princípio da isonomia:

«Reduzida, porém, a situação de vantagem à candidatura nata tal como entendo a lei, deixo explícito que não creio plausível a alegação de que ela fira a isonomia, seja com relação ao cidadão comum, despido de qualquer mandato eletivo, seja com relação aos Senadores ou outros mandatários quaisquer.

No que toca aos cidadãos comuns, é óbvio, há opiniões favoráveis e opiniões contrárias à candidatura nata. Mas, a concessão do direito a ela ao titular atual de mandato eletivo funda-se num critério objetivo de diferenciação, um desempenho eleitoral passado, obtido pelo cidadão, a quem se assegura esse direito de voltar a concorrer, independentemente dos azares da disputa intrapartidária, ao mesmo cargo para o qual anteriormente eleito.»

Na mesma Ação, assim asseverou o eminente Ministro Néri da Silveira: «Se o diretório regional do partido pudesse vetar a candidatura nata a deputado estadual ou federal, no Estado, indisposições locais poderiam acabar por repercutir em tais candidaturas, que a Lei quis amparar.»

O Ministro Ilmar Galvão, na qualidade de Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, assim se manifestou, no julgamento do Recurso nº 12.242, em que se afirmou a constitucionalidade das candidaturas natas:

«[...] registrando ponto de vista de que se trata de norma que, [...], visa a assegurar ao exercente de mandato o direito de pleitear sua recondução ao parlamento, pondo-o a cobro de orientações do partido que possam ser contrárias à corrente por ele, eventualmente, integrada dentro da agremiação partidária; [...].» (TSE, Rel. Min. Diniz de Andrada, DJ 18.08.94)

Portanto, ao solucionar a tensão entre a vontade popular e a vontade dos caciques do partido, entendeu o legislador que, no partido, quem tem voto deve ser resguardado, e não o burocrata do partido, nem tampouco o agente econômico que o financia. O candidato já foi eleito. Logo, tem maior densidade política, que não pode ser afastada pela liderança partidária, nem sempre consentânea com os anseios do povo e certamente carente de representatividade.

Igualmente não procede a alegação de que a norma impugnada violaria o princípio da isonomia, por estar vinculada a resultados das eleições anteriores. Ora, outras disposições relativas aos partidos políticos, igualmente, estão vinculadas àqueles resultados, tais como a distribuição dos recursos integrantes do Fundo

Partidário. Com efeito, prescreve o art. 41 da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995:

«Art. 41. O Tribunal Superior Eleitoral, dentro de cinco dias, a contar da data do depósito a que se refere o § 1º do artigo anterior, fará a respectiva distribuição aos órgãos nacionais dos partidos, obedecendo aos seguintes critérios:

I - um por cento do total do Fundo Partidário será destacado para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral;

II - noventa e nove por cento do total do Fundo Partidário serão distribuídos aos partidos que tenham preenchido as condições do art. 13, *na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados*.» [sem grifos no original]

Também a distribuição de tempo para a propaganda eleitoral gratuita tem como pressuposto o resultado das eleições anteriores, e sobre eventual violação ao princípio da isonomia por essas normas, assim se pronunciou o então Ministro Francisco Rezek:

«Quanto ao princípio da isonomia, é de ver que partidos políticos são profundamente desiguais e desigualmente devem ser tratados, sobretudo no que concerne ao tempo de uso gratuito da televisão, durante o qual consumirão as energias daqueles que se entregam à tarefa de assisti-los e de compará-los para formular suas opções de voto. *Essa desigualdade não é congênita, nem é produto de desenho legislativo algum: é uma desigualdade que as urnas determinam, e que há de ser vista com respeito pelo democrata*.» [sem grifos no original] (ADIn 1.408, Rel. Min. Ilmar Galvão, RTJ 166/884-890)

Toda essa problemática sobre eventual ofensa à Constituição pela instituição da candidatura nata já foi objeto de discussão por esse Excelso Tribunal no julgamento da referida ADIn 1.063, só que sob a disciplina instituída pela Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, que estabelecia, em seu art. 8º, *verbis*:

«Art. 8º. A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 2 de abril a 31 de maio de 1994, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral, podendo ser utilizados os já existentes.

§ 1º. Aos que, na data de publicação desta lei, forem detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados na data da convenção, independentemente de sua escolha nesta, salvo deliberação em contrário do órgão de direção nacional do partido.

§ 2º. Para os fins do disposto no art. 10, não será computado no limite ali definido o número de candidatos da coligação ou partido que, na condição do parágrafo anterior, superar um terço dos lugares a preencher.»

Entendeu essa Alta Corte, não configurar a candidatura nata ofensa ao princípio da isonomia e que apenas ofenderia o princípio da autonomia partidária a

designação do órgão do partido político competente para afastar as candidaturas natas. Eis trecho da ementa do acórdão em questão:

> «*Ação direta de inconstitucionalidade — Lei nº 8.713/93 (art. 8º, § 1º, e art. 9º) — Processo eleitoral de 1994 — Suspensão seletiva de expressões constantes da norma legal — Conseqüente alteração do sentido da lei — Impossibilidade de o Supremo Tribunal Federal agir como legislador positivo — Definição legal do órgão partidário competente para efeito de recusa da candidatura nata (art. 8º, § 1º) — Ingerência indevida na esfera de autonomia partidária — [...] — Conhecimento parcial da ação — Medida liminar deferida em parte.*
>
> *Autonomia partidária*: A Constituição Federal, ao proclamar os postulados básicos que informam o regime democrático, consagrou, em seu texto, o estatuto jurídico dos partidos políticos. O princípio constitucional da autonomia partidária — além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos — cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal. *Ofende o princípio consagrado pelo art. 17, § 1º, da Constituição a regra legal que, interferindo na esfera de autonomia partidária, estabelece, mediante específica designação, o órgão do Partido Político competente para recusar as candidaturas parlamentares natas. [...].*» [sem grifos no original]

Da leitura do excerto acima transcrito, pode, inclusive, extrair-se outra conclusão. É que, caso essa Alta Corte entenda que o dispositivo impugnado é inconstitucional, seria hipótese de se proceder a uma interpretação da Lei conforme a Constituição. Com efeito assim prescreve a íntegra do art. 8º da Lei nº 9.504, de 1997:

> «Art. 8º. A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 10 a 30 de junho do ano em que se realizarem as eleições, lavrando-se a respectiva ata em livro aberto e rubricado pela Justiça Eleitoral.
>
> § 1º. Aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador, e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso, é assegurado o registro de candidatura para o mesmo cargo pelo partido a que estejam filiados.
>
> § 2º. Para a realização das convenções de escolha de candidatos, os partidos políticos poderão usar gratuitamente prédios públicos, responsabilizando-se por danos causados com a realização do evento.

Observe-se que o próprio *caput* do artigo acima transcrito, do qual o § 1º — que institui a candidatura nata — é integrante, ressalta «a escolha dos candidatos pelos partidos». Sendo assim, tendo em vista a necessidade de se interpretar a legislação da maneira mais consentânea com o texto constitucional, proceder-se-ia a uma interpretação conforme a Constituição para se interpretar o preceito im-

pugnado de maneira a se admitir a candidatura nata, salvo expressa deliberação em contrário do partido político, tal como decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIn 1.063.

II. Dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade

Pede o Requerente que, «tendo em vista o excepcional interesse social e as conseqüências da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade do dispositivo normativo ora impugnado, mormente porque o pleito geral realizado em 1998 e as eleições municipais de 2000 foram ambas reguladas pela Lei nº 9.504, de 1997», seja aplicada a norma prevista no art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Prescreve o referido preceito:

> «Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.»

Desse modo, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, pode o Supremo Tribunal Federal estabelecer que a declaração de inconstitucionalidade tenha efeito *ex nunc*. Em comentários à Lei nº 9.868, de 1999, assim leciona Gilmar Ferreira Mendes acerca dos efeitos da decisão no controle abstrato, em especial no que toca à aplicação do art. 27 do aludido Diploma Legal:

> «O dogma da nulidade da lei inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas. Fundada na antiga doutrina americana, segundo a qual '*the inconstitutional statute is not law at all*', significativa parcela da doutrina brasileira posicionou-se em favor da equiparação entre inconstitucionalidade e nulidade. Afirmava-se, em favor dessa tese, que o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição.
>
> A recepção da doutrina americana não contribuiu significativamente para o desenvolvimento de uma teoria da nulidade da lei inconstitucional no direito brasileiro. Também a fundamentação dogmática na chamada nulidade de pleno direito ou *ipso jure* jamais se afigurou precisa entre nós.
>
> Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode-se identificar tentativa no sentido de, com base na doutrina de Kelsen, abandonar a teoria da nulidade em favor da chamada teoria da anulabilidade.
>
> Segundo essa concepção, a lei inconstitucional não pode ser considerada nula, porque, tendo sido editada regularmente, gozaria de presunção de constitucionalidade, e sua aplicação continuada produziria conseqüências que não poderiam ser olvidadas.
>
> A lei inconstitucional não seria, portanto, nula *ipso jure*, mas apenas anulável. A declaração de inconstitucionalidade teria, assim, caráter

constitutivo. Da mesma forma que o legislador poderia dispor sobre os efeitos da lei inconstitucional, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período haveria de ser considerada como fato eficaz, apto a produzir conseqüências pelo menos nas relações jurídicas entre pessoas privadas e o Poder Público. Esse seria também o caso se, com a cassação de um ato administrativo, se configurasse uma quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé.

É interessante registrar a síntese da argumentação desenvolvida pelo eminente Ministro Leitão de Abreu [RE 79.343, RTJ 82/791]:

> 'Hans Kelsen, enfrentando o problema, na sua *General Theory of Law and State*, inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional.
>
> Consigna ele, em nota que figura à p. 160, desse livro: *The void ab initio theory is not generally accepted. Cf. for instance Chief Justice Hughes in Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308, U.S. 371 (1940). The best formulation of the problem is to be found in Wellington et al. Petitioners, 16 Piock. 87 (Mass., 1834), at 96: 'Perhaps, however, it may be well doubted whether a formal act of legislation can ever with strict legal propriety be said to be void; It seems more consistent with the nature of the subject, and the principles apliccable to analogous cases, to treat it as voidable'*. Com base nessa orientação jurisprudencial, escreve o famoso teórico do direito: 'A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é um ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado 'nulo'. Donde não se tratar de decisão 'declaratória', não constituindo, como se afigura, declaração de nulidade: é uma verdadeira anulação, uma anulação com força retroativa, pois se faz mister haver legalmente existente a que a decisão se refira. Logo o fenômeno em questão não pode ser algo nulo *ab initio*, isto é, o não ser legal. É preciso que esse algo seja considerado como uma força anulada com força retroativa pela decisão que a declarou nula *ab initio* (Ob. cit., p. 161).
>
> Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo *ab initio* ato legislativo que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, a meu ver, de que se cuida, em verdade de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede

a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere o *Corpus Juris Secundum*, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação de inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito, ignorar. A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo'.

Essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure*, até porque, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe a validade da lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional — ainda que por tempo limitado — representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição. A lei inconstitucional não pode criar direitos, nem impor obrigações, de modo que tanto os órgãos estatais como o indivíduo estariam legitimamente autorizados a negar obediência às prescrições incompatíveis com a Constituição.

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular essa conclusão com a necessária nitidez, é certo que também ele parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional.

Na Assembléia Constituinte de 1986-88, foi proposta a introdução de dispositivo que autorizava o Supremo Tribunal Federal a determinar se a lei que teve sua inconstitucionalidade declarada no controle abstrato de normas haveria de perder eficácia *ex tunc*, ou se a decisão deixaria de ter eficácia a partir da data de sua publicação. Esse projeto, que observava, em linhas gerais, o modelo estabelecido no art. 282, § 4°, da Constituição portuguesa, foi rejeitado.

Preservou-se, assim, orientação que considera nula *ipso jure* e *ex tunc* a lei inconstitucional.

Esse entendimento tem base constitucional. O princípio do Estado de Direito, fixado no art. 1°, a aplicação imediata dos direitos fundamentais, consagrada no § 1° do art. 5°, a vinculação dos órgãos estatais aos princípios constitucionais, que daí resulta, e a imutabilidade dos princípios constitucionais, no que concerne aos direitos fundamentais e ao processo especial de reforma constitucional, ressaltam a supremacia da Constituição. Do art. 5°, LXXI, da Constituição, que assegura a qualquer indivíduo que seja impedido de exercer um direito constitucional garantido em virtude da omissão dos órgãos legislativos o direito de reivindicar uma atividade legislativa mediante a propositura do mandado de injunção, pode-se concluir que não apenas os direitos fundamentais, mas todos os demais direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, vinculam os órgãos estatais.

A possibilidade de exercer direito a uma atividade legislativa mediante processo judicial ressalta o princípio da supremacia da Constituição e enfatiza a sua pretensão de eficácia.

O poder de que dispõe qualquer juiz ou Tribunal para deixar de aplicar a lei inconstitucional a um determinado processo (CF, arts. 97 e 102, III, *a*, *b* e *c*) pressupõe a invalidade da lei e, com isso, a sua nulidade. A faculdade de negar aplicação à lei inconstitucional corresponde ao direito do indivíduo de recusar-se a cumprir a lei inconstitucional, assegurando-se-lhe, em última instância, a possibilidade de interpor recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal contra decisão judicial que se apresente, de alguma forma, em contradição com a Constituição (art. 102, III, *a*).

Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. Porém, a Lei nº 9.868 contém disposição (art. 27) que autoriza o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, a restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou a estabelecer que ela tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, desde que tal deliberação seja tomada pela maioria de dois terços de seus membros. A inovação em tela merece ser justificada.

A falta de um instituto que permita estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acaba por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

Por isso, assevera Garcia de Enterría, forte na doutrina americana, que '*la alternativa a la prospectividad de las Sentencia no es, pues, la retroactividad de las mismas, sino la abstención en el descubrimiento de nuevos critérios de efectividad de la Constitución, el estancamiento en su interpretación, la renuncia, pues, a que los Tribunales Constitucionales cumplan una de sus funciones capitales, la de hacer una living Constitution, la de adaptar paulatinamente esta a las nuevas condiciones sociales*'.

É interessante notar que, nos próprios Estados Unidos da América, onde a doutrina acentuara tão enfaticamente a idéia de que a expressão 'lei inconstitucional' configurava uma *contradictio in terminis*, uma vez que '*the inconstitutional statute is not law at all*', passou-se a admitir, após a Grande Depressão, a necessidade de se estabelecerem limites à declaração de inconstitucionalidade.

A Suprema Corte americana vem considerando o problema proposto pela eficácia retroativa de juízos de inconstitucionalidade a propósito de decisões em processos criminais. Se as leis ou atos inconstitucionais nunca existiram enquanto tais, eventuais condenações nelas baseadas quedam ilegítimas e, portanto, o juízo de inconstitucionalidade implicaria a possibilidade de impugnação imediata de todas as condenações efetuadas sob a vigência da norma inconstitucional. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade afeta tão-somente a demanda em que foi levada a efeito, não há que se cogitar de alteração de julgados anteriores.

Sobre o tema, afirma Tribe:

'No caso Linkletter v. Walker, a Corte rejeitou ambos os extremos: 'a Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo.' Parafraseando o *Justice* Cardozo pela assertiva de que 'a constituição federal nada diz sobre o assunto', a Corte de Linkletter tratou da questão da retroatividade como um assunto puramente de política (política judiciária), a ser decidido novamente em cada caso. A Suprema Corte codificou a abordagem de Linkletter no caso Stovall v. Denno: «Os critérios condutores da solução da questão implicam (a) o uso a ser servido pelos novos padrões, (b) a extensão da dependência das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei com relação aos antigos padrões, e (c) o efeito sobre a administração da justiça de uma aplicação retroativa dos novos padrões.'

Por sua vez, a Constituição portuguesa, na versão da Lei Constitucional de 1982, consagrou fórmula segundo a qual, quando a segurança jurídica, razões de eqüidade ou interesse público de excepcional relevo o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto em geral (art. 281° (4).

Vale registrar, a propósito, a opinião abalizada de Jorge Miranda:

'A fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar; destina-se a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de inconstitucionalidade; é uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização.

Uma norma como a do art. 282, n° 4, aparece, portanto, em diversos países, senão nos textos, pelo menos na jurisprudência.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra — embora não sempre — um resultado juridicamente errado.

A primeira vista, oposto à fixação dos efeitos é o *judicial self-restraint*, que consiste (como o nome indica) numa autolimitação dos tribunais ou do tribunal de constitucionalidade, não ajuizando aí onde considere que as opções políticas do legislador devem prevalecer ou ser insindicáveis. Mas talvez se trate apenas de uma aparente restrição, porquanto não interferir, não fiscalizar, não julgar pode inculcar, já por si, uma aceitação dos juízos do legislador e das suas estatuições e, portanto, também uma definição (embora negativa) da inconstitucionalidade e dos seus eventuais efeitos.'

Embora a Constituição espanhola não tenha adotado instituto semelhante, a Corte Constitucional, marcadamente influenciada pela experiência constitucional alemã, passou a adotar, desde 1989, a técnica da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, como reportado por Garcia de Enterría:

> *'La reciente publicación en el Boletín Oficial del Estado de 2 de marzo último de la ya famosa Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, sobre inconstitucionalidad del sistema de liquidación conjunta del Impuesto sobre la Renta de la «unidad familiar» matrimonial, permite a los juristas una reflexión pausada sobre esta importante decisión del Tribunal Constitucional, objeto ya de multitud de Comentários periodísticos.*
>
> *La decisión es importante, en efecto, por su fondo, la inconstitucionalidad que declara, tema en el cual no parece haberse producido hasta ahora, discrepancia alguna. Pero me parece bastante mas importante aún por la innovación que ha supuesto en la determinación de los efectos de esa inconstitucionalidad, que el fallo remite a lo «que se indica en el Fundamento undécimo» y éste explica como una eficácia pro futuro, que no permite reabrir las liquidaciones administrativas o de los propios contribuyentes (autoliquidaciones) anteriores.'*

O próprio Supremo Tribunal Federal tem apontado as insuficiências existentes no âmbito das técnicas de decisão no processo de controle de constitucionalidade.

Os casos de omissão parcial mostram-se extremamente difíceis de serem superados no âmbito do controle de normas em razão da insuficiência das técnicas de controle disponíveis.

Essa peculiaridade restou evidenciada na ADIn 526 [Relator Ministro Sepúlveda Pertence, RTJ 145/101], oferecida contra a Medida Provisória nº 296, de 1991, que concedia aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público, em alegado desrespeito ao disposto no art. 37, X, da Constituição. Convém se registre passagem do voto proferido pelo eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do pedido de concessão de medida cautelar:

> 'Põe-se aqui, entretanto, um problema sério e ainda não deslindado pela Corte, que é um dos tormentos do controle da constitucionalidade da lei pelo estalão do princípio da isonomia e suas derivações constitucionais.
>
> Se a ofensa à isonomia consiste, no texto da norma questionada, na imposição de restrição a alguém, que não se estenda aos que se encontram em posição idêntica, a situação de desigualdade se resolve sem perplexidade pela declaração da invalidez da constrição discriminatória.
>
> A consagração positiva da teoria da inconstitucionalidade por omissão criou, no entanto, dilema cruciante, quando se trate, ao contrário, de ofensa à isonomia pela outorga por lei de vantagem a um ou mais grupos com exclusão de outro ou outros que, sob o ângulo considerado, deveriam incluir entre os beneficiários.
>
> É a hipótese, no quadro constitucional brasileiro, de lei que, à vista da erosão inflacionária do poder de compra da moeda, não dê alcance universal à

revisão de vencimentos, contrariando o art. 37, X, ou que, para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas, fixe vencimentos dispares, negando observância à imposição de tratamento igualitário do art. 39, § 1°, da Constituição.

A alternativa que aí se põe ao órgão de controle é afirmar a inconstitucionalidade positiva de norma concessiva do benefício ou, sob outro prisma, a da omissão parcial consistente em não ter estendido o benefício a quantos satisfizessem os mesmos pressupostos de fato subjacentes à outorga (Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 1992, 333 ss.; 339; *Direito Constitucional*, 1986, pág. 831; Gilmar F. Mendes, *Controle de Constitucionalidade*, 1990, págs. 60 ss.; Regina Ferrari, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 1990, págs. 156 ss.; Carmem Lúcia Rocha, *O Princípio Constitucional da Igualdade*, 1990, pág. 42): «a censurabilidade do comportamento do legislador» — mostra Canotilho (*Constituição Dirigente* cit., pág. 334), a partir da caracterização material da omissão legislativa — «tanto pode residir no acto positivo — exclusão arbitrária de certos grupos das vantagens legais — como no procedimento omissivo — emanação de uma lei que contempla positivamente um grupo de cidadão, esquecendo outros».

Se se adota a primeira solução — a declaração de inconstitucionalidade da lei por «não favorecimento arbitrário» ou «exclusão inconstitucional de vantagem» — que é a da nossa tradição (v. g. RE 102.553, 21-8-86, RTJ 120/725) — a decisão tem eficácia fulminante, mas conduz a iniqüidades contra os beneficiados, quando a vantagem não traduz privilégio, mas imperativo de circunstâncias concretas, não obstante a exclusão indevida de outros, que ao gozo dela se apresentariam com os mesmos títulos.

É o que ocorreria, no caso, com a suspensão cautelar da eficácia da medida provisória, postulada na ADIn 525: estaria prejudicado o aumento de vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem que daí resultasse benefício algum para os excluídos do seu alcance.

A solução oposta — a da omissão parcial —, seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento alegadamente, simples reajuste monetário —, a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos.

A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2°, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei — seja ela absoluta ou relativa, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra.

De resto, como assinalam estudiosos de inegável autoridade (v.g. Gilmar Mendes, cit. pág. 70), o alvitre da inconstitucionalidade por omissão parcial ofensiva da isonomia — se pôde ser construída, a partir da Alemanha, nos regimes do monopólio do controle de normas pela Corte Constitucional —, suscita problemas relevantes de possível rejeição sistemática, se se cogita de transplantá-la para a delicada simbiose institucional que se traduz na conveniência, no direito brasileiro, entre o método de controle direto e concentrado no Supremo Tribunal e o sistema difuso.

Ponderações que não seria oportuno expender aqui fazem, porém, com que não descarte de plano a aplicabilidade, no Brasil, da tese da inconstitucionalidade por omissão parcial. Ela, entretanto, não admite antecipação cautelar, sequer, limitados efeitos de sua declaração no julgamento definitivo; muito menos para a extensão do benefício aos excluídos, que nem na decisão final se poderia obter.'

Evidente, pois, que a declaração de nulidade não configura técnica adequada para a eliminação da situação inconstitucional nesses casos de omissão legislativa. Uma cassação aprofundaria o estado de inconstitucionalidade.

Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g.: lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.» (MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle Abstrato de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 313-324).

Adotadas essas considerações, é de se reconhecer que a hipótese em exame bem se enquadra no permissivo legal a justificar a adoção de eventual declaração de inconstitucionalidade ou interpretação conforme com efeitos *ex nunc* por esse Excelso Tribunal. Duas eleições já foram realizadas com base no dispositivo impugnado; este preceito encontra-se em vigor há quatro anos; sua declaração de inconstitucionalidade *ex tunc* seria absolutamente contrária ao princípio da segurança jurídica que rege o Estado Democrático de Direito. Até porque, a eventual declaração de inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* acabaria por trazer à discussão a ressurreição da disciplina do art. 8º da Lei nº 8.713, de 1993, que, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, reconhece a candidatura nata, salvo expressa manifestação em contrário do partido político. Ou seja: alcançar-se-ia o mesmo resultado que o aqui defendido por meio de realização de interpretação do dispositivo vergastado conforme a Constituição, caso esse Supremo Tribunal Federal não reconheça a sua absoluta legitimidade constitucional.

Essas ponderações, portanto, estão a sugerir que, porventura não reconhecida a constitucionalidade do dispositivo impugnado, à declaração de inconstitucionalidade ou à interpretação conforme sejam conferidos efeitos apenas para o futuro.

III. Da ausência dos pressupostos para a concessão da liminar

As razões acima expostas explicitaram a absoluta ausência de plausibilidade jurídica das alegações, afastando o atendimento ao requisito consubstanciado no *fumus boni iuris* e inviabilizando a concessão da medida cautelar pleiteada. Do mesmo modo, encontra-se ausente o *periculum in mora* indispensável à concessão da medida cautelar, pois impugna-se lei há muito vigente. Com efeito, assentou esse Supremo Tribunal Federal:

«A orientação do STF é que, em princípio — e, sobretudo em matéria tributária, onde o *periculum in mora* é, de regra, bilateral — não se defere a suspensão Liminar de preceitos que já vigem há diversos anos» (vide, a respeito, ADIMC nº 77-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.04.93, p. 6918).

Do mesmo modo, decidiu-se, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 534:

«O tardio ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, quando já decorrido lapso temporal considerável desde a edição do ato normativo impugnado, desautoriza — não obstante o relevo jurídico da tese deduzida — o reconhecimento da situação configuradora do *periculum in mora*, o que inviabiliza a concessão da medida cautelar postulada» (ADIMC nº 534, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08.04.94, p. 7239).

No mesmo sentido, leia-se:

«O lapso temporal decorrido entre o começo da vigência da lei questionada e o ajuizamento da ação é de mais de seis anos. Inocorre o requisito do *periculum in mora*, essencial ao acolhimento da medida cautelar.» (ADIMC nº 1.950, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 18.12.00, p. 54).

Como sabido, impugna-se nos autos dispositivo da Lei nº 9.504, de 1997, vigente, portanto, há quatro anos. A concessão da cautelar aqui acarretaria exatamente aquilo a que o controle abstrato de normas é chamado, precipuamente, a fazer frente: a insegurança jurídica, até porque eleições foram realizadas com a observância do seu mandamento.

Não procede, tampouco, pelas razões expostas anteriormente, a alegação do Requerente no sentido de que «não mais se justifica a preocupação de se assegurar aos parlamentares o livre exercício de seus mandatos, de sorte a afastar o risco de se verem alijados das chapas para concorrer às eleições.» E que: «Tal privilégio diante do texto atual não se justifica.» (fl. 3 da inicial). Como visto, em decisão proferida em 18 de maio de 1994, no julgamento da referida ADIN 1.063, esse Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a previsão da candidatura nata, em contexto político não muito diferente do atual.

Dessarte, resta evidenciada a ausência dos pressupostos específicos para a concessão de cautelar no caso em exame.

Por fim, diante dos argumentos acima utilizados, e tendo em vista a grande relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, requer-se a aplicação do art. 12 da Lei 9.868, de 1999, para que a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade seja diretamente submetida ao Plenário do Tribunal, a fim de que seja ela definitivamente julgada.

A relevância da matéria e o seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica mostram-se insofismáveis. Com efeito, o processo eleitoral do ano de 2002 se avizinha e o disciplinamento da Lei nº 9.504, de 1997, interferirá diretamente naquele processo, de modo que uma solução definitiva para o caso antes mesmo das citadas eleições seria essencial para o próprio aperfeiçoamento

do sistema democrático brasileiro. Ademais, é irrefutável que a matéria é de fundamental importância para as relações sociais, pois concretiza princípios básicos dispostos na Constituição Brasileira, como estabelecidos pelo art. 1° da Carta.

IV. Da conclusão

As razões ora expostas evidenciam a inexistência dos requisitos de plausibilidade jurídica da impugnação e do *periculum in mora* necessários à concessão da medida cautelar pretendida, na hipótese de essa Alta Corte não julgar o mérito de logo. Do mesmo modo, não se vislumbram razões para o deferimento definitivo do pedido cujo exame a Advocacia-Geral da União reserva-se ainda o direito de, oportunamente, levar a efeito. Quanto ao mérito, caso assim não entenda esse Excelso Tribunal, seria o caso de se proceder a uma interpretação conforme a Constituição para se interpretar o preceito impugnado de maneira a se admitir a candidatura nata, salvo expressa deliberação em contrário do partido político, tal como decidido por essa Corte no julgamento da ADIN 1.063. De qualquer sorte, pelos motivos já apresentados, haveria que se conceder eficácia *ex nunc* à decisão.»

3. E as informações do Congresso Nacional, encaminhadas pelo Presidente do Senado Federal, Senador **Ramez Tebet**, subscritas pelo Advogado **José Expedito de Andrade Fontes** e aprovadas pelo Advogado-Geral **Alberto Machado Cascais Meleiro** (fls. 101/105):

«Objetivam, estas informações, unicamente, enfrentar, o pedido específico de liminar com efeito suspensivo, constante da exordial, dentro do qüinqüídio legal, não adentrando, de modo algum, no terreno meritório da prestação jurisdicional buscada.

Constata-se, entretanto, que a i. peça processual não demonstra que estejam concorrendo os dois pressupostos para a concessão da medida urgente.

De fato, por mais que se perquira na peça inicial, nem de longe se vislumbra em momento algum o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, demonstrados com objetividade. O que se extrai são juízos de valor eminentemente subjetivos sobre o tema mas que de forma nenhuma assenta a lógica da razão.

A jurisprudência da E. Corte Suprema já pacificou que a concessão de liminar em sede de ação indireta de inconstitucionalidade exige como requisitos destacados, que o autor demonstre na exordial de forma induvidosa, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Analisemos, então, se concorrem quaisquer dos requisitos. Vejamos, primeiramente, a questão do direito. Como fumaça desse direito, o autor indica a inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do art. 8° que assegura o registro da candidatura para o mesmo cargo para os deputados e vereadores, sustentando que o princípio da igualdade inscrito no texto constitucional é a garantia de que todos podem concorrer em igualdade de condições aos cargos políticos.

«Nesse diapasão, o instituto da candidatura nata traduz privilégio injustificável, eis que favorece mais a uns do que a outros o exercício da capacidade eleitoral passiva.»

Data venia, não salta aos olhos esse direito indicado pelo Requerente, porque não existe ali qualquer proibição ou restrição quanto aos outros possíveis candidatos, podendo todos serem postos em igualdade de condições até a eleição.

De outro lado, é bom de ver que o dispositivo busca tão somente assegurar 'o direito de que tais detentores dos cargos citados possam concorrer as eleições sem necessidade de desincompatibilização anterior, já que a Lei Complementar nº 64 de 1990 exigia um prazo de desincompatibilização de 06 (seis) meses para que pudessem concorrer ao mesmo cargo.

Poder-se-ia alegar, ainda, em defesa do dispositivo atacado, que se algum privilégio pudesse gerar o § 1º do art. 8º da Lei nº 9.504/97, isso teria ocorrido somente nas primeiras eleições subseqüentes à vigência da lei, em 1998, eis que estaria alterando uma condição subjetiva inerente aos ocupantes dos cargos de Deputado Federal, Estadual, Distrital e Vereador, surpreendendo, inclusive, os eleitores que tinham outorgado o mandato para determinadas condições e limites previstos na lei.

Todavia, o pleito que se realiza quando todas as condições já estavam estabelecidas desde a eleição anterior, *data venia*, tais condições foram outorgadas também pelo exercício do voto. Se assim é quando o povo elege determinado representante para que exerça o mandato em determinado período maior ou menor, assim também será quando elege determinado representante sabendo que ele não terá necessidade de desincompatibilizar-se previamente para concorrer à próxima eleição. Aí não houve alteração de uma situação pré-existente. Ao contrário, houve uma outorga dentro de determinadas condições e limites previstos anteriormente na lei.

Ademais, é bom observar que a lei não obriga a candidatura do detentor daquelas condições previstas. Quando ela diz que assegura o registro, na verdade está colocando uma possibilidade no campo potestativo. Mas quem definirá se o detentor do mandato deverá sair candidato será o partido, porque o partido terá como controlar a situação se acaso algum candidato desrespeitar seus estatutos e suas convenções.

Dessa forma, não resta demonstrada fumaça do bom direito a favor do Requerente nem *an passant*.

No que diz respeito ao *periculum in mora*, ou que o dispositivo atacado está na iminência de acarretar graves transtornos, com lesão de difícil reparação, aí a dificuldade do Autor é maior porque isso definitivamente inocorre.

No dizer do i. *Reis Friede*, *in*, *Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares*, Forense, fls. 181, «sem a menor sombra de dúvida o *periculum in mora* constitui-se no primeiro e mais importante dos requisitos indispensáveis para a concessão de medidas liminares.»

Cita ainda, o i. Professor, os seguintes arestos:

> «(...) Indeterminado o perigo na demora não há como subsistir decisão concessiva de liminar» (ac. 3ª T/TFR - 2ª R.: A.I. 90.02.24586 - RJ (p/m), rel. des. Arnaldo Lima, R.T.R.F. 2ª Região nº 1).

«Tendo-se como não configurado o pressuposto de existência de grave dano de incerta reparação, embora possam ser relevantes os fundamentos que dão base à ação, é de negar a medida cautelar» (ac. SP/STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 33-I/DF (u), rel. min. Aldir Passarinho, Adcoas BJA t (28.02.90), 126.439, p. 86).

Como se vê, a rigor o primeiro pressuposto para a concessão da liminar é a urgência da medida.

Vejamos, então, o que o Autor indica como pressuposto da urgência:

«Relativamente ao *periculum in mora*, é evidente o prejuízo irreparável ou de dificílima reparação, mormente no que se refere à inscrição das candidaturas pelos partidos políticos, com vistas ao pleito do ano de 2.002.»

É evidente que, *data venia*, isso não é fundamentação de perigo da demora. Ainda que estivesse na iminência de acontecerem as eleições de 2.002, está faltando a fundamentação jurídica, ou causa de pedir, que deve embasar todos os pedidos. De logo se vê que o pedido é inepto.

Ainda que se ultrapasse a necessidade de fundamentação, somente para argumentar, vejamos se o evento «eleições de 2.002» poderia dar suporte ao pleito.

Consoante o artigo primeiro da Lei nº 9.504/97, as eleições se realizarão em todo o país no primeiro domingo de outubro de 2.002.

Já o *caput* do mesmo artigo oitavo impugnado, tem a seguinte redação:

«A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 10 a 30 de junho do ano em que se realizarem as eleições (...)»

Como se vê, uma antecedência de 10 (dez) meses, *concessa venia*, não revela essa premência capaz de justificar a urgência requerida para o deferimento de uma medida liminar.

Ademais é importante grifar que a Lei nº 9.504, com o dispositivo questionado, está em vigor desde setembro de 1997, e já regeu as eleições que aconteceram em 1.998. No ano de 2.001, no mês de outubro, não existe qualquer fato que possa indicar urgência de uma medida retirando determinado dispositivo da vida jurídica. Assim, resta absolutamente indemonstrado o pressuposto do perigo na demora para a apreciação do mérito.

Estas as informações a serem prestadas quanto ao pedido de concessão liminar com efeito suspensivo, formulado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade sob nº 2530 ajuizada pelo I. Procurador-Geral da República.»

4. A um primeiro exame, considero não violado, pela norma em questão, o princípio da isonomia, ao consagrar a candidatura nata do detentor de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador.

Valho-me, no ponto, das objeções levantadas nas informações da Presidência da República.

5. Apenas observo que, na ADI nº 1.063, de que foi Relator o Ministro **Celso de Mello**, o Supremo Tribunal Federal não conheceu da ação, no ponto em que se pretendia, com a supressão de certas expressões («Deputado Federal, Estadual ou Distrital»), ampliar o campo das candidaturas natas, para que nele estivessem abrangidos os detentores de mandato de senador.

Vale dizer, não chegou a examinar se a candidatura nata, em si, como prevista no texto do § 1º do art. 8º da Lei nº 8.713, de 30-9-1993, feria, ou não, o princípio da isonomia, no confronto entre os por ela abrangidos e os cidadãos comuns, não detentores dos mesmos mandatos.

Entendeu a Corte, nesse ponto, que não poderia se converter em legislador positivo, ampliando o texto da norma e por isso concluiu pelo não-conhecimento.

6. Aqui, porém, se ataca o § 1º do art. 8º da Lei nº 9.504/97, ao consagrar o critério da candidatura nata, para que seja suspenso e declarado inconstitucional, por violação a tal princípio (o da isonomia).

7. Quanto a isso, afora as objeções da Presidência da República, que, a um primeiro exame, adoto, devo lembrar precedente do Tribunal Superior Eleitoral, no mesmo sentido, quando a unanimidade entendeu inocorrente tal violação.

Refiro-me ao Recurso Especial nº 12.242, relatado pelo Ministro **Diniz de Andrada**, que, no ponto, assim se pronunciou:

> «O tema da candidatura nata não é novo no Direito Eleitoral.
>
> Sustenta o recorrente, buscando arrimo em doutrinadores que esse dispositivo desequilibra «as chances asseguradas aos concorrentes do pleito eleitoral», ferindo vários dispositivos constitucionais, pois institui privilégio.
>
> Lembro-me que o instituto foi introduzido na Lei nº 6.055, de 17 de junho de 1974, destinada a regular as eleições daquele ano. Precisamente, no art. 8º, no § 3º, dispunha-se:
>
> > «Aos atuais Deputados Federais e estaduais, candidatos natos à reeleição, fica assegurado o direito de concorrerem com o mesmo número da eleição anterior.»
>
> Nego que o princípio tenha origem espúria. Muito ao contrário. Ele representa uma corajosa posição do Parlamento às direções partidárias, que, muitas vezes, se submetiam aos arreganhos do Executivo, em época muito lembrada, mas nada saudosa. Foi a maneira de garantir aos parlamentares o livre exercício dos seus mandatos, sem o risco de se verem alijados das chapas para concorrer às eleições.
>
> O preceito da igualdade de todos perante a lei que se pretende afrontado esteve presente em todas as nossas Constituições, assim também o de que os representantes do povo devem provir do voto. E nunca a candidatura nata deixou de com eles conviver, nem jamais a fulminou o Supremo Tribunal, porque ela não importa desrespeito o princípio maior algum, mas resulta do simples direito que tem o legislador de estabelecer as regras de um pleito.

A atual Constituição insculpiu como norte a autonomia dos partidos, prestigiando-os no que toca à sua estruturação, ao seu funcionamento, aos seus estatutos. A Lei nº 8.713 afeiçoou-se a essa solução, pois não impôs a candidatura nata — deixou-a, expressamente, à vontade do partido. No silêncio da direção partidária, o candidato nato integra a chapa; todavia se houver deliberação em contrário, por parte do órgão partidário, o candidato não figurará na relação.

Não consigo, por esses motivos, enxergar a inconstitucionalidade alegada.»

8. Em seguida, votou o Ministro **Torquato Jardim**, dizendo:

«Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator, não sem registrar o tema da inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 8º, que enfrentaria, não fora uma peculiaridade destacada pelo eminente Relator: trata-se de uma opção a decisão do partido; não é uma imposição, como no passado, ao partido político. Ao estabelecer a norma uma opção, não fere ela a autonomia dos partidos políticos.

Por essas razões, acompanho o eminente Ministro Relator.»

9. Na oportunidade, votou o Ministro **Marco Aurélio**, *in verbis*:

«Quanto à inconstitucionalidade, acompanho também S. Exa., o Ministro Relator, e não vejo na candidatura nata o defeito apontado da tribuna, pelas razões salientadas por S. Exa.»

10. Seguiu-se o voto do Ministro **Ilmar Galvão**, nestes termos:

«Quanto à pretendida declaração de inconstitucionalidade da norma do § 2º do art. 8º da Lei nº 8.713, acompanho S. Exa., registrando ponto de vista de que se trata de norma que, se de um lado, visa a assegurar ao exercente de mandato o direito de pleitear sua recondução ao parlamento, pondo-o a cobro de orientações do partido que possam ser contrárias à corrente por ele, eventualmente, integrada dentro da agremiação partidária; de outra, impede que o exercício desse direito por aqueles que estão investidos em mandato inviabilize a salutar renovação das representações partidárias. A norma, ademais, como salientou o eminente advogado, da tribuna, é tradicional, no Direito Eleitoral brasileiro, sem que jamais houvesse sido apodada de inconstitucional, como ocorre com outras normas, de aparente caráter discriminatório, que, na verdade, só têm o objetivo de prestigiar os partidos que ocupam lugar de destaque, em termos de representação no parlamento, fortalecendo o regime representativo.

Com essas considerações, Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Ministro Relator.»

11. Assim, também, concluiu o Ministro **Flaquer Scartezzini**, não encontrando afronta à Constituição.

12. O Ministro **Sepúlveda Pertence** divergiu, em parte, mas por razões ligadas ao § 2º do art. 8º da Lei nº 8.713, de 30-9-1993, que regeu as eleições de 3 de outubro de 1994, não reproduzida no § 1º do art. 8º da Lei nº 9.504, de 30-9-1997, que estabelece normas para as eleições em geral, este, sim, objeto de impugnação na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.

13. Disse S. Exa., naquele precedente, no Tribunal Superior Eleitoral:

«No que toca à questão constitucional, peço vênia aos meus eminentes pares para acolhê-la em parte. Pelas razões expostas pelo eminente relator — e agora enfatizadas pelo Ministro Torquato Jardim — uma vez que não se impôs ao partido político a inclusão dos candidatos natos, afasto a inconstitucionalidade do § 1° do art. 8° da Lei n° 8.713. O problema, no final, reflui à decisão do partido, conforme suas próprias normas estatutárias.

O que não consigo é me afastar da violação do princípio da igualdade, que está subjacente a todo o Direito Eleitoral, da *pars conditio concorrencio*, quando, numa eleição pelo sistema proporcional, se permite a um partido, por ter candidatos natos, apresentar lista mais numerosa que a das legendas adversárias: tenho, assim, por inconstitucional o § 2° do art. 8° da mesma Lei n° 8.713, o que, salvo engano, leva, no caso concreto, ao conhecimento e provimento do recurso para determinar a exclusão de um dos candidatos indicados, conforme deliberem os partidos componentes da Coligação.»

14. Verifica-se, pois, que nenhum dos Juízes do Tribunal Superior Eleitoral, naquela oportunidade, encontrou na chamada «candidatura nata», enquanto tal, como tratada no § 1° do art. 8° da Lei n° 8.713, de 30-9-1993, violação ao princípio da igualdade (já que respeitava deliberação do Partido, em contrário).

15. Pelas mesmas razões, não vislumbro o vício (violação ao princípio da igualdade) no § 1° do art. 8° da Lei n° 9.504, de 30-9-1997, ora questionado.

16. Sucede, porém, que outra razão justifica, no caso, a meu ver, a suspensão de tal norma.

É que já não contém a ressalva da deliberação contrária do Partido, como ocorria na anterior.

Quanto a esse ponto, é de se invocar, aí, sim, o precedente desta Corte, na ADI n° 1.063, que só suspendeu, cautelarmente, no § 1° do art. 8° da Lei n° 8.713, de 30-9-1993, na parte em que atribuía, ao «órgão de direção nacional» do partido, a deliberação em contrário à candidatura nata.

A ementa do julgado, da lavra do Ministro **Celso de Mello**, assim se expressou, no ponto:

«**Autonomia partidária**: A Constituição Federal, ao proclamar os postulados básicos que informam o regime democrático, consagrou, em seu texto, o estatuto jurídico dos partidos políticos.

O princípio constitucional da autonomia — partidária — além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos — cria, em favor desses corpos intermediários, sempre que se tratar da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, uma área de reserva estatutária absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, vedando, nesse domínio jurídico, qualquer ensaio de ingerência legislativa do aparelho estatal.

Ofende o principio consagrado pelo art. 17, § 1°, da Constituição a regra legal que, interferindo na esfera de autonomia partidária, estabelece, mediante específica designação, o órgão do Partido Político competente para recusar as candidaturas parlamentares natas.»

17. É certo que, nesse precedente, já não se poderá julgar o mérito da ADI (n° 1.063), pois seu Relator, Ministro **Celso de Mello**, em data de 18 de junho de 2001, proferiu decisão monocrática, extinguindo-lhe o processo, em virtude de fatos supervenientes: o Partido Político, que a propusera, perdeu representação no Congresso Nacional e por isso mesmo a legitimidade ativa; a lei, impugnada naquele feito, tinha caráter temporário (eleições de 1994) e exaurira sua eficácia, não podendo, pois, em tal circunstância, ser objeto de ADI (*DJ* de 8-8-2001— n° 140, páginas 95/95).

18. No caso presente, porém, a norma impugnada, a ser observada em todas as futuras eleições (e não apenas nas deste ano), já não ressalva ao Partido político qualquer deliberação em contrário à candidatura nata, que, assim, no texto, resulta intocável, pois seu registro é, desde logo, assegurado.

19. Nas informações, que apresentou, a Presidência da República chega a sugerir uma interpretação conforme à Constituição, a ser adotada, eventualmente, por esta Corte, que faça a mesma ressalva.

Sucede que a inserção da ressalva implicaria alteração do texto da lei, que não pode ser feita por esta Corte, pois não atua como legislador positivo, mesmo no controle concentrado de constitucionalidade, como, aliás, ficou ressaltado no mesmo precedente (ADI n° 1.063, Relator Ministro **Celso de Mello**, *DJ* de 27-4-2001, Ementário n° 2028), *in verbis*:

«**O STF como legislador negativo**: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.

Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador.»

20. Pela mesma razão, não se pode exigir do Supremo Tribunal Federal que, mediante interpretação, insira, no texto, ressalva não desejada pela Lei, que, notoriamente, pretendeu afastar a possibilidade de decisão do Partido, em contrário à candidatura nata.

21. Dir-se-á que, a norma em questão, já regeu as eleições do ano de 1998, com o texto ora impugnado, permitindo candidatura nata, sem qualquer ressalva em favor do Partido.

Quanto a isso, oportunamente, quando do julgamento do mérito, se vier a ser reconhecida a inconstitucionalidade, serão levadas em consideração as extensas ponderações da Presidência da República, sobre a possibilidade de se lhe conferir eficácia *ex nunc* — e não *ex tunc* —, com base no art. 27 da Lei n° 9.868, de 10-11-1999, segundo o qual:

«Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.»

22. Por ora, considerando presentes os requisitos da plausibilidade jurídica da ação e do *periculum in mora*, defiro a medida cautelar, para suspender, com eficácia *ex tunc* (ou *ex tunc*) o § 1° do art. 8° da Lei n° 9.504, de 30-9-1997, não por violação ao princípio da isonomia, mas, por aparente ofensa ao da autonomia dos Partidos Políticos.

23. Oportunamente, serão colhidas manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Sr. Presidente, também defiro a medida, mas o faço por fundamentos mais extensos que os do eminente Ministro Relator. Entendo que, se a estrutura dos partidos políticos apresenta *deficit* democrático, ficando subordinada ao caciquismo das direções partidárias, como afirmam as informações da Presidência da República, este defeito deve ser, necessariamente, corrigido, mas, não, pelo mecanismo instituído, agora, por esta Lei n° 9.504, porque ela, a pretexto de aperfeiçoamento do regime, introduz um odioso privilégio e retira parcela expressiva da autonomia partidária, que tem, como sabemos, sede constitucional.

Portanto, seja por ofensa ao princípio da igualdade, seja por agressão à liberdade de organização assegurada às agremiações partidárias, acompanho a conclusão do Ministro Relator.

Entendo que, no caso, salvo melhor juízo, não haveria aplicação do precedente do TSE (RE n° 12.242) que foi referido, porque, naquele caso da lei aplicável às eleições de 1994, havia a opção da direção partidária. Talvez, por esse motivo, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, na ocasião, não via qualquer quebra ao princípio isonômico. Aqui, vejo quebra do direito de todos aqueles integrantes de uma agremiação partidária, de eventualmente, reivindicarem essas posições, e de virem a concorrer aos cargos eletivos. E, na época, a lei dava opção à direção dos partidos políticos, ou seja, havia a candidatura nata, mas havia, também, a opção partidária para fazê-lo. Por isso, na ocasião, como V. Exa. bem referiu, o Ministro Sepúlveda Pertence via apenas a desigualdade de tratamento que ocorria entre partidos políticos, porquanto alguns teriam uma nominata maior do que os outros. Vejo que há, neste caso também, uma agressão ao princípio isonômico intrapartidariamente.

Com essas abreviadíssimas razões, acompanho o voto do Ministro Relator, para suspender, *ex nunc*, os efeitos do § 1° do art. 8° da Lei n° 9.504.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, é importante rememorar esse instituto da candidatura nata.

Em 15 de março de 1974, assumiu o Governo o General Geisel. Já estavam marcadas as eleições para governador e vice-governador, via colégio eleitoral, para 3 de outubro de 1974.

Convocaram-se eleições para senador, deputado federal e deputado estadual para 15 de novembro de 1974.

Votou-se a Lei nº 6.055, em junho de 1974, portanto, alguns meses antes das eleições de 1974.

Com a Lei, assegurou-se aos então deputados estaduais e federais a candidatura nata (art. 8º da Lei nº 6.055).

Tem razão o eminente Ministro Diniz de Andrada quando, no TSE, afirmou que o instituto da candidatura nata, ao aparecer pela primeira vez no Brasil, não tinha origem espúria.

Já se passavam dez anos da Revolução de 64, e começavam a emergir, por dentro dos partidos políticos, inclusive do partido político de apoio ao Governo, as dissidências em relação à própria autoridade do Poder Executivo e ao mando político deste Poder, que era controlado, na época, pelos militares.

Nessa hipótese, o que se passou? Dizia o eminente Ministro Diniz de Andrada, com a sua experiência de parlamentar, até lido pelo Ministro Relator, que:

> «Nego que o princípio tenha origem espúria. Muito ao contrário. Ele representa uma corajosa posição do Parlamento às direções partidárias, que, muitas vezes, se submetiam aos arreganhos do Executivo, em época muito lembrada, mas nada saudosa. Foi a maneira de garantir aos parlamentares o livre exercício de seus mandatos, (...)».

O Rio Grande do Sul teve uma experiência dolorosa quanto a isso em época um pouco anterior, quando tentou a eleição, pelas oposições gaúchas, num colégio eleitoral da Assembléia Legislativa, o então Professor Ruy Cirne Lima, pois haviam sempre ameaças das direções partidárias para inviabilizar as candidaturas dos deputados. No caso, cassaram-na.

Daí por que, em 1974, início da rebeldia partidária ao Governo de então, vem esta figura da candidatura nata introduzida por essa Lei.

Conservou-se para as eleições de candidatos de 1978 a Lei nº 6.534, que manteve a candidatura nata para a Câmara dos Deputados e para a Assembléia Legislativa.

Até então, ela se restringia exclusivamente aos parlamentos estadual e federal: a câmara baixa federal.

Havia uma certa instabilidade nos quadros partidários. E a distinção é que a Lei de 1978, ao contrário da Lei de 1965, restringiu a possibilidade do candidato nato.

Aquele que estivesse afastado do partido não poderia ser candidato nato, pois o nato dependia do resultado da eleição inicial. Isso não se passava com a lei anterior. A lei dizia que era «dos respectivos partidos atuais», isto é, dos partidos existentes quando do momento da eleição.

Reproduziu-se essa mesma legislação de 1978 para as eleições de 1982. Lembrem-se de que, para essas eleições, ela foi antecedida pela reforma constitucional do Governo

Figueiredo, que mudou a representatividade na Câmara dos Deputados — aumentou o mínimo de 5 e o máximo de 55 para o mínimo de 9 e o máximo de 60 deputados — e fez uma série de alterações em junho de 1982, quando se avizinhava a possibilidade de uma derrota do Governo naquelas eleições. Tanto que, até aquele momento, a reforma constitucional era possível por maioria absoluta.

Na reforma de junho de 1982, pretendeu-se assegurar por maioria de 2/3. Efetivamente, em 1982, o Governo veio a ser derrotado, mas a oposição não conseguiu a maioria de 2/3 para a reforma constitucional. Logo, permanecia íntegra a Carta de 1969.

A Lei Complementar nº 42, de 1982, foi mais longe. Ao dar aos senadores também a candidatura nata, pelo seu artigo 6º, ela estabeleceu:

«Art.6º - Os atuais senadores serão considerados candidatos natos dos partidos a que pertencerem ou dos partidos a que se filiarem, (...)»

Ou seja, abriu a possibilidade de mudar os quadros de apoio e das disputas entre oposição e Governo no binarismo partidário de então. Isso veio para a previsão das eleições de 1982, quando se manteve a possibilidade dos atuais senadores, dos deputados federais e estaduais e ainda dos vereadores à candidatura nata. Assim, manteve-se a candidatura nata para os senadores.

Ao fim do regime, assumiu o Presidente Sarney e editou-se, em julho de 1985, a Lei nº 7.332, que regulamentou as eleições municipais de 1985, desaparecendo, com essa legislação, a candidatura nata para vereador.

Já em 15 de junho de 1986, adveio a Lei nº 7.493, e esta regulamentou as eleições para a formação da Assembléia Nacional Constituinte, deputados e senadores, que elaborou a Constituição de 1988.

Aí, também, não se previu a candidatura nata. Mudou-se o regime e desapareceu a candidatura nata.

Até então, não havia nenhuma regra constitucional assegurando autonomia dos partidos políticos. A Carta Constitucional de 1969, as Emendas Constitucionais nº 11, de 1978, e a Emenda Constitucional nº 25, de 1985, não possuíam uma definição em relação à chamada autonomia de partidos como regra constitucional. Tinha uma série de regras que deveriam obedecer à lei.

A Assembléia Constituinte elegeu-se em 1986, e estabeleceu, após, uma nova legislação em 1988 para as eleições municipais, como também retoma em 1988 a candidatura nata, num primeiro momento, para as eleições municipais de 1988. A Lei nº 7.664, de 1988, assegurou que:

«Art.16 (...)

§ 1º Os atuais Vereadores serão considerados candidatos natos dos partidos políticos a que pertencerem na data das respectivas convenções.»

O que se passava naquele momento de junho de 1988? A elaboração da Constituição. Havia uma enorme ebulição partidária. Planejava-se assegurar aos parlamentares e aos vereadores de então que viessem a trocar de partido, tendo em vista as eleições, a possibilidade de eles serem candidatos natos nos partidos em que se filiassem à data das respectivas convenções.

Posteriormente, já em 1993, a Lei nº 8.713 foi examinada e discutida na ADI nº 1.063, em que se assegurou aos deputados — somente aos deputados federais, já que regulamentava eleição federal — federais, estaduais ou distritais o registro da candidatura nata. Vejam:

> «(...) salvo deliberação em contrário do órgão de direção nacional do partido».

Havia uma janela para os partidos políticos. Inverteu-se a espécie do *quorum*: enquanto um deputado até então tinha de disputar a convenção para integrar a lista do partido — no caso, ele já a integrava naturalmente —, ele poderia ser vetado pela direção do partido.

O Supremo suspendeu a eficácia da expressão «órgão de direção nacional do partido», por entender que seria entrar na administração do funcionamento e organização interna dos partidos. E o fez bem, no sentido jurídico, evidentemente, e no sentido político, porque o órgão nacional do partido não tinha nada a ver com as convenções estaduais que poderiam decidir sobre a escolha dos candidatos a deputado estadual. Deveria ser, isso sim, o órgão estadual do partido. Suprimiu para deixar que os estatutos o fizessem.

Logo a seguir, então, vieram as eleições municipais de 1992, regidas por lei específica, a Lei nº 8.214, de julho de 1991, que não disciplinou a candidatura nata.

Veio, então, a Lei nº 9.504, de 1997. Esta lei tem uma característica muito mais radical do que as leis anteriores. Diz a Lei:

> «*Aos detentores de mandato de Deputado Federal, Estadual ou Distrital, ou de Vereador*» — aí estava na tradição estabelecida até então — «*e aos que tenham exercido esses cargos em qualquer período da legislatura que estiver em curso,*» — o que significava que a pretensão do § 1º do artigo 8º era não só assegurar a candidatura nata aos detentores dos cargos de deputado federal, estadual e vereador, como também aos suplentes que tivessem exercido, pelo afastamento dos deputados e dos vereadores estaduais e federais, no exercício do mandato, assumindo o suplente; ele entraria neste último grupo — «*é assegurado o registro da candidatura para o mesmo cargo pelo partido em que estejam filiados.*»

Ora, Sr. Presidente, a compreensão que se tem dessa figura da candidatura nata numa atual situação democrática e também a justificativa da candidatura nata posterior à queda do regime militar — transição do regime militar e seu desaparecimento — estão exatamente no que foi explicitado pelo Ministro Relator e pela Ministra Ellen Gracie: diz respeito ao conflito entre o parlamentar e a direção do partido.

Isso tem uma origem clássica que até hoje não foi solucionada e dificilmente o será em curto prazo. Remonta a 1932, com o Código Eleitoral de Assis Brasil, quando se instituiu no Brasil um sistema proporcional de lista aberta e voto uninominal.

Daquele momento, a partir de 1932, com as correções posteriores, até chegar ao atual Código Eleitoral brasileiro, de 1965, temos o mencionado sistema eleitoral, com a forma de calcular a vitória do parlamentar ou do partido político nas eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas e Câmaras dos Vereadores, utilizando-se de um critério que induz ao conflito interno dos partidos. Todos sabe-

mos que se tem de achar, primeiro, o quociente eleitoral: divide-se o número de eleitores que compareceram à eleição pelo número de vagas — temos o quociente eleitoral. Depois, divide-se o número de votos que o partido teve naquelas eleições pelo quociente eleitoral, obtendo-se o número de vagas conquistadas pelo partido. Se o partido conquistou dez vagas, estarão eleitos os dez mais votados.

Ora, para que um partido consiga o maior número de vagas, qual é a técnica desenvolvida pelos partidos de há muito? Já que o eleitor, pelo nosso sistema, não vota na lista partidária, mas, sim, na chamada lista aberta, vota no candidato, os partidos desenvolveram a técnica de trazer para sua lista partidária um grupo de candidatos que individualmente produzissem votos.

Há alguns anos, ainda como quadro partidário, fiz um levantamento no Rio Grande do Sul e demonstrei claramente que os partidos tinham uma linha de opção e a necessidade de ter, na lista dos seus candidatos para as eleições proporcionais, os representantes de categorias profissionais, a fim de fazer com que as categorias organizadas no Estado pudessem votar num candidato que viesse a representar os interesses dessas categorias profissionais.

Daí por que, no Rio Grande, encontravam-se candidatos da Polícia Militar e da Brigada Militar gaúcha, tendo em vista a capilaridade da Brigada Militar e pelo fato de ela existir em todo o Estado. Havia candidatos que representavam os policiais civis, os professores públicos, os atores, todos eles eram procurados pelos partidos, que sabiam ter aquelas categorias interesses no Estado e normalmente interesses de benefícios e privilégios em relação à legislação estadual e federal.

Os partidos buscavam esses personagens, porque precisavam somar os votos que eles carrearíam ao partido para a formação do quociente partidário.

Isso também se passou, não só com os candidatos de categorias profissionais como também com aqueles candidatos denominados candidatos de aparelho: candidatos que tinham determinado tipo de contato com a população.

Lembro-me de que a década de 70 foi o auge dos candidatos oriundos da crônica esportiva. Todos os partidos buscavam esses candidatos, porque eles eram conhecidos pela população e, considerando a sua atividade específica, conseqüentemente, tinham a capacidade individual de produzir votos para o partido. O esporte, o futebol principalmente, era a grande atração. Isso evoluiu.

Dos cronistas esportivos passou-se aos donos de programas assistencialistas, aos donos de programas partidários de segurança pública, etc.

Na década de 70, os partidos políticos descobriram candidatos que se tornaram tão importantes que hoje têm partidos políticos: os pastores evangélicos, pois eles tinham uma organização capilarizada que podia produzir votos.

Hoje, essa situação evoluiu de tal forma que os pastores evangélicos dispõem, inclusive, de um partido político: o Partido Liberal.

Tudo isso decorreu da necessidade, no sistema eleitoral, impondo às direções nacionais e estaduais, de os partidos buscarem candidatos que tivessem esse condão. Além do mais, tiveram candidatos regionais, que eram os candidatos escolhidos devido a

distritalização informal do voto e os que eram candidatos orçamentários, para conseguir investimentos federais ou estaduais nas respectivas regiões de origem.

Feita a eleição, com esses personagens agregados aos partidos, havia um resultado final no que se refere ao quociente eleitoral. O partido elegeu dez candidatos. Quais foram os eleitos? Os dez mais votados, o que induz a um problema gravíssimo, qual seja: a disputa eleitoral, pelo sistema eleitoral brasileiro, não é de um candidato de um partido com o candidato de outro partido; a luta é interna, entre os candidatos do partido. Isto leva a quê? Leva a conflitos entre o candidato, com uma capacidade de voto própria, e outro, também com essa mesma capacidade, e a direção do partido, que não consegue controlar esses candidatos.

Por isso, surgiu a candidatura nata. Ela é a forma de impor a autonomia e a liberdade de decisão do próprio candidato à organização partidária, ao que se referia o Ministro Diniz de Andrada, à época.

Esse candidato se descolava do partido, por ter condições absolutamente autônomas como dono dos votos, e os outros partidos namoravam esse candidato, que, eleito, ao mudar de partido, levaria consigo os votos obtidos. Falo com experiência, pois sou produto disso.

Em 1986, a primeira vez que me elegi, foi exatamente porque, no Rio Grande do Sul, o presidente do partido, à época, Senador Pedro Simon, havia escolhido dois candidatos autônomos: Antônio Brito e Mendes Ribeiro.

Um vinha da crônica jornalística, quando do falecimento do Presidente Tancredo Neves, e o outro, um candidato, com grande programa de televisão no Rio Grande do Sul, possibilitando votos.

Emendado nesse conjunto de circunstâncias, acabei eleito.

A candidatura nata, portanto, é subproduto de um sistema eleitoral absolutamente distorcido, em razão do voto uninominal, que inviabiliza por completo qualquer tipo de formação de estrutura partidária, cujo núcleo tenha um determinado princípio, uma ideologia. Inclusive, os partidos de esquerda que começaram a crescer, mas perderam também essa nitidez inicial que tinham, pois sentiram que a disputa eleitoral passa pela individualidade dos candidatos e não pela presidência dos partidos.

No sistema de 1988, o § 1° do art. 17 da Constituição, quando assegura a autonomia dos partidos, tenta fortalecer, de forma muito clara, a possibilidade de uma decisão constante dos partidos.

Observem que não há possibilidade alguma, segundo o sistema eleitoral brasileiro, de apenar um membro do partido que destoe da direção nacional ou das decisões do partido, porque ele é dono dos votos. Esse sistema todo confuso, decorrente de uma situação histórica de 32, resulta na inconsistência do partido.

Por isso, a Constituição de 1988, no espaço que lhe restava e pela possibilidade que tinha no contexto político de então, produziu uma norma, assegurando a autonomia dos partidos. E, ao assegurar esta autonomia, viabiliza a estes, progressivamente, buscar a sua consistência ideológica e programática.

A norma do § 1° do art. 8° da Lei 9.504 é ainda um subproduto radicalizado das situações anteriores porque assegura a candidatura nata.

Lembro o Ministro Sepúlveda Pertence da dificuldade que tivemos em discutir, longamente, no Tribunal Superior Eleitoral, a conciliação dessa candidatura nata dos candidatos natos com a regra que assegura 30% a 70% de candidaturas de sexo distinto: a chamada quota para as mulheres.

Uma enorme confusão se armou no momento em que a Lei exigiu 30% para as mulheres, e havia dez candidatos natos. Como se conciliou? Tivemos de fazer uma longa análise matemática para encontrarmos uma forma de conciliar a regra.

A meu ver, tem toda razão o eminente Ministro Relator. Se for verdade que a candidatura nata, antes de 1988, não tinha objeções constitucionais — e é verdadeiro, pois lá não tinha a regra constitucional de autonomia dos partidos; hoje nós a temos —, importa dizer aqui que o membro do partido poderá ser candidato mesmo que tenha traído o partido.

Explico: ele se apresenta pela legenda do partido, disputa no Estado pela legenda do partido mesmo que tenha traído o partido em todas as decisões nacionais ou estaduais que o partido tenha tomado, o que implica cortar a possibilidade de uma fidelidade partidária exigida pela Constituição, quando ela estabelece que os estatutos dos partidos deverão ter normas de fidelidade e disciplina partidária.

Para encerrar, menciono um exemplo histórico: determinado deputado da Arena do Paraná, mas que rompeu com esse partido, era odiado nas disputas com o antigo MDB daquele mesmo Estado. O que fez? Tentou filiar-se ao MDB na capital. Não conseguindo, porque o então governador, José Richa, e também, hoje, o Ministro Eucydes Scalco opunham-se a isso, esse cidadão foi ao interior do Paraná, num pequeníssimo município, filiou-se ao partido e ficou quieto.

No dia da convenção desse partido, ele apareceu e disse: 'sou filiado, sou deputado federal, e a lei determina que os deputados federais são candidatos natos'. Ele filiou-se uma semana ou quinze dias antes naquele município. Acabou como candidato e se elegeu contra toda a possibilidade de gestão, porque tinha voto próprio.

Isso mostra a completa dissonância entre esta regra com a Carta de 1988 e a tentativa da obtenção de partidos que tenham essa configuração.

Por essas razões, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, não existe nenhum campo do Direito no qual se exija mais lealdade ao princípio da igualdade do que o do Direito Eleitoral.

Se houve um determinado momento em que essa discricionariedade foi possível, hoje não se justifica mais. Portanto, quando ocorre uma convenção de um partido para a escolha de um candidato, é inexplicável sentarem-se à mesa diretora da convenção cinco, seis ou dez parlamentares que já tenham as suas candidaturas natas. Isso não se compatibiliza mais com o princípio instituído pela Constituição, segundo o qual todos são iguais. Dentro do Direito Eleitoral, esse princípio, mais do que em outra parte, deve prevalecer.

Por conseguinte, entendo também haver violação ao princípio isonômico.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ministro Maurício, lembro a V. Exa., apenas para reforçar o seu argumento, que temos hoje, no Brasil, determinadas Câmaras de Vereadores com vinte e um vereadores, eventualmente sujeitas a serem reduzidas a nove.

Admitamos que uma Câmara de Vereadores com vinte e um integrantes seja reduzida para nove nas próximas eleições. O partido político poderá mandar quinze. Se esse partido tiver dezoito vereadores, como será resolvido o problema? Serão todos eles considerados natos? Será necessário aumentar o número de vagas?

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: E nem se diga, então, com relação ao argumento encampado pelo Ministro Relator e preconizado no artigo 17 da Constituição Federal, da violação à independência e à autonomia dos partidos.

Por ambos fundamentos, a meu ver, o dispositivo deve ser suspenso. Acompanho o voto do eminente Ministro Relator, acrescentando também, como fizeram a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Nelson Jobim, violação ao princípio da igualdade. Suspendo o § 1° do artigo 8° da Lei 9.504/67.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: A **postulação** ora deduzida pelo eminente Procurador-Geral da República **impõe que se façam algumas considerações** em torno do tema pertinente às **funções**, ao **significado** e à **natureza** da participação das **agremiações partidárias** no processo de poder.

A Constituição Federal, ao delinear os mecanismos de atuação do regime democrático e ao proclamar os postulados básicos concernentes às instituições partidárias, **consagrou**, em seu texto, **o próprio estatuto jurídico dos partidos políticos**, definindo princípios, que, **revestidos** de estatura jurídica incontrastável, **fixam** diretrizes normativas **e instituem** vetores condicionantes da organização e funcionamento das agremiações partidárias, **consoante proclamou**, em decisões plenárias, o Supremo Tribunal Federal, **quando** do julgamento da **ADI 1.063/DF**, Rel. Min. **Celso de Mello** (*RTJ* 178/22-24) e da **ADI 1.407/DF**, Rel. Min. **Celso de Mello** (*RTJ* 176/578-580).

A normação constitucional dos partidos políticos, desse modo, **tem por objetivo** regular e disciplinar, em seus aspectos gerais, não só o processo de institucionalização desses corpos intermediários, como também assegurar o acesso dos cidadãos ao exercício do poder estatal, **na medida em que pertence** às agremiações partidárias — **e somente a estas** — o **monopólio** das candidaturas aos cargos eletivos.

As agremiações partidárias, **como corpos intermediários que são**, atuam como canais institucionalizados de expressão dos anseios políticos e das reivindicações sociais dos diversos estratos e correntes de pensamento que se manifestam no seio da comunhão nacional.

Os partidos políticos constituem, pois, **instrumentos** de ação democrática, **destinados** a assegurar a autenticidade do sistema representativo. **Formam-se** em decorrência do exercício concreto da liberdade de associação consagrada no texto constitucional.

A **essencialidade** dos partidos políticos, no Estado de Direito, **tanto** mais se acentua **quando** se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo **na**

concretização do princípio democrático e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu à sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais **no processo de legitimação** do poder estatal, na exata medida em que o Povo — fonte **de que emana** a soberania nacional — tem, nessas agremiações, o veículo necessário ao desempenho das funções de regência política do Estado.

O **legislador constituinte** brasileiro, por isso mesmo — **pretendendo** assegurar a participação efetiva dos partidos políticos no processo de poder — **conferiu-lhes um grau de autonomia** que propiciou, **a tais entes**, especial prerrogativa jurídica consistente **no prevalecimento de sua própria vontade** em tema de definição de sua estrutura organizacional e de seu interno funcionamento.

O postulado constitucional da autonomia partidária — além de repelir qualquer possibilidade de controle ideológico do Estado sobre os partidos políticos — **criou**, em favor desses corpos intermediários, **sempre que se tratar** da definição de sua estrutura, de sua organização ou de seu interno funcionamento, **uma área de reserva estatutária** absolutamente indevassável pela ação normativa do Poder Público, **a este plenamente oponível** toda vez que se esboçar, **nesse específico domínio**, qualquer ensaio **de ingerência legislativa** do aparelho estatal, como o **Plenário** do Supremo Tribunal Federal **teve o ensejo de acentuar** no julgamento da **ADI 1.063/DF**, Rel. Min. **Celso de Mello** (*RTJ* 178/22-24) **e de reiterar** no exame da **ADI 1.407/DF**, Rel. Min. **Celso de Mello** (*RTJ* 176/578-580).

A **supremacia** do postulado da autonomia partidária, em conseqüência, **inibe o legislador comum** de prescrever normas **que impliquem transgressão**, pelo Estado, dessa **específica** área que foi posta, **expressamente**, pela própria Constituição da República, **sob reserva estatutária**.

Isso significa que o postulado da autonomia partidária **incide** sobre domínio constitucionalmente delimitado, **que pré-exclui** — por efeito de expressa cláusula constitucional inscrita no art. 17, § 1°, da Carta Política —, qualquer possibilidade de intervenção legislativa **em tudo o que disser respeito** à estruturação, à organização e ao funcionamento das agremiações partidárias.

O postulado da autonomia partidária teve os seus limites de incidência definidos, **com extrema precisão**, por **José Afonso da Silva** (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 386, item n° 9, 10ª ed., 1995, Malheiros), **cujo magistério doutrinário** — após observar **que muito pouco tem a lei a fazer em matéria de estrutura interna, organização e funcionamento dos Partidos Políticos** — salienta que estes «(...) ***podem*** *estabelecer os órgãos internos que lhes aprouverem.* ***Podem*** *estabelecer as regras que quiserem sobre seu funcionamento.* ***Podem escolher o sistema que melhor lhes parecer para a designação de seus candidatos****: convenção mediante delegados eleitos apenas para o ato, ou com mandatos, escolha de candidatos mediante votação da militância.* ***Podem*** *estabelecer os requisitos que entenderem sobre filiação e militância.* ***Podem*** *disciplinar do melhor modo, a seu juízo, seus órgãos dirigentes.* ***Podem*** *determinar o tempo que julgarem mais apropriado para a duração do mandato de seus dirigentes*», **pois a autonomia partidária** «*é conferida na suposição de que cada partido busque, de acordo com suas concepções, realizar uma estrutura interna democrática*» (**grifei**).

O princípio da autonomia partidária, **em conseqüência — considerada** a estrita delimitação temática de sua abrangência conceitual —, revela-se **oponível** ao Congresso Nacional, quando este pretender, **indevidamente**, como no caso, impor, ao Partido Político, **determinado sistema de escolha** de seus próprios candidatos.

Não se pode deixar de ter presente que o princípio da autonomia partidária — **cuja matriz** repousa no art. 17, § 1°, da Constituição — **reflete**, no plano da evolução de nosso sistema constitucional, **como já destacado**, uma especial prerrogativa político-jurídica assegurada às agremiações partidárias, **em ordem a conferir-lhes**, naquilo que exclusivamente disser respeito à sua organização, estruturação e funcionamento, **um espaço de livre e autônoma deliberação.**

A **norma** inscrita no § 1° do art. 8° da Lei n° 9.504/97, **ao dispor sobre as candidaturas natas** no âmbito dos partidos, **sequer permitindo** que as agremiações partidárias, **por autônoma deliberação**, recusem essa **imposição** ditada pelo Congresso Nacional, **tem sido censurada** pela doutrina, que, **ao analisar** o preceito legal em questão, **já asseverou**, como **enfatiza Joel José Cândido** (*Direito Eleitoral Brasileiro*, p. 384, 7ª ed., 1998, Edipro):

> «*O § 1° trata das candidaturas natas*. Novamente, volta o legislador ao art. 8°, § 1°, da Lei n° 8.713/93, estendendo o privilégio aos vereadores, inclusive. Senadores estão fora dessa vantagem, tendo que disputar a convenção. Antes, a direção nacional do partido podia vetar o candidato nato. Nesta 'Lei das Eleições', isso não é possível e o uso, ou não, do privilégio, é exclusivo dos candidatos, destinatários da norma.
>
> A *figura dos candidatos 'natos'* ou 'biônicos' não nos é simpática. *Enfraquece as convenções*, que são o órgão democrático de deliberação partidária. *A nosso sentir*, é um *mau uso* das prerrogativas inerentes à autonomia de organização e funcionamento dos partidos políticos, *asseguradas* no art. 17, § 1°, da Constituição Federal, pelo legislador, *após* a edição da nova Carta Constitucional de 1988. *Limita* o direito dos demais filiados. *Quebra*, por evidente discriminação, o princípio da igualdade partidária. *Dificulta* a oxigenação das bancadas, *o expurgo* do mau parlamentar, *assim como a admissão e ascensão* de eventual candidato com boa proposta e com possibilidade de efetivo sucesso nas urnas.» **(Grifei)**

Tenho para mim, consideradas as razões expostas, **que se reveste** de relevo jurídico a pretensão deduzida pelo eminente Procurador-Geral da República, autor da presente ação direta, **quando sustenta** que a norma inscrita **no § 1°** do art. 8° da Lei n° 9.504/97 **transgride** o postulado constitucional da autonomia partidária, **assim fundamentando**, no ponto, a sua postulação:

> «(...) *o instituto da candidatura nata não se coaduna com o princípio constitucional da autonomia partidária*. A legislação infraconstitucional, *ao impor* aos partidos políticos o privilégio — como visto, injustificado — de candidatura dos atuais parlamentares, *malfere a garantia* assegurada aos partidos *de livre escolha* de seus candidatos, *contrastando* com a norma inserta no artigo 17 da *Lex Legum*.
>
> *Impende frisar*, ainda, que o indigitado dispositivo legal, por vezes, cria situação insustentável dentro da democracia que necessariamente trespassa a orga-

nização partidária, na medida em que impõe candidatura, *ainda* que a legenda opte por não promovê-la.

Cabe aos partidos escolher, *livremente*, seus candidatos, *por meio de convenções*, razão pela qual *não se admite* que a norma infraconstitucional crie situações imutáveis de candidatura, *vale dizer, contra a vontade soberana* do partido político.» (**Grifei**)

Disso **parece** resultar que a interferência normativa do Congresso Nacional, **na esfera** de autonomia partidária, **impondo**, em regra legal, ao partido político, **a obrigação de aceitar**, por decisão do legislador ordinário, as candidaturas parlamentares **natas, traduziria ofensa** ao princípio consagrado pelo art. 17, § 1°, da Constituição da República, **justificando-se**, em conseqüência, o **acolhimento** da postulação cautelar deduzida pelo eminente Chefe do Ministério Público da União.

Com estas considerações, **acompanho** o voto do eminente Relator.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, já me pronunciei no Tribunal sobre alguns tópicos da lei das eleições gerais de 1994 — a Lei 8.713/93 — que não se repetem ou diferenciam dos sugeridos pela questão relativa ao art. 8°, § 1°, da Lei 9.504, de 1997, ora submetida ao Tribunal. E sinto-me obrigado a breves considerações sobre essa manifestação anterior e sua compatibilidade com a que agora farei.

Naquele quadro da Lei 8.713, de 1993, a certa altura de meu voto, depois de refutar o argumento de que, com a candidatura nata, se teria ampliado o termo do prazo de filiação partidária dos mandatários por ela beneficiados, enfrentei, assim, o argumento, daí extraído, da ofensa à isonomia (voto na ADIn MC 1.083, 18-5-94, Celso):

«7. Reduzida, porém, a situação de vantagem à candidatura nata tal como entendo a lei, deixo explícito que não creio plausível a alegação de que ela fira a isonomia, seja com relação ao cidadão comum, despido de qualquer mandato eletivo, seja com relação aos Senadores ou outros mandatários quaisquer.

8. No que toca aos cidadãos comuns, é óbvio, há opiniões favoráveis e opiniões contrárias à candidatura nata. Mas, a concessão de direito a ela ao titular atual de mandato eletivo funda-se num critério objetivo de diferenciação, um desempenho eleitoral passado, obtido pelo cidadão, a quem se assegura esse direito de voltar a concorrer, independentemente dos azares da disputa intrapartidária, ao mesmo cargo para o qual fora anteriormente eleito.

9. E por que, nem com relação aos Senadores há ofensa à isonomia (esse era o problema que se punha naquela ação direta, porque assegurada a candidatura aos Deputados Federais e Estaduais, mas não aos Senadores)? Porque, com relação aos Senadores o deferimento dessa situação de vantagem, dessa prerrogativa, esbarraria numa impossibilidade, ou, pelo menos, na violação, aí, sim, clara —, das prerrogativas do partido político. Basta recordar a solução do sistema constitucional anterior: a figura das sublegendas: aí, sim, foi possível assegurar também ao Sena-

dor a candidatura nata à reeleição, sem subtrair, porém, ao partido político a possibilidade de registrar, simultaneamente, outro candidato de sua própria escolha.

10. O mesmo empecilho não ocorre ou muito dificilmente sucederá, com relação aos candidatos a Deputado: daí a preocupação da mesma Lei 8.713, no art. 8°, § 2° — antevendo o que provavelmente possa ocorrer num partido hegemônico, que tenha grande número de candidatos natos — de permitir-lhe ultrapassar o limite de candidatos às eleições proporcionais, a fim de dar abrigo aos atuais mandatários, sem prejuízo do número dos escolhidos pela convenção. Em síntese, as candidaturas natas a Deputado não afetam, ou só em situações limites afetariam, prerrogativa do partido de apresentar candidatos da sua escolha, o que evidentemente não sucede na eleição para Senador, pelo sistema majoritário, desde que abolido o instituto da sublegenda.»

Em relação a essa Lei 8.713, de 1993, a atual Lei das Eleições traz duas novidades relevantes no ponto das candidaturas natas. Primeira: a supressão do acréscimo de vagas, na nominata dos candidatos de cada partido, correspondente ao número dos candidatos natos que tivesse ele de absorver. Segunda: a supressão do poder de veto do partido à candidatura nata.

Ao primeiro tópico, o do aumento das vagas na chapa partidária, correspondente ao número de candidatos natos a incluir na lista partidária, no TSE, ao votar no Recurso Especial 12.242, relator o eminente Ministro Diniz de Andrada (há pouco recordado pelo eminente Ministro Relator), acentuei que via um grave óbice à constitucionalidade da lei no princípio fundamental do sistema eleitoral — o da igualdade entre os partidos —, na medida em que, ao fato resultante do seu desempenho no pleito passado, de possuir o partido mais candidatos natos —, ou, ainda, de ter conseguido cooptar mandatários eleitos por outros partidos para disputar por sua legenda — corresponder um acréscimo, a meu ver, desarrazoado ao total da sua chapa de candidatos em relação à das agremiações concorrentes.

Esse acréscimo do número de vagas na chapa foi suprimido na lei atual. Mas, se com isso se resolveu o problema constitucional da isonomia entre os partidos, por mim enfatizado no Tribunal Superior Eleitoral, de outro, reforçou-se de certo modo o argumento da isonomia em relação aos pré-candidatos daquele mesmo partido, cuja possibilidade de obter-lhe a legenda diminuiria na razão direta do número de candidatos natos impostos à convenção.

Mas não creio necessário rever esse problema neste momento, pois a segunda alteração — eliminação do poder de veto do partido em relação àqueles que, em princípio, estariam qualificados à candidatura nata — afeta, a meu ver, como os eminentes Colegas já o ressaltaram, outro parâmetro constitucional eminente: o da autonomia dos partidos políticos para definir a sua organização e o seu funcionamento. Essa autonomia partidária é um marco diferencial importante da Constituição de 1988, como tive a oportunidade de ressaltar no caso rumoroso e polêmico, ainda recente, acerca da chamada «verticalização» das coligações (voto nas ADIns 2.626 e 2.628, 18-4-02, Ellen, *Inf. STF* 214).

Cada vez mais estou convencido de que não cabe à lei impor um modelo unitário de organização e de processo deliberativo a todos os partidos. Somada essa autonomia

dos partidos ao princípio constitucional do pluralismo partidário — que é ínsito à liberdade de criação dos partidos políticos — creio que a Constituição impõe a abertura do sistema a tipos diversos de agremiações partidárias. Assim, por exemplo, se se considera a hipótese de um partido de massa, que assegura aos seus filiados a intensa participação nos seus processos deliberativos, de modo particular na escolha de seus candidatos — é evidente a constrição que a existência de candidatos natos lhe impõe à autonomia de organização, que, talvez, fosse menos relevante com relação aos tradicionais partidos de quadros, montados em torno do poder de comando do *caucus* de cada uma das suas esferas.

Por isso mesmo, na decisão da referida ADIn 1.063, relatada pelo eminente Ministro Celso de Mello, em princípio, entendeu-se inconstitucional a determinação, pela lei, do órgão partidário qualificado ao exercício do poder de veto ao candidato nato.

Penso que, com muito mais razão, afeta a autonomia dos Estados a lei vigente ao negar-se às próprias convenções — por definição, o órgão máximo da estrutura partidária — esse poder de recusar-se ao lançamento de uma candidatura, porque seja o pré-candidato, um mandatário no passado pela mesma legenda ou, quiçá, por outra, de que tenha migrado por um oportunismo qualquer. Tanto mais quanto, no sistema vigente, é mínimo o controle dos partidos sobre a filiação nos seus quadros. E a candidatura nata tem, como sujeito passivo do direito do mandatário, não o partido pela legenda tenha ele sido eleito, mas o partido a que esteja filiado, no momento da convenção.

É evidente a restrição assim imposta, por lei, à autonomia partidária que a Constituição garante.

O Ministro Nelson Jobim recordou o histórico da criação da candidatura nata e as razões, naquele momento, ponderáveis, que a inspiraram. A candidatura nata tem, sim, outro propósito a que não se pode negar relevo: o de forrar o candidato, anteriormente eleito, mandatário, do que chamei, na ADIn 1.063, «dos azares das disputas intrapartidárias». Mas, no caso — não me comprometo com o tema —, a solução compatível com o estatuto constitucional não estará na imposição legal, mas na garantia mesma da autonomia partidária, para que, eventualmente — se esse for o tipo de partido que aos seus fundadores e aos seus filiados interessar — seja o estatuto de cada partido o instrumento para definir se nele se assegura ou não aos mandatários eleitos no passado a candidatura à reeleição, segurança essa, repito, que poderá ser mais adequada aos partidos de quadro, aos partidos de confederação de lideranças regionais, e menos adequado aos partidos de massa, em que se queira a deliberação das bases, à véspera de cada processo pré-eleitoral.

Com essas considerações, desenvolvidas para mostrar não haver incoerência entre os votos proferidos a propósito da Lei de 1993 e o que agora pronuncio, acompanho o eminente Ministro Relator e defiro a medida cautelar: é o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sr. Presidente, também defiro a medida cautelar, levando em consideração, principalmente, o princípio vigente na Constituição atual: o da autonomia dos partidos. Não me parece, pelo menos neste exame, que essa norma relativa às candidaturas natas viole o princípio da isonomia, tendo em vista a diferença

de situações que existe entre aqueles que já demonstraram capacidade eleitoral e os outros em que, muitas vezes, isso não ocorre. Assim, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão (Presidente): Acompanho o eminente Ministro Relator quanto à alegada ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista, como acaba de enfatizar o eminente Ministro Moreira Alves, e também S. Exa, que a lei trata desigualmente situações desiguais, a saber, a de filiados que já vêm exercendo mandato, não raro por várias vezes sucessivas, e aqueles que pretendem apresentar-se, pela primeira vez, ao eleitorado.

Oponho-me ao voto de S. Exa, entretanto, quanto ao mais, por entender que o dispositivo impugnado contém uma proposta de equilíbrio entre o princípio da autonomia dos partidos políticos e o direito do filiado exercente de mandato eletivo.

Não pode, com efeito, ficar ao desamparo de toda proteção e ao sabor das idiossincrasias de novos dirigentes partidários quem, abandonando a vida profissional — sempre me preocupei muito com esse aspecto — se entrega à militância partidária, muitas vezes por décadas a fio, no exercício de mandatos parlamentares, agora, até mesmo, despojados do direito à aposentadoria, que os «Catões» do momento entenderam ser vantagem indevida. Na verdade, são comuns os casos de parlamentares que, após doze, dezesseis, vinte e até mais anos de exercício de mandatos seguidos, se vêem na eventualidade de abandonar a vida partidária por efeito de manobras de companheiros de agremiação e, ao mesmo tempo, sem condições de retomar a atividade profissional abandonada, porquanto tecnicamente defasados e inteiramente afastados da antiga clientela, só lhes restando correr atrás de empregos, nas casas legislativas e em órgãos da Administração, para proverem o sustento próprio e da família.

Como disse, não contam, sequer, com os proventos da aposentadoria, direito que proteje os parlamentares na maior parte dos países do mundo ocidental e que o parlamento brasileiro, quem sabe sob a batuta da mídia, houve por bem suprimir, deixando quem passa uma, duas décadas, afastado de suas atividades e, de repente, retorna à vida dos comuns dos mortais, sem esse justo meio de subsistência.

Por isso, a meu ver, quem vem exercendo o mandato de deputado federal ou estadual — não sei se também de vereador, visto não ser este obrigado a afastar-se de seu domicílio e de suas atividades —, ao comparecer a uma convenção partidária, o faz em condição completamente diversa daquela ostentada pelo filiado iniciante. Todos nós conhecemos casos de parlamentares que já estão há mais de trinta anos no exercício de mandato, com vasta folha de serviço prestado ao partido e que, nem por isso, estarão a cobro de terem sua carreira interrompida por questões momentâneas, ao sabor dos efeitos de circunstâncias conjunturais.

Para coibir casos de infidelidade partidária — questão que parece haver preocupado o eminente Relator — o partido conta, ou deve contar, com recursos de natureza regimental, podendo chegar, como se sabe, até à expulsão do seu membro. Tem acontecido entre nós.

Quanto ao eventual excesso de candidaturas natas, lembro apenas que tal dificilmente pode ocorrer, dado que o número de vagas para candidaturas é sempre bem superior ao número de vagas a preencher nas assembléias. Jamais haverá aquele problema, salientado pelo em. Ministro Sepúlveda Pertence, de ser necessário somar-se ao número de candidaturas, por partido, as candidaturas natas.

No caso apontado, é claro que o legislador exagerou em precauções.

Pelas razões expostas, dissentindo do eminente Ministro Relator, indefiro a medida cautelar.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.530-MC/DF — Relator: Ministro Sydney Sanches. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu a medida cautelar para suspender a eficácia do § 1° do artigo 8° da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997, vencido o Ministro Ilmar Galvão, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Marco Aurélio, Presidente.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim e Ellen Gracie. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 24 de abril de 2002 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.939 — MG

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Requerente: Procurador-Geral da República — Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais

Delegado de Polícia. Provimento de cargo de carreira. Exigência de concurso público. ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais.

Viola o art. 37, II, da Constituição Federal o disposto no art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45/2000, que determina a incorporação, sem concurso público, de policiais civis em situações específicas à carreira de delegado de polícia.

Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas,

por unanimidade de votos, julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do artigo 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 27 de dezembro de 2000, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004 — Nelson Jobim, Presidente — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: O procurador-geral da República, atendendo a representação, propõe ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, contra o art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, de 27 de dezembro de 2000.

O dispositivo constitucional estadual atacado tem o seguinte teor:

«Art. 23 – O policial civil bacharel em Direito que presta serviço como Delegado Especial de Polícia, com os vencimentos e as vantagens da classe inicial da carreira de Delegado de Polícia I, passa a integrar o Quadro efetivo de Delegado de Carreira.

Parágrafo único – o servidor de que trata este artigo fará jus a promoção na carreira por merecimento e por antigüidade.»

A redação original do dispositivo, juntada aos autos, é a seguinte:

«Art. 23 – O servidor policial civil Bacharel em Direito em exercício, pelo menos desde a data da instalação da Assembléia Constituinte do Estado, na função de Delegado Especial de Polícia fica inscrito no primeiro concurso público que se realizar para o provimento do cargo de Delegado de Polícia I.

§ 1° - Na prova de títulos do concurso de que trata este artigo, fará jus, esse servidor, à pontuação equivalente a até um quinto da geral, pelo tempo de serviço exercido, na forma do edital.

§ 2° - É assegurada ao servidor na condição de que trata este artigo a percepção de vencimentos e vantagens da classe inicial da carreira de Delegado de Polícia, desde que seja titular de cargo de provimento efetivo do quadro de pessoal da Polícia Civil.»

Sustenta o procurador-geral da República violação do art. 37, II, da Constituição Federal, na parte em que exige concurso público para investidura em cargo público efetivo.

Em despacho de 28 de julho de 2003 (fl. 15), o Ministro Maurício Corrêa, no exercício da presidência desta Corte, converteu o processamento do feito no rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/1999, solicitando informações à Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, bem como abrindo vista à Advocacia-Geral da União e ao procurador-geral da República.

A Assembléia Legislativa mineira, ao prestar as informações (fls. 25-34), atacou a fundamentação insuficiente da Procuradoria-Geral da República, bem como alegou que,

em relação à redação originária do dispositivo do ADCT da Constituição estadual, não há qualquer impacto financeiro. Destaco os seguintes trechos dessas informações (fls. 31-33):

«(...) A situação dos Delegados Especiais Designados é uma realidade do Estado de Minas Gerais, ou seja, nos Quadros da Polícia Civil, alguns poucos servidores públicos bacharéis em direito exerciam a função, por mais de 10 (dez) anos, de Delegado Especial por designação o que foi bem delineado na redação originária do art. 23, cujo teor encontra-se a fls. 11 dos autos. Por sua vez o §2° do mesmo art. 23 assegurava a remuneração desses servidores ao equivalente à classe inicial da carreira de Delegado de Polícia. Como se vê o assunto não é novo e não tem o condão de trazer nenhuma (*sic*) impacto financeiro.

(...)

Pelo que acima foi transcrito, o objetivo do (*sic*) Emenda Constitucional arguída (*sic*) é permitir que os Delegados Especiais possam se submeter aos critérios e requisitos de evolução na carreira, da mesma forma que os demais Delegados que integram os Quadros. Não se pretende a efetivação mas a integração no Quadro para fins exclusivos de carreira. Não estamos, portanto, diante de uma mudança de cargo ou de uma modalidade de provimento derivado, pois, em verdade estes servidores já ocupam a função pública de Delegado Especial e continuarão a ocupar, pois, a Emenda Constitucional não permite qualquer alteração neste ponto. O que se almeja, de uma forma excepcional e transitória, é que estes poucos servidores titulares de função pública especial possam se submeter aos critérios de evolução na carreira. (...)»

Em sua manifestação (fls. 93-96), o advogado-geral da União também sustenta a inconstitucionalidade do dispositivo, tendo em vista que (i) padeceria de vício formal, por não ter sido a proposta de emenda à Constituição oriunda de iniciativa do Poder Executivo, e (ii) ainda violaria materialmente o art. 37, II, da Constituição Federal.

A Procuradoria-Geral da República, por sua vez, reiterou em sua manifestação (fls. 98-102) a tese da violação do art. 37, II, da Constituição Federal.

É o relatório.

Determino a distribuição de cópia aos gabinetes dos outros Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): 1. O art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, na redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45, de 27 de dezembro de 2000, é flagrantemente inconstitucional.

2. De fato, é relevante o argumento, trazido na manifestação do advogado-geral da União, de que a Emenda Constitucional 45 sofre vício de iniciativa, pois trata de servidor público e foi proposta por parlamentar, conforme informação de fl. 44. Nesse sentido, entendo aplicável a jurisprudência desta Corte de que o processo legislativo estadual, inclusive o destinado a alteração do texto constitucional, deve seguir o modelo federal (cf. ADI 1.690-MC, Rel. Min. Nelson Jobim).

3. Neste caso, nem seria necessário verificar se a emenda constitucional resultou em aumento de despesa, como sustentado nas informações da Assembléia Legislativa, pois é evidente a violação do art. 61, II, *c*, que vincula à iniciativa do Poder Executivo as leis que tratem de servidores públicos e seu regime jurídico, e, especialmente, do provimento de cargos. É necessário reconhecer, para esse efeito, que o texto atacado, ao determinar que policiais civis que prestam serviço como delegados especiais de polícia passem a integrar o «*Quadro Efetivo de Delegado de Carreira*», tratou, na verdade, de provimento de cargos de delegado. No ponto, ressalte-se, é irrelevante saber se no estado de Minas Gerais é possível exercer cargo de delegado sem pertencer à carreira.

4. Por outro lado, ainda que a Emenda Constitucional 45 tivesse origem em iniciativa do Poder Executivo estadual, também seria inconstitucional o texto dela resultante.

5. Este Tribunal, em diversas oportunidades, tem afirmado a exigência constitucional do concurso público para provimento de cargos efetivos, sobretudo em hipóteses nas quais a lei impugnada tenha subvertido essa exigência constitucional, como é o caso das ascensões funcionais entre carreiras diversas. Cito, como exemplo mais aproximado à situação dos autos, o julgado na ADI 1.854, de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. É significativo o seguinte trecho da ementa do acórdão desse julgamento: «*Concurso Público: não mais restrita a sua exigência ao primeiro provimento de cargo público, reputa-se ofensiva do art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo da 'promoção por progressão vertical' impugnada*».

6. No caso em análise, ainda que o texto impugnado não o diga, estabeleceu-se sistema de ascensão automática aplicável aos policiais civis no exercício da denominada função de «delegado especial», para que estes passassem a integrar o quadro efetivo de delegado de carreira. Vê-se, no texto impugnado, exemplo de disposição legislativa indubitavelmente destinada a privilegiar pessoas determinadas. Não obstante, basta-me a violação do art. 37, II, da Constituição Federal, para concluir por sua inconstitucionalidade.

7. Com essas considerações, meu voto é pela procedência integral da presente ação, para declarar a inconstitucionalidade do art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional 45, de 27 de dezembro de 2000.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.939/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação e declarou a inconstitucionalidade do artigo 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 27 de dezembro de 2000, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Maurício Corrêa, Presidente, Marco Aurélio e Carlos Britto. Presidiu o julgamento o Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.057 — RN

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Requerente: Governadora do Estado do Rio Grande do Norte — Requeridos: Desembargador Presidente e Corregedor do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região

Inconstitucionalidade. ***Ação direta. Provimento expedido por Tribunal Regional do Trabalho. Precatórios. Regulamentação da execução. Definição de obrigações de pequeno valor. Ofensa aparente ao art. 100, § 5º cc. § 3º, da CF. Risco de dano grave ao erário. Medida cautelar deferida.*** **Deve ser concedida, em ação direta de inconstitucionalidade, medida cautelar para suspensão da vigência de normas constantes de Provimento de Tribunal Regional do Trabalho que definam obrigações de pequeno valor, para os efeitos do art. 100, § 3º, da Constituição da República.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia *ex nunc*, a vigência do Provimento TRT/CR nº 007/2002, alterado pelo Provimento TRT/CR nº 01/2003, ambos do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros *Maurício Corrêa*, Presidente, *Marco Aurélio* e *Carlos Britto*. Presidiu o julgamento o Ministro *Nelson Jobim*, Vice-Presidente.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004, Nelson Jobim, Presidente — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1.** A governadora do Estado do Rio Grande do Norte ajuíza, com pedido de liminar, a presente ação direta de inconstitucionalidade dos arts. 1º, 3º e 4º, *caput*, do Provimento TRT/CT nº 007/2002, modificado pelo Provimento TRT/CT nº 001/2003, ambos do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, sediado

em Natal/RN, que regulamentam «*o procedimento a ser adotado nas execuções de pequeno valor contra entes públicos*». As normas impugnadas têm a seguinte redação:

«Art. 1°. São considerados de pequeno valor, para fins de aplicação do § 3° do art. 100 da Constituição Federal, os débitos que atualizados, originários de execução de sentenças trabalhistas transitadas em julgado prolatadas em ações promovidas contra entes públicos, não ultrapassem a:

a) 60 (sessenta) salários mínimos por beneficiário, quando no pólo passivo encontrar-se a União Federal, suas Autarquias e Fundações de Direito Público que não explorem atividade econômica;

b) 40 (quarenta) salários mínimos por beneficiário, quando no pólo passivo encontrar-se o Estado do Rio Grande do Norte, suas Autarquias e Fundações de Direito Público que não explorem atividade econômica;

c) 30 (trinta) salários mínimos por beneficiário, quando no pólo passivo encontrar-se os Entes Municipais, suas Autarquias e Fundações de Direto Público que não explorem atividade econômica;

Art. 3°. Tratando-se de execução de ação plúrima, o Juiz de 1° Instância poderá simultaneamente, levando em consideração o valor individual do crédito de cada exeqüente, expedir o Ofício Requisitório de Precatório e executar o crédito através da Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Art. 4°. Nas execuções de pequeno valor contra a Fazenda Estadual e Municipal, a Vara do Trabalho de Origem deverá requisitar o valor diretamente ao representante legal do órgão executado, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para que o ente público efetue o pagamento, sob pena de determinação de bloqueio de numerário suficiente ao cumprimento da decisão».

2. Alega a autora que o Provimento TRT/CR 07/2002, ao pretender regulamentá-lo, ofendeu o disposto no art. 100, § 3°, da Constituição Federal, usurpando competência privativa de lei, como se lhe percebe aos textos, *in verbis*:

«Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

(...)

§ 3. O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.».

3. Tal ato normativo federal também seria, segundo a autora, inconstitucional por prever o pagamento *de «execução de ação plúrima pela via do pagamento direto quando se tratar de quantia inferior ao estabelecido pela Constituição para cada reclamante, e por precatório em caso de reclamante cujo crédito fosse superior àquela»* (fl. 12),

enquanto a Constituição, no art. 100, § 3°, vincularia o pagamento à execução em si, não ao valor individual das partes, bem como por estatuir bloqueio de numerário do Estado do Rio Grande do Norte, em hipótese não prevista no § 2° daquele art. 100.

4. Há pedido de medida cautelar, fundado na alegação de que «*constantemente as Varas do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, vem solicitando ao Estado do Rio Grande do Norte o pagamento direto, sob pena de bloqueio na conta única do Estado, de Requisições de Pequeno Valor, criando dificuldades intransponíveis às finanças públicas estaduais, notadamente, quando há ordens de seqüestros, conforme se verá nas diversas cópias de Requisições de Pequeno Valor anexas.*» (Fl. 17)

5. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1.** Estão presentes os requisitos da tutela cautelar.

2. Os §§ 3° e 5° do art. 100 da Constituição da República exigem, de maneira textual e clara, a edição da modalidade normativa de **lei**, para definição dos débitos de pequeno valor, com vista a pagamento sem observância da ordem dos precatórios estabelecida no *caput*:

> «Art. 100. *omissis*
>
> (...)
>
> § 3° O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de **obrigações definidas em lei como de pequeno valor** que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.
>
> (...)
>
> § 5° A **lei** poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3° deste artigo, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.» (Grifos nossos)

3. Ora, o Provimento TRT/CR n° 0007/2002, alterado pelo Provimento TRT/CR n° 001/2003, ambos do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, embora seja ato normativo autônomo, passível de controle direto de constitucionalidade, carece, como é óbvio, de predicamento e força de lei, razão por que não tem autoridade nomológica para, com pretensão de eficácia, dispor a respeito, nestes termos:

> «Art. 1°. São considerados de pequeno valor, para fins de aplicação do §3° do art. 100 da Constituição Federal, os débitos que atualizados, originários de execução de sentenças trabalhistas transitadas em julgado prolatadas em ações promovidas contra entes públicos não ultrapassem a:
>
> a) 60 (sessenta) salários mínimos por beneficiário, quando no pólo passivo encontrar-se a União Federal, suas Autarquias e Fundações de Direito Público que não explorem atividade econômica;

b) 40 (quarenta) salários mínimos por beneficiário, quando no pólo passivo encontrar-se o Estado do Rio Grande do Norte, suas Autarquias e Fundações de Direito Público que não explorem atividade econômica;

c) 30 (trinta) salários mínimos por beneficiário, quando no pólo passivo encontrar-se os Entes Municipais, suas Autarquias e Fundações de Direto Público que não explorem atividade econômica;

(...)

Art. 3°. Tratando-se de execução de ação plúrima, o Juiz de 1° instância poderá simultaneamente, levando em consideração o valor individual do crédito de cada exeqüente, expedir o Ofício Requisitório de Precatório e executar o crédito através da Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Art. 4°. Nas execuções de pequeno valor contra a Fazenda Estadual e Municipal, a Vara do Trabalho de Origem deverá requisitar o valor diretamente ao representante legal do órgão executado, concedendo o prazo de 60 (sessenta) dias para que o ente público efetue o pagamento, sob pena de determinação de bloqueio de numerário ao cumprimento da decisão».

Tão aberta usurpação de competência constitucional, que, por conseqüência lógico-normativa, contamina todos os demais dispositivos do ato, basta por justificar, no plano da razoabilidade jurídica, a concessão de liminar.

4. As «*Requisições de Pequeno Valor*», já expedidas pela Secretaria de Execução Integrada ao FASP – Fundação de Assistência e Promoção Social (cf. fls. 38 a 52), com cominação de bloqueio, em conta corrente, dos valores discriminados, demonstram ainda o risco de dano grave, iminente e de difícil reparação, ao Erário.

5. Diante da excepcional urgência do caso, concedo, pois, nos termos do art. 10, § 3°, da Lei federal n° 9.868/1999, medida cautelar para suspender a vigência do Provimento TRT/CR n° 0007/2002, alterado pelo Provimento TRT/CR n° 001/2003, ambos do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, até o julgamento do mérito da ação, com efeitos *ex nunc*, os quais impedem doravante pagamento de qualquer das «*Requisições de Pequeno Valor*» já expedidas.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.057-MC/RN — Relator: Ministro Cezar Peluso. Requerente: Governadora do Estado do Rio Grande do Norte (Advogados: PGE/RN – Paulo Barra Neto e outro). Requeridos: Desembargador Presidente e Corregedor do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, deferiu o pedido de medida cautelar para suspender, com eficácia *ex nunc*, a vigência do Provimento TRT/CR n° 007/2002, alterado pelo Provimento TRT/CR n° 01/2003, ambos do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Maurício Corrêa, Presidente, Marco Aurélio e Carlos Britto. Presidiu o julgamento o Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 19 de fevereiro de 2004 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 23.123 — PB

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Nelson Jobim

Recorrente: Francisco de Assis Almeida e Silva — Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral

Eleitoral. Composição de Tribunal Regional. Lista tríplice que encaminha para vaga de advogado o nome de magistrado aposentado, inscrito na OAB. Exclusão do mesmo pelo TSE — art. 25, § 2º, do Código Eleitoral. A Lei 7.191/94 não revogou o § 2º do art. 25 do CE, com a redação dada pela Lei 4.961/66. O dispositivo foi recepcionado pela CF. Impugnação procedente para manter a decisão do Tribunal. A análise da Instituição — Justiça Eleitoral — parte de um determinado princípio e de um determinado espírito informador, para que se integre ao Tribunal, aquele que se produziu na profissão, por longos anos, escolhido não pela corporação, mas pelos membros do Tribunal, que conhecem quem está exercendo a profissão e realmente tem condição de trazer a perspectiva do advogado ao debate das questões eleitorais.

Não-provimento do recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, desprover o recurso e declarar insubsistente, por via de conseqüência, a liminar.

Brasília, 15 de dezembro de 1999 — Marco Aurélio, Presidente em exercício — Nelson Jobim, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal Superior Eleitoral houve por bem denegar a segurança requerida pelo ora Recorrente, sufragando tese no sentido da impossibilidade de magistrado aposentado integrar lista tríplice para o preenchimento de vaga de

juiz efetivo em Tribunal Regional Eleitoral. O Colegiado fez ver que a Lei nº 7.191, de 4 de junho de 1984, ao dar nova redação ao artigo 25 do Código Eleitoral, não revogou a norma inserta no § 2º. Consignou, ainda, ser «(...) intolerável admitir que, em nome do livre exercício de uma profissão se possa afrontar uma restrição ditada pelo interesse público e que diz respeito, somente, à organização das Cortes Regionais Eleitorais» (folha 116). Por fim, assentou que, havendo em lei proibição a que conste em lista nome de juiz aposentado, não cabe ao intérprete «opor ressalvas que o legislador não admitiu» (folha 117).

Daí o recurso ordinário de folhas 126 a 146, com o qual o Recorrente insiste no direito de concorrer à vaga para o Tribunal Regional. Articula com o malferimento da Lei nº 7.191/84, do artigo 25, § 2º, do Código Eleitoral, e dos artigos 5º, *caput* e inciso XIII, 37, inciso I, e 120, inciso III, da Carta Política da República. Discorre longamente sobre a revogação do § 2º do artigo 25 do Código Eleitoral pela Lei nº 7.191/84, até porque a restrição contida no preceito ia de encontro aos princípios da isonomia e da liberdade do exercício de qualquer trabalho. Noutro passo, defende que, mesmo que se venha a ter o dispositivo por vigente, a proibição nele contida não alcançaria o Impetrante, Juiz do Trabalho aposentado, pois se refere, unicamente, a magistrados que já tenham integrado a Justiça Eleitoral. Alude, nesse sentido, a parecer exarado pelo então Procurador-Geral da República, Ministro Sepúlveda Pertence, no Processo nº 7.369-TSE-Classe 10 e analisa a norma desde a origem, buscando demonstrar estar a limitação vinculada ao território de atuação do magistrado aposentado. Também é feita remissão ao decidido por esta Corte, em tal sentido, na Representação nº 1.054/DF, Relator Ministro Moreira Alves, cujo acórdão foi publicado no *Diário da Justiça* de 24 de maio de 1985, página 7978, e na *Revista Trimestral de Jurisprudência* 110/937. Ressalta, alfim, restarem atendidas as exigências dos artigos 5º, XIII, e 120, III, do Diploma Maior, porquanto exerce a advocacia e não manteve ligação com a Justiça Eleitoral, constituindo «discriminação odiosa e injustificável o impedimento do advogado em integrar a lista do TRE, porque aposentado como juiz de outro ramo» (folha 142).

O recurso foi admitido mediante a decisão de folha 151, não tendo sido apresentadas contra-razões.

Recebi os autos, para exame, em 24 de abril de 1998.

Em 6 de maio imediato, deferi liminar em demanda acauteladora inominada com o seguinte teor:

Decisão — Liminar

Lista tríplice — Vaga de advogado em TRE — Magistrado aposentado — Substituição do nome — Mandado de segurança — Indeferimento — Recurso ordinário — Demanda cautelar — Liminar — Excepcionalidade verificada — Deferimento.

1. A inicial desta demanda cautelar revela haver o Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba incluído o nome do Autor em lista tríplice destinada ao preenchimento de vaga, na referida Corte, reservada à classe dos advogados. Deu-se o encaminhamento da lista, de nº 102, ao Tribunal Superior Eleitoral, que a glosou,

tendo em conta o fato de o ora Autor ser magistrado da Justiça do Trabalho aposentado. A inconformação fez-se estampada em mandado de segurança. Julgando-o, o Tribunal Superior Eleitoral indeferiu a segurança. Recurso ordinário para esta Corte foi protocolado, estando em fase de exame para lançamento de visto e julgamento. Pois bem, ressalta-se que o Tribunal Regional Eleitoral deve deliberar, em sessão designada para o dia de hoje, sobre o nome que virá a recompor a lista, urgindo, assim, providência que mantenha, até o pronunciamento deste Tribunal, o quadro ensejador da disputa da vaga pelo Autor. Sob o ângulo da relevância do pedido, em peça denunciadora de insuplantável mestria, sustenta-se que a redação primitiva do artigo 25 do Código Eleitoral veio a ser modificada pela Lei nº 7.191/84, expungindo-se o § 2º, no que vedava a inclusão, em lista tríplice destinada ao preenchimento de vaga reservada à classe dos advogados em Tribunal Regional Eleitoral, de nome de magistrado aposentado ou de membro do Ministério Público. Traz-se à balha o histórico sobre o preceito, inclusive o alusivo à tramitação da lei que o alterou, haja vista a circunstância de a Câmara dos Deputados não haver encampado o que aprovado no Senado. Ante o princípio da eventualidade, empolga-se, ainda, a jurisprudência desta Corte sobre o alcance de norma impeditiva da assunção de magistrado a cargo relativo ao ofício judicante existente em tribunal: somente estariam impedidos de galgá-lo magistrados aposentados da própria corte em que situado. É pleiteada liminar, conforme já noticiado, que obstaculize a votação, no Tribunal Regional Eleitoral, de nome para, inserido na lista, vir a preencher o lugar até aqui ocupado pelo autor.

2. Em primeiro lugar, saliento que o poder de cautela geral não é obstado pela circunstância de haver-se mostrado infrutífera a tentativa do interessado de alcançar concessão de segurança. Aliás, o fato de tratar-se de discussão sobre a existência de direito líquido e certo torna propício o exame da matéria, voltados os olhos à preservação do direito evocado. Exsurge discrepante do sistema instrumental em vigor admitir que, no tocante a controvérsia versada em ação ordinária, se possa chegar à tutela antecipada, à concessão de liminar em demanda cautelar, o mesmo não ocorrendo quando a hipótese vem tratada no bojo de mandado de segurança.

Relativamente ao tema de fundo, em passagem pelo Tribunal Superior Eleitoral, ative-me contra a óptica restritiva prevalecente naquela Corte, valendo-me, para tanto, dos novos ares constitucionais, no que sinalizadores de ênfase maior à liberdade profissional, ao princípio isonômico tão caro em sociedades tidas como democráticas. Ora, conforme evidenciado, a mais não poder, pelo Autor desta demanda cautelar, o artigo 25 do Código Eleitoral veio a sofrer modificação em face da Lei nº 7.191, de 4 de junho de 1984, afastando-se do cenário jurídico o óbice, para alguns linear, em contrariedade ao que proclamado por esta Corte, do § 2º do artigo 25 do Código Eleitoral na redação primitiva, ou seja, atinente à inclusão de nome de magistrado aposentado ou de membro do Ministério Público em lista tríplice destinada ao preenchimento de cargo de juiz eleitoral por advogado. Aliás, é interessante notar que, em relação ao membro do Ministério Público aposentado, o próprio Tribunal Superior Eleitoral já procedeu a encaminhamento de nome de nobre profissional que acabou sendo nomeado como Ministro suplente — o Dr. Walter Medeiros. O tema é da maior importância, tendo em vista a cidadania, a

impossibilidade de o intérprete vir a assentar, embora diante da ausência de norma indicativa, vedação a acesso a cargo público, estabelecendo como que, considerados os parâmetros da espécie, a existência de advogados sujeitos a limitação. O magistrado aposentado tem a via aberta ao retorno à advocacia e, uma vez acionada, nela ingressa, sem que se lhe possa impor, inexistente previsão legal harmônica com a Carta da República, esta ou aquela limitação. Para a finalidade buscada neste primeiro passo, são suficientes as razões acima mencionadas. Deixo a abordagem mais profunda do tema para a oportunidade do julgamento do próprio recurso ordinário interposto no mandado de segurança.

3. Defiro a liminar pleiteada para suspender, até o julgamento final do recurso ordinário interposto no mandado de segurança mencionado, a eficácia do que decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral relativamente à lista tríplice da qual consta o nome do Autor. Dê-se ciência, aos Tribunais Regional Eleitoral da Paraíba e Superior Eleitoral, do teor desta liminar. Solicitem-se a este último as informações que entender cabíveis na espécie. Consigno que, diante da urgência da matéria, lancei nos autos desta cautelar o seguinte:

Liminar — Urgência — Providência imediata.

1. Segue em fita magnética decisão concedendo a liminar pleiteada.

2. Urge o implemento da liminar deferida em face de o ato que visa a evitar dizer respeito a Sessão do TRE da Paraíba designada para o dia de hoje.

3. Assim, independentemente da degravação, revisão e assinatura da peça supra referida, oficie-se ao TRE/PB informando, via fax, a suspensão da eficácia do que decidido pelo Tribunal Superior Eleitoral relativamente à substituição do nome do Autor desta demanda cautelar na lista tríplice para preenchimento de vaga de Juiz do aludido Regional destinada ao preenchimento por advogado.

4. Imprima-se urgência.

5. Publique-se.

Brasília, 6 de maio de 1998.

4. Publique-se.

Brasília, 6 de maio de 1998.

Ministro **Marco Aurélio**

Relator

Em 7 de maio, determinei a apensação, aos autos, da referida cautelar, a juntada de relatório parcial e a remessa do processo à Procuradoria-Geral da República. O parecer de folhas 185 a 189 é no sentido do provimento do recurso. Eis a síntese da peça:

Constitucional. Recurso em Mandado de Segurança. Tribunal Regional Eleitoral. Composição. Lista Tríplice. Indicação de advogado, anteriormente juiz e aposentado. Indeferimento. Alegada violação do artigo 2° da Lei n° 7.191/84, e artigos 5°, *caput*, e inciso XIII, 37, I, e 120, III, da Carta Magna. O conteúdo da Lei

nº 7.191/84, revogou tacitamente os parágrafos previstos no artigo 25 do Código Eleitoral, que placitavam proibição em que incorriam os magistrados aposentados. Não cabe ao intérprete e aplicador do direito emprestar validade e eficácia aos dispositivos revogados, face da omissão ou enliço do legislador. O erro legislativo deve ser elidido através da promulgação de nova lei. Normas revogadas. Incompatíveis com o princípio constitucional da isonomia e do livre exercício profissional. Revogação. Conformação da legislação existente. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso (folha 185).

É o relatório.

EXTRATO DA ATA

RHC 23.123/PB — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Francisco de Assis Almeida e Silva (Advogado: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho). Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral.

Decisão: *Depois do relatório* do Ministro Marco Aurélio (Relator), e por tratar-se de processo sujeito à competência do Plenário, *deferiu-se* o pedido de *vista* formulado pelo Procurador-Geral da República, que ainda não se manifestara nos autos.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 1º de fevereiro de 1999 — Luiz Tomitatsu, Coordenador.

RELATÓRIO (Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na sessão em que apregoado este recurso, deferiu-se vista ao Procurador-Geral da República. Então, veio à balha parecer contrariando o exarado nos autos pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Flávio Giron. De acordo com o novo pronunciamento, subsiste, no arcabouço normativo, a proibição de o magistrado aposentado, embora profissional da advocacia, vir a integrar lista destinada ao preenchimento de cargo de Juiz de Regional destinado à classe dos advogados.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são próprios. O documento de folha 147 revela regular a representação processual. Quanto à oportunidade, considere-se a publicação do acórdão impugnado no Diário de 13 de março de 1998, sexta-feira (folha 123), e a interposição do ordinário em 18 imediato, quarta-feira (folha 126), e, portanto, o respeito à dilação legal.

O tema dos autos, sem pesquisar-se a problemática alusiva à isonomia e à liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, está a merecer um exame do

histórico do arcabouço legislativo eleitoral. O Código Eleitoral, na versão primitiva, não contemplava vedação a que concorressem à vaga nos tribunais regionais eleitorais magistrados aposentados e integrados à classe dos advogados. O § 2° do artigo 25 veio a ser introduzido no Código pela Lei n° 4.961, de 4 de maio de 1966, passando-se a ter preceito com o seguinte teor, isso relativamente à lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça e enviada ao Tribunal Superior Eleitoral, visando à nomeação, pelo Presidente da República, de cidadão de notável saber jurídico e idoneidade moral:

> § 2°. A lista não poderá conter nome de magistrado aposentado ou de membro do Ministério Público.

Pois bem, essa restrição deixou de existir com o advento da Lei n° 7.191, de 4 de junho de 1984, no que suprimidos os parágrafos do artigo 25 do Código Eleitoral, que passou a viger com a seguinte redação:

> Art. 25. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:
>
> I - mediante eleição, pelo voto secreto:
>
> a) de dois juízes, dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça e;
>
> b) de dois juízes de direito escolhidos pelo Tribunal de Justiça.
>
> II - do juiz federal e, havendo mais de um, do que for escolhido pelo Tribunal Federal de Recursos;
>
> III - por nomeação do Presidente da República de dois dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça (artigo 2° da citada Lei).

Com a nova redação, igualizou-se a clientela, considerado o preenchimento das vagas destinadas a advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral nos Tribunais Regionais Eleitorais e no Tribunal Superior Eleitoral. É que, até o advento da nova redação do artigo 25 do Código Eleitoral, decorrente da Lei n° 7.191/84, tinha-se a dualidade. Relativamente aos Tribunais Regionais Eleitorais, fazia-se presente a restrição do § 2° supratranscrito, não podendo concorrer às vagas destinadas aos advogados, magistrados, aposentados e membros do Ministério Público. O mesmo não acontecia, ante o teor do artigo 16 do Código Eleitoral, relativamente às vagas existentes no Tribunal Superior Eleitoral. A igualdade de tratamento encontra, na própria Carta da República, a razão de ser. Quer em relação ao Tribunal Superior Eleitoral, quer no tocante aos Tribunais Regionais Eleitorais, tem-se preceito de idêntico teor. Aliás, considerados os artigos 119 e 120 da Carta de 1988, a variação corre à conta, apenas, da numeração do inciso. Quanto às vagas existentes no Tribunal Superior Eleitoral, tem-se:

> Art. 119. O Tribunal Superior Eleitoral compor-se-á, no mínimo, de sete membros, escolhidos:
>
> I - mediante eleição, pelo voto secreto:
>
> a) três juízes dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal;
>
> b) dois juízes dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.
>
> II - por nomeação do Presidente da República, dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, e o corregedor eleitoral dentre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Já os preceitos concernentes ao preenchimento das vagas nos Tribunais Regionais Eleitorais têm a seguinte redação:

Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal.

§ 1°. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) de dois juízes dentre os desembargadores do Tribunal de Justiça;

b) de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça.

II - de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido em qualquer caso pelo Tribunal Regional Federal respectivo;

III - por nomeação pelo Presidente da República de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.

§ 2° O Tribunal Regional Eleitoral elegerá seu Presidente e o Vice-Presidente dentre os desembargadores.

Aliás, em prol da fidelidade ao texto da Carta da República, há de notar-se outra distinção além da relativa aos números dos incisos. Corre à conta da elaboração, em si, da lista sêxtupla a ser encaminhada ao Presidente da República. Enquanto, em se tratando de vaga no Tribunal Superior Eleitoral, ela é confeccionada no âmbito desta Corte, relativamente aos Tribunais Regionais Eleitorais, é feita pelo Tribunal de Justiça local. Ora, a Carta da República não abrange qualquer restrição, considerada a origem, em si, do advogado. Pouco importa que, em data anterior, tenha sido ele membro da magistratura, do Ministério Público, da Advocacia do Estado ou da Defensoria Pública. O que importa saber é a existência, em si, da qualificação exigida pelo texto constitucional, ou seja, possuir o candidato a condição de advogado e portar notável saber jurídico e idoneidade moral. Soma-se, assim, à circunstância de não se poder restabelecer o § 2° do artigo 25 do Código Eleitoral na redação decorrente da Lei n° 4.961/66, alterada pela Lei n° 7.191/84, o próprio texto constitucional.

A igualdade de tratamento, consideradas as vagas existentes nas Cortes Regionais e no Superior Eleitoral, foi bem apanhada por Paulo César Salomão em *Legislação Eleitoral Compilada*, Editora Forense, 1992, página 65. Eis a óptica do hoje Desembargador Paulo César Salomão:

Modificados os incisos do artigo 25 pela Lei 7.191, de 04.6.84 (DO 5.6), foram suprimidos os parágrafos originais, que tratavam do processamento, pelo TSE, de lista tríplice do Tribunal de Justiça, bem como das incompatibilidades para membros do TRE, seguindo os moldes dos §§ 1° e 2° do art. 16.

Ainda que se pudesse suplantar o fato de o Diploma Maior não contemplar qualquer restrição, tampouco a legislação ordinária, dever-se-ia levar em conta a ordem natural das coisas, a razão de ser de emprestar-se ao arcabouço normativo interpretação limitadora de direito. No caso dos autos, não se teria, sequer, o que o Eminente Ministro Sepúlveda Pertence, na qualidade de Procurador-Geral da República, apontou como justificativa para a limitação, fazendo-o no Processo nº 7.369-TSE-classe 10, transcrevendo a óptica do Ministro Leitão de Abreu. Eis como Sua Excelência equacionou e justificou a vedação a alcançar não-só o magistrado aposentado, como também o membro de Ministério Público:

> Assim os Tribunais Eleitorais são integrados por magistrados e advogados, neles oficiando o Ministério Público representado pelo Procurador-Geral e pelos Procuradores Regionais. Nem um magistrado aposentado nem um membro do Ministério Público podem integrá-los representando a classe dos advogados. Os primeiros a eles pertencem quando em atividade. Os segundos neles oficiam como membros do Ministério Público.

Tal conclusão alicerçou-se, certamente, no histórico normativo retratado com proficiência na inicial da demanda cautelar em apenso. O Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, preceituava, no inciso VII do artigo 11, estarem impedidos:

> VII - os magistrados aposentados ou em inatividade remunerada, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tenham funcionado, até dois anos de seu afastamento, compreendendo-se nessa provisão a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território.

O Decreto nº 24.631, de 9 de julho de 1934, alterou a citada regra, passando-se a ter vedação limitada:

> Art. 11. São impedidos de procurar em juízo, mesmo em causa própria:
>
> (...)
>
> VII - os magistrados aposentados ou em inatividade remunerada, perante o tribunal, de que fizerem parte, até dois anos depois do seu afastamento.

Vieram à balha outras limitações quanto aos magistrados que, deixando o ofício judicante pela aposentadoria, pretendessem advogar. O Decreto nº 4.803, de 6 de outubro de 1942, alterou a redação do referido inciso VII, que passou a ter o seguinte teor:

> VII - os magistrados aposentados, ou em inatividade remunerada, no território sujeito à jurisdição do juízo ou tribunal em que tenham funcionado, até dois anos depois do seu afastamento, compreendendo-se nessa proibição a emissão de parecer sobre causas em andamento ou a serem propostas no dito território.

Já o Decreto nº 5.410, de 25 de abril de 1943, assim dispôs:

> Artigo único. O disposto no Decreto-Lei 4803, de 6 de outubro de 1942, não se aplica aos juízes aposentados do Supremo Tribunal Federal, senão quanto às causas que já estejam ajuizadas ao tempo da aposentadoria, que se processam perante o mesmo Tribunal e que sejam propostas contra a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal.

Constata-se, aí, um tratamento à margem das melhores noções do princípio isonômico, quer relativamente aos beneficiários da norma, quer no tocante à especificação das ações. Em 1945, esse dispositivo que, ao invés de prestar homenagem ao perfil dos ex-Ministros do Supremo, o denegria, veio a ser revogado.

Por sua vez, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, aprovado mediante a Lei nº 4.215/63, preceituava:

> Os magistrados, membros do Ministério Público, definitivamente aposentados ou em disponibilidade não terão qualquer incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia decorridos dois anos do ato que os afastou da função (artigo 86).

Foi justamente diante desse quadro que esta Corte, julgando a Representação nº 1.054/DF, cujo acórdão foi publicado na *RTJ* nº 110/937, proclamou, na pena abalizada do hoje decano:

> (...) pois, como demonstrei de início, as leis que disciplinaram restrições a inativos, no tocante à advocacia, sempre se adstringiram exclusivamente a magistrados, e apenas ao tribunal de que participaram, ou, no máximo, ao território onde exerceram jurisdição.

Ora, o Impetrante jamais atuou na Justiça dita comum ou na federal. Foi ele Juiz do Trabalho, vindo a aposentar-se, por tempo de serviço, em 1996. Por qualquer ângulo que se examine a espécie, não se pode deixar de concluir pelo direito líquido e certo a integrar lista para preenchimento de vaga em Tribunal Regional Eleitoral. Além da nova redação do artigo 25 do Código Eleitoral, do preceito do artigo 120 da Carta, é preciso levar-se em conta o regramento constitucional sobre o exercício da profissão, a impedir que se distinga onde o próprio texto constitucional não distingue. O preceito do inciso XIII do artigo 5º é categórico ao revelar ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Pois bem, tanto a Carta da República quanto o Código Eleitoral apenas impõem, como condição para concorrer a vaga, a qualificação de advogado, deixando de albergar qualquer referência limitativa, considerada a origem, em si, do candidato. Presente a premissa de índole constitucional no sentido de que os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, tem-se a impossibilidade de levar em conta, no caso, aspectos metajurídicos, o que se poderia dizer de influência a ser exercida pelo candidato, na confecção da lista sêxtupla, por outrora haver integrado a magistratura. O fato, revestido de subjetividade maior, não pode ser erigido em critério de discriminação harmônico com o texto constitucional.

Por tais razões, ressaltando, mais uma vez, a impossibilidade de o intérprete distinguir onde a norma não distingue, especialmente quando isso implique restrição a direito, provejo este recurso ordinário para, reformando o acórdão de folha 111 a 122, conceder a segurança, reconhecendo, assim, ao Impetrante o direito líquido e certo de ter o nome preservado na lista a ser submetida ao Presidente da República.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, o primeiro tema enfrentado pelo eminente Relator diz respeito à Lei nº 7.191/84, que teria revogado os parágrafos do art. 25 do Código Eleitoral.

A referida Lei alterou o art. 25 e efetivamente não fez nenhuma menção aos parágrafos.

Em face dessa circunstância, interpretou-se que o processo legislativo de 84 havia alterado a vedação primitiva do art. 25, tendo em vista a supressão dos seus parágrafos.

Os parágrafos que teriam sido suprimidos pela Lei de 84 são os seguintes:

«§ 1° A lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça será enviada ao Tribunal Superior Eleitoral.

§ 2° A lista não poderá conter nome de magistrado aposentado ou de membro do Ministério Público».

Lembro que esse § 2°, como ressaltou o Relator, foi uma redação dada, em 1966, pela Lei n° 4.961. Assim, o § 1° disciplinava a remessa da lista, o § 2° dava este impedimento.

«§ 3° Recebidas as indicações, o Tribunal Superior divulgará a lista através de edital, podendo os partidos, no prazo de cinco dias, impugná-la com fundamento em incompatibilidade.

§ 4° Se a impugnação for julgada procedente quanto a qualquer dos indicados, a lista será devolvida ao Tribunal de origem para complementação.

§ 5° Não havendo impugnação, ou desprezada esta, o Tribunal Superior encaminhará a lista ao Poder Executivo para a nomeação.

§ 6° Não podem fazer parte do Tribunal Regional pessoas que tenham entre si parentesco, ainda que por afinidade, até o 2° grau, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo, excluindo-se neste caso a que tiver sido escolhida por último.

§ 7° A nomeação de que trata o n° II deste artigo não poderá recair em cidadão que tenha qualquer das incompatibilidades mencionadas no art. 16, § 2°».

Pergunto: Quando a Lei de 84 alterou os incisos I, II e III do art. 25, suprimiu também as vedações do § 6° em relação às pessoas que tenham, entre si, parentesco?

Suprimiu a possibilidade do procedimento de impugnação?

Suprimiu a determinação legal de que a lista tríplice organizada pelo Tribunal de Justiça será enviada ao Tribunal Superior Eleitoral?

Houve a supressão, quando se alterou esses incisos, deste procedimento administrativo de trânsitos das listas, da possibilidade dos partidos políticos impugnarem a lista, de um determinado procedimento de impugnação da lista, da vedação em relação ao parentesco.

Foi esse o sentido do dispositivo?

A Lei menciona as alterações ao art. 25 no que diz respeito aos incisos I, II e III, não diz absolutamente nada sobre aquilo de que ela não tratou, porque ela não tratou das formas administrativas de remessa, não tratou, em momento algum, de um procedimento de impugnação; ela tratou de alterar os incisos.

Creio que revogação de dispositivo que não foi objeto do termo da lei específica só pode se dar por determinação expressa e não por interpretação.

Se a lei tratou dos temas restritos aos incisos do art. 25, como posso interpretar que suprimiu algo de que ela não tratou e era fundamental que se mantivesse, qual seja, o procedimento de impugnação?

Ou pretendeu a lei alterar e não determinar que o Tribunal de Justiça envie ao Tribunal Superior Eleitoral a lista, de que os partidos não possam ter direito a impugná-la? Será que foi isso?

Sr. Presidente, em termos de técnica ortodoxa legislativa, tem-se entendido que somente se poderia entender não revogado se, e somente se, o texto da lei tivesse o *caput*, os incisos e, depois, reticências.

As reticências seriam a manifestação de vontade, na técnica legislativa formal, da manutenção dos parágrafos.

Agora, porque não tem reticências, posso interpretar que foram suprimidos textos que são parágrafos, mas tratados com absoluta autonomia, ou esses dispositivos não têm autonomia suficiente?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A razão da lei é muito simples. O Ato Institucional nº 02, criando a Justiça Federal, já o fizera e, pois, a lei, na verdade, é inócua; já retirara dos TREs um desembargador, que eram três, para incluir o juiz federal.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Essa informação suplementar do eminente Ministro Sepúlveda Pertence nos mostra que a lei veio ajustar-se a uma situação nova gerada pela criação da Justiça Federal.

Ora, daí extratar que foram suprimidos todos os dispositivos, que têm absoluta autonomia, que poderiam ser artigos autônomos do Código, dentro evidentemente desse título.

Sr. Presidente, por essas razões singelas, afasto a possibilidade de uma exegese que venha determinar que a Lei nº 7.191/84 teria revogado esse dispositivo do § 2º.

Não teria revogado só o do § 2º, teria revogado os sete parágrafos do artigo primitivo.

Então, neste primeiro enfoque, entendo mantidos não só os parágrafos primitivos que vinham da redação anterior como também o § 2º, que foi acrescentado em 1966.

Agora a questão posta é outra e tem que ser enfrentada.

É legítima, é constitucional essa restrição? Pode-se trazer da Constituição Federal a leitura de que é inconstitucional essa restrição ao magistrado aposentado e aos membros do Ministério Público?

Sabemos haver um grande número de membros do Ministério Público, anteriores à Constituição de 1988, que podem exercer advocacia, mantêm-se ainda no exercício da advocacia.

Ora, se estamos com essa natureza e se o § 2º é integralmente inconstitucional para todos, criaríamos uma situação curiosa: por decisão que não da corporação — e isso é importantíssimo na exegese que pretendo desenvolver — mas exclusivamente pelo Tribunal, um membro do Ministério Público poderá sentar-se no Tribunal, na cadeira da representação da categoria dos advogados, e, ao mesmo tempo, um outro membro do Ministério Público sentar-se na cadeira representativa do Ministério Público.

Poderá, inclusive, exercer a função num período como advogado e, em outro, como membro do Ministério Público.

Entendo em relação ao Tribunal Militar.

Por que se tirou da corporação a possibilidade de indicar os advogados?

Porque todos os tribunais, com exceção do Tribunal Eleitoral e do Militar, não têm a regra das listas sêxtuplas elaboradas pela corporação.

No Tribunal Militar, nós sabemos, a Ordem dos Advogados não queria participar de decisões em relação à legitimação do Tribunal Militar.

Era motivo político, à época da discussão, quando da elaboração da Constituição de 1988.

Esse tema foi debatido no Plenário da Constituinte, e a Ordem dos Advogados, lembro-me perfeitamente, através de seu Presidente Márcio Thomaz Bastos, fez um discurso dizendo não querer nem chegar perto da possibilidade de ter a corporação legitimando a composição dos tribunais militares estaduais etc.

Agora vejam: Por que no Tribunal Eleitoral a Ordem dos Advogados não participa? Pela mesma razão do Tribunal Militar? Absolutamente, não.

Mas porque aquele Tribunal tem uma característica completamente distinta dos demais tribunais, proveniente de complicações da história eleitoral brasileira.

Se remontarmos ao Decreto nº 24.150, de D. João VI, que primeiro regulamentou as eleições no Brasil e as eleições dos deputados brasileiros nas cortes portuguesas, verificaremos que toda a evolução, passando pelo grande Marquês do Paraná, pela Lei do Círculo de I, pela Lei do Círculo de III, pela Lei do Terço, pela Lei Saraiva, o controle de três grandes manifestações da cidadania começou a se deslocar para o Poder Judiciário: o controle de quem vota e de quem pode ser votado; o controle de que o voto apurado, votado, seja o pronto, apurado, que diz respeito à verdade eleitoral, e o controle relativo às inexigibilidades.

Esse conjunto se produziu numa evolução absolutamente necessária ao sentido da busca da regularidade do processo eleitoral, até chegarmos à Revolução de 30, quando se instituiu uma justiça especializada, buscando algo que se explicava, trazendo o Ministério Público e os advogados uma composição mista.

Tira-se, portanto, da corporação a indicação, por quê? Porque havia a necessidade, como disse intercorrentemente o Ministro Sepúlveda Pertence, de se suprimir a dependência política, ou seja, a vontade de ser membro de um Tribunal teria de ser submetida a discussões internas das corporações, que tanto os Ministros Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa e eu conhecemos, com absoluta perfeição, como citássemos os processos políticos das discussões das composições dessas listas.

Enfim, Sr. Presidente, essa foi a razão.

E no momento em que se estabeleceu essa separação, o que se quis foi aquilo referido no parecer do Procurador-Geral da República, que não aprova o parecer anterior mencionado pelo Ministro Relator, mas cita o eminente Ministro Néri da Silveira.

Termina o Procurador-Geral dizendo o seguinte:

O Eminente Ministro Néri da Silveira (...) E pondera: 'Pode parecer uma restrição a um juiz que se aposenta, mas há um sentido nisso tudo. As instituições precisam também viver um determinado princípio, um determinado espírito, informando» (fl. 202).

Ora, na medida em que isso é verdadeiro, essa restrição se legitima por motivos históricos e por aquilo que, brincando, o Ministro Sepúlveda Pertence e eu, interrompendo, dissemos que o depoente não concorda.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Há um aspecto que me parece sério. Veja V. Exa. o seguinte: um advogado que foi, inclusive, juiz do Tribunal Regional e depois fez concurso para juiz, ele fica impedido de voltar como juiz? *Mutatis mutandis*, a situação é inversa. Não vejo, por motivos até de natureza política, essa exclusão, senão também teria de haver com relação ao oposto. O advogado que inclusive foi juiz do Tribunal Regional, depois de fazer concurso para juiz, pode voltar como magistrado. Um magistrado aposentado que volta à advocacia é como um advogado que depois entrou na Magistratura.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ministro Moreira Alves, em certos casos, há legislação que mantém honras, privilégios.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não há honras nem privilégios aqui.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ministro Moreira Alves, entendi o argumento e o respeito, mas é de natureza formal.

A questão sustentada, na linha do Ministro Néri da Silveira, é que precisamos examinar essa instituição a partir de um determinado princípio e de um determinado espírito informador.

Ou seja, o que se pretende não é que, formalmente, aquele que tem a possibilidade de exercer a profissão esteja presente à discussão das questões eleitorais, mas, sim, aquele que se produziu dentro da profissão, por longos anos, escolhido não pela corporação, mas pelos membros do Tribunal, que conhecem quem está exercendo a profissão e realmente tem condição de trazer a perspectiva do advogado ao debate das decisões das questões eleitorais.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Veja V. Exa. que um indivíduo pode ser juiz por um ano, depois pede demissão e passa trinta anos como advogado. Pergunta-se: Ele continua juiz? Ele foi advogado do serviço público; depois foi um ano juiz, aposentando-se com trinta anos de serviço, e posteriormente passa mais vinte anos como advogado. Ele é juiz?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não estaria aposentado?

O Sr. Ministro Moreira Alves: A Constituição exige que o indivíduo seja advogado. Se ele preenche a condição de advogado...

O Sr. Ministro Nelson Jobim: O que se exige aqui não é o advogado formal. É de outra natureza.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não é formal, ele é advogado. O que entendemos com relação a um quinto? Um indivíduo que entrou como advogado, depois de ser juiz durante vinte anos no Tribunal de Alçada, continua como advogado. Entendeu-se isso. Agora vamos, aqui, aplicar também isso?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Mas aí não pode. É preciso ter cinco anos na Magistratura.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Isso é agora; antes não havia nada disso. Pela primeira vez aparece essa situação no Supremo Tribunal.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Porque havia regra.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Já há muito tempo que se pode discutir se essa regra estava ou não em vigor. E mais: nunca se levantou o problema da constitucionalidade nem o da recepção. O Tribunal, na representação que foi aludida pelo eminente Ministro Relator, entendeu que feria o princípio da proporcionalidade aquela restrição a magistrado.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Mas, aí, é liberdade de exercício da profissão.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Mas é a inobservância do texto constitucional, exigindo que seja advogado. Ele não é advogado? Sim, não há dúvida alguma. Agora, está-se restringindo, por quê? Porque ele já foi juiz. Pergunta-se: um advogado, inclusive do Tribunal, não pode, como juiz, ingressar no Tribunal? Até isso se admite. Quando é o inverso, não se admite. E no caso há ainda um aspecto: era juiz do trabalho que nem sequer podia ser juiz do Tribunal Regional Eleitoral.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: A situação é distinta.

Não é por essa razão, mas pela formação de advogado, que, no caso da Justiça Eleitoral, exige-se para outra natureza.

Tanto é que se tira da corporação a possibilidade de nomear.

Mantém-se isso para quem pode conviver com o advogado, sabendo quem são. Sabemos, perfeitamente, a razão moralizadora da norma. Ela tem origem. Não podemos afastar da discussão essa circunstância.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não posso partir do princípio de que os tribunais não têm idoneidade suficiente para afastar o corporativismo. Julgamos constitucional a proibição de parentes por princípio de moralidade evidente, em que não entra a dignidade de um Poder. Uma coisa é nomear parente; uma coisa é atender a interesse privado, outra coisa é considerar que os tribunais são corporações em que se fariam orgias de nomeações de juízes aposentados para serem, como advogados, integrantes deles.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Ministro Moreira Alves, estou com V. Exa. Penso ser legítimo ao legislador estabelecer princípios objetivos. Lembro-me de que um eminente magistrado declarou, nos anos em que os predicamentos da Magistratura estavam suspensos, que não interessavam os predicamentos porque ele era independente. A resposta do Ministro Seabra Fagundes foi interessante: «*Esse juiz é um super-homem*». O critério objetivo é para o jurisdicionado.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Ministro Moreira Alves, o art. 121 da Constituição estabelece:

«Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização (...)»

Isso é uma regra de organização, de composição dos tribunais.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, para concluir, não me abalam as observações do Ministro Moreira Alves, exatamente pela razão que estabelecemos.

Se a tese for verdadeira, teremos de admitir também no Ministério Público, e o Ministério Público que advoga.

Quer dizer, essa norma não seria restrita aos juízes.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não estou discutindo a respeito do Ministério Público porque, quando declaramos a inconstitucionalidade de um dispositivo no controle concreto, não podemos examinar outros dispositivos de lei que não estejam em causa. Não se trata, aqui, de membro do Ministério Público.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: A norma é única e estabelece a discussão sobre os dois.

O Sr. Ministro Moreira Alves: E o membro do Ministério Público aposentado pode?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não pode, está vetado, membro do Ministério Público aposentado ou não.

O Sr. Ministro Moreira Alves: A lei fala em membro do Ministério Público aposentado? Não. Só se é membro do Ministério Público quando não está aposentado. Então, do Ministério Público aposentado, pode; agora, o juiz aposentado, e sendo advogado, não pode. Também não encontro motivo político, porque senão quem foi deputado jamais poderia, no dia seguinte, como advogado, ingressar no Tribunal. Além disso, jamais se levantou problema de moralidade para não se considerar essa regra como razoável. Por outro lado, é uma regra que atende ao princípio da proporcionalidade? É possível a um Presidente da República, no dia seguinte, advogar? E a um juiz do Arroio Chuí, no dia seguinte, não poder advogar no Amapá ou no Acre? Veja, V. Exa., que o raciocínio é o mesmo.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Presidente): O ilustre Advogado deseja prestar informação sobre questão de fato.

O Sr. Frank Roberto Santana Lins (Advogado): Sr. Presidente, egrégia Casa, o Dr. Francisco de Assis Almeida e Silva inscreveu-se, como estagiário, em março de 1977, e como advogado em 10 de março de 1978; ou seja, em 1978 ele advogava. A sua inscrição foi cancelada em virtude de nomeação para o cargo de Juiz do Trabalho em 20-11-89. Quer dizer, doze anos de advogado. Aposentou-se em abril de 1996. Ele foi juiz de 1989 a 1996. Voltou a Ordem dos Advogados. Então, treze anos.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Ministro Moreira Alves, estou meramente desqualificando o argumento de que eram treze anos.

Neste caso não se adota.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Quando se declara a inconstitucionalidade no caso concreto, a inconstitucionalidade continua sendo da norma *in abstracto*. Aqui a declaração de inconstitucionalidade é da norma e não declaração de inconstitucionalidade da aplicação da norma.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: A observação que faço não diz respeito absolutamente a nada que V. Exa. diz.

V. Exa. tem toda razão em relação a essa discussão de natureza teórica.

Surgiu o problema do tempo quando se mencionou o problema do caso concreto — e V. Exa. citou o exemplo do Chuí —, então se constata que não são treze, são dois.

Não há problema nenhum com relação a isso.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Nessa representação, não importava se era um, dez dias ou cinqüenta anos. O que se dizia é que o juiz, no dia seguinte ao que ele se aposenta, pode advogar. O problema dos anos é apenas para mostrar a conseqüência a que chegaremos. Mas isso não significa que, quando se declara a inconstitucionalidade de uma norma, ainda que no caso concreto, se deva levar em consideração o caso concreto, porque senão isso não é declaração de inconstitucionalidade da norma, mas poderia ser declaração de inconstitucionalidade da aplicação da norma ao caso concreto, o que é completamente diferente.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Nós sabemos disso. V. Exa. tem toda razão.

Estou explicando que, num determinado momento, foi dito que era advogado há muitos anos. Agora, constata-se que foram dois anos. Esse é o ponto.

Então, Sr. Presidente, creio que o precedente referido, em que se proibia o exercício da advocacia para juízes, era exatamente para o exercício da atividade privada, o que não é o caso, ou seja, os precedentes não têm a pertinência pretendida em relação a sua adequação.

Com essas razões, ouso dissentir do eminente Relator para negar provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Sr. Presidente, como salientou o eminente advogado, quando do julgamento dessa questão no Tribunal Eleitoral, fiz ressalva quanto ao meu voto; portanto, sinto-me inteiramente à vontade para, de início, dizer que acompanho o voto do eminente Ministro Marco Aurélio. Faço-o na perspectiva de que — como sempre entendi, e aliás está na lei — é advogado somente aquele que se encontra devidamente inscrito nos quadros da respectiva seção da Ordem dos Advogados do Brasil. No caso da Lei nº 4.215, de 1963, havia aquela regra que restringia o exercício da advocacia por parte de juiz aposentado, pelo período de dois anos; posteriormente essa disposição da Lei, por decisão desta Corte, veio a ser anulada para permitir que o juiz que se aposentasse pudesse advogar.

A Lei que substituiu a 4.215, a nº 8.906, de 4 de julho de 1994, estabelece, no art. 3º, o exercício da atividade de advogado no território brasileiro — e a denominação «de advogado» é privativa dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Ora, diz a Constituição Federal de 1988 — que tive o privilégio de ajudar a redigir — no art. 120:

> «Art. 120. Haverá um Tribunal Regional Eleitoral na capital de cada Estado e no Distrito Federal.
>
> § 1º Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:
>
> (...)

III - por nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.»

O que é advogado no estrito sentido da lei? É aquele que se acha inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Ora, se Lei anterior estabeleceu essa condição — art. 25 do Código Eleitoral, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.191, de 4 de junho de 1984 — e manteve os incisos I, II e III, ainda que esses dispositivos pudessem ser examinados — refiro-me aos parágrafos que remanesceram —, eles teriam que ser interpretados à luz do art. 120, porque a Constituição Federal diz que a escolha é feita dentre seis advogados. Se o magistrado aposentado compareceu à Ordem dos Advogados e se inscreveu como tal, advogado ele é. Por conseguinte, não pode haver mais nenhuma restrição ao seu pleno direito, o qual se completa inclusive com o de ser indicado, dentre os seis, como um dos juristas do Tribunal Regional Eleitoral.

Não vou me estender mais, porque a questão já foi suficientemente colocada no voto do eminente Ministro Marco Aurélio; ademais, outros elementos da mais alta valia foram acrescentados pelo Ministro Moreira Alves. Embora tenha sido, por oito anos, Presidente da Ordem dos Advogados e defendido essas prerrogativas, aqui, no exercício da Magistratura, não posso deixar de reconhecer que advogado é tão-somente aquele que está inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados. Portanto, seja ele ex-juiz ou ex-Presidente da República, se houvesse restrição para outras pessoas, na medida em que assumissem a condição de advogado, o exercício pleno da advocacia teria que ser assegurado.

Sr. Presidente, em conclusão, acompanho o voto do eminente Relator, pedindo vênia ao eminente Ministro Nelson Jobim.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Sr. Presidente, peço vênia aos eminentes Ministros que divergiram para acompanhar o voto do Ministro Nelson Jobim, subscrevendo toda a sua fundamentação. Nesse sentido sempre votei durante os anos que integrei o TFR.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Em 1985, quando representava, no TSE, o antigo Tribunal Federal de Recursos, fui Relator do Proc. 7.369/CE, que originou a Resolução 12.391, de 24-10-85. Decidimos então:

«Eleitoral. Tribunais Regionais Eleitorais: composição. Vaga de jurista. Constituição Federal, artigos 131 e 133. Código Eleitoral, artigo 25, § 2º. Lei nº 7.191, de 04.6.84.

I - A Lei nº 7.191, de 04.6.84, artigo 2º, ao dar nova redação ao artigo 25 do Código Eleitoral, não revogou os seus parágrafos.

II - Composição dos Tribunais Regionais Eleitorais. Vagas a serem preenchidas por nomeação do Presidente da República, dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça. Nela não pode figurar, nessa qualidade, membro do Ministério Público.

III - Precedente do T.S.E.: Resolução nº 10.285, tomada na Consulta nº 5.469-BA (B.E. nº 323, pág. 312).

IV - Lista tríplice devolvida.» (*DJ* de 23.7.86 e 04.8.86).

Proferi, na ocasião, o seguinte voto:

«A Constituição Federal, ao cuidar da composição dos Tribunais Eleitorais, Tribunal Superior e Tribunais Regionais, estabeleceu:

'Art. 131. O Tribunal Superior Eleitoral, com sede na Capital da União, compor-se-á:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) - de três juízes, entre os Ministros do Supremo Tribunal; e

b) - de dois juízes, entre os Ministros do Tribunal Federal de Recursos;

II - por nomeação do Presidente da República, de dois entre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.»

(...)

'Art. 133. Os Tribunais Regionais Eleitorais compor-se-ão:

I - mediante eleição, pelo voto secreto:

a) - de dois juízes dentre os desembargadores do tribunal de Justiça;

b) - de dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos pelo Tribunal de Justiça;

c) - de juiz federal e, havendo mais de um, do que for escolhido pelo Tribunal Federal de Recursos; e

III - por nomeação do Presidente da República, de dois dentre seis cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça.»

Examinando a questão sob o ponto de vista constitucional, o eminente Ministro Leitão de Abreu, na Consulta nº 5.469 — Classe X, Bahia, aduziu, no seu voto, com o apoio dos seus eminentes pares, certo que participou do julgamento o nosso hoje eminente Presidente, Ministro Néri da Silveira:

'O princípio, antes implícito, de que a inclusão na lista, para integrar colegiado eleitoral, reclama, no indicado, a condição de advogado está hoje explícito no artigo 131, II, da Constituição Federal, Emenda nº 1. Estatui essa cláusula constitucional: «Artigo 131 - o Tribunal Superior Eleitoral, com sede na Capital da União, compor-se-á: I - mediante eleição, pelo voto secreto: a) de três juízes, entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal: e b) de dois juízes, entre os membros do Tribunal Federal de Recursos da Capital da União; II - por nomeação do Presidente da República, de dois entre seis advogados de notável saber jurídico e, idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal».

Está expresso, no item II, como se vê, que para a indicação, aí prevista, deve o candidato ser advogado. Embora essa regra não se repita, com as mesmas palavras, no artigo 133, no qual se cuida da composição dos Tribunais Regionais Eleitorais, está pressuposta a condição de advogado relativamente aos indicados pelo Tribunal de Justiça de seis cidadãos de notável saber jurídico e idoneidade moral, para que, dentre eles, dois sejam nomeados pelo Presidente da República para integrarem o Tribunal Regional Eleitoral.

Assim, os Tribunais Eleitorais são integrados por magistrados e advogados, neles oficiando o Ministério Público representado pelo Procurador-Geral e pelos Procuradores Regionais. Nem o magistrado aposentado, nem o membro do Ministério Público podem integrá-los representando a classe dos advogados. Os primeiros a eles pertencem quando em atividade. Os segundos neles oficiam como membros do Ministério Público.'

(...)

(fl. 21).

Concordo inteiramente com o raciocínio expendido pelo eminente Ministro Leitão de Abreu, acima transcrito.

Com efeito.

Se a Justiça Eleitoral tem, na sua estrutura, dois tribunais superiores — o T.S.E. e os T.R.Es. — seria incompreensível que se exigisse para um, o T.S.E., advogados militantes, para preenchimento das vagas de juízes da classe de juristas, e, para os TREs, apenas, que as vagas fossem preenchidas por bacharéis em Direito.

O que a Constituição deseja, em verdade, é que tais vagas, tanto no T.S.E., quanto nos T.R.Es., sejam preenchidas por advogados militantes, e só advogados, não advogado que seja, também, membro do Ministério Público. Ou se é uma coisa, ou se é outra; as duas coisas ao mesmo tempo é que não é possível.

Esta Eg. Corte, vimos de ver, já decidiu desta forma, na Consulta 5.469-BA (B.E. nº 323, p. 312).

Objetar-se-á, entretanto, que o raciocínio acima seria correto anteriormente ao advento da Lei nº 7.191, de 04.6.84, que teria derrogado o § 2º do art. 25 do Cód. Eleitoral.

Isto, todavia, não ocorre.

Porque os §§ do art. 25 do Cód. Eleitoral não foram revogados pelo art. 2º da Lei nº 7.191, de 04.6.84. É que este apenas deu nova redação ao *caput* do artigo 25 do Cód. Eleitoral, adequando-o ao art. 133 da Constituição, não revogando, entretanto, os parágrafos do citado art. 25. Para fazê-lo, deveria isto dizer, de modo expresso; ou, se não o dissesse, expressamente, a revogação teria ocorrido, se a nova redação do *caput* do art. 25 conflitasse, de qualquer modo, com os parágrafos. Não há, todavia, o conflito.

Esta Eg. Corte, aliás, vem entendendo que essa revogação não ocorreu, tanto que, ao receber as listas tríplices, processa-as, na forma estabelecida nos citados parágrafos do art. 25, do Cód. Eleitoral, culminando por encaminhá-las ao Poder Executivo, no caso de sua regularidade (v. art. 25 e §§ do Cód. Eleitoral). Se esta Eg. Corte tivesse entendido que a revogação ocorrera, então não lhe cumpria receber as listas e nem processá-las.

Acrescente-se, por derradeiro, que a questão não poderia, em verdade, ser resolvida no campo do direito positivo comum. É que, não estivesse implícita, na Constituição, a norma no sentido de que só pode figurar na lista advogado militante, certo que nela não pode figurar, nessa qualidade, titular do Ministério Público, conforme Resolução nº 10.285, tomada na Consulta 5.469-BA, já mencionada, não estivesse implícita citada norma, e não valeria a lei, assim o § 2º do art. 25, do Cód. Eleitoral.

Mas o que acontece é que, conforme bem acentuou o eminente Ministro Leitão de Abreu, na Consulta 5.469-BA, suso mencionada, o princípio está, em verdade, explícito na Constituição, no art. 131, II, que se aplica, evidentemente, aos Tribunais Regionais Eleitorais.

É atual, portanto, a Resolução nº 10.285, desta Eg. Corte.

E por ser assim, forte na Resolução nº 10.285, deste Eg. Tribunal Superior Eleitoral, meu voto é pela devolução da lista, a fim de que nela se substitua por advogado o nome do ilustre Prof. Fávila Ribeiro, que é Procurador da República no Ceará.»

Mais recentemente, já na representação do Supremo Tribunal Federal e na presidência do TSE, reafirmei o entendimento anterior, no Rec. Especial 12.641/TO, de que foi Relator o Ministro Costa Leite. Sustentei, então, que a Lei 7.191, de 1984, revogou apenas o *caput* do art. 25 e seus incisos, dele diretamente dependentes, mas não revogou os seus parágrafos: a uma, porque deveria dizê-lo expressamente; a duas, porque não há falar em revogação tácita, dado que a nova disposição não é incompatível com os parágrafos.

O TSE, no citado Rec. Especial 12.641/TO, decidiu:

'Tribunal Regional Eleitoral. Composição. Membros com parentesco entre si. Exclusão.

A matéria relativa à organização dos tribunais eleitorais, disciplinada no Código Eleitoral, foi recepcionada, com força de lei complementar, pela vigente Constituição, firmando-se a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, outrossim, no sentido de que os parágrafos do art. 25 do Código Eleitoral não foram revogados pela Lei 7.191/84 (Resoluções 12.391 e 18.318).

Subsistindo a norma especial determinante da exclusão do juiz escolhido por último, em caso de parentesco, situada no mesmo plano hierárquico, não há razão para recorrer à norma inserta no parágrafo único do art. 128 da Lei Orgânica da Magistratura, manifestamente incompatível, pois o simples impedimento comprometeria o normal funcionamento do órgão jurisdicional, haja vista que os tribu-

nais eleitorais somente funcionam em sua composição plena. Constitucionalidade da regra regimental que, a exemplo da lei, prevê a exclusão.

Recurso conhecido e provido.» (*DJ* de 29.3.96).

A questão a saber, agora, é se a restrição imposta — a vaga destinada aos advogados deve ser preenchida por advogado e não por juiz aposentado que esteja advogando — seria compatível com a Constituição, art. 119, II.

Penso que sim.

Já no Proc. 7.369/CE, que originou a Resolução nº 12.391/85, do TSE, sustentávamos que a Constituição deseja, na verdade, é que a vaga de advogado seja preenchida por advogado militante, e só advogado. Foi o que afirmou, na Consulta nº 5.469/BA, indicada no meu voto, o eminente e saudoso Ministro Leitão de Abreu: «*Nem o magistrado aposentado, nem o membro do Ministério Público podem integrá-los representando a classe dos advogados. Os primeiros a eles pertencem quando em atividade. Os segundos neles oficiam como membros do Ministério Público.*»

O advogado que é somente advogado, advogado militante, não é o mesmo que o juiz aposentado que advoga. Aquele vive os problemas da classe; este, de regra, já cansado, simplesmente preenche momentos de seu ócio, na advocacia. É claro que há exceções, juízes que se aposentam ainda moços e passam a advogar intensamente. Essa, entretanto, não é a regra. Então, se se permitir que o juiz aposentado, inscrito na OAB, integre, nos Tribunais Eleitorais, vaga de advogado, está-se tomando o lugar do verdadeiro advogado. E o que é pior: ele não levaria para o Tribunal aquilo que a Constituição quer: a visão do advogado, a visão da classe. O Tribunal passaria, então, com a grande composição de magistrados — dos sete juízes cinco são magistrados — a decidir na perspectiva, apenas, dos magistrados. A Constituição não quer que assim seja, tanto que, podendo preencher todas as vagas com magistrados, optou por dois oriundos da advocacia. Ademais, tendo em vista que o magistrado aposentado tem, de certa forma, maior trânsito junto aos seus antigos colegas, poderia a escolha recair, por isso mesmo, em muitos casos, no magistrado aposentado. Ignorar isto é ignorar uma realidade.

Podemos, então, dizer que a proposição aristotélica é verdadeira também aqui: o princípio da igualdade consiste no tratar desigualmente os desiguais e igualmente os iguais.

De todo o exposto, Sr. Presidente, com a vênia dos Srs. Ministros que divergem, acompanho o voto do Sr. Ministro Nelson Jobim.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, duas são as questões postas: a vigência e a constitucionalidade do § 2º do art. 25 do Código Eleitoral.

Quanto à primeira, tenho velha convicção, manifestada como Procurador-Geral da República — na oportunidade em que o Tribunal Regional Eleitoral do Ceará indicou um ilustre Procurador da República, em atividade, para compor a lista tríplice. Disse então, com argumentos que hoje vi avalizados — com maior brilho, é claro — pelo eminente Ministro Nelson Jobim:

«Expresso, dispõe o art. 25, § 2°, relativo, precisamente, à lista organizada pelo Tribunal de Justiça para o provimento das chamadas vagas de jurista do TRE:

A lista não poderá conter nome de magistrado aposentado ou de membro do Ministério Público.»

A vedação, que alcança até agentes dos ramos especializados do Ministério Público — como o do Trabalho (cf. Res 10.285, rel. em. Ministro Leitão de Abreu, Bol. El. 323/312) — incide, *a fortiori*, sobre os Procuradores da República, membros do Ministério Público, cujo chefe, o Procurador Geral da República, é também o Procurador Geral Eleitoral, que escolhe, entre eles, o Procurador Regional Eleitoral, em cada Estado.»

E continuava:

«Certo, a L. 7.091/84 deu nova redação aos arts. 16 (relativo à composição do TSE) e 25 C. El. (atinente à dos TREs), visando a adequá-los à norma correspondente da Constituição Federal (arts. 131 e 133, respectivamente). Mas, ao passo que reproduziu literalmente os parágrafos do art. 16, não o fez com relação aos do art. 25. Poderia surgir daí a alegação de que os últimos estariam revogados. Sem razão, entretanto, segundo nos parece.

Além do § 2°, já referido, os §§ 1°, 3° 4° e 5°, do art. 25 C. El., disciplinam a submissão da lista tríplice de advogados ao controle do TSE, para verificação de eventuais incompatibilidades: esse Tribunal continua a aplicá-los cotidianamente.

Já os §§ 6° e 7° tornam explicita a extensão, à escolha dos juízes do TRE, das incompatibilidades por parentesco (art. 16, § 1°) ou de quem «ocupe cargo público de que possa ser demitido *ad nutum*; que seja diretor, proprietário ou sócio de empresa beneficiada com subvenção, privilégio, isenção ou favor em virtude de contrato com a administração pública, ou que exerça mandado de caráter político federal, estadual ou municipal» (art. 16, § 2°) estabelecidas em relação aos Ministros do Tribunal Superior. Logo se vê o resultado absurdo, a que conduziria entender revogadas as normas de extensão, contidas naqueles parágrafos do art. 25 e, via de conseqüência, não incidentes aquelas incompatibilidades óbvias, quando se cuidasse dos Tribunais Regionais.

De qualquer modo, há uma outra razão, de maior força, que faz inadmissível a inclusão, na lista questionada, de membro do Ministério Público: a própria Constituição exige que a vaga deve ser provida por advogado.

É verdade que só o declarou expressamente no tocante ao Tribunal Superior Eleitoral(art. 131, II). Mas a regra se reputou aplicável também aos Regionais, conforme a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, na referida Resolução 10.285. Assentou, a respeito, o voto condutor do em. Ministro Leitão de Abreu (cópia anexa).»

Citava, então, o saudoso Ministro Leitão de Abreu a anotar que, diferentemente de outros textos constitucionais que aludiam a «*juristas*» — terminologia que continua até hoje na rotina dos Tribunais Eleitorais —, a partir de determinado momento, a Constituição passou a referir-se a advogados.

Sr. Presidente, por essas razões, não tenho dúvida quanto à vigência dos parágrafos do primitivo art. 25 e à higidez constitucional da proibição aos membros do Ministério Público — precisamente porque componentes de uma instituição que, como tal, já atua perante a Justiça Eleitoral: seria absolutamente inconcebível, as razões são mais que óbvias, que, no Tribunal Superior Eleitoral, por exemplo, se assentassem o Procurador-Geral como órgão do MP e um Procurador como juiz.

Por isso mesmo, entendo que a norma há de ser interpretada como atinente a membros do Ministério Público em atividade. Nenhuma razão explica essa restrição ao ex-membro do Ministério Público que, aposentado, deixou de sê-lo, para tornar-se advogado. Daí ter votado pela inclusão em lista do Dr. Walter Medeiros.

Recordado desse parecer, até pela leitura dele aqui pelo eminente Procurador-Geral da República, devo confessar que vim hoje convicto a negar provimento ao recurso.

Entretanto, os votos dos eminentes Ministros Relator e Moreira Alves levaram-me à solução oposta. Realmente, não me consegui convencer, embora ainda convicto da conveniência da regra, de que ela se possa sustentar com base em motivos de razoabilidade exigidos de toda norma legal restritiva.

Faço apenas uma declaração de esperança: liberados para, quando for o caso, indicar advogados que sejam magistrados aposentados, que os Tribunais de Justiça não tornem rotina no Brasil a indicação de juízes aposentados e até registrados na Ordem, apenas porque sejam colegas aposentados dos Desembargadores. Tenho a esperança de que prevalecerá, nos Tribunais de Justiça, o imperativo constitucional de que integrem os tribunais eleitorais advogados que verdadeiramente o sejam, com a vivência específica da profissão que efetivamente exercem.

Nesses termos, acompanho o voto do eminente Ministro Relator, *data venia*, dando provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Sydney Sanches: Sr. Presidente, penso que a Constituição é sábia, proibindo ao juiz, em atividade, exercer, cumulativamente, outro cargo ou função, exceto a de professor e, assim mesmo, um ou uma só (art. 95, inc. I, parágrafo único).

Outras vedações previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional são também compreensíveis, enquanto no exercício da jurisdição.

Vedar-lhe, porém, o exercício de qualquer atividade, como, por exemplo, a advocacia, mesmo depois de aposentado, quando cessa definitivamente sua jurisdição, é coisa que não posso aceitar, até porque nem a Constituição nem a Loman estabelecem tal proibição.

Aliás, esta Corte já decidiu, de certa feita, que nem mesmo se pode impedir que, durante dois anos, após a aposentação, esteja o Magistrado impedido de advogar.

Ora, se o aposentado pode advogar, inscrevendo-se na OAB, há de poder ser indicado pelo Tribunal competente, para, como Advogado, integrar o TRE.

Não vejo razoabilidade em qualquer proibição, por pura e simples interpretação extensiva.

Por isso, com a devida vênia dos que dissentem, acompanho o voto do eminente Ministro **Marco Aurélio** e dos que o seguiram.

VOTO

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Sr. Presidente, no que concerne ao debate relativo à vigência do § 2º do art. 25, também entendo que a Lei nº 7.191, de 1984, não o suprimiu, e a regra continua em vigor, introduzida pelo art. 8º da Lei nº 4.961, de 4 de maio de 1966.

Vigente a norma, discute-se em torno de sua constitucionalidade. É, sem dúvida, regra de antiga aplicação. Essa norma foi introduzida em nosso sistema em maio de 1966; portanto, há quase trinta e três anos de aplicação dessa regra na organização do Tribunal Regional Eleitoral.

É certo, esse argumento, parece-me, nenhuma significação tem diante do debate de validade que cabe propor, em face de aspectos estritamente formais do dispositivo, diante da Constituição em vigor. Esta, entretanto, não alterou o sistema da Constituição anterior no que concerne a esta matéria. Os advogados, antes com o nome de juristas, integravam os Tribunais Regionais e eram escolhidos também em lista tríplice composta nos termos da Lei nº 4.961.

Não é a primeira vez que esta matéria é posta a debate. A Justiça Eleitoral, como justiça especializada, tem, enquanto instituição, objetivos da maior significação na administração do processo eleitoral, que é uma das manifestações mais efetivas para o aperfeiçoamento da democracia representativa. Há valores, portanto, que fundam a instituição eleitoral. É ramo do Poder Judiciário, é exato, mas todos sabemos que lhe incumbe, preponderantemente, uma atividade administrativa, na medida em que deve superintender e conduzir o processo eleitoral em todas as suas fases. Essa experiência de uma instituição, que tem em torno de sessenta e seis anos, é de quase trinta e três anos, da metade de funcionamento da Justiça Eleitoral; não a tenho, efetivamente, como uma experiência desprezível.

Os juízos de validade das normas não hão de se fazer, exclusivamente, numa abstratividade, porque a Constituição não existe no vazio e para o vazio e para o só teórico e o só abstrato. A Constituição rege a convivência social; ela é feita para disciplinar as instituições, e estas hão, assim, de funcionar segundo a Constituição. Tal aspecto, eu o tenho como relevante, porque o argumento que vem sendo posto para afirmar a invalidade dessa norma é o da razoabilidade e também o princípio de proporcionalidade. Penso que, quando examinamos a questão da razoabilidade, na vigência e na aplicação de uma norma, não podemos desprezar a experiência de sua aplicação. Essa norma possui a metade do tempo de existência da Justiça Eleitoral e tem se afirmado como da maior conveniência na sua organização.

A Constituição atual, de outra parte, no art. 121, defere à lei complementar — e o Código Eleitoral é lei complementar segundo o nosso entendimento — dispor quanto à organização «dos Tribunais, dos juízes de direito e das Juntas Eleitorais»; é o funcionamento da Justiça Eleitoral. Ela não o regula em toda a sua extensão; estabelece alguns princípios e, no mais, estipula que a lei complementar regulará os demais aspectos da sua organização.

O Sr. Ministro Moreira Alves: V. Exa. tem certeza de que o TSE já julgou caso de juiz aposentado? Ao que parece, ele julgou casos de promotores, de parentes, mas não de juiz aposentado.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: De juiz também, em listas tríplices devolvidas.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Há muito tempo que ele vem julgando assim? Quais são os casos?

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Senhor Ministro, aplica-se esse sistema e devolvem-se as listas para que sejam refeitas. Essa é a orientação, porque são apreciados, em Sessão Administrativa, os processos de lista tríplice. Então, há um exame dos pressupostos e, quando se verifica que o indicado é um magistrado aposentado — e isso consta da sua ficha funcional, das informações constantes de formulário —, o Tribunal, em Sessão Administrativa, converte o julgamento em diligência para que o Tribunal de Justiça substitua o nome do integrante da lista, em face do disposto nessa Lei. Assim sendo, a aplicação dessa lei, sem dúvida, é vetusta.

Não estou convencido, até hoje, com a devida vênia, da erronia do voto que proferi — fiquei vencido, tive apenas a companhia, parece-me, do Ministro Francisco Rezek — quando Relator da Representação nº 1.054, em que se discutiu o problema relativo à incompatibilidade do magistrado para exercer advocacia antes de dois anos da sua aposentadoria. Quanto aos motivos que me fizeram, à época, entender que o art. 86 do estatuto da OAB, que previa um período de dois anos para a inscrição ou renovação da inscrição, não estou convencido de que, realmente, estivessem errados. O problema é de impedimento, não de incapacidade nem de incompetência; é um problema inclusive de incompatibilidade. E essa questão de incompatibilidade diz exatamente com o problema de razoabilidade, de conveniência também. Por quê não? As instituições não podem desprezar os valores no seu funcionamento, quando há lei, a quem a Constituição atribui, como no caso concreto da Lei eleitoral, essa competência para organizar a Justiça Eleitoral.

O Sr. Ministro Moreira Alves: É a composição, Ministro, não os requisitos para serem indicados. Composição não abarca requisitos de indicação. Composição é como se compõe o Tribunal.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Se V. Exa. vê por aí, então não há requisito algum, porque estão todos postos na Lei.

O Sr. Ministro Moreira Alves: Não. Estão postos na Constituição.

O Sr. Ministro Néri da Silveira: A Constituição prevê a organização segundo a lei; os Tribunais vão se estruturar com uma certa composição, e isso é a Lei que define.

Sr. Presidente, sucintamente vou me reportar ao voto aludido e a algumas passagens, inclusive referidas no parecer da Procuradoria-Geral da República, a respeito dessa questão valorativa quanto ao funcionamento das instituições.

É só o que me permito dizer, para entender que essa norma de vigência tão antiga deve continuar válida no âmbito da Justiça Eleitoral, para a sua maior credibilidade e para tudo o que defendemos na instituição eleitoral.

Nego provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves: Sr. Presidente, já apresentei as razões da falta de razoabilidade. Quero agora apenas fazer duas breves considerações: a primeira é a de que, na representação de inconstitucionalidade contra o Estatuto da Ordem dos Advogados, também essa lei era antiga e quando, pela vez primeira, se levantou o problema junto ao Supremo Tribunal Federal, ele a declarou inconstitucional por ausência de razoabilidade; a segunda é que o art. 121 da Constituição dispõe:

«Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos Tribunais, dos juízes de direito e das Juntas Eleitorais»,

e organização e competência dos Tribunais nada têm, *data venia*, que ver com requisitos para a capacitação de alguém poder vir a ser nomeado juiz. Esses requisitos são aqueles expressos na Constituição. Não é a lei. A lei, aqui, o que poderá, no máximo, é dar uma interpretação à Constituição e, como bem acentuou o eminente Ministro Sydney Sanches, o juiz, corretamente, durante o exercício da judicatura, só pode acumular um cargo de magistério público ou privado, justamente para que bem desempenhe as suas funções. Ora, a maioria do Tribunal é constituída de juízes que, como juízes, são considerados elementos altamente satisfatórios para a Justiça Eleitoral, tendo em vista a sua imparcialidade. Os advogados entram com a colaboração, como advogados, pela sua formação também.

Então, Sr. Presidente, um juiz que se aposenta e depois se torna advogado exerce a advocacia, e a Constituição exige apenas, para qualquer advogado, «nomeação, pelo Presidente da República, de dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça». Não estabelece sequer prazo de exercício de advocacia, apenas quer que, entre os juízes, dois sejam advogados. Ora, a Constituição estabelece taxativamente quais são os requisitos. Dentre eles não há nenhuma restrição a advogado, salvo se não tiver notável saber jurídico e idoneidade moral. A meu ver, não é possível que venha a lei e estabeleça outros requisitos que não incompatibilidades, como ocorre com relação a membros do Ministério Público em exercício, pelo fato da incompatibilidade, dada até a função de atuarem junto aos tribunais, numa posição completamente diversa dos juízes enquanto membros do Ministério Público; por isso mesmo é que a Lei não diz membros do Ministério Público aposentados — e esta Corte nunca teve dúvida, tanto que já indicou e foi nomeado um Subprocurador-Geral da República aposentado.

No caso, não há nada disso. Aposentado, não há que se falar em incompatibilidade do juiz, que volta a ser advogado.

Em face do exposto, acompanho o eminente Ministro Relator, dando provimento ao recurso. Não declaro a inconstitucionalidade por entender que a lei não foi recebida e, quando não é recebida, não há declaração de inconstitucionalidade para efeito de suspensão pelo Senado.

EXTRATO DA ATA

RMS 23.123/PB — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Francisco de Assis Almeida e Silva (Advogado: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho). Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral.

Decisão: *Após* os votos dos Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Moreira Alves, *dando provimento* ao recurso ordinário, e dos votos dos Ministros Nelson Jobim, Ilmr Galvão, Carlos Velloso, Octavio Gallotti e Néri da Silveira, *negando-lhe provimento*, o julgamento foi *suspenso* em virtude do pedido de *vista* formulado pelo Presidente (Ministro Celso de Mello). Renovado o relatório. Falou pelo recorrente o Dr. Frank Roberto Santana Lins.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, substituto.

Brasília, 24 de Fevereiro de 1999 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO (Desempate)

O Sr. Ministro Celso de Mello: O presente recurso ordinário insurge-se contra acórdão do Tribunal Superior Eleitoral, que, em sede mandamental originária, **denegou** o *writ* constitucional impetrado pela parte ora recorrente.

O acórdão em questão está assim ementado (**fl. 111**):

«*Mandado de Segurança.*

Vaga de Juiz efetivo em *TRE — Classe Jurista.*

Lista Tríplice em que consta *nome de juiz aposentado — Vedação.*

Art. 25 e respectivos parágrafos do Código Eleitoral — *Não revogação.* Precedentes.

Denegado.» (**Grifei**)

O E. Tribunal Superior Eleitoral, ao **denegar** o mandado de segurança então impetrado pelo ora recorrente, **enfatizou** que o art. 25, § 2°, do Código Eleitoral **acha-se em pleno vigor**, tratando-se de norma legal que veio a ser **recepcionada** pela Constituição promulgada em 1988.

Salientou-se, então, **com absoluta correção**, no acórdão ora recorrido, que a Lei n° 7.191/84, ao dar nova redação ao art. 25 do Código Eleitoral, **não derrogou** os seus parágrafos, **limitando-se**, unicamente, a alterar os incisos pertinentes ao preceito legal em causa.

Tenho para mim que o acórdão em referência revela-se incensurável, eis que, além de **não** conflitar com os princípios consagrados na Constituição, estabelece **restrição legítima** que, de maneira inteiramente válida, **veda** o acesso, ao Tribunal Regional Eleitoral, de **qualquer** magistrado aposentado que ora milita na Advocacia, **ainda** que se cuide, como no caso, de Juiz do Trabalho, inativo, hoje regularmente inscrito nos quadros da OAB, «*não sendo lícito ao intérprete*» — como enfatizado na decisão recorrida — «*opor ressalvas que o legislador não admitiu*» (**fl. 117**).

De outro lado, **não** me parece destituída de **razoabilidade** a cláusula vedatória inscrita no art. 25, § 2°, do Código Eleitoral que claramente impede, **sem** qualquer

ofensa ao postulado da proporcionalidade, a organização de lista, que, composta pelos Tribunais Regionais Eleitorais para efeito de preenchimento das vagas neles reservadas a Advogado, contenha nome de magistrado aposentado.

Entendo que a norma legal referida, **além** de extremamente saudável e positiva, **atende** à necessidade de **impedir** que a investidura de **magistrados aposentados** — ainda que ostentem a condição profissional de Advogado — **descaracterize** a enriquecedora **diversidade corporativa** dos membros que compõem os Tribunais Regionais Eleitorais, **permitindo-se**, desse modo, **como bem** ponderou a douta Procuradoria-Geral da República (**fl. 201**), «*o bom funcionamento da Justiça Eleitoral, enriquecida pela experiência do advogado militante, com perspectiva peculiar à classe, prestigiado pelo Constituinte, nos moldes do quinto constitucional, para composição dos TREs*».

Tenho para mim que a Constituição da República — ao submeter, ao domínio normativo da lei complementar, a organização «*dos Tribunais, dos juízes de direito e das Juntas Eleitorais*» (art. 121) — **tornou possível**, a tal diploma legislativo (**e o Código Eleitoral**, no ponto em que dispõe sobre a organização e a competência da Justiça Eleitoral, **foi recebido** com força e eficácia de lei complementar), estabelecer os **pressupostos** de escolha e investidura dos Advogados na composição dos Tribunais Eleitorais, pois, **se é certo** que a Constituição conferiu ao legislador comum o poder de organizar a Justiça Eleitoral, **também** não lhe negou a prerrogativa de definir, em sede meramente legal, as hipóteses de incompatibilidade para o exercício temporário, por parte dos Advogados, do cargo de Juiz Eleitoral.

O eminente Procurador-Geral da República, em **correta** abordagem do tema suscitado na presente causa, destacou a *ratio* subjacente à cláusula vedatória constante do art. 25, § 2º, do Código Eleitoral (**fls. 198/200**):

> «A Constituição de 1988 refere-se não mais a cidadãos mas a advogados indicados pelo Tribunal de Justiça (C.F., art. 120, inciso III). As duas vagas de juízes eleitorais nos TREs previstas na citada norma, pois, na nova ordem constitucional, são destinadas exclusivamente a advogados, assim como as demais cinco vagas nas Cortes Regionais Eleitorais destinam-se duas a Desembargadores, duas a Juízes de Direito estaduais e uma a Juiz Federal ou de Tribunal Regional Federal (C.F., art. 120, incisos I, a e b, e II). Não penso que a indicação pelo Tribunal de Justiça para as duas vagas destinadas a advogados possa incluir em listas tríplices mais uma vez Magistrados, agora aposentados, ou membros do Ministério Público.
>
> Penso que, ao dar a redação que deu à norma constitucional, o Constituinte originário da Constituição de 1988 quis enfatizar o papel do advogado militante, do causídico, de maneira análoga ao quinto constitucional, no caso exclusivamente em relação a vagas de advogados e não do Ministério Público. Nesse sentido, o objetivo terá sido o de reconhecer a importância da experiência do advogado militante na composição diversificada dos TREs visando a enriquecê-la com perspectiva diferente da do magistrado que, em princípio, se aposenta após trinta anos de exercício da magistratura. Se assim é, ao optar pela expressão 'dois juízes dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral' indicados pelo Tribunal de Justiça e nomeados pelo Presidente da República, o Constituinte teve

como objetivo evitar novas nomeações de magistrados, ainda que aposentados. Note-se que os magistrados, após a aposentadoria, mantêm determinadas prerrogativas da magistratura e a condição vitalícia, em conformidade com a Constituição e a Lei Orgânica da Magistratura, de magistrado aposentado.

Por essas razões, entendo que a lei — a meu ver em vigor — não viola o princípio da isonomia ao vedar a inclusão de magistrados aposentados — que se inscrevam na Ordem dos Advogados e passem a exercer a advocacia após o exercício da magistratura — nas listas tríplices destinadas às duas vagas de advogados. É evidente que os magistrados aposentados — quase sempre novéis advogados — não estão na mesma situação dos advogados militantes em geral e, por isso, não há discriminação mas sim tratamento para desiguais em cumprimento de norma prevista na própria Constituição.

Não há ainda qualquer contrariedade, a meu ver, ao livre exercício de profissão, eis que o magistrado aposentado, nos termos do Estatuto da OAB, pode exercer a advocacia. O que ele não pode, a meu ver, segundo a lei e a Constituição, é ser escolhido em lista tríplice para vaga em Tribunal Regional Eleitoral destinada a advogado. O 'livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer', em conformidade com o art. 5º, inciso XIII, da Constituição da República, obviamente não dá direito ao magistrado aposentado de concorrer a vaga de advogado nas condições e requisitos expressamente previstos na lei e na própria norma constitucional.»

Nesse **mesmo** sentido, pronunciaram-se, em seus doutos votos — **cujos fundamentos incorporo à minha decisão** — os eminentes Ministros **Nelson Jobim** e **Néri da Silveira**.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **peço vênia** para **negar** provimento ao presente recurso ordinário, **mantendo-se** o acórdão recorrido e **cassando-se** a medida liminar anteriormente deferida.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

RMS 23.123/PB — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Nelson Jobim. Recorrente: Francisco de Assis Almeida e Silva (Advogados: Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho, Frank Roberto Santana Lins e José Carvalho do Nascimento Júnior). Recorrido: Tribunal Superior Eleitoral.

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Plenário, 2-12-99.

Decisão: Por maioria, o Tribunal desproveu o recurso e declarou insubsistente, por via de conseqüência, a liminar, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches e Moreira Alves. Redigirá o acórdão o Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Velloso (Presidente). Presidiu ao julgamento o Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Marco Aurélio, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda

Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 15 de dezembro de 1999 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

HABEAS CORPUS 82.424 — RS

Relator: O Sr. Ministro Moreira Alves

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Maurício Corrêa

Paciente: Siegfried Ellwanger — Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada.**

1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros «*fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias*» contra a comunidade judaica (Lei 7.716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8.081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5°, XLII).

2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa.

3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam *raça inferior, nefasta e infecta*, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeita-

bilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País.

6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de *raça*, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, «negrofobia», «islamafobia» e o anti-semitismo.

7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma.

9. Direito comparado. A exemplo do Brasil, as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimentos que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo.

10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso.

12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências gravosas que o acompanham.

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.

14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o «*direito à incitação ao racismo*», dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

15. «*Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento*». No estado de direito democrático, devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.

16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o *habeas corpus*.

Brasília, 17 de setembro de 2003 — Maurício Corrêa, Presidente e Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moreira Alves: É este o teor da ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, por maioria de votos, indeferiu *habeas corpus* impetrado em favor do ora paciente :

«Criminal. *Habeas corpus*. Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Impropriedade do *writ*. Legalidade da

condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada. Ordem denegada.

I. O *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito — se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus — se os mesmos seriam raça, ou não — tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente «quis dizer» nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada.» (Fl. 123)

Contra essa decisão, os Drs. Werner Cantalício João Becker e Rejana Maria Davi Becker impetram *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário em que sustentam que, embora condenado o ora paciente pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90, foi ele condenado pelo delito de discriminação contra os judeus, delito esse que não tem conotação racial para se lhe atribuir a imprescritibilidade que, pelo artigo 5°, XLII, da Constituição, ficou restrito ao crime de racismo. E, depois de sustentarem, com apoio em autores de origem judaica, que os judeus não são uma raça, requerem que «seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença», sendo afinal concedida a ordem para «desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado», reconhecendo-se a ocorrência da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, uma vez que o ora paciente foi condenado à pena de dois anos de reclusão com *sursis* em julgamento ocorrido em 31 de outubro de 1996, quatro anos, onze meses e dezessete dias após o recebimento da denúncia.

Solicitadas informações, após o indeferimento da medida liminar requerida, foram elas prestadas com o encaminhamento do acórdão atacado pelo presente *writ*.

Às fls. 151/155, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República, em parecer do Dr. Cláudio Lemos Fonteles:

«1. O advogado Werner Becker e a estudante Rejana Becker ajuízam pedido de *habeas corpus* em favor de Siegfried Ellwanger.

2. A tese da impetração que tem como ato a significar ilícito constrangimento a decisão majoritária da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça — fls. 123/148 — sintetiza-se no que expressamente veicula a fls. 9, *verbis*:

> «A norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo e não aos decorrentes das outras práticas discriminatórias tipificadas no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Se o constituinte quisesse alargar a imprescritibilidade a todas as práticas discriminatórias, não teria no texto constitucional se referido apenas ao racismo, mas teria dito que são imprescritíveis os crimes decorrentes de qualquer prática discriminatória. Repete-se: Não se está afirmando que as práticas discriminatória não são crimes. Apenas se está dizendo que a imprescritibilidade alcança somente as práticas discriminatórias decorrentes do racismo.» (vide: fls. 09)

3. Assim marcada a controvérsia, o habeas-corpus é ação propicia a sediar sobre ela, a discussão jurídica.

4. Tem-se a realidade assente — publicações a incitar discriminação contra o povo judeu — e se quer concluir que isto não constitui discriminação racial, sujeitando-se a reprovação criminal, fixada em sanção, aos lapsos prescricionais, pois «(...) apenas a prática do racismo está abrigada no art. 5°, XLII da Constituição Federal como imprescritível» (fls. 04)

6. Afirmada a compatibilidade do habeas corpus ao que se discute, no mérito é de ser indeferido.

7. Está no inciso XLII, do artigo 5°, *verbis*:

> XLII – «a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, *nos termos da lei*.» (grifamos)

8. Faz-se necessária esta indagação: definiu o legislador constituinte o que é a prática do racismo?

9. Disse que a pratica do racismo é:

— crime;

— crime inafiançável e

— crime imprescritível

11. Aqui se encerra a compreensão do texto constitucional.

12. Transferiu — é textual («nos termos da lei») – à legislação ordinária a definição da prática do racismo, como crime.

13. Antes, a Lei 7716/90 restringia-se a definir como prática do racismo condutas de discriminação pertinentes à raça e à cor.

14. Depois, com o advento da Lei 8081/90, a prática do racismo contempla a discriminação alusiva não só à raça e a cor, como também à religião, etnia ou procedência nacional, valendo-se dos meios de comunicação social, ou por publicação de qualquer natureza.

15. Hoje, pela Lei 9459/97, o meio – «valendo-se dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza» — passou a constituir-se em forma qualificada, com apenação autônoma mais grave, do crime de prática do racismo, sob a modalidade de discriminação, visto que se constitui no § 2°, do artigo 20.

16. De toda a sorte, no praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (artigo 20), «por meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza» (§ 2° do artigo 20, na leitura atual), a Lei 7716/89, como em outras condutas que tipificou, em todas definiu «os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor,» como mesmo está em sua ementa. São, pois, todos eles imprescritíveis.

17. Como se vê, interpreta-se o texto constitucional, sem extravasamentos.

18. Interpreta-se-o pelo que propriamente significa: transferir à legislação ordinária a definição da prática do racismo, e esta o fez por instituir várias figuras penais, a tanto típicas, presentes na Lei 7716, e modificações ulteriores.

19. Pelo indeferimento do pedido.»

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Moreira Alves (Relator): 1. O ora paciente, que fora absolvido no primeiro grau de jurisdição, veio a ser condenado a dois anos de reclusão, com *sursis* pelo prazo de quatro anos, como incurso no *caput* do artigo 20 da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90, por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa «Revisão Editora Ltda.», editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria (*Holocausto Judeu ou Alemão? — Nos bastidores da Mentira do Século*) e da autoria de autores nacionais e estrangeiros (*O Judeu Internacional de Henry Ford; A História Secreta do Brasil, Brasil Colônia de Banqueiros* e *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, os três de autoria de Gustavo Barroso; *Hitler — Culpado ou Inocente?* de Sérgio Oliveira; e *Os conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra* de Louis Marschalko»), que, segundo a denúncia, «abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias», procurando com isso «incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica».

Reza o referido artigo 20, *caput*, da Lei 7.716/89, na redação dada pela Lei 8.081/90:

> «Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos».

Na presente impetração, sustenta o impetrante:

«Todas estas práticas, a partir da Lei 8.081, passaram a receber a reprimenda penal. Entretanto, apenas a prática do racismo está abrigada no art. 5º, XLII da Constituição Federal como imprescritível.

Este é o texto da norma:

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

Não se está discutindo, aqui, o mérito da condenação. Apenas, neste pedido, está se afirmando que o paciente não foi condenado por crime de racismo.

A condenação nos lindes do art. 20, parágrafo 1º, da Lei 7.716/89, com a redação dada pela lei 8.081/90, não significa necessariamente que a condenação seja pela prática de racismo.

A própria parte dispositiva do acórdão não fala em condenação por racismo. Diz a parte dispositiva, sem se referir a crime de racismo ou a imprescritibilidade:

'Rejeitadas as preliminares, deram provimento ao apelo da assistência da acusação para condenar o apelado Siegrified Elwanger, com amparo no art. 20 da Lei nº 7.716/89, com a nova redação da Lei nº 8.081/90, a cumprir a pena de 2 anos de reclusão com sursis.'

Há de se observar que a redação originária da Lei 7.716/89 somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

Somente a inserção posterior do art. 20, através da Lei 8.081/90, estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência nacional.

Este novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade que por força de disposição constitucional ficou restrita apenas à prática do racismo e não às outras práticas constantes do novo tipo penal.

O legislador preocupou-se em estender a tipificação a outras condutas que não as relativas ao racismo. Entretanto, esta preocupação não se estendeu à imprescritibilidade que ficou restrita, por disposição constitucional, apenas à prática do racismo. Evidente que a disposição constitucional restritiva de direito não pode ser entendida extensivamente» (fls. 04/05).

Portanto, em última análise, a impetração não se insurge contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, mas alega que, no caso, não foi cometido crime de racismo e que este só, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Constituição, é imprescritível, e isso porque seu delito foi contra os judeus, e não são os judeus uma raça.

2. Assim, a questão que se coloca neste *habeas corpus* é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão «racismo», cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5º, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão «nos termos da lei», que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação

ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de «racismo», mas, sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.

Reza o artigo 5°, XLII, da Constituição:

«A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei».

Esse dispositivo se prende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o que se encontra no inciso IV do artigo 3° da Carta Magna: «promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação».

Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5°, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de «racismo», não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5° apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

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»), apresentada em 12-1-1988, a qual deu origem ao artigo 5°, 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 impera no País diferentes formas de discriminação racial, 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:

«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.

(...)

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 de trabalho.

Em nome desta Nação dinâmica, heterogênea, pluricultural e plurirracial, peço aos Srs. Constituintes e a este Plenário, onde a Nação Brasileira está desigualmente representada, que fujamos, 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 uma sociedade civil civilizada! É hora de construir o Estado democrático! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui um crime inafiançável!

(...)»

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, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso País, Castro Alves, em 'O Navio Negreiro'», recitou essa poesia, concluindo com estas palavras: «Adeus!... adeus!... racismo, jamais!»

Para a questão da raça convergem também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no artigo 5º, XLII, da Constituição. Assim, **Pinto Ferreira** (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, p. 158, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: «**Proibição do racismo**. A Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros». Igualmente, **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo, 1997): «A forma comum de racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, idéia antiga e que não será eliminada de um sopro pela lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa idéia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e condenável, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, já o constituinte de 1967 lembrara-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a sua difusão (art. 153, § 8º, *in fine*). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime». **Celso Ribeiro**

Bastos (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5°, XLII, partindo da definição que se encontra no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é «doutrina que sustenta a superioridade de certas raças», e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais no Brasil, que é a raça negra. Não discrepa dessa convergência **Cretella Júnior** (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª edição, pp. 484/485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: «Quando a Constituição diz, no art. 5°, XLII, que 'a lei punirá a prática do racismo', esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio de isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o constituinte defere a elaboração de regra jurídica que capitule o preconceito de raça».

3. Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de **Nicola Abbagnano** (*Diccionario de Filosofia*, trad. Galletti, pp. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

> «O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para 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 o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'.»

4. Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5°, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou preconceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomeado antropólogo judeu que escreveu *O Judaísmo Vivo — As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes*), do rabino Morris Kertzer (no livro *O que é um judeu*) e de Moacyr Scliar (no livro *A Condição Judaica*), citados, em expressivas passagens na inicial deste *habeas corpus*, outros mais há no mesmo sentido.

Assim, o rabino Henry I. Sobel — Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista —, em conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, em 15 de fevereiro de 1998, a propósito, observa:

«Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes.

Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como 'nação', embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo povo».

Fred E. Foldvaruy, em artigo «Zionism and Race», escreve:

«Um dicionário lhe dirá que uma 'raça' neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça.

Os judeus não são, portanto, uma raça. Os judeus são membros de uma religião, o judaísmo. Houve uma época em que a nação hebraica era um grupo étnico, mas desde tempos antigos a dispersão dos judeus pelo mundo e os casamentos entre diferentes nacionalidades e as conversões fizeram a origem hebraica menos um vínculo genético e mais um vínculo espiritual. Há também uma cultura ligada à religião e a suas leis relativas à alimentação, ao 'Sabbath', e a vários rituais juntamente com práticas culturais encontrados em vários lugares que são 'judaicos' por coincidência. Mas não há raça judaica.»

Em 1986, por ocasião do cinqüentenário da Congregação Israelita Paulista, editou-se a tradução do escrito «Compreendendo o Judaísmo» de autoria de Eugene B. Bnorowitz, e em seu capítulo 2 («Que tipo de grupo formam os judeus») lê-se:

«Seríamos talvez uma raça?

Dizer que o judaísmo é uma religião é ignorar muito da vida judaica. Torna os judeus apenas mais um grupo religioso. Sabemos que isto é errado. Então, o que somos, ainda precisa ser esclarecido. No princípio de nosso século, a Ciência pareceu resolver este problema — mas, em vez disso, cometeu um terrível erro. Os cientistas sugeriram que o que faz um grupo de pessoas ter um modo de vida diferente dos outros é a sua raça. Havia algo na biologia das pessoas, na própria essência da vida, que fazia com que tivessem diferentes estilos de vida. A raça podia ser definida, assim como a cor da pele ou o formato da cabeça. Alvoroçados com as novas descobertas e não tendo muitas outras idéias sobre grupos diferentes, começou-se a aplicar a palavra 'raça' a qualquer tipo de grupo, tais como os judeus (somente um grupo entre vários conhecidos como semitas) e os alemães louros de

olhos azuis (erroneamente rotulados por Adolf Hitler de 'arianos'). A princípio, isso parecia inofensivo, mas os anti-semitas se apegaram a esta idéia. Disseram que os judeus formavam uma raça e que eram inferiores; seriam uma ameaça biológica para as pessoas decentes e, portanto, o mundo deveria livrar-se deles. Esta idéia tornou-se poderosa sob a influência de Hitler e o resultado foi o Holocausto. Desde então, a noção de uma 'raça' judaica tornou-se extremamente repugnante.

Não fique surpreso, portanto, se os livros de cinqüenta ou setenta e cinco anos atrás chamam o nosso povo de raça ou falavam de 'sangue' judeu. Isto já foi uma explicação correta e científica do que faz dos judeus um grupo especial. Poucos jamais sonharam que ela se tornaria uma desculpa para uma execução em massa. Agora fica claro que jamais houve qualquer sólida evidência de que os judeus formassem uma raça e a idéia, atualmente, é rejeitada pelos cientistas sociais».

Ainda recentemente, em 3 de maio de 2002, o rabino Samuel M. Stahl fez um sermão sobre as três seguintes indagações: Por que os judeus não acreditam numa outra vida depois da morte? Por que os judeus não acreditam em Jesus? São os Judeus uma raça? E, afinal, sobre essa terceira questão assim se pronunciou:

«Finalmente, a terceira questão: 'São os judeus uma raça?'

Isso é uma questão particularmente sensível, especialmente desde a época de Hitler. Ele falava da magistral raça ariana. Hitler considerava os judeus parte de uma raça sub-humana, que deveria ser exterminada. A verdade é que os judeus não constituem uma raça.

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

Todavia, nós judeus somos representados em toda a grande comunidade racial. Não temos somente judeus caucasianos, mas também judeus orientais e judeus negros.

Quando eu era capelão judeu na Coréia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecidamente, não eram judeus natos. Todavia, depois de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

Similarmente, nas últimas duas décadas, cerca de 25.000 judeus negros deixaram a Etiópia e se fixaram em Israel. Eles eram judeus havia séculos. Em poucas cidades maiores da nossa nação há também congregações de judeus negros. Sucede, pois, que uma mulher africana, vivendo agora em Denver, matriculou-se no 'Hebrew Union College' para estudar e tornar-se rabino.

Assim, se nós judeus não somos uma raça, o que somos nós? Nós não somos uma nacionalidade, porque nós somos representados em quase todas as maiores nacionalidades do mundo. Há judeus americanos, judeus franceses, judeus russos, judeus turcos, judeus gregos, judeus italianos, judeus mexicanos, etc. Então o que somos nós?

A melhor definição de judeus que eu encontrei é esta do Dr. Mordecai M. Kaplan: 'Nós judeus somos um povo com uma desenvolvida civilização religio-

sa'. Sim, nós somos mais do que um grupo religioso. Nós judeus somos uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Nós também temos línguas como o 'Yiddish'. Nós temos alimentos, como o peixe 'gefilte'. Nós temos danças, como a 'hora'. Nem o 'Yiddish', nem o peixe 'gefilte', nem a 'hora' têm natureza religiosa. Todavia são elementos da civilização judaica. Em resumo, nós judeus somos parte de uma entidade religiosa, mas muito mais do que isso».

5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14-11-91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorreram mais de quatro anos.

6. Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

VISTA

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, apenas para induzir a discussão sobre o tema, que é realmente palpitante, sem a pretensão de passar à frente de quem quer que seja, gostaria de tecer algumas considerações preliminares.

2. Não há dúvida de que os judeus não se constituem em uma raça, pelo menos segundo nossa visão. Também não há dúvida de que a proposta da Constituinte para que se desse o tom de imprescritibilidade aos crimes tidos como de racismo foi da autoria do então deputado Caó e, em decorrência, teve a defesa da comunidade negra no Brasil e afinal de todos nós.

3. Formulo, apenas para agitar o debate, a seguinte passagem bíblica:

Abrão, em Ur, na Caldéia, recebeu a visita do anjo do Senhor que lhe ordenou largasse a parentela e se mudasse daquele local. Seu pai, que já estava doente, morreu. Dirigiu-se, então, ao lugar onde deveria instalar-se, que era exatamente a terra dos cananeus. Lá, novamente o Senhor se fez presente e anunciou que dele faria uma grande Nação.[1]

Abrão levou consigo a mulher cujo nome era Sarai. No caminho, esse nome foi mudado para Sara por ordem do Senhor, assim como Abrão passou a se chamar Abraão.[2]

Pois bem. Sara não podia conceber em função da idade — o Ministro Ilmar Galvão que melhor conhece o Velho Testamento irá corrigir-me se eu estiver enganado —, razão pela qual permitiu ao marido que tivesse relações sexuais com sua serva Agar, na verdade, uma escrava egípcia[3]. Daí nasceu Ismael, que, segundo se proclama, passou a ser o

1 B. S. Livro de Gênesis, capítulo 12, versículos de 01 a 09.

2 B. S. Livro de Gênesis, capítulo 17, versículos de 04 a 16.

3 B. S. Livro de Gênesis, capítulo 16, versículos de 01 a 04.

tronco que se constituiu no povo árabe, que, hegemonicamente, seguiu o islamismo fundado pelo profeta Maomé no Século VI D.C.

Novamente, entretanto, o anjo aparece para Abraão e lhe diz:

— Sara irá conceber.

— Como irá conceber se ela tem mais de noventa anos?

— Ela vai conceber, repetiu.

Abraão levou o fato ao conhecimento de Sara. Ela riu, mas acabou engravidando e dando à luz Isaac,[4] pai de Jacó[5], que teve vários filhos, dentre os quais um a quem chamou de José, filho legítimo da mulher verdadeira de Jacó. José gerou ciúmes em seus irmãos, que o levaram para o deserto e o jogaram num daqueles poços que proliferam por ali, com a intenção de matá-lo. Depois se arrependeram, dizendo:

— Vamos levar uma grande tristeza para o nosso pai. É bom salvá-lo.

Acabaram então vendendo José a um caravaneiro, que o levou para o Egito[6], onde se transformou na segunda figura do império faraônico: o José do Egito, o provedor-mor do reino, a autoridade que era uma espécie de primeiro-ministro[7].

Sobrevindo grande e desastrosa fome em Canaã ou Terra dos Hebreus, Jacó falou a seus filhos:

— Vocês têm de procurar alimentos.

E eles foram ao Egito em busca de suprimentos, dado que lá havia fartura. Quando chegaram, José disse consigo:

— Esses são meus irmãos.

Disso, todavia, não lhes deu conhecimento.

Fez algumas exigências. Em duas outras oportunidades, porém, seus irmãos voltaram para pegar alimentos, levando ao Egito toda a família de Jacó — mais de setenta pessoas. Esses familiares, tidos como filhos de José, transformaram-se nas centenas de milhares de hebreus que durante 430 anos lá habitaram, confinados num local chamado Gosen[8], na condição de oleiros do faraó, portanto escravos do império.

4. Aí começa, verdadeiramente, a saga dos judeus, cuja polêmica acerca da dicotomia que deu origem aos árabes (semitas) e aos semitas descendentes do tronco de Isaac, que é exatamente o lado da família de José, bisneto de Abraão, permanece até hoje.

5. Mais adiante, depararemos com situação curiosa: quem era Dalila? Uma filistéia que se envolveu com Sansão[9] — nazireu seguidor de rito do judaísmo que exigia se

4 B. S. Livro de Gênesis, capítulo 18, versículos de 09 a 15.

5 B. S. Livro de Gênesis, capítulo 25, versículos de 19 a 26.

6 B. S. Livro de Gênesis, capítulo 37, versículos de 01 a 28.

7 B. S. Livro de Gênesis, capítulo 41, versículos de 37 a 44.

8 B. S. Livro de Gênesis, capítulos 42 ao 46.

9 B. S. Livro de Juízes, capítulo 16, versículos de 04 a 22.

deixasse o cabelo crescer. Os integrantes desse rito não podiam tomar nada que viesse da uva, além de observarem mais uma série de prescrições, entre as quais a de não ter contato com cadáveres.

6. Essa é a saga trágica de um povo existente desde aquela época. Anote-se igualmente o famoso episódio ocorrido entre Davi e Golias[10], conseqüentemente entre um hebreu e um filisteu. Se pesquisarmos a história, chegaremos a vários acontecimentos, todos indicando a refrega que sempre existiu entre os filisteus, povo de origem mediterrânea — vieram de Creta e de Chipre —, que se localizaram na parte hoje denominada Faixa de Gaza, na atual Palestina, como é conhecida pelos árabes.

Segue-se assim o longo percurso do povo judeu.

7. O êxodo do Egito para a Terra Prometida é outra saga maravilhosa. Construiu-se, por inspiração de Deus, a Arca da Aliança, posteriormente surrupiada pelos filisteus. Houve várias batalhas para resgatá-la até que um dia retornou à posse de Israel. Samuel a protegeu com os seus exércitos, ocorrendo, a partir daí, vitórias sucessivas.

Os filisteus levaram os seus astarotes e deuses balains para as cidades hebréias. Entretanto, Samuel comemorou os feitos de seu povo: colocou uma pedra para sinalizar o evento e lhe deu o nome de Ebenezer[11], que quer dizer «Até aqui o Senhor nos ajudou».

É uma expressão bíblica extraordinariamente bela.

8. Essas são apenas algumas páginas da milenar trajetória percorrida por esse povo.

9. Caminhando ao longo da história, chega-se à era cristã, em que Jesus Cristo surge como o Messias[12] tão esperado. Esse fato provocou uma cisão entre os judeus, dado que parte deles acredita ser Ele o Messias anunciado pelos profetas, enquanto a outra não crê e O espera até hoje.

10. Essa é a grande primeira cisão estabelecida entre os judeus do mundo inteiro. Por isso a estigmatização que ainda sofrem, assinalando-se como o mais cruel instrumento resultante dessa divisão os tristes episódios registrados por ocasião da Inquisição iniciada no Século IV e que perdurou até recentemente, tendo como um dos maiores corifeus o terrível Tomás de Torquemada, principal executor de seus veredictos, que incluíam todos os que pudessem fazer sombra à Igreja, especialmente os judeus que *renegaram e crucificaram Jesus*.

11. Não vou aqui recordar aos ilustres Colegas essa passagem histórica relativamente ao que sucedeu com o povo judeu, mas sim que, em face dessa situação discriminatória, criou-se no vernáculo o peculiar substantivo judiação como sinônimo de pessoa que sofre nas mãos de alguém, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar.

Por que isso?

Porque os judeus teriam *judiado* de Cristo.

---

10 B. S. Livro de 1 Samuel, capítulo 17, versículos de 24 a 58.

11 B. S. Livro de 1 Samuel, capítulo 07, versículos de 05 a 17.

12 B. S. Livro de Mateus, capítulo 01, versículos de 18 a 24.

12. Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos — amargos e terríveis — que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça — salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas — mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição.

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si — e não falo isso para situar-me nesse terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigmatizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um "J" como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje...

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que «*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*», só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?

13. Se os Colegas permitirem, pedirei vista dos autos. Não porque pretenda de pronto discordar do relator, o que poderei até fazê-lo, mas depois de amadurecida análise da matéria, que, em face da magna relevância jurídica, irá estabelecer o exato divisor de águas da extensão do preceito. Considere-se, ainda, que é a primeira vez que a Corte vai pronunciar-se especificamente acerca do tema, impondo-se, reconheçamos, maior aprofundamento de seu exame, sem nenhum demérito do douto voto já proferido.

14. Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15. Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, negra e amarela?

Teria sido essa a *mens legislatoris* ou pelo menos a *mens legis?*

16. Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

17. Alguém poderá dizer que isso não será revitalizado. E os movimentos que, como temos visto, pipocam aqui e acolá, ora através dos Klu-Klux-Klan, Skin Heads e outras insanidades desse jaez que surgem no mundo e até no Brasil, de que é exemplo o livro de autoria do paciente *Holocausto. Judeu ou Alemão*, segundo se anuncia já ultrapassada a 29ª edição...

18. Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.

EXTRATO DA ATA

HC 82.424/RS — Relator: Ministro Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem para pronunciar a prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo paciente o Dr. Werner Cantalício João Becker. Presidência do Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 12 de dezembro de 2002 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO (Vista) (Incidências)

O Senhor Ministro Maurício Corrêa: Siegfried Ellwanger foi condenado pelo crime tipificado no artigo 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90[1], por ter editado e distribuído obras de conteúdo anti-semita de sua autoria e de terceiros, representativas de discriminação contra judeus. Restringe-se o tema em debate exclusivamente à imprescritibilidade atribuída à conduta.

2. O paciente publicou os livros *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A história Secreta do Brasil* e *Brasil Colônia de Banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os Protocolos dos Sábios de Sião, Hitler–culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os Conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*, este de sua autoria, publicado sob o pseudônimo de SE. Castan (fls. 18/19).

3. Tais publicações procuram negar fatos históricos relacionados às perseguições contra os judeus, em especial o holocausto, incentivando a discriminação racial e imputando-lhes os males do mundo, o que justificaria, a exemplo da doutrina nazista, sua inferiorização e segregação.

1 Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicações de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

4. Absolvido em primeira instância, foi o paciente condenado pelo Tribunal de Justiça. Em razão da imprescritibilidade inerente ao delito, impetrou-se *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça que, por sua 5ª Turma, denegou a ordem.

5. Consignou o relator Ministro Gilson Dipp, que «*a condenação do paciente se deu por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento — o qual restou claramente apontado na parte dispositiva e nos fundamentos da condenação ora impugnada*» (fl. 705), tendo o Ministro Jorge Scartezzini, que o acompanhou, destacado que «*o legislador constituinte teve a intenção de não só punir o preconceito decorrente das diferenças de raças, mas também aqueles relacionados à etnia ou a grupos nacionais*» para que a prática do racismo fosse «*abolida e reprimida em todas as suas formas e não só pela tez*» (fls. 134/135 e 141).

6. Contra essa decisão foi impetrado o presente *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, em que se reitera a tese de que o delito de discriminação contra os judeus não se constitui crime de racismo, estando sujeito, por isso mesmo, à observância do prazo prescricional previsto em lei.

7. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, opina pelo indeferimento do pedido. Afirma ser «*injurídico o argumento que, pelo texto constitucional, reduz a prática de racismo 'à raça'*» e sustenta que o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal «*não define prática de racismo, mas à legislação infra-constitucional transferiu tal propósito, fazendo-o esta – a Lei 7716/90 – por uma gama de condutas, todas imprescritíveis*».

8. O eminente Relator Ministro Moreira Alves votou pela concessão da ordem. Entendeu que o crime de racismo não alcança toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação, devendo merecer interpretação estrita. Após citar manifestações de diversos autores e rabinos que cuidaram da questão, concluiu que não sendo «*os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo*», pelo que inaplicável a regra do inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal[2]. Decorrido o prazo legal de prescrição, declarou extinta a punibilidade.

9. Na sessão do dia 12-12-02, ao fazer algumas referências preliminares acerca da questão, rememorei fatos históricos ligados ao povo judeu, submetido a obsessiva perseguição ao longo da história, para concluir pela necessidade de maior reflexão sobre o tema. Pedi, assim, vista dos autos, que ora trago para prosseguirmos no julgamento.

10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível. Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não

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

só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.

11. Nessa ordem de idéias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG)[3].

12. Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

13. Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética baniu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter «*há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos*»[4].

15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1 % (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários — três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca[5].

16. O professor Sérgio Danilo Pena[6], titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais, esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele «*todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem*».

---

3 Genoma – Conjunto de genes de um organismo, o patrimônio genético armazenado no conjunto de seu DNA ou de seus cromossomos. Possui informações sobre as principais características hereditárias, alterações e doenças que o ser pode sofrer em sua vida. Conhecer e localizar os genes humanos possibilita intervir sobre aqueles responsáveis pelas doenças.

4 O trabalho da Celera foi publicado pela revista americana Science (www.sciencemag.org) e o do Projeto Genoma pela britânica Nature (www.nature.com).

5 "www.mazen.hpg.ig.com.br/saúde/10/index_int_4.html" – Fonte: O Globo e Folha On line

6 www.gene.com.br/Dr_sergio/publica-atuais05.htm. Cf. "Folha On Line".

17. Acrescenta, ainda, que «*com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior, 19 vezes maior, do que entre os grupos raciais. Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre o Sérgio Pena* [entrevistado] *e o Marcelo Leite* [entrevistador] *são tão grandes quanto as diferenças genéticas entre o Sérgio Pena e alguém na África agora*», e esclarece que «*a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente*».

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, «*a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original*», pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

20. No Brasil, mestre Gilberto Freire há tempos já definira de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de vez uma pá de cal na velha definição. «*Aliás*» — diz ele — «*na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros*»[7].

21. Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbete «raça» encontra-se devidamente definido como «*divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.). Etnologicamente, a noção de raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças diferentes estão muito mais próximas do que outras da mesma raça*».

---

7 Casa Grande & Senzala. Ed. José Olympio: 16ª edição. Pp. 294/5.

22. Como já referido, mesmo antes dos estudos que abriram o chamado Livro do Genoma Humano, a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana, mongolóide e negróide, já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça é a «*coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia*[8]».

23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1°, na versão original em inglês:

> «Art. 1 – 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.»

24. Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade[9]. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito — agora cientificamente ultrapassado — não nos serve para a solução do caso.

25. Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico o escravismo e o holocausto.

26. Como tive a oportunidade de dizer em improvisada manifestação na assentada em que se iniciou este julgamento, «*se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos — amargos e terríveis — que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça — salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas —, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o*

---

8 Dicionário Eletrônico Houaiss de Língua Portuguesa.

9 "Art. 1 – 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity."

"Art. 1 – 2 All individual and groups have the right to be different, to consider themselves as different and to be regarded as such. However, the diversity of life styles and the right to be different may not, in any circumstances, serve as a pretext for racial prejudice; they may not justify either in law or in fact any discriminatory practice whatsoever, nor provide a ground for the policy of "apartheid", which is the extreme form of racism."

"Art. 2 – 1 Any theory which involves the claim that racial or ethnic groups are inherently superior or inferior, thus implying that some would be entitled to dominate or eliminate others, presumed to be inferior, or which bases value judgements on racial differentiation, has no scientific foundation and is contrary to the moral and ethical principles of humanity."

resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição».

27. Esse quadro de espanto e terror bem sinaliza os fundamentos que estruturaram o estado alemão sob o signo do que se chamou de nacional-socialismo, em que Hitler, havendo haurido em Joseph Athur de Gobineu (1816/1882) os primeiros rudimentos para a montagem da catástrofe, promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de *raça inferior e impura* e coisas do gênero.

28. A tresloucada estupidez serviria de pano de fundo para levantar o moral da Alemanha dos vexames do passado e em especial da vergonha da submissão imposta pelo Tratado de Versailles, dentre tantas outras amargas iniciativas, até que, passo a passo, pôde fortificar-se a ponto de dominar o País e seu povo, boa parte da Europa, e no alucinado ritmo, quase o mundo.

29. Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma *sub-raça,* parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da *raça ariana,* que deveria prevalecer sobre outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado. Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a inquisição, que no seu período áureo teve como alvo maior também os judeus, cujo resultado atingiu a casa de muitos milhares de mortos, além de outras vítimas que foram condenadas com penas diversas, após torturas cruéis e desumanas, e ao confisco de seus bens, como registram estudos e estatísticas posteriormente realizados, para dizer de seus efeitos apenas na Espanha[10] e em Portugal[11].

30. Ressai claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo. Se em outros tempos se admitia a conversão do judaísmo ao catolicismo, para se evitar ou minimizar as discriminações, com ênfase na Alemanha de Hitler, a segregação passou a ter motivo fundamentalmente diverso, tendo como causa a ancestralidade e a pretensa «*infecção da raça judia*». Pode-se afirmar que ser judeu

10 O historiador espanhol Joaquín del Castillo y Mayone, no seu trabalho O Tribunal da Inquisição, editado em 1835, em Barcelona, dava o número de vítimas causadas por cada inquisidor-geral (no total houve 41), desde Torquemada até Jerónimoo Carstellón y Salas (1818). O saldo apresentado é o seguinte: queimados 366.212; queimados em efígie, 19.790; outros penitenciados, 289.624. Total 345.626.

Confirmando estes números 40 anos depois, José Amador de los Rios obteve o seguinte resultado: queimados 28.540; queimados em efígie, 16.520; atingidos por outras penas: 303.840. Total 348.900. (Iossif Grigulévitch, Editoral Caminho S.A., Lisboa, pp. 324/329). (CF. S.G.Lozinski, História da Inquisição de Espanha, pp. 140 e 127, respectivamente; apud ob. cit., p. 262).

11 Segundo Mary Brearley (M. Brearley, Hugo Gorgeny. Prisoner of Lisbon Inquisition, p.11) eis a estatística da inquisição em Portugal de 1536 a 1821: queimados vivos na capital portuguesa 355 homens e 221 mulheres; torturados 6.005 homens e 4.960 mulheres; morreram na prisão 706 homens e 546 mulheres. Total 12.793 pessoas, das quais 5.727 mulheres. (Iossif Grigulévitch, Editorial Caminho S. A., Lisboa, 1990, p. 328).

deixaria de ser uma questão de escolha, mas efetivamente um sinal inapagável derivado dos laços de consangüinidade que uniam esse povo, agora tisnado pelas características físicas e morais negativas que lhes foram impingidas.

31. Dentro desse específico contexto situa-se o episódio que culminou com o assassinato em agosto 1942, em Auschwitz, campo de concentração existente então na Polônia, de Edith Stein, a qual, no dia 11 de outubro de 1998, com o nome de Teresa Benedita da Cruz, foi canonizada como Santa Edith Stein. Embora fosse teóloga conversa do judaísmo ao catolicismo foi, mesmo assim, morta em câmara de gás pelo simples estigma da origem, adotado como fundamento para o gesto fatal. Essas e outras práticas da mesma espécie, que aqui seria desnecessário relembrar, somadas ao que acima dito, deixam explícito que na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, *sub-raça, raça inferior* marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica.

32. O nazismo, nesses termos, está bem delineado em pronunciamentos de seus precursores, tais como Ernst Renan, que se dizia o «*primeiro a reconhecer que a raça semítica, comparada à raça indo-européia, representa realmente uma combinação inferior da natureza humana*»[12], ou ainda Edouard Drumont para quem «*o semita é mercantil, cupido, intrigante, sutil, ardiloso; o ariano entusiasta, heróico, cavalheiresco, desinteressado, franco, confiante, mesmo ingênuo*»[13].

33. Adolph Hitler, no capítulo «Povo e Raça» de seu livro *Minha Luta* escreveu que «*a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica*» e que «*para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça*»[14]. Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a «*lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã*» de 15 de setembro de 1935, que proibia casamento entre «*judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão*», anulando os «*enlaces já contratados*». Vedava, ainda, «*as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão*», impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão.

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Lingüística da USP, de que anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra. Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que «*a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio*»[15]. Por isso mesmo

---

12 Histoire Générale et Comparée dês Langues Sémitiques, 1855, apud Izidoro Blikstein, Professor Titular de Semiótica e Lingüística da Universidade de São Paulo, em parecer juntado aos autos.

13 A França Judaica - 1886 apud Izidoro Blikstein, em parecer juntado aos autos.

14 *Mein Kampf* – Minha Luta – SP, Moraes, 1993, pp. 185-212, apud Izidoro Blikstein, em parecer juntado aos autos.

15 *The Distruction os the European Jews* – Chicago, 1961.

a Enciclopédia Ilustrada Oxford situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves conseqüências[16].

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. 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 o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe[17].

37. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um «*Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes*»[18].

38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem[19],«*raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais*», possuindo o termo um «*poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que*

16 "*Racismo é muitas vezes uma questão latente nos fatores econômicos e políticos que levam a guerras e conflitos. É explícito em algumas ideologias políticas, como certas formas de fascismo. Um exemplo extremo das conseqüências do racismo é o dos nazistas alemães, cuja crença na superioridade dos povos nórdicos ou germânicos em relação aos* 'não arianos' levou à discriminação crescente e, por fim, ao genocídio de milhões de judeus, eslavos e ciganos na Europa, durante o regime nazista" (Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial, Coordenação Alberto Silva Franco e Rui Stoco, Revista dos Tribunais, 7° ed. v. 2, p. 2645, por José da Silva Franco) .

17 "*racismo é o conjunto de crenças de que diferenças orgânicas (reais e imaginárias), geneticamente transmitidas entre grupos humanos, são intrinsecamente associadas à presença ou à ausência de algumas características ou capacidade socialmente significativas e, portanto, que tais diferenças constituem base legítima de distinções injustas entre grupos socialmente definidos como raça*" (James M. Jones, Racismo e preconceito, Edgard Blucher, Edusp, p. 4, 1973 - Apud José Silva Júnior, obra citada).

18 Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais, São Paulo, Unesp, 2002, pp. 125-126.

19 Professora da Universidade de Brasília, em laudo antropológico sobre o tema, datado de 14-2-03.

hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vive-versa».

39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5º da Carta Política.

40. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que «*'raça' é, sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar*». Assim, «*o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal*»[20]. Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, conseqüência lógica da ausência de raças.

41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. Para George Fredrickson[21] dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indeléveis, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma *ordem racial*.

42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: — **Racialismo**, que é «*o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua possessão de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular*»; — **racismo,** «*um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa*»; e **racialização**, «*o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como 'raça'*»[22]. Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao *racializar* o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o *racialismo* em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.

43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça,

---

20 Alves, J. A. Lindgren. A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos. Revista Brasileira de Política Internacional, ano 45, nº 2, 2002, pp. 206 e 208, apud Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

21 Breve storia del razzismo, Roma, Universale Donzelli, trad. Annalisa Merlino, 2002, p. 11 e 172, apud Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

22 Gordon Marshall, Oxford University Press, 1998:548/9, por Sonia Bloomfield Ramagem em parecer juntado aos autos.

essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de «*revisionismo*», como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

44. Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito:

Livro *Judeu Internacional*, Henry Ford (fls. 19/20):

— «Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos» (p.11);

— «Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação» (p. 24);

— «não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder» (p.75)

— «Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (*sic*) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter» (p. 171).

Livro *Conquistadores do mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, Louis Marschalko (fls. 20/21):

— «toda essa divisão, toda essa desordem todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas (...) [os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história» (p. 09)

— «o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus (...)» (p. 112)

— «Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais» (p. 214).

(...)

Esse autor, Louis Marschalko, é de origem húngara, salvo engano naturalizado argentino. Escreveu, inclusive, um trabalho sobre o Purim, uma festa muito especial para

o povo judeu, extraída do Livro de Ester, uma judia que se casou com um rei que não era judeu; disso decorreu uma sucessão de fatos em torno dos quais se sedimentaram as comemorações acerca de sua coragem, ousadia e resistência, isso consideradas as condições da época, sob cujo pálio viviam os judeus na diáspora de Nabucodonosor, na velha Babilônia. Purim, portanto, passou, há mais de dois mil e quinhentos anos, a ser uma das principais festas do judaísmo.

Pois bem, esse autor descreve o fato da maneira mais deprimente possível, registrando o Purim como se fosse ato de orgia, chegando à conclusão de que os judeus são sub-raça, nefastos, argentários e que contaminavam o povo alemão e o mundo.

Marschakco teria saído da Hungria, sua terra de berço, por ser nazista e não concordar com o comunismo que então estava em fase de implantação naquele país.

Há passagens, no mínimo, repulsivas, nos livros editados pelo paciente, tais como se pode verificar:

(...)

Livro *Brasil – Colônia de Banqueiros*, Gustavo Barroso (fl. 21):

— «Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial»(p. 34)

— «O nosso Brasil é a carniça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora» (p. 95).

Livro *Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira*, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S.E. Castan (fl. 23):

— «o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda» (p. 23).

— «os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus» (p. 23).

E por aí seguem-se as verberações contra os judeus, todas de conteúdo altamente preconceituoso e discriminatório.

Dentre os livros indicados na denúncia está *Os Protocolos dos Sábios do Sião*, apostilado por Gustavo Barroso (fl. 19). Cuida-se de uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em *complot* judaico mundial, facilitador do racismo nazista[23].

45. Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque, como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

---

23 Júnior, Miguel Reale, em parecer juntado aos autos. Revista L'Histoire, nº 269 de outubro de 2002. P. 60.

46. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado em tratados internacionais. A visão contemporânea dos direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se à visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens.

47. Inicialmente é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1° assegura a liberdade e igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade como pressuposto da razão e consciência humanas. A seguir, repele qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos de gozar dos mesmos direitos e liberdades[24].

48. O Brasil não ficou passivo diante dessa realidade. Ao pronunciar-se perante a Assembléia-Geral da ONU em 1960, o então Chanceler Horácio Lafer já afirmava que «*a perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente*», sendo contra quaisquer políticas de segregação, «*baseadas em distinção de raça, cor ou religião, que repugnam a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização*»[25].

49. Na ocasião ficou consignada a adesão do Brasil à Convenção Internacional Contra o Genocídio[26], norma também aprovada pela ONU em 1948 e que teve como origem nada menos do que o próprio holocausto — negado pelo paciente —, a que submetidos os judeus.

Sei que o voto está cansativo, mas reputo ser uma questão da mais alta importância, por isso estou sendo, até, repetitivo.

O Sr. Ministro Celso de Mello: O voto de Vossa Excelência, Senhor Ministro Maurício Corrêa, revela-se de fundamental importância, considerada a gravidade do tema ora em análise. Esteja certo, Senhor Ministro Maurício Corrêa, que o Supremo Tribunal Federal ouve Vossa Excelência com a máxima atenção, por considerar que o seu pronunciamento examina, com extrema propriedade, matéria impregnada de tantas e tão relevantes conseqüências que se projetam no plano da tutela constitucional dos direitos pertinentes aos denominados grupos vulneráveis.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Ministro Celso de Mello, agradeço a distinção de V. Exa.

50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reser-

---

24 Art. 1° - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 2° - 1 – Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

25 Corrêa, Luiz Felipe Seixas, em parecer juntado aos autos. A palavra do Brasil nas Nações Unidas – 1946-1995. FUNAG. Apud Celso Lafer, em parecer juntado aos autos. P. 134.

26 Decreto Legislativo 2/51 e Decreto 308.22/52.

vas (Decreto 65.810/69[27]), sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. Nas palavras do professor Celso Lafer a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi «*a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões*», motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do *apartheid* na África do Sul.

51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1° qualifica como **discriminação racial** qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, **descendência ou origem nacional ou étnica**, e no artigo 4ª condena também a incitação às práticas discriminatórias que «*se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais*». É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.

---

27 Decreto n° 65.810 — de 8 de dezembro de 1969.

Presidente da República, havendo o Congresso Nacional aprovado pelo decreto legislativo n° 23 (*), de 21 de junho de 1967, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas Discriminação Racial, que foi aberta à assinatura em Nova York e pelo Brasil 7 de março de 1966;

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial

Os Estados partes na presente Convenção, (...) Considerando que a Declaração das Nações Unidas sobre eliminação de todas as formas Discriminação Racial, de 20 de novembro de 1963, (Resolução n. 1.904 (XVIII) da Assembléia Geral), afirma solenemente a necessidade de eliminar rapidamente a discriminação racial através do mundo em todas as suas formas e manifestações e de assegurar a compreensão e o respeito à dignidade da pessoa humana, Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificação para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum, (...), Acordam no seguinte:

Art. I. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem acional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anula ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida (...)

Art. IV - Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo, tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente: a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem étnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento (...);

52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de «*apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência*»[28], que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto de São José da Costa Rica[29], também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92, e Decreto 4463/02).

53. Mais recentemente, e aqui o testemunho é pessoal, o Brasil ratificou sua posição sobre a matéria na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, quando eu, então Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, defendi a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, ressaltando a recente adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como também ao de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

54. A Resolução 623 da Assembléia-Geral da ONU, de dezembro de 1998[30], insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, *negrofobia*, **anti-semitismo** e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público.

55. No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se que «*o holocausto jamais deverá ser esquecido*». No item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo e da «islamofobia», como de resto outros «*movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe*». O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas «*idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*»[31].

56. Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas no mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2° do artigo 5°, em harmonia com o inciso II do artigo 4° da mesma Carta.

---

28 Pacto ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12-12-91 e promulgado em 6-12-96 pelo Decreto 592.

29 13-5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

30 Apud Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

31 ALVES, J. A. Ludgren. "A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos", Revista Brasileira de Política Internacional, ano 45, n° 2, 2002, p. 211.

57. A propósito, esta Corte examinou questão similar, antes mesmo da edição da Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que disciplinou o inciso XLIII do artigo 5° da Constituição, ao apreciar matéria relacionada com o crime de tortura praticado contra criança/ou adolescente. (...)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): Aqui, o Ministro Nelson Jobim antecipou-me no que eu pretendia fazer, porque essa lei, na verdade, é o resultado da disciplina desse dispositivo — o projeto já havia sido encaminhado à Câmara —, e foi por S. Exa. implementado, transformando-se, hoje, na lei contra tortura.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Como disse, anteriormente, sempre segui os passos de V. Exa.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Relator): (...) Nesse julgamento — HC 70389, Relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, *DJ* de 10-8-01 — assentou-se que os atos normativos internacionais «*fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes*». O mesmo sucede com a correta exegese a ser dada ao crime de racismo, que tal como o de tortura, fere de morte os postulados gerais dos direitos humanos.

58. No plano do direito comparado, dispensou-se tratamento adequado a tais discriminações. Na França, a Lei 90.615/90 dispôs que é conduta punível a «*negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto*». O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério das vítimas do Nazismo em Carpentras em 1991, «*aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel racista*».

59. Também na Espanha a denominada «lei contra o racismo» de 1995 tipificou como crime a negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas, ao holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação «*de crimes de guerra ou contra a paz e a Humanidade*»[32].

60. O Parlamento Europeu, após estudos desenvolvidos «no ano europeu contra o racismo», propôs que os Estados-Membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, **bem como a negação do holocausto** ou de delitos contra a humanidade, **a elaboração pela imprensa e a difusão de material de conteúdo racista, xenófobo ou revisionista**[33].

61. No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso United States *versus* Lemrick Nelson, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe

32 Pesquisa realizada por Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

33 Resolução B4 -0108/98 – apud Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus «*são considerados raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13*».

62. A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do *Justice White,* que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). Afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com mensagens anti-semitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei[34].

63. Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra em 1983. No caso «*Mandla and another versus Dowell Lee and another*», debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem *sikh* de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os *sikhs* constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do «*Race Relations Act*», uma vez que os *sikhs* são um grupo racial em face de suas origens étnicas[35].

64. Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa, sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e dignidade da pessoa humana. O professor Celso Lafer, em seu parecer, conclui que a correta interpretação e aplicação do inciso XLII do artigo 5° da Constituição não está na definição de «*raça — pois só existe uma raça humana — mas nas práticas discriminatórias do racismo que são histórico-político-culturais*».

65. Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu sim ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3° da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do «*bem de todos, sem preconceitos de origem, **raça**, sexo, **cor**, idade e quaisquer outras formas de discriminação*». A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.

66. É de observar-se ainda que além da incriminação do racismo mencionada no inciso XLII do artigo 5°, a Carta Federal cuida do tema no seu artigo 4°, inciso VIII, ao definir como um dos princípios que devem reger a política transnacional brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Relembro nesse ponto as convenções a que antes me referi, e que certamente motivaram o legislador constituinte a incluir a luta contra o

34 Conforme noticia o Ministro Celso Lafer em estudo sobre o tema.

35 Internet - www.hrer.org./safrica/equality/Mandla_DowellLee.htm

racismo entre os fundamentos da atuação externa do governo brasileiro, evidentemente como reflexo do pensamento interno dominante.

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais.

68. Vem a propósito a lição de José Cretella Júnior que, ao tratar do inciso VIII do artigo 4º da Constituição, entende ser racismo a «*ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)*», tendente a promover a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos, judeus e escravos[36]. Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo «*propugnar a separação de etnias*»[37].

69. Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lamêgo Bulos define-o como «***todo e qualquer*** *tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc.*»

70. José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional que «*proíbe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fatores, consubstancia-se, antes de tudo, um repúdio à barbárie do tipo nazista que vitimara milhares de pessoas, e consagra a condenação do apartheid*». Finaliza dizendo que «*o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são conseqüências da teoria*»[38].

71. Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o «*direito de ter direitos*».

72. Ora, as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivadas pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de

---

36 *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Forense, p. 175, apud Miguel Reale Júnior, em parecer juntado aos autos.

37 *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Saraiva, Ed., 2000. v. 1, 3ª, p. 57.

38 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 2ª ed., Malheiros, pp. 223/224.

os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1°, II; 3°, IV; 4°, II e VIII; 5°, *caput*, I, XLI).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

75. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.

76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5°, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5°, § 2°, primeira parte[39]).

77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput, in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso, solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o «*direito à incitação ao racismo*», até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada «*concordância prática*», a que se refere a doutrina[40].

---

39 § 2° - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

40 Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10ª ed., Atlas, p. 59.

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

80. Recentemente o Tribunal, ao apreciar a Rcl 2.040, Néri da Silveira, j. de 21-2-02 — caso Glória Trevi —, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.

81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os *direitos humanos*, no caso, grafe-se, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

82. Daí a afirmação de Alain Laquièze, de que «*existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento*»[41], sendo por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime de racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite.

83. A exegese constitucional, como visto, justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio.

84. Dir-se-á tratar-se de grotesca utopia, o que não é verdade, uma vez que as grandes catástrofes da história só se tornaram tristes realidades diante do silêncio daqueles que tinham o dever de reagir, e não o fizeram. Quando evidenciadas, já não havia mais tempo para se evitar o desastre, situação que, de forma insuperável e exemplar, conseguiu retratar o poeta brasileiro Eduardo Alves da Costa em seu «*No Caminho Com Maiakowsky*»[42], conhecido de muitos, mas sempre oportuno:

«Tu sabes,

Conheces melhor do que eu

A velha história.

---

41 Le Debat de 1964 sur l¢imprescriptibilité des crimes contre l¢humanité, in Droits, 31, 2000, p. 19, apud Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

42 "No Caminho com Maiakowsky" de Eduardo Alves Costa*:

*Escritor brasileiro, residente em São Paulo, nascido em Niterói em 1937. Fragmento extraído do livro Poesia Viva, Editora Civilização Brasileira, 1968, p. 209. É como consta também como sendo de sua autoria o poema no verbete que lhe consagra a Enciclopédia Brasileira, de Afrânio Coutinho e J. Galante de Sousa, SP, Fundação Biblioteca Nacional, 2001. Fica assim claro que o poema é de autoria de poeta brasileiro e não do próprio Maiakowsky e/ou Berthold Brecht.

Na primeira noite eles se aproximam
E roubam uma flor
Do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem:
Pisam as flores, matam nosso cão,
E não dizemos nada.
Até que um dia,
O mais frágil deles
Entra sozinho em nossa casa,
Rouba-nos a luz, e,
Conhecendo nossos medos,
Arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada.»

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos *raça* e *racismo* não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

86. Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que «*dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais*». Alexandre de Moraes, ao cuidar da aplicação dos direitos humanos fundamentais, assevera que a interpretação «*deve buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-a à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas*»[43].

87. O significado do termo *racismo* empregado pelos impetrantes na inicial encerra a própria negação de seu verdadeiro sentido constitucional, de modo a limitar a eficácia não apenas da norma constitucional específica (CF, artigo 5º, XLII), mas do conjunto dos princípios que informam os direitos e garantias fundamentais.

88. Registro que após a promulgação da Constituição Federal cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema, ao editar a Lei 7.716/89, que definiu «*os crimes resul-*

43 *Direitos Humanos Fundamentais* – Teoria Geral. 3ª Ed. Atlas, 2000, pp. 22/24.

tantes de raça ou de cor». Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8.081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião e de precedência nacional, aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema.

89. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que «*o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam*».

90. 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 a 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 perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.

91. A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também, tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do Ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas 3 contra.

92. O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, **CAÓ**, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das *discriminações raciais* para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

93. Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de resto os ciganos e os índios. No Brasil-colônia a discriminação era fundada na pretensa «*pureza do sangue*». Os judeus, mesmo os cristãos-novos, marranos, eram tidos como de «raça infecta», a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública[44].

44 CARNEIRO, Maria Luzia Tucci. *O Racismo na História do Brasil*. 18ª Ed.. Ática, 2002.

94. E essa mácula de impureza podia gerar trágicas conseqüências, como levar os judeus às chamas da fogueira da Inquisição, tal como ocorreu com o escritor brasileiro Antônio José da Silva — o Judeu —, em Lisboa[45]. Também na década de 30 do século passado, as teorias racistas baseadas na hierarquização de raças tiveram repercussões no Brasil, com o provimento de atos discriminatórios pelo próprio aparelho estatal, notadamente como sucedeu com as restrições impostas à imigração de judeus por critérios de ordem racial. (...)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Recebi cópia de uma carta inusitada, de triste e histórica lembrança, endereçada ao então Ministro da Justiça da época da ditadura de Getúlio, com um pedido para que um judeu ingressasse no Brasil, cuja expressa resposta foi a de que a sua fixação no Brasil era proibida exatamente em virtude de ser judeu...

(...)

95. Esse preconceito de raça em relação a eles judeus, conforme me manifestei na sessão anterior em que pedi vista dos autos, persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo **judiação** como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo.

96. Encerrei minha manifestação no dia 12-12-02, dizendo *que há uma peculiaridade com relação a tudo que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos* ***in memoriam*** *ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.* Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi, mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Como diz Gregório Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, deve-se «*favorecer siempre y em todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho*»[46].

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização, e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam

45 Dines, Alberto. *Vínculos do Fogo*. São Paulo, Cia. das Letras, 1992, vol. I.

46 *Curso de Derechos Fundamentales Teoria General, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial Del Estado*, 1995, p. 577, apud Celso Lafer, em parecer juntado aos autos.

idéias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas, e em conseqüência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

99. Incensurável, pois, o acerto do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> «Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.» (fl. 28).

100. Finalmente, cumpre-me assinalar que os quatro pareceres que nos foram apresentados acerca do tema, e que penso devem ser juntados aos autos, ainda que por linha, são peças de substancioso conteúdo jurídico e científico, e por isso serviram em grande parte de subsídio para ilustrar este voto. Na peça elaborada pelo ilustre Professor Celso Lafer ficou claro que o delito cometido pelo paciente configura prática de racismo, espécie da qual «*nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista*», razão pela qual «*não admite o esquecimento*».

101. Como é sabido, Auschwitz é o espelho para a memória da humanidade de uma das mais lamentáveis páginas de suplício a que foram submetidos seres humanos. Não vou recordar episódios ali vividos. Mas servem para registrar até onde chegou a loucura e insanidade nazista. Em trabalho monográfico de Uílson Linck, desenvolvido por Fernando Meyer[47], citando Christian Bernardac, em os *Manequins Nus*[48], há uma passagem de extraordinária atualidade para o caso:

> «Hoje cada um 'imagina' Auschwitz sabendo que Auschwitz faz parte do remorso do homem — porque este crime — talvez o maior de nossa história foi cometido pelo homem. E o homem não pode perdoar Auschwitz ao homem. E o homem sabe que em certas circunstâncias, este mesmo homem é capaz de tornar a inventar Auschwitz».

102. Buchenwald, terceiro campo de concentração, que fica a poucos quilômetros da cidade de Weimar, guarda até hoje em seu museu o detalhe do portão que lhe servia de acesso, que traz o lema ***Jedem das Seine***, o que traduzido significa «a cada um o que merece», e que encerra tudo que o nazismo pretendeu com a chamada *solução definitiva.*

Ante essas circunstâncias, rogando todas as vênias ao Ministro Moreira Alves, indefiro o *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. 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.

---

47 Http://www.fernandomeyer.hpg.ig.com.br

48 Tradução de Leda Richard de Faria e Marina Camargo Celidonio, Rio de Janeiro: Otto Pierre, 1980.

Sucede 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 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 2000, 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 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 5° («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 e imprescritível»), imprescritibilidade essa que aberra de nossa tradição jurídica, sendo que a outra hipótese em que a Constituição atribui a imprescritibilidade a crime (e que é a do inciso XLIV do mesmo artigo 5° — «Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucio-

nal 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 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 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 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 5° da Constituição de 1988? Que, então, pretendeu o legislador constituinte? 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 5° —, apresentada em 12-1-1988, a qual deu origem ao artigo 5°, 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:

> «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 fujamos, 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.

(...)».

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 aberra 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 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, pp. 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 o 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 5° da atual Constituição brasileira. Mais. À pp. 80 de seu parecer, diz o Prof. Celso Lafer: «Com relação ao problema da convenção 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. 1° 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 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 Brasiliana, 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 Sr. 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.

O Sr. 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 à p. 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 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 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.

Sucede, 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 fazer algumas considerações. Aos posteriores à promulgação da Constituição não se aplica sequer o § 2° do seu artigo 5°, 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 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.

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Celso de Mello: O ora impetrante **insurge-se** contra decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, que, **ao denegar** a pretendida concessão de *habeas corpus*, manteve condenação penal imposta, ao paciente, pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei nº 7.716/89, **na redação** que lhe deu a Lei nº 8.081/90.

O acórdão proferido pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **objeto** de impugnação na **presente** sede processual, **acentuou inexistir** ilegalidade no julgamento **que decreta** «*(...) a condenação do paciente* ***por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento,*** *pois* ***não há*** *que se fazer diferenciação* ***entre*** *as figuras da prática,* ***da incitação*** *ou do induzimento,* ***para fins*** *de configuração do racismo,* ***eis que*** *todo aquele* ***que pratica*** *uma destas* ***condutas discriminatórias*** *ou preconceituosas,* ***é autor do delito de racismo, inserindo-se,*** *em princípio, no âmbito da tipicidade direta*» (**grifei**).

Ao assim decidir, e como conseqüência direta desse julgamento, o Tribunal ora apontado como coator **proclamou a imprescritibilidade** da pretensão punitiva do Estado, **fazendo incidir**, sobre o delito em questão — **caracterizado** como crime de racismo — a cláusula inscrita no art. 5º, XLII da Constituição da República, **que assim dispõe**:

> «(...) a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.»

Sustenta-se, na presente impetração, que a conduta de Siegfried Ellwanger — **por não se identificar** com a prática do racismo — **não pode** sofrer a incidência da cláusula constitucional da imprescritibilidade penal, **especialmente** se se considerar que o crime imputado ao ora paciente, **segundo ele próprio afirma**, «*foi contra judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica, não podendo (...) ser inserido entre os decorrentes da prática de racismo*» (**fl. 09 — grifei**).

Vê-se, portanto, que a controvérsia suscitada na presente causa **consiste** em saber **se** a prática do **anti-semitismo** subsume-se, ou não, à noção mesma de racismo, **notadamente** para efeito de incidência da cláusula da **imprescritibilidade** constante do art. 5º, XLII da Carta da República.

O **magnífico** voto que acabamos de ouvir, **proferido** pelo eminente Ministro **Maurício Corrêa, dispensar-me-ia** de considerações adicionais, **pois analisou**, com propriedade, a questão ora em exame.

A **gravidade** do tema, contudo, **exige** que os Juízes deste Tribunal se pronunciem sobre a controvérsia em causa. **E é por tal razão** que desejo expor, **nesta** decisão, o meu pensamento sobre a matéria ora em debate.

O **exame** dos fundamentos em que se apóia a presente impetração **requer** algumas considerações preliminares **e** impõe necessárias reflexões prévias **em torno** da grave questão que somos hoje chamados a apreciar.

Não tenho dúvida, Senhor Presidente, de que o Supremo Tribunal Federal, nesta tarde, **reúne-se** para proferir um julgamento impregnado **de indiscutível** transcendência **e** revestido **de irrecusável** valor simbólico, **pois**, hoje, **está em debate**, nesta Corte, **questão** que se projeta com máxima intensidade **na definição** de um dos mais expressi-

vos valores, **cujo respeito** confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual se edifica e se estrutura o próprio Estado Democrático de Direito.

Refiro-me ao princípio indisponível da **dignidade** da pessoa humana, que, **mais** do que elemento fundamental da República (*CF*, art. 1º, III), **representa** o reconhecimento **de que reside**, na pessoa humana, o valor fundante do Estado **e** da ordem que lhe dá suporte institucional.

O **sentido emblemático** desta reunião **tanto** mais se acentua **quando** se tem presente **que este julgamento ocorre no contexto de marcos temporais**, que, **intimamente** associados ao debate da questão judaica, **põem em relevo** — dada a sua relativa proximidade no tempo histórico — a atualidade preocupante do tema versado **nesta** causa.

Um desses marcos temporais **relembra-nos** que, há 70 (setenta) anos, **em 30-01-1933**, o Partido Nacional Socialista, **emergindo** das ruínas provocadas pela queda da República de Weimar, ascendeu ao poder na Alemanha, **fazendo instaurar**, nesse país, uma ordem totalitária, **infensa** aos direitos básicos da pessoa humana, **sobre a qual** se erigiu um sistema de poder absoluto **que fez abater**, sobre todos, **notadamente** sobre os judeus, um tempo de horror e de indescritível torpeza humana.

Outro desses marcos temporais, sob cuja égide **e** memória se processa o julgamento que hoje aqui realizamos, **recorda-nos** que há 60 (sessenta) anos, em 19-4-1943, o regime nazista sufocava, com o peso de sua infinita crueldade, o Levante do Gueto de Varsóvia, que representou, naquele momento histórico, o grito de desespero de um povo subjugado pela face sombria e sinistra de um regime de opressão e de um sistema de frontal desrespeito ao gênero humano.

Ainda na perspectiva desses marcos históricos que tão bem situam o instante em que **este** julgamento tem lugar, **cabe referir** a existência de um documento luminoso e de incomensurável valor para toda a humanidade: a encíclica «***Pacem in Terris***», publicada há 40 (quarenta) anos, em 11-4-1963, na qual João XXIII **denunciou o caráter abominável** de qualquer prática fundada na discriminação **e** no racismo, **bem assim** no ódio e na intolerância que lhes são inerentes.

É também importante assinalar, **sempre** no contexto dos marcos temporais a que inicialmente me referi **neste** voto, que **o presente** julgamento **tem lugar** em momento **que precede** a celebração, em 29 de abril, logo após a festa do **Pessach** (Páscoa Hebraica), do Dia da Recordação dos Mártires e Heróis do Holocausto (**Yom Hashoá Vehagevurá**), **data** em que o povo de Israel **relembra e honra** a memória dos milhões de judeus vitimados por um dos maiores genocídios registrados na história de toda humanidade.

Tal como no Dia da Recordação — em que se rememora, **com respeito**, o Holocausto que imolou o povo judeu —, **também** este Supremo Tribunal **não pode ser indiferente**, no exame dessa controvérsia, **à grave advertência** que a História nos impõe, **pois**, também aqui **e** agora, **é preciso** «*lembrar e recordar — jamais esquecer*».

Cumpre destacar, bem por isso, Senhor Presidente, dentro desse contexto, a **significativa** importância **que representou**, no processo de conquista e preservação das liberdades fundamentais, a **promulgação**, há quase 55 (cinqüenta e cinco) anos, em 10-12-1948, pela 3ª Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, a **Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana**.

Esse estatuto das liberdades públicas representou, no cenário internacional, importante marco histórico no processo de consolidação e de afirmação dos direitos fundamentais da pessoa humana, pois refletiu, nos trinta artigos que lhe compõem o texto, o reconhecimento solene, pelos Estados, de que todas as pessoas **nascem** livres e iguais **em dignidade** e direitos, **são** dotadas de razão e consciência e **titularizam** prerrogativas jurídicas inalienáveis que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal.

Com essa proclamação formal, os Estados componentes da sociedade internacional — **impulsionados** pelo estímulo originado de um insuprimível senso de responsabilidade **e conscientes do ultraje** representado pelos atos hediondos cometidos pelo regime nazi-fascista e pelos gestos de desprezo e de desrespeito sistemáticos praticados pelos sistemas totalitários de poder — tiveram a percepção histórica **de que era preciso forjar** as bases jurídicas e éticas de um novo modelo que consagrasse, **em favor de todas as pessoas**, a posse da liberdade em todas as suas dimensões, **assegurando-lhes** o direito de viver protegidas do temor e a salvo das necessidades.

Esse documento extraordinário, **mais** do que simples repositório **de** verdades fundamentais, **de** promessas essenciais **e de** compromissos irrenunciáveis, **deve constituir**, no plano doméstico dos Estados nacionais — **e do Brasil**, em particular —, o instrumento de realização permanente dos direitos e das liberdades nele proclamados.

A Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, por isso mesmo, deve representar, na consciência dos governantes responsáveis e dos Estados comprometidos com a causa da liberdade, da justiça, da paz entre os povos e da democracia, o elemento vital e impulsionador de medidas, que, de um lado, visem a afastar, das relações entre os indivíduos e o poder estatal, o medo da opressão e, de outro, tendam a evitar a frustração dos sonhos que buscam dar sentido de concreta efetividade às legítimas aspirações do ser humano, **banindo**, para sempre, das relações entre as pessoas, o ódio **e** a intolerância, o preconceito **e** a discriminação que tão profundamente desonram aqueles que os praticam.

É preciso, pois, que o Estado, **por intermédio** desta Suprema Corte, **ao magnificar e valorizar** o significado real que inspira a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, pratique, **sem** restrições, **sem** omissões e **sem** tergiversações, os postulados que esse extraordinário documento de proteção internacional consagra em favor de toda a humanidade.

Hoje, portanto, **muito mais** do que a realização de um julgamento — e de um julgamento **revestido** de significação histórica na jurisprudência de nosso país — **é chegado** o momento de o Supremo Tribunal Federal incluir, **em sua agenda**, seu claro propósito de afirmar os compromissos do Estado brasileiro **e de manifestar** a preocupação **desta Corte** com a questão da defesa e da preservação da causa dos direitos essenciais da pessoa humana, que traduzem valores que jamais poderão ser desrespeitados ou esquecidos.

Este momento, tão fortemente impregnado do sentido histórico que assume o presente julgamento, **impõe**, por tal motivo, um instante de necessária reflexão sobre o significado do grave compromisso que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana. **Os deveres irrenunciáveis** que emanam

desse instrumento internacional incidem sobre o Estado brasileiro **de modo pleno**, impondo-lhe — e aos órgãos nele estruturados, **notadamente** ao Poder Judiciário **e** a este Supremo Tribunal Federal, **em particular** — a execução responsável e conseqüente dos compromissos instituídos **em favor** da defesa e proteção da integridade e da dignidade de **todas** as pessoas.

A **luta** pelos direitos e pelo respeito à essencial dignidade das pessoas **e** a experiência da liberdade e da tolerância hão de representar **etapa essencial** na jornada permanente em busca da **realização plena** dos objetivos insuprimíveis **que a consciência dos povos**, estimulada por uma notável percepção das exigências éticas subjacentes à atuação do Poder Público, concebeu e atribuiu à Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana.

É esse, pois, o grande desafio com que nós, **Juízes da Suprema Corte** deste País, nos defrontamos no âmbito de uma sociedade democrática: **extrair**, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, **a sua máxima eficácia**, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, **sob pena** de a liberdade, a tolerância **e** o respeito à alteridade humana tornarem-se **palavras vãs**.

Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, **que se delineia**, hoje, uma nova perspectiva no plano do direito internacional. **É que**, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, **os tratados e convenções**, presentemente, **não mais consideram** a pessoa humana como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O **eixo** de atuação do direito internacional público contemporâneo **passou** a concentrar-se, **também**, na dimensão subjetiva da pessoa humana, **cuja essencial dignidade** veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações **e** pactos internacionais, **como valor fundante** do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Torna-se importante destacar, sob tal perspectiva, que a **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, realizada em Viena, em 1993, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, representou um passo decisivo no processo de **reconhecimento**, **consolidação** e **contínua expansão** dos direitos básicos da pessoa humana.

A **Declaração e Programa de Ação de Viena**, adotada consensualmente pela **Conferência Mundial sobre Direitos Humanos**, foi responsável — consoante observa o diplomata brasileiro **José Augusto Lindgren Alves** (*Os Direitos Humanos como Tema Global*, p. 135/144, item nº 8.2, 1994, Perspectiva) — por significativos **avanços conceituais** que se projetaram nos planos concernentes à **legitimidade** das preocupações internacionais com os direitos humanos (Artigo 4º), à **interdependência** entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos (Artigo 8º) e, ainda, ao **reconhecimento** do sentido de universalidade dos direitos humanos (Artigo 5º).

Cumpre não desconhecer, nesse contexto, o alcance e o significado de **diversas** proclamações constantes da **Declaração de Viena**, especialmente daquelas que enfatizam o compromisso solene de **todos** os Estados de promoverem o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas,

assegurando-lhes, para esse efeito, meios destinados a viabilizar o acesso à própria jurisdição de organismos internacionais.

A intolerância e as conseqüentes práticas discriminatórias, motivadas por impulsos racistas, **especialmente** dirigidos contra grupos minoritários, **representam um gravíssimo desafio** que se oferece à sociedade civil, a **todas** as instâncias de poder no âmbito do aparelho de Estado **e** ao Supremo Tribunal Federal.

Torna-se imperioso, pois, a partir da consciência universal que se forjou no espírito de todos em torno **do valor essencial** dos direitos fundamentais da pessoa humana, **reagir** contra essas situações de opressão, degradação, discriminação, exclusão e humilhação que provocam a **injusta** marginalização, **dentre outros**, de grupos étnicos, nacionais e confessionais.

Essa reação — que deve repercutir no próprio sistema de poder e no aparato governamental que lhe dá suporte — **deve buscar** os meios que permitam transformar, em concreta realidade, os compromissos que o Brasil assumiu ao subscrever a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana **e, considerado o contexto da presente causa**, as obrigações éticas e jurídicas que incidem sobre o Estado brasileiro, **por efeito** de sua adesão a importantes atos, declarações, convenções e estatutos internacionais, **como a Convenção** Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (1965), **a Declaração** sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (Unesco/1978) **e a Declaração** de Durban **e** Plano de Ação, resultantes da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata (África do Sul/2001), «*inter alia*».

Cabe recordar, neste ponto, **ante** a sua inquestionável pertinência, o **Preâmbulo** da Constituição da Unesco (1945) — órgão das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura — **que expressamente advertiu** que o terrível conflito mundial que se abateu sobre a humanidade «*não teria sido possível sem a negação dos princípios democráticos, da igualdade, da dignidade e do respeito mútuo entre os homens, e sem a vontade de substituir tais princípios, explorando os preconceitos e a ignorância, pelo dogma da desigualdade dos homens e das raças*».

Foi por tal razão que esse **e** todos os documentos internacionais destinados a promover a eliminação de quaisquer formas, **sempre odiosas**, de discriminação racial, **reconheceram** «*a unidade intrínseca da espécie humana e, por conseguinte, a igualdade fundamental de todos os seres humanos e de todos os povos (...)*», **proclamando**, com irrecusável correção, que «*Todos os seres humanos pertencem à mesma espécie e têm a mesma origem*», **pois** «*Nascem iguais em dignidade e direitos e todos formam parte integrante da humanidade*», **razão pela qual** «*a diversidade das formas de vida e o direito à diferença não podem, em nenhum caso, servir de pretexto aos preconceitos raciais*», **mesmo porque** as diferenças entre os povos do mundo **não justificam** qualquer classificação hierárquica entre as nações e as pessoas.

Em uma palavra, Senhor Presidente: **nem** gentios, **nem** judeus; **nem** patrícios, **nem** plebeus. **Sem** qualquer hierarquia **ou** distinção de origem, de raça, de orientação confessional **ou** de fortuna, **somos todos pessoas**, essencialmente dotadas de **igual** dignidade e impregnadas de razão e consciência, identificadas **pelo vínculo comum** que nos projeta, **em unidade solidária**, na dimensão **incindível** do gênero humano.

Eis porque, Senhor Presidente, a noção de racismo — **ao contrário** do que **equivocadamente** sustentado na **presente** impetração — **não se resume** a um conceito de ordem **estritamente** antropológica ou biológica, **projetando-se**, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, **além de caracterizar**, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, **como bem** o evidenciou **Hannah Arendt**, em sua clássica obra *Origens do Totalitarismo*, **quando**, ao versar o tema **do anti-semitismo** — por ela qualificado «*como uma ofensa ao bom senso*» — **refere-se** à manipulação arbitrária dos conceitos de **inimigo objetivo e de verdade oficial**, como expressões **destinadas a fomentar** os «*ódios públicos*» contra o povo judeu.

Irrepreensível, neste ponto, o magistério, **sempre** douto e erudito, do eminente Professor **Celso Lafer**, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (que é a minha «*alma mater*»), **cujo parecer** — oferecido na **legítima** e **informal** condição de *amicus curiae* — bem analisa a questão em foco (fls. 120/122):

> «O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5°, XLII, *do crime da prática do racismo*, tipificado pela legislação infra-constitucional, *reside* nas teorias e preconceitos *que estabelecem* diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as *características de uma 'raça'* para *discriminá-las*. Daí a repressão prevista no *art. 20* da Lei 7.716/89, com a redação dada pela *Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça'* — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades *não formam raças distintas*. É o que diz a Declaração da Unesco de 1978 sobre Raça e Racismo; *é o que dizem* autores citados pelo impetrante, *que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade*. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, *os judeus não são uma raça*, mas também *não são raça* os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. *Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raça'*, como argumenta o impetrante, exprime não só uma *seletividade que coloca em* questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, *reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro*, o que *não é aceitável* como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, *levadas às últimas* conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, *em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças* (...).» (*grifei*)

Essa mesma *percepção* do tema é *também* partilhada por ilustres acadêmicos (**Edson Borges, Carlos Alberto Medeiros** e **Jacques D'Adesky**, *Racismo, Preconceito e Intolerância*, pp. 43, 48/49 e 57/58, 2002, Atual Editora), **cuja análise**, versando a

questão do racismo, **praticado contra o judeu**, assim discute os aspectos concernentes ao **anti-semitismo**:

«*Enquanto aceitarmos dividir a grande raça humana em raças* — branca, negra, amarela, etc. —, estaremos *legitimando as falsas hipóteses* defendidas pelos grupos teóricos *racistas*.

(...)

Como vimos, a palavra racismo designa um comportamento *de hostilidade e menosprezo* em relação a pessoas ou grupos humanos cujas características intelectuais ou morais, consideradas 'inferiores', estariam diretamente relacionadas a suas características 'raciais', isto é, físicas ou biológicas.

(...)

Finalmente, é preciso observar que o *anti-semitismo* é um *racismo paradoxal*, pois, ao contrário do racismo contra o negro, *sequer* se baseia em diferenças aparentes (...). Assim, o racista precisa alegar supostas *diferenças psicoculturais* imaginárias para inferiorizar os judeus.

Ao estigmatizar os judeus como membros de uma raça considerada inferior à ariana, o *anti-semitismo* condenava-os *de modo intrínseco* e permanente, já que *não bastava* que renegassem sua religião e se tornassem cristãos para se livrar de sua 'condição'. Em outras palavras, *os judeus seriam*, em essência, *diferentes dos não-judeus, não pertenceriam à mesma humanidade dos arianos*. Essa depreciação forneceu condições *ideológicas* importantes aos *nazistas* para discriminar, segregar e eliminar fisicamente *os judeus*.

É importante termos essas considerações *sempre vivas em nossa memória, já que o anti-semitismo não desapareceu*. (...).» (**Grifei**)

Incensurável, desse modo, a meu juízo, o **douto** voto proferido pelo eminente Ministro **Maurício Corrêa**, **quando**, com apoio nos fundamentos que expôs, **sustenta** a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento — ao **corretamente** denegar a ordem de *habeas corpus* — **manteve** o acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nem se diga, finalmente, que a **incitação** ao ódio público contra o povo judeu **estaria** protegida pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

É que publicações — **como as** de que trata esta impetração — **que extravasam** os limites da indagação científica **e** da pesquisa histórica, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa **e**, sobretudo, **do estímulo à intolerância e ao ódio público** pelos judeus, **não merecem** a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, **que não pode compreender**, em seu âmbito de tutela, manifestações **revestidas** de ilicitude penal.

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial — veiculadas com **evidente superação** dos

limites da crítica política **ou** da opinião histórica — **transgridem**, de modo inaceitável, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.

Esta Suprema Corte, por mais de uma vez, **ao pronunciar-se** sobre a **extensão** dos direitos e garantias individuais, **fez consignar** a seguinte advertência, **que cumpre ser relembrada**:

> «**Não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**.
>
> O **estatuto constitucional das liberdades públicas**, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o **substrato ético** que as informa — **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, a **proteger** a integridade do interesse social e, de outro, a **assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum** direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública ou **com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros.»
>
> (*RTJ* 173/805-810, **807-808**, Rel. Min. **Celso de Mello, Pleno**)

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão **pode** fazer instaurar **situações de tensão dialética** entre valores essenciais, **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, caracterizado pelo **confronto** de liberdades revestidas de **idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delincie, **torne possível** conferir primazia **a uma** das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O caso ora exposto pela parte impetrante, no entanto, **não traduz**, a meu juízo, a ocorrência, na espécie, de **situação de conflituosidade** entre direitos básicos **titularizados** por sujeitos diversos.

Com efeito, **há**, na espécie, norma constitucional que **objetiva** fazer preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a **incolumidade** dos direitos da personalidade, **como** a essencial dignidade da pessoa humana, **buscando inibir**, desse modo, **comportamentos abusivos** que possam, **impulsionados** por motivações racistas, **disseminar**, criminosamente, o ódio contra **outras** pessoas, **mesmo porque a incitação** — que constitui **um dos núcleos** do tipo penal — **reveste-se** de caráter proteiforme, **dada** a multiplicidade **de formas executivas** que esse comportamento **pode** assumir, **concretizando**, assim, **qualquer** que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.

Presente esse contexto, cabe reconhecer que os postulados da igualdade **e** da dignidade pessoal dos seres humanos **constituem limitações externas** à liberdade de expressão, que não pode, **e não deve**, ser exercida **com o propósito subalterno** de veicular práticas criminosas, **tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público**.

Entendo que a **superação dos antagonismos** existentes entre princípios constitucionais **há de resultar** da utilização, pelo Supremo Tribunal Federal, de critérios que lhe permitam **ponderar** e **avaliar**, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, **qual deva ser** o direito a preponderar no caso, **considerada** a situação de conflito ocorrente, **desde que**, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses **não importe** em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, **tal como adverte** o magistério da doutrina (**Daniel Sarmento**, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal* pp. 193/203, «***Conclusão***», itens nºs. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; **Luís Roberto Barroso**, *Temas de Direito Constitucional*, pp. 363/366, 2001, Renovar; **José Carlos Vieira de Andrade**, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 220/224, item nº 2, 1987, Almedina; **Fábio Henrique Podestá**, *Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias, in Constituição Federal de 1988 — Dez Anos (1988-1998)*, pp. 230/231, item nº 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; **J. J. Gomes Canotilho**, *Direito Constitucional*, p. 661, item nº 3, 5ª ed., 1991, Almedina; **Edilsom Pereira de Farias**, *Colisão de Direitos*, pp. 94/101, item nº 8.3, 1996, Fabris Editor; **Wilson Antônio Steinmetz**, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*, pp. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; **Suzana de Toledo Barros**, *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 216, «***Conclusão***», 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica).

Isso significa, em um contexto de liberdades **aparentemente** em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, **utilizando-se**, esta Corte, **do método** — que é apropriado e racional — **da ponderação** de bens e valores, **de tal forma** que a **existência** de interesse público **na revelação e no esclarecimento da verdade**, em torno de **supostas** ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa **basta**, por si só, **para atribuir**, ao Estado, o dever de atuar na defesa de postulados essenciais, como o são aqueles que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes culminem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios fundados em ódios raciais.

Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, **ao manifestar-se** sobre a necessidade de se «*controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição*», **deixou assentado** que é «***inaceitável** que se deixe de punir a manifestação da opinião, **quando transparece** evidente e cristalina **a intenção de discriminar** raça, credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera 'revisão da história'*» (fl. 50 — **grifei**).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, **não posso aceitar** a tese exposta na impetração, **pois admiti-la** significaria tornar perigosamente **menos intensa** e socialmente **mais frágil** a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, **especialmente** àqueles que se expõem **a uma situação de maior vulnerabilidade**.

Cabe ter em consideração, no ponto, que, **em matéria de direitos humanos**, a interpretação jurídica **há de considerar, necessariamente**, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** se revelam — **na**

interconexão normativa que se estabelece entre tais ordens jurídicas — elementos de proteção vocacionados **a reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, **como observa**, em seu lúcido parecer, o ilustre Professor **Celso Lafer**.

Não se pode ignorar, Senhor Presidente, **a propósito** do tema que ora julgamos, que a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas **proclamou**, em 9-12-1998 (**na véspera** do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana), pela Resolução 623, que o anti-semitismo **e** todos os atos de intolerância a ele relacionados constituem manifestações preocupantes de formas contemporâneas de racismo, **impondo-se**, por isso mesmo, **a adoção**, pela comunidade internacional e pelos Estados nacionais, **de medidas que impeçam a propagação desse modo perverso de exclusão social**.

Se é certo, como **proclama** a milenar sabedoria judaica, **que aquele** que salva uma vida, salva **toda** a Humanidade, **não é menos exato afirmar**, Senhor Presidente, **que aquele que ofende** a dignidade pessoal de **qualquer** ser humano, **especialmente** quando movido por razões de fundo racista, **também** atinge — **e atinge** profundamente — a dignidade **de todos e de cada um de nós**.

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, **e acolhendo**, ainda, os fundamentos **doutamente** expostos pelo eminente Ministro **Maurício Corrêa**, peço vênia ao ilustre Relator **para indeferir** o pedido de *habeas corpus* formulado por Siegfried Ellwanger, **mantendo**, em conseqüência, **a condenação penal** que foi **corretamente** imposta, ao ora paciente, pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

É o meu voto.

EXTRATO DA ATA

HC 82.424/RS — Relator: Ministro Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto do Ministro Moreira Alves, Relator, concedendo a ordem, e dos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, este último em antecipação, indeferindo-a, pediu vista o Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Ministro Marco Aurélio.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 9 de abril de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes:

Introdução

Como já relatado pelo Ministro Moreira Alves, a questão gira em torno de decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu *habeas corpus* para manter a condenação

de acusado de crime de discriminação contra os judeus, sob o fundamento de que tal conduta se enquadraria como racismo sendo, portanto, imprescritível.

Proferiu voto o Ministro Relator no sentido de declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, ante a não-configuração do crime de «racismo» nos moldes do artigo 5°, XLII, da Constituição.

Apontou como fundamentos de sua decisão, em síntese, que a expressão «nos termos da lei», que se encontra na parte final do art. 5°, XLII, CF, não delega ao legislador ordinário a função de dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de «racismo», mas apenas que cabe a ele tipificar as condutas em que consiste esta prática e quantificar a respectiva pena. O Relator partiu de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, para concluir que o anti-semitismo não está compreendido no conceito de racismo. Buscou a intenção do constituinte de 1987/88, ao mencionar as discussões acerca da Emenda Aditiva que deu origem ao art. 5°, XLII, da Constituição. Afirmou o Ministro: «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.» E foi, por entender que o dispositivo constitucional não se aplicava a outros grupos, que o Ministro concluiu que «não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.»

Em sede de voto vista, afirmou o Ministro Maurício Corrêa que não se pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica, devendo-se levar em consideração as diversas acepções a que o termo se submete, incluindo aí a antropológica e a sociológica. Ademais, a experiência genética vem apontando que o conceito tradicional de raça — negros, brancos e amarelos — não pode mais ser considerado. Ressaltou ainda que a discussão se os judeus se constituem ou não uma raça perde sentido na medida em que quem discrimina o está fazendo como uma raça, promovendo e incitando a segregação. Assim, afigura-se mais relevante o conceito antropológico do que o científico. A existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, sendo ela a ser considerada na aplicação do Direito.

Entendeu, portanto, o Ministro Corrêa, que o anti-semitismo constitui forma de racismo e, em conseqüência, crime imprescritível, seja porque o conceito de raça não pode ser resumido à semelhança de meras características físicas, seja porque tal movimento vê os judeus como uma raça, ainda que esta concepção seja sob a ótica social e política.

Na mesma linha, sustentou o Ministro Celso de Mello em antecipação de voto.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão.

O conceito de racismo

A questão central trazida à análise do Supremo Tribunal Federal gira em torno do alcance do termo «racismo» empregado pelo constituinte no art. 5°, inciso XLII, para se considerar ou não imprescritível a conduta anti-semita atribuída ao paciente.

Parece ser pacífico hoje o entendimento segundo o qual a concepção a respeito da existência de raças assentava-se em reflexões pseudo-científicas. Nesse sentido, destaquem-se as considerações de Kevin Boyle:

> «Reconhecemos hoje que a classificação biológica dos seres humanos em raça e hierarquia racial — no topo da qual encontrava-se certamente a raça branca — era produto pseudo-científico do século XIX. Num tempo em que nós já mapeamos o genoma humano, prodigiosa pesquisa que envolveu o uso de material genético de todos os grupos étnicos, sabemos que existe somente uma raça — a raça humana. Diferenças humanas em aspectos físicos, cor da pele, etnias e identidades culturais, não são baseadas em atributos biológicos. Na verdade, a nova linguagem dos mais sofisticados racistas abandona qualquer base biológica em seus discursos. Eles agora enfatizam diferenças culturais e irreconciliáveis como justificativa de seus pontos de vista extremistas.» (Boyle, Kevin. "Hate Speech – The United States versus the rest of the world?" *In*: *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001, p. 490)

É certo, por outro lado, que, historicamente, o racismo prescindiu até mesmo daquele conceito pseudo-científico para estabelecer suas bases, desenvolvendo uma ideologia lastreada em critérios outros.

A propósito da configuração da ideologia racista, anota Bobbio, que são necessárias três condições, que ele define como postulados do racismo como visão de mundo, *verbis:*

> «1. A humanidade está dividida em raças diversas, cuja diversidade é dada por elementos de caráter biológico e psicológico, e também em última instância por elementos culturais, que, porém, derivam dos primeiros. Dizer que existem raças significa dizer que existem grupos humanos cujos caracteres são invariáveis e se transmitem hereditariamente.
>
> (...)
>
> 2. Não só existem raças diversas, mas existem raças superiores e inferiores. Com essa afirmação, a ideologia racista dá um passo avante. Mas fica diante da dificuldade de fixar os critérios com base nos quais se pode estabelecer com certeza que uma raça é superior a outra.
>
> (...)
>
> 3. Não só existem raças, não só existem raças superiores e inferiores, mas as superiores, precisamente porque são superiores, têm o direito de dominar as inferiores, e de extrair disso, eventualmente, todas as vantagens possíveis. A justificação do colonialismo se serviu sobretudo do segundo princípio: há não muitos anos, a União Soviética justificou a agressão ao Afeganistão sustentando que era seu dever dar uma ajuda fraterna ao povo vizinho ameaçado por inimigos poderosos. No entanto, o racismo jamais renunciou ao uso do terceiro princípio.» (Bobbio, Norberto. *Elogio da Serenidade*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 127-128)

Daí concluir Bobbio:

> «Não há necessidade de ler o *Mein Kampf* de Hitler para encontrar frases em que se afirma peremptoriamente que as raças superiores devem dominar as inferio-

res, porque já no tempo do colonialismo triunfante havia quem dizia, como o historiador e filósofo Ernest Renan, que a conquista de um país de raça inferior por parte de uma raça superior não tem nada de inconveniente. Mas foi apenas com o advento ao poder de Hitler que se formou pela primeira vez na história da Europa civilizada 'um Estado racial': um Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores fisicamente ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes.» (Bobbio, *Elogio da Serenidade*, *cit.*, p. 128-129)

Já em 1932, como aponta Pierre-André Taguieff, em seu *La force du préjugé*, a referência ao termo «racista» apresentada pela Larousse restringia sua extensão aos «nacionais-socialistas alemães», ao atribuir-lhes uma intenção assim descrita na referida enciclopédia:

«(...) eles pretendem representar a pura raça alemã, excluindo os judeus, etc.» (Taguieff, Pierre-André. *La force du préjugé : essai sur le racisme et ses doubles*, Paris, la Découverte, 1992, p. 149)

Surge assim, conforme Taguieff, um dos dois elementos centrais metafóricos constitutivos das definições do racismo — *a pureza da raça* — , por meio de uma referência que caracterizava o nacional-socialismo, antes mesmo de sua instituição como regime. O segundo elemento metafórico, *a superioridade da raça*, apareceu no suplemento de 1953 da mesma Larousse, que assim definiu o termo «racismo»:

«Teoria que tem por finalidade proteger a pureza da raça dentro de uma nação e que lhe atribui uma superioridade sobre as demais». (Taguieff, *La force du préjugé*, *cit.*,p.149)

Continua Taguieff:

«Em 1925, no seu livro de referência sobre a Alemanha contemporânea, Edmond Vermeil reintroduziu proposital e expressamente o adjetivo 'racista' para traduzir o termo intraduzível alemão völkisch e sugeriu a identificação, que acabou se banalizando na década dos trinta, do racismo (alemão) ao anti-semitismo nacionalista ou às tendências anti-judaicas do movimento nacionalista na Alemanha dos anos vinte: 'É assim que o partido nacional-alemão se dividiu em dois campos. A extrema direita 'racista' (völkisch) se separou do partido. O racismo pretende, assim, reforçar o nacionalismo, lutar, internamente, contra tudo que não é alemão e, no exterior, em favor de todos os que têm nomes alemães. Sua doutrina incorporou a de Hitler na Baviera. Ele floresce hoje em todos os estados alemães, onde está por toda parte em luta aberta contra os elementos mais moderados do nacionalismo (...). O Partido Populista (...) se crê tão patriota, tão alemão quanto os nacionais-alemães ou os racistas» (Taguieff, *La force du préjugé*, *cit.*, p. 131)

Daí a observação de Taguieff:

«Se há racismo no discurso sobre as raças e fora dele, se há racismo com ou sem a invocação da raça, é porque há um sentido social complexo daquilo que chamamos de racismo, e por trás daquilo que designamos ordinariamente como tal — a saber, as marcas exteriores do racismo (...). O 'racismo' não é um conceito biológico, remarcou

um dia Emmanuel Lévinas, que acrescentou: 'o anti-semitismo é o arquétipo de todo aprisionamento. A opressão social, ela mesma, não faz mais do que reproduzir este modelo. Ela enclausura em uma classe, priva de expressão e condena ao 'significante sem significado', e, desde já, à violência e aos combates.» (Taguieff, *La force du préjugé, cit.*, p. 105-106)

Sobre a dinâmica que marca o fenômeno do racismo, é interessante registrar a observação de Norberto Bobbio, *verbis*:

«Dou alguns exemplos para mostrar que não existem surpresas: o preconceito é monótono. As frases que hoje são dirigidas aos extracomunitários, ou seja, aos que não pertencem à Comunidade Européia, são mais ou menos as mesmas que, há alguns decênios, em Turim, eram dirigidas aos italianos do Sul, aos meridionais.

(...)

O preconceito não apenas provoca opiniões errôneas, mas, diferentemente de muitas opiniões errôneas, é mais difícil de ser vencido, pois o erro que ele provoca deriva de uma crença falsa e não de um raciocínio errado que se pode demonstrar falso, nem da incorporação de um dado falso, cuja falsidade pode ser empiricamente provada.» (Bobbio, *Elogio da Serenidade, cit.*, pp. 120-121)

Sobre esse aspecto, vale também trazer a lição de Norberto Bobbio, que, ao descrever a fenomenologia do racismo, esclarece:

«(...) A relação de diversidade, e mesmo a de superioridade, não implica as conseqüências da discriminação racial. Que não se restringe à consideração da superioridade de uma raça sobre outra, mas dá um outro passo decisivo (aquele que chamei de terceira fase no processo de discriminação): com base precisamente no juízo de que uma raça é superior e a outra é inferior, sustenta que a primeira deve comandar, a segunda obedecer, a primeira dominar, a outra ser subjugada, a primeira viver, a outra morrer. Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto a concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes. Entre estas aberrações, a historicamente mais destrutiva foi a 'solução final' concebida pelos nazistas para resolver o problema judaico no mundo: o extermínio sistemático de todos os judeus existentes em todos os países em que o nazismo estendera seu domínio. Para chegar a esta conclusão, os doutrinadores do nazismo tiveram de passar por estas três diversas fases: a) os judeus são diferentes dos arianos; b) os arianos são uma raça superior; c) as raças superiores devem dominar as inferiores, e até mesmo eliminá-las quando isto for necessário para a própria conservação.» (Bobbio, *Elogio da Serenidade, cit.*, pp. 109-110)

Essas considerações demonstram que, do ponto de vista estritamente histórico, não há como negar o caráter racista do anti-semitismo.

Não é por outra razão que, tal como ressaltado nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello, diversos instrumentos internacionais subscritos pelo Brasil

não deixam dúvida sobre o claro compromisso no combate ao racismo em todas as suas formas de manifestação, inclusive o anti-semitismo.

A propósito, vale aqui mencionar decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Câmara dos Lordes na Inglaterra, transcritas no Parecer do Professor Celso Lafer, já referidas nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello.

A Suprema Corte Americana, em caso julgado em 1987 (Shaare Tefila Congregation *versus* Cobb, US 615), reformou decisão proferida pelas instâncias inferiores, no sentido de se negar aos judeus, por não serem grupo racial distinto, a tutela prevista pela legislação norte-americana de 1982, voltada para o combate à discriminação racial.

Entendeu a Corte Americana que, apesar de serem judeus, na data da decisão, parte do que é tido como a raça caucasiana, estavam eles tutelados pela legislação de 1982, que visava a proteger da discriminação classes identificáveis de pessoas, dando assim, maior conteúdo jurídico à dignidade da pessoa humana e à repressão à prática do racismo (cf. Lafer, Celso, *Parecer*, pp. 44-47)

A Câmara dos Lordes, em 1983, no caso Mandla e outro *versus* Dowell Lee e outro, entendeu que, à luz do Racial Relations Act de 1976, tratava-se de um caso de discriminação, apesar das longas discussões acerca da inclusão ou não do *sikhs* como um «grupo racial». Firmou a Corte que o significado do termo 'étnico' não pode ter sido empregado em sentido estrito. Acrescentou, ainda, que seria absurdo o Parlamento pretender que grupos raciais fossem formados a partir de uma prova científica. Afirmou, então, o juiz inglês que a palavra «étnico» deveria ser interpretada de maneira ampla, em seu sentido cultural e histórico (cf. Lafer, *Parecer*, pp. 47-50).

Nesse sentido, bem conclui Trina Jones, Professora Associada de Direito da Universidade de Duke:

> «Raça é o significado social atribuído a uma categoria. É um conjunto de crenças e convicções sobre indivíduos de um grupo racial em particular. Essas crenças são abrangentes, compreendendo convicções sobre a parte intelectual, sobre a parte física, sobre classe e moral, dentre outras coisas.» (Shades of Brown: the Law of Skin Color. *In*: *Duke Law Journal*, v. 49: 1487, 200, p. 1497)

Todos esses elementos levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial «raça». Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).

Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer em seu bem lançado parecer, já referido nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello:

> «Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424-2 em favor de Siegfried Ellwanger, é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5.°, XLII, devidamente disciplinado pela legislação infra-

constitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5.º, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma 'raça'. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo.» (p. 42)

Assim, não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo.

O racismo e a liberdade de expressão e de opinião

Se se aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, há de se perguntar sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e de vontade popular.

Não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do "***hate speech***". Ressalte-se, porém, que o "***hate speech***" não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, "Hate Speech", *cit.*, p. 490).

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: «Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?» Ele mesmo responde:

> «A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática — a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. '*Every one counts as one and no more than one*', como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa.» (Boyle, "Hate Speech", cit., p. 490)

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade.

Mais uma vez peço vênia para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso:

«O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias européias. No início deste ano [a referência é ao ano de 2001] os países da União Européia tomaram a extraordinária decisão de boicotar o governo austríaco, por vários meses, pela inclusão, na nova colisão de governo, do Partido Nacional de extrema-direita, dirigido por Jorg Heider, que defende políticas contra imigrantes e idolatra as políticas econômicas de Hitler. (...) o governo alemão solicitou à Corte Constitucional Alemã que considerasse a supressão ou o banimento do Partido Democrático Nacional. Ele é acusado de preparar jovens para ataques a estrangeiros, judeus e sinagogas judaicas.

A preocupação com o tema do anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado discurso revisionista e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945. Os campos de concentração, como Auschwitz, não foram abertos a um mundo horrorizado antes que as primeiras publicações minimizassem o que realmente havia ocorrido. Esse tipo de literatura tornou-se mais proeminente nos anos 70. O material incluía desde o simplório – um recente panfleto com a frase 'O Holocausto foi um embuste, vamos torná-lo real!' – à aparentemente sérias pesquisas históricas em publicações acadêmicas, como o impressionante '*Journal for Historical Review*'. Nessas publicações são encontradas afirmações tais como o fato de não terem sido mortos 6 milhões de judeus, mas somente algumas centenas; ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido utilizadas em Auschwitz porque eles não tinham a tecnologia para tal. Alegadas evidências documentais de testemunhas sobreviventes ou o diário de Anne Frank não passam de fabricações. Hitler jamais ordenou a Solução Final — ele era inocente, etc.

O anti-semitismo nessas publicações, explícito ou implícito, é bastante claro. Não foi melhor exposto, entretanto, como no início deste ano, quando o historiador David Irvine, um notório negador do holocausto, processou a Editora Penguin e Deborah Lipstadt, sob a alegação de que ele havia sido difamado no livro '*Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*', de autoria de Lipstadt. Ela referiu-se a ele como anti-semita, um partidário de Hitler, um falso historiador. O próprio Irvine subiu à tribuna para defender-se. O juiz, em um julgamento devastador (os autos atingiram 300 páginas!), afirmou que Lipstadt estava certa — e que Irvine era mesmo tudo aquilo.

Cinco países europeus – a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suíça – adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como lei

Gaysott, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanação e pinturas de suásticas em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenófobos.

(...), as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram as leis mantidas pelos tribunais. Em 1987, o líder da Frente Nacional, do partido de extrema-direita na França, Jean Marie Le Pen, foi multado por declarar numa entrevista de rádio que o assassinato de judeus em câmaras de gás foi *'um point de detail'* (um mero detalhe). O historiador revisionista Robert Faurisson, numa entrevista para uma revista francesa, criticou a lei Gaysott, considerando-a ameaçadora da liberdade de expressão; e ele foi além, ao declarar que tinha uma convicção pessoal de que a exterminação de judeus em câmaras de gás jamais existiu nos campos de concentração. Com base nessa última afirmação, ele foi condenado e multado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI), em 1991. Ele depois interpôs recurso para o Comitê de Direitos Humanos, com base na Convenção de Direitos Políticos e Civis, que vinha sendo discutida, sob a alegação de que sua condenação era uma violação à garantia da liberdade de expressão, expressa no artigo 19 da Convenção.

O Comitê de Direitos Humanos manteve a condenação, considerando-a uma interferência justificável ao direito de liberdade de expressão, expresso no artigo 19 da Convenção. O Comitê foi persuadido pelos argumentos do governo francês, no sentido de que a negação do holocausto é o principal veículo do anti-semitismo na França. O então membro dos E.U.A. no Comitê, Sr. Tom Burgenthal, como sobrevivente dos campos de concentração de Auschwitz e Sachsenhausen, absteve-se.

A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (...). Um grande número de recursos contra as leis de negação ao holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Européia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito da liberdade de expressão.» (Boyle, 'Hate Speech', *cit.*, p. 497-499)

Poder-se-ia ainda indagar, como o fez o Ministro Sepúlveda Pertence, se o livro poderia ser instrumento de um crime, cujo verbo central é «incitar».

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes européias a propósito da criminalização do «*Holocaust Denial*» confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, "Hate Speech", *cit.*, p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto — diria inevitavelmente aberto

— da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

A propósito, a própria Corte Européia de Direitos Humanos, ao julgar o caso Lehideux e Isorni *versus* França (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o art. 10 (liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

Nesse caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-François Lehideux foram condenados penalmente pelo Judiciário francês, por «apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração», depois da publicação de um encarte publicitário no jornal *Le Monde*, em 13 de julho de 1984, apresentando como «salutares» certos atos de Philippe Pétain. A Corte Européia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Européia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.

O princípio da proporcionalidade

Nesse contexto, ganha relevância a discussão da medida de liberdade de expressão permitida sem que isso possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista.

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5°, X), deixando entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa, com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional — «*Nenhuma lei conterá dispositivo (...), observado o disposto no art. 5°, IV, V, X, XIII e XIV*» — parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção estatal. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão-somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5°, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção estatal com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

Da mesma forma, não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana. Daí ter o texto constitucional de 1988 erigido, de forma clara e inequívoca, o racismo como crime inafiançável e imprescritível (CF, art. 5°, XLII), além de ter determinado que a lei estabelecesse outras formas de repressão às manifestações discriminatórias (art. 5°, XLI).

É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações

de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos.

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um «limite do limite» ou uma «proibição de excesso» na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986), coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo — tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.

A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Nesse sentido, afirma Robert Alexy:

> «O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz:
>
> > 'quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção'.»
>
> (Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10-12-98)

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal («A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal», *in Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o

resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264).

No caso concreto, poder-se-ia examinar se a decisão condenatória ao enquadrar, como racismo, a conduta do paciente e, portanto, imprescritível, atendeu às máximas do princípio da proporcionalidade.

A Corte constitucional alemã entende que as decisões tomadas pela Administração ou pela Justiça com base na lei eventualmente aprovada pelo Parlamento submetem-se, igualmente, ao controle de proporcionalidade. Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de se mostrar compatível com o princípio da proporcionalidade (Schneider, Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle, *cit.*, p. 403).

Essa solução parece irrepreensível na maioria dos casos, especialmente naqueles que envolvem normas de conformação extremamente aberta (cláusulas gerais; fórmulas marcadamente abstratas) (Jakobs, Michael, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit*, Colônia, 1985, p. 150). É que a solução ou fórmula legislativa não contém uma valoração definitiva de todos os aspectos e circunstâncias que compõem cada caso ou hipótese de aplicação.

Richter e Schuppert analisam essa questão com base no chamado «caso Lebach», no qual se discutiu a legitimidade de repetição de notícias sobre fato delituoso ocorrido já há algum tempo e que, por isso, ameaçava afetar o processo de ressocialização de um dos envolvidos no crime. Abstratamente consideradas, as regras de proteção da liberdade de informação e do direito de personalidade não conteriam qualquer lesão ao princípio da proporcionalidade. Eventual dúvida ou controvérsia somente poderia surgir na aplicação *in concreto* das diversas normas (Richter/Schuppert, *Casebook Verfassungsrecht*, p. 29).

No caso, após analisar a situação conflitiva, concluiu a Corte que «a repetição de informações, não mais coberta pelo interesse de atualidade, sobre delitos graves ocorridos no passado, pode revelar-se inadmissível se ela coloca em risco o processo de ressocialização do autor do delito» (BVerfGE 35, 202 (237)).

Essa distinção não passou despercebida ao nosso Supremo Tribunal Federal, quando apreciou pedido liminar contra a Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990, que vedava a concessão de provimentos liminares ou cautelares contra as medidas provisórias constantes do Plano «Collor» (MPs nº 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168).

O voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence revela perfeitamente a necessidade de um duplo juízo de proporcionalidade, especialmente em face de normas restritivas abertas ou extremamente genéricas. Após enfatizar que o que chocava na Medida Provisória nº 173 eram a generalidade e a abstração, entendeu Sua Excelência que essas características dificultavam um juízo seguro em sede de cautelar na ação

direta de inconstitucionalidade (ADIn 223, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 132, p. 571 s).

Vale transcrever expressiva passagem do aludido voto, *verbis*:

«(...) essa generalidade e essa imprecisão, que a meu ver, podem vir a condenar, no mérito, a validez desta medida provisória, dificultam, sobremaneira, agora, esse juízo sobre a suspensão liminar dos seus efeitos, nesta ação direta.

Para quem, como eu, acentuou que não aceita veto peremptório, veto *a priori*, a toda e qualquer restrição que se faça a concessão de liminar, é impossível, no cipoal de medidas provisórias que se subtraíram ao deferimento de tais cautelares, *initio litis*, distinguir, em tese, e só assim poderemos decidir neste processo — até onde as restrições são razoáveis, até onde são elas contenções, não ao uso regular, mas ao abuso de poder cautelar, e onde se inicia, inversamente, o abuso das limitações e a conseqüente afronta a jurisdição legítima do Poder Judiciário.

(...)

Por isso, (...) depois de longa reflexão, a conclusão a que cheguei, *data venia* dos dois magníficos votos precedentes, é que a solução adequada às graves preocupações que manifestei — solidarizando-me nesse ponto com as idéias manifestadas pelos dois eminentes Pares — não está na suspensão cautelar da eficácia, em tese, da medida provisória.

O caso, a meu ver, faz eloqüente a extrema fertilidade desta inédita simbiose institucional que a evolução constitucional brasileira produziu, gradativamente, sem um plano preconcebido, que acaba, a partir da Emenda Constitucional 16, a acoplar o velho sistema difuso americano de controle de constitucionalidade ao novo sistema europeu de controle direto e concentrado.

(...)

O que vejo, aqui, embora entendendo não ser de bom aviso, naquela medida de discricionariedade que há na grave decisão a tomar, da suspensão cautelar, em tese, é que a simbiose constitucional a que me referi, dos dois sistemas de controle de constitucionalidade da lei, permite não deixar ao desamparo ninguém que precise de medida liminar em caso onde — segundo as premissas que tentei desenvolver e melhor do que eu desenvolveram os Ministros Paulo Brossard e Celso de Mello — a vedação da liminar, porque desarrazoada, porque incompatível com o art. 5º, XXXV, porque ofensiva do âmbito de jurisdição do Poder Judiciário, se mostre inconstitucional.

Assim, creio que a solução estará no manejo do sistema difuso, porque nele, em cada caso concreto, nenhuma medida provisória pode subtrair ao juiz da causa um exame da constitucionalidade, inclusive sob o prisma da razoabilidade, das restrições impostas ao seu poder cautelar, para, se entender abusiva essa restrição, se a entender inconstitucional, conceder a liminar, deixando de dar aplicação, no caso concreto, à medida provisória, na medida em que, em relação àquele caso, a julgue inconstitucional, porque abusiva» (ADIn 223, Rel. p/ ac. Min. Sepúlveda Pertence, *RTJ* 132, pp. 571 (589-590)).

Na espécie, o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul analisou detidamente a questão, como se pode depreender de excertos do voto do eminente Relator, Desembargador Fernando Mottola, *verbis*:

«Passo, então, eminentes colegas, ao exame de mérito.

'Tratando-se de uma obra envolvendo *fatos históricos*, longamente pesquisados, que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas, o autor libera a reprodução e divulgação parcial dos capítulos isolados deste livro'

Essa insólita autorização precede o índice de *Holocausto Judeu ou Alemão? — Nos Bastidores da Mentira do Século*, antecipando a intenção proselitista da obra.

Quatro páginas adiante, agradecendo conselhos e sugestões recebidos, o autor lança uma primeira farpa:

'Para isso, para nos fazer ver, servem também os verdadeiros amigos, dos quais todos nós precisamos e que são uma das maiores riquezas de um homem — e de um povo. *Sim, porque há povos que podem ter e de fato têm amigos em outros povos' (grifo meu).*

Seguem-se capítulos e mais capítulos, todos de anátema ao judaísmo, cuja síntese tanto pode ser uma frase de efeito atribuída (*sem indicação da fonte*) a *George Washington*:

'Eles — os judeus — lutam contra nós mais eficazmente que os exércitos inimigos. São cem vezes mais perigosos para a nossa liberdade e são o grande problema que temos. É de lamentar que todo o Estado, há tempo, não os tenha perseguido como a peste da sociedade e como os maiores inimigos da felicidade da América' (p. 59);

como uma outra, retirada do 'testamento político' de *Hitler*:

'Passarão os séculos, mas as ruínas de nossas cidades e nossos monumentos serão testemunhas, e delas brotará para sempre o ódio contra os responsáveis por esses desastres: a judiaria internacional e quem se pôs a seu serviço' (p. 193).

Fique claro, desde logo, que não se trata de obra historiográfica. O autor professa o que *Marc Block* denomina *'superstição da causa única'* (*Introdução à História*, tradução de Maria Manuel Miguel e Rui Grácio, p. 167), e tudo o que pretende é responsabilizar o judaísmo pelas desgraças passadas, presentes e futuras da humanidade.

Ele seria, por exemplo, a força oculta que teria determinado o prematuro encerramento da carreira do atleta norte-americano Jesse Owens, herói da Olimpíada de 1936:

(...)

ele teria, entre outras absurdas felonias, desestabilizado o regime do ex-presidente paraguaio Alfredo Stroessner,

(...)

Há passagens de ingenuidade inacreditável:

(...)

Outras, de linguagem surpreendente:

(...)

Uma página lacrimosa sobre Josef Mengele:

(...)

E pelo menos duas do mais grosseiro escárnio. Uma sobre o bombardeio da cidadezinha de Pulawy, descrito por Stanislaw Szmajzner no livro *Inferno em Sobibor.*

(...)

Outra sobre '*O povo eleito*':

(...)

Eu poderia citar muitas mais, retirando-as capítulo por capítulo, mas penso que essas bastam para definir o Sigfried Ellwanger *escritor.*

Vejamos os livros que ele, como editor, distribuiu ao público.

O *Judeu Internacional*, de Henry Ford; *Os Protocolos dos Sábios do Sião, Brasil Colônia de Banqueiros*, e *A História Secreta do Brasil*, de Gustavo Barroso; foram escritos e publicados, pela primeira vez, antes de 1938.

Os Conquistadores do Mundo — Os Verdadeiros Criminosos de Guerra, de Louis Marschalko, é produto contemporâneo.

Consta da introdução de *Hitler — Culpado ou Inocente?*, de Sérgio Oliveira, que ele foi escrito a partir da leitura de *Holocausto Judeu ou Alemão — Nos Bastidores da Mentira do Século* (p. 7 e 11).

Todos foram objeto de difusão conjugada, com chamadas de capa que procuram induzir à leitura do conjunto.

Todos são pragmáticos, adotam o monismo da causa como explicação histórica, e fazem escancarado proselitismo de idéias anti-judaicas.» (Grifei)

E passa o Desembargador a transcrever várias passagens dos livros. Após, continua:

«Esses trechos não são passagens isoladas. Eles representam a essência conclusiva de cada obra, o pensamento obsessivo de cada autor. Não há capítulo com tema diverso. Não se está, portanto, julgando historiadores. O que se discute neste processo não são os limites da pesquisa histórica ou da criação literária, são os limites da sustentação ideológica, da pregação de idéias preconcebidas e carregadas de intolerância.

Já se disse alhures que 'o comportamento social é necessariamente teleológico, realiza um projeto, caracteriza-se pela intencionalidade, e só tem sentido na relação entre a situação que o agente vive e a orientação que consciente ou inconscientemente ele adota' (Ap. Cr. nº 6.460, IIª Câm. Crim. do TARGS, em 17.3.77).

***O réu, no interrogatório, afirmou que sua editora é ideológica, pretende* 'levar adiante um ideal'** (fl. 259v.).

Parece evidente que esse ideal se confunde com a concreção da frase atribuída a *Washington*, ou, mais provavelmente, daquela última vontade do *Führer*...

E isso agride o texto expresso da lei brasileira.» (Grifei)

Também o revisor, Desembargador José Eugênio Tedesco anota, em seu voto:

«Sem qualquer dúvida, ao exame das obras editadas, distribuídas, escritas e comercializadas pelo apelado, do seu conjunto se extrai tranqüilamente a intenção única de impor outra verdade, qual seja a execração de uma raça. Em cima de fatos históricos foi lançada uma outra pretensa realidade, sem qualquer escoro, no entanto, em elementos confiáveis, a não ser na imaginação dos escribas.

Ora, como já por demais ressaltado pelo eminente Relator, as afirmações constantes das obras, conforme destacou, dizem com atributos pejorativos, juízos, e não fatos, infamantes do homem e da raça judaica.

Como disse o Dr. Procurador de Justiça, as mencionadas obras tentam negar o holocausto, atribuindo-o aos judeus, como substrato da ação dos aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios ocupados por essa, em uma criminosa distorção da realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha.

Dessa sorte, pelo exame dos autos, extraio a convicção de que a intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo, sem base histórica provadamente séria. Isso não pode ser catalogado de revisionismo.»

Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a decisão condenatória atende, no caso, às três máximas parciais da proporcionalidade.

É evidente a **adequação** da condenação do paciente para se alcançar o fim almejado, qual seja, a salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância. Assegura-se a posição do Estado, no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CF), do pluralismo político (art. 1°, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4°, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5°, XLII).

Também 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. Com efeito, em casos como esse, dificilmente vai se encontrar um meio menos gravoso a partir da própria definição constitucional. Foi o próprio constituinte que determinou a criminalização e a imprescritibilidade da prática do racismo. Não há exorbitância no acórdão.

Tal como anotado nos doutos votos, não se trata aqui sequer de obras revisionistas da história, mas de divulgação de idéias que atentam contra a dignidade dos judeus. Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discrimi-

nação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus. Ainda assim, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da «proibição do excesso».

A decisão atende, por fim, ao requisito da **proporcionalidade em sentido estrito**. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente. Não se contesta, por certo, a proteção conferida pelo constituinte à liberdade de expressão. Não se pode negar, outrossim, o seu significado inexcedível para o sistema democrático. Todavia, é inegável que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, tal como afirmado no acórdão condenatório. Há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude absoluta, intangível, à liberdade de expressão na espécie.

Assim, a análise da bem fundamentada decisão condenatória evidencia que não restou violada a proporcionalidade.

Nesses termos, o meu voto é no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus*.

VOTO (Notas)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, se os Colegas que me antecedem na votação permitirem, estimo ter vista antecipada dos autos.

Informo, desde já, que refletirei principalmente sobre um bem que acredito ser, em uma sociedade democrática, de envergadura maior, que é a liberdade de expressão, sem desconsiderar, evidentemente, os parâmetros do próprio *habeas corpus*.

VOTO (Notas)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Sr. Presidente, não me oponho à antecipação de vista ao Ministro Marco Aurélio, mas gostaria de expor um rápido pensamento que talvez ajude à elucidação do caso.

Entendo que a Constituição, no inciso XLII do art. 5°, ao referir-se à prática do racismo, estabelece uma distinção nítida entre prática e teoria, ou seja, a prática, o comportamento, a conduta do racismo, parece-me, pode assumir várias formas. O racista age por si mesmo ou, obliquamente, por induzimento, por incitação. De sorte que quando a lei penal refere-se aos três núcleos deônticos: da prática, da incitação e do induzimento, acho que ela até labora num certo equívoco: induzimento e incitação não passam de formas de prática. De maneira que o núcleo da idéia que quero transmitir — aqui, causa-me um certo embaraço, neste momento; precisaria aprofundar a discussão — é o seguinte: publicar um livro é um direito que exprime a liberdade de pensamento. Está no plano da reflexão, não no plano da ação; não está no plano da conduta, portanto, não significa prática. Escrever um livro está nos domínios da vida pensada, não propriamente da vida vivida. A vida vivida diz com a prática, a vida pensada diz com a edição do livro, em si.

Assim pensando, estou tentando conciliar os dois princípios: o da vedação do preconceito e o da liberdade de pensamento.

Certamente, como todos aqui — e como o eminente Ministro Marco Aurélio acabou de dizer —, prezo muito o princípio da liberdade de pensamento.

Lembro-me de que quando era adolescente, dezoito ou dezenove anos, fiz um poema que começa dizendo assim: A liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade. Então, eu me inclinaria, na discussão deste caso, por uma interpretação mais generosa do princípio da liberdade de pensamento. Entretanto, entendo que exprimir o pensamento é uma coisa, mas, a pretexto de exprimir o pensamento, induzir, incitar, convocar certas práticas racistas, isso já é outra coisa. Quero dizer que pode haver um transbordamento do campo da lídima expressão do pensamento para o campo da ação propriamente dita. Por exemplo, expor uma idéia, conceber uma teoria, defender um ponto de vista, cientifica ou artisticamente, convenhamos, é liberdade de expressão. Entretanto, se, na exposição do pensamento, se contiver uma provocação, uma incitação, um induzimento, uma convocação para a ação propriamente dita, aí já temos o transbordamento da reflexão para a ação propriamente dita.

Se eu tivesse de votar agora teria a necessidade de pedir vista em mesa do processo, para ler melhor o acórdão e perceber de que maneira o autor, ao exprimir o seu pensamento, limitou-se à expressão do pensamento ou transbordou para o campo da apologia, do induzimento, da incitação.

Se for possível, regimentalmente, gostaria de perlustrar o acórdão, objeto do *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O paciente, Siegfried Ellwanger, foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela prática do delito tipificado no art. 20 da Lei 7.716/89, redação da Lei 8.081/90. O Tribunal fez incidir a cláusula da imprescritibilidade do delito (CF, art. 5°, XLII).

O paciente, então, pediu *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça, pretendendo eliminar da condenação a citada cláusula da imprescritibilidade. O acórdão daquela Corte, aqui impugnado, decidiu pela inexistência de ilegalidade na «*condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta*». Desta forma, considerou o Tribunal *a quo* a imprescritibilidade da pretensão punitiva do Estado, incidindo a cláusula inscrita ao art. 5°, XLII, da Constituição Federal.

O argumento básico da impetração é este: a conduta do paciente não se identifica com a prática do racismo. É que o crime que lhe foi imputado «*foi contra judeus, contra o judaísmo, contra a comunidade judaica*», que não se insere «*entre os decorrentes da prática de racismo*», por isso que os judeus não constituem uma raça.

A questão a ser resolvida, aqui, portanto, é esta: a prática do anti-semitismo pode ser considerada racismo?

Convém anotar que a Lei 9.459, de 13-5-97, deu nova redação ao art. 20 da Lei 7.716 de 1989:

«Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.»

O § 2° desse artigo 20, redação da Lei 9.459/97, estabelece:

«§ 2°. Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.»

É dizer, se o delito «*é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza*», adquire ele forma qualificada com apenação mais grave.

A conduta do paciente, entretanto, há de ser analisada tendo em consideração o art. 20 da Lei 7.716/89, redação da Lei 8.081/90.

II

Abrindo o debate, registro que a necessidade de serem tutelados os direitos humanos é inerente ao constitucionalismo, que surgiu na segunda metade do Século XVIII, certo que as primeiras Declarações — Virgínia, 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 — são, por isso mesmo, contemporâneas da idéia de Constituição. A Constituição surge, pois, como limitadora do poder estatal e a divisão dos poderes preconizada por Montesquieu visou à proteção dos direitos da pessoa humana, cumprindo à Constituição realizar a combinação da separação dos poderes e dos direitos individuais para o fim de efetivar a tutela destes. Daí a ênfase posta pelo revolucionário francês no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: «*Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição*».

Hoje, segundo Norberto Bobbio — *A Era dos Direitos*, Rio, 1992 —, anota o Prof. Celso Lafer, com a positivação dos direitos humanos nas Constituições e a sua generalização, que implica sua proclamação igualitária e a sua especificação, determinados, em concreto, os destinatários da tutela dos direitos e garantias, e a sua internacionalização, vivemos menos a era dos direitos declarados e muito mais a dos direitos garantidos.

Especial menção deve ser feita à internacionalização dos direitos humanos, a demonstrar que estes, por interessar a todos os povos, integram a ordem internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, de 1948, dá início a esse processo, lecionando Flávia Piovesan que «*o movimento de internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução. Por isso, há autores, como Louis Henkin, que afirmam a existência de um Direito Internacional pré e pós 45, dadas as extraordinárias*

transformações decorrentes da Segunda Guerra Mundial no campo do Direito Internacional. É neste cenário que se desenha o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional» («O Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos: Impacto, Desafios e Perspectivas», *Rev. Trim. de Advocacia Pública*, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, dez/2000, nº 12).

J. A. Lindgren Alves, que tem se notabilizado pelo estudo e pela divulgação da teoria geral dos direitos humanos, no campo interno e internacional, registra que, «*dada a força persuasiva e liberatória que*» a Declaração de 1948 «*tem demonstrado, ao longo de cinco décadas, para indivíduos e coletividades*», precisa «*ser mantida como está*», certo que vem ela sendo fortalecida «*nas grandes conferências desta década, de Viena (sobre direitos humanos), Cairo (sobre população), Copenhague (sobre desenvolvimento social), Beijing (sobre a mulher) e Istambul (sobre assentamentos humanos)*» (J.A. Lindgren Alves, «A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade», em *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*, vários autores, organizadores Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Nádia de Araújo, Ed. Renovar, Rio, 1999, p. 139).

Proteger os direitos humanos, garanti-los no plano interno e internacional é, na verdade, a tônica da era dos direitos de que fala Norberto Bobbio.

É nesse contexto que se insere a Constituição brasileira de 1988, que, antes de cuidar da organização do Estado, preocupou-se em estabelecer princípios fundamentais, deixando expresso que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III). Em seguida, no art. 5º, proclama os direitos e deveres individuais e coletivos. Consagra ela, aliás, direitos de três gerações, os individuais e coletivos, os direitos políticos, os direitos sociais e os interesses difusos e coletivos, aqueles no plano interno e internacional. Esses direitos, de 1ª, 2ª e 3ª geração, espalham-se na Constituição, certo que são três as vertentes dos direitos humanos no constitucionalismo brasileiro: a) estão escritos na Constituição, b) decorrem do regime e dos princípios por ela adotados — direitos implícitos — e c) estão nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º).

Uma das formas mais odiosas de desrespeito aos direitos da pessoa humana é aquela que se embasa no preconceito relativamente às minorias e que se revela no praticar ou incitar a prática de atos e sentimentos hostis em relação aos negros, aos índios, aos judeus, aos árabes, aos ciganos, etc.

III

O seqüenciamento do genoma humano demonstra que não há falar em raça em termos biológicos. Por isso mesmo, o Dr. Sérgio Danilo Pena, médico e professor, notável divulgador do tema, cujo renome vai além das fronteiras do País, leciona que há apenas uma raça, a do *homo sapiens*, a raça humana ("Lição de Vida do Genoma Humano", *Folha de São Paulo*, 23-1-2001). Destarte, em termos biológicos e antropológicos, não há falar que os brancos, os negros, os amarelos, os ciganos, os judeus, os árabes, constituem uma raça. Somos todos integrantes da raça humana.

Se é assim, em termos biológicos e antropológicos, importa registrar, entretanto, que, culturamente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferençados. E

é justamente o tratamento discriminatório, hostil, preconceituoso, relativamente a eles, que caracteriza o racismo, o racismo que a Constituição não tolera — CF, art. 5º, XLII — porque representa forma grave de desrespeito aos direitos humanos. Bem por isso, a Carta da República estabelece que esta, nas suas relações internacionais, rege-se, dentre outros princípios, pelo repúdio ao racismo (CF, art. 4º, VIII).

IV

O Prof. Celso Lafer, analisando a Declaração da Unesco, mediante a transcrição de textos desta, esclarece que, segundo o art. 1.1. da Declaração, todos os seres humanos pertencem a uma única espécie. Todavia, o inciso II do citado art. 1 não exclui o direito à diversidade de indivíduos e grupos. O racismo, segundo o art. 2.2 da Declaração, reside, então, nas ideologias racistas, nas atitudes preconceituosas, no comportamento discriminatório que levam à desigualdade racial. O racismo, pois, não está no conceito de raça, mesmo porque só há uma raça, a espécie humana.

J. A. Lindgren Alves leciona que «*todos de boa-fé sabem que 'raça' é, sobretudo, uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar*». Acrescenta: «*o problema não está na existência ou não de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, linguísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal*» (J. A. Lindgren Alves, «A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos», *Rev. Brasileira de Política Internacional*, 2002, 2/206-208).

V

Vale invocar, novamente, o magistério do Prof. **Celso Lafer**, que, na condição de *amicus curiae*, ofereceu à nossa reflexão magnífico parecer, onde deixa expresso que «*o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5º, XLII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas*».

Racismo, portanto, é comportamento preconceituoso, hostil, relativamente a grupos humanos, a pessoas, em razão, por exemplo, da cor de sua pele ou de sua religião. Bem acentua Celso Lafer, os judeus não são uma raça. Como não são uma raça os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos humanos. O racismo constitui-se no atribuir a seres humanos características «*raciais*» para instaurar a desigualdade e a discriminação.

O paciente, Siegfried Ellwanger, publicou livros hostis aos judeus: *O Judeu Internacional*, de Henry Ford; *A História Secreta do Brasil* e *Brasil Colônia de Banqueiros*, ambos de Gustavo Barroso; *Os Protocolos dos Sábios de Sião*; *Hitler — culpado ou inocente?*, de Sérgio Oliveira; *Os Conquistadores do Mundo — Os Verdadeiros Criminosos de Guerra*, de Louis Marschalko; *Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores*

da Mentira do Século, de autoria do paciente, publicado sob o pseudônimo de S.E. Castan.

VI

Registra o Prof. Miguel Reale Júnior, no erudito parecer que nos ofereceu como *amicus curiae*, que «*em diversas passagens dos livros menciona-se a 'raça judaica'*», a «*inclinação racial dos judeus*», a «*inclinação parasitária que forma parte do caráter dos judeus*», as «*tendências que se enraizam no sangue judeu*». Continua o Prof. Miguel Reale Júnior: «*Além de se constituir em violento ataque aos judeus, os livros* ***Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira****, obra de sua autoria, e* ***Os conquistadores do mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*** *fazem a defesa do regime nazista, pretendendo negar o holocausto, desfazendo a memória de Auschwitz e transformando os judeus nos verdadeiros culpados pela 2ª Grande Guerra e os 'únicos beneficiários dela'*».

Processado por infração do art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação da Lei 8.081/90, o paciente foi absolvido no 1º grau, por entender a Juíza que os textos não incitam ou induzem à discriminação étnica do povo judeu. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entretanto, conforme já foi dito, deu provimento à apelação para condenar o apelado à pena de dois anos de reclusão, reduzida a pena proposta pelo relator, em face de ser o crime imprescritível, conforme o disposto no art. 5º, XLII, da Constituição.

O Tribunal entendeu ter havido discriminação racial, «*a execração de uma raça*», e que a intenção única do apelado é propagar uma realidade alicerçada em ideologia que chega às raias do fanatismo (Voto do Des. José Eugênio Tedesco).

Para o Prof. Miguel Reale Júnior, forte em George Fredrickson, o racismo não passa de uma ideologia, «*um ponto de vista sobre o mundo. Na História ocidental há duas expressões fundamentais do racismo, as mais duráveis e malévolas, o anti-semitismo e a supremacia da raça branca sobre a negra, que apresentam vários pontos similares*». Acrescenta Miguel Reale Júnior que, «*segundo* ***Fredrickson****, são sociedades em regime abertamente racista o Sul dos Estados Unidos ao tempo de Jim Crow, a África do Sul sob o 'apartheid', e a Alemanha nazista*».

Não tenho dúvida em afirmar que a conduta do paciente, no publicar e escrever livros hostis aos judeus — ele próprio é autor de um deles — implica prática de «*racismo*», o que a Constituição considera delito grave, imprescritível (CF, art. 5º, XLII).

VII

Também eu, na linha do voto do Ministro Celso de Mello, entendo «*que a incitação ao ódio público contra o povo judeu*» não «*estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.*»

A uma, porque as publicações não se comportam no campo estritamente científico, mas adquirem, conforme vimos, caráter panfletário, estimulando a intolerância. Não podem, portanto, ser consideradas obras que contribuem para o aperfeiçoamento do conhecimento humano. Ao contrário, porque têm caráter panfletário, ideológico, em termos de raça, degradam esse conhecimento, preconizando tratamento hostil contra a comunidade judaica. A duas, porque, se se tem conflito aparente de direitos fundamen-

tais, a questão se resolve pela prevalência do direito que melhor realiza o sistema de proteção dos direitos e garantias inscrito na Lei Maior.

Foi o que sustentei, no antigo Tribunal Federal de Recursos, nos EAC 39.153/SC (*Rev. do TFR* 67/31) e, nesta Corte, no RE 111.787/GO (*RTJ* 136/1.292).

É induvidoso que a Constituição brasileira consagra a liberdade de expressão, que se consubstancia nas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação e a liberdade de imprensa (CF, art. 5°, IV e IX; art. 220). Não é menos certo, entretanto, que não há direitos absolutos. Ora, não pode a liberdade de expressão acobertar manifestações preconceituosas e que incitam a prática de atos de hostilidade contra grupos humanos, manifestações racistas, considerado o racismo nos termos anteriormente expostos, manifestações atentatórias à dignidade humana e a direitos fundamentais consagrados na Constituição, manifestações racistas que a Lei Maior repudia (CF, art. 4°, VIII; art. 5°, XLII).

A liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos — CF, art. 1°, III — ainda mais quando essa liberdade de expressão apresenta-se distorcida e desvirtuada.

Vale relembrar o que disse, com exemplar propriedade, o eminente Ministro Celso de Mello, no voto que proferiu: «*(...) os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode, e não deve, ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas, tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.*»

VIII

Concluo, Sr. Presidente: acompanho, com a vênia do eminente Ministro Moreira Alves, que não mais está aqui, porque aposentado, compulsoriamente, por implemento de idade, a quem presto singela porém sincera homenagem, ele que tanto honrou e dignificou esta Casa, acompanho, repito, com a vênia de S. Exa., o voto do não menos eminente Ministro Maurício Corrêa, Relator: indefiro o *writ*.

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, vou pedir vênia, também, ao Ministro Ayres de Britto. Gostaria de antecipar o voto. Havia tomado notas, mas não vou cansar os Colegas. Depois, farei juntar ao voto escrito.

Quero lembrar que a questão posta no *habeas*, com um condicional verdadeiro, é exatamente uma pergunta: sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela Constituição Federal, no que se refere à imprescritibilidade do delito, ou seja, parte do pressuposto de que a expressão «racismo», usada na Constituição, teria a conotação de conceito antropológico que não existe? Ora, se partimos desse pressuposto como verdadeiro, o dispositivo da Constituição é inútil. A conclusão necessária é esta: não havendo raça, logo, não haverá a prática de racismo e não havendo isso, sendo impossível essa prática de racismo, porque não há sujeito da prática, as raças não existem, não teríamos aplicabilidade do texto.

Toda tentativa que aqui se faça é muito aguda em teoria da linguagem, isto é, temos uma tendência, principalmente no ramo do Direito, dentre outras ciências, de tentar encontrar o significado das palavras no mundo, buscar certos objetos e deles extrair o conceito do significado da palavra. Tanto é que a grande tentativa definitória de palavras se dá sempre pela tentativa de descrever algo no mundo. Se faço uma pergunta sobre o conceito ou definição de uma expressão como, por exemplo, «lápis», poderíamos fazer uma definição ostentatória, quer dizer, ao mostrarmos o objeto, estaríamos aplicando a palavra sobre isso. Aí, no momento em que começarmos a definir a palavra, vem um velho vício que nos foi imposto pelo tomismo e pela escolástica de tentar descrever a essência da coisa, e a palavra está correta na medida em que essa definição tenha captado a essência da coisa. Assim, temos que inventar coisas no mundo para tentarmos dar significação às palavras. Esse compromisso realista da linguagem, típico da nossa cultura, nos leva a equívocos, porque, na verdade, temos determinados tipos de palavras que são, nada mais nada menos, regras ou expressões que têm, como finalidade, captar fenômenos sociais de comportamentos, mas não fatos e coisas. É exatamente o que se passa com essa expressão «racismo». Se ficássemos com o conceito antropológico, estaríamos liquidados.

Quero deixar muito claro que esta conceituação de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso e ali vamos identificar se, efetivamente, estamos perante uma conduta ostensiva ou veladamente da prática do racismo, ou estamos em outro tipo de conduta. Darei um exemplo: aqui em Brasília, o eminente Embaixador, Yshaya El Qhouy, do Líbano, costumava contar, na Embaixada do Líbano, a seguinte história: em determinada sala de aula, a professora de Matemática perguntava a Yussef, que era libanês, com seis anos de idade, e dizia o Embaixador Yshaya:

I. Quanto é dois mais dois? E o menino levantou-se e disse assim:

— É para vender ou comprar?

Evidentemente, aqui temos uma expressão que não tem nada de prática de racismo, embora pudesse alguém construir em cima desta conduta, jocosa, uma tentativa de ter preconceito em relação a um determinado tipo de personagem, que seriam libaneses ou árabes.

Ora, Sr. Presidente, considerando isso um fenômeno social, detenho-me ao caso concreto e vejo, nitidamente, nas condutas traduzidas no acórdão e aquilo que está nos autos, a evidente e clara destinação da prática daquilo que está coibido na Constituição. O que ela faz? Ela meramente determina que a legislação infraconstitucional não pode tratar esse tipo de ilícito com as regras da prescrição, ou seja, torna imprescritível e inafiançável a prática do racismo. Significa que não poderá haver norma infraconstitucional que atribua a esse tipo de conduta — prática do racismo — as regras gerais de prescritibilidade e afiançabilidade existentes no Código Penal.

Creio, Sr. Presidente, que ficou muito claro, pelo voto de V. Exa. e, também, pelo voto do eminente Ministro Celso de Mello e Gilmar Mendes, que estamos perante um caso típico de — claro, nítido — fomentação, principalmente da região que conheço muito bem.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não lhe causa nenhuma preocupação o problema de definir como crime de incitamento ao racismo a reedição de livros de há muito conhecidos?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Eu não estou me referindo a este. Aqui há edição de livros próprios.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O Ministro Carlos Britto mostrou a sua preocupação. Há até reedição de obras de Gustavo Barroso, encontráveis em qualquer sebo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Se fosse isso, examinaria por outro lado. Por isso estou dizendo. Exatamente essa pergunta de V.Exa. mostra que caso a caso tem de ser examinado.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não quero deixar passar em brancas nuvens esse aspecto. Infelizmente, até suscitei o problema, na discussão inicial entre o Ministro Moreira Alves e Maurício Corrêa, quando simplesmente sequer se cogitara disso, até porque não é fundamento do pedido. Mas, agora, é inevitável. Depois dos votos hoje proferidos, sobretudo os dos Ministros Gilmar Mendes e Carlos Velloso, subscrevendo expressa declaração do Ministro Celso de Mello, segundo o qual a vedação do preconceito — se não me engano, a expressão é essa — constitui um limite externo à liberdade de expressão. Quer dizer, a esta altura, inevitavelmente, vamos conceder ou negar o *habeas corpus,* de ofício. Tenho muito constrangimento neste problema de negar *habeas corpus* de ofício que, às vezes, no entanto, é contingência de um colegiado. Por isso, de regra, só proponho *habeas corpus* de ofício quando estou com muita confiança nos colegas.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, para concluir, o Ministro Sepúlveda Pertence mencionou o livro de Gustavo Barroso, mas outros foram indicados, que contêm literatura contrária aos judeus, de hostilidade...

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Excelência, por isso o Ministro Gilmar Mendes citou trechos deles e o Ministro Carlos Britto revelou sua preocupação...

O Sr. Ministro Carlos Britto: Fiquei na dúvida se se trata de livro próprio ou alheio.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Por isso pedi seja distribuído também o acórdão, para evitar novos pedidos de vista.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ministro, veja V. Exa: *Os Conquistadores do Mundo, Os Verdadeiros Criminosos de Guerra*, de Louis Marschalsko, *Holocausto: Judeu ou Alemão?*, pretendendo dizer que o holocausto foi dos alemães, dos nazistas. É o mesmo que dizer que o preto é branco, que o branco é preto. E o próprio livro do paciente, sob o pseudônimo de SE.Castan: *Nos Bastidores da Mentira do Século.*

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, 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.

Vamos admitir que a Biblioteca do Exército ou a Biblioteca Nacional editassem o livro para registros históricos. Mas aqui não é o caso. Aqui, temos esses livros, de controle histórico — como é o caso do Gustavo Barroso, que também já li —, e juntando aos demais, e toda a conduta atrás disto mostra que a edição do livro é um instrumento para a prática do racismo. Não é a edição do livro *stricto sensu* que seja a prática do racismo, mas sim ser ele um instrumento, um veículo pelo qual pode-se produzir o racismo. Pode-se produzir essa forma de edições, pode-se editar por motivos históricos, mas pode-se

manejar, manipular e mexer esses instrumentos para, com eles, produzir o resultado desejado, que é exatamente difamar e praticar o racismo.

É fundamental examinar o caso concreto e, neste conjunto de condutas definidas, está claro que as edições dos livros não foram por motivos históricos, não foram para o enriquecimento de sua biblioteca, foram instrumentos para se opor e produzir o anti-semitismo.

Por essas razões, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Nelson Jobim:

1. Síntese dos fatos.

Em 14 de novembro de 1991, o **Paciente** foi denunciado pelo crime de racismo contra judeu (art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90).

Foi absolvido, em primeira instância.

Em 31 de outubro de 1996, o TJ/RS deu provimento à apelação dos assistentes de acusação (Lei 7.716/89, art. 20, c/ a redação da Lei 8.081/90).

Impôs a pena de 02 (dois) anos de reclusão, com *sursis*.

O fundamento foi fazer apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias contra os judeus.

Impetrou *habeas*.

Está na ementa:

«Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada». (referência no memorial da ANAJUBI – Associação Nacional de Advogados e Juristas Brasil-Israel).

Contra essa decisão, a **Defesa** do **Paciente** impetrou *Habeas*.

O STJ indeferiu.

Entendeu que o crime de racismo é imprescritível.

Leio na ementa:

«(...)

I.O habeas corpus é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito do judeus – se os mesmos seriam raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente «quis dizer» nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas, é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

(...)»

No presente *Habeas*, o **Impetrante** alega que o delito cometido pelo **Paciente** não tem conotação racial.

Sustenta que os judeus não são uma raça.

São um povo.

Aduz que a norma constitucional restringiu a imprescritibilidade aos crimes decorrentes da prática de racismo.

Sustentou que a primeira norma federal que tratou dos crimes de racismo (Lei 7.716/89) somente tipificava os crimes resultantes de preconceito de raça e cor.

E que a Lei 8.081/90 inseriu o art. 20 na Lei 7.716/89 e estendeu a tipificação à etnia, religião ou procedência.

Esse novo tipo silenciou sobre a imprescritibilidade.

Por isso ela está restrita apenas à prática de racismo e não às outras formas de discriminação, constantes do novo tipo penal.

Por esse motivo, o delito cometido pelo **Paciente** já está prescrito.

2. Voto do Relator.

Em 12 de dezembro de 2002, teve início o julgamento pelo Plenário.

Na ocasião, o Relator votou no sentido de deferir o *Habeas* para declarar a extinção da punibilidade do **Paciente** pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Está no Voto:

«(...)

1 (...)

(...) a impetração não se insurge contra a condenação por crime de discriminação ou preconceito, mas alega que, no caso, não foi cometido crime de racismo e que este só, por força do disposto no artigo 5°, XLII, da Constituição, é imprescritível, e isso porque seu delito foi contra os judeus, e não são os judeus uma raça.

2. Assim, a questão que se coloca neste *habeas corpus* é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão «racismo», cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto no artigo 5°, XLII, da Carta Magna, até porque a imprescritibilidade, no caso, resultará do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis. Ademais, é de notar-se que a expressão 'nos termos da lei', que se encontra na parte final desse dispositivo da Constituição, não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de «racismo», mas, sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada.

Reza o artigo 5°, XLII, da Constituição:

> 'A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei'.

Esse dispositivo se prende a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é o que se encontra no inciso IV do artigo 3° da Carta Magna: 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'.

Além de o crime de racismo, como previsto no artigo 5°, XLII, não abarcar toda e qualquer forma de preconceito ou de discriminação, porquanto, por mais amplo que seja o sentido de «racismo», não abrange ele, evidentemente, por exemplo, a discriminação ou o preconceito quanto à idade ou ao sexo, deve essa expressão ser interpretada estritamente, porque a imprescritibilidade nele prevista não alcança sequer os crimes considerados constitucionalmente hediondos, como a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, aos quais o inciso XLIII do mencionado artigo 5° apenas determina que a lei os considerará inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia.

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»), apresentada em 12-01-1988, a qual deu origem ao artigo 5°, 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 impera no País diferentes formas de discriminação racial, 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:

'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.

(...)

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 de trabalho.

Em nome desta Nação dinâmica, heterogênea, pluricultural e plurirracial, peço aos Srs. Constituintes e a este Plenário, onde a Nação Brasileira está desigualmente representada, que fujamos, 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 uma sociedade civil civilizada! É hora de construir o Estado democrático! A realização desses objetivos começa pela determinação de que o racismo constitui um crime inafiançável!

(...)'

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, mas encontrei no livro que todos os brasileiros conhecem e num dos maiores poetas do nosso País, Castro Alves, em 'O Navio Negreiro'», recitou essa poesia, concluindo com estas palavras: 'Adeus!... adeus!... racismo, jamais!'

Para a questão da raça convergem também, em geral, os constitucionalistas quando comentam a proibição e punição do racismo contida no artigo 5°, XLII, da Constituição. Assim, **Pinto Ferreira** (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, p. 158, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) salienta: «**Proibição do Racismo**. A Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros». Igualmente, **Manoel Gonçalves Ferreira Filho** (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª ed., p. 57, Editora Saraiva, São Paulo 1997): «A forma comum de

racismo é a afirmação da superioridade de certas raças em relação a outras, idéia antiga e que não será eliminada de um sopro pela lei. Todavia, correntes políticas se aproveitaram e se aproveitam dessa idéia como bandeira, semeando discórdia nas comunidades multirraciais. Mas é também racismo, e condenável, propugnar a separação das etnias, ainda que a pretexto de reparar injustiças antigas ou de favorecer a igualdade das condições. Grave é o perigo social do racismo, particularmente em nações como a brasileira, em que se integram várias raças, cuja convivência pacífica é indispensável. Por isso, já o constituinte de 1967 lembrara-se de determinar que o legislador punisse o preconceito de raça, como a sua difusão (art. 153, § 8°, *in fine*). O tratamento desigual em razão da raça é, portanto, condenado pelo preceito constitucional, devendo ser caracterizado pela lei como crime». **Celso Ribeiro Bastos** (*Comentários à Constituição do Brasil*, vol. II, p. 220, Editora Saraiva, São Paulo, 1989) tece seus comentários ao artigo 5°, XLII, partindo da definição, que se encontra no Dicionário de Aurélio Buarque de Holanda, segundo a qual racismo é «doutrina que sustenta a superioridade de certas raças», e o analisa especialmente em face da maior das minorias raciais no Brasil, que é a raça negra. Não discrepa dessa convergência **Cretella Júnior** (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, 2ª edição, ps. 484/485, Forense Universitária, Rio de Janeiro/São Paulo, 1990), ao salientar: «Quando a Constituição diz, no art. 5°, XLII, que 'a lei punirá a prática do racismo', esse artigo não encerra exemplo de aplicação do princípio de isonomia, na verdade. Caracterizando-se heterotópico, vincula-se à lei penal, a quem o constituinte defere a elaboração de regra jurídica que capitule o preconceito de raça'.

3. Embora entre antropólogos, no decorrer dos tempos, tenha havido divergência sobre a conceituação de raça, especialmente quando utilizado o termo para finalidades políticas como ocorreu com o nazismo e o mito do arianismo, essas divergências modernamente, se existentes, se reduziram a ponto de **Nicola Abbagnano** (*Diccionario de Filosofia*, trad. Galletti, pp. 977/978, Fondo de Cultura Económica, México, 1993) acentuar:

> 'O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para 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 o foram os romanos ou os gregos, etc. Não existe nenhuma raça 'ariana' ou 'nórdica'.'

4. Considerado, assim, em interpretação estrita, o crime de racismo, a que se refere o artigo 5°, XLII, da Constituição, como delito de discriminação ou precon-

ceito racial, há de se enfrentar a questão que, então, se põe, e é a de se saber se os judeus são, ou não, uma raça.

E, a esse respeito, impõe-se a resposta negativa, com base, inclusive, em respeitáveis autores judeus que tratam dessa questão.

De feito, além das categóricas afirmações, de que os judeus não são raça, de Miguel Asheri (renomeado antropólogo judeu que escreveu *O Judaísmo Vivo — As tradições e as Leis dos Judeus Praticantes*), do rabino Morris Kertzer (no livro *O que é um judeu*) e de Moacyr Scliar (no livro *A Condição Judaica*), citados, em expressivas passagens na inicial deste *habeas corpus*, outros mais há no mesmo sentido.

Assim, o rabino Henry I. Sobel — Presidente do Rabinato da Congregação Israelita Paulista —, em conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, em 15 de fevereiro de 1998, a propósito, observa:

> 'Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes.
>
> Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como 'nação', embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema é geralmente resolvido através do termo povo'.

Fred E. Foldvaruy, em artigo *Zionism and Race*, escreve:

> 'Um dicionário lhe dirá que uma 'raça' neste contexto é uma variedade de espécies humanas assinaladas por várias características físicas tais como a cor da pele, a cor e a textura do cabelo, forma e tamanho do corpo, cor dos olhos, etc. Os antropólogos dividiram os seres humanos em várias raças, tais como o caucasiano, o negróide, o mongolóide, os pigmeus africanos e os índios americanos. Raça é uma classificação genética; alguém nasce dentro de uma raça e é de uma certa raça ou de uma raça mestiça por causa de seus ancestrais. Alguém pode converter-se a uma religião, mas ninguém pode trocar de raça.
>
> Os judeus não são, portanto, uma raça. Os judeus são membros de uma religião, o judaísmo. Houve uma época em que a nação hebraica era um grupo étnico, mas desde tempos antigos a dispersão dos judeus pelo mundo e os casamentos entre diferentes nacionalidades e as conversões fizeram a origem hebraica menos um vínculo genético e mais um vínculo espiritual. Há também uma cultura ligada à religião e a suas leis relativas à alimentação, ao 'Sabbath', e a vários rituais juntamente com práticas culturais encontrados em vários lugares que são 'judaicos' por coincidência. Mas não há raça judaica.'

Em 1986, por ocasião do cinqüentenário da Congregação Israelita Paulista, editou-se a tradução do escrito *Compreendendo o Judaísmo* de autoria de Eugene B. Bnorowitz, e em seu capítulo 2 («Que tipo de grupo formam os judeus») lê-se:

'Seríamos talvez uma raça?

Dizer que o judaísmo é uma religião é ignorar muito da vida judaica. Torna os judeus apenas mais um grupo religioso. Sabemos que isto é errado. Então, o que somos, ainda precisa ser esclarecido. No princípio de nosso século, a Ciência pareceu resolver este problema — mas, em vez disso, cometeu um terrível erro. Os cientistas sugeriram que o que faz um grupo de pessoas ter um modo de vida diferente dos outros é a sua raça. Havia algo na biologia das pessoas, na própria essência da vida, que fazia com que tivessem diferentes estilos de vida. A raça podia ser definida, assim como a cor da pele ou o formato da cabeça. Alvoroçados com as novas descobertas e não tendo muitas outras idéias sobre grupos diferentes, começou-se a aplicar a palavra 'raça' a qualquer tipo de grupo, tais como os judeus (somente um grupo entre vários conhecidos como semitas) e os alemães louros de olhos azuis (erroneamente rotulados por Adolf Hitler de 'arianos'). A princípio, isso parecia inofensivo, mas os anti-semitas se apegaram a esta idéia. Disseram que os judeus formavam uma raça e que eram inferiores; seriam uma ameaça biológica para as pessoas decentes e, portanto, o mundo deveria livrar-se deles. Esta idéia tornou-se poderosa sob a influência de Hitler e o resultado foi o Holocausto. Desde então, a noção de uma 'raça' judaica tornou-se extremamente repugnante.

Não fique surpreso, portanto, se os livros de cinqüenta ou setenta e cinco anos atrás chamam o nosso povo de raça ou falavam de 'sangue' judeu. Isto já foi uma explicação correta e científica do que faz dos judeus um grupo especial. Poucos jamais sonharam que ela se tornaria uma desculpa para uma execução em massa. Agora fica claro que jamais houve qualquer sólida evidência de que os judeus formassem uma raça e a idéia, atualmente, é rejeitada pelos cientistas sociais'.

Ainda recentemente, em 3 de maio de 2002, o rabino Samuel M. Stahl fez um sermão sobre as três seguintes indagações: Por que os judeus não acreditam numa outra vida depois da morte? Por que os judeus não acreditam em Jesus? São os Judeus uma raça? E, afinal, sobre essa terceira questão assim se pronunciou:

'Finalmente, a terceira questão: 'São os judeus uma raça?'

Isso é uma questão particularmente sensível, especialmente desde a época de Hitler. Ele falava da magistral raça ariana. Hitler considerava os judeus parte de uma raça sub-humana, que deveria ser exterminada. A verdade é que os judeus não constituem uma raça.

Autenticamente a maioria dos judeus é caucasiana.

Todavia, nós judeus somos representados em toda a grande comunidade racial. Não temos somente judeus caucasianos, mas também judeus orientais e judeus negros.

Quando eu era capelão judeu na Coréia, encontrei vários coreanos que eram judeus. Reconhecidamente, não eram judeus natos. Todavia, depois de convertidos ao judaísmo tornaram-se autenticamente judeus como qualquer pessoa nascida numa família totalmente judaica.

Similarmente, nas últimas duas décadas, cerca de 25.000 judeus negros deixaram a Etiópia e se fixaram em Israel. Eles eram judeus havia séculos. Em poucas cidades maiores da nossa nação há também congregações de judeus negros. Sucede, pois, que uma mulher africana, vivendo agora em Denver, matriculou-se no 'Hebrew Union College' para estudar e tornar-se rabino.

Assim, se nós judeus não somos uma raça, o que somos nós? Nós não somos uma nacionalidade, porque nós somos representados em quase todas as maiores nacionalidades do mundo. Há judeus americanos, judeus franceses, judeus russos, judeus turcos, judeus gregos, judeus italianos, judeus mexicanos, etc. Então o que somos nós?

A melhor definição de judeus que eu encontrei é esta do Dr. Mordecai M. Kaplan:

> 'Nós judeus somos um povo com uma desenvolvida civilização religiosa'. Sim, nós somos mais do que um grupo religioso. Nós judeus somos uma comunidade com religião no seu núcleo essencial. Nós também temos línguas como o 'Yiddish'. Nós temos alimentos, como o peixe 'gefilte'. Nós temos danças, como a 'hora'. Nem o 'Yiddish', nem o peixe 'gefilte', nem a 'hora' têm natureza religiosa. Todavia são elementos da civilização judaica. Em resumo, nós judeus somos parte de uma entidade religiosa, mas muito mais do que isso'.

5. Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.

E tendo ele sido condenado a dois anos de reclusão, a prescrição da pretensão punitiva ocorre em quatro anos, o que, no caso, já se verificou, porquanto, entre a denúncia que foi recebida em 14-11-91 e o acórdão que, reformando a sentença absolutória, o condenou, e que foi proferido em 31-10-96, decorreram mais de quatro anos.

6. Em face do exposto, defiro o presente *habeas corpus* para declarar a extinção da punibilidade do ora paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.»

Nessa oportunidade o Ministro **Maurício Corrêa** antecipou-se na ordem de votação e, após discorrer sobre a evolução histórica do povo judeu, pediu vista.

No dia 4 de abril de 2003, prosseguindo o julgamento, proferiu seu Voto Vista, no sentido de reconhecer a imprescritibilidade do delito de discriminação contra judeus e indeferiu o *habeas*.

Leio em seu Voto:

«9 (...)

10. A questão, como visto, gira em torno da exegese do termo racismo inscrito na Constituição como sendo crime inafiançável e imprescritível.

Creio não se lhe poder emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional, sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.

11. Nessa ordem de idéias, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão da raça humana aferível a partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma Humano (PHG).

12. Como é sabido, em 26 de junho de 2000 foram divulgadas as primeiras conclusões do programa, quando se soube que 97% do código genético do homem foram decifrados. A descoberta abriu excelentes rumos para os mais variados campos da ciência, com destaque especial para a medicina, máxime no que diz respeito ao tratamento de certas doenças.

13. Por ele foi possível concluir que o homem possui cerca de 30 mil genes, e não os 100 mil então imaginados. A interação desses genes com o mundo é que deu e vem dando forma à essência do desenvolvimento do ser humano.

14. Embora haja muito ainda para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética baniu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craig Venter «há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos».

15. Os cientistas confirmaram, assim, que não existe base genética para aquilo que as pessoas descrevem como raça, e que apenas algumas poucas diferenças distinguem uma pessoa de outra. Estima-se que apenas 0,1 % (zero vírgula um por cento) do genoma seja responsável pela individualidade de cada ser humano. A empresa Celera Genomics, uma das participantes do projeto, usou em seus experimentos, para chegar a esse resultado, o DNA de cinco voluntários — três mulheres e dois homens, de etnias diferentes: negra, chinesa, hispânica e branca.

16. O professor Sérgio Danilo Pena, titular da cadeira de bioquímica da Universidade Federal de Minas Gerais esclareceu algumas das descobertas do Projeto Genoma. Para ele «todos os estudos genômicos realizados até agora têm destruído completamente a noção de raças. Em outras palavras, a espécie humana é jovem demais para ter tido tempo de se diferenciar em raças. Do ponto de vista genômico, raças não existem».

17. Acrescenta, ainda, que «com tudo o que nós sabemos sobre raças, hoje em dia, ou sobre a ausência de raças, já ficou claro que a variabilidade dentro dos chamados grupos raciais é muito maior, 19 vezes maior, do que entre os grupos raciais. Em outras palavras, isso significa que as diferenças genômicas entre o Sérgio Pena [entrevistado] e o Marcelo Leite [entrevistador] são tão grandes quanto as diferenças genéticas entre o Sérgio Pena e alguém na África agora», e esclare-

ce que 'a inexistência de raças não significa que todo mundo é igual. É que todo mundo é igualmente diferente'.

18. Na verdade, o que existe é uma correlação do que se convencionou chamar de raça e a geografia mundial, o que relaciona os homens de cor branca à Europa, os de cor negra à África e os de cor amarela à Ásia. Conforme esclarecem os cientistas, «a cor branca e as características do indivíduo branco são adaptações geográficas à Europa. A cor negra e as características físicas daquilo que se associa à chamada raça negra são adaptações geográficas à África e, provavelmente, são do homem original», pois se estima que no início todos os homens eram negros. As modificações havidas ao longo dos tempos e marcadas pelos caracteres físicos refletem o desenvolvimento do homem em sua complexidade a partir de sua constante convivência com o ambiente e não uma circunstância genética, pelo que há uma completa dissociação entre a cor da pele e o genoma.

19. Com efeito, a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Disso resultou o preconceito racial. Não existindo base científica para a divisão do homem em raças, torna-se ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie. Como evidenciado cientificamente, todos os homens que habitam o planeta, sejam eles pobres, ricos, brancos, negros, amarelos, judeus ou muçulmanos, fazem parte de uma única raça, que é a espécie humana, ou a raça humana. Isso ratifica não apenas a igualdade dos seres humanos, realçada nas normas internacionais sobre direitos humanos, mas também os fundamentos do Pentateuco ou Torá acerca da origem comum do homem.

20. No Brasil, mestre Gilberto Freire há tempos já definira de forma precisa os contornos do conceito de raça, pondo de vez uma pá de cal na velha definição. «Aliás» — diz ele — «na inferioridade ou superioridade de raças pelo critério da forma do crânio já não se acredita: e esse descrédito leva atrás de si muito do que pareceu ser científico nas pretensões de superioridade mental, inata e hereditária, dos brancos sobre os negros» .

21. Por isso mesmo já no Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa o verbete «raça» encontra-se devidamente definido como «divisão tradicional e arbitrária dos grupos humanos, determinada pelo conjunto de caracteres físicos hereditários (cor da pele, formato da cabeça, tipo de cabelo etc.). Etnologicamente, a noção de raça é rejeitada por se considerar a proximidade cultural de maior relevância do que o fator racial; certas culturas de raças diferentes estão muito mais próximas do que outras da mesma raça».

22. Como já referido, mesmo antes dos estudos que abriram o chamado Livro do Genoma Humano, a tradicional subdivisão da raça humana em caucasiana, mongolóide e negróide, já se encontrava em franca decadência. Consoante o conceito etnológico, por exemplo, raça é a «coletividade de indivíduos que se diferencia por sua especificidade sociocultural, refletida principalmente na língua, religião e costumes; grupo étnico, como por exemplo a raça judia ».

23. Não por acaso a Unesco proclamou, em 27 de novembro de 1978, na vigésima sessão de sua conferência geral, importante Declaração sobre Raça e Preconceito Racial, assim disposta em seu artigo 1°, na versão original em inglês:

«Art. 1 – 1 All human beings belong to a single species and are descended from a common stock. They are equal in dignity and rights and all form an integral part of humanity.»

24. Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito — agora cientificamente ultrapassado — não nos serve para a solução do caso.

25. Na história observa-se que além das guerras pelo poder e território, a humanidade sublinha uma gama de ações que visaram, e às vezes ainda visam, a supremacia de um povo sobre outro, sob a perspectiva de que esses últimos constituiriam uma raça inferior. Temos como exemplos marcantes desse triste episódio histórico o escravismo e o holocausto.

26. Como tive a oportunidade de dizer em improvisada manifestação na assentada em que se iniciou este julgamento, «se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos — amargos e terríveis — que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça — salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas —, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição».

27. Esse quadro de espanto e terror bem sinaliza os fundamentos que estruturaram o estado alemão sob o signo do que se chamou de nacional-socialismo, em que Hitler, havendo haurido em Joseph Athur de Gobineu (1816/1882) os primeiros rudimentos para a montagem da catástrofe, promoveu a insana ação que resultou no morticínio de milhões de judeus, sob a monstruosa concepção de raça inferior e impura e coisas do gênero.

28. A tresloucada estupidez serviria de pano de fundo para levantar o moral da Alemanha dos vexames do passado e em especial da vergonha da submissão imposta pelo Tratado de Versailles, dentre tantas outras amargas iniciativas, até que, passo a passo, pôde fortificar-se a ponto de dominar o País e seu povo, boa parte da Europa, e no alucinado ritmo, quase o mundo.

29. Concebida e posta em prática a distinção, o povo judeu passou mesmo a ser considerado uma sub-raça, parte da composição teórica do nazismo em contraposição à supremacia da raça ariana, que deveria prevalecer sobre outras, particularmente sobre os judeus, para a limpeza da terra, objetivo final esse que quase se consuma com o genocídio perpetrado. Tal calamidade acabou superando, em milhões de vítimas, outra página triste da história da humanidade, a inquisição, que no seu período áureo teve como alvo maior também os judeus, cujo resultado

atingiu a casa de muitos milhares de mortos, além de outras vítimas que foram condenadas com penas diversas, após torturas cruéis e desumanas, e ao confisco de seus bens, como registram estudos e estatísticas posteriormente realizados, para dizer de seus efeitos apenas na Espanha e em Portugal.

30. Resta claro que as discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do anti-semitismo. Se em outros tempos se admitia a conversão do judaísmo ao catolicismo, para se evitar ou minimizar as discriminações, com ênfase na Alemanha de Hitler, a segregação passou a ter motivo fundamentalmente diverso, tendo como causa a ancestralidade e a pretensa «infecção da raça judia». Pode-se afirmar que ser judeu deixaria de ser uma questão de escolha, mas efetivamente um sinal inapagável derivado dos laços de consangüinidade que uniam esse povo, agora tisnado pelas características físicas e morais negativas que lhes foram impingidas.

31. Dentro desse específico contexto situa-se o episódio que culminou com o assassinato em agosto 1942, em Auschwitz, campo de concentração existente então na Polônia, de Edith Stein, a qual, no dia 11 de outubro de 1998, com o nome de Teresa Benedita da Cruz, foi canonizada como Santa Edith Stein. Embora fosse teóloga conversa do judaísmo ao catolicismo foi, mesmo assim, morta em câmara de gás pelo simples estigma da origem, adotado como fundamento para o gesto fatal. Essas e outras práticas da mesma espécie, que aqui seria desnecessário relembrar, somadas ao que acima dito, deixam explícito que na concepção nazista o povo judeu constitui uma raça ou, menos do que isso, sub-raça, raça inferior marcada pela hereditariedade, alicerce no qual se procurou justificar toda tragédia que gerou o holocausto. Fica assim explícito que tal conduta caracteriza ato de racismo, segundo as convicções de quem o pratica.

32. O nazismo, nesses termos, está bem delineado em pronunciamentos de seus precursores, tais como Ernst Renan, que se dizia o «primeiro a reconhecer que a raça semítica, comparada à raça indo-européia, representa realmente uma combinação inferior da natureza humana» , ou ainda Edouard Drumont para quem «o semita é mercantil, cupido, intrigante, sutil, ardiloso; o ariano entusiasta, heróico, cavalheiresco, desinteressado, franco, confiante, mesmo ingênuo».

33. Adolph Hitler, no capítulo «Povo e Raça» de seu livro *Minha Luta* escreveu que «a grandeza e superioridade da raça ariana/alemã existe em função da oposição à inferioridade da raça não-ariana, a semita/judaica» e que «para preservar a raça ariana, seria preciso eliminar a anti-raça». Valeu-se, em seguida, de normas positivas como a «lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã» de 15 de setembro de 1935, que proibia casamento entre «judeus e alemães ou pessoas do sangue alemão», anulando os «enlaces já contratados». Vedava, ainda, «as relações sexuais entre judeus e alemães ou pessoas de sangue alemão», impedindo judeus de terem empregadas domésticas alemãs ou de sangue alemão.

34. Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Lingüística da USP, de que anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida por superior à outra.

Lembra a observação do historiador Raul Hilberg, de que «a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio» . Por isso mesmo a *Enciclopédia Ilustrada Oxford* situou a ação dos nazistas alemães como marcante exemplo do que seja racismo e suas graves conseqüências.

35. Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. 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 o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

36. Assim esboçado o quadro, indiscutível que o racismo traduz valoração negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros. Nesse sentido a doutrina de Van der Berghe.

37. Para Norberto Bobbio, a Alemanha de Hitler foi um «Estado racial no mais pleno sentido da palavra, pois a pureza da raça devia ser perseguida não só eliminando indivíduos de outras raças, mas também indivíduos inferiores física ou psiquicamente da própria raça, como os doentes terminais, os prejudicados psíquicos, os velhos não mais auto-suficientes».

38. Afigura-se relevante o conceito antropológico atual de raça social. Conforme salienta a professora Sonia Bloomfield Ramagem,«raças sociais podem ser caracterizadas por um indicador preferencial, tanto em termos físicos quanto culturais», possuindo o termo um «poderoso significado político social, sendo um construto social baseado em valores e crenças criados a partir de uma visão-de-mundo de determinados grupos sociais, provendo uma percepção cognitiva classificatória, o racismo, que hierarquiza grupos diferentes, podendo justificar a subjugação ou destruição do grupo X pelo Y, ou vive-versa».

39. Embora hoje não se reconheça mais, sob o prisma científico, qualquer subdivisão da raça humana, o racismo persiste enquanto fenômeno social, o que quer dizer que a existência das diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito. É essa circunstância de natureza estrita e eminentemente social e não biológica que inspira a imprescritibilidade do delito previsto no inciso XLII do artigo 5° da Carta Política.

40. Fundado nessa constatação é que o embaixador Lindgren Alves entende que «'raça' é, sobretudo uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo que se lhe queira dar». Assim, «o problema não está na existência ou não

de raças, mas no sentido que se dá ao termo. Se atribuirmos caracteres inerentes, naturais e inescapáveis, às diferenças físicas, psíquicas, lingüísticas ou etno-religiosas de qualquer população, estaremos sendo racistas, quase sempre para o mal» . Veja-se que, se abstrairmos a questão social, chegaremos, em face das descobertas do projeto genoma, ao absurdo de concluir que o racismo não existe, conseqüência lógica da ausência de raças.

41. A sociologia moderna identifica o racismo como tendência cultural, decorrente de construções ideológicas e programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre outra. Para George Fredrickson dá-se o racismo quando as diferenças étnicas e culturais são consideradas imutáveis, indeléveis, atuando na prática das instituições com base nessas diferenças, gerando a pretensão de impor uma ordem racial.

42. O dicionário de Sociologia da Universidade de Oxford procura explicar o fenômeno tendo como pressupostos três conceitos: — Racialismo, que é «o tratamento desigual de um grupo populacional baseado apenas em sua possessão de traços físicos ou outras características socialmente definidas como denotando uma raça particular»; — racismo, «um sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa»; e racialização, «o processo social pelo qual um grupo social é categorizado como 'raça'». Sem dúvida, é o que fez o nazismo ao racializar o povo judeu e os alemães arianos, com o objetivo de promover o racialismo em relação aos primeiros. Isso não é outra coisa senão a prática de racismo.

43. Dessa forma, dúvida não pode haver que o anti-semitismo dogmatizado pelos nazistas constitui uma forma de racismo, exatamente porque se opõe a determinada raça, essa tida sob a visão de uma realidade social e política, tendente a hierarquizar valores entre certos grupos humanos. Pregar a restauração dessa doutrina, ainda que por vezes sob o disfarce de «revisionismo», como pretendeu o paciente em seus atos, é praticar racismo.

44. Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocausto, imputando aos judeus todas as responsabilidades pelas tragédias registradas na Segunda Guerra. Até mesmo o genocídio de 6 milhões de judeus nos campos de concentração são apresentados como uma farsa concebida por eles próprios, como estratégia sórdida destinada a fazer chantagem com o resto do mundo e abrir horizontes que permitam a sua hegemonia. Pretende, pois, alterar fatos históricos incontroversos, falsear a verdade e reacender a chama do ideal nazista, para instigar a discriminação racial contra o povo judeu. Algumas passagens dos livros editados ou escritos pelo paciente, entremeados de muitos outros juízos idênticos, contidas na denúncia, não deixam dúvidas a respeito:

Livro *Judeu Internacional*, Henry Ford (fls. 19/20):

— «Na Inglaterra, dizem que o judeu é o verdadeiro amo do mundo, que a raça judaica é uma supranacionalidade, que vive no meio e acima dos povos» (p.11);

— «Porque o judeu é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação» (p. 24);

— «não existe raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que respeite mais do que esta o poder» (p. 75)

— «Que os outros lavrem a terra: o judeu, quando pode viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorar-se (*sic*) dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter» (p. 171).

Livro *Conquistadores do mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, Louis Marschalko (fls. 20/21):

— «toda essa divisão, toda essa desordem todo esse caos é dirigido pela mesma vontade férrea, pela mesma força secreta que age segundo os líderes de uma raça de 15 milhões de pessoas(...)[os judeus] pregam contra a soberania dos Estados e contra a discriminação racial, enquanto durante todo esse tempo eles representam um nacionalismo racial de uma veemência até hoje sem paralelo na história» (p. 09)

— «o judaísmo mundial precisava de vítimas a fim de estar em condições de fazer chantagem com o mundo com essa história de que houve seis milhões de mártires judeus (...)» (p. 112)

— «Povos antijudaicos do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais» (p. 214).

Livro *Brasil – Colônia de Banqueiros*, Gustavo Barroso (fl. 21):

— «Como o sírio, o judeu não passa sem prestações. É uma inclinação racial» (p. 34)

— «O nosso Brasil é a camiça monstruosa ao luar. Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora» (p. 95).

Livro *Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira*, escrito pelo paciente sob o pseudônimo de S.E. Castan (fl. 23):

— «o judeu, em troca, indignado por não lhe concederem todas as prerrogativas do indígena, nutre injusto ódio contra o povo que o hospeda» (p. 23).

— «os únicos gananciosos da Grande Guerra foram de fato os judeus» (p. 23).

Dentre os livros indicados na denúncia está *Os Protocolos dos Sábios do Sião*, apostilado por Gustavo Barroso (fl. 19). Cuida-se de uma versão anti-semita do livro de Maurice Joly de 1864 sobre os planos de Napoleão III, transformado em *complot* judaico mundial, facilitador do racismo nazista.

45. Do que se pode apreender até aqui, as condutas imputadas ao paciente caracterizam prática de racismo, seja porque o conceito de raça não pode resumir-se a semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, especialmente como definição de comportamento social, seja porque,

como é notório, a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa os judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção.

46. Feitas essas considerações, vejamos como o tema foi disciplinado em tratados internacionais. A visão contemporânea dos direitos humanos e de tratamento igualitário contrapõe-se à visão racista de então, que buscava dar gradação nas relações entre os homens.

47. Inicialmente é o que se vê do disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que em seu artigo 1° assegura a liberdade e a igualdade entre os homens, invocando a prevalência do espírito de fraternidade como pressuposto da razão e da consciência humanas. A seguir, repele qualquer forma de discriminação, a destacar a capacidade de todos de gozar dos mesmos direitos e liberdades.

48. O Brasil não ficou passivo diante dessa realidade. Ao pronunciar-se perante a Assembléia-Geral da ONU em 1960, o então Chanceler Horácio Lafer já afirmava que «a perseguição racial é contrária ao espírito e aos fins das Nações Unidas, e o Brasil, com o mundo civilizado, a condena de forma mais veemente», sendo contra quaisquer políticas de segregação «baseadas em distinção de raça, cor ou religião, que repugnam a consciência do povo brasileiro e são claramente condenadas pela Carta da Organização».

49. Na ocasião ficou consignada a adesão do Brasil à Convenção Internacional Contra o Genocídio , norma também aprovada pela ONU em 1948 e que teve como origem nada menos do que o próprio holocausto — negado pelo paciente —, a que submetidos os judeus.

50. Aprovou-se, a seguir, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, assinada pelo Brasil e ratificada sem reservas (Decreto 65.810/69), sendo certo que, por estar em harmonia com os preceitos informadores da Constituição Federal, suas disposições foram por ela recebidas. Nas palavras do Professor Celso Lafer, a principal finalidade da Convenção da ONU de 1965 foi «a definição de normas contrárias à discriminação racial e ao fenômeno do racismo em todas as suas dimensões», motivada pelas práticas anti-semitas do nazismo e pelo desenvolvimento do *apartheid* na África do Sul.

51. De grande importância para a solução do caso concreto, seu artigo 1° qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica, e no artigo 4ª condena também a incitação às práticas discriminatórias que «se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais». É claro que essas normas internacionais inspiraram e balizaram a atuação da Assembléia Constituinte de 88 e do legislador ordinário, merecendo, por outra via, consideração irrestrita do intérprete da Carta Federal, especialmente por se acharem formalmente incorporadas ao nosso sistema jurídico.

52. Nessa mesma linha de defesa internacional da igualdade de direitos e repúdio às práticas racistas, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis

e Políticos de 1966, que prevê a proibição legal de «apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência», que foi reiterado para as Américas no artigo 13-5 do Pacto de São José da Costa Rica, também incorporado ao direito brasileiro (Decreto Legislativo 89/98, Decreto 678/92, e Decreto 4.463/02).

53. Mais recentemente, e aqui o testemunho é pessoal, o Brasil ratificou sua posição sobre a matéria na Conferência Mundial Sobre Direitos Humanos em Viena, realizada em 14 de junho de 1993, quando eu, então Ministro da Justiça e Chefe da Delegação Brasileira, defendi a indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, ressaltando a recente adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, como também ao de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

54. A Resolução 623 da Assembléia-Geral da ONU, de dezembro de 1998, insta os países a cooperar com a Comissão de Direitos Humanos no exame de todas as formas contemporâneas de racismo, como a xenofobia, a negrofobia, o anti-semitismo e outras formas correlatas de intolerância racial (item 17 da Resolução). Como se vê, o anti-semitismo como sinônimo de exteriorização do racismo tem respaldo no Direito Internacional Público.

55. No item 58 da chamada Declaração de Durban consignou-se que «o holocausto jamais deverá ser esquecido». No item 61 destaca-se a preocupação com o aumento do anti-semitismo e da «islamofobia», como de resto outros «movimentos raciais e violentos baseados no racismo e em idéias discriminatórias contra as comunidades judia, muçulmana e árabe». O item 86 dispõe sobre a necessidade de que essas «idéias baseadas na superioridade ou no ódio racial devem ser declaradas como delitos puníveis pela lei, como institui a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial» .

56. Os tratados antes referidos, subscritos pelo Brasil, demonstram que perante o Direito Internacional Público considera-se crime a propagação de doutrinas fundadas em discriminações e baseadas na superioridade ou no ódio raciais, o que coloca o País ao lado das nações mais adiantadas do mundo no campo dos direitos humanos. Por outro lado, dá a exata dimensão do que tais normas internacionais convencionaram, tanto que inseridas no contexto da Constituição Federal e reguladas em normas infraconstitucionais, na forma do que preconiza o § 2° do artigo 5° em harmonia com o inciso II do artigo 4° da mesma Carta.

57. A propósito, esta Corte examinou questão similar, antes mesmo da edição da Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que disciplinou o inciso XLIII do artigo 5° da Constituição, ao apreciar matéria relacionada com o crime de tortura praticado contra criança ou adolescente. Nesse julgamento — HC 70.389, Relator para o acórdão Ministro Celso de Mello, *DJ* de 10-8-01 — assentou-se que os atos normativos internacionais «fornecem subsídios relevantes para a adequada compreensão da noção típica do crime de tortura, ainda que em aplicação limitada, no que se refere ao objeto de sua incriminação, apenas às crianças e aos adolescentes». O mesmo sucede com a correta exegese a ser dada ao crime de racismo, que, tal como o de tortura, fere de morte os postulados gerais dos direitos humanos.

58. No plano do direito comparado, dispensou-se tratamento adequado a tais discriminações. Na França, a Lei 90.615/90 dispôs que é conduta punível a «negação de crime contra a humanidade, o chamado revisionismo, diretamente ligado às tentativas de justificativa do holocausto». O artigo 416 do novo Código Penal francês, em virtude da profanação do cemitério das vítimas do Nazismo em Carpentras em 1991, «aumenta a pena de violação quando o fato é praticado com móvel racista».

59. Também na Espanha a denominada «lei contra o racismo» de 1995 tipificou como crime a negação do genocídio, alusão que, embora genérica, está diretamente ligada, por razões históricas, ao holocausto. Em Portugal transparece relevante a alteração do artigo 240 do Código Penal, ocorrida em 1998, para incluir entre os crimes de discriminação racial a difamação ou injúria por meio da negação «de crimes de guerra ou contra a paz e a Humanidade» .

60. O Parlamento Europeu, após estudos desenvolvidos «no ano europeu contra o racismo», propôs que os Estados-Membros passassem a classificar como crime a instigação ao ódio racial ou à xenofobia, e outros atos correspondentes, bem como a negação do holocausto ou de delitos contra a humanidade, a elaboração pela imprensa e a difusão de material de conteúdo racista, xenófobo ou revisionista.

61. No âmbito dos Tribunais, é importante anotar que questão semelhante foi enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos em agosto de 1999. No caso United States *versus* Lemrick Nelson, decidiu-se que, embora o povo judeu não seja hoje tido como uma raça, tal não o retira da proteção da Emenda 13, que proíbe qualquer forma de discriminação racial, pois a Suprema Corte com firmeza declara que os judeus «são considerados raça para certos direitos fundamentais estabelecidos pelo Congresso com base na Emenda 13».

62. A Suprema Corte norte-americana decidiu em 1987, por unanimidade, seguindo o voto do Justice White, que os judeus estavam tutelados pela legislação norte-americana contra a discriminação racial (1982). Afirmou a Corte que, com base na estrutura da lei de 1982, árabes e judeus estavam entre os que, na época, eram tidos como raças distintas, estando por ela protegidos. O fato interessante é que a defesa dos réus, responsáveis por pichar uma sinagoga com mensagens antisemitas, foi exatamente de que não sendo os judeus uma raça distinta, não estariam protegidos pela lei.

63. Também emblemático julgamento proferido pela Câmara dos Lords na Inglaterra em 1983. No caso «Mandla and another versus Dowell Lee and another», debateu-se a existência de discriminação racial pelo fato de uma escola haver proibido um jovem «sikh» de usar o tradicional turbante de sua religião. A defesa alegou que os «sikhs» constituíam essencialmente um grupo religioso e não uma etnia para fins de aplicação da lei inglesa. Decidiu a Corte britânica que o ato era discriminatório para os fins do «Race Relations Act», uma vez que os «sikhs» são um grupo racial em face de suas origens étnicas.

64. Mostra-se, assim, que no direito comparado o problema da segregação racial é enfrentado atribuindo-se ao termo raça uma conotação mais complexa,

sempre com o objetivo de assegurar o efetivo respeito aos postulados universais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. O Professor Celso Lafer, em seu parecer, conclui que a correta interpretação e aplicação do inciso XLII do artigo 5° da Constituição não está na definição de «raça — pois só existe uma raça humana — mas nas práticas discriminatórias do racismo que são histórico-político-culturais».

65. Analisando o caso dos autos à luz da legislação brasileira, tenho que as leis ordinárias, com base na Constituição Federal, permitem a conclusão de que o paciente cometeu, sim, ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível. Veja-se que a Constituição rejeita de antemão a definição isolada e tradicional de raça como sendo distinta pela cor da pele (branca, amarela e negra), tendo em vista que, ao designar como preceito fundamental o inciso IV do artigo 3° da Constituição, trata cor e raça com conceitos diferentes, ao estimular a promoção do «bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação». A referência a raça deve ter conteúdo mais amplo, sob pena de inaceitável inocuidade no que tange a cor.

66. É de observar-se ainda que além da incriminação do racismo mencionada no inciso XLII do artigo 5°, a Carta Federal cuida do tema no seu artigo 4°, inciso VIII, ao definir como um dos princípios que devem reger a política transnacional brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Relembro nesse ponto as convenções a que antes me referi, e que certamente motivaram o legislador constituinte a incluir a luta contra o racismo entre os fundamentos da atuação externa do governo brasileiro, evidentemente como reflexo do pensamento interno dominante.

67. Como visto, nos tratados internacionais o racismo alcança de forma taxativa a discriminação contra os judeus, até porque podem ser havidas como marcas do racismo na história moderna o nazismo anti-semita, assim como a escravidão e o *apartheid* sul-africano. Nesse sentido, cumpre notar que a Constituição e a Lei 7.716/89, em especial após as alterações introduzidas pela Lei 8.081/90, mantiveram-se fiéis aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. Pretender, agora, dar interpretação diversa e restritiva é negar toda a ordem jurídica que concebeu a positivação dos direitos fundamentais.

68. Vem a propósito a lição de José Cretella Júnior que, ao tratar do inciso VIII do artigo 4° da Constituição, entende ser racismo a «ideologia que defende a superioridade de um grupo étnico sobre outro (arianos e não arianos)», tendente a promover a discriminação ou até mesmo a eliminação de determinados grupos étnicos, como ciganos, judeus e escravos. Na mesma linha Manoel Gonçalves Ferreira Filho conclui que constitui racismo «propugnar a separação de etnias».

69. Outras manifestações da doutrina constitucional brasileira afastam a pretensa limitação do racismo ao conceito biológico tradicional de raça. Uadi Lamêgo Bulos define-o como «todo e qualquer tratamento discriminador da condição humana em que o agente dilacera a auto-estima e patrimônio moral de uma pessoa ou de um grupo de pessoas, tomando como critérios raça ou cor da pele, sexo, condição econômica, origem, etc.»

70. José Afonso da Silva aduz que o texto constitucional que «proíbe o preconceito de origem, cor e raça e condena discriminações com base nesses fato-

res, consubstancia-se, antes de tudo, um repúdio à barbárie do tipo nazista que vitimara milhares de pessoas, e consagra a condenação do apartheid». Finaliza dizendo que «o racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são conseqüências da teoria».

71. Não se pode perder de vista, na busca da verdadeira acepção do termo, segundo uma visualização harmônica da Carta da República, dois dogmas fundamentais inerentes ao verdadeiro Estado de Direito Democrático, que são exatamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1°, II e III). Pretende-se, com eles, que todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, tenham os mesmos direitos, para que de fato se cumpra na sua inteireza o «direito de ter direitos».

72. Ora, as teorias anti-semitas congenitamente relacionadas com o nazismo, incentivada pelo paciente em suas publicações, começam por eliminar a possibilidade de os judeus possuírem direitos inerentes à cidadania, daí evoluindo para as barbáries que eliminam a dignidade do ser humano. A exclusão desses atos do conceito de racismo contraria, de plano, as bases do Estado Brasileiro.

73. Parece-me evidente, por outra via, que o combate ao racismo tem clara inspiração no princípio da igualdade, que por sua vez se confunde com o reconhecimento mundial dos direitos do homem. A Constituição Brasileira o reitera em várias passagens, não sem razão, deixando consignada sua condição de preceito fundamental (CF, artigos 1°, II; 3°, IV; 4°, II e VIII; 5°, *caput*, I, XLI).

74. A efetiva aplicação desses postulados, e a conseqüente defesa dos direitos humanos, deve ser buscada obstinada e intransigentemente, sob pena de ruir-se a própria democracia, sendo o combate ao racismo, em seu sentido amplo, fator decisivo para a consecução desse objetivo fundamental.

75. O direito de qualquer cidadão de não ser alvo de práticas racistas, como de resto as demais garantias individuais, está inserido nas liberdades públicas asseguradas pela Carta Magna, sendo dever do Estado assegurar sua total observância. O respeito ao valor fundamental da pessoa humana é premissa básica do Estado de Direito, e sua desconsideração permite o surgimento de sociedades totalitárias. Nada pode ser mais aviltante à dignidade do homem do que ser discriminado e inferiorizado em seu próprio meio social.

76. Malgrado não seja fundamento do *writ*, penso também não ocorrer na hipótese qualquer violação ao princípio constitucional que assegura a liberdade de expressão e pensamento (CF, artigo 5°, incisos IV e IX; e artigo 220). Como sabido, tais garantias, como de resto as demais, não são incondicionais, razão pela qual devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites traçados pela própria Constituição Federal (CF, artigo 5°, § 2°, primeira parte).

77. Atos discriminatórios de qualquer natureza ficaram expressamente vedados, com alentado relevo para a questão racial, o que impõe certos temperamentos quando possível contrapor-se uma norma fundamental a outra (CF, artigo 220, *caput*, *in fine*). A aparente colisão de direitos essenciais encontra, nesse caso,

solução no próprio texto constitucional. A previsão de liberdade de expressão não assegura o «direito à incitação ao racismo», até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra.

78. E nesses casos há necessidade de proceder-se a uma ponderação jurídico-constitucional, a fim de que se tutele o direito prevalente. Cabe ao intérprete harmonizar os bens jurídicos em oposição, como forma de garantir o verdadeiro significado da norma e a conformação simétrica da Constituição, para que se possa operar a chamada «concordância prática», a que se refere a doutrina.

79. Em situações como a presente, acaso caracterizado o conflito, devem preponderar os direitos de toda a parcela da sociedade atingida com a publicação das obras sob a responsabilidade do paciente, sob pena de colocar-se em jogo a dignidade, a cidadania, o tratamento igualitário, e até mesmo a própria vida dos que se acham sob a mira desse eventual risco.

80. Recentemente o Tribunal, ao apreciar a Rcl 2.040, Néri da Silveira, j. de 21-2-02 — caso Glória Trevi —, ao analisar a possibilidade de autorizar-se exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou a realização do ato, uma vez que entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro, tal como ocorre na espécie.

81. Cuida-se, no caso, de direitos fundamentais que devem prevalecer exatamente porque se relacionam diretamente com os direitos humanos, no caso, grafe-se, não tanto pelo delito já confessado pelo paciente, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

82. Daí a afirmação de Alain Laquièze, de que «existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento», sendo por isso indispensável ter-se como imprescritível o crime de racismo, sobretudo quando se pretende reinaugurar velhas e ultrapassadas teses que a nossa consciência jurídica e histórica não mais admite.

83. A exegese constitucional, como visto, justifica a necessidade de coibir de forma veemente atos dessa natureza, mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo paciente disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no País, dado que dissimulam a sua eliminação de nosso convívio.

84. (...)

85. Como afirmei quando do pedido de vista, revela-se essencial, na espécie, que se proceda a uma interpretação teleológica e sistêmica da Carta Federal, a fim de conjugá-la com circunstâncias históricas, políticas e sociológicas, para que se localize o sentido da lei para aplicá-la. Os vocábulos raça e racismo não são suficientes, por si sós, para se determinar o alcance da norma. Cumpre ao juiz, como elementar, nesses casos, suprir a vaguidade da regra jurídica, buscando o significado das palavras nos valores sociais, éticos, morais e dos costumes da sociedade, observado o contexto e o momento histórico de sua incidência.

86. Sobre princípios interpretativos das normas constitucionais, o mestre português Canotilho anota, entre outros, a força normativa da Constituição, de forma que «dentre as interpretações possíveis, deve ser adotada aquela que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais». Alexandre de Moraes, ao cuidar da aplicação dos direitos humanos fundamentais, assevera que a interpretação «deve buscar a harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas, adequando-a à realidade e pleiteando a maior aplicabilidade dos direitos, garantias e liberdades públicas».

87. O significado do termo racismo empregado pelos impetrantes na inicial encerra a própria negação de seu verdadeiro sentido constitucional, de modo a limitar a eficácia não apenas da norma constitucional específica (CF, artigo 5º, XLII) mas do conjunto dos princípios que informam os direitos e garantias fundamentais.

88. Registro que, após a promulgação da Constituição Federal, cuidou o legislador ordinário de disciplinar o tema ao editar a Lei 7.716/89, que definiu «os crimes resultantes de raça ou de cor». Explicitamente estabeleceu o alcance de raça não limitada à cor da pele. A simples alusão à raça, considerada, como deve ser, uma realidade sócio-política, já exibe suficiente base jurídico-constitucional para incluir o anti-semitismo na extensão de seu verdadeiro conceito. Ainda assim, a Lei 8.081/90 fez incluir expressamente a vedação ao preconceito de etnia, de religião e de precedência nacional, aproximando a norma ordinária aos preceitos conformadores da Constituição e às convenções internacionais sobre o tema.

89. Nesse passo, a correta conclusão do parecer do Professor Miguel Reale Júnior, de que «o racismo é, antes de tudo, uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, como, aliás, as ciências sociais hoje em dia indicam».

90. 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 a 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 perante tal garantia. Parece-me, *data venia*, uma conclusão inaceitável.

91. A propósito, julgo presente registrar que a distinguida referência aos negros nos debates sobre o tema na Assembléia Constituinte decorreu da natural dívida da sociedade nacional para com a comunidade negra. Essa constatação empolgou à ocasião as discussões, sem contudo perder o sentido de que a abrangência da inovação na Carta não se reservaria tão-só aos negros, mas também tinha horizontes mais amplos. Por isso, a simpatia que contagiou os constituintes por sua aprovação, como para tanto posso dar o meu testemunho e invoco, se me permite, o do Ministro Nelson Jobim, nós ambos constituintes, tendo a Emenda Aditiva 645, que cuidou do tema, em sua votação de 3 de fevereiro de 1988, recebido 521 votos a favor, uma abstenção e apenas três contra.

92. O Deputado carioca Carlos Alberto de Oliveira, **Caó**, da bancada do PDT na Câmara Federal, ao justificar a emenda que resultou aprovada, referiu-se igualmente à necessidade de superação das discriminações raciais para a construção de um Estado Democrático. Embora a segregação aos negros tenha sido o móvel principal de sua inspiração, vê-se, pelos termos plurais da justificativa apresentada, que não foram afastadas outras formas de racismo.

93. Embora a inegável amplitude do preconceito de cor, permito-me assinalar que os discursos e práticas racistas no Brasil também tinham como destinatários os judeus, como de resto os ciganos e os índios. No Brasil-colônia a discriminação era fundada na pretensa «pureza do sangue». Os judeus, mesmo os cristãos-novos, marranos, eram tidos como de «raça infecta», a eles sendo vedado o acesso a cargos de responsabilidade na administração pública.

94. E essa mácula de impureza podia gerar trágicas conseqüências, como levar os judeus às chamas da fogueira da Inquisição, tal como ocorreu com o escritor brasileiro Antônio José da Silva — o Judeu —, em Lisboa. Também na década de 30 do século passado, as teorias racistas baseadas na hierarquização de raças tiveram repercussões no Brasil, com o provimento de atos discriminatórios pelo próprio aparelho estatal, notadamente como sucedeu com as restrições impostas à imigração de judeus por critérios de ordem racial.

95. Esse preconceito de raça em relação a eles, conforme me manifestei na sessão anterior em que pedi vista dos autos, persistiu na memória da língua portuguesa, criando-se o peculiar substantivo judiação como sinônimo de maus-tratos, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar. Tais palavras, aliás, bem demonstram que na visão popular essa discriminação soa indubitavelmente como racismo.

96. Encerrei minha manifestação no dia 12-12-02, dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo o que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça. Agora, com mais razão, acrescento ser imperioso dispor a discriminação dos judeus como crime de racismo, a partir de uma interpretação teleológica e harmônica da Carta Federal, das normas internacionais e das leis ordinárias, para garantir não apenas o resgate histórico a que me referi mas a efetividade do respeito aos direitos humanos, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Como diz Gregório Peces Barba, na interpretação dos direitos humanos, deve-se *«favorecer siempre y em todo caso, de la mejor forma posible el contenido del derecho»*.

97. Por tudo o que já foi dito, permito-me arrematar que racismo, longe de basear-se no conceito simplista de raça, reflete, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas. Sua relação com o termo raça, até pela etimologia, tem a perspectiva da raça enquanto manifestação social, tanto mais que agora, como visto, em virtude de conquistas científicas acerca do genoma humano, a subdivisão racial da espécie humana não encontra qualquer sustentação antropológica, tendo origem em teorias racistas que se desenvolveram ao longo da história, hoje condenadas pela legislação criminal.

98. Não resta dúvida, portanto, que o preceito do inciso XLII do artigo 5º da Constituição aplica-se à espécie, dado que todos aqueles que defendem e divulgam idéias dessa mesma natureza são, deliberadamente, racistas e, em conseqüência, estão sujeitos às sanções penais de que se valeram os acórdãos impugnados.

(...)»

Após esse voto pediu vista o Ministro **Gilmar Mendes**.

Na ocasião, o Ministro **Celso de Mello** antecipou seu voto, no sentido de indeferir o *habeas*, acompanhando o Ministro **Maurício Corrêa**.

Está no voto:

«(...)

(...) a noção de racismo — ao contrário do que equivocadamente sustentado na presente impetração — não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social, como bem o evidenciou **Hannah Arendt**, em sua clássica obra *Origens do Totalitarismo*, quando, ao versar o tema do anti-semitismo — por ela qualificado 'como uma ofensa ao bom senso' —, refere-se à manipulação arbitrária dos conceitos de inimigo objetivo e de verdade oficial, como expressões destinadas a fomentar os 'ódios públicos' contra o povo judeu.

(...)

Incensurável, desse modo, a meu juízo, o douto voto proferido pelo eminente Ministro **Maurício Corrêa**, quando, com apoio nos fundamentos que expôs, sustenta a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, cujo julgamento — ao corretamente denegar ordem de *habeas corpus* — manteve o acórdão condenatório proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.

É que publicações — como as de que trata esta impetração — que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal.

(...)

Irretocável, sob tal aspecto, a decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, ao manifestar-se sobre a necessidade de se 'controlarem os abusos da liberdade de expressão, mediante o exercício da jurisdição', deixou assentado que é 'inaceitável que se deixe de punir a manifestação da opinião, quando transparece evidente e cristalina a intenção de discriminar raça,

credo, segmento social ou nacional, ainda que sob o manto de mera 'revisão da história' (...)

(...).».

3. Voto.

A raiz da controvérsia está em reconhecer-se ou não a condição de imprescritibilidade para o delito de discriminação contra judeus.

Analiso.

Para dirimir essa controvérsia, é importante que se faça, ainda que de forma sumária, a recuperação da origem histórica do judaísmo.

Essa incursão no tempo é necessária para poder se concluir se os judeus são um povo ou uma raça.

O Ministro **Maurício Corrêa**, na oportunidade em que pediu vista, procedeu a essa retomada histórica.

Leio:

«(...)

2. Não há dúvida de que os judeus não se constituem em uma raça, pelo menos segundo nossa visão. Também não há dúvida de que a proposta da Constituinte para que se desse o tom de imprescritibilidade aos crimes tidos como de racismo foi da autoria do então deputado Caó e, em decorrência, teve a defesa da comunidade negra no Brasil, e afinal de todos nós.

3. Formulo, apenas para agitar o debate, a seguinte passagem bíblica:

Abrão, em Ur, na Caldéia, recebeu a visita do anjo do Senhor que lhe ordenou largasse a parentela e se mudasse daquele local. Seu pai, que já estava doente, morreu. Dirigiu-se, então, ao lugar onde deveria instalar-se, que era exatamente a terra dos cananeus. Lá, novamente o Senhor se fez presente e anunciou que dele faria uma grande Nação[1[1]].

Abrão levou consigo a mulher, cujo nome era Sarai. No caminho, esse nome foi mudado para Sara por ordem do Senhor, assim como Abrão passou a se chamar Abraão.[2[2]]

Pois bem. Sara não podia conceber em função da idade — o Ministro Ilmar Galvão, que melhor conhece o Velho Testamento irá corrigir-me se eu estiver enganado —, razão pela qual permitiu ao marido que tivesse relações sexuais com sua serva Agar, na verdade uma escrava egípcia[3[3]]. Daí nasceu Ismael, que, segundo se proclama, passou a ser o tronco que se constituiu no povo árabe, que, hegemonicamente, seguiu o islamismo fundado pelo profeta Maomé no Século VI D.C.

Novamente, entretanto, o anjo aparece para Abraão e lhe diz:

— Sara irá conceber.

— Como irá conceber se ela tem mais de noventa anos?

— Ela vai conceber, repetiu.

Abraão levou o fato ao conhecimento de Sara. Ela riu, mas acabou engravidando e dando à luz Isaac[4][4], pai de Jacó[5][5], que teve vários filhos, dentre os quais um a quem chamou de José, filho legítimo da mulher verdadeira de Jacó. José gerou ciúmes em seus irmãos, que o levaram para o deserto e o jogaram num daqueles poços que proliferam por ali, com a intenção de matá-lo. Depois se arrependeram, dizendo:

— Vamos levar uma grande tristeza para o nosso pai. É bom salvá-lo.

Acabaram então vendendo José a um caravaneiro, que o levou para o Egito[6][6], onde se transformou na segunda figura do império faraônico: o José do Egito, o provedor-mor do reino, a autoridade que era uma espécie de primeiro-ministro[7][7].

Sobrevindo grande e desastrosa fome em Canaã ou Terra dos Hebreus, Jacó falou a seus filhos:

— Vocês têm de procurar alimentos.

E eles foram ao Egito em busca de suprimentos, dado que lá havia fartura. Quando chegaram, José disse consigo:

— Esses são meus irmãos.

Disso, todavia, não lhes deu conhecimento.

Fez algumas exigências. Em duas outras oportunidades, porém, seus irmãos voltaram para pegar alimentos, levando ao Egito toda a família de Jacó — mais de setenta pessoas. Esses familiares, tidos como filhos de José, transformaram-se nas centenas de milhares de hebreus que durante 430 anos lá habitaram, confinados num local chamado Gosen[8][8], na condição de oleiros do faraó, portanto escravos do império.

4. Aí começa, verdadeiramente, a saga dos judeus, cuja polêmica acerca da dicotomia que deu origem aos árabes (semitas) e aos semitas descendentes do tronco de Isaac, que é exatamente o lado da família de José, bisneto de Abraão, permanece até hoje.

5. Mais adiante, depararemos com situação curiosa: quem era Dalila? Uma filistéia que se envolveu com Sansão[9][9] — nazireu seguidor de rito do judaísmo que exigia se deixasse o cabelo crescer. Os integrantes desse rito não podiam tomar nada que viesse da uva, além de observarem mais uma série de prescrições, entre as quais a de não ter contato com cadáveres.

6. Essa é a saga trágica de um povo existente desde aquela época. Anote-se igualmente o famoso episódio ocorrido entre Davi e Golias[10][10], conseqüentemente entre um hebreu e um filisteu. Se pesquisarmos a história, chegaremos a vários acontecimentos, todos indicando a refrega que sempre existiu entre os filisteus, povo de origem mediterrânea — vieram de Creta e de Chipre —, que se localizaram na parte hoje denominada Faixa de Gaza, na atual Palestina, como é conhecida pelos árabes.

Segue-se assim o longo percurso do povo judeu.

7. O êxodo do Egito para a Terra Prometida é outra saga maravilhosa. Construiu-se, por inspiração de Deus, a Arca da Aliança, posteriormente surrupiada

pelos filisteus. Houve várias batalhas para resgatá-la até que um dia retornou à posse de Israel. Samuel a protegeu com os seus exércitos, ocorrendo, a partir daí, vitórias sucessivas.

Os filisteus levaram os seus astarotes e deuses balains para as cidades hebréias. Entretanto, Samuel comemorou os feitos de seu povo: colocou uma pedra para sinalizar o evento e lhe deu o nome de Ebenezer[11][11], que quer dizer «Até aqui o Senhor nos ajudou».

É uma expressão bíblica extraordinariamente bela.

8. Essas são apenas algumas páginas da milenar trajetória percorrida por esse povo.

9. Caminhando ao longo da história, chega-se à era cristã, em que Jesus Cristo surge como o Messias[12][12] tão esperado. Esse fato provocou uma cisão entre os judeus, dado que parte deles acredita ser Ele o Messias anunciado pelos profetas, enquanto a outra não crê e O espera até hoje.

10. Essa é a grande primeira cisão estabelecida entre os judeus do mundo inteiro. Por isso a estigmatização que ainda sofrem, assinalando-se como o mais cruel instrumento resultante dessa divisão os tristes episódios registrados por ocasião da Inquisição iniciada no Século IV e que perdurou até recentemente, tendo como um dos maiores corifeus o terrível Tomás de Torquemada, principal executor de seus veredictos, que incluíam todos os que pudessem fazer sombra à Igreja, especialmente os judeus que renegaram e crucificaram Jesus.

11. Não vou aqui recordar aos ilustres Colegas essa passagem histórica relativamente ao que sucedeu com o povo judeu, mas sim que, em face dessa situação discriminatória, criou-se no vernáculo o peculiar substantivo judiação como sinônimo de pessoa que sofre nas mãos de alguém, assim como todas as outras expressões daí decorrentes, tendo como matriz o verbo judiar.

Por que isso?

Porque os judeus teriam judiado de Cristo.

12. Se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos — amargos e terríveis — que denegriram a história, humilhando e martirizando não uma raça — salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas —, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias vivas, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição.

Há de perguntar-se qual a relação disso tudo com o presente julgamento?

Sei que a loucura de Hitler nada tem a ver com o caso em si — e não falo isso para situar-me nesse terreno. Estou apenas dizendo que o povo judeu foi estigma-

tizado. Nas casas e passaportes judaicos havia um "J" como sinal do indesejável, do proscrito. Veja-se o que esse povo sofreu e vem sofrendo até hoje (...)

Pergunto: será que a Carta Federal, ao prescrever no inciso XLII do artigo 5º que «a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei», só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro?

Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira?

13. Se os Colegas permitirem, pedirei vista dos autos. Não porque pretenda de pronto discordar do Relator, o que poderei até fazê-lo, mas depois de amadurecida análise da matéria, que, em face da magna relevância jurídica, irá estabelecer o exato divisor de águas da extensão do preceito. Considere-se, ainda, que é a primeira vez que a Corte vai pronunciar-se especificamente acerca do tema, impondo-se, reconheçamos, maior aprofundamento de seu exame, sem nenhum demérito do douto voto já proferido.

14. Gostaria de fazer mais uma reflexão. Quando leio o citado inciso do artigo 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal?

15. Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo? Ou devo ler a disposição, conforme quer o Ministro Moreira Alves, como dirigido à discriminação racial, considerando a clássica e ultrapassada definição antropológica de que a raça humana se constitui da branca, da negra e da amarela?

Teria sido essa a *mens legislatoris* ou pelo menos a *mens legis*?

16. Durante a Inquisição e a Segunda Guerra Mundial, os ciganos também foram perseguidos, mas essa é outra história. Ninguém sofreu o trauma na própria carne, no sangue, com lágrimas e tudo, mais que o povo judeu.

17. Alguém poderá dizer que isso não será revitalizado. E os movimentos que, como temos visto, pipocam aqui e acolá, ora através dos **ku-klux-klan, skin heads** e outras insanidades desse jaez que surgem no mundo e até no Brasil, de que é exemplo o livro de autoria do paciente *Holocausto. Judeu ou Alemão*, segundo se anuncia já ultrapassada a 29ª edição (...)

18. Estou apenas dizendo que há uma peculiaridade com relação a tudo o que o mundo causou aos judeus, devendo a humanidade, pelo menos *in memoriam* ao trauma que sofreram, fazer-lhes justiça.»

Em tempos modernos, o Rabino **Henry I. Sobel** definiu os judeus como um povo.

Leio:

«(...)

(...) As aspirações universais do judaísmo, aliadas à firme determinação de preservar suas próprias tradições, impeliram o povo judeu a criar uma teoria segundo a qual houvesse lugar no plano de Deus — e no mundo — para pessoas de outras convicções.

(...)»[13]

«(...)

(...) os judeus em toda parte se consideram até hoje membros de uma grande família. A condição de membro provém da mãe. (...)

(...)

(...) judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; (...)

(...)»[14]

Assim também o fez **Henrique Rattner**.

Leio:

«(...)

(...) a definição mais apropriada para o povo judeu seria a de uma comunidade de destino. Temos um passado comum e, queiramos ou não, um futuro comum. O que impacta em uma parte do povo afeta as outras, onde for que se encontrem. (...)

(...)»[15]

Digo eu.

¿Sendo os judeus um povo e não uma raça, não estariam amparados pela CF, art. 5º, XLII?

¿E, também, pelas Leis Infraconstitucionais 7.716/89 modificada pela Lei 8.081/90?

Entendo que sim.

Miguel Reale Júnior em seu parecer afirma:

«(...)

---

13 Direitos das minorias e liberdade religiosa em uma sociedade democrática – Rabino Henry I. Sobel. Rotary Club de Copacabana, Rio de Janeiro, 25 de agosto de 1997.

14 Judaísmo. Rabino Henry I. Sobel. Conferência proferida na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, 15 de fevereiro de 1998.

15 O Povo judeu no limiar do século 21: crise ou continuidade. Henrique Rattner. Palestra proferida no Simpósio Latino Americano organizado pela 'Sociedade Brasileira de Amigos da Universidade Hebraica de Jerusalém", 7 e 8 de agosto de 1999, em São Paulo.

A história contemporânea e as ciências sociais a que deve recorrer o intérprete na construção do conceito de racismo conduzem à conclusão de que o mesmo é mais do que um preconceito baseado na visão da antropologia física de raça, sendo uma realidade social e política, para exercício de dominação e segregação em função da raça, ou cor, ou origem étnica ou nacional ou descendência de um determinado grupo de pessoas.

(...)

(...) o reclamo pela incriminação do racismo, entendido como discriminação racial não só em razão da cor ou da raça, mas em vista, também, da descendência, da origem nacional ou étnica.

(...)

na compreensão da expressão racismo, portanto, deve o intérprete, como já assinalei, valer-se de valorações admitidas pela consciência social, em regras morais, sociais e de costume, sendo certo que, ao se interpretar a norma, está-se inserido em uma tradição, em um círculo formado pela memória e pela experiência social do intérprete.

(...)

(...) em sua justificativa à emenda que se transformou no art. 5º, XLII, o constituinte Caó frisa que o 'Estado Democrático se inicia pela superação das discriminações raciais', referência, portanto, no plural às discriminações raciais, o que torna o exemplo do sofrimento dos negros apenas um exemplo, não a fonte de uma interpretação reducionista.

(...)»

Com a mesma orientação, **Izidoro Blikstein**:

«(...)

(...) no discurso nazista, o termo ariano designa 'raça superior', por oposição ao termo semita, que designa 'raça inferior'. Opor-se ao semita é preservar o ariano. Legitima-se, portanto, a política de eliminação e extermínio praticada com toda frieza e competência técnica pelos nazistas. Como bem observa o historiador Raul Hilberg, no prefácio de seu indispensável *The Destruction of the European Jews* (Chicago, 1961), a singularidade do nazismo reside no fato de ter utilizado o anti-semitismo para a construção de sua doutrina racista e de ter praticado literalmente tal doutrina, com a criação dos campos de extermínio.

A 'raça' ariana/nazista não pode existir sem o seu oposto, a 'raça' semita/judaica.

O anti-semitismo é, portanto, uma forma de racismo.

(...)»

Concluindo-se que seja um povo, a indagação que se impõe é:

¿A discriminação com o povo judeu constitui crime imprescritível à luz da CF, art. 5º XLII?

A resposta é afirmativa.

A norma constitucional não se dirige apenas à discriminação contra o **negro**, como pode parecer.

A raça negra, que inspirou a Emenda **Caó**, foi tomada apenas de forma exemplificativa, tendo em vista as raízes históricas do povo brasileiro, assentada na colonização portuguesa que instituiu a escravidão.

A evolução dessa história vem cumprindo etapas com a abolição da escravatura, com o chamado processo de branqueamento e, recentemente, com as manifestações próativas em favor da completa integração do negro na sociedade brasileira.

Isso não significa que a norma constitucional, numa sociedade multirracial, tenha deixado a descoberto de sua proteção a discriminação contra descendentes de outros povos, tais como os alemães, os judeus, os italianos, que têm marcante presença na história do desenvolvimento do Brasil.

Nesse sentido, leio síntese conclusiva do Professor **Celso Laffer**.

Leio:

«(...)

IX – Síntese Conclusiva.

Respondo, assim, à consulta formulada: o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo e, como tal, imprescritível. As razões e os fundamentos jurídicos nos quais se baseia este parecer, estão sumariadas abaixo, na forma de uma síntese conclusiva.

28. Na Conferência mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993, o Ministro Maurício Corrêa, que chefiava a Delegação brasileira na sua condição à época, de ministro da Justiça, em discurso no plenário, em 14/6/93, fixou a linha geral da posição brasileira, invocando a indivisibilidade dos direitos humanos (cf. Antonio Augusto Cançado Trindade, A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil, cit., p 105). A Conferência de Viena, na sua Declaração e Programa de Ação, agregou a noção de indivisibilidade ao seu item 5, esclarecendo-a ao afirmar que todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. Por isso mesmo a Conferência, no item 32, reafirmou a importância de se garantir universalidade, objetividade e não seletividade na consideração de questões relativas a direitos humanos. (A Declaração e Programa de Ação de Viena está reproduzida no apêndice do livro de J. A. Lindgren Alves, Os Direitos Humanos como tema global, São Paulo, Perspectiva, 1994 os itens 5 e 32, estão respectivamente, nas páginas 153 e 162).

Indivisibilidade e, por via de conseqüência, universalidade, interdependência, inter-relacionamento e não-seletividade foi a posição assumida pelo ministro Maurício Corrêa em Viena. Ela corresponde inteiramente ao que estipula, para o plano interno e externo, a Constituição de 1988, e foi esta posição o ponto de partida deste parecer.

29. O art. 5.°, -LXII, está inserido na sistemática constitucional dos direitos e garantias individuais, tutelada por cláusula pétrea, o que significa que a *vis*

directiva do constituinte foi dar estabilidade e permanência a um sistema integrado de valores de convivência coletiva, que tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana, ao qual a Constituição atribuiu supremacia axiológica. Deve, por isso mesmo, o art. 5.°, -LXII, ser apreciado e interpretado com os cuidados especiais exigidos pela indivisibilidade dos direitos humanos (cf. Parte 1 e conclusão n° 1).

30. O art. 5°, -LXII, exprime a especificação do princípio geral da igualdade e da não discriminação. O seu destinatário é o ser em situação vitimado pela prática do racismo. O artigo é uma inovação da Constituição de 1988 e é parte do processo mais amplo da especificação dos direitos humanos, que caracteriza o nosso texto constitucional. Tem como nota própria o rigor da tutela penal, indicativa da importância que a Constituição atribui à repressão da prática do racismo (cf. Parte II e conclusão n° 2).

31. O critério de interpretação dos direitos humanos deve favorecer, pela importância a eles atribuída pela Constituição de 1988, de maneira ampla, o conteúdo do direito contemplado. Entre os direitos e garantias individuais se inclui, *ex vi* do art. 5.°, -LXII, a rigorosa inaceitabilidade da prática do racismo. A Constituição de 1988 é explicitamente receptiva ao Direito Internacional Público em matéria de Direitos Humanos, o que configura uma identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno, quanto à proteção da pessoa humana. Por isso mesmo, como decidiu o S.T.F. no acórdão de 23/6/1994 (HC 7384), do qual foi relator o Ministro Celso de Mello, na interpretação em matéria de Direitos Humanos, o Direito Interno e o Direito Internacional não são estanques. Interagem com vistas a reforçar a imperatividade do direito constitucionalmente garantido. Este é, conseqüentemente, também um critério relevante para a interpretação do art. 5.°, -LXII, da Constituição de 1988 (cf. Parte III e conclusão n° 3).

32. O conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5.°, -LXII, do crime da prática do racismo, tipificado pela legislação infraconstitucional, reside nas teorias e preconceitos que estabelecem diferenças entre grupos e pessoas, a eles atribuindo as características de uma 'raça' para discriminá-las. Daí a repressão prevista no art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os índios, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam raças distintas. É o que diz a Declaração da Unesco de 1978 sobre Raça e Racismo; é o que dizem autores citados pelo impetrante, que mostram que 'raça' é uma construção histórico-social, voltada para justificar a desigualdade. Esta omissão é o ponto de partida da falaciosa argumentação do impetrante. Com efeito, os judeus não são uma raça, mas também não são raça os negros, os mulatos, os índios e quaisquer outros integrantes da espécie humana que, no entanto, podem ser vítimas da prática do racismo. É o caso, por exemplo, dos párias na Índia, discutido na Conferência de Durban sobre Racismo, vítimas de um preconceito de origem e não de marca, para recorrer à distinção de Oracy Nogueira. Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raça', como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e inter-relacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo ministro Maurício Corrêa em Viena.

Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, esta linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas conseqüências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças (cf. Parte IV e conclusão nº 4).

33. O acerto da não interpretação do crime da prática do racismo a partir do conceito de 'raças', à maneira do que preconiza o HC 82424-2 impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, confirma-se por dois casos decididos por eminentes Cortes Superiores de outros países, que comportam aproximação com o HC 82424-2 ora submetido ao julgamento do S.T.F. Tanto o caso da Shaara Tefila Congregation v Cobb, decidido pela Suprema Corte dos EUA em 1987, quanto o caso Mandla and another v Dowell Lee and another, decidido pela House of Lords da Inglaterra, em 1983 interpretam e aplicam a legislação dos seus respectivos países em matéria de discriminação racial. O caso decidido pela Suprema Corte dos EUA diz respeito à prática do racismo em relação a judeus. O caso decidido pela House of Lords diz respeito à prática do racismo em relação aos sikhs. Em ambos, estas duas Cortes Superiores decidiram, não obstante as alegações dos réus semelhantes às do impetrante que, apesar dos judeus e dos sikhs não serem uma 'raça', foram vítimas de práticas racistas, cabendo assim, respectivamente, a tutela da legislação norte-americana de 1982 e da legislação inglesa de 1976, que tratam da discriminação racial. Nestes dois casos que julgaram em matéria de discriminação racial, atribuiu-se ao termo 'raça' sua dimensão histórico-cultural, da qual provêm as práticas discriminatórias (cf. Parte V e conclusão nº 5).

34. A etimologia da palavra raça, no entender de vários filólogos é obscura, como obscuras vieram a ser as conseqüências do seu uso social. Em português, na sua origem, além de ser utilizada para diferenciar, cão, cavalo, de boa ou má raça, adquiriu outro significado. Ter raça é ter sangue de mouro ou judeu. Esta mesma acepção de cunho negativo, se encontra em espanhol e a origem deste emprego, nas duas línguas, reside nas tensões provenientes da Reconquista pelos cristãos da Península ibérica, dominada por séculos pelos árabes e nos conflitos religiosos que posteriormente levaram ao estabelecimento da Inquisição.

Alguns filólogos derivam raça do latim, ratio - rationis, na acepção da modalidade, espécie. Foi esta acepção que prosperou quando, no século XVIII teve início, pela obra de Lineu, não só a classificação das plantas e animais como também dos seres humanos. A taxonomia tornou-se dinâmica com o evolucionismo de Darwin e, no que diz respeito aos seres humanos, os múltiplos porém imprecisos critérios de classificação das raças estavam ligados à aparência.

No século XIX a taxonomia das raças acabou induzindo o racismo. Com efeito, a classificação das raças levou às teorias racistas — por exemplo, as de Gobineau — que justificaram a desigualdade com base na diferença entre raças superiores e inferiores. Estas teorias vicejaram no caldo de cultura do darwinismo social e passaram a fazer parte da História das mentalidades.

As teorias racistas buscaram sua fundamentação nas ciências biológicas. Justificaram a prepotência da expansão colonial européia e foram a base do racismo biológico institucionalizado da Alemanha nazista. Esta instigou ódios públicos e conduziu uma guerra pública em relação aos que a liderança nazista considerava raças inferiores, com destaque para os judeus.

O avanço do conhecimento e o desvendar do seqüenciamento do genoma humano se incumbiram de mostrar que não há fundamentação biológica em qualquer subdivisão racial da espécie humana e que os critérios de diferenças visíveis, a começar pela cor da pele, são apenas juízos de aparência. Neste sentido as ciências biológicas são um elemento adicional para a afirmação do princípio da igualdade e da não discriminação, que resultaram da positivação do valor do ser humano.

As teorias racistas não têm fundamentação biológica. Persistem, no entanto, como fenômeno social. É por essa razão que é este fenômeno, e não a 'raça', o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5.º, -LXII, da Constituição, e da sua correspondente legislação infraconstitucional. É precisamente porque a prática do racismo está na cabeça das pessoas que o art. 20 da Lei 7.716/89, com a redação dada pela Lei 8.081/90 e também sua evolução legislativa, tipifica na estrutura do delito o praticar, induzir ou incitar por publicações e pelos meios de comunicação, a divulgação de teorias que discriminam grupos ou pessoas, a elas atribuindo as características de 'raças inferiores'. Esta divulgação é crime de prática de racismo. Foi por estas bem fundamentadas razões que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou Siegfried Ellwanger e o Superior Tribunal de Justiça confirmou o acerto jurídico do Tribunal gaúcho (cf. Parte VI e conclusão nº 6).

35. As teorias e visões do mundo racistas partem do princípio que existem raças; que estas se dividem entre superiores e inferiores e que as superiores têm o direito de dominar as inferiores. Uma visão racista do mundo leva a distintas escalas de agressividade, lastreada pelo não reconhecimento aos 'outros' dos mesmos direitos e garantias, cujo fundamento é o princípio da igualdade e o corolário da não discriminação. A escala de agressividade se intensifica com a violência da segregação de que é exemplo o que foi o apartheid na África do Sul. O paroxismo da violência é o extermínio físico, tal como tipificado pelo crime do genocídio. O paradigma deste paroxismo foi o Holocausto levado a efeito pelo Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, que conduziu uma guerra pública contra as raças inferiores, com destaque para o extermínio de judeus.

A Carta da ONU procurou responder ao ineditismo da escala sem precedentes do mal, da experiência da Segunda Guerra Mundial e de seus antecedentes. Nesta resposta deu realce para o que representou o genocídio como afronta ao valor da dignidade da pessoa humana. Fez, assim, da tutela dos direitos humanos no plano internacional, não um tema circunscrito, mas um tema global.

Na etapa da especificação, do processo de positivação dos Direitos Humanos no âmbito do Direito internacional Público, em matéria de discriminação racial, o grande texto jurídico é a Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965. O Brasil participou de sua elaboração

normativa e a Convenção que está em vigor no plano internacional foi recepcionada pelo Direito brasileiro.

São relevantes na discussão do HC 82424-2, ora em exame pelo S.T.F., o art. 1-1 - da Convenção, que dá uma definição abrangente da expressão 'discriminação racial' e o art. 4, que insere na tutela penal a difusão de idéias baseada na superioridade ou ódios raciais.

A Convenção de 1965, antecede em vigência e aplicação a Constituição de 1988; não suscita o problema das antinomias nem a discussão sobre a mudança da Constituição de forma distinta da prevista para as emendas constitucionais — temas com os quais se preocuparam os ministros Moreira Alves e Gilmar Mendes. É, portanto, um meio válido, à disposição do intérprete para a aplicação do Direito no Brasil em matéria de Direitos Humanos, nos termos da Constituição de 1988, como decidiu o S.T.F. no acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello em 23/6/94 (HC7384).

O Direito Internacional Público é um elemento adicional a confirmar que o crime cometido por Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo. Com efeito, a Convenção de 1965 qualifica, no seu art. 1, como discriminação racial, qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional e estipula, no seu art. 4, como delito, a difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódios raciais ou qualquer incitamento à discriminação racial, tal como definido no art. 1°. A prática do crime de racismo inclui, assim, o anti-semitismo, que é um fenômeno social, que independe de um inexistente e impreciso conceito de 'raças'.

A história legislativa da Convenção de 1965 comprova também que as práticas anti-semitas do nazismo foram uma das causas de sua elaboração e que o Brasil, nos travaux preparatoires, foi explícito nesta matéria. Na agenda internacional da ONU o anti-semitismo como prática de racismo tem sido considerado um tema de preocupação atual e não apenas histórica. É o que afirma, por exemplo, a Resolução 623/98 da Assembléia Geral e o item 61 da Declaração da Conferência de Durban sobre Racismo de 2001, cabendo igualmente lembrar que a Declaração de Durban reitera, no seu item 58, que o Holocausto jamais deverá ser esquecido. Aponto, neste sentido, que negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é parte do crime da prática do racismo pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger (cf. Parte VII e conclusão n° 7).

36. As práticas do racismo, na experiência histórica do Brasil, em oposição ao que alega o impetrante, tiveram uma amplitude de destinatários que foram vitimados pela discriminação. Negros, mulatos, índios, ciganos, judeus, foram, em diversos momentos da nossa História, considerados 'raças inferiores' e, como tal, discriminados.

No período colonial as práticas racistas se davam pela distinção entre os limpos de sangue — os brancos, portugueses, cristãos-velhos — e os de raças ditas impuras, cujo sangue manchava — os negros, os mestiços, os indígenas e os judeus, inclusive os convertidos, qualificados de cristãos-novos. Para os cristãos-novos a impureza de sangue era uma ameaça onipresente em função da Inquisição

que fazia do critério da impureza de sangue um elemento comprobatório de judaísmo oculto, que poderia conduzir à morte nas fogueiras dos autos-de-fé. O teatrólogo Antonio José da Silva — o Judeu, nascido no Rio de Janeiro, é a mais notória vítima, na História da literatura luso-brasileira, condenado a morrer na fogueira, num auto-de-fé, ocorrido em Lisboa em 1739. A distinção entre cristãos-novos e cristãos-velhos, no Brasil, só foi eliminada pela Carta-Lei de 1773, promulgada ao tempo do Marquês de Pombal.

O preconceito racial em relação aos judeus, baseado na 'impureza de sangue', persistiu na memória da língua portuguesa, tal como usada em nosso País com os vocábulos judiar e judiaria e na representação do judeu no folclore brasileiro, como atesta Luís da Câmara Cascudo.

O Brasil recepcionou, nos séculos XIX e XX, teorias racistas que foram parte da História das Mentalidades voltadas para justificar e legitimar a desigualdade com base na distinção entre 'raças' superiores e inferiores. Na década de 30 teve irradiação em nosso País o racismo nazista alemão, que tinha no anti-semitismo o seu foco preponderante. Isto contribuiu para a existência de práticas racistas no aparelho do Estado, em especial no que tange às restrições da imigração de judeus para o Brasil na década de 30 e durante a Segunda Guerra Mundial, justificadas por critérios raciais. A postura governamental, que não era ostensiva mas é documentada, se viu facilitada pela propaganda contra o judeu, contida nas obras anti-semitas publicadas na época, em especial as de Gustavo Barroso. É a reedição das obras do espalhafatoso anti-semitismo de Gustavo Barroso, parte integrante do crime pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger.

A legislação brasileira, desde a lei Afonso Arinos de 1951, que dá início ao processo de especificação da tutela penal para proteger as vítimas da discriminação racial, não tem como destinatários exclusivos o ser em situação, vitimado pela cor de sua pele, como argumenta sem base histórica e jurídica o impetrante. O Direito brasileiro contempla tanto o preconceito de raça — que o sociólogo Oracy Nogueira qualificou de preconceito de origem — quanto o preconceito de cor — por ele qualificado de preconceito de marca. Esta é a interpretação correta a ser dada ao art. 5.°, -LXII, da Constituição de 1988, e à sua correspondente legislação infraconstitucional, inclusive por força da vis directiva do Preâmbulo da Constituição que afirma os valores supremos de uma sociedade que se quer fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (cf. Parte VIII e conclusão n° 8).

37. Uma palavra final sobre a imprescritibilidade, pois o impetrante, na petição do HC 82424-2, não nega a existência de um delito cometido por Siegfried Ell wanger. Busca afastar a imprescritibilidade, argumentando não se tratar de crime de prática de racismo.

Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento, como explica Alain Laquièze (Le Debat de 1964 sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, in Droits, 31, 2000, p. 19).

A memória das práticas racistas que dificultaram, na História do Brasil, a criação de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos — valores supremos do País consagrados no Preâmbulo da Constituição — é o que o Constituinte quis preservar, para impedir sua reincidência. Por isso conferiu, no art. 5.°, -LXII, ao crime da prática do racismo, o peso e a gravidade da imprescritibilidade.

O crime de Siegfried Ellwanger é o da prática do racismo, crime de que nos queremos livrar, em todas as suas vertentes, para construir uma sociedade digna. Tem a especificidade de querer preservar, por meio de publicações, viva, a memória de um anti-semitismo racista. Foi este anti-semitismo que levou, no Estado Racial em que se converteu a Alemanha nazista, à escala sem precedentes, o mal representado pelo Holocausto. O Holocausto é a recusa da condição humana da pluralidade e da diversidade, que contesta, pela violência do extermínio, os princípios da igualdade e da não discriminação, que são a base da tutela dos direitos humanos. O crime de Siegfried Ellwanger, por apontar nesta direção do mal, não admite o esquecimento.

(...)».

Concluo, na linha doutrinária e filosófica das transcrições e citações aqui lançadas, que a discriminação contra o povo judeu caracteriza o crime inafiançável e imprescritível de racismo, mesmo que as Leis Infraconstitucionais não tenham contemplado o princípio da imprescritibilidade (Lei 7.716/89 modificada pela 8.081/90).

Nesse aspecto, em plena vigência, a norma constitucional (CF, art. 5°, XLII).

Acompanho o voto divergente do Ministro **Maurício Corrêa**, com as devidas vênias ao Relator.

Indefiro o *habeas*.

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: Sr. Presidente, se V. Exa. me permite, e se o Colega Carlos Ayres Britto também permitir, gostaria de adiantar posição.

Por isso, peço-lhe licença para também me manifestar.

Sr. Presidente, ouvi com atenção os votos proferidos no julgamento desta causa. Pouco teria a acrescentar ao rigor técnico e à agudeza de análise com que a questão foi enfrentada. Gostaria, no entanto de agregar algumas considerações que o tema enseja. A propósito deste julgamento, fui revisar alguns trabalhos antigos, e outros nem tanto, mas incompletos e interrompidos pela escassez de tempo.

Iniciei minha vida profissional muito cedo como tradutora. Coube-me verter do inglês para o português boa parte dos verbetes da Enciclopédia Judaica Roth, editada no Brasil pela Editora Tradição, do Rio de Janeiro. Nessa obra fui buscar a definição de raça e racismo.

Diz o verbete n° 1.571:

«Raça; racismo. A concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes encontra-se de maneira vaga e imprecisa na Bíblia, onde, no entanto,

(como acentuavam os rabinos) a unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todos os homens. O conceito de r. começou a tomar novo aspecto no séc. XIX. A descoberta da existência dos grupos de línguas Semítico e Ariano levou à teoria da existência das raças Ariana e Semita e, mais tarde, à classificação de suas subdivisões, sendo os Teutões representantes da primeira e os Judeus da segunda. A teoria era baseada na crença, logo rejeitada pelos cientistas, de que (1) os Judeus eram fisicamente homogêneos e (2) de que havia correlação entre o tipo físico e as características mentais – intelectuais, sendo os Judeus (e alguns outros grupos) considerados racialmente «inferiores». Ao fim do séc. XIX, isto tornou-se um conceito básico no reestabelecimento do movimento anti-judaico na Alemanha que, na nova era de tolerância, não podia mais se basear exclusivamente na religião e que, além disso, se confrontava com grandes números de Judeus em cujas vidas o Judaismo não tinha nenhuma participação. Desta forma, o que tinha sido, até aqui, uma teoria inócua e contestável, tornou-se nas mãos de E. Dühring, Wilhelm Marr, Houston Stewart Chamberlain, A. Rosenberg, etc. uma arma poderosa. Princípio fundamental do movimento Nazista desde suas origens (ver Nacional Socialismo) foi oficialmente e precisamente formulado nas Leis de Nuremberg em 1935, (...). Esta concepção foi aplicada com menos rigor na Itália Fascista em 1938 e em vários países europeus ocupados pelos nazistas entre 1939-45. Nela foi baseada a política de exterminação desenvolvida pelos nazistas durante este período estendendo-se conseqüentemente, em muitas ocasiões a pessoas com apenas as mais leves ligações Judaicas e mesmo a pastores e padres Cristãos. As alegadas evidências «científicas» de raça, baseadas na craniometria, etc. provaram-se insustentáveis.»

É de ver que neste texto, datado da década de 60, não vão referidas as descobertas posteriores que, de uma vez por todas, desfizeram a teoria das raças. E, vale lembrar que o Congresso da Unesco de 1964 já renegava o valor biológico da idéia das raças humanas[1].

Mas é na autoridade atual do biólogo Edward O. Wilson que se deve buscar a palavra definitiva sobre o assunto: «*A maior parte dos biólogos e antropólogos usam a expressão 'raça', apenas de maneira vaga e eles não desejam sugerir nada mais do que a observação de que certos traços, tais como, estatura média ou cor da pele variam geneticamente de um local a outro. Quando se diz que asiáticos e europeus diferem em determinada característica, essa afirmação significa que o traço se altera em alguma medida entre a Ásia e a Europa. Não significa que 'raças' distintas possam ser definidas com base neste traço e, deixa aberta a forte probabilidade de que o mesmo traço apresente variação adicional dentro de regiões diversas da Ásia e da Europa. Ademais, várias propriedades em anatomia e fisiologia – por exemplo, a cor da pele ou a capacidade para digerir leite – apresentam padrões altamente diversos de variação geográfica ('racial'). Em conseqüência, a maior parte dos cientistas já de há muito reconheceu que se trata de um exercício fútil tentar definir raças humanas distintas.* ***Tais entidades, de fato, não existem.*** *Igualmente importante é afirmar que a descrição*

1 A Antropologia. Enciclopédia do Mundo Actual, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1977, p. 166.

de uma variação geográfica em um ou outro traço, por parte de um antropólogo ou biólogo ou por qualquer outra pessoa, não deve comportar juízos de valor em relação à valia das características definidas.»[2]

Fiz as referências para deixar consignado que, quanto ao fato de que a divisão da humanidade em raças diversas não encontra qualquer respaldo, estamos todos de acordo. Os autores citados pelo eminente Relator, os que foram referidos por V. Exa., pelo Ministro Celso de Mello, pelos Ministros Gilmar Mendes e Nelson Jobim, nesta assentada, e até mesmo aqueles em que busca amparo o ilustre patrono do paciente repetem esta verdade científica, reafirmada com a decodificação do genoma humano.

A questão está em saber se, amparados nessa premissa, a de que existe apenas uma única raça humana, o comportamento imputado ao paciente não se poderia subsumir nos preceitos mediante os quais a Constituição Federal marca o repúdio, a manifesta aversão, a absoluta inaceitação da nação brasileira ao preconceito dito racial, a ponto de tornar imprescritíveis as ofensas que tenham por móvel tal discriminação.

Tomada isoladamente tal premissa, a resposta é negativa.

Todavia, a existência de raças definidas é apenas um dos postulados da ideologia racista. E com a acuidade científica desse postulado nunca estiveram preocupados os seus adeptos. Do ponto de vista da antropologia, o racismo é definido como a doutrina segundo a qual a raça (herança genética) ou o tipo físico geram cultura, ou seja, «tudo quanto seja não-biológico e socialmente transmitido numa sociedade, incluindo padrões de comportamento artístico, social, ideológico e religioso»[3].

Portanto, quando se fala em preconceito de raça e quando a tanto se referem a CF e a lei, não se há de pensar em critérios científicos para defini-la — que já sabemos não os há — mas na percepção do outro como diferente e inferior, revelada na atuação carregada de menosprezo e no desrespeito a seu direito fundamental à igualdade. Trata-se do preconceito feito ação.

E o que é um preconceito?

Segundo Bobbio[4], uma opinião acolhida passiva e acriticamente e que, por isso mesmo, resiste a qualquer refutação racional. Para esse autor, «*a inclusão na esfera das idéias que não aceitam se submeter ao controle da razão serve para distinguir o preconceito de qualquer outra forma de opinião errônea*»[5]. Noutra passagem, o mestre italiano, citando Pierre-André Taguieff[6], refere que o preconceito é «*um juízo prematu-*

2 Wilson, Edward O., "On Human Nature", Harvard University Press, Cambridge, Massachusets, 1998, p. 48.

3 Winick, Charles, "Dictionary of Anthropology", Littlefield, Adams & Co., Totowa, New Jersey, 1977. p. 144.

4 Bobbio, Norberto, "Elogio da Serenidade e outros escritos morais", São Paulo, Ed. Unesp, 2002, p. 103.

5 *Idem, ibidem*, p. 103.

6 P.-A Taguieff, La force du préjugé, essai sur le racisme et ses doubles, Paris, Éditions de la Découverte, 1987.

ro», que induz a que se «*acredite saber sem saber, se preveja sem indícios seguros suficientes, se chegue a conclusões sem se ter as certezas necessárias*». Por isso mesmo, ele «*é mais difícil de ser vencido, pois o erro que ele provoca deriva de uma crença falsa e não de um raciocínio errado que se pode demonstrar falso, nem da incorporação de um dado falso, cuja falsidade pode ser empiricamente provada.*»[7] A mente humana comete muitos erros, rotineiramente. «*O preconceito, porém é um erro mais tenaz e socialmente mais perigoso*»[8] Ele se difunde e mantém porque serve a determinados propósitos: «*(...) a crença na veracidade de uma opinião falsa corresponde a (...) desejos, mobiliza (...) paixões, serve a (...) interesses*»[9]. Daí a predisposição a acreditar, mesmo contra toda a evidência.

Exemplo claro de manifestação desse preconceito em ação é uma das obras, objeto de divulgação pelo paciente do presente HC. Os chamados *Protocolos dos Sábios do Sião* correspondem a uma fabricação grosseira, construída por anti-semitas franceses por volta de 1897, exaustivamente desmascarada[10] e que, apesar disso, passado mais de um século, ainda corresponde ao credo anti-semita. Tão absurda é sua persistência neste ideário do ódio que o humor judaico, em piada freqüentemente ouvida, manifesta sua incredulidade diante das circunstâncias contraditórias de que os judeus sejam tão hábeis a ponto de tecerem um plano perfeito para dominação do mundo e, ao mesmo tempo, tão néscios para o divulgarem aos quatro ventos.

Segundo Christofer Hitchens, autor de *Jewish Power, Jewish Peril*, «*O anti-semitismo distingue-se de outros preconceitos. Ele é um tipo destilado venenoso da teoria conspiratória e é dirigido contra um grupo que, quando não possa ser atacado enquanto raça, possa sê-lo enquanto religião. Ou, quando não possa ser incriminado como uma plutocracia capitalista, possa ser apontado como o gênio do mal que inspira o comunismo. Os nazistas retrataram os judeus ora como especuladores rotundos, ora como esquálidos e sinistros bolchevistas. O anti-semitismo é como uma epidemia que ocorre em quase todas as sociedades, eclode nos períodos mais diversos e deriva da paranóia. Por isso, não admite prova em contrário.*»[11]

É ainda Bobbio quem distingue três fases na construção do preconceito de raça. A primeira consiste num juízo de fato e na constatação da diversidade, que em si nada tem de reprovável. Ao anódino juízo de fato sobrepõe-se um juízo de valor que faz com que os diversos sejam colocados em patamares desiguais: um é bom, o outro, mau; um é civilizado, o outro, bárbaro; um superior (em virtudes morais, em dotes intelectuais), o outro, inferior. Até aqui, todavia, podemos nos encontrar no mero terreno do esnobismo e do provincianismo, das cliques e do sectarismo. É, entretanto, na terceira fase que o preconceito discriminatório torna-se socialmente nocivo e mesmo perigoso. É quando,

7 Bobbio, N. *op. et. loc. cit.* p. 121.

8 *Idem, ibidem*, p. 104.

9 *Idem, ibidem*, p. 104.

10 Ver Norman Cohn, 1966; Christofer Hitchens, Jewish Power, Jewish Peril, 2002.

11 Vanity Fair, sept/2002.

segundo Bobbio, após as duas primeiras etapas, e com base na conclusão de superioridade, um grupo passa a considerar-se titularizado a comandar, dominar, submeter e até mesmo eliminar o grupo que considera inferior. Ainda aqui é possível distinguir entre a atitude de superioridade que recomenda a «tutela» dos considerados inferiores para fazê-los aceitar os princípios, o modo de vida, as crenças religiosas dos que se julgam superiores. Foi o que vimos ocorrer com os indígenas americanos ao longo da dolorosa Conquista. No campo político, portanto, a pretensa superioridade tem sido a justificativa ética de todos os impérios coloniais. O mesmo Bobbio, citando agora Tzvetan Todorov[12], refere que «*transformar, de modo indevido, em valores universais, os valores característicos da sociedade a que pertencemos, ainda quando esses valores nascem de costumes locais, particularísticos, com base nos quais é incorreto, para não dizer insensato e até mesmo ridículo, falar em nossa superioridade com respeito aos que pertencem a um grupo étnico de costumes diversos, igualmente particularísticos.*» *(124).* Em sua forma mais virulenta, porém, o preconceito excludente levado ao extremo objetiva não a «conversão» mas a eliminação física, como no caso da «solução final» concebida e posta em prática pelos nazistas.

Dada essa compreensão à matéria é que se torna necessário concluir que, muito embora o racismo não possa ser «*justificado por fundamentos biológicos ele, no entanto, persiste como fenômeno social. E, é este fenômeno social o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII da Constituição Federal e sua correspondente legislação infra-constitucional.*», conforme a precisa expressão do Prof. Celso Lafer em parecer que foi apresentado à Corte.

Para exemplificar, valho-me de relatos trazidos pelo historiador Ingo Müller em sua obra *A Justiça de Hitler.*[13] Nesse livro, seu autor busca responder à perplexidade que decorre do fato de que tais e tantas agressões aos mais básicos direitos humanos tenham ocorrido sem que as vítimas pudessem contar com o amparo do sistema jurídico e judiciário alemão. De fato, a todos nós causa espanto verificar que num país onde, apenas cem anos antes, um simples camponês podia desafiar o poderoso Kaiser, afirmando sua confiança nos juízes que havia em Berlim; um país cujas instituições jurídicas haviam servido de modelo para tantos outros ao redor do mundo pudesse assistir insensível e inerme aos desmandos que tanto sofrimento causaram a tantos. O autor, em análise minuciosa, situa as causas de tal desmonte do sistema de garantias dos cidadãos contra o Estado num longo percurso através do qual se foi direcionando a magistratura ao estado de conformismo e à ausência de independência, da qual resultou, afinal, a vitimização das liberdades civis e dos direitos humanos.

Por isso mesmo, segundo aquele autor, já em 1844, «Heinrich Simon, Juiz do Tribunal Municipal de Breslau, assinalava a manipulação das Cortes pelo Estado e profetizava: '*O judiciário prussiano, até aqui tão exaltado, cairá (...) e as ruínas desta*

12 T.Todorov, "Nous et les autres". La réfléxion française sur la diversité humaine, Paris Èd. Du Seuil, 1989)

13 Ingo Müler, "Hitler's Justice – The Courts of the third Reich", Havard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1991.

instituição cairão sobre o trono prussiano e sobre as liberdades civis do povo prussiano.'»[14] Entre as tantas medidas adotadas pelo regime absolutista de Bismarck como fórmulas para afastar da magistratura elementos que representassem alguma sorte de oposição ou resistência ao regime, o autor refere o estímulo a aposentadorias precoces e a alteração de critérios para admissão à carreira, com a instalação de um período probatório de oito a dez anos em que o juiz não gozava da garantia da independência. Ao longo desse período de «observação», os candidatos podiam ser excluídos sem maiores formalidades. De tudo isso resultou o quadro que o autor pinta com cores vívidas: «*Os únicos candidatos que sobreviviam ao escrutínio eram os leais e complacentes em nível particularmente elevado — aqueles que, em outras palavras, aceitavam a ordem social e política existente de forma incondicional.*»[15]

Pois bem, Sr. Presidente, já encerrando essa digressão, é assim que se explica a involução de um sistema judiciário até então exemplar. Corroendo-se sua autonomia, atacando-se sua dignidade, reduzindo-o a mero apêndice ou caixa de ressonância dos projetos de um regime autoritário, conseguiram-se afinal decisões como as que são referidas no livro antes citado e que vêm a propósito da temática versada nestes autos.

Refiro-me, entre tantos outros, ao episódio, relatado pelo mesmo Ingo Müller, em que um locador judeu, após ser chamado por diversas vezes de «alemão porco» por um de seus inquilinos, notificou-o e requereu o despejo. O Tribunal Central de Pequenas Causas de Berlim rejeitou o caso mediante a espantosa fundamentação de que : «*Apesar de sua cidadania alemã, o requerente não se enquadra na categoria de pessoas popularmente referida pela palavra 'alemão'*»[16], e, logo, não teria por que ofender-se ao ser assim apostrofado. Depois, quando o orador nazista Bernhard Fischer afirmou, em reunião pública, que o chefe de polícia era um «*judeu bastardo*», foi absolvido pelo tribunal distrital de Neuruppin porque não se podia «*reconhecer na afirmação de que alguém tivesse ascendência ilegítima judaica nenhuma expressão de desprezo*».[17]

Fica evidente a irracionalidade da manifestação racista e, no caso, anti-semítica, mediante esta exemplificação que trouxe da obra do Professor Ingo Muller. Como não há compromisso com a correção biológica ou antropológica em suas afirmações, a ideologia do preconceito excludente permite uma riqueza enorme de exemplos em que se expõe, em toda a sua extensão, a sua grande irracionalidade.

Por essas razões, Sr. Presidente, que agrego às muito melhor formuladas pelos Colegas, é que afirmo ser impossível aceitar a argumentação segundo a qual, se não há raças, não é possível o delito de racismo.

Por isso, com a devida vênia dos que pensam diversamente, alinho-me à divergência inaugurada por V. Exa. para denegar a ordem.

---

14 *Op. cit.* p. 5.

15 *Op. cit.* p. 6.

16 *Op. cit.* p. 19.

17 *Op. cit.* p. 19.

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, peço vênia aos Ministros **Marco Aurélio** e **Carlos Britto** para antecipar meu voto.

Quando adentrei o Plenário, estava hoje com muitas certezas, mas, após os votos eruditos agora proferidos, além daqueles que V. Exa. e o eminente Ministro **Celso de Mello** já haviam, com não menos brilho e erudição, proferido, e aos quais tive o acesso prévio, já não tenho dúvidas.

Partindo do pressuposto de que, no campo científico pré-jurídico, ou extrajurídico, já não se reconhece hoje a existência de raças, senão de uma única raça, que é a humana, eu diria que, ainda quando essa não fora verdade científica estabelecida, o que sobretudo releva, no trabalho de interpretação da norma inserta no inciso XLII do art. 5º da Constituição Federal, é captar-lhe a idéia subjacente à base semântica do conceito de racismo, ou seja, a idéia do que significaria a palavra «*raça*», para efeito de intelecção e incidência dessa regra constitucional.

Ocorre-me ao propósito que, como as demais ciências, o Direito também tem suas próprias realidades, seus conceitos: o Direito cria, mediante múltiplas técnicas, como a ficção, por exemplo, as categorias e os termos exigidos pela operacionalidade do seu sistema, que é o de uma ciência prática. Em muitas matérias, a ciência jurídica apropria-se, no todo ou em parte, de conceitos, categorias, realidades e termos de outras ciências, incorporando-os ao mundo jurídico e ao sistema jurídico-normativo. E, nesses casos, é menos árduo o trabalho reconstrutivo do intérprete.

Ora, suposto seja ainda possível sustentar, do ponto de vista biológico ou genético, que existam raças, eu diria que, na hipótese, a Constituição não adotou nenhum rigoroso e puro conceito extrajurídico, senão que elaborou conceito próprio, isto é, um conceito normativo. E é com esta como especificidade operacional da Constituição, ao formular a noção de racismo, que deve o intérprete lidar, e lidar com redobrado cuidado, porque está diante da hipótese excepcional de uma modalidade de crime imprescritível. O ordenamento deu, com isso, manifesto relevo valorativo de vigoroso repúdio a um recorte da realidade histórica, que é fruto da crença político-ideológica na inata superioridade de alguns homens sobre outros, à vista das suas graves conseqüências sociais, ao negar-lhe à reprovação penal a aplicação da regra geral de prescritibilidade das pretensões, que serve à paz social.

O método exegético consiste, aqui, em retirar da Constituição mesma, mediante raciocínio que guarda alguma afinidade com a chamada «*interpretação teleológica*», o conteúdo nuclear do conceito jurídico-penal de racismo, no seu confronto com a gravidade da norma constitucional e os bens e valores jurídicos por ela tutelados.

Noutras palavras, eu concordaria, em termos, com o Ministro **Nelson Jobim** no passo em que S. Exa. sustenta que a definição de racismo tem de ser pragmática. Mas pragmática no sentido de atender a esse procedimento lógico-jurídico-material de pesquisa da racionalidade da norma.

Parece-me claro que, nela, a Constituição tende, em última instância, a resguardar a integridade biopsicológica de grupos sociais diferenciáveis por caracteres físicos, religiosos, étnicos, de procedência ou origem, enquanto portadores de qualificações

secundárias, mas capazes de fazê-los alvo cego dessa perversão moral, que é a ideologia racista, expondo-os, com o perigo de repetições históricas, a todas as manifestações concretas de discriminação e violência, as quais, porque atentam contra a dignidade das pessoas que os integram, põem em risco os fundamentos de uma sociedade que quer ser fraterna, plural e solidária.

Parece-me, com o devido respeito, não ser lícito, nessa moldura, emprestar sentido restrito ao termo «*racismo*», até porque, se doutro modo não se tornasse absolutamente inútil, como asseverou o Ministro **Nelson Jobim**, seria, quando menos, extremamente pobre, porque se limitaria a proteger conjuntos muito reduzidos de pessoas. Acho que não foi tão mesquinha a intenção objetiva da norma constitucional, que aparece, antes, extremamente generosa na tutela daqueles grupos humanos, porque, no fundo, o de que se trata é de preservar os fundamentos da República (art. 1°, II e III, da CF), preservando a integridade das pessoas no que têm de substancial e universal, enquanto dotadas da mesma dignidade como iguais membros da raça, dessa orgulhosa raça humana.

De modo que, Sr. Presidente, já não teria nenhuma dúvida em denegar a ordem.

O que me impressionou foi a objeção de certo modo insinuada nas intervenções do Ministro **Sepúlveda Pertence**. Mas, nesse aspecto, ainda que reconheça e afirme a liberdade teórica de expressão de todo editor e autor, cujas atividades são de óbvia licitude — eu mesmo já li, sem nenhum juízo de censura ao editor, *Os Protocolos dos Sábios do Sião*, com introdução e notas de Gustavo Barroso, se bem me recordo —, o que me basta e 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. Ele, na verdade, dedicou-se a editar e, como autor, publicar uma série de livros com a constância e o evidente propósito de promover e difundir o anti-semitismo como particular manifestação da ideologia racista, instigando e reforçando preconceitos e ódios históricos. E isso tem significado óbvio: trata-se, a meu ver, de prática que contraria a tutela constitucional e, portanto, se tipifica em tese, perante a lei, como crime imprescritível, porque transpõe os limites da liberdade de expressão.

Não obstante o grande respeito que sempre tive — e reitero nesta oportunidade — ao Ministro **Moreira Alves**, a quem reconheço como um dos mais eruditos, inteligentes e respeitáveis Ministros que ilustraram esta Corte, peço vênia para denegar o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 82.424/RS — Relator: Ministro Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, preliminarmente, por inexistência de previsão regimental, indeferiu o pedido de nova sustentação oral do ilustre advogado do paciente, tendo em vista não se encontrar mais nesta Corte, pela aposentadoria, o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, nesta preliminar, os Ministros Sepúlveda Pertence e Carlos

Velloso. Em seguida, após o voto do Ministro Gilmar Mendes, que indeferia o *habeas corpus*, anteciparam os votos os Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, também denegando a ordem. Pediu vista o Ministro Carlos Britto. Não participou da votação o Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Ministro Moreira Alves, que proferira voto. Presidência do Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 26 de junho de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador

DEBATES

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ministro, V. Exa. não está reexaminando todo o juízo emitido pelo primeiro e pelo segundo grau em sede de *habeas corpus*? Reexaminando toda a prova no sentido de que a conduta seria atípica?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: É o que enfrento na seqüência imediata.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. está examinando esse problema?

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Britto, parece que esta questão não está em jogo, porque o *habeas corpus* cuida apenas da imprescritibilidade.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Essa parte do voto do Ministro Carlos Britto envolve uma proposta de *habeas corpus* de ofício.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Exatamente; é quanto a isso que eu quero concluir.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sim, mas V. Exa. está examinando toda uma prova sem ter os autos em mãos, pois tem os elementos que vieram no *habeas corpus*. V. Exa. está revendo um juízo material de valor emitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação à matéria. Ou seja, estamos nos erigindo em terceiro grau de jurisdição para efeito de rever a decisão penal? Sendo que as condutas tipificadas não se realizaram em determinado momento e, se assim não aconteceu, não se caracterizava um crime? Estamos invertendo todo o processo.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Como diria Camões, redivivo: «Cessa tudo que a antiga musa canta que outro valor mais alto se alevanta».

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Camões não conhecia Processo Penal. V. Exa. está pretendendo que o Tribunal, com Camões ou sem Camões, ponha-se no lugar do Tribunal de Justiça para emitir um juízo de valor sobre a conduta realizada. E a questão posta aqui é: é imprescritível ou não?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: É que se trata de impedir a consumação de nulidade absoluta: a retroatividade incriminadora da lei.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: V. Exa. me permite? Só para complementar a linha de raciocínio do Ministro **Nelson Jobim**, eu faria duas indagações: V. Exa. tem em mãos todas as provas dos autos?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Tenho.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E, segundo essas provas, está porventura demonstrado que os fatos imputados ao ora paciente foram anteriores ao início de vigência da lei que definiu e tipificou o crime?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Perfeito. Se alguém quiser pedir vista em mesa dos autos, pode confirmar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não é preciso. V. Exa., como examinou os autos e evidentemente vai, com base neles, sustentar o seu ponto de vista, pode indicar-nos quais são essas provas.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, a mim me parece, com a proposta, por um Ministro, de *habeas corpus* de ofício — cabível ou não, examinando prova ou não, isso são considerações para acompanhá-lo ou não —, o Tribunal tem de votar. E como não temos mais a presença do Relator, o em. Ministro Moreira Alves, V. Exa., que votou em seguida, é o substituto do Relator.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Britto, se esta preliminar sua da questão de ordem for vencida, V. Exa. prossegue o voto ou pára por aí?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Prossigo. A questão de mérito será enfrentada.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Entendo que essa questão é estritamente de fato. A matéria de que cuida o *habeas corpus* é exclusivamente relativa à prescritibilidade ou imprescritibilidade do delito; por conseguinte não vejo aqui campo para conceder-se de ofício o *habeas corpus*.

Nestes termos, manifesto-me, *data venia*, contrário à questão de ordem, para que se prossiga no julgamento.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, ainda não posso votar. Preciso saber se os fatos estão demonstrados, porque, se estiverem com certeza, não vejo como evitar concessão de *habeas corpus ex officio*. O problema todo é prévio: saber se os fatos são duvidosos ou se estão demonstrados suficientemente para que o Tribunal profira decisão tão grave como esta, que é a de expedir *habeas corpus ex officio*, quando não há impedimento a que essa matéria seja rediscutida com a profundidade necessária em eventual *habeas corpus* de iniciativa do paciente. Tenho de me armar de certeza absoluta para proferir decisão tão relevante.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Tal como lido, fiz um confronto de datas e cheguei à conclusão convictamente.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. sustenta, então, que o racismo no Brasil só veio a ser apenado com a reforma estabelecida pela lei de 1990?

E a lei anterior, de 1989, Lei Caó?

E a lei anterior, de Sarney?

E a lei anterior, de Afonso Arinos, de 1950?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Mas a vedação de publicação de livros só veio com a Lei nº 8.081.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): E a Constituição?

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Onde temos regras gerais em relação a isso.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: A Constituição também não fala da publicação de livros, porque remeteu para a lei a incumbência de definir o crime, de aportar os elementos conceituais do crime e o respectivo apenamento. Mas é uma proposta. V. Exas. decidem.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): A verdade é que os livros foram editados, e a matéria já está mais do que esclarecida.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Se o Tribunal me permite uma reflexão, continuo um tanto preocupado por ter aventado uma consideração que poderia envolver a concessão de um *habeas corpus* de ofício: estou cada vez mais constrangido porque o julgamento parece dirigir-se para uma denegação de ofício de *habeas corpus* quanto a fundamento não invocado pelo impetrante. Evoluo, assim, para afastar qualquer outra consideração que não seja o fundamento da impetração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A não ser que contemos, nos autos, com os parâmetros indispensáveis à concessão.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: À concessão, ou então a uma clara definição de que não estamos decidindo de ofício sobre a questão. Proferir um *non liquet*, como é o sentido do voto que acaba de proferir o Ministro Cezar Peluso, que não se sente esclarecido sobre a questão.

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: E sem prejuízo para o paciente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O indeferimento poderá sinalizar que os dados cronológicos apontados pelo Relator não procedem. Aí é que está o perigo.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Aí é grave, porque se estará suprimindo uma instância; isso é evidente. Um prejuízo para o acusado.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Como é imprescritível o poder de ajuizar *habeas corpus*, os fatos poderão ser rediscutidos a qualquer tempo, com a certeza exigível a respeito.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Cezar Peluso, de que maneira V. Exa. votaria então?

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não tenho nenhum elemento para tomar tão grave decisão, com o devido respeito. Denego o *habeas corpus* de ofício.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): V. Exa. resolve a questão de ordem denegando o *habeas corpus* de ofício.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a preocupação do Ministro Sepúlveda Pertence procede. Algo é assentarmos que não temos elementos para chegar à concessão de ofício. Outra coisa, diversa, é denegar-se a ordem.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Eu proporia ao Ministro Cezar Peluso uma modificação vocabular: não é não conhecer, porque ninguém pediu; é não conceder o *habeas corpus* de ofício, por não se sentir devidamente esclarecido quanto à questão de fato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sr. Presidente, assumo esse enunciado.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Tem que deixar muito claro que é um *non liquet*, porque as ponderações do Ministro Carlos Britto são muito sérias.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Tenho a impressão de que essa questão está mais ligada ao mérito.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É claro que isso está fora do pedido. Se não fosse *habeas corpus*, não estaríamos nem cogitando disso, e nenhum dos outros Ministros, a partir de uma provocação minha, teria descido a doutíssimas considerações sobre o problema de liberdade de expressão *versus* racismo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Eu assumo isso.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim, V. Exa., o voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes, já antes o voto do Sr. Ministro Celso de Mello, que são verdadeiras denegações de um *habeas corpus* que ainda não foi impetrado.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, o princípio da anterioridade da lei penal, para chegar-se à persecução e ao decreto condenatório, é de conhecimento de todos. Não posso imaginar que, diante do que seria o açodamento na propositura da ação penal, não se tenha buscado a glosa desse mesmo açodamento. Não teria a menor dúvida em acompanhar o Relator se o voto de Sua Excelência partisse de elementos concretos existentes nos autos, elementos ligados às datas das edições, da elaboração ou da prática dos atos tidos — e é essa a decisão transitada, penso, em julgado — aqui como configurados.

Lembro-me, e acompanhei com atenção o voto proferido, que Sua Excelência partiu para ilações, presente até mesmo a presunção. Mas diria, Presidente, que a presunção deve militar no sentido do que normalmente ocorre. E, se tivesse havido o ajuizamento precoce da ação penal, teríamos a mais fácil, a mais viável das matérias de defesa a serem veiculadas, que é a ausência de anterioridade.

Por isso, creio que a hipótese não comporta o *habeas* de ofício, por não termos aí elementos concretos definidores de que, só após a prática, houve a disciplina e a definição da tipologia penal. Creio que a situação conduz ao indeferimento do que preconizado pelo Relator, mas, a partir, repito, da ausência de elementos, o que não fecha a porta a uma nova impetração, uma vez averiguado e confirmado o quadro fático que lhe dê respaldo.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, essa questão não constitui fundamento do pedido de *habeas corpus*. O fundamento do *habeas corpus* situa-se no campo

de ser imprescritível ou não o delito. Mesmo nos casos em que o exame da prova diga respeito ao fundamento do *habeas corpus*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se faz, no processo de *habeas corpus*, exame da prova, principalmente se esse exame há de ser aprofundado.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Veja a conclusão: os livros teriam sido editados em 1989; mas não é de edição que se trata. Como votou o Ministro Cezar Peluso na última sessão, trata-se, claramente, da divulgação e da campanha, e deu-se, exatamente, depois de 1990; então essa é matéria estritamente de prova. Se ele editasse o livro em 1930 e guardasse os livros, e, depois, a sua família o distribuísse no ano 2000, não estaria praticando um crime? Não é a edição do livro, é a divulgação visando atingir a raça.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: V. Exa. está levando a imprescritibilidade até depois da morte.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Todos os judeus do holocausto sabem o que significa a morte. Sabem muito mais do que nós.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Foi maldade minha: V. Exa. se referiu à família.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: E veja V. Exa., Sr. Presidente, que se tem questão nova, dado que o impetrante, em nenhum momento, pretendeu isso. Será que não estaria bem assistido o paciente? E posso dizer, pelo que conheço do impetrante, que está o paciente muito bem assistido, em termos de assessoria jurídica, por um notável advogado gaúcho. De maneira que estamos laborando em terreno movediço, examinando prova num caso em que nem o impetrante desejou que isso fosse feito.

Ora, o réu não está preso, não se tem esta necessidade, não é razoável a precipitação a tentativa de concessão de *habeas corpus* de ofício num caso tão relevante. Essa questão ficaria, caso desejasse o impetrante, para revisão criminal.

Afinal de contas, a questão não fica somente na data em que o livro foi editado. Pode-se editar um livro, hoje, com data de dez anos atrás para se evitarem implicações. V. Exa. sabe que isso ocorre, e a prova é muito complexa. No caso, quando é que se fez essa divulgação?

Peço licença ao meu eminente Colega, Ministro Ayres Britto, para o fim de decidir por não ser o caso, por não estarem preenchidos os requisitos, de *habeas corpus* de ofício.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, deixo de conceder *habeas corpus* de ofício nos exatos termos dos votos pronunciados pelos eminentes Ministros Cezar Peluso e Marco Aurélio. Dado que há o risco iminente de denegação de ofício de *habeas corpus*, como se acaba de ver do eloqüente voto do eminente Ministro Celso de Mello, acho que o mais prudente é, simplesmente, não cogitar de *habeas corpus* de ofício e me adstringir, em homenagem ao Relator, a partir de agora, exclusivamente à fundamentação do pedido.

VOTO (S/ Questão de Ordem)

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Sr. Presidente, não retiro a proposta, porque fiz uma coisa muito simples: li a denúncia e busquei as datas nela própria. Acabei de receber

o processo. A autoridade denunciante indica as datas de edição e reedição dos livros, e elas ou são manifestamente anteriores à data da lei increpadora ou, simplesmente, suscitam aquela dúvida. A lei é de 90. Há dois livros que são de 90, mas o órgão promotorial público não diz em que mês essas edições ou reedições se deram. Então, aplico o princípio constitucional do *in dubio pro reo;* simplesmente isso. Mas acato, do ponto de vista do respeito, a decisão de V. Exa., e não tenho como deixar de fazê-lo, apenas não mudo de opinião.

Peço vênia para persistir na minha proposta.

VOTO (Vista)

Introdução

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Por haver solicitado vista do processo, durante a Sessão Plenária do dia 26 de junho do fluente ano, trago à douta apreciação dos meus dignos pares o voto que adiante verbalizo.

2. À guisa de introdução acerca da tramitação do feito, no entanto, permito-me anotar que o presente *habeas corpus* tem por paciente **o Sr. Siegfried Ellwanger Castan**. No pólo contrário, ou seja, na condição de parte nominalmente apontada como coatora, comparece o augusto **Superior Tribunal de Justiça**. E como objeto da impetração, pedido de desfazimento da cláusula de imprescritibilidade que se encontra averbada à condenação penal imposta a ele, paciente, pela 3ª Câmara Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

3. Atento à natureza e ao conteúdo das peças judiciais acostadas ao *remédio heróico* do *habeas*, assim como aos documentos constitutivos do processo originário (por mim requisitado), relembro que tudo começou pela aceitação de denúncia do Ministério Público *sul-rio-grandense* contra o paciente, sob a acusação do crime de «incitar e induzir a discriminação racial». Denúncia que se fez em acatamento a representação de terceiros (um deles na condição de representante da Federação Israelita do Rio Grande do Sul), **em data de 12 de novembro de 1991**, e assim nuclearmente vocalizada pelo digno Promotor de Justiça:

> «Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda., situada na Rua Voltaire Pires, nº 300, conj. 02/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e com isso procura **incitar e induzir a discriminação racial**, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica» (fls. 18, sem os caracteres negritados).

4. Em seqüência, o Órgão Ministerial Público arrolou as obras que o paciente escreveu ou editou, delas pinçando os trechos que entendeu caracterizadores do mencionado delito de discriminação racial (fls. 18/23). Todavia, como o paciente veio a ser absolvido pela juíza substituta **Bernardete Coutinho Friedrich**, da sentença absolutória recorreram os assistentes da acusação. Recorreram e obtiveram êxito na sua irresignação, acrescento, visto que o ato sentencial monocrático veio a ser totalmente reformado pela unanimidade

dos membros da referida Câmara Criminal do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. E confirmado esse último aresto, enquanto peça condenatória do paciente, pela quase totalidade dos Ministros que formam a egrégia «Quinta Turma» do Superior Tribunal de Justiça – STJ (a única discordância ocorreu pelo voto do ilustrado Ministro **Edson Vidigal**).

5. De lembrar, por importante, que as doutas manifestações do Ministério Público também não primaram pela irrestrita convergência. Enquanto o órgão promotorial da primeira instância terminou por requerer a absolvição do réu (tanto que nem recorreu da sentença absolutória), os outros agentes ministeriais que atuaram nas supervenientes instâncias judicantes insistiram na tipicidade penal da conduta do ora paciente.

6. Prosseguindo neste retrospecto, consigno que a ação criminal teve por calço jurídico-positivo **o art. 20, *caput*, da Lei nº 7.716/89, com a redação da Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990**. O mesmo e único fundamento, por sinal, em que se louvou a multicitada Câmara Criminal (fl. 28) para reformar a sentença de 1ª instância e condenar o paciente a 2 (dois) anos de reclusão, com direito a *sursis* pelo prazo de 4 (quatro) anos. E sem nenhum acréscimo, supressão ou modificação por parte da colenda Quinta Turma do STJ quanto àquele embasamento jurídico-positivo condenatório.

7. Aqui, nesta Casa Maior da Justiça Brasileira, o processo chegou pela mais desembaraçada via do *habeas corpus*, conforme anunciado nas primeiras linhas desta anotação prévia. Impetração essa recebida como «instrumento substitutivo de recurso ordinário» e que já foi conclusivamente relatada pelo eminente Ministro **Moreira Alves**; tendo Sua Excelência votado, como sabido, pelo deferimento do *heróico remédio*. E assim procedeu o erudito Relator, em consideração ao juízo comprovadamente objetivo (porque científico) de que não há raças humanas. É dizer: «não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado». No que o preclaro Ministro terminou por acolher o próprio fundamento do *habeas*, consistente na afirmação de que discriminar o judaísmo é crime, sim, porém não chega a ser manifestação de racismo. E não chega a ser manifestação de racismo precisamente porque não há raças humanas, assim no plural. O que existe é tão-somente uma raça humana, uma única raça humana, em oposição às raças que proliferam no reino dos animais irracionais.

8. Não logrou adeptos imediatos, contudo, o consagrado ministro **Moreira Alves**. Seis não menos ilustrados Membros desta Corte Suprema já pronunciaram seus votos de forma diametralmente oposta à pretensão do paciente. É falar, os eminentes Ministros **Maurício Corrêa**, **Celso de Mello**, **Gilmar Mendes**, **Nelson Jobim**, **Ellen Gracie** e **Cezar Peluso** entenderam praticado o crime de racismo, sim, contra o povo judeu; mesmo reconhecendo, *a una voce*, a cientificidade daquele juízo da inexistência de raças humanas. E se crime de racismo houve, não há por que desconstituir a cláusula de imprescritibilidade de que a trata a Constituição Federal.

9. Se me fosse possível avançar um *minimum minimorum* de comentário sobre a contradita de todos os seis preclaros Ministros, falaria: a) inicialmente, da proposição ***jobiniana*** de que a tese do insigne Relator do *habeas* deixaria sem núcleo semântico, sem conteúdo significante o próprio dispositivo constitucional que faz da prática do racismo

um crime (pois é de todo evidente que não se pode dar a um dispositivo constitucional-originário nenhum tipo de interpretação nulificadora da própria norma por ele veiculada); b) em segundo lugar, traria à tona o juízo de que toda forma de anti-semitismo é incontornável manifestação de racismo (tal como exposto nos fundamentados votos dos Ministros **Maurício Corrêa**, **Celso de Mello** e **Carlos Mário Velloso**), pela mais direta, recente e dolorosa vinculação desse gravíssimo preconceito ao holocausto de que foi vítima o povo judeu no transcurso da Segunda Grande Guerra; c) comentaria, enfim, a sólida convicção dos Ministros **Ellen Gracie**, **Gilmar Mendes**, **Celso de Mello** e **Cezar Peluso** quanto ao fato de que o o paciente ultrapassou todas as fronteiras da sua liberdade de manifestação do pensamento para invadir o proibido território do racismo anti-judaico, seja por escrever, editar e reeditar o livro *Holocausto Judeu ou Alemão?* (com o subtítulo de *Nos Bastidores da Mentira do Século*), seja por reeditar e expor à venda livros de autores que enveredaram pelo mesmo infectado pântano do anti-semitismo. Sendo, por conseqüência, irretocavelmente justa («adequada» e rigorosamente conforme «o princípio da proporcionalidade», ponderou o Ministro **Gilmar Mendes**) a pena que lhe fora aplicada pela egrégia 3ª Câmara Criminal da Corte de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Com a averbação de imprescritibilidade e tudo.

10. Esse o breve retrospecto de uma causa, Senhor Presidente, que talvez como nenhuma outra me possibilitou conhecer o apurado desvelo profissional e a fulgurante inteligência de todos os 6 (seis) ministros que tive a honra de citar pelos respectivos nomes. A cujo refinado labor é de se ombrear as peças já produzidas pelo insigne Relator **Moreira Alves**, pelo douto Procurador-Geral **Cláudio Fonteles**, e pelo assim chamado *amicus curiae* **Celso Lafer** (autor do alentado parecer que tão bem impressionou os Ministros **Celso de Mello** e **Carlos Mário Velloso** e que também tive a honra profissional e o deleite pessoal de ler).

O manejo de princípios constitucionais contrapostos

11. Passando ao esboço do meu voto, propriamente, observo — como certamente os doutos Ministros já observaram, mesmo sem explícita verbalização — que toda esta demanda nos coloca no epicentro do instigante e atualíssimo tema da contraposição de princípios jurídicos. É como dizer: os fatos ensejadores da denúncia e trazidos ao conhecimento deste STF pela via constitucional do *habeas corpus* são fatos para cuja subsunção o magistrado tem que aplicar alguns modelos normativo-principiológicos em estado de fricção e que chegam a descambar para uma recíproca excludência; ou seja, o decididor tem que trabalhar com determinadas normas de conteúdo axiológico e índole constitucional que, no caso, parecem demandar interpretação maniqueísta ou de radical exclusão de uma delas.

12. Com efeito, seja qual for o ângulo jurídico de análise da questão de fato, o decididor se vê na insólita dificuldade de aplicar certos comandos jurídico-positivos em concreto estado de tensão, *pressionando*, cada um deles, por uma exclusiva ocupação de espaço. E o que é mais trabalhoso e delicado é que se trata de comandos expressionais daqueles princípios que, de tão excelsos, a Constituição incluiu nos próprios fundamentos da República Federativa do Brasil (como desenganadamente são os *protoprincípios* da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e do pluralismo político). E perpassantes, além do mais, do preâmbulo e dos objetivos fundamentais da mesma Federação Republicana.

13. Como sobejamente conhecido, os princípios constitucionais ostentam essa característica da inter-referência e ela se dá tanto por complementação (um princípio se colocando enquanto *sub* ou serviente de outro) **quanto por oposição**. E é quando o caso concreto suscita a aplicabilidade da inter-referência por oposição que o magistrado nem sempre tem a chance do ajustamento ou compatibilização deôntica. Sua opção é por vezes radical no sentido de ter que excluir a incidência de um dos princípios em confronto.

14. Esse fenômeno da inter-referibilidade por oposição é de maior ocorrência — força é dizê-lo — no curso das relações que os particulares travam entre si e com o propósito de exercitar direitos e garantias individuais, que são direitos e garantias imediatamente referidos ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e defluentes de uma sociedade **culturalmente pluralista**, ou seja, de uma sociedade que se compõe de grupos humanos culturalmente díspares, formados por seres dotados de estrutura biopsíquica também personalíssima. Vale dizer, pessoas de mundividência e gosto pelas coisas verdadeiramente únicos. Por isso mesmo, pessoas que se fazem detentoras de uma jurídica autonomia de vontade para materializar as suas insimilares convicções políticas e filosóficas, de parelha com suas também insimilares preferências estéticas, profissionais, sexuais, religiosas, culinárias, etc., pois somente assim é que o ser humano se realiza enquanto ser humano mesmo («ninguém é igual a ninguém», «cada cabeça uma sentença» e «gosto não se discute» são ditos populares que muito bem exprimem a incrível capacidade que tem a natureza de jamais se repetir). Assumindo o Direito Positivo, de conseguinte, o inevitável risco de ver uma dada autonomia de vontade a se antagonizar com outra, por abuso de uma delas.

15. Este o fadário, a assumida destinação de um Direito que faz da convivência entre os contrários um dos mais expressivos conteúdos da Democracia (**Tobias Barreto** dizia ser o Direito o *modus vivendi* possível). Sabendo, de antemão, que a abstrata legitimação do uso de uma vontade individual pode resvalar para a danosa prática da abusividade. Mas também por antecipação convencido da maior valiosidade da premissa democrática de que não é pelo receio do abuso que se vai proibir o uso daqueles direitos e garantias em que mais resplende o valor da Liberdade. Há fórmulas compensatórias de resolução de conflitos e a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é a mais estratégica de todas elas. Com o quê a sociedade pode recobrar o seu necessário estado de harmonia.

16. Ciente e consciente de tal *sobredificuldade* metodológica, antecipo que todo o meu esforço operacional será o de demarcar o campo de lídima expressão de cada princípio em estado potencial de atrito, a fim de evitar o concreto sacrifício de um deles. Se não me for possível fazê-lo, também adianto que a minha preferência recairá sobre essa ou aquela norma-princípio que melhor assegure a aplicabilidade de outras que também tenham tudo a ver com o preâmbulo da Constituição, os fundamentos (incisos de I a V do art. 1º da CF) e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (incisos de I a IV do art. 3º da mesma CF). Dito pela forma contrária, o meu crivo de seleção prestigiará esse ou aquele princípio que, no caso vertente, menos sacrifício imponha aos demais. Demais princípios, reafirmo, nos páramos da mesma *santíssima trindade* do preâmbulo da Constituição e dos fundamentos e objetivos fundamentais da Federação Republicana brasileira.

Questão de Ordem

17. Assim postas as coisas, começo por levantar **uma questão de ordem**. E digo uma questão de ordem porque o fato a que vou me referir não foi, ao que me parece, até agora processualmente mencionado ou, por qualquer modo, versado. Ele se traduz no seguinte: nem o órgão promotorial de 1ª instância nem os assistentes da acusação, nenhum desses atores processuais originários fez a prova de que o delito em foco se materializou **no lapso de vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como incriminador da conduta do réu, agora paciente**. Quero dizer: nada nos autos atesta que a denunciada prática do crime de racismo se deu após a publicação da Lei federal de nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, que foi a lei veiculadora do *novidadeiro* artigo nº 20, por ela adicionado à Lei penal nº 7.716/89, e cuja redação é esta:

> «Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena de reclusão de dois a cinco anos.»

18. Convém insistir ainda um tanto, para maior clareza da questão de ordem: o pólo processual ativo do processo na instância originária tinha o dever de provar que o delito se materializara após a entrada em cena do dispositivo penal increpador. E tinha o dever de provar porque até a data de vigência da Lei nº 8.081 o preconceito racial enquanto crime não estava associado à sua veiculação «pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza». É só conferir o modo originário como a Lei nº 7.716 foi redigida para de pronto se concluir que dela **não constava a ocorrência do delito pela via a que se reporta a lei que lhe deu imediata seqüência temporal (a de nº 8.081)**. Nova lei, por sinal, qualificadora do crime, naturalmente pelo fato de que «praticar, induzir ou incitar» o racismo «pelos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza» passa a implicar propaganda aberta ou convocação pública para delinqüir. Uma *orquestração*, destarte, própria de quem não tem sequer o pejo de se assumir como racista ou de quem se esforça por fazer proselitismo (por hipótese, se alguém faz publicar edital de recrutamento de pessoas de «boa aparência» e ali mesmo exclui os candidatos de cor ou os portadores de uma nacionalidade em particular, está a incidir em preconceito racial pela forma direta ou pessoal. Mas, se vem a público para falar bem desse tipo de prática excludente ou de outras do gênero, passa a compor um tipo de discurso aliciante que o tangencia para a zona da incitação ou do induzimento, que são práticas indiretas do mesmo e proibido preconceito).

19. Acresça-se que dois outros específicos mandamentos jurídicos jungiam a instância acusadora ao dever de provar que a ação tida por criminosa ocorrera em data posterior à da lei increpadora. São eles:

> I - o inciso XXXIX do Magno Texto Federal, assim vernacularmente paramentado: «não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal». Estatuição que se traduz no princípio da **estrita legalidade penal**, particularização que é do genérico princípio da **reserva legal**, segundo o qual «ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei» (inciso II do art. 5º da Carta Republicana de 1988);
>
> II - o art. 41 do Código de Processo Penal, na redação de todos conhecida: «A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas

circunstâncias, a qualificação do acusado ou os esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas».

20. Ora bem, de tal inafastável dever não se desincumbiu o pólo acusatório da demanda, *venia concessa*, conforme se constata pela simples confrontação de datas; ou seja, da confrontação da data de publicação da Lei nº 8.081 (tal publicação é de 24 de setembro de 1990) com as datas de edição e reedição dos livros objeto da ação penal pública, **o que resulta é a falta de demonstração da anterioridade da primeira em relação às demais**.

21. Realmente, fácil é perceber que:

I - são de 1989 as datas de edição ou reedição dos seguintes livros, objeto da denúncia e apreendidos por ordem judicial: *O Judeu Internacional*, de **Henry Ford**; *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, apostilada por **Gustavo Barroso**; *Brasil Colônia de Banqueiros*, de **Gustavo Barroso**; *Holocausto Judeu ou Alemão? — Nos bastidores da Mentira do Século*, de autoria dele mesmo, paciente, sob o pseudônimo de **S. E. Castan**;

II - não vem acompanhada de nenhuma indicação de data a 3ª edição do livro *Os conquistadores do Mundo — os verdadeiros criminosos de guerra*, que tem por autor o húngaro **Louis Marschalko**», mas é de se presumir que tenha sido anterior à data da denúncia, pois o fato é que esse livro, cuja 1ª edição é de 1958, **já constava da representação em que se louvou o Órgão Promotorial para o ajuizamento da denúncia (e tal representação é de 3 de julho de 1990)**;

III - finalmente, as outras duas obras (*A História Secreta do Brasil*, 1ª reedição, escrita por **Gustavo Barroso**, e *Hitler, Culpado ou Inocente?*, 1ª edição, do escritor **Sérgio Oliveira**, essas têm data, sim, mas apenas quanto ao ano nelas impresso (que foi o de 1990). Nenhuma referência existe quanto ao mês das respectivas publicações, porém é de se presumir que esse mês tenha sido anterior à data de publicação da Lei nº 8.081 (sem falar que a primeira delas também figurava na citada representação, enquanto a outra, por silêncio do Ministério Público, não comporta exegese que não seja a do *in dubio pro reo*).

22. Por que a exegese do *in dubio pro reo*? Pela clara razão de que vigora em nosso Ordenamento Jurídico o princípio **da presunção de inocência** em matéria penal, todo ele defluente do seguinte *versículo* da *Lex Legum* de 1988: «ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória» (inciso LVII do art. 5º).

23. É certo que, em contraponto a este equacionamento, alguém poderá dizer que o paciente não apenas editou e reeditou livro próprio e livros alheios. Ele também expôs à venda todas essas obras. Mas a contradita se me antolha descabida. Primeiramente, porque a venda ou comercialização de livros é tão-somente uma conseqüência ou efeito natural das respectivas edições ou reedições (aquela é absorvida por estas). Em segundo lugar, porque essa mesma comercialização faz parte da liberdade empresarial ou liberdade de iniciativa que o Código dos Códigos erige a fundamento da República Federativa e da Ordem Econômica brasileira (a teor do inciso IV do art. 1º e do *caput* do art. 170, mais o parágrafo único desse mesmo artigo, assim redigidos:

«Art. 1°. (...):

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;»

«Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei».

24. Acresça-se uma terceira razão em prol da licitude da concreta ação do condenado, ora paciente, que é precisamente esta: **a proibição da venda de livros não constava da Lei n° 8.081/90**. Ela, proibição de venda, somente foi normatizada pela Lei n° 9.459, de 13 de maio de 1997, **e ainda assim para criminalizar um outro tipo de conduta**: «Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo» (§ 1° do artigo 20). Que não é o caso dos autos.

25. Outro fundamento aparentemente oponível à atipicidade da conduta do réu, ora paciente, estaria no chamado «crime permanente». Acontece que não estão presentes os pressupostos ou elementos conceituais desse crime. A uma, porque editar ou reeditar livros é conduta que se perfaz e se exaure com a sua instantânea ocorrência. O empirismo em si do seu desencadear (o que se pode protrair no tempo são os efeitos da conduta, mas aí o que se tem já é a figura distinta do «crime instantâneo de efeitos continuados»). A duas, porque a outra característica do crime permanente é o fato de sua consumação poder cessar pela vontade do agente (caso típico do seqüestro), e o fato é que a pessoa responsável pela concreta edição de um livro já não tem como praticar a respectiva *desedição* nem impedir a leitura desse livro por eventuais adquirentes (para melhor proveito, na matéria, é de ler a obra *Direito Penal*, vol. 1, Parte Geral, Ed. Saraiva, 23ª ed., 1999, pp. 193/194, de **Damásio de Jesus**).

26. Este o primeiro anunciado entrechoque de normas constitucionais, todo ele situado na esfera daqueles imediatos direitos e garantias que a *Lex Maxima* colocou ao serviço do *megaprincípio* da dignidade da pessoa humana, conforme anteriormente falado. É que o direito de não ser racialmente discriminado **é tão direito humano quanto a garantia da licitude da conduta não previamente incriminada por lei**. Se se prefere, o delito inafiançável e imprescritível da discriminação racial somente por diploma legal é que tem descritos os elementos de sua completa definição (o Texto Maior de 1988 só não requesta as achegas da lei, em matéria de crime e de pena, quando menciona «a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático», que é o tema do inciso XLIV do art. 5°). Como também por conduto da lei é que se lhe gradua a pena de reclusão a que fica sujeito, consoante ressai da seguinte voz de comando: «a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei» (inciso XLII do art. 5°). Saltando à evidência que a lei aqui referida é a lei em sentido formal — de elaboração congressual, portanto — e necessariamente prévia à conduta de um eventual acusado de praticar a discriminação por racismo; pois é certo que tal previedade legal já consta de um inciso anterior do

mesmo art. 5º do Magno Texto Federal, que é o inciso XXXIX, ainda há pouco transcrito («não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal»).

27. A conseqüência lógica desse encadeado visualizar das coisas é que, sem previedade legal, o crime não se materializa. Assim como não se materializa o respectivo *apenamento*. E por tudo isso é que não tenho como fugir, Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhor Procurador-Geral da República, não tenho como fugir do reconhecimento da carência de justa causa para o aforamento da ação penal pública.

28. Que o fecho desse segmento de idéias coincida com a lembrança de que a garantia constitucional da necessidade de edição de lei formal, e lei prévia, tanto para incriminar alguém quanto para infligir-lhe castigo, é uma das mais brilhantes e atualizadas páginas do constitucionalismo liberal. É preceito figurante do art. XI, 2, da Declaração Universal dos Direitos do Homem («Ninguém poderá ser condenado por qualquer ação ou omissão que, no momento em que foram praticadas, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional (...)» e princípio constitucional do processo, aqui no Brasil, com a majestade própria daquelas relações sobre as quais se pode dizer que «a forma é da substância do ato». Ou diante das quais *Von Ihering* pôde ajuizar que «a forma é inimiga do capricho e irmã gêmea da liberdade». Tudo a inadmitir desprezo ou postergação, mesmo diante de conduta sinalizadora dessa «perversão moral» que é o racismo, tal como adjetivado pelo eminente ministro Cezar Peluso.

29. É o quanto me basta para, resolvendo a questão de ordem, **conceder o *habeas corpus***. Concessão de ofício, claro, pela inovação da causa de decidir: a atipicidade da própria conduta do paciente, à época dos fatos noticiados na denúncia. E como se trata de impedir, aqui, a consumação de nulidade absoluta (retroatividade da lei penal para prejudicar o réu), penso que nada impede o deferimento do *writ* no próprio instante processual do seu julgamento, nos termos do § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal.

Mérito da Causa

O regime constitucional do racismo

• *O racismo enquanto crime*

30. Quanto ao mérito da demanda, propriamente, impõe-se-me reconhecer que o seu enquadramento jurídico passa, antes de tudo, pela fixação dos contornos constitucionais do racismo; ou seja, antes mesmo do exame da citada legislação infraconstitucional, é preciso ver o modo pelo qual a Constituição versou, por conta própria, o tema da discriminação racial. Sabido que esse vexatório assunto faz parte das mais cuidadosas preocupações da Carta Republicana do Brasil.

31. Com efeito, há um regime diretamente constitucional do racismo. O tema é de berço normativo nobre, e muitos são os aspectos que ressaem dessa normatividade jurídica *de primeiríssimo escalão*; afigurando-se-me de boa metodologia focar o assunto a partir do próprio dispositivo que tipifica o racismo como crime. É o sobredito inciso XLII do art. 5º, agora literalmente reproduzido: «a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei».

32. De pronto, atina-se com a relevância constitucional do assunto. Dos 77 (setenta e sete) dispositivos em que se desdobra o art. 5º da Carta Maior de 1988, apenas 3 (três)

são diretamente *criminalizadores* de conduta. São os incisos XLII a XLIV, e um deles, justamente, faz da prática do racismo a sua hipótese de incidência. Logo, mais que genérica ou anódina ilicitude, mais que uma caracterizada contravenção penal, **o racismo é crime**. E crime tão inafiançável quanto imprescritível e ainda sujeito à pena de reclusão. Tudo por expressa vontade da Constituição.

33. Há mais o que dizer, pois, no rol dos comportamentos que o Texto Magno categoriza como preconceito (inciso IV do art. 3°), **o único deles assim tachado de criminoso foi o racismo**. Como um pouco mais para a frente voltarei a comentar.

• *A significação coloquial do substantivo «prática»*

34. Por enquanto, mais importante me parece conhecer do núcleo semântico ou da base significativa do substantivo feminino «prática». É o mesmo que dizer: a palavra de que se valeu o inciso transcrito foi recolhida do vocabulário comum do povo, ou, em sentido oposto, a ela foi emprestado um significado da própria técnica jurídica? Somente explicável, então, à luz de um vocabulário jurídico-positivo?

35. A resposta já se patenteia. Nenhum outro elemento da própria Constituição concorre para negar ao termo «prática» aquele sentido de *moeda corrente vernacular*. Aqui, como em tantas outras passagens do seu falar normativo, a *Constituição-Cidadã* primou por uma linguagem usual, comum, desde sempre conhecida daquela *massa anônima* de que falava **Gilberto Freyre** no monumental ensaio de sociologia e antropologia brasileira que é o livro *Casa Grande e Senzala*.

36. De todos os ramos jurídicos, sem dúvida o Direito Constitucional é o que mais se utiliza de uma estrutura popular de linguagem, conforme, aliás, tive oportunidade de escrever já no distante ano de 1982, na boa e inesquecível companhia do jurista e pensador **Celso Ribeiro Bastos**. Dissemos, na ocasião:

> «Quanto ao seu revestimento lingüístico de traço coloquial — já foi assinalado —, a Constituição se revela como uma carta de nacionalidade ou estatuto de cidadania, na medida em que dirige o seu discurso normativo a todos os membros da sociedade política — e não apenas a determinados segmentos sociais ou categorias profissionais —, de modo inicial.
>
> Instrumento inaugural de regulação das vivências coletivas, a Lei Suprema é redigida, em certa medida, à feição de cartilha de primeiras letras jurídicas, incorporando ao seu vocabulário aquelas palavras e expressões de uso e domínio comum. É a primeira voz do Direito aos ouvidos do povo, seu principal endereçado normativo, compondo um discurso que será tanto mais recepcionado quanto se utilize de instrumental terminológico já conhecido» (em *Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 24/25, Editora Saraiva).

37. Era assim também que doutrinava o tão portentoso quanto pranteado **Geraldo Ataliba**, pois é dele próprio esta lapidação de jóia de pensamento: «A interpretação constitucional deve ser feita de maneira diversa da do direito ordinário, porque sabemos que no direito constitucional a exceção é o emprego de termos técnicos. Na norma constitucional, havendo dúvida sobre se uma palavra tem sentido técnico ou significado comum, o intérprete deve ficar com o comum, porque a Constituição é um documento político; já nos setores do direito ordinário, a preferência recai sobre o sentido técnico,

sendo que a acepção comum só será admitida quando o legislador não tenha dado elemento para que se infira uma acepção técnica» (em *Elementos de Direito Tributário*, p. 238, Editora Revista dos Tribunais, ano de 1978).

• *O substantivo «prática» enquanto comportamento ambivalentemente concreto e abstrato*

38. Pois bem, é ainda no senso comum das pessoas que o verbete «prática» assume o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduza no fato de o ser humano sair de si mesmo. Atuar. Vir à tona da existência. *Experienciar* a vida, enfim, sem a sutileza da distinção (e aqui desfaço uma cogitação que cheguei a verbalizar na sobredita sessão plenária do dia 26 de junho transato) — sem a sutileza da distinção entre a postura abstrata e solitária do escrever e a postura concreta e social do agir, pois ambas as formas de extrapolação do puro psiquismo humano são materializações de conduta; quer dizer, tudo é comportamento, interação, empirismo existencial, trajetória de vida em recíproca interferência.

39. Por esse prisma do mais generalizado sentido da palavra, serve-se melhor ao desígnio constitucional de combater o preconceito racial. Cumpre-se bem mais o imperativo hermenêutico da efetividade da Constituição. Pois a tipificação do racismo passa a ocorrer tanto por palavra quanto por ação. Palavra escrita ou oral. Ação que signifique realizar um trabalho, produzir uma obra, exteriorizar uma opinião, *mimetizar* ou *gestuar* uma comunicação. Só escapa mesmo da increpação, lógico, o ato psíquico de pensar. Uma vez que «pensar não ofende» — é o que se diz amiúde —, desde que o pensador permaneça mudo ou evite gesticulação inequivocamente reveladora de propósito relacional discriminador.

40. Não se fale, porém, que esse modo mais à solta de interpretação padece do defeito de solapar a base significativa de duas espécies constitucionais de liberdade: a liberdade de manifestar o pensamento (inciso IV do art. 5º, sob esta conhecidíssima dicção: «É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato») e a de expressar a atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso IX do mesmo art. 5º, vocalizado por esta forma: «é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença»). Assim não se argumente, porquanto ilusório é esse temor de ver privados de espaço de incidência os dois estelares modelos de autonomia de vontade. Como passo a demonstrar, de imediato.

• *A diferenciação entre «uso» e «abuso» da liberdade de expressão*

41. Que a *Lex Maxima* declara e garante a liberdade de expressão, é juízo que ninguém desconfirma. Liberdade tanto para manifestar o pensamento (exteriorizá-lo, portanto) como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica ou de comunicação. Ponto pacífico. Uma coisa, porém, é a liberdade de que desfruta **quem quer que seja para dizer o que quer que seja** (em poema antigo, cheguei a trocadilhar que a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade), ou, ainda, para *trazer à ribalta* suas incursões pelos domínios da Arte, do Intelecto, da Ciência ou da Comunicacão; outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente.

42. Deveras, o que a Lei das Leis garante a cada ser humano é um espaço apriorístico de movimentação: o uso da respectiva autonomia de vontade para exteriorização do pensamento (vedado tão-somente o anonimato) e da atividade artística, estética, científica e de comunicação. O abuso e o agravo são questões que somente *a posteriori* se colocam. E para combatê-los é que a Lei Republicana prevê dois específicos dispositivos: a) o inciso V do art. 5°, segundo o qual «é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem»; b) o inciso X do mesmo art. 5°, a saber: «são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação».

43. Agravo e abuso passam a ser ventilados, portanto, já no plano da reação de outrem; sendo que o agravo suscita o exercício de um direito de resposta que nem depende de processo de apuração de transbordamento da originária autonomia de vontade. O abuso, no entanto, pressupõe a constatação processual do transbordamento daquela primitiva autonomia de vontade. Um transbordamento que só é transbordamento por violar uma outra e alheia autonomia de vontade, também juridicamente prezada. Mas a premissa da Constituição é uma só: **não é pela possibilidade de agravo a terceiros, ou de uso invasor da liberdade alheia, que se vai coibir a primitiva liberdade de expressão** (que se define, assim, como liberdade absoluta, nesse plano da incontrolabilidade da sua apriorística manifestação. Sendo que esse fraseado em si — «liberdade de expressão» — alcança as duas tipologias de liberdade: a liberdade de manifestação do pensamento e a liberdade de ação no *quadripartite* domínio intelectual, científico, artístico e de comunicação.

44. Pontue-se bem a diferença: do ângulo da autonomia de vontade de quem fala, escreve, gesticula ou ainda de quem produz uma obra de natureza artística, intelectual, científica ou de comunicação, **o que se tutela de forma até absoluta é o direito mesmo de fazer algo ou passar para outrem u'a mensagem, um recado, uma obra**. Transformar em ação ou coisa objetiva algo até então subjetivo. O que se traduz no exercício do direito de não sofrer impedimento ou censura prévia nesse ato mesmo de agir ou de dirigir-se a terceiros. E, uma vez operado esse transpasse de um momento psíquico de vida humana para um momento fático de vida social, **realizada fica essa espécie de autonomia de vontade**. Se se prefere, é no instante mesmo de materialização da autonomia de vontade que o direito subjetivo se realiza, e a Constituição resta plenamente respeitada. Mas ele, direito subjetivo, tem, no próprio instante de sua realização, o exaurimento do seu conteúdo; quero dizer, não incorpora a si a força de bloquear posturas reativas de terceiros eventualmente prejudicados nas respectivas autonomias de vontade.

45. Veja-se então o outro ângulo, que é o prisma de quem se sente vítima de agravo ou de abuso no exercício da primeira modalidade de autonomia de vontade. Agora, o que se protege é: primeiro, o direito de resposta; segundo, o direito de desencadear um processo de apuração de abusividade com o fito de responsabilização tanto civil quanto penal (se for o caso) do agente abusivo; pois é óbvio que a tutela penal de certos valores — como a honra pessoal e a não-submissão a práticas racistas, por hipótese — implica a possibilidade de acesso a uma jurisdição especificamente criminal. Para além, portanto, daquele singelo direito de resposta e até mesmo da prefalada reparação civil.

• *A conciliação entre o uso da liberdade de expressão e o direito de não sofrer discriminação*

46. Não que o sujeito pego em abusividade fique, a partir daí, proibido de reexercitar sua liberdade de pensamento ou de manifestação intelectual, artística, científica ou de comunicação. Não! A abusividade se questiona e se afere é caso-a-caso ou a cada nova manifestação de autonomia do primeiro tipo de vontade. Reiniciando-se o ciclo de reclamação, apuração, constatação e apenamento do abuso, acaso empiricamente repetido. Porque somente assim é que se conciliam o direito de uso, de uma banda, e o direito de não sofrer abuso, de outra. É rematar: como não se pode afastar aquela premissa constitucional de que não é pela possibilidade do abuso que se vai coibir o uso, o direito de não voltar a sofrer abuso se resolve mesmo é pela repetição do sancionamento do infrator reincidente (pois, ainda que ele se encontre em regime de aprisionamento ou custódia estatal, ainda assim permanece titular do direito à liberdade de expressão).

47. As coisas se encaixam. Se o titular da primeira autonomia de vontade pode bater às portas do Judiciário para não sofrer constrangimento apriorístico ou de antemão, valendo-se do lapidar princípio constitucional de que «a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito» (inciso XXXV do art. 5°), não tem, entretanto, o poder de impedir que terceiros também se valham do mesmo dispositivo maior para reclamar da violação da autonomia de vontade deles, ofendida, precisamente, por efeito da excessiva manifestação da primeira.

48. Os dois momentos de licitude são estes: a) o primeiro sujeito de direito não pode ser obstado, por antecipação, quanto à sua liberdade de manifestar ou de voltar a manifestar um pensamento, ou, ainda, de desempenhar ou tornar a desempenhar aquelas outras quatro atividades (a literária, a científica, a artística e a de comunicação); b) correlatamente, o segundo sujeito de direito também não pode ser obstado em sua pretensão de punir o autor da conduta extravasante, quantas vezes o extravasamento vier a conspurcar a sua (dele, segundo sujeito de direito) autonomia de vontade.

• *As excludentes constitucionais da abusividade*

49. Três comportamentos, todavia, são especialmente normados como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu, a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Matéria que também faz parte da altissonante *nominata* dos direitos e das garantias individuais, a saber: «ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei» (inciso VIII do art. 5°). Logo, de fora a parte dessa ressalva que se lê na parte final do dispositivo, a liberdade de expressão ganha um decidido reforço constitucional. Desde que utilizada, evidente, numa das três explicitadas esferas da mais íntima subjetividade humana: a crença religiosa, a convicção filosófica e a mundividência ou cosmovisão política.

50. É bom repetir: com essas três excludentes de abusividade no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e das sempre lembradas atividades artística, científica, literária e de comunicação, a Constituição homenageou três aspectos fundamentais da ontologia humana: o anseio de infinito (que é a busca da religação da criatura ao Criador), a inata curiosidade pela produção de um tipo tão especulativo quanto

universalizante do saber (*núcleo duro* de toda investigação filosófica) e, finalmente, a formulação de doutrinas e teorias que tenham na estruturação e funcionalização otimizadas dos Estados e dos Governos o seu específico objeto (fórmula simplificada de compreensão da Política enquanto Ciência e enquanto arte de governar). Mas com este acréscimo de idéia: a convicção política de que trata o Código dos Códigos é aquela que materializa o fundamento republicano-federativo de nome «pluralismo político» (inciso V do art. 1º). De conseguinte, atividade que ora se contém no fechado conteúdo programático de uma determinada agremiação partidária, ora se exprime numa concepção estritamente pessoal do modo *optimum* de estruturação e funcionalização da *pólis* (espaço ideal de materialização das primárias relações entre governados e governantes e ainda entre os próprios Estados e Governos soberanos).

• *A significação também coloquial do substantivo «racismo»*

51. Neste novo tópico de tentativa de revelação da vontade constitucional, ajuízo que também o termo «racismo» foi usado em sentido coloquial. Não foi outra a intenção da Lei Maior senão a de pinçar o vocábulo do próprio linguajar corrente da população. Até como condição de facilitada compreensão e cumprimento de um preceito a que ela, Constituição, emprestou a mais forte coatividade.

52. Esse núcleo semântico popular figura em dicionários da língua portuguesa e até de outros idiomas. Consultei muitos deles e verifiquei a ambivalência do termo. Ora ele é usado para se referir à discriminação das pessoas de cor negra, ora é utilizado para se reportar à discriminação desse ou daquele povo de mais pronunciada diferenciação histórico-cultural. Não-diferenciação antropológica ou por caracteres físicos, visto que, à luz da Antropologia (como à luz da Genética, da Geografia Humana, da Biologia ou de qualquer outra Ciência Natural), **os homens não se compartimentam em raças**; mas, repise-se, uma diferenciação histórico-cultural, resultante de um tipo especial de predomínio como que atemporal: o predomínio do *sangue* sobre o território. É aclarar: seja qual for o território estatal onde se encontrem certos povos de ancestralidade comum, **o elemento de identidade ou da mais íntima agregação dos respectivos membros é tal ancestralidade mesma**. Não o vínculo jurídico de nacionalidade que venha a decorrer das leis vigentes naquele território de domínio de um particular Estado. Nesse sentido, é de se conferir, por amostragem:

> I - «(...) O racismo, portanto, não é uma ideologia que tem somente os 'negros' como objeto, o que nos permite levar em conta a observação de que os judeus e irlandeses, por exemplo, foram objeto de ideologias racistas (...)» (Cashnore, Ellis. *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. São Paulo: Summus, 2000, p. 461);
>
> II - «(...) A ideologia racista, retomada pelos chefes do nazismo, resultou no anti-semitismo (...) As teorias racistas não ficaram limitadas à Alemanha; haviam sido utilizadas pelos eslavos, antes de 1914, para fundamentar o pan-eslavismo. Assumiram grande importância nos EUA com o problema dos negros (...)» (*Grande Enciclopédia Delta Larousse*. Rio de Janeiro: Editora Delta, p. 5648);
>
> III - «(...) Se, através da história, as teorias racistas foram elaboradas sobretudo contra os negros e judeus, não se pode decerto afirmar que só eles têm sido visados (...)» (Bobbio, Norberto; Matteucci, Nicola; Pasquino, Gianfranco. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UnB, p. 1060.

53. Veja-se bem: enquanto vocábulo vulgarmente dicionarizado, o racismo é visto como discriminação ou preconceito. Mas uma discriminação ou preconceito que principalmente abarca, na sua esfera de concreta incidência, duas distintas realidades: a realidade dos negros e a realidade daqueles povos (organizados ou não em Estado soberano) que mais se distinguem dos outros por um pronunciado perfil histórico-cultural. É a via de cognição que passo a palmilhar, sem mais tardança.

• *A ambivalência do termo «racismo»*

54. Já ficou assentado, linhas atrás, que a *Norma Normarum* vocalizou o termo «racismo» em duas oportunidades (a respeito das relações internacionais do Brasil e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos). Porém é preciso aduzir que em nenhum desses dois momentos o legislador constituinte se deu ao trabalho de explicitar que tipo de sujeito de direito se encaixaria no âmbito pessoal de incidência da normatividade constitucional. Falou de racismo, e só. Como se a palavra fosse auto-explicável quanto àquelas pessoas a quem se visou proteger da sua (dele, racismo) deletéria prática.

55. Num primeiro *golpe de vista*, o intérprete fica propenso a sinonimizar racismo e raça, pelo fato de que este último vocábulo («raça»):

I - foi literalmente citado pelo inciso IV do art. 3º do Código Supremo, de par com outras modalidades de preconceito («promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação»);

II - foi também literalmente apartado do vocábulo «cor», no mesmo inciso IV do art. 3º da Constituição, impelindo o exegeta a deduzir que preconceito de raça e preconceito de cor são figuras jurídicas distintas.

56. Ora, se o Código Político Republicano fala de preconceito de raça e ainda separa esse preconceito daquele referente a cor, então parece lógico inferir que racismo não é preconceito de cor, mas de raça. Unicamente de raça.

57. Acontece que esse tipo semanticamente restritivo de interpretação conduz ao paradoxo de negar a um só tempo:

I - a história mesma do Brasil, toda ela tão discriminadora dos negros que chegou ao cúmulo de fazer da escravidão desses nossos irmãos um instituto jurídico. E que perdurou do início do segundo século do descobrimento do País até a redentora data de 13 de maio de 1888 (daí por que a última lei federal sobre o racismo, a de nº 9.459/97, **é datada de 13 de maio**);

II - as particularidades do processo constituinte de discussão dos temas afinal positivados na Constituição-Cidadã de 1988, sabido que toda a regração atinente ao racismo se deu por inspiração do Movimento Negro e específica proposta dos deputados federais **Carlos Alberto Caó** e **Benedita da Silva**, ambos de pele negra (conforme, aliás, noticiado nos lúcidos votos dos ministros Moreira Alves e Maurício Corrêa). O mesmo deputado **Carlos Alberto Caó, ajunte-se, que tomara a exitosa iniciativa da própria Lei 7.716/89**;

III - a linguagem popular de ontem e de hoje, aqui nesta nossa «Terra de Santa Cruz», que tem o racismo como palavra imediata e preponderantemente significativa de preconceito de cor, e cor negra, enfatize-se.

58. É isso mesmo. Excluir a negritude do raio de aplicabilidade do comando constitucional vedatório do racismo é pensar e sentir a partir de uma realidade que não é a brasileira. Certamente não. É não ter ouvido falar sequer do citado livro *Casa Grande e Senzala*, do sociólogo **Gilberto Freyre**; ou de poemas como «Vozes d'África», do vate **Castro Alves**; ou de ensaios como *O Povo Brasileiro*, do antropólogo **Darcy Ribeiro**, páginas de cuja leitura ainda escorrem o sangue, o suor e as lágrimas de uma gente que, tão-somente pelo azeviche da sua pele, era tratada como coisa. Pior ainda, era tratada como se fosse fera, bicho, animal. «Alimária do universo» ou «pasto universal», como escrito no poema castrense «Vozes d'África». E de cujo incomparável drama fala e chora e freme e urra de dor e de indignação o monumental poema «O Navio Negreiro», do mesmo vate sublime da Bahia, como se lê destes versos que ainda ecoam no tribunal das nossas consciências:

«E existe um povo que a bandeira empresta
P'ra cobrir tanta infâmia e cobardia!
E deixa-a transformar-se nessa festa
Em manto impuro de bacante fria!
Meu Deus! meu Deus! mas que bandeira é esta
Que impudente na gávea tripudia?!...
Silêncio!... Musa! Chora, chora tanto
Que o pavilhão se lave do teu pranto...

Auriverde pendão da minha terra,
Que a brisa do Brasil beija e balança,
Estandarte que a luz do sol encerra,
E as promessas divinas da esperança...
Tu, que da liberdade após a guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança,
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!...

Fatalidade atroz que a mente esmaga!
Extingue nesta hora o brigue imundo
O trilho que Colombo abriu na vaga,
Como um íris no pélago profundo!
... Mas é infâmia demais... Da etérea plaga
Levantai-vos, heróis do Novo Mundo...
Andrada! Arranca este pendão dos ares!
Colombo! Fecha a porta dos teus mares!»

59. Numa frase, o racismo de que trata a Constituição não é excludente da realidade dos negros. Não pode ser. É termo exigente de um tipo histórico-cultural de interpretação que atenta para a mais viva história do povo, da geografia, das instituições e dos costumes do Brasil. E que, se desprezado, terminaria por liberar o crime de discriminação contra ela, a negritude, daqueles dois mencionados fatores de inibição: a inafiançabilidade e a imprescritibilidade. É, enfim, desconsiderar o que realisticamente ensinou **Darcy Ribeiro**, com estas palavras:

> «A característica distintiva do racismo brasileiro é que ele não incide sobre a origem racial das pessoas, mas sobre a cor da pele» (em *O Povo Brasileiro*, editora Companhia das Letras, p. 225).

60. Urge reconhecer, porém, que é também da tradição brasileira falar-se de raça para além da referência aos negros. Embora com bem menor constância e crueldade (ou até, por vezes, de forma elogiosa), a palavra é usada como signo distintivo de outros segmentos humanos, ora na sua virginal condição de «nativos» (situação dos índios), ora tidos como apátridas (caso dos ciganos), ora procedentes de um outro Estado-nação. Donde nos soar como familiares as expressões «colônia alemã» do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina, «colônia italiana» e «colônia japonesa» de São Paulo, «colônia espanhola» da Bahia e assim avante.

61. É nesse contexto brasileiro de multirracialidade para além da cor da pele (ou seja, não apenas em função da negritude) que os ciganos, por exemplo, têm experimentado o gosto amargo da discriminação; pois o seu atávico nomadismo tem servido de escuso pretexto para serem tachados de cabalistas, endogâmicos, desprofissionalizados e pouco afeitos a regras mínimas de higiene corporal e coisas assim desprimorosas. Modo social de ver que também estigmatiza os nossos índios, não raras vezes injustamente citados como indolentes, vulneráveis a doenças endêmicas e epidemias, indisciplinados para o trabalho e pouco dispostos a permutar suas primitivas crenças politeístas pela doutrina monoteísta e cristã da Igreja Católica Apostólica Romana.

62. Um último fundamento em prol dessa abrangência dúplice do termo «racismo» está em que o nosso legislador constituinte laborou num período em que mais fortemente permaneciam na ciência dos doutos e no imaginário popular duas tristemente célebres ignomínias mundiais: a) o *apartheid* que se abatia sobre a população negra da África do Sul; b) a sistemática perseguição genocida que o **nazismo** empreendera contra o povo judeu que habitava os territórios sob ocupação alemã, no curso da Segunda Grande Conflagração.

• *A distinção e ao mesmo tempo a identificação possível entre «raça» e «racismo»*

63. De toda maneira, duas afirmativas aparentemente contraditórias tomam corpo: a) racismo não é preconceito de raça, propriamente, se a palavra «raça» for considerada à luz de qualquer das chamadas Ciências Naturais; b) racismo é preconceito de raça — como não? —, se o vocábulo raça for encarado enquanto modo de falar, sentir e praticar da população nacional. Logo, enquanto modo histórico-cultural de ser brasileiro. **Que é um modo ambivalente**, porquanto incorporador dos negros e dos grupos humanos ainda há pouquinho referidos. Grupos, a seu turno, juridicamente vinculados a um só Estado soberano, ou difusamente domiciliados em muitas outras dessas unidades estatais. Pouco importa.

64. Se no inciso IV do seu art. 3º a Constituição de 1988 distinguiu entre o preconceito de raça e o preconceito de cor, foi para falar de raça no restrito sentido de grupo ou segmento humano de características histórico-culturais próprias. Inconfundíveis com a de qualquer outro. Mas identificados, todos eles, por uma cor não-negra de pele; isto é, **pela cor da pele sem tonalidade negra.**

65. Agora, se a Carta de Outubro já não voltou a falar de «raça», preferindo grafar apenas o termo «racismo» (inciso VIII do art. 4º e inciso XLII do art. 5º), já não foi para separar as duas modalidades de preconceito. **Foi para unificá-las.** Para dizer, em suma, que a prática do racismo é crime em mais de um sentido. Crime contra os indivíduos de cor negra, tanto quanto crime contra os indivíduos pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento.

• *O sentido constitucional do vocábulo «preconceito» ou «discriminação»*

66. Essas noções ainda mais se aclaram, se complementadas com a revelação do sentido constitucional dos vocábulos «discriminação» e «preconceito». Que são palavras rigorosamente sinônimas ou equivalentes, porque assim é que está no inciso IV do art. 3º da Carta de Outubro, *in verbis*: «promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação».

67. Assim também é como os dois verbetes são versados nos dicionários da língua portuguesa. E vocalizados pelo homem comum do povo. Com a ressalva, lógico, de que toda discriminação é diferenciação, mas nem toda diferenciação é discriminação.

68. No Texto Maior de 1988, contudo, a própria ressalva nem é de ser feita. Aqui, discriminação é diferenciação em um único e inequívoco sentido: aquele tipo de diferenciação que marca ou isola negativamente certas pessoas. Que diminui a auto-estima delas. Que faz incidir sobre elas um juízo depreciativo, **aprioristicamente formulado.** Porque traduzido num pré...conceito! Num conceito prévio, portanto, que se pretende impor à realidade. Não extraído da realidade ou autorizado por ela, como se dá, agora sim, com a elaboração mental chamada de **conceito.**

69. Em palavras outras, discriminar ou *preconceitualizar* é conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhantemente desigual. Nela introjetando um sentimento de inata hipossuficiência. É dizer, forçando-a a entretecer de modo menos obsequioso, quando não grosseiro de todo, ou até ostensivamente indigno, as chamadas **relações de base.** Que são as relações que mais definem o perfil de uma sociedade. Por isso mesmo que predominantemente civis, por se constituírem das interações mais comezinhas, mais cotidianas, mais imediatas ou de maior contigüidade, como as que se dão na esfera das seguintes instituições privadas: condomínios, igrejas, escolas, clubes, sindicatos, partidos, praças ou ginásios esportivos e ainda empresas do tipo supermercado, farmácia, *shopping*, restaurante, cinema, hotel, bar, mercearia, lanchonete, etc. (tal como figurantes, grosso modo, da própria Lei federal nº 7.716/89). Mas que terminam por *contaminar* aquele tipo de interação que se trava nos próprios recintos que servem de base física para os órgãos e as entidades da Administração Pública, tais como postos de saúde, hospitais, estabelecimentos de ensino, rodoviárias, aeroportos, estações ferroviárias e terminais hidroviários (também listados, mais ou menos de forma genérica, pela mesma Lei federal nº 7.716/89 como espaços de proibida manifestação de preconceito).

70. Esse modo tão acabrunhante quanto desarrazoado de tratar um ser humano é de tamanha gravidade que o discriminado é como que forçado a se sentir padecente de um *déficit* de dignidade. Ou de cidadania. Como se pertencesse a um subgrupo ou a uma sub-raça. Amesquinhado, não no que ele tem, **mas no que ele é**. Experimentando, por conseguinte, um inexplicável sentimento de culpa — espécie terrível de *pecado original social* — e fazendo-o gemer de uma revoltante dor moral. Por vezes mais incômoda que a própria dor física.

71. Diga-se mais. A discriminação que teima em persistir por este «lado de baixo do Equador» (**Chico Buarque de Hollanda**) pode se manifestar de forma tópica ou individual, mas se dá em razão de todo um conjunto humano de que o discriminado faz parte. É o caso típico dos negros, das mulheres, dos deficientes físicos, dos pobres, dos analfabetos e dos idosos. A significar, na prática, um estreitamento de ocupação daqueles espaços de convivência tão naturais quanto imprescindíveis.

72. Eis a razão por que tanto se fala, ultimamente, de «ações afirmativas» (de cujo domínio teórico dão sobejas demonstrações dois dos mais intelectualizados membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que são os ministros **Joaquim Barbosa** e **Marco Aurélio Mello**). Ações afirmativas de quê? Ações afirmativas da igualdade. Tanto da igualdade que tem sido recusada aos pobres (igualdade material) como da que tem sido negada aos segmentos sociais de que venho falando (igualdade civil); tudo por efeito de uma tão deformada quanto renitente cultura brasileira da intolerância (invariável suporte psicológico do preconceito). O que forçou a própria Constituição-Cidadã a ir além da mera vedação das práticas discriminatórias para adotar, por conta própria, políticas públicas de caráter afirmativo. *Exempli gratia*, a «prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos» (inciso LXXIV do art. 5º); a reserva de um certo percentual de vagas, nos concursos públicos de provas ou de provas e títulos, para as pessoas portadoras de deficiência física (inciso VIII do art. 37); a redução, em 5 (cinco anos), da idade e do tempo de contribuição previdenciária das mulheres, para o efeito de aposentadoria estatutária (alínea *a* do inciso III do § 1º do art. 40); «a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (...)» (inciso V do art. 203); a gratuidade dos transportes coletivos urbanos para os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos (§ 2º do art. 230).

• *O preconceito como fator de desigualdade civil-moral*

73. É esse *encardido* e sistemático estreitamento de espaço de movimentação que ofende, qual mortal efeito *dominó*, múltiplos princípios constitucionais. A começar, óbvio, pelo princípio da igualdade. Seja o princípio da igualdade material, especificamente previsto nos arts. 6º e 7º da Carta Magna (sob a adequada epígrafe de «Direitos Sociais»), seja o princípio mais imediato da igualdade civil (também adequadamente epigrafado como direito da espécie individual, conforme se vê do capítulo que encima o artigo constitucional de nº 5). Que já é uma igualdade do tipo moral ou no plano daquela dignidade que, de tão intrínseca ao ser humano, **constitui um bem de personalidade** («Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos (...)», é o que reza o art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos). Motivo por que o preconceito racial é criminalizado no âmbito mesmo do art. 5º da Lei Suprema, que é um artigo-

invólucro dos direitos e das garantias individuais; ou seja, direitos e garantias do indivíduo enquanto indivíduo mesmo, a traduzir que ele, **mais que parte de algo, é algo à parte. Mais que parte de um todo, é um todo à parte.** Um microcosmo, então, ou uma totalidade-em-si. Cada um deles com essa dignidade máxima que é nascer e permanecer, *aos olhos da mãe-natureza*, como *número único*.

74. Ora, o que mais revela essa última espécie de desigualdade é uma intolerância para o fato mesmo de que a sociedade é plural. Necessariamente plural quanto aos grupos humanos de que ela se compõe — já foi consignado — e quanto ao sexo dos individualizados componentes desses grupos e, mais que o sexo, a cor da pele, a regionalidade, a etnia, a faixa etária, a preferência sexual, a convicção política, etc. Pelo que nenhum desses elementos de diferenciação deve servir de critério de avaliação da dignidade ou do caráter de ninguém. Tampouco da essencialidade ou, ao contrário, da prescindibilidade social de quem quer que seja. Sob pena de se violar o excelso princípio da igualdade. Princípio que, de tão elementar à configuração da dignidade da pessoa humana (insista-se na proposição), comparece duas vezes no *caput* do mesmo art. 5º: a primeira, para igualar as pessoas diante do Estado-legislador; a segunda, perante a sociedade civil por inteiro.

75. Praticar o preconceito, por conseqüência, é desrespeitar de forma imediata ou instantânea o princípio constitucional da igualdade civil-moral. No mesmo e soturno tom, é insurgir-se contra um outro valor constitucional de compostura social genérica: o pluralismo. Ele, pluralismo, que é concebido pelo preâmbulo da Constituição como um dos traços ideais da sociedade brasileira que a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 buscou instituir. Ao lado, como sabido, da fraternidade e da ausência, justamente, de preconceitos.

76. As coisas voltam a se encaixar. Aceitar o pluralismo é a resultante natural da ausência de preconceito. E quando o preconceito deixa de ocupar espaço, quem passa a ocupar esse espaço é a fraternidade. Desde que se entenda a fraternidade como penso que a Magna Lei entendeu: uma comunhão de vida. Uma vida em comunidade (de *comum unidade*). Uma convivência orgânica, timbrada pelo respeito de cada parte ao todo e do todo a cada parte. Holisticamente.

77. É esse tipo de sociedade «fraterna, pluralista e sem preconceitos» que se põe como o desaguadouro ou o efeito lógico do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. De que o princípio da igualdade é primeiríssimo elemento, como tantas vezes realçado.

78. Enfim, uma sociedade que desfrute dessa tríplice característica central do não-preconceito, do pluralismo e da fraternidade é a única a merecer o nome de sociedade civilizada. **Única a se confundir com a pura substância ou *a carne viva* da Democracia.** E esse vínculo orgânico entre Democracia e sociedade civilizada (porque pluralista, fraterna e sem preconceitos) foi desenhado *nas pranchetas* da própria Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988, de que dá formal testemunho o referido preâmbulo da Magna Carta, assim legendado:

> «Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.»

79. Que ainda me seja permitido dizer que esse tipo ideal de sociedade é que o que mais eleva a auto-estima do povo. E nem é preciso enfatizar que um povo de elevado auto-apreço é o que melhor *digere* as suas inquietações, os seus cotidianos problemas, nos marcos da própria legalidade. Sem traumáticas rupturas institucionais, portanto.

• *Os modos direto e indireto de ser do racismo*

80. 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, recordo que o Magno Texto Federal estatuiu que «a prática do racismo» é constitutiva de crime. Tipificadora de delito, conseguintemente. 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 termos. Escancaradamente ou à força aberta, portanto. Induzir, a seu turno, como vocábulo sinônimo de instigação insidiosa ou por meios subliminares. Sorrateira ou esconsamente, 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.

81. Que pretendo dizer com essa anotação? Que não faz sentido o seccionamento comportamental (prática de um lado e as duas outras figuras de outro, como atecnicamente 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.

82. 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 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.

83. Efetivamente, não se pode olvidar que foi a Constituição mesma que parificou racismo e terrorismo (como exsurge do inciso VIII do art. 4º), usando contra as duas condutas a veemência da palavra «repúdio». Depois, utilizou-se de dois diferentes versículos para coibir todas as modalidades possíveis de preconceito; isto é, usou de um dispositivo em separado para proibir unicamente a discriminação racial (inciso XLII do art. 5º), colocando sob um outro comando, imediatamente anterior, **todos os demais preconceitos** (inciso XLI, assim *textualizado*: «a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais»). Fundamental distinção que o legislador ordinário, no entanto, deixou de considerar na lei aqui seguidamente citada, que foi a de nº 7.716/89.

84. Não é tudo. Além de versar em separado a vedação do racismo, isolando-o de todas as outras formas de discriminação, apenas para ele, preconceito racial, é que a Magna Lei sacou da tipificação incriminadora. E não se contentou com essa criminalização, ressalto. Clausulou-a como inafiançável e imprescritível. Tão imprescritível quanto aquela gravíssima ação de grupos armados, civis ou militares, atentatória da ordem constitucional e do Estado Democrático (inciso XLIV do art. 5º).

85. Nesse *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 entremeante dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da concepção final e holística de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos.

86. 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.

O concreto agir do condenado, ora paciente

• *A obra de* ***Siegfried Ellwanger Castan****, segundo ele próprio*

87. Depois de priorizar a interpretação das normas, chego à fase da preponderante interpretação dos fatos protagonizados pelo paciente. É que o presente *habeas corpus*, uma vez passado pelo prévio e lógico juízo de sua admissibilidade — como efetivamente já passou —, não tem como deixar de exigir desta última Instância Judicante um tipo de subsunção em concreto. Que é a subsunção fato-norma, e esse fato é a prática ou não do racismo (**que o paciente nega**, tencionando com isso liberar-se da retrocitada cláusula da imprescritibilidade). Pois que, se praticado o crime, a impetração não tem como prosperar. De revés, se não praticado o delito, o *writ* é de ser deferido.

88. Seguindo a mesma trilha metodológica dos eminentes ministros que me precederam no estudo e emissão dos seus veredictos, o que me cabe, repito, é ver se o paciente cometeu ou não o crime de racismo (todos os ministros assim o fizeram). É como dizer: o que me incumbe enquanto julgador é saber se o brasileiro **Siegfried Ellwanger Castan** abusou, ou não, da sua liberdade de expressão. Se extravasou, ou não, os limites jurídicos da sua autonomia de vontade, passando a discriminar todo o povo judeu. Porque dessa resposta é que depende o deferimento ou, ao inverso, o indeferimento do *habeas corpus sub judice*. Sem que se possa levantar contra esse modelo concreto de subsunção o argumento dos mais estreitos lindes probatórios do *heróico remédio* em que o *habeas* consiste.

89. Começo, então, pelo exame do próprio livro que o condenado-paciente escreveu, editou e pôs à venda: *Holocausto Judeu ou Alemão? — nos Bastidores da Mentira do Século*, que li em sua primeira e em sua última edição (a de nº 29). E o faço para dizer

que, na visão do próprio **Siegfried** enquanto escritor, o livro em causa **é uma obra de pesquisa histórica**. Assim está no início da página que tem por título «**Esclarecimentos Iniciais do Autor**», 29ª edição, fevereiro de 1989 («O presente livro é o resultado de uma pesquisa histórica e vai apresentar fatos completamente desconhecidos da grande maioria, após o que o leitor terá a oportunidade de fazer o seu julgamento»), como se encontra, aliás, desde a nota que se lê ao final da página de «**apresentação**» da obra, *litteris*: «Tratando-se de uma obra envolvendo **fatos históricos**, longamente pesquisados, que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas, o autor libera a reprodução e divulgação parcial de capítulos isolados deste livro».

90. Esse caráter histórico do livro é reiterado pelo paciente, ao final do seu estudo, conforme a seguinte e enfática passagem: «Este livro é resultado de minha pesquisa e representa, portanto, **a minha verdade**». E no alto dessa mesma página, que foi a de 309, também está escrito: «Se o leitor achar, após ler e reler os acontecimentos apresentados, que não está de acordo, só tem dois caminhos a tomar — Fazer sua própria pesquisa, procurando fontes mais honestas, ou continuar acreditando na **mentira do século**».

• *O objeto de estudo e a finalidade do livro*

91. Quanto ao objeto central de estudo do livro ou objeto específico da pesquisa histórica acima referida, **é o fato em si da última guerra mundial**, ocorrida no período que vai de 1939 a 1945. Isso, numa perspectiva revisionista que tem por finalidade reabilitar a imagem do povo alemão. E retratar o quanto o Estado germânico sofreu de baixas humanas, prejuízos materiais e contração territorial. Noutros termos, o paciente-escritor se esforça por demonstrar que toda a História da 2ª Grande Guerra **foi contada pelos vencedores** (como que relembrando o general romano Marco Atílio **Régulo**, morto sob tortura dos cartigineses na Primeira Guerra Púnica e a quem se atribui o célebre lamento «ai dos vencidos!»). Daí que o povo alemão resulte execrado pelos livros, filmes e documentários históricos, tanto quanto pelos principais órgãos internacionais de comunicação de massa como um povo imperialista, sanguinário, belicoso, arrogante e tomado de um tal furor anti-semita que se dispôs a diabolicamente planejar e friamente executar o extermínio de mais ou menos seis milhões de judeus. Confinada, toda essa população judia, nos mais desumanos campos de concentração para, afinal, ser dizimada em câmaras de gás e fornos crematórios.

92. Esse propósito central do livro já se revela por uma citação de **Douglas Christie**, em antepágina de «**apresentação**», assim grafada: «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». Como se revela, ademais, pelo próprio nome da editora do paciente, que é, simplesmente, «Editora **Revisão**».

93. Confessadamente, então, o autor-paciente se dispõe a fazer obra de Ciência (como sucede com toda e séria investigação da História). Para cimentar uma opinião que soa aos ouvidos do leitor como uma convicção político-ideológica: é preciso resgatar a verdade dos fatos e assim colocar os protagonistas da Segunda Grande Guerra em seus devidos lugares. Mais: *é preciso denunciar que as forças estatais vencedoras do Grande Conflito manipularam a opinião pública mundial para encobrir seu ímpeto de dominação internacional e as atrocidades que perpetraram contra os povos derrotados.*

Aliadamente com uma organização israelense ultra-radical — esta, sim, tão imperialista quanto racista e até mesmo terrorista, ***que é o sionismo internacional*** (apenas traduzo o que me pareceu o complexo *leit-motiv* do escritor-paciente). O que explica o fato de o beneficiário do *habeas corpus*, quando ainda réu, se proclamar um ideólogo. Nas palavras dele, paciente, «sua editora é ideológica, pretende levar adiante um ideal» (depoimento feito já no próprio juízo singular da comarca de Porto Alegre, às pp. 259v. e fls. 1070 do processo que tramitou pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

94. Numa síntese, o estudo em causa pretende-se multifário o bastante para transitar pelos concomitantes domínios da liberdade de manifestação do pensamento e da produção intelectual, científica e de comunicação, afunilando para o campo da convicção política. Ou da convicção político-ideológica, mais exatamente. Logo, estudo situado no campo do livre debate das idéias. É o que passo a examinar, incontinentemente.

• *A obra do escritor-paciente, em si mesma.*

95. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das idéias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias). Apelando, então, para a própria razão ou o senso crítico do leitor. Não para aqueles baixos sentimentos, aqueles instintos menores que respondem pelo desvario das condutas humanas de cego apaixonamento. Incivilizadas, portanto.

96. Que me esforço por dizer? Esforço-me por dizer que, no contexto da obra que tem por autor **Siegfried Ellwanger Castan**, trilhei um caminho de nenhum deleite intelectual ou agrado literário. Mas sem poder negar a ele, paciente, o que é próprio dos estudiosos: a objetiva análise de fatos, ações, eventos, personalidades. De parelha com a capacidade de avançar idéias próprias na explicação de toda essa complexa fenomenologia. Exatamente como sucede em toda faina que mereça o nome de intelectual, pois intelectual é todo aquele que propõe modelos de análise ou que não aplica idéias alheias sem antes colocá-las sob o crivo da razão.

97. Uma coisa é não gostar ou até mesmo discordar do que se leu (como, de fato, não gostei e ainda discordei, em boa parte). Outra, bem ao contrário, é desqualificar a obra quanto à perspectiva revisionista do seu objeto e quanto à consistência da metodologia empregada na sua elaboração (caso dos autos). É que os episódios e as personalidades que marcaram a Segunda Grande Guerra comportam mais de uma explicação, e toda pessoa é livre para se posicionar nessa ou naquela direção. A menos que, a pretexto de escrever um livro, em realidade passe a trilhar os aleivosos caminhos do panfleto, da ridicularia ou da pasquinada (sem nenhuma alusão ao criativo e bem humorado jornal brasileiro *O Pasquim*. Do achincalhe e da prestidigitação intelectual. Que não é — convictamente afirmo — o caso da obra que li e reli com o máximo de atenção que me foi possível.

• *O viés ideológico das concepções do autor-paciente*

98. A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia. Daí que ele, escritor e paciente, faça da sua história de vida pessoal um eterno esforço por demonstrar que as coisas não se passaram como na explicação dos Estados vencedores.

99. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1°), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5°).

100. Esse respaldo jurídico também decorre da «Lei de Imprensa» (Lei n° 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

«Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:

I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

(...)

IX - a exposição de doutrina ou idéia.»

101. O mesmo calço jurídico-positivo ainda se vê no corpo da chamada «Lei de Segurança Nacional», cujo art. 22, § 3°, assim dispõe:

«Art. 22. Fazer, em público, propaganda:

(...)

§ 3° Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.»

• *O conteúdo do viés ideológico da obra em causa*

102. Quanto a esse viés ideológico do autor — paciente, entendo que ele pode ser dividido em duas partes exatas: a) uma, manifestada nas duras críticas às Forças Aliadas da Segunda Guerra Mundial (especialmente a Inglaterra, os Estados Unidos da América, a antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a Polônia, que o escritor acusa de responsáveis diretas pela irrupção do conflito armado e pela dizimação de cidades e populações civis da Alemanha, quando esta já se encontrava totalmente vencida); b) a outra, revelada na firme convicção de que tais forças aliadas foram instigadas e até financiadas pelo sionismo internacional, arquiinimigo do povo alemão.

103. Com efeito, a obra do paciente é toda ela repassada de denúncias contra o espírito beligerante daqueles Estados vencedores e também dos seus principais líderes à

época (de modo especial **Winston Churchill**, desancado a mais não poder). Assim como fervilha de ressentimentos contra o sionismo, que ele faz questão, do início da obra ao respectivo fim, de distinguir do povo judeu como um todo. Confira-se:

> I - «Qualquer citação sobre Sionismo ou referências sobre judeus internacionais não deverá ser considerada contra as pessoas que professam a religião judaica, que residem e trabalham pacificamente conosco e que cada vez menos aprovam os atos dos primeiros, por deixá-los em constante preocupação» («Prefácio» da 1ª edição, p. 10);
>
> II - «Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o homem que acionou a chave da segunda guerra mundial, o primeiro ministro Neville Chamberlain, foi o responsável pelo sangrento conflito, pelas pressões exercidas através da imprensa internacional e sobre elementos ligados ao governo britânico, norte-americano e anteriormente todos os países do mundo. Este livro nada tem a ver com os praticantes da religião judaica, que trabalham e lutam conosco e que consideram o Brasil como sua única pátria, pois não é aceitável uma dupla nacionalidade» («Esclarecimentos Finais», p. 306 da última edição do livro (29ª edição);
>
> III - «Uma parcela cada vez maior de judeus praticantes está em completo desacordo com o movimento sionista mundial. Isso deve estar ocorrendo em vista das mortes e desgraças ocasionadas, entre os quais se destacam os palestinos, egípcios, libaneses, sírios, jordanianos, iraquianos, iranianos, israelitas, norte-americanos, soldados das mais diversas nacionalidades, pertencentes à ONU, etc.» («Esclarecimentos Finais» da 29ª edição, p. 309).

104. Tudo isso é confirmado pela própria defesa judicial de 1ª instância, na qual se lê: «O acusado jamais praticou e jamais praticará qualquer ato de racismo contra quem quer que seja. E, do mesmo modo, jamais há de servir de âncora ao induzimento ou à incitação de prática tão nefasta. Seu objetivo é o revisionismo histórico, o debate intelectual, e, no tocante à questão judaica, o combate ao sionismo (p. 23 da publicação que o advogado Marcopollo Giordani — OAB/RS 23781 — fez chegar às mãos de cada Ministro desta excelsa Corte de Justiça).

105. Pronto! Nessa candente passagem da defesa do autor-paciente, eu enxergo a própria síntese do livro em tela. É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente, literariamente, e em parte quixotesca. E obra de quem professa uma ideologia. Ainda que pouco verossímil.

• *A contextualização da simpatia do autor pelo Estado e pelo povo alemão*

106. É certo — não se pode obscurecer — que o autor-paciente sai em defesa do Estado e do povo alemão, ao explicar os fatos caracterizadores tanto da Primeira quanto da Segunda Grande Guerra. Mas é preciso ver o contexto em que o faz. Ele fica do lado germânico, sim, e chega até mesmo a revelar simpatia por **Adolf Hitler**, mas sem jamais falar de arianismo. Nem de superioridade racial alemã ou de inferioridade racial judaica. Jamais! Muito menos de justificar ou apoiar o holocausto, até porque ele inverte a ordem das coisas: para ele, **Siegfried Ellwanger Castan**, quem sofreu o holocausto ou o sistemático processo de dizimação humana foi o povo da Alemanha.

107. Não apenas o escritor-paciente deixa de colocar os judeus na humilhante condição de subpovo ou de sub-raça, como faz exatamente o contrário: acusa o judaísmo de se irrogar um complexo de superioridade. De se considerar o povo eleito de Deus. Com pretensões à conquista de todo o planeta. Ao domínio político, religioso e econômico do mundo. Não pelo modo ortodoxo de dominação territorial-militar, mas pelo modo heterodoxo de se conquistar pelo uso das duas grandes forças sociais da Imprensa e do Capital Financeiro. Tudo debaixo da inspiração, do acicate, da incessante militância do sionismo internacional (tido por ele, paciente, como organização *fundamentalista*).

108. No rigor dos conceitos, então, é praticamente impossível *etiquetar* a obra do paciente como preconceituosa, porque, para ele, preconceituoso é o sionismo. Ele, sionismo, é que propugna pelo fechamento de espaços à livre ocupação dos outros povos. Embaraçando a auto-afirmação coletiva alienígena. Quer dizer, o que incomoda e até mesmo humilha é o ar de superioridade, arrogância e intolerância judaico-sionista. Daí insistentemente o autor denunciar que os judeus não casam senão entre si e ainda antepõem o nome da sua nacionalidade ao nome da nacionalidade do país onde qualquer deles se encontre. Sempre e sempre sob a renitente e sectária ideologia sionista, ortodoxamente empenhada (segundo ele, paciente) em perpetuar esse desagregador estado de coisas. Que, no fundo, é prejudicial a todo o povo judeu, porque desperta contra ele um sentimento de aversão.

109. Por outro aspecto, na obra que li e reli não encontrei apologia à guerra. Bem ao contrário (elucidativa é a p. 43 da última edição, a esse respeito). Tampouco o boicote a produtos ou pessoas de nacionalidade judaica. Muito menos o extermínio físico de quem quer que seja (extermínio que o paciente nega fosse a real intenção de **Hitler**, como está no alto da p. 149 da 29ª edição). E sempre que o livro fala de condutas odientas, ou mistificadoras, ou mentirosas, é para criticá-las (como se vê da parte inicial do capítulo dedicado ao «**Linchamento de Nuremberg**, p. 194, também da última edição). Deixando claro que ele, **Siegfried**, é homem de caráter. E que jamais defenderia a tese imoral de que os fins justificam os meios.

110. Essas, a meu sentir, as *impressões digitais* do livro. Já estampadas, aliás, no título por ele portado: *Holocausto Judeu ou Alemão? — Nos Bastidores da Mentira do Século*. Um livro que verifiquei se achar catalogado como de livre circulação mundial, conforme qualquer pessoa pode comprovar pela consulta ao *site* «**amazon.com**», da *Internet*, de alcance mundial.

111. Como síntese das sínteses, e sempre atento ao fato de que o livro do autor-paciente labora mesmo é no macroespaço das relações entre Estados, povos e governos soberanos, concluo que o presente caso é de uso da liberdade de expressão para cimentar uma convicção política. Ou uma convicção político-ideológica, de especial proteção constitucional (nos termos do inciso VIII do art. 5º antecedentemente transcrito).

• *Os demais livros editados pelo paciente-autor*

112. Por fim, acerca dos demais livros editados pelo paciente-escritor, não me foi possível adquirir e ler todos eles. Folheei dois deles, apenas (*Os Conquistadores do Mundo*, do húngaro **Louis Marschalko**, e *Hitler — Culpado ou Inocente?*, do brasileiro-acadêmico Sérgio Oliveira, 2ª edição), e o que posso dizer é que são bem escritos e

seguem a mesma toada do livro de autoria do escritor *sub judice*: dar uma outra versão dos fatos ensejadores e caracterizadores do Segundo Grande Conflito Armado do século XX. E batendo *na mesma tecla* de denúncia da pretensiosa supremacia racial judaica e particularmente contra o sionismo, conforme se extrai deste epílogo do livro de **Marschalko** (p. 215):

> «A luta pela liberdade travada pelos trabalhadores húngaros, camponeses e classes médias coloca todos os homens de boa vontade sob uma obrigação muito forte. Ela afeta não apenas os húngaros mas todos os países da Terra. Nós temos de juntar forças para quebrar o poder dos conquistadores do mundo, do contrário haverá uma terceira guerra mundial e os sobreviventes ou serão ignóbeis escravos do mundo judaico ou serão frangalhos humanos e imbecis degenerados pela radiação atômica e pelos efeitos do estrôncio.
>
> Foi essa crença, e não o ódio, que me compeliu a escrever este livro. Nós não somos antiamericanos, porque nós gostamos de fazendeiros americanos e os admiramos, como também somos admiradores dos trabalhadores e pioneiros americanos. Nós, os europeus, só não gostamos dos americanos de Morgenthau e de Baruch. De maneira semelhante, não somos inimigos do povo russo, mas somos inimigos mortais da União Soviética de Kaganovich e do bolchevismo judaico.
>
> No futuro, se houver paz no mundo, não deverá haver nenhum 'povo eleito', mas sim apenas nações livres, com direitos iguais. Esta é a única verdade, e no fim a verdade certamente prevalecerá.»

113. Quanto às duas outras publicações objeto da denúncia promotorial pública, o que posso dizer é que os seus autores são conhecidos (**Henry Ford** é o famoso industrial da montadora muntinacional Ford de automóveis, entre outros títulos, e **Gustavo Barroso** foi membro e presidente duas vezes da Academia Brasileira de Letras), e elas circulam, também livremente, por Estados como a França e a América do Norte (mesmo *site* **amazon.com**). Mas os próprios títulos dessa obras também sinalizam o idêntico propósito de falar dos judeus como eternos pretendentes à conquista do mundo, sob inspiração e decidida militância sionista. O que não tenho como prática discriminadora (mesmo sem aderir, pessoalmente, a tais pontos de vista), porque desacompanhada daqueles argumentos que buscam entorpecer o raciocínio do leitor e conduzi-los à liberação de instintos bestiais (como de instinto bestial é, de fato, a prática do racismo).

114. Consoante falado no tópico referente à «Questão de Ordem», enquadro tais edições no âmbito da liberdade de iniciativa do autor-paciente enquanto empresário, notadamente porque são obras que levam a assinatura dos referidos escritores e pelas quais o paciente não deve responder nem no plano cível nem no plano criminal. Além do que também situadas no mais protegido campo constitucional da convicção política, pois é fato que centralmente versantes sobre aquelas já mencionadas relações entre Estados, povos e governos soberanos.

• *Fecho*

115. Aqui termino este alongado e certamente enfadonho voto, citando dois pensadores do meu especial agrado: a) o brasileiro **Fábio Konder Comparato**, para quem «A perda da liberdade de crítica é a desmoralização do intelectual» (entrevista publicada pelo

jornal «Folha de São Paulo», caderno A 12, edição de 18 de agosto de 2003); e b) o francês François-Marie Arouet **Voltaire**, autor da gloriosa frase «não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las». Por sinal, de nome **Voltaire** (Voltaire Pires) é a rua onde funciona a editora do paciente. Escritor-paciente, contra cuja condenação defiro o presente *habeas corpus*. *Habeas corpus* de ofício, por entender que ele não incorreu em conduta penalmente típica.

É o meu voto, debaixo de todas as vênias daqueles tão bem elaborados votos discordantes.

DEBATES

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): V. Exa. concede o *habeas corpus* em que sentido?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Primeiro, mais importante ainda, entendo que ele não cometeu o crime. Mas, se entender que o crime foi cometido, como a lei não separa a discriminação racial *lato sensu* da discriminação por raça, propriamente racista... Então que se lhe abone o desclausuramento da imprescritibilidade.

Mas o meu primeiro voto é pela absolvição.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Então, V. Exa. conclui pela concessão?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Pela absolvição, falta de justa causa, atipicidade da conduta.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Por isso que fiz aquela primeira indagação na questão de ordem de V. Exa. Agora, sim, estou entendendo. V. Exa. concede a ordem para absolver o paciente, não é isso?

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Perfeito.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, na assentada anterior, já havia manifestado a intenção de pedir vista. Revelou o Ministro Carlos Britto que gostaria de se pronunciar, de imediato, sobre a matéria. Posteriormente, verificou a complexidade e também a envergadura deste julgamento. Transformou o pedido de vista em mesa em regimental.

Os Colegas, mesmo diante desse segundo pedido de vista — porque o primeiro eu já tinha veiculado, e parecia que iríamos suspender o julgamento, aguardando os demais, a quem pedi licença para antecipar o pedido de vista —, acabaram votando pelo que ouviram na própria Sessão.

O julgamento, como ressaltou o ministro Carlos Britto, é histórico, muito tem a ver, repito, e já dissera antes, quando anunciei o pedido de vista, com os ares democráticos decorrentes da Carta de 1988, especialmente sob o ângulo da crítica, da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

Desejo refletir sobre o tema e, por isso, reafirmo que preciso ter vista dos autos.

EXTRATO DA ATA

HC 82.424/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria, resolvendo a questão de ordem, não viu condições de deferimento do *habeas corpus* de ofício, vencido o Ministro Carlos Britto, que entendeu deferi-lo por carência da ação penal por atipicidade de conduta. Votou o Presidente, o Ministro Maurício Corrêa. Prosseguindo-se no julgamento, após o voto do Ministro Carlos Britto, que concedia, *ex officio*, a ordem de *habeas corpus* para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta, pediu vista dos autos o Ministro Marco Aurélio. Não votou o Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Ministro Moreira Alves, que proferira voto. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Nelson Jobim.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 27 de agosto de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO (Vista)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Em peça redigida com esmero, os profissionais da advocacia Werner Cantalício João Becker e Rejana Becker impetraram este *habeas* substitutivo de recurso ordinário constitucional em benefício de Siegfried Ellwanger, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por meio do qual, indeferida a ordem, prevaleceu a condenação imposta ao paciente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, negando-se o afastamento da imprescritibilidade, porque enquadrado o crime praticado como de racismo.

A denúncia que deu origem à ação penal calcou-se na imputação ao paciente do crime de racismo — artigo 20, cabeça, da Lei nº 8.081/90:

> Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Dela constam a edição e a distribuição de obras de autores brasileiros e estrangeiros com mensagens anti-semitas, visando a incitar e a induzir a discriminação racial, semeando nos leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Em primeira instância, o pedido formulado pelo Ministério Público foi julgado improcedente, consignando-se, em sentença, o exercício da liberdade de expressão.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul proveu o recurso do Ministério Público, condenando o paciente à pena de reclusão de dois anos, com *sursis* por quatro anos e a destruição do material apreendido (folha 48), ficando o acórdão assim ementado (folha 28):

Racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Art. 20 da Lei nº 7.716/89 (redação dada pela Lei nº 8.081/90). Limites constitucionais da liberdade de expressão. Crime imprescritível. Sentença absolutória reformada.

No Superior Tribunal de Justiça, vencido o ministro Edson Vidigal, a impetração de *habeas* não frutificou. Eis a ementa do acórdão (folha 123):

Criminal. *Habeas corpus*. Prática de racismo. Edição e venda de livros fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias. Pedido de afastamento da imprescritibilidade do delito. Considerações acerca de se tratar de prática de racismo, ou não. Argumento de que os judeus não seriam raça. Sentido do termo e das afirmações feitas no acórdão. Impropriedade do *writ*. Legalidade da condenação por crime contra a comunidade judaica. Racismo que não pode ser abstraído. Prática, incitação e induzimento que não devem ser diferenciados para fins de caracterização do delito de racismo. Crime formal. Imprescritibilidade que não pode ser afastada. Ordem denegada.

I. O *habeas corpus* é meio impróprio para o reexame dos termos da condenação do paciente, através da análise do delito – se o mesmo configuraria prática de racismo ou caracterizaria outro tipo de prática discriminatória, com base em argumentos levantados a respeito dos judeus – se os mesmos seriam uma raça, ou não – tudo visando a alterar a pecha de imprescritibilidade ressaltada pelo acórdão condenatório, pois seria necessária controvertida e imprópria análise dos significados do vocábulo, além de amplas considerações acerca da eventual intenção do legislador e inconcebível avaliação do que o Julgador da instância ordinária efetivamente «quis dizer» nesta ou naquela afirmação feita no *decisum*.

II. Não há ilegalidade na decisão que ressalta a condenação do paciente por delito contra a comunidade judaica, não se podendo abstrair o racismo de tal comportamento, pois não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias ou preconceituosas é autor do delito de racismo, inserindo-se, em princípio, no âmbito da tipicidade direta.

III. Tais condutas caracterizam crime formal, de mera conduta, não se exigindo a realização do resultado material para a sua configuração.

IV. Inexistindo ilegalidade na individualização da conduta imputada ao paciente, não há porque ser afastada a imprescritibilidade do crime pelo qual foi condenado.

V. Ordem denegada.

Sustentam os impetrantes que o paciente, absolvido pelo Juízo, acabou condenado pelo crime de discriminação contra judeus, tipificado no artigo 20 da Lei nº 7.716/89, com a redação dada pela Lei nº 8.081/90[1], e não pelo de racismo, este sim, imprescritível, de

1 Lei nº 8.081/90, artigo 1º: "A Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passa a vigorar acrescida do seguinte artigo:

acordo com o artigo 5°, inciso XLII[2], da Constituição Federal. Alegam que, não revelando os judeus a existência de uma «raça», ao paciente foi erroneamente imputado o crime de «racismo». E requerem «seja liminarmente suspensa a averbação de imprescritibilidade constante do acórdão, para que, até o julgamento do presente pedido, seja suspensa a execução da sentença». Por fim, pleiteiam a concessão da ordem, para «desconstituir a averbação de imprescritibilidade para o crime a que o paciente foi condenado» (folha 17).

Iniciado o julgamento em 12 de dezembro de 2002, o eminente relator, Ministro Moreira Alves, votou no sentido da procedência dos argumentos trazidos pelos impetrantes, assentando não formarem os judeus uma raça, ficando afastada, assim, a hipótese constitucional da imprescritibilidade. Mencionou conferência proferida em 15 de fevereiro de 1998 pelo rabino Henry I. Sobel:

> Existem judeus de toda espécie: brancos e negros, orientais e ocidentais, falando uma infinidade de idiomas diferentes.
>
> Mesmo assim, os judeus se consideram verdadeiros irmãos, unidos por fortes laços de afinidade, laços estes talvez mais místicos do que racionais. Os historiadores e sociólogos nunca conseguiram enquadrar os judeus em nenhuma das categorias convencionais. Os judeus obviamente não constituem uma raça, pois raça é uma designação biológica; tampouco são apenas adeptos de uma mesma religião, embora certamente professem a religião judaica; também não se pode descrevê-los unicamente como «nação», embora a identidade judaica tenha indubitavelmente um componente de caráter nacional. O problema geralmente é resolvido através do termo «povo».

Entendeu o relator que, enquadrado o crime como discriminação contra o povo judeu, e não como racismo, a prescrição da pretensão punitiva já teria acontecido. É que o paciente fora condenado a dois anos de reclusão e já tinham passado mais de quatro anos entre o recebimento da denúncia e a decisão. Deferiu a ordem, para declarar a extinção da punibilidade do paciente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. O julgamento foi interrompido, em 12 de dezembro de 2002, ante o pedido de vista formulado pelo Ministro Maurício Corrêa.

Retomado o julgamento em 9 de abril de 2003, Sua Excelência, citando parecer da lavra do professor Celso Lafer — encaminhado aos Ministros que compõem a Corte pelo

---

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1° Poderá o juiz determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 2° Constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido".

2 Constituição Federal, artigo 5°, inciso XLII: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei".

rabino Henry I. Sobel —, aduziu que o conceito de raça não é uma expressão unicamente biológica, devendo ser interpretada também à luz de outras ciências, como a Sociologia e a Antropologia. A esse argumento somaram-se outros, de natureza histórica, ressaltando o sofrimento vivido pelo povo judeu desde a Diáspora e culminado com a 2ª Grande Guerra, linha de pensamento também adotada no voto seguinte, prolatado pelo Ministro Celso de Mello. Ambos indeferiram a ordem.

Ocorreu nova interrupção, desta feita devido ao pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes.

Em 26 de junho de 2003, o julgamento teve seqüência. O Ministro Gilmar Mendes reconheceu que a concepção a respeito da existência de diferentes raças humanas baseava-se em um pseudoconhecimento científico do século XIX e que, atualmente, não mais subsiste. Afirmou que, em sede de colisão entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, dever-se-ia ponderar a partir do princípio da proporcionalidade e que, na hipótese, a condenação do paciente revelaria o atendimento aos subprincípios da adequação, da proibição do excesso e da proporcionalidade em sentido estrito.

Na ocasião, cheguei a pedir vista para analisar melhor a matéria, oportunidade na qual registrei:

> Senhor Presidente, se os colegas que me antecedem na votação permitirem, estimo ter vista antecipada dos autos.
>
> Informo, desde já, que refletirei principalmente sobre um bem que acredito ser, em uma sociedade democrática, de envergadura maior, que é a liberdade de expressão, sem desconsiderar, evidentemente, os parâmetros do próprio *habeas corpus*.

Na assentada, após a manifestação acima, revelou o Ministro Carlos Britto o desejo de pronunciar-se, de imediato, sobre o tema. A seguir, na mesma sessão, verificando a complexidade e também a envergadura da hipótese dos autos, transformou o pedido de vista em mesa em regimental.

Os Colegas, com exceção do Ministro Sepúlveda Pertence, mesmo diante da duplicidade de pedido de vista, porque o primeiro já havia sido por mim veiculado, insistiram na continuação do julgamento, antecipando os convencimentos formados. E assim se prosseguiu com os votos antecipados dos Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Cezar Peluso, que denegaram a ordem.

Em 27 de agosto de 2003, retomou-se o julgamento, proferindo voto-vista o Ministro Carlos Britto, que, ao considerar o princípio da liberdade de expressão e os parâmetros da impetração, fez ver:

> 94. Ao cabo de cuidadosa e até mesmo penosa leitura do livro do escritor-paciente, tanto na primeira quanto na última edição (o estilo redacional do autor é pouco atraente, devo dizê-lo, e a distribuição dos temas se me afigurou um pouco baralhada), convenci-me de que ele tentou produzir uma obra objetivamente convincente. Esforçou-se por transitar no puro domínio das idéias e se valeu de farto material de pesquisa: livros, revistas, jornais, filmes, documentários, entrevistas, fotos, mapas, etc., com indicação das respectivas fontes (contei 86 citações, entre livros e artigos, 16 jornais, 8 revistas e 2 agências de notícias).

(...)

97. A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de sobrepor a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. Não que ele quisesse fugir dessa imperiosa neutralidade. Mas que não tinha como a ela se apegar ou circunscrever, por já se encontrar profundamente marcado por essa deformação conceptual que timbra o pensamento de todo aquele que se aferra a uma determinada ideologia. Daí que ele, escritor e paciente, faça da sua história de vida pessoal um eterno esforço por demonstrar que as coisas não se passaram como na explicação dos Estados vencedores.

98. Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ouropel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e conseqüente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1°), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5°).

99. Esse respaldo jurídico também decorre da «Lei de Imprensa» (Lei n° 5.250, de 9 de fevereiro de 1967), conforme a seguinte expressão vocabular:

> «Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação:
>
> I - a opinião desfavorável da crítica literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;
>
> (...)
>
> IX - a exposição de doutrina ou idéia.»

100. O mesmo calço jurídico-positivo ainda se vê no corpo da chamada «Lei de Segurança Nacional», cujo art. 22, § 3°, assim dispõe:

> «Art. 22. Fazer, em público, propaganda:
>
> (...)
>
> § 3° Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.»

Asseverou haver analisado minuciosamente a obra de autoria do paciente e concluiu:

102. Com efeito, a obra do paciente é toda ela repassada de denúncias contra o espírito beligerante daqueles Estados vencedores e também dos seus principais líderes à época (de modo especial **Winston Churchill**, desancado a mais não poder). Assim como fervilha de ressentimentos contra o sionismo, que ele faz questão, do início da obra ao respectivo fim, de distinguir do povo judeu como um todo. Confira-se:

> I - «Qualquer citação sobre Sionismo ou referências sobre judeus internacionais não deverá ser considerada contra as pessoas que professam a reli-

gião judaica, que residem e trabalham pacificamente conosco e que cada vez menos aprovam os atos dos primeiros, por deixá-los em constante preocupação» («Prefácio» da 1ª edição, p. 10);

II - «Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o homem que acionou a chave da segunda guerra mundial, o primeiro ministro Neville Chamberlain, foi o responsável pelo sangrento conflito, pelas pressões exercidas através da imprensa internacional e sobre elementos ligados ao governo britânico, norte-americano e anteriormente todos os países do mundo. Este livro nada tem a ver com os praticantes da religião judaica, que trabalham e lutam conosco e que consideram o Brasil como sua única pátria, pois não é aceitável uma dupla nacionalidade» («Esclarecimentos Finais», p. 306 da última edição do livro (29ª edição);

III - «Uma parcela cada vez maior de judeus praticantes está em completo desacordo com o movimento sionista mundial. Isso deve estar ocorrendo em vista das mortes e desgraças ocasionadas, entre os quais se destacam os palestinos, egípcios, libaneses, sírios, jordanianos, iraquianos, iranianos, israelitas, norte-americanos, soldados das mais diversas nacionalidades, pertencentes à ONU, etc.» («Esclarecimentos Finais» da 29ª edição, p. 309).

103. Tudo isto é confirmado pela própria defesa judicial de 1ª instância, na qual se lê: «O acusado jamais praticou e jamais praticará qualquer ato de racismo contra quem quer que seja. E, do mesmo modo, jamais há de servir de âncora ao induzimento ou à incitação de prática tão nefasta. Seu objetivo é o revisionismo histórico, o debate intelectual, e, no tocante à questão judaica, o combate ao sionismo (p. 23 da publicação que o advogado Marcopollo Giordani — OAB/RS 23781 — fez chegar às mãos de cada ministro desta excelsa Corte de Justiça).

104. Pronto! Nessa candente passagem da defesa do autor-paciente eu enxergo a própria síntese do livro em tela. É uma obra de revisão histórica, ainda que muito pouco atraente e em parte quixotesca. E obra de quem professa uma ideologia. Ainda que muito pouco verossímil.

(...)

105. É certo — não se pode obscurecer — que o autor-paciente sai em defesa do Estado e do povo alemão, ao explicar os fatos caracterizadores tanto da primeira quanto da Segunda Grande Guerra. Mas é preciso ver o contexto em que o faz. Ele fica do lado germânico, sim, e chega até mesmo a revelar simpatia por **Adolf Hitler**, mas sem jamais falar de arianismo. Nem de superioridade racial alemã ou de inferioridade racial judaica. Jamais! Muito menos de justificar ou apoiar o holocausto, até porque ele inverte a ordem das coisas: para ele, **Siegfried Ellwanger Castan**, quem sofreu o holocausto ou o sistemático processo de dizimação humana foi o povo da Alemanha.

106. Não apenas o escritor-paciente deixa de colocar os judeus na humilhante condição de subpovo ou de sub-raça, como faz exatamente o contrário: acusa o judaísmo de se irrogar um complexo de superioridade. De se considerar o povo-eleito de Deus. Com pretensões à conquista de todo o planeta. Ao domínio político, religioso e econômico do mundo. Não pelo modo ortodoxo de dominação

territorial-militar, mas pelo modo heterodoxo de se conquistar pelo uso das duas grandes forças sociais da Imprensa e do Capital Financeiro. Tudo debaixo da inspiração, do acicate, da incessante militância do sionismo internacional (tido por ele, paciente, como organização *fundamentalista*).

Então, veio a deferir a ordem. Sendo o próximo a votar, reiterei a preocupação com a matéria tratada, formalizando pedido de vista, em reiteração ao anterior, nos seguintes termos:

Senhor Presidente, na assentada anterior, já havia manifestado a intenção de pedir vista. Revelou o Ministro Carlos Britto que gostaria de se pronunciar, de imediato, sobre a matéria. Posteriormente, verificou a complexidade e também a envergadura deste julgamento. Transformou o pedido de vista em mesa em regimental.

Os Colegas, mesmo diante desse segundo pedido de vista — porque o primeiro eu já tinha veiculado, e parecia que iríamos suspender o julgamento, aguardando os demais, a quem pedi licença para antecipar —, acabaram votando pelo que ouviram na própria Sessão.

O julgamento, como ressaltou o Ministro Carlos Britto, é histórico, muito tem a ver, repito, e já dissera antes, quando anunciei o pedido de vista, com os ares democráticos decorrentes da Carta de 1988, especialmente sob o ângulo da crítica, da liberdade de expressão e da liberdade de informação.

Desejo refletir sobre o tema e, por isso, reafirmo que preciso ter vista dos autos.

Após esse breve relato, externo as reflexões que fiz sobre a questão, por mim reputada uma das mais importantes — se não a mais importante — apreciadas por este Colegiado nos treze anos em que nele tive assento, consignando haver recebido o processo para exame em 29 de agosto de 2003, nele lançando visto e declarando-me habilitado a votar em 12 de setembro imediato — folha 188.

A censura, em suas diversas formas — direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial —, tem merecido, no correr dos anos, a preocupação e o repúdio dos povos. Em 1695, na Inglaterra, deixou-se de ratificar texto — *Licensing Act* — que dispunha sobre a censura prévia. Na Declaração de Direitos de Virgínia — em 1776 —, proclamou-se que «a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade e não pode ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos» — artigo 12. A Constituição Americana de 1787, via Emenda nº 1, previu que «o Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos». Na França, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem, mais uma vez reiterou-se que «a livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos: todo cidadão pode, portanto, falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade, pelo qual deverá responder nos casos determinados em lei» — artigo 11. O pós-guerra — 1948 — fez surgir a Organização das Nações Unidas, vindo-nos a Declaração Universal dos Direitos Humanos: «Toda pessoa tem direito à liberdade

de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras». Em 1950, em Roma, no Convênio Europeu para a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, ressaltaram-se aspectos a serem considerados, tais como a liberdade de expressão, o recebimento e a comunicação de informações e o afastamento da ingerência de autoridades públicas. Mais recentemente, via o Pacto de São José da Costa Rica, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, selou-se: «Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda índole, sem consideração de fronteiras». Eis as normas matrizes internacionais do direito fundamental em questão.

Diante dos horrores da escravidão negra no Brasil, Rui Barbosa, à época Vice-Chefe do Governo Provisório e Ministro da Fazenda, determinou, por meio do Decreto de 14 de dezembro de 1890, que se destruíssem todos os documentos referentes à escravidão. Intentava com esse gesto apagar, da história brasileira, o instituto — como se isso tivesse o condão de fazer desaparecer da memória nacional a carga de sofrimento suportada pelo povo africano e pelos afrodescendentes — e evitar possíveis pedidos de indenização por parte dos senhores de engenho.

O ilustre baiano não se apercebeu que determinação em tal sentido, além de imprópria a alcançar o fim desejado — apagar a mancha da escravidão feita a sangue no Brasil —, subtrairia às gerações futuras a possibilidade de estudar a fundo a memória do País, o que as impediria, por conseguinte, de formar um consciente coletivo baseado na consideração das mais diversas fontes e de emergir do legado transmitido — a ignorância.

Ainda uma vez sob enfoque histórico, forçoso é trazer à lembrança outro exemplo, ligado à época da Inquisição. Por causa do avanço desmedido da religião protestante — já estendida a dois terços da Alemanha, metade da Holanda, parte da Áustria, da Hungria e da Boêmia, um quarto da França, ocorrendo ainda a adesão da Inglaterra, da Escócia e da Escandinávia —, o Papa Paulo III deu início a um movimento, conhecido como Contra-Reforma, no qual se adotava uma série de medidas com o objetivo de conter o progresso do protestantismo.

Então, criou-se em 1543 a Congregação do Índex, cuja finalidade era a veiculação de lista dos livros contrários à doutrina Católica — *Index livrorum proibitorum* — e, portanto, proibidos para os cristãos, a fim de evitar que idéias heréticas corrompessem o espírito dos fiéis. Listas e mais listas restaram publicadas, sucessivamente, símbolo talvez de uma das maiores intolerâncias que a humanidade já conheceu. No rol dos livros vetados, constavam obras de Gil Vicente, Luís de Camões e do Padre Antônio Vieira. Somente em 1966 a Congregação para a Doutrina da Fé anunciou que o Índice não mais seria publicado[3].

3 BURNS, Edward McNall. *História da Civilização Ocidental: do Homem das Cavernas às Naves Espaciais*. Tradução de Donaldson M. Garhagen. 40° ed., São Paulo: Globo, 2001, v. 1, pp. 376-401; ARRUDA, José Jobson de A. *História Moderna e Contemporânea*. 23ª ed., São Paulo: Ática, 1990, pp. 44-54.

Tamanha violência não foi apenas intelectual, mas resvalou para a física: aos escritores considerados hereges, caberia o julgamento pelo Tribunal da Inquisição e, condenados, morreriam queimados nas fogueiras.

A par de outros enfoques já apreciados nos votos dos Ministros que me antecederam, o caso denota um profundo, complexo e delicado problema de Direito Constitucional, e daí o tom paradigmático deste julgamento: estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação dos valores, o que, por óbvio, força este Tribunal, guardião da Constituição, a enfrentar a questão da forma como se espera de uma Suprema Corte. Refiro-me ao intricado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela.

1. Liberdade de Expressão e Estado Democrático de Direito

Dando fim a período inaceitável de ditadura militar, a Constituição de 1988 resgatou as bases do Estado Democrático de Direito, a partir da restauração concreta de um sistema de valores e princípios de direitos fundamentais que hoje constitui a verdadeira essência de uma sociedade plural e democrática. Nesse sentido, a eficácia plena dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição, bem como de outros direitos advindos do regime e de tratados internacionais, na forma do § 2º desse mesmo artigo 5º, é condição essencial para a consolidação e o amadurecimento de nossas instituições políticas e para a conservação e a promoção da democracia.

Democracia significa assegurar a formação e a boa captação da opinião pública; significa garantir a soberania popular, para que os rumos do Estado acompanhem fidedignamente os resultados e as manifestações dessa soberania. Para tanto, o sistema constitucional brasileiro prevê vários institutos e mecanismos que têm por finalidade concretizar o princípio democrático, de maneira a torná-lo algo vivo, presente e eficaz. Na doutrina nacional, costuma-se indicar o sistema eleitoral, o sufrágio universal, direto, secreto e periódico como uma das mais claras manifestações jurídicas do princípio democrático.

Outros pilares do sistema constitucional pátrio são igualmente essenciais para a eficácia direta do princípio democrático, como é o caso da separação dos Poderes, mediante a qual se confere aos representantes do povo e dos Estados — vereadores, deputados e senadores —, assim escolhidos por meio do voto direto, a elaboração legislativa, e, ao Chefe do Poder Executivo, também eleito pelo sufrágio, a condução política do País, incumbindo ao Judiciário julgar os conflitos de interesse e restabelecer a paz social momentaneamente abalada.

Entretanto outras manifestações existem. O sistema de direitos fundamentais, como elemento constitutivo do Estado de Direito, é imprescindível na concretização do princípio democrático. Na precisa lição do eminente professor Joaquim Canotilho, «os direitos fundamentais têm uma função democrática dado o exercício democrático do poder».

Tais direitos asseguram a contribuição de todos os cidadãos para o exercício da democracia. Constroem um ambiente livre para essa participação — o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por exemplo, direitos constitutivos do próprio princípio democrático — e promovem a abertura do processo político a partir dos direitos sociais, econômicos e culturais[4]. Tratando dos direitos fundamentais na dimensão de liberdade, o Professor de Coimbra arremata:

> Por sua vez, os direitos fundamentais, como direitos subjetivos de liberdade, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de garantias de organização e de processos com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral).[5]

Pode-se concluir que os direitos fundamentais localizam-se na estrutura de sustento e de eficácia do princípio democrático. Nesse contexto, o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável, em suas mais variadas facetas: direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura. É por meio desse direito que ocorre a participação democrática, a possibilidade de as mais diferentes e inusitadas opiniões serem externadas de forma aberta, sem o receio de, com isso, contrariar-se a opinião do próprio Estado ou mesmo a opinião majoritária. E é assim que se constrói uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de idéias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas. Na feliz e apropriada redação utilizada pelo Professor Catedrático de Direito Público e História Constitucional da Universidade de Friburgo, Ernst-Wolfgang Böckenförde, utilizando-se de expressão cunhada pela Corte Constitucional Alemã, os direitos de comunicação, em que se inclui a liberdade de opinião, são «constitutivos do princípio democrático por antonomásia», já que promovem a autonomia individual e formam o ambiente plural de participação democrática.[6]

É fácil perceber a importância do direito à liberdade de expressão se analisarmos as dimensões e as finalidades substantivas que o caracterizam. A principal delas, ressaltada pelos mais modernos constitucionalistas no mundo, é o valor instrumental, já que funciona como uma proteção da autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular[7]. Em outras palavras, a liberdade de expressão é um elemento do princípio democrático, intuitivo, e estabelece um ambiente no qual, sem censura ou medo, várias opiniões e ideologias podem ser manifestadas e contrapostas, consubstanciando um processo de formação do pensamento da comunidade política. E é bom sempre lembrarmos Hans Kelsen[8], quando afirma que a democracia se constrói

---

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Editora Almedina, 1998, p. 280.

5 CANOTILHO, J. J. Gomes. *idem, ibidem*.

6 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. La democracia como principio constitucional, *in Estúdios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, 2000, p. 78.

7 MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 256.

8 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, p. 281.

sobretudo quando se respeitam os direitos da minoria, mesmo porque esta poderá um dia influenciar a opinião da maioria. E venho adotando esse princípio diuturnamente, daí a razão pela qual, muitas vezes, deixo de atender ao pensamento da maioria, à inteligência dos Colegas, por compreender, mantida a convicção, a importância do voto minoritário.

José Martínez de Pisón[9], ao estudar a prática da tolerância, ressalta: «quando uma sociedade e seus governantes recorrem com tanta insistência à tolerância quer dizer que algo não está funcionando corretamente. Quando é preciso que se recorde constantemente a necessidade de respeitar as opiniões e crenças dos demais, de admitir e tolerar a diferença, isso indica que há, ao menos, sintomas preocupantes para a convivência, e, inclusive, para a coesão social». E continua, citando Camps: «A tolerância é uma virtude indiscutível da democracia. O respeito aos demais, a igualdade de todas as crenças e opiniões, a convicção de que a verdade e a razão não são absolutas, são fundamentos dessa abertura e generosidade que supõe o ser tolerante. Sem a virtude da tolerância, a democracia é um engano, pois a intolerância conduz diretamente ao totalitarismo»[10]. Eis palavras sempre oportunas e que vêm a calhar considerado o momento vivido.

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. É nesse sentido que, por inúmeras ocasiões, a Suprema Corte Americana, em hipóteses a evidenciar verdadeiras colisões de direitos fundamentais, optou pela primazia da liberdade de expressão, mesmo quando resultasse em acinte aos valores culturais vigentes (por exemplo, pornografia, no caso «Miller v. California») ou em desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas, como no caso «Falwell v. Hustler Magazine», Inc. No caso «New York Times v. Sullivan», o juiz William Brennan, redator do acórdão, salientou: «a liberdade de expressão sobre questões públicas é assegurada pela Primeira Emenda, e esse sistema garante o livre intercâmbio de idéias para propiciar as mudanças políticas e sociais desejadas pelo povo».

A importância do princípio vai além. A liberdade de expressão serve como instrumento decisivo de controle da atividade governamental e do próprio exercício de poder. Essa dimensão foi até mesmo a fonte histórica da conquista e do desenvolvimento de tal liberdade. À proporção que se forma uma comunidade livre de censura, com liberdade para exprimir os pensamentos, viabiliza-se a crítica desimpedida, mesmo que contundente, aos programas de governo, aos rumos políticos do país, às providências da administração pública. Enfim, torna-se possível criticar, alertar, fiscalizar e controlar o próprio exercício dos mandatos eletivos.[11]

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em

9 PISÓN, José Martínez de. *Tolerancia y Derechos Fundamentales en las Sociedades Multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 11.

10 Idem, p. 13.

11 MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 266.

uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por conseqüência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.

Os piores acontecimentos havidos — entre eles, a perseguição aos judeus — sempre ocorreram em momentos de treva no campo das comunicações, de falta de publicidade de modo a permitir o acompanhamento público. Com isso, foram evitadas as reações próprias aos episódios. Encobertos, ganharam proporções alarmantes, predominando a barbárie. A história mostra que a transparência, a revelação dos fatos serve de freio aos homens, evitando a prevalência de paixões condenáveis, de atos que contrariam a natureza em sua expressão maior.

A garantia de uma esfera pública de debate sobre os mais diferentes temas contribui para a concretização do princípio democrático e para o amadurecimento político e social de um país, não só como controle do exercício do poder público, mas também como garantia de controle do poder econômico, de modo a evitar o abuso e a venda de uma ideologia desses grupos.

A liberdade de expressão ainda pode ser entendida como uma garantia da diversidade de opiniões, o que, como já dito, ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular acerca das mais variadas matérias, sejam políticas, sociais ou históricas. Bem demonstra Jónatas Machado:

> Os modernos Estados constitucionais não partem de uma concepção monolítica e político-espiritual do povo ou da nação, mas arrancam da diversidade e confrontação de opiniões, interesses, vontades e aspirações dos indivíduos e grupos. A unidade política é vista como tarefa e não como pressuposto da democracia. A manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional está longe de constituir um fundamento constitucionalmente plausível para restringir a liberdade de expressão e as demais liberdades de comunicação. (...) Vista desta perspectiva, a diversidade de opiniões significa um leque mais vasto de possibilidades e alternativas, e, conseqüentemente, uma maior liberdade na formação de preferências e convicções e na tomada de opções.[12]

Além dessas finalidades substantivas da garantia em exame, várias outras poderiam ser citadas, tais como: a acomodação de interesses por meio de um debate público de temas controversos e a viabilidade de transformações sociais e políticas de forma pacífica; a criação de livre mercado de idéias em que se privilegia o intercâmbio de interesses e pensamentos na formação de uma opinião pública mais abalizada; o exercício da tolerância que educa a sociedade a ouvir e a ser ouvida — e, portanto, a ser democrática em seu seio — e não somente a exigir a democracia como uma providência do Poder Público; a proteção e a garantia da autonomia individual, já que a livre manifestação de pensamento é uma expressão da individualidade e da liberdade.

O que importa, assim, é caracterizar e relevar uma dimensão eminentemente social da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e

12 MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 279.

desproporcional da autonomia de idéias do indivíduo. A sociedade civil e política beneficia-se da garantia do livre exercício do direito de opinião como uma forma de se concretizar o princípio democrático. Reduzir a liberdade de expressão a um enfoque meramente individual significa podar, de maneira erosiva, a própria democracia. Teubner já alertara: «O ponto é que, à parte da esfera individual de ação, existem esferas de autonomia social que necessitam da proteção dos direitos fundamentais contra as tendências colonizantes das políticas estatais e, por isso, não podem ser reduzidas a meros anexos ou derivações da autonomia individual.»[13] É essa importância social e política da liberdade de expressão que precisa estar clara na análise do problema constitucional presente no caso concreto, mesmo porque tal liberdade necessita ser vista sob o ângulo daquele que tem o direito de receber o maior número de informações possíveis, de ter acesso ao mais amplo conhecimento, a fim de se tornar uma pessoa apta a desenvolver as potencialidades e a cidadania. Revela o Artigo 19 da Declaração dos Direitos Humanos: «Cada indivíduo tem o direito à liberdade de opinião e de expressão, o direito à liberdade de ter opiniões sem interferência e procurar receber informações e idéias de qualquer mídia e de qualquer fronteira».

O Estado mostra-se democrático quando aceita e tolera, no próprio território, as mais diferentes expressões do pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário. A tolerância política é imprescindível para regular as relações entre as maiorias e as minorias e para servir de princípio regente das relações entre as ideologias e os grupos políticos divergentes. A partir da proteção ao pensamento minoritário é que a liberdade se apresenta como um típico direito fundamental de defesa, que alberga em sua essência um espaço imune a restrições de qualquer tipo, sejam estas impostas pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem sempre procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de maneira distinta para cada indivíduo. Assim já lecionava Stuart Mill[14], ao falar sobre a liberdade:

> Quando a sociedade mesma é o tirano (...) seus meios de tiranizar não estão limitados aos atos que podem realizar por meio dos seus funcionários públicos. A sociedade (...) exerce uma tirania social mais formidável que muitas das opressões políticas, pois, apesar de não fazer incidir penas tão graves, deixa menos meios de escapar delas, pois penetra muito mais nos detalhes da vida e chega a encarcerar a alma. Por isso, não basta a proteção contra a tirania do magistrado. Necessita-se também a proteção contra a tirania da opinião e do pensamento prevalecente, contra a tendência da sociedade de impor, por meios distintos das penas civis, as próprias idéias e práticas como regras de conduta a aqueles que dissente delas; a

13 Christoph Beat Graber e Gunther Teubner, Art and Money: Constitutional Rights in the private sphere?, *in Oxford Judicial Legal Studies*, 18, 1998, p. 66.

14 *Apud* José Martínez de Pisón, *Tolerancia y Derechos Fundamentales en las Sociedades Multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 73.

arrogar o desenvolvimento e, se possível for, a impedir a formação de individualidades originais e a obrigar a todos os caracteres a moldar-se sobre o seu próprio.

O argumento central de Mill é escancarar que não existe uma verdade absoluta que justifique as limitações à liberdade de expressão individual. Proteger a liberdade, para ele, não é somente se manifestar em favor da liberdade de consciência e de expressão, mas principalmente lutar continuamente contra quem quiser restringi-la.

E afirma que as razões que fazem um homem querer limitar a liberdade dos demais decorrem da busca pela imposição das idéias, pela conformidade de pensamento e pela necessidade de adotar apenas uma resposta possível e verdadeira à pergunta: como os homens devem pensar?

Para o bem-estar intelectual da humanidade, é preciso proteger a liberdade de expressar todas as opiniões, ainda que delas discordemos ou que estejam redondamente erradas, e isso pode ser justificado por quatro motivos, resumidos ainda por Mill[15]:

> Primeiro, (porque) uma opinião, ainda que reduzida ao silêncio, pode ser verdadeira. Negar isso é aceitar a nossa própria infalibilidade. Em segundo lugar, ainda que a opinião reduzida a silêncio seja um erro, pode conter, e com freqüência contém, uma porção de verdade; e como a opinião geral ou prevalecente sobre qualquer assunto raramente ou nunca abarca toda a verdade, somente pelo conflito de opiniões diversas se tem alguma probabilidade de ser conhecida a verdade inteira. Em terceiro lugar, ainda que a opinião admitida fosse não somente a verdadeira, senão toda a verdade, ao menos que possa ser e seja vigorosa e lealmente discutida, será sustentada com mais razão, além do conhecimento formulado a partir de um prejulgamento, com pouca compreensão ou sentido de seus fundamentos sociais. E não somente isso, senão que, em quarto lugar, o sentido da mesma doutrina poderá correr o risco de perder-se ou de debilitar-se, perdendo seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; o dogma se converterá em uma profissão meramente formal, ineficaz para o bem, mas enchendo de obstáculos o terreno e impedindo o desenvolvimento de toda convicção real e sentida de coração, fundada sobre a razão ou a experiência pessoal.

A ninguém é dado o direito de arvorar-se em conhecedor exclusivo da verdade. Nenhuma idéia é infalível a tal ponto de gozar eternamente do privilégio de ser admitida como verdadeira. Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unindo seus fragmentos.

Garantir a expressão apenas das idéias dominantes, das politicamente corretas ou daquelas que acompanham o pensamento oficial significa viabilizar unicamente a difusão da mentalidade já estabelecida, o que implica desrespeito ao direito de se pensar autonomamente. Em última análise, a liberdade de expressão torna-se realmente uma trincheira do cidadão contra o Estado quando aquele está a divulgar idéias controversas, radicais, minoritárias, desproporcionais, uma vez que essas idéias somente são assim consideradas quando comparadas com o pensamento da maioria.

---

15 *Apud* José Martínez de Pisón, *Tolerancia y Derechos Fundamentales en las Sociedades Multiculturales*, Madrid: Tecnos, 2001, p. 76.

É essa a dimensão delicada do direito à liberdade de expressão, e aí está o seu caráter procedimental ou instrumental: não se pode, em regra, limitar conteúdos, eis que isso sempre ocorrerá a partir dos olhos da maioria e da ideologia predominante. A censura de conteúdo sempre foi a arma mais forte utilizada por regimes totalitários a fim de impedir a propagação de idéias que lhes são contrárias. A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo «morte aos judeus», «vamos expulsar estes judeus do País», «peguem as armas e vamos exterminá-los». Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com os elementos peculiares, tais como método, objeto, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações. Alfim, imaginando-se integrado a um Estado Democrático de Direito, acionou a livre manifestação, a convicção política sobre o tema tratado, exercitou a livre expressão intelectual do ofício de escritor e editor, conforme previsto nos incisos IV, VIII e XIII do artigo 5° da Constituição Federal.

Mas sigamos na apreciação deste eletrizante tema. Admitamos que, por conta de sua dimensão social, o direito fundamental de liberdade de expressão seja passível de limites quanto ao exercício. A liberdade de expressão presta-se a construir uma sociedade democrática, aberta e madura. Somente com esse intuito é que ela encontra fundamento, o que importa dizer que, mesmo formando o núcleo essencial do princípio democrático, não pode ser caracterizada como um direito absoluto, livre de qualquer tipo de restrição ou acomodação. É nesse sentido que o sistema constitucional brasileiro não agasalha o abuso da liberdade de expressão, quando o cidadão utiliza-se de meios violentos e arbitrários para a divulgação do pensamento. É por isso também que nosso sistema constitucional não identifica, no núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, qualquer manifestação de opinião que seja exacerbadamente agressiva, fisicamente contundente ou que exponha pessoas a situações de risco iminente.

De qualquer sorte, essa é uma análise complexa, devendo ser realizada com a maior cautela possível, baseada em provas cabais e conclusivas, ou mesmo em informações e dados da realidade que possam assegurar a assertiva de que, de fato, há perigo advindo do exercício da liberdade de expressão. Parece-me temerária, ou no mínimo arriscada, a restrição acintosa da liberdade de opinião pautada somente em expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um exame que não leve em consideração os elementos sociais e culturais ou indícios já presentes de nossa história bibliográfica. Assim sendo, também não pode servir de substrato para a restrição da liberdade de expressão simples alegação de que a opinião manifestada seja discriminatória, abusiva, radical, absurda, sem que haja elementos concretos a demonstrarem a existência de motivos suficientes para a limitação propugnada.[16]

16 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 309/310.

O princípio da liberdade de expressão, como os demais princípios que compõem o sistema dos direitos fundamentais, não possui caráter absoluto. Ao contrário, encontra limites nos demais direitos fundamentais, o que pode ensejar uma colisão de princípios. Esta matéria é de extrema importância no Direito Constitucional e precisa ser analisada com muito cuidado. Contempla os mais variados aspectos, que devem ser estudados caso a caso, mas, como afirma Robert Alexy[17], têm um ponto em comum: todas as colisões somente podem ser superadas se algum tipo de restrição ou de sacrifício forem impostos a um ou aos dois lados. Enquanto o conflito de regras resolve-se na dimensão da validade, com esteio em critérios como «especialidade» — lei especial derroga geral —, «hierarquia» — lei superior revoga inferior — ou «anterioridade» — lei posterior revoga anterior —, o choque de princípios encontra solução na dimensão do valor, a partir do critério da «ponderação», que possibilita um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade dos direitos. É que, no dizer do professor Paulo Bonavides, «As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas leis, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência».[18]

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decidindo-se, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual o direito que deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo — vejam-se os exemplos da Corte Constitucional Espanhola,[19] relatado por Javier Cremades, e da Suprema Corte Americana, o já citado «New York Times v. Sullivan».

Vale ressaltar que essa ponderação de valores ou concordância prática entre os princípios de direitos fundamentais é um exercício que, em nenhum momento, afasta ou ignora os elementos do caso concreto, uma vez que é a hipótese de fato que dá configuração real a tais direitos.

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões.

---

17 ALEXY, Robert. «Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático». *In: Revista de Direito Administrativo*, 217: I – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul./set. 1999, p. 73.

18 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 260.

19 CREMADES, Javier. *Los limites e la liberdad de epresión em el ordenamiento jurídico español*. Distribuiciones La Ley S.A., 1995, p. 182.

Esse tipo de apreciação é crucial para resolver-se a questão do *habeas*. Há de se atentar para a realidade brasileira, evitando-se que prevaleça solução calcada apenas, como até aqui percebi, na crença de que os judeus são um povo sofredor e que amargaram os horrores do holocausto, colocando por terra elementos essenciais.

A questão de fundo neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa.

Bem afirmou o Ministro Carlos Britto que não achou, ao analisar minuciosamente o livro sob enfoque — e a denúncia está basicamente lastreada naquele escrito do paciente —, qualquer afirmação categórica acerca da superioridade da raça alemã sobre uma «raça» judaica, ou de que os judeus se constituiriam grupo inferior se comparado com uma «raça» ariana.

Procedendo de igual maneira, confesso que não identifiquei qualquer manifestação a induzir o preconceito odioso no leitor. Por óbvio, a obra defende uma idéia que causaria repúdio imediato a muitos, e poderia até dizer que encontraria alguns seguidores, mas a defesa de uma ideologia não é crime e, por isso, não pode ser apenada. O fato de alguém escrever um livro e outros concordarem com as idéias ali expostas não quer dizer que isso irá causar uma revolução nacional. Mesmo porque, infelizmente, o brasileiro médio não tem sequer o hábito de ler. Tal fato, por si só, em um Estado Democrático de Direito, não pode ser objeto de reprimenda direta e radical do Poder Público, sendo esta possível somente quando a divulgação da idéia ocorra de maneira violenta ou com mínimos riscos de se propagar e de se transformar em pensamento disseminado no seio da sociedade. A limitação estatal à liberdade de expressão deve ser entendida com caráter de máxima excepcionalidade e há de ocorrer apenas quando sustentada por claros indícios de que houve um grave abuso no exercício.

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?

O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma idéia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de idéia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa idéia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo, de um crime que a Carta da República levou às últimas conseqüências quando, declarando-o imprescritível, desprezou a consagrada e salutar segurança jurídica. O combate deve basear-se em critérios justos e limpos, no confronto de idéias. Parafraseando Voltaire, citado pelo Ministro Carlos Britto, afirmo: não concordo com o que o paciente escreveu, mas defendo o direito que ele tem de divulgar o que pensa. Não é a condenação do paciente por esta Corte — considerado o crime de racismo — a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias

conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.

Essa primeira colocação nos remete a uma segunda igualmente importante e decisiva. Há como, mediante um livro, incitar, induzir ou praticar racismo ou discriminação? Obviamente, a resposta é positiva, mas se faz mister analisar em quais circunstâncias isso é possível. O livro constitui uma das mais importantes e antigas formas de divulgação de informações e opiniões. Por intermédio dele, os mais notáveis pensamentos foram difundidos, as mais profundas críticas a governos foram ensaiadas. Também por meio dele, temos hoje notícia de fatos históricos, de teorias que antigamente eram consideradas absurdas e que hoje fazem parte do nosso dia-a-dia. Em outras palavras, o livro configura-se como um instrumento de democracia e de pluralização do pensamento, uma vez que iguala todos os que queiram expor as idéias e permite que as pessoas em geral tenham acesso a essas idéias, latente a faculdade de concordar ou não com os pensamentos escritos.

Diferentemente de outros meios que veiculam opiniões, o conteúdo do livro não é transmitido ao leitor independentemente da vontade. Ou seja, não é o caso de um carro de som que fica jorrando idéias as quais todos são obrigados a ouvir. O livro apenas apresenta um pensamento e concede ampla liberdade ao público tanto na opção da escolha do que deve ser lido como na tomada de posição ao término da leitura. Nessa óptica, o livro é democrático por excelência, já que o poder de transformar os pensamentos em realidade não depende dele ou de quem o publica, mas de quem o lê e o apreende, de quem se interessa pelo tema ou título e desembolsa quantidade monetária para obtê-lo ou se vale do empréstimo de uma biblioteca.

O conteúdo de um livro somente possui o condão de proliferar-se a partir do momento em que uma comunidade política tenha, minimamente, tendência para aceitar aquelas idéias, ou seja, se existir ambiente propício à proliferação do que nele registrado. O livro, isoladamente, não possui o efeito de transformar uma sociedade, mas tem o poder de auxiliá-la a caminhar em um determinado sentido. Ele não viabiliza, por si só, uma alteração de pré-compreensões, muito embora, somado a condições sociais, políticas, econômicas e culturais, possa incentivar ou se tornar conjuntural às modificações que já estiverem em andamento.

Apenas quando uma determinada comunidade política disponha desses «pré-requisitos» e conte com o ambiente referido, um livro poderá vir a ser considerado perigoso, na acepção de incentivar ou acelerar mudanças.

A questão agora, portanto, surge com novo enfoque. A sociedade brasileira é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu? Temos indícios em nossa história de movimentos sociais discriminatórios contra aquele povo? Não me refiro, obviamente, a iniciativas isoladas deste ou daquele governante em determinado momento. Circunstâncias esporádicas não mudam a natureza da sociedade.

Com base nesse entendimento, uma simples análise da história revelará que, em nenhum momento de nosso passado, houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu. Jamais foi transmitida entre as gerações a miséria desse legado discriminatório. Aliás,

pelo contrário, as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam no Brasil como importantes centros de referência e são constantemente reconhecidas, como hospitais, sinagogas, centros de cultura, museus, entre outras.

Nesses termos, seria mais facilmente defensável a idéia de restringir a liberdade de expressão se a questão deste *habeas* resvalasse para os problemas cruciais enfrentados no Brasil, como, por exemplo, o tema da integração do negro, do índio ou do nordestino na sociedade. Em relação a tais pontos, percebe-se claramente o preconceito arraigado em nossa comunidade, capaz de predispô-la a transformar em atos violentos de discriminação as idéias de intolerância lançadas eventualmente em um livro. O Brasil possui toda uma carga histórica de escravização dos negros e dos índios, bem como infelizes episódios nos quais se cultivara, especialmente por grupos discriminatórios da região sul, um ódio aos nordestinos, o que chegou até mesmo a dar ensejo a uma ridícula e absurda proposta separatista.

A visão de integrar o negro na sociedade é tão presente em nossa cultura que, atualmente, discute-se com absoluta procedência a adoção de políticas afirmativas como medidas compensatórias das desigualdades políticas, econômicas e sociais existentes, colocando-se o peso da lei a favor da almejada igualdade. O Governo Federal chegou até a criar uma secretaria para se debruçar em tais questões. Um livro preconceituoso contra os negros teria muito mais chance de representar uma ameaça real à dignidade daquele povo, porque no Brasil não seria difícil encontrar adeptos para tais pensamentos. Da mesma forma, torna-se evidente que, se a hipótese revelasse idéias discriminatórias aos nordestinos, o tema deveria ser enfrentado sob outro enfoque e a partir de outros referenciais. Recentemente, ocorreu uma cena constrangedora para o Governo Federal, quando a sociedade brasileira mobilizou-se para manifestar repúdio à declaração proferida pelo Ministro da Segurança Alimentar, José Graziano, em 7 de fevereiro de 2003, na Federação das Indústrias de São Paulo – FIESP, do seguinte teor: «Temos de criar empregos (no nordeste), temos de gerar oportunidades de educação lá, temos de gerar cidadania lá, porque se eles, nordestinos, continuarem vindo para cá (São Paulo), nós vamos ter que continuar andando de carro blindado». Finalmente, trago à balha a problemática do índio, que também sofre por parte de alguns brasileiros discriminação quanto à preservação da cultura e das terras.

Tais exemplos servem para demonstrar que, em relação ao povo judeu, o livro não ensejou uma hipótese de dano real. O perigo seria meramente aparente. O livro do paciente e os por ele editados, em exercício profissional assegurado constitucionalmente, são passíveis de serem tomados pela sociedade brasileira apenas como obra de uma mente intolerante e radical, jamais consubstanciando o hediondo crime de racismo.

Repita-se — inexistem no Brasil os pressupostos sociais e culturais aptos a tornar um livro de cunho preconceituoso contra o povo judeu verdadeiro perigo atentatório à dignidade dessa comunidade. O mesmo não pode ser dito, por exemplo, no tocante a países como a Alemanha. Por mais que hoje já esteja disseminada na cultura germânica a idéia de que o pensamento nazista foi uma aberração, as chagas dessa ferida ainda não restaram totalmente curadas. O direito de liberdade de expressão quanto a esse tema, naquele país, seria muito mais restrito, e um caso concreto viria a ser tratado com muitíssimo mais rigor.

É imprescindível que a solução deste *habeas* passe necessariamente por um exame da realidade social concreta, sob pena de incidirmos no equívoco de efetuar o julgamento a partir de pressupostos culturais europeus, a partir de acontecimentos de há muito suplantados e que não nos pertencem, e, com isso, construirmos uma limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade.

Os livros de Gustavo Barroso podem fazer prova do que afirmado. Este autor — que, por duas vezes, presidiu a Academia Brasileira de Letras — tem suas obras publicadas há mais de sessenta anos (*Brasil — Colônia de Banqueiros* é de 1934), com idéias que em muito ultrapassam o tom discriminatório do livro do paciente ou dos por ele editados, mas que, entretanto, jamais foram objeto de censura. Sempre foram vendidas livremente e, nem por isso, ouviu-se falar de algum movimento social provocado pelos defensores das idéias externadas. Ao contrário, tais obras, a despeito de terem sido escritas por pessoa de maior influência do que o paciente e em uma época histórica mais propícia à insurgência desse tipo de movimento, nunca causaram qualquer predisposição social no Brasil. Tais livros serviram e servem apenas como exemplo de um raciocínio extremado. Em outras palavras, o efeito desses escritos é exatamente o contrário da propagação racista.

2. A colisão entre os direitos fundamentais — o princípio da proporcionalidade

A aplicação do princípio da proporcionalidade surge como o mecanismo eficaz a realizar a ponderação exigida no caso concreto, devido à semelhança de hierarquia dos valores em jogo: de um lado, a alegada proteção à dignidade do povo judeu; de outro, a garantia da manifestação do pensamento. O conteúdo central do princípio da proporcionalidade é formado por subprincípios que abarcam parcialmente certa amplitude semântica da proporcionalidade[20]. São eles a idéia de conformidade ou de adequação dos meios, a exigibilidade ou necessidade desses meios e a proporcionalidade em sentido estrito. Passo, então, à análise do acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — pronunciamento condenatório —, a partir desses subprincípios, sob um ângulo diferente daquele efetuado pelo ilustre ministro Gilmar Mendes.

A. O subprincípio da conformidade ou da adequação dos meios (*Geeingnetheit*) examina se a medida adotada é apropriada para concretizar o objetivo visado, com vistas ao interesse público. Assim, cabe indagar se condenar o paciente e proibi-lo de publicar os pensamentos, apreender e destruir as obras editadas são os meios adequados para acabar com a discriminação contra o povo judeu ou com o risco de se incitar a discriminação. Penso que não, uma vez que o fato de o paciente querer transmitir a terceiros a sua versão da história não significa que os leitores irão concordar, e, ainda que concordem, não significa que vão passar a discriminar os judeus, mesmo porque, ante a passagem inexorável do tempo, hoje os envolvidos são outros.

É preciso nesse ponto fazer uma reflexão sobre a necessária distinção entre o preconceito e a discriminação. Preconceito, no sentido etimológico, quer dizer conceito

20 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 262; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 360; Raquel Denize Stumm, *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*, p. 79.

prévio, opinião formada antecipadamente, sem maior ponderação ou conhecimento dos fatos, idéia preconcebida. Ora, todos nós temos «pré–conceitos» acerca de muitos fatos da vida, desenvolvidos com base em experiências nutridas ou em ideais a que perseguimos. Preconceito não quer dizer discriminação, esta sim, condenável juridicamente, porque significa separar, apartar, segregar, sem que haja fundamento para tanto. Muito menos, preconceito revela óptica racista. A maior parte dos preconceitos fica apenas no âmbito das idéias, das reservas mentais, não chegando a ser externada. E ninguém sofre pena pelo ato de pensar, já dizia o brocardo latino. O preconceito, sem se confundir com o racismo, só se torna punível quando é posto em prática, isto é, quando gera a discriminação, ainda em seu sentido aquém do racismo, sem que se tenha, nesse caso, a cláusula da imprescritibilidade.

B. O segundo subprincípio é o da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*), segundo o qual a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Com esse subprincípio, o intérprete reflete, no caso, se não existem outros meios não considerados pelo Tribunal de Justiça que poderiam igualmente atingir o fim almejado, a um custo ou dano menor aos interesses dos cidadãos em geral. Paulo Bonavides registra que esse cânone é chamado de princípio da escolha do meio mais suave[21]. Na hipótese, a observância desse subprincípio deixa ao Tribunal apenas uma solução cabível, ante a impossibilidade de aplicar outro meio menos gravoso ao paciente: conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

C. Finalmente, o último subprincípio é o da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), também conhecido como «lei da ponderação». O intérprete deve questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva dessa medida. É realizado um juízo de ponderação no qual se engloba a análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente. Robert Alexy, relativamente a esse subprincípio, aduz[22]: «Quanto mais grave é a intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justifiquem». E Celso Antonio Bandeira de Mello explica: «É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público»[23]. Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal idéia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de

21 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 361.

22 ALEXY, Robert. «Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático». *In: Revista de Direito Administrativo*, 217: 1 – VI, Rio de Janeiro: Editora Renovar, jul/set. 1999, p. 78.

23 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 101.

livros alheios, responsabilizá-lo por idéias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a *internet*. Mesmo porque, à folha 484 do apenso nº 4 deste *habeas*, tem-se a notícia de que a Editora Revisão, de propriedade do paciente, também edita livros outros cujo conteúdo nada revela de discriminatório, como os títulos *Heráclito*, de Oswaldo Spengler, *As veias abertas da América Latina*, de Eduardo Galeano, *Garibaldi e a Guerra dos Farrapos*, de Lindolfo Collor, *Os imigrantes alemães e a Revolução Farroupilha*, de Germano Oscar Moehiecke, *História da Guerra de Espanha*, de Robert Brasillach e Maurice Bardeche e *El Leviathan em la teoria del Estado de Thomas Hobbes*, de Carl Schmitt.

A par desse aspecto, 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. Senão, vejamos.

Vários livros escritos por autores que já faleceram continuam sendo publicados, e, em alguns deles, pode-se observar conteúdo discriminatório e até racista. Assim, caberia ao Judiciário exterminar essas fontes de conhecimento do cenário nacional? Quem seriam os responsáveis solidários? Todas as editoras que já publicaram tais livros? Ou apenas a editora que continua a publicá-los? Esses exemplos não são apenas de livros já sabidamente discriminatórios, como *Minha Luta*, de Adolf Hitler, mas de livros que, durante toda uma geração, foram tidos como ícones reveladores do pensamento nacional. Vale citar, nesse contexto, *Os africanos no Brasil*, de Nina Rodrigues, no qual defende que a razão do subdesenvolvimento brasileiro foi a mistura do português com a raça negra. É bem verdade que não consegui adquirir edição recente do livro, mas a editora ainda hoje existe — companhia Editora Nacional — e se pode facilmente encontrá-lo nas bibliotecas nacionais, na deste Tribunal inclusive. Transcrevo trecho constante à folha 13[24]:

> Os destinos de um povo não podem estar à mercê das simpatias ou dos ódios de uma geração. A ciência, que não conheceu estes sentimentos, está no seu pleno direito exercendo livremente a crítica e a estendendo com a mesma imparcialidade a todos os elementos étnicos de um povo. Não o pode deter a confusão pueril entre o valor cultural de uma raça e as virtudes privadas de certas e determinadas pessoas. Se conhecemos homens negros ou de cor de indubitável respeito, não há de obstar esse fato o reconhecimento desta verdade — que até hoje não puderam os Negros se constituir em povos civilizados. O critério científico da inferioridade da raça negra nada tem de comum com a revoltante exploração que dele fizeram os interesses escravistas dos norte-americanos.

À folha 17, restou consignado:

> A Raça Negra no Brasil, por maiores que tenham sido os seus incontáveis serviços à nossa civilização, por mais justificadas que sejam as simpatias de que a cercou o revoltante abuso da escravidão, por maiores que se revelem os generosos

24 RODRIGUES, Nina. *Os Africanos no Brasil*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1932, pp. 13/17/391.

exageros dos seus turiferários, há de constituir sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo.

Por fim, está registrado à folha 391:

O que importa ao Brasil determinar é o quanto de inferioridade lhe advém da dificuldade de civilizar-se por parte da população negra.

Em outros tempos, autores como Gilberto Freyre foram duramente censurados justamente porque pregavam que a miscigenação havia tornado o povo brasileiro sem segundo exemplo no mundo, e, em vez de isso revelar fraqueza, demonstrava a força do nosso povo. Freyre recebeu o título de «pornógrafo do Recife», e a Igreja Católica repudiava constantemente suas publicações, atentatórias à moral e aos bons costumes.

José Bonifácio de Andrada e Silva, considerado herói nacional por ter desempenhado papel decisivo no processo de Independência do Brasil, a ponto de merecer a alcunha de «O Patriarca da Independência», também pode ter seus livros banidos, se acaso prevalecer nesta Corte a idéia até aqui majoritária. É que, em certa passagem do livro «Projetos para o Brasil»[25], afirma serem os índios povos vagabundos, envolvidos em guerras contínuas e em roubos, não tendo freios religiosos ou civis, sendo-lhes «insuportável sujeitarem-se às leis e aos costumes regulares». Entregues naturalmente à preguiça, fogem dos trabalhos regulares e monótonos, temem sofrer fome se abandonarem sua vida de caçadores.

Assim, aplicando o princípio da proporcionalidade na hipótese de colisão da liberdade de manifestação do paciente e da dignidade do povo judeu, acredito que a condenação efetuada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul — por sinal, a reformar sentença do Juízo — não foi o meio mais adequado, necessário e razoável.

3. O modo pelo qual a jurisprudência comparada vem lidando com questões relativas ao princípio da liberdade de expressão

3.1) Direito Alemão

• **Caso *Lüth*** (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 7, 198. Julgado em 15 de janeiro de 1958): Esse caso, pioneiro no Direito Constitucional Alemão, foi resolvido por meio da ponderação de bens. Lüth, presidente do clube de imprensa de Hamburgo, resolveu iniciar uma campanha, na abertura da Semana Alemã de Cinema, que visava a boicotar o filme do diretor Harlan, por acreditar que este havia sido cúmplice de nazistas. Sustentava que, caso entrasse em cartaz, seria dever de todos os «alemães decentes» não assistir ao filme. O Tribunal de Primeira Instância condenou Lüth a parar imediatamente com o movimento, decisão revista pela Corte Constitucional, por entender que a manifestação de pensamento não necessariamente implicaria a apologia da conduta adequada e apropriada (*boni mores*). E assim proclamou a Corte:

Ao proibir Lüth de fazer as declarações sobre o ressurgimento de Harlan, o julgamento do Tribunal de Primeira Instância claramente restringiu o direito de liberdade de expressão. O direito fundamental de liberdade de expressão é o aspec-

25 MOTA, Lourenço Dantas (org.). *Introdução ao Brasil I. Um Banquete no Trópico*. 3ª ed. São Paulo: Editora Senac, 2001, p. 82.

to imediato da personalidade humana na sociedade, um dos direitos mais preciosos do homem (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, Art. 11). É absolutamente essencial a um Estado democrático e livre que se permita esta constante interação espiritual, este conflito de opiniões, que é um elemento vital (BverfGE 5, 85 (205)). Num certo sentido, é a base da própria liberdade, 'a matriz, a condição indispensável de qualquer forma mais próxima da liberdade' (Cardozo).

• **Caso *Livro Sobre A Guerra*** (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 90,1-22. Julgado em 11 de janeiro de 1994): O Tribunal fixou a inconstitucionalidade da proibição de divulgação de livro no qual atribuída aos países aliados a culpa pela ocorrência da Segunda Guerra Mundial, por estar a obra protegida pela liberdade de opinião, ainda que se considere o interesse da proteção à juventude. O autor estaria agindo academicamente, porquanto buscava propagar um certo ponto de vista de história política. A Corte ressaltou que a liberdade acadêmica resguarda também as opiniões minoritárias, bem como os resultados incorretos ou incompletos. Teve presente a necessidade de haver um equilíbrio entre a liberdade de opinião e a proteção à juventude e que, no caso concreto, prevaleceria a liberdade de manifestação de pensamento porque os jovens somente poderiam se tornar adultos maduros e conscientes das escolhas se pudessem basear as discussões em diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.

• **Caso *Soldados Assassinos*** (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 93, 266-312. Julgado em 10 de outubro de 1995): Determinadas pessoas foram acusadas e condenadas por crime de insulto à honra das Forças Armadas e de soldados individuais por terem escrito faixas, cartas e folhetos com afirmações de que «soldados são assassinos» ou «soldados são assassinos em potencial». O Tribunal Constitucional reconheceu não ser hipótese de crime contra a honra, e que, no caso, prevaleceria a liberdade de manifestação de opinião, esclarecendo que o fato de as declarações haverem sido formuladas de maneira polêmica não as excluem do âmbito de proteção aos direitos fundamentais. Os manifestantes teriam direito a tornar suas opiniões conhecidas, podendo até mesmo escolher as circunstâncias por meio das quais obteriam maior disseminação das idéias. O Tribunal destacou ainda que a proteção à honra somente prevaleceria se as expressões utilizadas contra grupos coletivos atingissem «pessoalmente» a honra dos indivíduos daquela coletividade, o que não aconteceu no caso concreto.

• **Caso do *Romance Pornográfico*** (Corte Constitucional Alemã – BverfGE 83,130. Julgado em 27 de novembro de 1990): O Tribunal decidiu que a divulgação de romance pornográfico está protegida pela liberdade de arte e de ciência, mesmo se essa conduta expuser a perigo menores e crianças. Cuidou-se de uma reclamação constitucional julgada procedente em que a reclamante se opôs à inclusão do romance *Josefine Mutzenbacher – A História da Vida de uma Prostituta Vienense, contada por ela Mesma* na lista de escritos proibidos para menores. A Corte Alemã reconheceu que o trabalho possuía os elementos estruturais característicos de uma obra de arte, sendo resultado da liberdade e da construção criativa, nas quais as impressões, experiências e fantasias do autor são expressas na forma literária de um romance.

3.2) Direito norte-americano

• **Caso *Terminiello v. Chicago*** (Suprema Corte Americana, 337 US. 1 (1949). Julgado em 16 de maio de 1949): Por proferir discurso agressivo à causa negra e à

judaica, o Padre Terminiello foi preso pela Polícia de Chicago, sob justificativa de que seus sermões de índole anti-semita e fascista causavam desordem. O Tribunal sustentou que a função da liberdade de expressão é a de promover a disputa, e que este objetivo poderia ser mais bem alcançado quando se criavam insatisfações ou levavam pessoas à raiva. Na essência, todos os discursos são freqüentemente provocativos e desafiadores, e podem se valer de preconceitos que causem profundos efeitos. Assim, a Corte reviu a condenação imposta ao Padre em Primeira Instância.

• **Caso *R.A.V. v. City OF St. Paul*** (Suprema Corte Americana, 505 US 377 (1992). Julgado em 22 de junho de 1992): A questão levada à Suprema Corte decorreu do fato de alguns adolescentes terem queimado cruzes no jardim da residência de uma família negra. O Tribunal entendeu ser inconstitucional lei da cidade de Saint Paul por meio da qual se tipificava como contravenção a exposição, pública ou privada, de símbolos, objetos, grafites, incluindo cruzes em chamas — símbolo característico da **ku klux klan**, organização do Sul dos Estados Unidos que pregava a inferioridade dos negros — ou da suástica nazista que pudessem gerar raiva, alarde ou ressentimento de outros com base na raça, cor, credo, religião ou gênero. A decisão baseou-se no fato de que a referida lei poderia ocasionar restrição demasiada à liberdade de manifestação de pensamento.

• **Caso *Texas v. Johnson*** (Suprema Corte Americana, 491 US 397 (1989). Julgado em 21 de junho de 1989): A Corte fixou o entendimento de que atear fogo à bandeira norte-americana configurava-se como uma espécie de manifestação de pensamento protegida pela Primeira Emenda à Constituição. Durante a Convenção Nacional Republicana ocorrida em Dallas, Texas, em 1984, Johnson protestava contra a política da administração de Ronald Reagan. Depois de marchar pelas ruas da cidade, colocou fogo na bandeira americana sob a cantoria da multidão. Johnson foi condenado por profanação de símbolo nacional com base nas leis do Estado do Texas e posteriormente absolvido de acordo com a posição adotada pelo Tribunal.

3.3) Direito espanhol

• **Caso *Publicação Cômica contra o Povo Judeu*** (Tribunal Constitucional Espanhol, Sentencia 176/1995, Julgado em 11 de dezembro de 1995): O Tribunal Constitucional decidiu manter a sentença proferida pela Corte de Barcelona mediante a qual se condenou o autor da obra *Hitler – SS* pelo crime de injúria contra o povo judeu. Sustentou o Tribunal Constitucional que a publicação, desprovida de relevante conteúdo histórico, sociológico, científico, político ou pedagógico, ofendia gravemente a honra e a dignidade do povo judeu, na medida em que visava tão-somente a satirizá-los e a ridicularizá-los. Ressaltou tratar-se de hipótese de colisão de direitos fundamentais entre a liberdade de expressão e o direito à honra. Entretanto, ao reconhecer o caráter desnecessário das injúrias perpetradas, sem qualquer valor informativo ou de formação de opinião, o Tribunal decidiu não ser caso de liberdade de expressão, porquanto o exercício desta deveria respeitar o direito alheio, fundamental para a convivência pacífica, o que não ocorria na espécie.

A distinção realizada pela Corte Espanhola revela-se de suma importância. Se a hipótese deste *habeas* fosse uma manifestação jocosa cuja intenção objetivasse apenas agredir o povo judeu, a glosa poderia ocorrer, sem no entanto se proclamar o cometimen-

to do crime de racismo. Mas, já que o livro do paciente procurou realizar a revisão histórica dos fatos, deve-se proteger a liberdade de manifestação do pensamento.

4. Histórico do racismo nas Constituições brasileiras

Nas Constituições brasileiras, nem sempre se tratou especificamente da proibição da discriminação em decorrência de critérios raciais. A Constituição de 1824, no artigo 179, XII, pregava: «A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um». Na Carta de 1891, o artigo 72, § 2°, estabelecia: «Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégio de nascimento, desconhece foros de nobreza, extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como títulos nobiliárquicos e de conselho».

Somente a partir da Constituição Federal de 1934 é que o fator racial ingressa no texto de forma explícita. Assim preceituava o artigo 113, 1: «Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas». A Constituição de 1937 não versou mais sobre a raça, o que veio a ocorrer novamente na de 1946, desta vez no artigo 141, § 5°: «É livre a manifestação de pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo, cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar, pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe».

A Constituição Federal de 1967, no artigo 150, § 1°, proclamava: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei». E a Constituição Federal de 1969, no artigo 153, § 1°, preconizava: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça».

Observa-se, com isso, que apenas a Constituição Federal de 1988 deu tratamento diferente à matéria, tornando imprescritível o crime de racismo, um dos únicos casos de imprescritibilidade no Direito brasileiro, ao lado apenas da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado. Dispõe o artigo 5°, inciso XLII: «A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei». Por sua vez, o inciso XLIV do mesmo artigo prevê: «Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático».

5. O julgamento deste *habeas* como exemplo de «Jurisprudência Simbólica»

A teoria do simbolismo no Direito surgiu a partir da doutrina alemã, com os estudos de Kindermann, discutida no Brasil principalmente pelo professor Marcelo Neves, no livro «A Constitucionalização Simbólica»[26]. Por meio dessa teoria, acredita-se que muitas vezes o Estado faz leis destituídas de eficácia para solucionar as mazelas nacio-

26 NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 34.

nais, mas com grande carga simbólica, visando a dar uma resposta imediata aos anseios da população.

Marcelo Neves, sobre o tema, aduz: «Quando a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica». Kindermann propõe três justificativas para a adoção desse tipo de legislação, quais sejam: a) confirmar valores sociais; b) demonstrar a capacidade de ação do Estado e c) adiar a solução de conflitos sociais por meio de compromissos dilatórios[27].

Pode-se, perfeitamente, trazer a teoria do simbolismo para o âmbito desta Suprema Corte. Mais especificamente, para o caso em questão. É que 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.

Na quadra vivida, aumenta-se o clamor social por um maior rigor penal relativamente aos fatos de grande repercussão. Assim, muitas vezes ocorre uma verdadeira inversão de valores, conduzindo à falta de proporcionalidade entre a lesão decorrente do crime e o gravame a ser suportado pelo autor. O Judiciário então surge como o representante do Estado para garantir à sociedade a punição, o que foi interpretado por Kindermann, relativamente às leis, como «confirmações de valores sociais».

O sofrimento que o povo judeu vivenciou nos campos de concentração, as humilhações de terem sido segregados, a quantidade de vidas fulminadas, de valores desperdiçados em nome da fúria assassina de Hitler e de uma pretensão de superioridade descabida são fatos inegáveis e que jamais serão esquecidos pela humanidade.

Mas não são os campos de extermínio que estão em julgamento neste *habeas*. Nem mesmo a doutrina nazista, ou o pensamento da supremacia da raça ariana. O que está em jogo é a possibilidade de o paciente manifestar o ponto de vista próprio e alheio por meio de livro, ainda que de forma não condizente com o pensamento que se espera do homem médio, da sociedade diante de fatos elucidados.

Poder-se-ia identificar, ainda, uma manifestação de jurisprudência-álibi neste julgamento, ou seja, a Corte sendo sensível aos anseios da sociedade. Há uma expectativa generalizada de que o Brasil se constitua em uma sociedade livre, aberta, plural, democrática, sem demonstrações de racismo ou de preconceito. Sintonizado com tal esperança, o Judiciário delimita a liberdade de expressão, demonstrando uma «indignação» quanto aos pensamentos anti-semitas, e, assim, mantém a confiança dos cidadãos. Parafraseando Marcelo Neves[28], quando este fala sobre a legislação, a jurisprudência-álibi

27 *Idem, Ibidem*, p. 34.

28 *Idem, ibidem*, p. 39.

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.

Poder-se-ia afirmar que a determinação constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo seja uma manifestação de simbolismo sem precedentes no mundo. A imprescritibilidade revela-se uma das maiores exceções às garantias dos direitos fundamentais.

6. A Imprescritibilidade e o Sistema dos Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas entre o antigo regime totalitário e um período de redemocratização do País, marcando, dessa forma, uma época que tem como modelo de atuação do Estado o respeito incondicional aos direitos fundamentais. Por isso mesmo, o sistema constitucional dos direitos fundamentais, previsto no artigo 5º da Carta, com os eventuais acréscimos do § 2º, reflete, em rigor e em larga medida, a própria essência da Constituição e a retomada do processo de democratização e da garantia do cidadão contra abusos e arbitrariedades no exercício do Poder Público.

Os direitos fundamentais são hoje verdadeiros princípios estruturantes da organização e do funcionamento do Estado, valores objetivos que servem como norte da atuação estatal em seus mais diferentes níveis: no Legislativo, formam um catálogo de princípios e garantias que informam e direcionam toda a atividade de criação das normas de nosso ordenamento jurídico e de concretização dos preceitos constitucionais; no Executivo, mostram-se como verdadeiros limites ao exercício do poder administrativo, servindo como trincheiras de proteção da liberdade do cidadão; e, no Judiciário, refletem a base e o fundamento necessário da compreensão e interpretação de nossas normas — efeito interpretativo —, evitando que a atividade jurisdicional se transforme em medidas discricionárias ou providências ilegítimas de opções políticas pautadas em escolhas pessoais dos juízes.

A conservação de um sistema sólido, moderno e socializante de direitos fundamentais significa, em última instância, a manutenção e o aprimoramento do próprio regime democrático de um Estado constitucional. É dever da sociedade, dos juristas, dos intérpretes, dos juízes e, principalmente, nosso, membros deste Tribunal, guardião oficial e final da Constituição, garantir que esse sistema permaneça com a máxima eficácia possível, reconhecendo-lhe e mesmo concedendo-lhe força normativa por meio de nossas decisões, de maneira a manter tais direitos fundamentais vivos e eficazes perante o Estado e a sociedade civil. Essa é a posição que devemos adotar na análise dos problemas constitucionais que diariamente nos chegam, e é nesse ponto que reside nossa função institucional e, mais do que isso, a própria esperança do cidadão nas instituições brasileiras, especialmente no Supremo Tribunal Federal, a quem incumbe, na República Federativa do Brasil, a última palavra sobre os descompassos havidos.

Essa postura democraticamente adequada em face da Constituição obriga-nos, por imposição dos princípios constitucionais, a interpretar abrangentemente os direitos fundamentais, de modo a compreender as exceções a esse sistema de maneira rigorosamente estrita. Assim sendo, cabe ao Supremo Tribunal Federal ampliar a proteção dos direitos fundamentais mediante construção constitucional e restringir-se a uma interpretação quase que literal nas hipóteses de limitação a esses direitos, ainda que expressas no corpo da própria Carta Política. Não é permitido a este Tribunal ou a qualquer

hermeneuta da Constituição interpretar de forma aberta ou ampliativa preceitos que impliquem a diminuição de eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, mostra-se claro que a previsão do artigo 5°, inciso XLII, da Constituição, referente à imprescritibilidade do crime da prática do racismo, é uma dessas exceções que somente encontra fundamento a partir de uma visão unitária da Carta. Quando da criação do inciso na Assembléia Constituinte, procurava-se combater um comportamento específico reprovável em nossa história. Refiro-me à discriminação racial, ao preconceito contra o negro. Outra não era a intenção do constituinte quando previu a imprescritibilidade do crime de racismo e quando fez constar esse significado no sistema constitucional. É o que se depreende da justificação do deputado Carlos Alberto Caó (PDT-RJ), proponente da Emenda Aditiva na qual apresentada a redação do artigo 5°, inciso XXXX, da Constituição, *verbis*:

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

No mesmo sentido são as várias manifestações de Deputados constituintes que, examinando a questão do racismo, pronunciaram-se sem exceção pela reprovação à discriminação contra o negro e pela condenação de sistemas como o do *apartheid*. Nesse contexto, vale conferir os pronunciamentos do deputado Carlos Alberto Caó – PDT/RJ (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Anais, Atas da 178ª a 190ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, janeiro de 1988, sexta-feira, 29, p. 6695); do deputado Chagas Rodrigues – PMDB/PI (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Anais, Atas da 260ª a 276ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, maio de 1988, terça-feira, 17, p. 10396); da deputada Benedita da Silva – PT/RJ (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Anais, Atas da 75ª a 92ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, junho de 1987, quarta-feira, 24, p. 2864); novamente da deputada Benedita da Silva – PT/RJ (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Anais, Atas da 93ª a 117ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, julho de 1987, terça-feira, 28, p. 3656); do deputado Haroldo Lima – PC do B/BA (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Anais, Atas da 59ª a 74ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, maio de 1987, quinta-feira, 14, p. 1921); e da deputada Sandra Cavalcanti – PFL/RJ (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Anais, Atas da 1ª a 28ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, fevereiro de 1987, sexta-feira, 27, p. 608).

Não encontrei, na análise dos Anais da Constituinte, qualquer menção, única que fosse, ao povo judeu quando fora discutido o racismo. A explicação, para mim, é evidente. É que a Constituição de 1988 é uma Constituição do povo brasileiro, para ser aplicada ao povo brasileiro e tendente a resolver os nossos próprios problemas. Não há qualquer pronunciamento acerca de racismo contra judeu e, paralelamente, há folhas e mais folhas de manifestações acerca da vedação do racismo contra o negro, pois a Constituição de 1988 não é uma Constituição para o povo alemão, francês, italiano, polonês, austríaco ou o europeu em geral. A «Constituição Cidadã» — valemo-nos neste momen-

to da visão realista e corajosa de Ulysses Guimarães — visa a dar tratamento aos problemas genuinamente brasileiros, dentro das nossas circunstâncias e segundo a nossa história e cultura. Esse é o valor em que se pautou o constituinte para prescrever exceção tão grave aos direitos fundamentais e tão séria ao regime penal constitucional.

Obviamente, não quero aqui defender tese do Direito Constitucional — a meu ver, ultrapassada — por meio da qual se determinava que a interpretação da Constituição deveria partir da intenção dos legisladores originários. Meu pensamento insere-se na lógica que preza por uma compreensão limitativa das exceções constitucionais ao sistema de direitos fundamentais. Assim, considerando que, ao Supremo Tribunal Federal, ou a qualquer intérprete da Constituição, não é democraticamente legítimo ampliar ou tornar abertas as cláusulas restritivas da eficácia dos direitos fundamentais, deve-se dar o sentido mínimo possível para o conteúdo do inciso XLII do artigo 5° da Constituição. Por isso, é de extrema importância tomarmos como base inicial as discussões hauridas da Constituinte, já que poderão servir de referência inicial para, por um lado, não ampliar essa exceção e, por outro, não tornar o inciso XLII do artigo 5° simples letra morta, destituída de eficácia.

A previsão de imprescritibilidade de crimes sempre foi uma figura considerada excepcional para a maioria esmagadora dos constitucionalistas e penalistas do mundo inteiro. O decurso do tempo possui efeitos relevantes em todas as áreas do Direito, e, no Penal, não poderia ser diferente.

O instituto da imprescritibilidade de crime conflita com a corrente das garantias fundamentais do cidadão, pois o torna refém, eternamente, de atos ou 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 —, gerando um ambiente de total insegurança jurídica, porquanto permite ao Estado condená-lo décadas e décadas após a prática do ato. Von Listz[29], grande estudioso do Direito Penal, já alertara para a contradição da imprescritibilidade, advertindo que, se a execução é distanciada do ato punível, os efeitos da pena restam malogrados, pois a verificação do fato seria extremamente difícil e incerta, com uma perturbadora intromissão nas novas relações originadas e já constituídas.

Essa é a razão pela qual somente os crimes considerados gravíssimos — e geralmente atos que não são passíveis de retratação ou compensação, como os crimes de guerra ou de genocídio — foram caracterizados como imprescritíveis na história mundial. O ilustre professor Celso de Albuquerque Mello, de cujas lições não me separo desde os bancos da Faculdade Nacional de Direito, define o genocídio, genericamente, como crime perpetrado com a intenção de destruir grupos étnicos, sociais, religiosos ou nacionais.[30] Eis a seriedade que deve presidir a opção político-legislativo-interpretativa pela imprescritibilidade.

---

29 *Apud* CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. Volume IV, Rio de Janeiro, 1979, p. 214.

30 MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 10ª ed. RJ: Renovar, 1994, p. 732.

Excetuando-se os sistemas socialistas e os totalitários — os quais previam a imprescritibilidade para crimes contra a própria personalidade do Estado ou para crimes de motivação política[31] —, no Direito Comparado, pouquíssimas infrações foram tidas como imprescritíveis, e essa noção sempre vem associada à maior lesividade do delito. Como exemplo, podemos citar os crimes de guerra, assim definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e os contra a humanidade, quer cometidos em tempo de guerra ou de paz. Nunca, porém, aceitou-se a imposição da imprescritibilidade aos tipos penais comuns, especialmente àqueles que podem ser posteriormente retratados. Assim dispôs a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968, à qual, diga-se de passagem, não aderiu o Brasil:

> Artigo 1°
>
> São imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os seguintes crimes:
>
> § 1. Os crimes de guerra, como tal definidos no *Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg* de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas resoluções n°3 (I) e 95 (i) da *Assembléia Geral das Nações Unidas*, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946, nomeadamente as «infrações graves» enumeradas na *Convenção de Genebra* de 12 de agosto de 1949 para a proteção às vítimas da guerra.
>
> § 2. Os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 e confirmados pelas *Resoluções n° 3 (I) e 95 (i)* da *Assembléia Geral das Nações Unidas*, de 13 de fevereiro de 1946 e 11 de dezembro de 1946; a evicção por um ataque armado; a ocupação; os atos desumanos resultantes da política de «*Apartheid*»; e ainda o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do crime de genocídio, ainda que estes atos não constituam violação do direito interno do país onde foram cometidos.

Conforme explica o mestre Celso de Albuquerque Mello, entre os considerandos da Convenção, estão as afirmações de que tais crimes são os mais graves do Direito Internacional.[32]

Atualmente, o espírito do Direito Penal Internacional também só admite a imprescritibilidade para os casos excepcionais de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade e de agressão, delitos estes de competência do Tribunal Penal Internacional, como revela o Decreto n° 4.388, de 25 de setembro de 2002, por meio do qual o Brasil promulgou o Estatuto de Roma, a saber:

---

31 Ver, nesse sentido, CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao Código Penal*. Volume IV, Rio de Janeiro, 1979, pp. 234 e ss.

32 *Idem, ibidem*, p. 735.

Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002

Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Capítulo II. Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável

Artigo 5º

Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

a) O crime de genocídio;

b) Crimes contra a humanidade;

c) Crimes de guerra;

d) O crime de agressão.

Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

No Brasil, sempre houve o repúdio à adoção de crimes imprescritíveis. É o que se constata a partir de uma simples revisão histórico-legislativa: em nenhuma das Constituições republicanas anteriores à atual há menção a crimes imprescritíveis. Por isso mesmo, no nosso sistema constitucional vigente, ao lado do racismo por discriminação contra o negro, somente o crime de «ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático» é também imprescritível — artigo 5º, inciso XLIV, da Constituição —, o que nos dá a exata noção da gravidade que deve permear um crime a ponto de torná-lo imprescritível em um sistema jurídico democrático, voltado, em última análise, à segurança jurídica.

Dessa forma é que a doutrina, em peso e sem exceções conhecidas ou relevantes, entende ser a imprescritibilidade de tipos penais uma excrescência que direciona contra a orientação moderna do Direito Penal e Constitucional. É o que bem demonstra Christiano Jorge Santos[33]:

> As previsões de imprescritibilidade da Carta Magna de 1988 soaram como acordes dissoantes aos juristas brasileiros, tendo sido argumentado não caber no direito penal moderno a imprescritibilidade, que as normas constitucionais contrariaram a doutrina que prega a prescritibilidade em todos os ilícitos penais e a orientação contemporânea do moderno Direito Penal Liberal.
>
> Não se tem conhecimento de um único jurista que tenha defendido a imprescritibilidade, no país.

Na mesma linha de entendimento, pode-se mencionar a óptica de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Julio Fabbrini Mirabete, Cezar Roberto Bittencourt, René Ariel Dotti, e vários outros.

---

33 SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de Preconceito e de Discriminação*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 153.

Por tudo isso, a interpretação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição deve ser a mais limitada possível, no sentido de que a imprescritibilidade só pode incidir no caso de prática da discriminação racista contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional penal aberto imprescritível, algo, portanto, impensável em um sistema democrático de direito. As demais condutas discriminatórias são puníveis por meio da legislação infraconstitucional sobre o assunto.

A interpretação das normas constitucionais não pode ser feita a partir de normas ordinárias. As normas constitucionais, por originarem todo o sistema jurídico, definem o caminho que a legislação ordinária deve seguir. O racismo contra os negros, este sim previsto na Constituição, é tão-somente uma das formas de discriminação e, por ser a mais grave delas — tida como enraizada na vida dos brasileiros — surge imprescritível. Do contrário, corre-se o risco de ver solapado o significado do preceito constitucional, ao sabor de mero alvitre do legislador ordinário, e, assim, dar-se-á a inadmissível interpretação da Carta a partir da legislação infraconstitucional. Ora, o paciente foi denunciado e condenado como incurso nas penas do artigo 20 da Lei nº 8.081/90, e, tomados os atos praticados, tem-se, no máximo, a simples discriminação contra o povo judeu, prevista, sem a causa da imprescritibilidade, no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual «a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais». Daí a procedência dos termos da impetração, no que refutada a prática do crime de racismo e pretendido o reconhecimento da prescrição.

Concedo a ordem para assentar a inexistência da prática de racismo e concluo pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, tal como o fizeram os ministros Moreira Alves e Carlos Britto.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Peço vênia** para reiterar, **integralmente**, em todos os seus termos, o voto que proferi na Sessão de 9-4-2003, **denegando**, em conseqüência, a pretendida concessão da ordem de *habeas corpus*.

Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, **que os valores** que informam a ordem democrática, **dando-lhe** o indispensável suporte axiológico, **revelam-se conflitantes** com toda e qualquer pretensão estatal **que vise** a nulificar **ou** a coarctar a **hegemonia essencial** de que se revestem, em nosso sistema constitucional, as liberdades do pensamento.

O regime constitucional vigente no Brasil **privilegia**, de modo particularmente expressivo, o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. Esta é uma realidade normativa, política e jurídica **que não pode ser desconsiderada** pelo Supremo Tribunal Federal.

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, **que a todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal «*a priori*», o seu pensamento **e** as suas convicções, **expondo** as suas idéias **e fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias.

A **nova** Constituição do Brasil — **que completará apenas 15 anos** no próximo dia 5 de outubro — **revelou** hostilidade extrema a **quaisquer** práticas estatais tendentes a restringir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de idéias e de pensamento.

Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembléia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas **prerrogativas constitucionais** cujo integral e efetivo respeito pelo Estado qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A **livre** manifestação de idéias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público, **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

Semelhante procedimento estatal, **que implicasse verificação prévia** do conteúdo das publicações, traduziria ato inerentemente injusto, arbitrário e discriminatório. Uma sociedade democrática e livre **não pode institucionalizar** essa intervenção prévia do Estado, **nem admiti-la** como expediente dissimulado pela **falsa** roupagem do cumprimento e da observância da Constituição.

É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de idéias significou um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum **diktat**, emanado do Estado, pode ser aceito ou tolerado, na medida em que compromete o **pleno** exercício da liberdade de expressão.

A Constituição, **ao subtrair** o processo de criação artística, literária e cultural da interferência, **sempre** tão expansiva **quão** prejudicial, do Poder Público, **mostrou-se atenta à grave advertência** de que o Estado **não pode dispor** de poder algum **sobre a palavra, sobre as idéias e sobre os modos** de sua divulgação. **Digna de nota**, neste ponto, a **sempre** lúcida ponderação de **Octavio Paz** (*O Arco e a Lira*, p. 351, 1982, Nova Fronteira), **para quem** «*Nada é mais pernicioso e bárbaro que atribuir ao Estado poderes na esfera da criação artística. **O poder político é estéril**, porque sua essência **consiste na dominação** dos homens, qualquer que seja a ideologia que o mascare (...)*».

Essa garantia básica da liberdade de expressão representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma autoridade pode prescrever** o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, **nem estabelecer** padrões cuja observância possa implicar clara restrição aos meios de divulgação do pensamento e aos processos de criação. **Isso porque** «*o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental*», **é**, conforme **adverte Hugo Lafayette Black**, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, «*o mais precioso privilégio dos cidadãos...*» (*Crença na Constituição*, p. 63, 1970, Forense).

O direito à livre expressão do pensamento, contudo, **não se reveste de caráter absoluto**, pois sofre limitações de natureza ética e de caráter jurídico. Os **abusos** no exercício da liberdade de manifestação do pensamento, **quando** praticados, legitimarão, **sempre** «*a posteriori*», a reação estatal, **expondo** aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal **ou** de caráter **civil.**

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, **não seriam** suscetíveis de qualquer reação ou punição, **porque supostamente** protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.

Daí a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., **proferida** em voto memorável, em 1919, **no julgamento** do caso Schenck v. United States (249 US 47, **52**), **quando**, ao pronunciar-se **sobre o caráter relativo** da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **acentuou** que «*A mais rígida proteção da liberdade de palavra* ***não protegeria*** *um homem* ***que falsamente gritasse fogo num teatro*** *e, assim, causasse pânico*», **concluindo**, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que «*a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (*'***clear and present danger***') de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau*».

O fato irrecusável, neste tema, Senhor Presidente, é um só: o **abuso** no exercício da liberdade de expressão **não pode** ser tolerado. Ao contrário, **deve** ser reprimido e neutralizado.

É por tal razão que enfatizei, no voto **que proferi** na sessão de 9-4-2003, **que a incitação** ao ódio público contra o povo hebreu **não está** protegida pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **cujo Art. 13 exclui** do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento «*toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*» (**Art. 13, § 5º**).

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, **que publicações que extravasam**, abusiva e criminosamente, os limites da indagação científica **e** da pesquisa histórica, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa **e**, sobretudo, **do estímulo à intolerância e ao ódio público** pelos judeus (**como se registra** no caso ora em exame), **não merecem** a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, **pois** o direito à livre expressão **não pode compreender**, em seu âmbito de tutela, exteriorizações **revestidas** de ilicitude penal.

Salientei, então, **no voto** que proferi na Sessão de 9-4-2003, **que a prerrogativa** concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente **que deva ser** o seu campo de incidência, **não constitui** meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, **especialmente** quando as expressões de ódio racial — veiculadas **com evidente superação** dos limites da crítica política **ou** da opinião histórica — **transgridem**, de modo inaceitável, valores tutelados **pela própria ordem constitucional**.

Tenho por inquestionável, no tema, **na linha** de diversos pronunciamentos **emanados** do Supremo Tribunal Federal (*RTJ 173/805-810*, Rel. Min. **Celso de Mello**, ***v.g.***), **que não é ilimitada a extensão** dos direitos e garantias individuais assegurados pela Carta Política, **mesmo tratando-se** da liberdade de manifestação do pensamento, cuja invocação **não pode nem deve legitimar abusos** cuja prática, como no caso, **qualifique-se** como ato revestido de ilicitude penal.

O fato é que a liberdade de expressão **não pode amparar comportamentos delituosos** que tenham, **na manifestação** do pensamento, um de seus meios de

exteriorização, **notadamente** naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente **encontra repulsa** no próprio texto da Constituição, **que não admite** gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, **como o da dignidade da pessoa humana**, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.

É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, **impregnada** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, **impedindo** que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, **qualquer** tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, **pois todos hão de ser livres** para exprimir idéias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Isso não significa, contudo, **que a prerrogativa** da livre manifestação do pensamento **ampare** exteriorizações contrárias à própria lei penal, **pois** o direito à liberdade de expressão, **que não é absoluto**, não autoriza condutas sobre as quais **já haja incidido**, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal **que se revele em tudo compatível** com os valores cuja intangibilidade a **própria** Constituição da República **deseja ver preservada**.

É por tal razão que esta Suprema Corte **já acentuou que não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, **ao delinear** o regime jurídico a que estas estão sujeitas — **e considerado o substrato ético** que as informa — **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, **a proteger** a integridade do interesse social e, de outro, **a assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum** direito ou garantia pode ser exercido **em detrimento** da ordem pública ou **com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros.

Cabe referir, neste ponto, **recente** julgamento **emanado** da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **proferido em 7-4-2003**, no exame do caso ***Virginia v. Black et al.***, quando essa Alta Corte **concluiu que não é incompatível** com a Primeira Emenda (**que protege** a liberdade de expressão naquele país) a lei penal **que pune**, como delito, **o ato de queimar uma cruz** («*cross burning*») **com a intenção** de intimidar, **eis que** o gesto de queimar uma cruz, **com tal intuito**, representa, no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio, destinado a transmitir, àqueles a quem tal mensagem se destina, o propósito criminoso de ameaçar.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América — **cuja jurisprudência** em torno da Primeira Emenda **orienta-se** no sentido de reconhecer, **quase incondicionalmente**, a prevalência da liberdade de expressão (**adotando**, por isso mesmo, o critério da «*preferred position*») — **proclamou**, não obstante, que essa prote-

ção constitucional **não é absoluta**, sendo lícito ao Estado **punir** certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos **que veiculem** propósitos criminosos.

É inquestionável — consoante pude acentuar em meu voto anterior — que o exercício concreto da liberdade de expressão **pode** fazer instaurar **situações de tensão dialética** entre valores essenciais, **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, caracterizado pelo **confronto** de liberdades revestidas de **idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delineie, **torne possível** conferir primazia a **uma** das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

Tenho para mim, no entanto, que o caso ora em exame **não traduz situação de conflituosidade** entre direitos básicos **titularizados** por sujeitos diversos, **nem põe em confronto** liberdades e prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal **pois** — cabe insistir — **manifestações de natureza criminosa** (como a incitação, de cunho racista, ao ódio público contra membros de determinada coletividade) **não se revelam suscetíveis** de proteção constitucional, **especialmente** em situações **em que o ato delituoso esteja a vulnerar**, como no caso, **valores** erigidos à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito (*CF*, art. 1°, III) **ou** incluídos dentre os objetivos essenciais da República (*CF*, art. 3°, IV).

Enfatize-se, neste ponto, por oportuno, **que o exame da peça acusatória** oferecida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul — **de cujo acolhimento**, pelo E. Tribunal de Justiça local, **resultou** a condenação penal do paciente — **bem evidencia** que **Siegfried Ellwanger**, **a pretexto** de veicular críticas políticas **ou** de professar convicções ideológicas, **ou**, ainda, de sustentar teses de revisionismo histórico, **veio a exteriorizar**, na realidade, **em suas manifestações** como autor **ou** em seu comportamento como editor, **nítidos propósitos criminosos** de estímulo à intolerância **e** de incitação ao ódio racial, **razão pela qual não há que se falar**, na espécie, em incidência da cláusula assecuratória da liberdade de expressão.

Eis, **exemplificativamente**, alguns fragmentos dessas publicações, por ele editados **ou** de sua própria autoria, **cujo teor revela** o claro propósito criminoso **de estimular ou de fomentar** o ódio público contra o povo judeu:

> «'*Porque todo judeu* é impelido pela mesma tendência, que se enraíza no sangue: o anseio de dominação' (24)
>
> '*Os métodos de ação* das classes baixas judaicas não visam somente a libertar-se da repulsão social, mas anelam francamente o poder. É essa vontade de dominar que caracteriza seu espírito.' (P. 25)
>
> '*Num mundo* de Estados territoriais organizados, o judeu tem apenas duas fórmulas: derrubar os pilares de todos os sistemas nacionais dos Estados ou criar o próprio Estado nacional.' (P. 65)
>
> '*O judeu* é adversário de toda ordem social não judaica (...) O judeu é um autocrata encarniçado (...) A democracia é apenas o argumento utilizado pelos agitadores judeus, para se elevarem a um nível superior àquele em que se julgam

subjugados. Assim que conseguem, empregam imediatamente seus métodos, para obter determinadas preferências, como se estas lhes coubessem por direito natural' (P. 65)

(...)

'(...) *não existe* raça alguma que suporte a autocracia mais voluntariamente do que a raça judia, que deseje e respeite mais do que esta o poder (...) O judeu é um caçador de fortunas, principalmente, porque, até este momento, só o dinheiro lhe tem proporcionado os meios de conquistar certo poderio' (P. 75)

(...)

'*Que os outros* lavrem a terra: o judeu, quando pode, viverá do lavrador. Que os outros suem nas indústrias e ofícios: o judeu preferirá assenhorear-se dos frutos de sua atividade. Esta inclinação parasitária deve, pois, formar parte de seu caráter' (P. 171)

(...)

'(...) *é um direito* que nos foi dado por Deus, e um dever humano, lutar contra o reinado do terror exercido a nível supra-nacional por uma pequena minoria fanática que subjugou o mundo e que empurrou a humanidade mais para diante, na estrada rumo à extinção total' (p. 10)

'*Esse diabólico nacionalismo tribal* tem o poder mundial na mão'. (P. 10)

'*O judeu* jamais foi um internacionalista; ele foi, isto sim, o representante consciente de um nacionalismo tribal que visava dominar todos os outros países deste mundo'. (P. 18)

(...)

'*Povos antijudaicos* do mundo, uni-vos, antes que seja tarde demais'. (P. 214).

(...)

'*Como o sírio, o judeu não passa sem prestações*. É uma inclinação racial'. (P. 34)

(...)

'*O rol demonstra* que não é só o Brasil a vítima do Super Estado Capitalista sem entranhas, mas o mundo inteiro. Daí a sua aflição, a sua inquietação, a sua angústia, o seu desespero. Está mergulhado num pego em que pululam as sanguessugas e estrebucha sugado por todos os lados na lama ensangüentada. Um dia, os povos compreenderão a verdadeira origem de todos os seus males e, então, as bichas vorazes e nojentas serão duramente castigadas (...)' (P. 46)

'*O nosso Brasil* é a carniça monstruosa ao luar. *Os banqueiros judeus, a urubuzada que a devora.*' (P. 95).

(...)

'*Mais vale o sacrifício de algumas centenas de milhares de judeus, do que sofrer um prejuízo no bolso.../*' (P. 139).» (*Grifei*)

Cabe referir, neste ponto, **tal como bem enfatizou** o E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **no acórdão que condenou** o ora paciente pela prática do delito de racismo, **que não se discute**, nesta causa, o direito à pesquisa histórica, **mas debatem-se**, isso sim, **os limites** que a legislação penal do Estado, **em estrita conformidade** com o texto inscrito no art. 5°, XLII, da Constituição, **pode legitimamente impor** àqueles que, **como Siegfried Ellwanger**, **mediante** publicação de seus próprios livros **ou** mediante edição de livros escritos por **outros** autores, **pregam** e **disseminam** idéias **impregnadas** de intolerância, **com o propósito criminoso** de fomentar, estimular e incitar o ódio e a hostilidade ao povo judeu.

Daí a **acertada** conclusão **fundada** no v. acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> «*Em uma síntese*, os livros publicados e editados pelo apelado tentam negar o holocausto, atribuindo aos judeus, como substrato da ação dos Aliados, e exatamente pela congênita perversão de caráter, a falsificação de documentos e a montagem de fotografias e filmes, simulando episódios que não teriam ocorrido na Alemanha e nos territórios por esta ocupados, em uma criminosa distorção da realidade histórica, realidade que é pública e notória, oficialmente reconhecida pela própria Alemanha, e veiculam, explícita e implicitamente, nas linhas e entrelinhas, mensagens de cunho nitidamente anti-semita, discriminatório e preconceituoso.
>
> *Ainda a respeito desta potencialidade lesiva* das obras incriminadas ao bem jurídico protegido pelo tipo, cumpre ressaltar que os autos reúnem manifestações de repúdio emanadas de diferentes setores da sociedade civil (Associação Nacional dos Veteranos da Força Expedicionária Brasileira – fl. 75; Associação Riograndense de Imprensa – fls. 76/77; Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos Fluviais e Aéreos – fls. 78/79; Instituto Solano Trindade – fl. 80; Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Porto Alegre – fl. 81; Associação Gaúcha de Escritores – fls. 82/84; da Secção do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil – fl. 87; Movimento Negro Brasileiro e Movimento Popular Anti-Racismo – fls. 109/126) e de diversas pessoas vinculadas ao judaísmo, que, pelo fato de serem judias, não perderam a condição moral para depor (fls. 44/47; 53/59; 139/153). São dados concretos que não poderiam ter sido tão facilmente desprezados pela decisão apelada.
>
> Desse modo, e no que pertine ao mérito da sentença, não há como mantê-la com base na falta de produção de dano ao bem jurídico protegido. Não se deve permitir a confusão entre dano (ofensa material e sensível) e lesão (ofensa potencial e negativamente valorada pelo cotejo da norma com as concretas exigências sociais de tutela).» (**Grifei**)

Entendo que a incitação — que constitui, nos termos da lei, um dos **núcleos** do tipo penal — **reveste-se** de caráter proteiforme, **dada a multiplicidade de formas executivas** que esse comportamento **pode** assumir, **concretizando**, assim, **qualquer** que tenha sido o meio empregado, a **prática** inaceitável do racismo.

A locução constitucional «**prática do racismo**», inscrita no art. 5°, XLII, da Carta Política, **além de não representar**, ela própria, **para o efeito** de incidência da cláusula

da imprescritibilidade, uma norma de tipificação penal (pois a Constituição **não tipifica** condutas puníveis), **tem a finalidade** de fixar diretriz, **destinada** ao legislador, **para que este**, ao explicitar a vontade manifestada pelo constituinte, **possa dispensar** efetiva tutela penal aos valores constitucionais cuja incolumidade é expressamente reclamada pelo texto da Constituição, **sob pena** de restarem comprometidos os objetivos e os fundamentos sobre os quais se estrutura a República Democrática.

Sob tal perspectiva, **não se revela fiel**, no que concerne à exegese que possa ser dada ao art. 5°, XLII, da Carta Federal, **a interpretação de que resulte a frustração dos objetivos perseguidos pelo texto constitucional**.

Desse modo, **não se mostra cabível valer-se de processo hermenêutico que comprometa** a força normativa da Carta Federal, **expondo**, perigosamente, a autoridade suprema da Constituição da República, a critérios de exegese que culminem por subtrair, **aos postulados da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica**, a sua máxima eficácia, **tornando-os**, em conseqüência, fórmulas vazias, incompreensivelmente **destituídas** de significação e **despojadas** da abrangência **que lhes quis** emprestar o próprio legislador constituinte.

Daí a **correta** asserção de que, no processo de indagação constitucional, **impõe-se**, ao intérprete, **mediante adequada pré-compreensão dos valores** que informam e estruturam o próprio texto da Constituição, conferir-lhes sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia, **em ordem** a dar-lhes significação **compatível** com os objetivos indicados na Carta Política.

Vale referir, neste ponto, **o valiosíssimo magistério** do eminente Professor **Miguel Reale Júnior**, cujo parecer — encaminhado à apreciação do Tribunal — **analisa**, com propriedade, **a questão dos parâmetros constitucionais** que devem informar o processo de indagação da cláusula inscrita no art. 5°, XLII, da Constituição da República:

> «*Ressaltam*, portanto, *os valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade*, como princípios básicos conformadores de nosso ordenamento jurídico. A igualdade a ser examinada neste parecer diz respeito à igualdade jurídica, que se apresenta outorgada e garantida a todos pelo reconhecimento da cidadania (art. 1°, II), que vem a ser o 'o direito de ter direitos', o primeiro dos direitos humanos, em razão do qual alguém se insere como um igual no seio da sociedade. Desse modo, é a cidadania um direito básico, na expressão do juiz *Warren*, citado por *Celso Lafer*, sem o qual se restará humilhado e degradado frente aos demais compatriotas.
>
> *O racismo*, como posição político-ideológica que discrimina e segrega um grupo de pessoas em face de sua raça, etnia, origem nacional ou descendência, *visa*, antes de tudo, *a retirar-lhes* exatamente a cidadania, a participação igualitária no espaço público, 'o direito de ter direitos'.
>
> (...)
>
> *O fim visado pela Constituição de criminalizar* a segregação por discriminação racial, *protegendo* o bem jurídico igualdade, seria desvirtuado. A interpretação sistemática e a teleológica, que se entrelaçam, conduzem de forma clara ao entendimento de que toda e qualquer discriminação racial, nos termos da Conven-

ção da ONU de 1965, acha-se compreendida no termo racismo constante do art. 5°, XLII da Constituição.

A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental chave da Constituição, também, só se coaduna com interpretação do racismo no art. 5°, XLII da Constituição, compreensiva da discriminação em razão da raça (como realidade social e política), da cor, da origem étnica ou nacional, bem como da descendência.

(...)

O legislador, para combater o racismo, *criminalizou*, ao lado do preconceito de raça e de cor, o preconceito de etnia, de religião e de procedência nacional, *adequando* a lei aos ditames constitucionais, aos princípios conformadores da Constituição, em especial o da igualdade e o da dignidade da pessoa humana.

Não se trata de dar conteúdo à Constituição a partir da lei, malgrado nesta hipótese a Constituição tenha delegado ao legislador ordinário definir o conteúdo do termo racismo. A lei antes omitira a referência à etnia e procedência nacional, que se impunha acrescentar para adequar a lei ao texto constitucional e à Convenção da ONU.

O Procurador da República, Claudio Fonteles, bem observa que a Constituição, *ao usar* a expressão racismo, *deixou sua conceituação à lei*, ao estatuir que o racismo é crime imprescritível *nos termos da lei.* A seu ver, *todas as figuras típicas* da Lei n° 7.716/89, acrescida pelas leis n° 8.081/90 e 9.459/97, *são imprescritíveis.*

Por outro lado, a demonstração da preocupação do legislador brasileiro em criminalizar como racismo atitudes e publicações anti-semitas encontra-se no § 1° do art. 20 que estatui como crime o ato de fabricar, comercializar, veicular símbolos, emblemas, propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada para fins de divulgação do nazismo.

Em suma, a lei conceituou, conforme delegação constitucional, o que vem a ser racismo, mas, ao fazê-lo, nada mais fez do que adequar a lei aos princípios constitucionais e à Convenção da ONU de 1965, subscrita pelo Brasil e que passou a ser, também, norma constitucional. Por outro lado, deu ao termo racismo o que se apresenta presente na compreensão da sociedade, tendo em vista o seu horizonte histórico e a sua memória, refletindo, portanto, as valorações sociais prevalecentes no espírito do cidadão comum.» **(Grifei)**

Concluo este voto, Senhor Presidente. **E**, ao fazê-lo, **reconheço**, em um contexto de liberdades **aparentemente** em conflito, que a colisão dele resultante há de ser equacionada, **utilizando-se**, esta Corte, **do método** — que é apropriado e racional — **da ponderação concreta** de bens e valores, **de tal forma** que a **existência** de interesse público **na revelação e no esclarecimento da verdade**, em torno de ilicitudes penais praticadas por qualquer pessoa, **basta**, por si só, **para atribuir**, ao Estado, **o dever** de atuar na defesa de postulados essenciais, **como o são aqueles** que proclamam a dignidade da pessoa humana e a permanente hostilidade contra qualquer comportamento que possa gerar o desrespeito à alteridade, **com inaceitável ofensa** aos valores da igualdade e da tolerância, **especialmente** quando as condutas desviantes, como neste caso, **culmi-**

nem por fazer instaurar tratamentos discriminatórios **fundados** em inadmissíveis ódios raciais.

Tal como tive o ensejo de enfatizar no voto que anteriormente proferi, **aceitar** tese diversa significaria tornar perigosamente **menos intensa**, e socialmente **mais frágil**, a proteção que o ordenamento jurídico **dispensa**, no plano nacional e internacional, aos grupos minoritários, **especialmente àqueles que se expõem a uma situação de maior vulnerabilidade**.

Não custa relembrar que, **em matéria de direitos humanos**, a interpretação jurídica há de considerar, **necessariamente**, as regras e cláusulas do direito interno e do direito internacional, **cujas prescrições tutelares** se revelam — **na interconexão normativa** que se estabelece entre tais ordens jurídicas — elementos de proteção vocacionados **a reforçar** a imperatividade do direito constitucionalmente garantido, **como observa**, em seu lúcido parecer, o ilustre Professor *Celso Lafer*.

Encerro o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, **devo enfatizar** que este julgamento, como aqui já foi referido, **mostra-se impregnado** de alto e transcendente valor emblemático, **pois nele está em debate**, uma vez mais, o **permanente** conflito entre civilização e barbárie, **cabendo**, ao Supremo Tribunal Federal, **fazer prevalecer**, em toda a sua grandeza, a essencial e inconspurcável dignidade das pessoas, **em solene reconhecimento** de que, **acima** da estupidez humana, **acima** da insensibilidade moral, **acima** das distorções ideológicas, **acima** das pulsões irracionais **e acima** da degradação torpe dos valores que estruturam a ordem democrática, **deverão sempre preponderar** os princípios **que exaltam e reafirmam** a superioridade ética dos direitos humanos, **cuja integridade**, uma vez mais, **será preservada**, aqui e agora, **em prol** de todos os cidadãos **e em respeito aos milhões** de seres humanos **que a crueldade inominável** do regime nazista, **em momento sombrio e declinante da História, destruiu e martirizou** em um holocausto **que jamais** deverá ser apagado da memória de todos nós, **permanecendo**, ao contrário, **como uma grave advertência**, para as presentes e futuras gerações, **de que o *Mal* jamais deverá triunfar outra vez**.

Com estas considerações, Senhor Presidente, que **intencionalmente *não foram breves***, **dada** a extrema e transcendente importância jurídica, social e histórica de que se reveste, **para o nosso País**, este julgamento, **peço vênia** para, **confirmando**, plenamente, os fundamentos do voto **que proferi**, nesta Corte, **na Sessão** de 9-4-2003, ***denegar*** a ordem de **habeas corpus** impetrada em favor do ora paciente, **mantendo íntegra**, em conseqüência, **por irrepreensível**, a condenação que lhe foi imposta pela prática **do crime de racismo**.

É o meu voto.

VOTO (Confirmação)

Sr. Ministro Carlos Velloso: Sr. Presidente, os livros, vários deles editados e um deles escrito pelo paciente, não veiculam simplesmente teses ideológicas, o que, se fosse assim, não implicaria prática de crime, porque estariam inseridos na liberdade de pensamento e de expressão, que a Constituição consagra. Ao contrário, como acentuei no meu voto, pregam o preconceito contra os judeus e estimulam o ódio contra estes, como bem

o demonstrou, nesta assentada, o eminente Ministro Celso de Mello. Trata-se de conduta criminosa, nos termos da lei e no rumo da Constituição (art. 5°, XLII). Condutas assim, típicas, frente à lei penal brasileira, jamais poderiam ser consideradas sob o princípio da liberdade de expressão, mesmo porque são atentatórias ao princípio maior: o princípio da dignidade da pessoa humana, que a Constituição consagra como fundamento da República, CF, art. 1°, III, a República que a Constituição, determina que se constitua em Estado Democrático de Direito (CF, art. 1°).

Ratifico, com a vênia dos eminentes Colegas que não pensam desta forma, o voto por mim proferido e reitero que indefiro o *habeas corpus*.

VOTO (Aditamento)

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Vale aqui esclarecer, inicialmente, o incompreendido voto do Ministro Moreira Alves. Diferentemente do sustentado por alguns, o eminente Ministro em nenhuma passagem do seu voto defende práticas anti-semitas. Parte de uma interpretação restritiva e histórica do conceito de racismo, para concluir que o anti-semitismo não está compreendido no conceito de racismo. Tanto que o Ministro foi buscar a intenção do constituinte de 1987/88, ao mencionar as discussões acerca da Emenda Aditiva que deu origem ao art. 5°, XLII, da Constituição. Afirmou o Ministro: «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.» E foi por entender que o dispositivo constitucional não se aplicava a outros grupos, que o Ministro, tendo em vista as conseqüências da imprescritibilidade, concluiu, de maneira estritamente técnica e desprovida de qualquer acepção ideológica, que «não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente como delito de racismo, e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.»

Feitas essas considerações, conforme ressaltei em meu voto, há, no presente caso, uma situação de conflito de valores constitucionalmente amparados e não hierarquizados, cuja solução impõe a aplicação do princípio da proporcionalidade no caso concreto. Já escrevi em outro lugar que, embora não se possa negar que a unidade da Constituição não repugna a identificação de normas de diferentes pesos numa determinada ordem constitucional, é certo que a fixação de uma rigorosa hierarquia entre diferentes direitos individuais acabaria por desnaturá-los por completo, desfigurando também a Constituição enquanto complexo normativo unitário e harmônico (Cf. Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires e Gonet Branco, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, Brasília Jurídica, Brasília, 2000, p. 283*). Uma valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais somente é admissível em casos especialíssimos.

Todos os elementos em discussão no presente processo, levam-me à convicção de que o racismo, enquanto fenômeno social e histórico complexo, não pode ter o seu conceito jurídico delineado a partir do referencial «raça». Cuida-se aqui de um conceito pseudo-científico, notoriamente superado. Não estão superadas, porém, as manifestações racistas aqui entendidas como aquelas manifestações discriminatórias assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, etc.).

Assim é que asseverou o Professor Celso Lafer em seu bem lançado parecer, já referido nos votos dos Ministros Maurício Corrêa e Celso de Mello:

«Neste sentido é essa a quarta conclusão deste parecer: discutir o crime da prática do racismo a partir do termo raça nos termos dos argumentos apresentados no HC 82424-2 em favor de Siegfried Ellwanger, é uma maneira de reduzir e, no limite, esvaziar completamente o conteúdo jurídico do preceito constitucional consagrado pelo art. 5°, XLII, devidamente disciplinado pela legislação infraconstitucional, convertendo-o em crime impossível. O art. 5°, LXII, não menciona raça e o conteúdo jurídico do crime da prática do racismo reside nas teorias e preconceitos que discriminam grupos e pessoas a eles atribuindo características de uma 'raça'. Só existe uma 'raça' — a espécie humana — e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo.» (P. 42)

Dessarte, não vejo como se atribuir ao texto constitucional significado diverso, isto é, que o conceito jurídico de racismo não pode divorciar-se do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo.

Se se aceita a idéia de que o conceito de racismo contempla, igualmente, as manifestações de anti-semitismo, há de se perguntar sobre como se articulam as condutas ou manifestações de caráter racista com a liberdade de expressão positivada no texto constitucional. Essa indagação assume relevo ímpar, especialmente se se considera que a liberdade de expressão, em todas as suas formas, constitui pedra angular do próprio sistema democrático. Talvez seja a liberdade de expressão, aqui contemplada a própria liberdade de imprensa, um dos mais efetivos instrumentos de controle do próprio governo. Para não falar que se constitui, igualmente, em elemento essencial da própria formação da consciência e da vontade popular.

Tal como leciona Martin Kriele:

«Thomas I. Emerson, o 'old grand man' da doutrina de direitos fundamentais na América, mostrou, com o exemplo da liberdade de opinião, a finalidade quádrupla desses direitos fundamentais e da filosofia política desde os primórdios da história até a atualidade (Thomas J. Emerson, Toward a general theory of the first amendments, «The Yale Law Journal», 1963, p. 72 e s.; do mesmo autor: Communication and freedom of expression, Scientific American, set. 1972).

Dentre estas finalidades o 'individual self-fulfillment' ocupa o primeiro lugar. Deste fim depreende-se a conseqüência de que esta liberdade é um fim em si mesmo e independentemente dela seu uso favorece ou não outros fins políticos ou sociais.

Uma segunda finalidade protetora da liberdade de opinião é a proteção das condições necessárias para o progresso na busca da verdade. Somente a liberdade de opinião garante que as opiniões se corrijam mutuamente no transcurso do tempo. O progresso dialético do conhecimento depende, no transcurso da história, desta liberdade. O primeiro grande defensor da liberdade de imprensa, John Milton, cujo

Areopagita apareceu em 1644, fundamentou esta liberdade não com argumentos individualistas, mas dialéticos. Dizia Milton, ainda que com certo exagero:

> 'And though all the winds of doctrine were let loose to play upon the earth, so truth be in the field, we do injuriously by licensing and prohibiting to misdoubt her strength. Let her and falsehood grapple; who ever knew truth put to the worse, in a free and open encounter (...) For who knows not that truth is strong next to the Almighty; she needs no policies, nor stratagems, nor licensing to make her victorious, those are the shifts and defenses that error uses against her power'.

Esta idéia pertence às formulações clássicas do pensamento liberal jusnaturalista da Inglaterra e dos Estados Unidos da América.

O terceiro fundamento para a liberdade de opinião é sua imprescindibilidade para a decisão política em uma sociedade democrática. Enquanto o aspecto da 'verdade' não se refere, somente, ao âmbito da opinião política, mas em primeiro lugar ao conhecimento científico, neste contexto se agrega todavia o aspecto da justiça e da razoabilidade das decisões obrigatórias. Neste contexto, surge de novo o paralelismo entre o processo político e o processo judicial; assim como uma decisão judicial não pode ser objetiva e justa sem que todos os participantes tenham podido expressar sua opinião, assim também o é no que diz respeito à decisão política. Isto vale tanto mais quanto mais complexas são as relações sociais e econômicas. Também este aspecto forma parte da velha tradição, como já esgrimido no século XVII pelo *chief justice* Hale diante de Hobbes (M.Hale, Reflexionen über Hobbes Dialogue of the Laws, reproduzido em Kriele, Die Herausforderung des Verfassungsstaates, p. 63, 68 e s.).

O quarto aspecto, destacado por Emerson, é que a liberdade de opinião possibilita um *equilíbrio entre estabilidade e mudanças*. Somente a condição de liberdade tem, como disse Emerson, 'uma confrontação de idéias, não da força'. Os conflitos que movem a história não são suprimidos, mas mantidos dentro de vias pacíficas. A liberdade de opinião é garantida também porque a alternativa seria: ou bem opressão, ou bem revolução e guerra civil. Liberdade de opinião incrementa a probabilidade de tirar conseqüências políticas da regra *'trial and error'*, e inclusive evitar, mediante a discussão, os desvios do *'trial and error'*. Também esta idéia pertence à velha tradição anglo-saxã. (Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado.* Buenos Aires: De Palma, 1980, p.472-474).

Kriele acrescenta:

Este esboço dos fundamentos da liberdade de opinião pode ser completado com outros aspectos.

Em quinto lugar, o controle democrático dos órgãos do Estado pressupõe liberdade de opinião. Em especial , o cumprimento do *ethos* do funcionário e das regras convencionais têm que ser controlados pela opinião pública e sua violação deve dar lugar à indignação pública (cfr. § 49).

Em sexto lugar, a liberdade de opinião reforça a legitimidade também, porque possibilita ter *esperança* de que as injustiças serão eliminadas no futuro e

porque justifica a confiança de que as decisões já adotadas serão expostas a exame crítico.

Razões similares abonam os outros direitos fundamentais, tais como, por exemplo, a liberdade de associação, de reunião, o direito de peticionar, os direitos eleitorais, etc.» (Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado.* Buenos Aires: De Palma, 1980, p.474).

Essa reflexão demonstra a íntima conexão entre direitos fundamentais e o regime democrático, o que justifica inclusive uma revisão ou aprimoramento da chamada teoria liberal dos direitos fundamentais para uma teoria democrático-funcional.

Tal como anota Kriele:

«Os direitos fundamentais e a democracia se dão numa relação de condicionamento mútuo: a democracia pressupõe liberdade individual protegida juridicamente para todos; a liberdade para todos pressupõe democracia. Este fato é de grande importância para a interpretação dos direitos fundamentais. Se se separa a conexão entre liberdade e democracia, chega-se a uma interpretação dos direitos capaz de pôr em perigo tanto a liberdade como a democracia. Mas a separação entre a liberdade e a democracia é um efeito tardio da tradição estatal alemã, que tentou garantir certa medida de liberdade sem democracia, certamente não a liberdade para todos e sim as condições econômicas, sociais e políticas adequadas, mas a liberdade para os integrantes de uma camada social caracterizada por propriedade e educação. Assim como para esta tradição pareciam opor-se os princípios de representação e de democracia, o mesmo sucedeu-se com os direitos fundamentais e a democracia. O Estado constitucional democrático aparece como um feixe de compromissos entre idéias opostas entre si.» (Kriele, Martin. *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 470)

Continua Martin Kriele,

«(...) da *ratio legis* dos direitos fundamentais surgem pautas de interpretação. A *ratio legis* dá lugar a definições em parte extensivas e em parte restritivas à precisão dos limites imanentes e em especial à reserva da comunidade, que afetam os direitos à liberdade. A idéia vigente é a de que a *ratio legis*, o sentido e o fim do direito fundamental devem ser impostos ao máximo.

Por exemplo, se faz parte da finalidade de um direito à liberdade garantir 'liberdade para todos' o quanto for possível, haverá aí um limite imanente que consiste nas palavras de Kant — em que a liberdade de cada um há de ser compatível com a liberdade dos demais. O uso da liberdade que prejudica e finalmente destrói a liberdade de outros não está protegido pelo direito fundamental. Se faz parte dos fins de um direito assegurar as condições para uma democracia, então o uso dessa liberdade que elimina tais condições não está protegido pelo direito fundamental.

Na prática isso significa: o legislador tem a autorização de regular e limitar o uso dos direitos fundamentais, de modo que fiquem asseguradas a liberdade para todos e as condições necessárias para a democracia. Quando há sério perigo para a liberdade e a democracia, pode inclusive surgir do direito fundamental a obriga-

ção constitucional do legislador de conjurar este perigo mediante regulamentações adequadas.» (Kriele, *Introducción a la teoría del Estado,* cit., p. 475)

Tal como já observado, não se desconhece, porém, que, nas sociedades democráticas, há uma intensa preocupação com o exercício de liberdade de expressão consistente na incitação à discriminação racial, o que levou ao desenvolvimento da doutrina do ***hate speech***. Ressalte-se, porém, que o ***hate speech*** não tem como objetivo exclusivo a questão racial (Boyle, Kevin. *Hate Speech – the United States versus the rest of the World?*, Heinonline, Maine Law Review, Vol.53:2, 2001, p. 490).

Nesse sentido indaga Kevin Boyle, em um estudo recente: «Por que o 'discurso de ódio' é um tema problemático?» Ele mesmo responde:

«A resposta reside no fato de estarmos diante de um conflito entre dois direitos numa sociedade democrática – a liberdade de expressão e o direito à não-discriminação. A liberdade de expressão, incluindo a liberdade de imprensa, é fundamental para uma democracia. Se a democracia é definida como controle popular do governo, então, se o povo não puder expressar seu ponto de vista livremente, esse controle não é possível. Não seria uma sociedade democrática. Mas, igualmente, o elemento central da democracia é o valor da igualdade política. '*Every one counts as one and no more than one*', como disse Jeremy Bentham. Igualdade política é, conseqüentemente, também necessária, se uma sociedade pretende ser democrática. Uma sociedade que objetiva a democracia deve tanto proteger o direito de liberdade de expressão quanto o direito à não-discriminação. Para atingir a igualdade política é preciso proibir a discriminação ou a exclusão de qualquer sorte, que negue a alguns o exercício de direitos, incluindo o direito à participação política. Para atingir a liberdade de expressão é preciso evitar a censura governamental aos discursos e à imprensa.» (Boyle, Hate Speech, *cit.*, p. 490)

Como se vê, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete um dos pilares do sistema democrático, a própria idéia de igualdade.

Mais uma vez peço vênia para registrar a reflexão de Kevin Boyle, que bem se aplica ao presente caso:

«O ressurgimento na Alemanha e em toda a Europa Ocidental do anti-semitismo e da xenofobia é tema de profunda seriedade para as democracias européias. No início deste ano [a referência é ao ano de 2001] os países da União Européia tomaram a extraordinária decisão de boicotar o governo austríaco, por vários meses, pela inclusão, na nova colisão de governo, do Partido Nacional de extrema-direita, dirigido por Jorg Heider, que defende políticas contra imigrantes e idolatra as políticas econômicas de Hitler. (...) o governo alemão solicitou à Corte Constitucional Alemã que considerasse a supressão ou o banimento do Partido Democrático Nacional. Ele é acusado de preparar jovens para ataques a estrangeiros, judeus e sinagogas judaicas.

A preocupação com o tema do anti-semitismo levou um grande número de países a criminalizar o chamado discurso revisionista e a aprovar leis contra a negação do holocausto que pode ser detectada desde 1945. Os campos de concentração, como Auschwitz, não foram abertos a um mundo horrorizado antes que as

primeiras publicações minimizassem o que realmente havia ocorrido. Esse tipo de literatura tornou-se mais proeminente nos anos 70. O material incluía desde o simplório — um recente panfleto com a frase 'O Holocausto foi um Embuste, vamos torná-lo Real!' — à aparentemente sérias pesquisas históricas em publicações acadêmicas, como o impressionante *Journal for Historical Review*. Nessas publicações são encontradas afirmações tais como o fato de não terem sido mortos 6 milhões de judeus, mas somente algumas centenas; ou que as câmaras de gás não poderiam ter sido utilizadas em Auschwitz porque eles não tinham a tecnologia para tal. Alegadas evidências documentais de testemunhas sobreviventes ou o diário de Anne Frank não passam de fabricações. Hitler jamais ordenou a Solução Final — ele era inocente, etc.

O anti-semitismo nessas publicações, explícito ou implícito, é bastante claro. Não foi melhor exposto, entretanto, como no início deste ano, quando o historiador David Irvine, um notório negador do holocausto, processou a Editora Penguin e Deborah Lipstadt, sob a alegação de que ele havia sido difamado no livro *Denying the Holocaust: The Growing Assault on Truth and Memory*, de autoria de Lipstadt. Ela referiu-se a ele como anti-semita, um partidário de Hitler, um falso historiador. O próprio Irvine subiu à tribuna para defender-se. O juiz, em um julgamento devastador (os autos atingiram 300 páginas!), afirmou que Lipstadt estava certa — e que Irvine era mesmo tudo aquilo.

Cinco países europeus — a Bélgica, a Alemanha, a França, a Espanha e a Suíça — adotaram diferentes modelos de legislação, mas, na essência, todos consideram crime a banalização ou a negação dos fatos históricos do holocausto ou a justificação do genocídio nacional-socialista. Na Alemanha, a ofensa criada equivale àquela que critica a dignidade do morto. A lei francesa, conhecida como lei Gaysott, foi aprovada em 1990, depois de uma onda de anti-semitismo e profanações, além da pintura de suásticas em cemitérios judeus. O questionamento público da existência de crimes julgados em Nuremberg foi considerado ofensa. Essa ofensa foi incluída num amplo estatuto, que tornou ilegal o racismo, o anti-semitismo ou atos xenófobos.

(...), as preocupações de que essas leis interferem seriamente com a liberdade de pensamento e de opinião deram trabalho aos promotores das liberdades civis e aos tribunais na Europa. Entretanto, foram essas leis mantidas pelos tribunais. Em 1987, o líder da Frente Nacional, do partido de extrema-direita na França, Jean Marie Le Pen, foi multado por declarar numa entrevista de rádio que o assassinato de judeus em câmaras de gás foi *'um point de detail'* (um mero detalhe). O historiador revisionista Robert Faurisson, numa entrevista para uma revista francesa, criticou a lei Gaysott, considerando-a ameaçadora da liberdade de expressão; e ele foi além, ao declarar que tinha uma convicção pessoal de que a exterminação de judeus em câmaras de gás jamais existiu nos campos de concentração. Com base nessa última afirmação, ele foi condenado e multado pelo Tribunal de Grande Instância de Paris (TGI), em 1991. Ele depois interpôs recurso para o Comitê de Direitos Humanos, com base na Convenção de Direitos Políticos e Civis, que vinha sendo discutida, sob a alegação de que sua condenação era uma violação à garantia da liberdade de expressão, expressa no artigo 19 da Convenção.

O Comitê de Direitos Humanos manteve a condenação, considerando-a uma interferência justificável ao direito de liberdade de expressão, expresso no artigo 19 da Convenção. O Comitê foi persuadido pelos argumentos do governo francês, no sentido de que a negação do holocausto é o principal veículo do anti-semitismo na França. O então membro dos E.U.A. no Comitê, Sr. Tom Burgenthal, como sobrevivente dos campos de concentração de Auschwitz e Sachsenhausen, absteve-se.

A questão da negação do holocausto foi também julgada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (...). Um grande número de recursos contra as leis de negação ao holocausto foi enfrentado e negado pela Corte Européia. Atualmente, negar que o holocausto tenha existido pode levar, em alguns países na Europa, a uma condenação criminal, e, diante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, não haverá proteção ao direito da liberdade de expressão.» (Boyle, *Hate Speech, cit.*, p. 497-499)

Poder-se-ia ainda indagar, como o fez o Ministro Sepúlveda Pertence, se o livro poderia ser instrumento de um crime, cujo verbo central é «incitar».

Que, em tese, é possível o livro ser instrumento de crime de discriminação racial, não parece haver dúvida. As decisões de Cortes européias a propósito da criminalização do «Holocaust Denial» confirmam-no de forma inequívoca (Cf. Boyle, *Hate Speech, cit.*, p. 498). É certo, outrossim, que a história confirma o efeito deletério que o discurso de intolerância pode produzir, valendo-se dos mais diversos meios ou instrumentos.

É verdade, ainda que a resposta possa ser positiva, como no caso parece ser, que a tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo, há de se fazer com base em um juízo de proporcionalidade. O próprio caráter aberto — diria inevitavelmente aberto — da definição do tipo, na espécie, e a tensão dialética que se coloca em face da liberdade de expressão impõem a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Que a liberdade de expressão há de ter limites lembra-nos constantemente a própria jurisprudência americana, fortemente refratária à idéia de restrição a esse direito. É de Oliver Holmes (Schenck v. United States — 249 US 47, 1919) a expressão segundo a qual não haveria nenhuma boa razão para tutelar a expressão do insensato que grita 'Fogo!' em um teatro abarrotado de público. (Pablo Salvador Coderch, *El Derecho de la Libertad*, Madrid, 1993, p. 12, nota de rodapé, nº 3). Ressalte-se que essa referência é considerada como elemento basilar da doutrina do dano claro e iminente (*present and clear danger*), (Coderch, *El Derecho de la Libertad,* cit., p. 12), segundo a qual os governos não podem proibir as incitações à violação da lei ou ao uso da violência, exceto quando essa incitação esteja voltada a produzir uma ação eminentemente ilegal e que seja provável que tal ação se realize (Coderch, *El Derecho de la Libertad,* cit., p. 38).

É verdade que, como se sabe, essa concepção está associada à idéia de neutralidade do Estado em face do conteúdo do discurso (Coderch, *El Derecho de la Libertad,* cit., p. 37).

A questão assume uma outra conotação em outros sistemas, como o europeu, em razão de fatores culturais diversos e da devida e específica proteção à dignidade humana.

Assim, a colisão de direitos fundamentais há de ser solvida caso a caso, mediante a utilização do princípio da proporcionalidade. Foi o que fiz no caso concreto, para concluir que, na hipótese dos autos, prevalece a posição do Estado no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1°, III, CF) e do pluralismo político (art. 1°, V, CF), o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, que rege o Brasil nas suas relações internacionais (art. 4°, VIII), e a norma constitucional que estabelece ser o racismo um crime imprescritível (art. 5°, XLII).

A propósito, tal como mencionei no meu voto, a própria Corte Européia de Direitos Humanos, ao julgar o caso Lehideux e Isorni *versus* França (55/1997/839/1045), ECHR, 23 set. 98, aplicou o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um confronto entre o art. 10 (liberdade de expressão) e o art. 17 (proibição de abuso de direito) da Convenção para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Nesse caso, Jacques Isorni, que foi advogado do Marechal Pétain, e Marie-François Lehideux, foram condenados penalmente pelo judiciário francês, por «apologia aos crimes de guerra, ou de crimes e delitos de colaboração», depois da publicação de um encarte publicitário no jornal *Le Monde*, em 13 de julho de 1984, apresentando como «salutares» certos atos de Philippe Pétain. A Corte Européia considerou que a jurisdição francesa violou o artigo 10 da Convenção Européia, prevalecendo, nesse caso, a liberdade de expressão.

A Corte entendeu que não parecia que os requerentes tivessem tido a intenção de negar ou rever o que eles mesmos consideraram «atrocidades» ou «perseguições nazistas» ou ainda as «toda poderosas forças alemãs e sua barbárie», e que as únicas palavras a serem incriminadas no texto seriam aquelas de duas associações legalmente constituídas com o propósito de promover a reabilitação de Philippe Pétain.

Os requerentes teriam feito menos o elogio a uma política e mais uma apologia de um homem, e isto de uma maneira que a Corte de apelação reconheceu pertinência e legitimidade. Por isso entendeu a Corte não haver lugar para a aplicação do artigo 17.

Há outro caso interessante julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Trata-se do caso *Jersild versus Dinamarca* (setembro de 1994). O jornal dinamarquês *Information* publicou em sua revista dominical, em 31 de maio de 1985, artigo do jornalista M. Jens Olaf Jersild, sobre as atitudes racistas de membros de um grupo de jovens, chamados «camisas-verdes». Posteriormente à publicação do artigo os redatores decidiram produzir um documentário sobre os «camisas-verdes», transmitido por canal de televisão, de propriedade do mesmo grupo da revista. Durante a entrevista, alguns membros do grupo exprimiram-se de maneira injuriosa e desrespeitosa em relação aos imigrantes que integram diferentes grupos étnicos estabelecidos na Dinamarca.

A Corte, nesse caso, acolheu o recurso interposto por Jersild por considerar que, em seu conjunto, a reportagem não era orientada à propagação de idéias e opiniões racistas. Considerou-se que condenar um jornalista por haver participado na difusão de declarações emanadas de terceiros, por meio de uma entrevista, acabaria por inibir gravemente a contribuição da imprensa às discussões sobre os problemas de interesse geral. Concluiu-se pela prevalência, na espécie, do art. 10 (liberdade de expressão) sobre o art. 17 (proibição do abuso de direito) da Convenção.

Ao contrário, em decisão proferida em 24 de junho deste ano, a Corte decidiu pela prevalência do art. 17 da Convenção Européia. Tratava-se da condenação do filósofo e escritor Roger Garaudy, pela contestação de crimes contra a humanidade, em obra revisionista publicada na França, intitulada *Les mythes fondateurs de la politique israélienne*.

A Corte Européia de Direitos Humanos (ECHR) negou provimento ao recurso apresentado pelo impetrante, Roger Garaudy, que havia sido condenado nas instâncias inferiores (*a quo*).

Garaudy interpôs o recurso à ECHR alegando violação do artigo 10 da Convenção, sobre a liberdade de expressão. A Corte considerou que a justificação de uma política pró-nazista não poderia ser beneficiada pela proteção do artigo 10 da Convenção e que o artigo 17 da mesma Convenção — proibição do abuso de direito — deveria prevalecer sobre o artigo 10, em casos de negação ou revisão de fatos históricos claramente reconhecidos, como é o caso do holocausto.

A Corte referiu-se ao artigo 17 da Convenção pelo fato de o caso versar sobre a contestação de crimes contra a humanidade. Em seu livro, Garaudy questionou a realidade, a amplitude e a gravidade de fatos históricos relativos à 2ª Guerra Mundial claramente reconhecidos, tais como a perseguição de judeus pelo regime nazista, o holocausto e o processo de Nuremberg.

Entendeu a Corte Européia que a contestação de crimes contra a humanidade é uma das formas mais graves de difamação racial contra judeus e de incitação ao ódio. Considerou ainda que a negação ou a revisão de fatos históricos desse tipo coloca em questão os próprios valores em que se baseia a luta contra o racismo e o anti-semitismo e que são passíveis de perturbar gravemente a ordem pública. Assim, a Corte considerou tais atos incompatíveis com a democracia e os direitos humanos e entendeu que o requerente incidiu, incontestavelmente, em abuso de direito, tal como previsto no artigo 17 da Convenção.

Concluiu-se, portanto, que a maior parte da publicação tem um caráter revisionista marcante, que vai de encontro aos valores fundamentais expressos no preâmbulo da Convenção, a saber, a justiça e a paz.

Estimou ainda a Corte que o requerente tentou desviar o artigo 10 da Convenção de sua vocação, utilizando seu direito à liberdade de expressão para fins contrários ao texto e ao espírito da Convenção. Sua tese, caso admitida, contribuiria para a destruição de direitos e liberdades garantidos pela Convenção. Por isso, em virtude das disposições do artigo 17 da Convenção, considerou a Corte que o requerente não poderia valer-se das disposições do artigo 10 da mesma Convenção, no que se refere aos elementos relevantes da condenação de crimes contra a humanidade.

Também outras Cortes Constitucionais têm enfrentado colisões de direito como a presente.

Tal como aponta Göran Rollnert Liern:

> «A STC 176/1995 voltou a pronunciar-se sobre a questão partindo igualmente de uma interpretação ampla da liberdade de expressão do pensamento – 'liberdade de pensamento ou ideológica, liberdade de expressão ou de opinião', diz a própria sentença – relativizando qualquer discussão sobre fatos históricos:

'É evidente que, para assegurar a liberdade de opinião, cabe o que quer que seja, por mais equivocado ou perigoso que possa parecer ao leitor, inclusive aquilo que ataca o próprio sistema democrático. A Constituição – foi dito – protege também a quem a nega. Em conseqüência, não se trata aqui de se discutir a realidade de fatos históricos, como o holocausto. A liberdade de expressão compreende a de errar e outra atitude a respeito entra no terreno do dogmatismo, incorrendo no defeito que se combate, com mentalidade totalitária. A afirmação da verdade absoluta, conceitualmente distinta da veracidade como exigência da informação, é a tentação permanente dos que anseiam a censura prévia, daquela que haverá ocasião de se falar mais abaixo. Nosso juízo há de ser, a todo momento, alheio a acertos ou desacertos na proposição dos temas ou à maior ou menor exatidão das soluções propugnadas, desprovidas de qualquer possibilidade de certeza absoluta ou de assentamento unânime por sua própria natureza, sem formular em nenhum caso um juízo de valor sobre questões intrinsecamente discutíveis, nem compartilhar ou discordar de opiniões em um contexto polêmico'.

Não obstante, também neste caso esta concepção inicialmente ampla do âmbito da liberdade ideológica como compreensiva das manifestações hostis ao próprio regime democrático, sobressaiu-se posteriormente em virtude da mesma operação intelectual efetuada na Sentença 214/1991: na medida em que o Tribunal considera que a finalidade global da obra é humilhar e ofender o povo judeu — por haver na obra latente conceito pejorativo da etnia judia —, as manifestações efetuadas pelos autores são consideradas conseqüência de 'uma atitude racista contrária ao conjunto de valores protegidos constitucionalmente' e, enquanto tal, incitações diretas ou subliminares, segundo os casos, à violência ou ao ódio racial, em franca contradição com a proibição contida no artigo 20.2 do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos. Conclui o juiz constitucional que 'a apologia dos verdugos, glorificando sua imagem e justificando seus feitos, por conta da humilhação de suas vítimas não cabe na liberdade de expressão como valor fundamental do sistema democrático que proclama nossa Constituição. Uma utilização dela que negue a dignidade humana, núcleo irredutível do direito à honra em nossos dias, situa-se por si mesmo fora da proteção constitucional'(SSTC 170/1994 e 76/1995)'.» (*La libertad ideológica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1980-2001)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y debates, 2002, p. 353-354).

Ainda sobre decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional espanhol, ressalta Pablo Salvador Coderch, a propósito da Sentença 214/1999 [proferida pelo Tribunal Espanhol]:

«se encarrega de recordar que, na cultura européia da liberdade de expressão, não rege o princípio de neutralidade do (direito do) Estado ante quaisquer conteúdos imagináveis de um discurso:

'Nem a liberdade ideológica (art. 16 CE), nem a liberdade de expressão (art. 20.1 CE) compreende o direito a efetuar manifestações, expressões ou campanhas de caráter racista ou xenófobo, uma vez que, de acordo com o disposto no art.20.4, não existem direitos ilimitados e ele é contrário não só

ao direito à honra da pessoa ou pessoas afetadas, mas também a outros bens constitucionais como o da dignidade humana (art. 10 CE) (...) A dignidade (...) não admite discriminação alguma por razão de nascimento, raça ou sexo, opiniões ou crenças. O ódio e o desprezo a todo um povo e a uma etnia (a qualquer povo, a qualquer etnia) são incompatíveis com o respeito à dignidade humana.(...)'.

'O direito à honra dos membros de um povo ou etnia (...) resulta (...) lesionado quando se ofende e despreza genericamente a todo um povo ou raça, qualquer que seja. Por ele as expressões (...) proferidas pelo demandado também desconhecem a efetiva vigência dos valores superiores do ordenamento, em concreto, a do valor da igualdade consagrado no art.1.1 da Constituição em relação ao artigo 14 da mesma' [Decisão da Corte Espanhola, de 11.11.1991. BOE 301, 17.12.91. Relator: Vicente Gimerio Sendra. 1ª. sala. Violeta Friedman contra STS, Sala 1ª., de 05.12.1989].

Para o Tribunal, a conjugação de ambos os princípios leva a uma conclusão que se aplica a todos os habitantes do país o mais antigo dever do Estado,o de garantir a convivência em paz:

'Em um Estado como o espanhol, social, democrático e de direito, os integrantes daquelas coletividades têm o direito a conviver pacificamente e a ser plenamente respeitados pelos demais membros da comunidade social'.» (Coderch, Pablo Salvador. *El derecho de la libertad.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 37-38).

Portanto, estou convencido de que uma compreensão dos direitos fundamentais que não se assente apenas em uma concepção liberal certamente não pode dar guarida, no âmbito do direito à liberdade expressão, a manifestações anti-semitas tão intensas como as que ressaem dos autos. Estou certo, outrossim, de que o indeferimento do *habeas corpus* na espécie é fundamental para a afirmação de uma concepção de exercício dos direitos fundamentais no contexto de sociedades democráticas, que se não compatibiliza com a prática de intolerância militante e com ataques à dignidade de grupos ou etnias.

São essas as razões que adiciono às já esposadas anteriormente, no sentido de se indeferir a ordem de *habeas corpus.*

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Sr. Presidente, gostaria de fazer algumas considerações, na linha da complementação feita pelos Ministros Celso de Mello, Carlos Velloso e Gilmar Mendes. Por isso, me faço três perguntas: a liberdade de expressão é abstrata ou deve ser contextualizada? Não estará ela vinculada à produção robusta do debate público? Enfim, por que a liberdade de expressão é fundamental no Estado democrático? — Já ouvimos várias vezes isto aqui. Creio que as respostas, Sr. Presidente, estão no próprio processo democrático.

Sabe-se, evidentemente, que a democracia se expressa pelo princípio da maioria, com necessário respeito às minorias.

Na democracia, a formação da vontade da maioria passa pelo debate livre e transparente. Tenho, por isso — por causa do debate, o fundamento do processo democrático —, como certo, que a liberdade de expressão é pressuposto e instrumento para a produção do debate democrático; o seu exercício veicula as opiniões sobre os temas que aguçam a sociedade democrática. Ao lado também, como instrumento, aparece a liberdade de associação. Visa assegurar a realização dessas opiniões expressadas. Surgem, por isso, as associações, as ONGs, os partidos políticos etc.

O debate ou a discussão no processo democrático leva ao compromisso no qual se dá rendição de vontades antagônicas. Esta é a grande característica do processo democrático. Não é a imposição de uma determinada vontade político-partidária, mas a produção no seio, como conseqüência do debate — exatamente do compromisso —, característica pragmática da democracia, onde há, seguramente, a rendição dessas vontades antagônicas.

A questão, portanto, é esta: as opiniões que pretendem produzir o ódio racial contra judeus, contra negros, contra homossexuais, devem, ou não, ser tratadas de forma diferente daquelas opiniões que causam ordinariamente a ofensa ou a raiva? Por óbvio, o ódio racial causa lesão ao objetivo de uma política de igualdade, que é uma política democrática. A igualdade, portanto, é precondição para a democracia e o objetivo da liberdade de opinião. As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam idéias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo seguramente é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas antiigualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o lócus da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; a miopia do fundamentalismo histórico conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul viu bem, porque lá estava, porque lá conhece, lá sabe do que se trata e, aliás, é o lócus para isso, em grau de apelação; não, aqui, em grau de *habeas corpus*. O Tribunal de Justiça viu, com correção, o objetivo do paciente: produzir o ódio, o preconceito, o retorno às bandeiras que o Século XX hasteou. A história sabe onde vai bater o fundamentalismo com ela descompromissado. A decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não impõe opiniões; assegura a vigência do princípio da igualdade contra ideais não igualitários.

Citou-se aqui, ouvimos atentamente, Stuart Mill, que discorria sobre opiniões que visam instruir o debate e não aquelas que pretendiam produzir o extermínio e o ódio e destruir o debate. Ele era um liberal, um espécime na história do seu tempo. Não canonizou nenhum dogmatismo, não era um ingênuo.

No caso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande examinou a prova e concluiu que os livros foram o instrumento do ativismo racista do paciente. Não como pesquisa científi-

ca ou exercício descomprometido de ideologia, ativismo seguramente antijudaico, racista — o que a Constituição baniu; e foi isso que a Constituição baniu.

No debate da Constituinte, registrado nos anais, falava-se no negro, mas estavam lá os judeus, estavam lá os homossexuais e tivemos a oportunidade de discutir isso. O Ministro Maurício Corrêa lembra que circularam dentro da Assembléia Constituinte todas aquelas minorias que poderiam ser objeto do racismo. Nunca se pretendeu, com o debate, restringir ao negro. Não há necessidade de trazer esse debate, porque a Assembléia Constituinte não vai restringir, no texto, ao negro, mas vai deixar em aberto para o exercício futuro de virtuais racismos não conhecidos no momento de 88 e que possam ser conhecidos num momento do ano 2000.

Ora, Sr. Presidente, defende-se o direito de ter opinião quando o objetivo é o debate e não o ativismo para a produção do ódio; ativismo que pretende negar, ao fim e ao cabo, que todos nós somos filhos de Abraão. Seja porque uns levam consigo o Corão, seja porque outros crêem nas escrituras, seja porque, por milênios, os judeus carregaram o Torá. A nossa decisão é uma sinalização, como disse o Ministro Gilmar Mendes, leva à sociedade a mensagem de que este Tribunal rechaça o ódio racial e o ativismo racista; não aceita o uso da liberdade de expressão para viabilizar o ódio e o racismo.

Neste caso, Sr. Presidente, a queima do «Radstach» emerge do discurso da liberdade de opção. Esta é uma função da Corte, Sr. Presidente, e creio que, aqui, não se examinam fatos. Estes foram examinados no Rio Grande, com a competência daquele Tribunal, sabendo do que se tratava e do que estava enfrentando, na origem do interior do Rio Grande, nas proximidades da minha Santa Maria.

Portanto, Sr. Presidente, na linha dos votos e da complementação feita, convictamente entendendo que este Tribunal está no exercício de saber do que se trata e contextualiza a liberdade de opinião, para que ela não seja o apanágio de qualquer desgraça que o futuro possa trazer no retorno de bandeiras que o Século XX desonrou.

Confirmo meu voto, negando o *habeas corpus*.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, começo por fazer um elogio ao voto do Ministro Marco Aurélio, assim como fiz a todos os eminentes Ministros desta Casa que se debruçaram sobre este caso. Fizeram-no com responsabilidade, com desvelo e com profundidade analítica. Todos, sem exceção. O Ministro Marco Aurélio, que proferiu voto hoje, também produziu uma obra alentada, de muita pesquisa, reflexão e discernimento. Entretanto, quero fazer uma distinção entre os nossos dois votos.

Em meu voto, considero racismo um substantivo feminino usado pela Constituição, suficientemente lato para alcançar duas realidades: a dos negros e a daqueles povos, como os judeus, que se personalizaram, ganharam, por fatores histórico-culturais, uma identidade. Os judeus, como os ciganos, como os índios, como os armênios, como os escoceses, têm, sem dúvida, um perfil histórico inconfundível com o de qualquer outro povo. Então, para mim, e à luz da Constituição, os judeus podem, sim, ser vítimas de racismo, aplicando-se, então, ao eventual racista — criminoso, portanto, pois racismo é crime —, a cláusula da imprescritibilidade com que a Constituição procurou inibir mais

rigorosamente a prática desse crime. Parece-me que, no voto do eminente Ministro Marco Aurélio, o substantivo racismo fica limitado a uma adscrição à realidade dos negros. Parece-me que foi isso. Então, amplio o conceito de racismo para alcançar, também, no caso, a realidade dos judeus. Todavia, lendo o livro do paciente, da primeira à última edição, e lendo outros livros mencionados na denúncia, cheguei à conclusão de que não houve racismo, não houve preconceito.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Excelência, em sede de *habeas corpus*?

Em sede de *habeas corpus*, V. Exa. examina a prova analisada pelo Tribunal do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quanto à prova, não; colhi os elementos de meu raciocínio da própria denúncia, dos próprios autos. Não carreei para os autos nenhum documento novo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Então, quanto ao entendimento do Tribunal do Rio Grande do Sul no sentido de que a prova conduzia à prática do racismo, V. Exa. o afasta, em sede de *habeas corpus*, na leitura da denúncia.

Isso é o que quero registrar.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Tudo começou com a denúncia. Aliás, denúncia julgada improcedente pelo juízo monocrático, pelo juiz de primeiro grau, com o apoio do Ministério Público. O Ministério Público, ao final, pediu a absolvição do paciente e nem recorreu da sentença condenatória.

Estava dizendo, Sr. Presidente, que preconceito é discriminar, mas discriminar negativamente. É considerar alguém subgente, sub-raça, inferior. Não pode haver outro conceito jurídico de preconceito senão este: preconceito é inocular em um terceiro a pecha de inferior, como se o terceiro padecesse de um congênito déficit de dignidade ou de cidadania.

Os livros em causa não dizem que os judeus são uma sub-raça ou subgente ou subpovo, absolutamente. Mesmo os livros editados pelo paciente, basta ver o título desses livros: *O judeu internacional*, *Os judeus, os conquistadores do mundo*; estes livros denunciam os judeus, não por eles, judeus, mas sob a influência do sionismo, tido pelo autor e pelos seus editados como um movimento ideológico fundamentalista, radical, sectário. Os judeus aspiram à conquista do mundo, por se considerarem o povo eleito de Deus, no plano religioso, e um povo vocacionado para o domínio político do mundo por fórmulas heterodoxas de domínio do mercado financeiro e da imprensa mundial. Ora, isso não é preconceitualizar. Isso é dizer o contrário. Não concordo com este livro. Já o disse várias vezes. Este livro não me convenceu, nenhum livro me convenceu. Agora, o paciente tinha o direito de tentar me convencer; é evidente que ele o tinha. Liberdade de expressão é isso. Não falei da liberdade de expressão pura e simplesmente. Disse que a liberdade de expressão foi manejada pelo paciente para cimentar uma convicção política.

Se eu estiver errado, peço que V. Exas. me corrijam, mas, até agora, não ouvi nenhum Ministro se referir ao art. 5°, inciso VIII, da Constituição. A Constituição aduz, neste emblemático inciso:

«Art. 5º (...)

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (...)»

E por que estou a dizer que ele laborou no campo da convicção política? Porque seu livro, como os outros editados por ele, todos cuidam de macro-relações jurídicas, travadas entre povos soberanos, governos soberanos e Estados soberanos. Este é o lócus, não há outro para a manifestação de convicção política. Não há outro.

O Sr Ministro Nelson Jobim: Qual foi o uso que ele deu aos livros em Santa Cruz?

V. Exa., que examinou a prova, observou o que está nos autos. As coisas começaram em Santa Cruz, ou não?

O que ele fez com os livros?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vamos citar um dos livros. Ele editou livros e o fez no uso da sua liberdade.

O Sr Ministro Nelson Jobim: O quê fez com os livros?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Editou-os.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: E o quê mais?

V. Exa. não leu a prova, desculpe.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não se trata disso. Ninguém mais leu estes autos do que eu. Quem leu mais estes autos empatou comigo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Destes autos não consta o juízo do tribunal que era a base, exatamente, do uso feito pelos livros?

A destinação dos livros era disseminar o anti-semitismo e o racismo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Lerei um dos livros para que V. Exa. veja que não é assim.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não são livros, mas, sim, condutas.

E as condutas estão na prova dos autos do Tribunal do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não há condutas. Há livros.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não.

Ele não fez nada?

Não fez discursos nas ruas de Santa Cruz?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso não consta da denúncia.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Evidente que não consta, pois V. Exa. não pode examinar isso.

Quem tem de examinar é o Tribunal do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Tribunal do Rio Grande do Sul não examinou condutas.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Como não examinou?

Verifique os autos, os fatos, as conseqüências.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Excelência, o Tribunal do Rio Grande se louvou — como não poderia deixar de ser — na denúncia do Ministério Público.

O Sr Ministro Nelson Jobim: Não, na prova produzida em relação ao que se fez.

As condutas havidas.

Quem lá viveu sabe o que aconteceu.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Prova que não está nos autos do *habeas corpus*.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quem fez a denúncia se retratou e pediu a absolvição do réu, depois de colher as provas documentais, as provas materiais, as testemunhas, o depoimento do autor.

O eminente Ministro Celso de Mello se referiu a uma decisão recente da Suprema Corte. Esta decisão não é novidadeira, em termos de Direito brasileiro, porque está exatamente de acordo com a Lei nº 9.459, de 13-5-97, que profliga, criminaliza a propaganda do nazismo, manifestada por emblemas, dísticos, signos que propagandêem a cruz suástica. Então, aí, sim, se isso ocorrer, é evidente que é crime e a lei não é inconstitucional por isso. Trata-se da Lei nº 9.549, de 13-5-97. O Ministro se refere a uma citação que não é do autor, mas, sim, de Louis Marschalko. Ele é húngaro, mas esse autor magiar também diz o seguinte... — é preciso verificar o contexto.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Ao fazer referência a diversos fragmentos e a trechos constantes dos livros objeto da denúncia, fui muito claro ao salientar que algumas dessas publicações eram de autoria do próprio paciente, e outras, não.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito. É verdade.

O Sr. Ministro Celso de Mello: E mais, a leitura do acórdão — **tenho-o em mãos** — do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresenta, na verdade, um exame exaustivo dos livros, com transcrições não apenas de trechos deles constantes — **infamantes** e **caracterizadores** de ofensa racial —, mas, mais do que isso, o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, **após** detida análise das referidas publicações, **esclareceu** que o ora paciente fez veicular, **em tais obras**, idéias antijudaicas, de cunho nitidamente racista.

Não posso ignorar, Senhor Presidente, **consideradas** tais publicações, **uma realidade** que se me afigura bastante clara, **insuscetível** de amparar, sob a égide da liberdade de expressão, **o uso criminoso** do livro.

O livro — **enquanto instrumento de disseminação do ódio racial e de concretização de práticas criminosas**, profundamente ofensivas a valores **que informam** os próprios fundamentos sobre os quais se estrutura a República democrática — **degrada-se** em sua condição de santuário constitucional das idéias e da livre expressão do pensamento, **para converter-se**, quando **ilicitamente** utilizado com propósitos desviantes, num meio subalterno, ilegítimo e desprezível **de transgressão e de dessacralização** dos princípios mais elevados e nobres **que exaltam** a essencial dignidade da pessoa humana (*CF*, art. 1º, III) **e que justificam**, bem por isso, o veto de permanente hostilidade a **qualquer** forma de preconceito e de discriminação (*CF*, art. 3º, IV).

De outro lado, Senhor Presidente, a alegação do ora paciente, quando do seu interrogatório judicial, de que pretende «*levar avante um ideal*», movido por razões ideológicas, em nada pode beneficiá-lo, **pois** — como procurei demonstrar em meu voto —

ideais criminosos, como os de que se acha impregnado Siegfried Ellwanger, **não encontram** apoio em nosso ordenamento positivo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Há prova de que ele é um político; transitou por área política. Sou um ideólogo, quero levar avante um ideal, disse ele. Isso confirma o propósito político-ideológico.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Nada.

Ele quer matar judeu.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Britto, tanto é verdade que ele aceitou o que foi colhido, no Rio Grande do Sul, como prova: o *habeas corpus* não cuida de qualquer violação ao direito de expressão; não se trata disso.

Aqui, o Ministro Sepúlveda Pertence, pela primeira vez, *en passant*, mencionou violação possível a esse instituto; nem chegou a afirmar, categoricamente, que havia caracterizado esse tipo de ofensa. Apenas sinalizou que poderia haver. Daí começou-se a discutir o tema também sob esse enfoque. O *habeas corpus* não trata, em nenhum momento, dessa questão de violação ao direito de expressão. Tenho que é apropriado, nesta sede, tratar da matéria, porque o *habeas corpus* tem um universo muito grande, tanto mais que V. Exa., ao final, concede a ordem *ex officio*.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Exatamente. Para evitar consumação de um mal maior. Por isso, citei Camões e o Ministro Nelson Jobim reagiu — uma brincadeira, certo, de bom gosto, não foi de mau gosto —, dizendo que Camões não entendia de processo.

Camões disse o seguinte:

«Cessa tudo que a antiga musa canta, que outro valor mais alto se alevanta.»

Então o *habeas corpus* pode ser conferido de ofício sempre que necessário evitar a consumação de um mal maior, uma nulidade absoluta, quando a questão é de ordem pública, evidentemente. O mesmo Marschalko, eminente Ministro...

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Já que V. Exa. citou Camões, vou trazê-lo de volta:

«Um fraco rei faz fraca a forte gente.»

O Sr. Ministro Carlos Britto: Isso ele fez numa linha maquiavélica, certamente muito mal inspirado. Nessa passagem, sim.

Louis Marschalko disse:

«Tampouco nós somos anti-semitas, ou seja, não somos anti-semitas no sentido religioso da palavra, pois somos suficientemente liberais para respeitar todas as religiões.»

E mais:

«Tampouco somos nós anti-semitas no significado hitlerista da palavra, isto é, em bases raciais, porque nós não ensinamos, nem aceitamos a superioridade de nenhuma raça.»

No livro de Siegfried Ellwanger, não há uma só referência ao arianismo, não há uma só propaganda do arianismo. Ele nunca defendeu o holocausto; se o defendesse, eu seria o primeiro a condená-lo. Apenas diz que holocausto maior, muito mais significati-

vo, sofreu o povo alemão com a dizimação de quase todas as suas cidades e o morticínio de quase vinte milhões de pessoas. Não concordo com isso, mas ele tinha o direito de dizer.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Louis Marschalko, eminente Ministro **Carlos Britto**, nada mais é senão um nazista desprezível, cuja obra *Os Conquistadores do Mundo — Os Verdadeiros Criminosos de Guerra* (tenho-a igualmente em mãos), também editada pelo ora paciente, revela conteúdo extremamente ofensivo, apto a estimular inaceitável ódio público ao povo judeu, como se pode inferir, dentre muitas outras, da seguinte passagem:

> «O judaísmo mundial tem de ser encarado como o único criminoso de guerra, da Segunda Guerra Mundial, porque, em primeiro lugar, ele impediu a reconciliação dos países e a possibilidade de cooperação (...).
>
> (...)
>
> Quem conhece aqueles velhos ensinamentos sobre os quais a doutrina judaica de vingança é baseada? Quem conhece o verdadeiro significado da festa do Purin? Quem já viu essa festa? Quem viu os judeus se embriagando nas suas sinagogas? Pois, embora eles, em outras épocas, fossem abstêmios, atualmente, o ofício religioso deles é o de se embriagarem.»

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas o propósito do livro foi este: mostrar que os verdadeiros responsáveis pela deflagração da guerra não foram os alemães. Eles têm essa convicção. Evidente que é uma leitura equivocada do Purin.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **O fato irrecusável**, Senhor Ministro **Carlos Britto**, é um só: a **incitação** do ódio público ao povo judeu, **além** de profundamente reprovável sob uma perspectiva ética, **traduz** comportamento delituoso (*«hate crime»*), cuja tipificação penal — como já demonstrado no curso deste julgamento — **responde** a exigências axiológicas, políticas e sociais subjacentes **à necessidade** de prevenir e de reprimir uma das formas **mais sórdidas** de expressão e de atuação individual no plano das relações humanas: o preconceito e a discriminação.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O Marschalko é um equivocado ao fazer essa interpretação malfazeja do Purin.

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Ministro Carlos Britto, fiz uma consulta biográfica desse Louis Marschalko, que é húngaro — V. Exa. disse muito bem —, mas ele é, declaradamente, nazista. Saiu da Hungria exatamente porque aquele país passou a integrar à órbita da União Soviética. Ele não concordava, absolutamente, com aquilo e emigrou para a Argentina.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Acabei de ler que ele não concorda com a tese central do nazismo, a superioridade do arianismo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Mas, com a extinção dos judeus ele concorda.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, também.

Sr. Presidente, vou fazer duas leituras: numa, Siegfried, em razões finais, diz o seguinte (fl. 27):

«O preconceito e a discriminação religiosa, racial, étnica, etc., é conduta abominável, porquanto sem foram as causas das grandes tragédias da humanidade. Por outro lado, entender que opiniões e manifestações contrárias à dominante, a ela muito desfavoráveis, implica incitação ou induzimento ao crime de preconceito e discriminação étnica, significa, também, uma posição de preconceito, mais quando aquelas vêm demonstradas em obras literárias.»

Finalmente, Sr. Presidente, o Siegfried termina sua obra dizendo, iniludível e inequivocamente, com todas as letras, o seguinte:

«Muitas das referências indicadas neste livro são contra o sionismo que, conforme o próprio Ministro Chamberlain, foi o responsável pela Segunda Guerra Mundial, através da imprensa internacional e também por pressões exercidas sobre elementos ligados ao Governo Britânico. Coisa importante: o sionismo, por ser racista, é condenado, praticamente, por todos os países do mundo. Ora, quem condena o racismo assim, tão veementemente, não pode ser racista.»

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Então V. Exa. acreditava no Chamberlain?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Não é isso.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. acabou de citar o Chamberlain.

O Sr. Minsitro Carlos Britto: Não! Ele, paciente, citando o Chamberlain.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa lendo e citando-o para justificar sua posição.

Logo, se é fundamento da sua decisão, V. Exa acredita nisso.

Senão, não seria fundamento.

Que fundamento curioso é esse!

O Sr. Ministro Carlos Britto: Que raciocínio equivocado, Excelência! Não estou afirmando absolutamente nada; estou transcrevendo um trecho.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Para fundamentar a posição assumida por V. Exa, que considera que ele não praticou crime.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se esse livro fosse racista, escancarada e protuberantemente racista, ele não estaria aqui sendo defendido como não-criminoso por três Ministros do Supremo Tribunal Federal: Marco Aurélio, Moreira Alves e eu próprio, que estou a falar.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É diverso o fundamento do voto do Ministro Moreira Alves. Ele não ingressou na análise do conteúdo ideológico da obra.

O Sr. Ministro Carlos Britto: A verdade é que o Ministro Moreira Alves concluiu, pedindo a absolvição dele, paciente.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Não! Ele declarou extinta a punibilidade, por entender descaracterizado o crime de racismo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ele admitiu a prescritibilidade; é outra coisa.

Ele não chegou a dizer, como V. Exa. fez, que não houve crime.

Ele disse que houve crime.

Ele estava examinando o pedido do autor e este chegou à tribuna, por seu advogado, dizendo que não era isso que pediu, não tinha nada a ver com isso, porque não sabia do que se tratava.

A discussão aqui trazida era a prescritibilidade.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Se, em uma Casa como esta, a mais alta Casa da Justiça brasileira, o livro suscita leitura diferenciada, quanto mais no âmago da população! Que esse livro circule! Não me convenci, o Ministro Marco Aurélio não se convenceu. Continuo tão admirador do povo judeu quanto antes.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: V. Exa. me permite só um apârte? Toda a população pensa de acordo com V. Exa.?

O Sr. Ministro Carlos Britto: A população tem o direito de fazer o seu julgamento.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Todas as pessoas do país pensam da mesma forma de V. Exa.?

O Sr. Ministro Carlos Britto: O livro está na vigésima nona edição.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Há algum risco de alguém interpretar de outro modo e, com isso, sentir-se autorizado a alimentar o ódio, e não só alimentá-lo, mas passar de uma posição de ódio a uma postura de risco à integridade das pessoas?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Entendo que não.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ah! ninguém neste país? Seria isso concebível?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É possível que alguém leia o livro e se convença.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ora, basta que seja possível; é exatamente isso que se quer evitar. Daí, a Constituição ter tomado uma atitude que o Ministro Marco Aurélio considerou, com base em alguns autores, uma medida excepcional: a da imprescritibilidade do crime. Por quê? Porque o fato é de gravidade excepcional, pois alimentaria ódio histórico cujo desdobramento chegou ao extermínio de um largo grupo humano. Não coibi-lo significaria botar em risco as pessoas no que elas têm de universal, como parte da mesma raça.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Basta ler o livro dele para que façamos uma psicanálise. Ele condena a desonestidade, a mentira, o racismo e se considera defensor da verdade e um homem de caráter.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Pela leitura, ele é o grande herói do seu tempo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Por outro lado, sou marcado positivamente e definitivamente por aquela frase de Voltaire:

> «Não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las».

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Contextualiza a palavra, contextualiza isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Contextualizando, não vi racismo. O Ministro Marco Aurélio falou do livro. Também sou muito marcado positivamente por Castro Alves, quando disse:

> «Ó bendito o que semeia
>
> Livros, livros a mancheia

e manda o povo pensar.

O livro caindo n'alma

é germe que faz a palma

é chuva que faz o mar.»

Não vi neste livro incitação ao ódio. Se visse, estaria aqui a dizer: não concedo o *habeas corpus*. Mas a minha leitura não é condenatória desse homem de 75 anos de idade, um inventor, um industrial, um escritor, que tem sua história de vida e que diz, às escancaras, da primeira página à última, que faz uma distinção entre sionismo e judaísmo. Ele não é contra o judaísmo, é contra o sionismo e tem o direito de sê-lo.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: V. Exa. conhece Siegfried Ellwanger?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Tenho mais de meia dúzia de amigos juristas do Rio Grande do Sul e consultei a todos. De há muito estou me debruçando sobre este caso...

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Todos eles de origem alemã?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não. Estou calçado. Fazendo a leitura dos fatos e das personalidades com extrema responsabilidade, o que não nego à de V. Exa., absolutamente.

Mantenho convictamente meu voto. Absolvo Siegfried Ellwnanger Castan.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Maurício Corrêa (Presidente): Fala-se que essa cláusula de imprescritibilidade que a Constituição Federal inseriu no inciso XLII do artigo 5º é uma perversidade.

Na minha opinião, não; na verdade constitui um avanço de relevo.

O fato de ser o Brasil o único país que positivou a imprescritibilidade desse tipo de delito em sua Carta Política torna-se, na verdade, uma extraordinária conquista para o mundo contemporâneo, e a decisão que ora concluímos e que examina os contornos de aplicação do inciso XLII do artigo 5º da Constituição de extrema magnitude e eminentemente emblemática para o direito comparado.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, para gosto do Ministro Nelson Jobim, vim de casa hoje disposto a usar dos privilégios de decano do Tribunal.

Primeiro, o de poder ser breve; segundo, o de votar quando a causa já está decidida, a meu ver, muito mais decidida, agora, em que tantos votos anteriores, sem confiar na Taquigrafia, resolveram reafirmar-se.

Sr. Presidente, meu voto é envergonhadamente pobre, depois da discussão tão rica a que o caso deu margem e, creio, em boa parte, por culpa minha.

No âmbito de sua fundamentação nitidamente demarcada pelo impetrante, o presente *habeas corpus* gira em torno de uma questão única: a inteligência a dar-se, a partir do art. 5º, XLII, da Constituição Federal, à locução «prática do racismo».

Assim se desenvolveu a discussão a partir da impetração, bem deduzida, e dos dois magníficos pareceres que a ela se contrapuseram: os dos professores Celso Lafer e Miguel Reale Júnior.

O eminente Relator, Ministro Moreira Alves, pôs-se na conformidade da impetração. Partiu de um conceito antropológico de raça — citando, entre outros, a definição de Albaquano, para concluir que os judeus não constituem uma raça. Logo, a discriminação contra a comunidade judaica, embora mandada incriminar como tal, como discriminação, pela Constituição, não constitui racismo e, portanto, não é imprescritível.

Dissentiram os demais, a partir do voto doutíssimo de V. Exa. e com a única exceção, hoje, do eminente Ministro Marco Aurélio, com raciocínios que têm entre si diferenças sutis, inclusive o do Ministro Carlos Britto: todos partiram de um conceito diverso; tomaram do que se chamou aqui um conceito sociocultural ou histórico-cultural de raça, até porque, enfatizou-se à exaustão, que o suposto conceito naturalístico de raça estaria desmentido pela ciência contemporânea.

Não me aventurarei, Sr. Presidente — estejam todos tranqüilos —, a repetir os argumentos que, de um lado e de outro, se contrapuseram, todos, com brilho e erudição.

Explicito apenas a minha convicção.

De um lado, a radical negação da existência de raças, já se enfatizou com precisão, esvaziaria, contra regras elementares de hermenêutica, todo o significado da norma do art. 5º, XLII, da Constituição: Celso Lafer chega a dizer que, a ser assim, a Constituição Federal teria mandado incriminar, com excepcional rigor, impondo-lhe a pena de reclusão e as notas de inafiançabilidade e imprescritibilidade, um crime impossível.

De outro lado, no entanto, com todas as vênias do eminente Ministro Marco Aurélio, opto pelo que se chamou aqui de conceito sociocultural de raça. A exemplo de Bobbio, longamente citado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes, creio que há de partir-se de um fenômeno histórico indiscutível, o **racismo**, para, então, verificar que o alvo do racismo não é necessariamente uma **raça**, como conceito antropológico, mas, sim, um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo do **racismo**. Certo, no Brasil — o voto do Ministro Carlos Britto o evidenciou com clareza exemplar — o termo **racismo**, na Constituição, é ambivalente. O seu objeto historicamente maior é claro: está na preocupação da civilização brasileira com a discriminação contra o negro, contra um preconceito de cor e, portanto, contra um preconceito que se ajustaria à noção naturalística de raça, do que partiu o voto do eminente Ministro Moreira Alves e, hoje, ganhou no ponto a adesão do Ministro Marco Aurélio.

Não deixo, Sr. Presidente — quero deixar isso muito frisado e explicitado, lamentando dissentir de V. Exa. no tópico —, de compreender a preocupação do Ministro Moreira Alves, que o levou, a meu ver, à inteligência reducionista, naturalística, de raça, para dela excluir a comunidade judaica. Creio que o voto do Ministro Moreira Alves parte aí de uma premissa de que participo: o irracionalismo da determinação constitucional de **imprescritibilidade** de determinada infração penal — que serve a frases literárias para que «nunca mais seja esquecida» —, mas que é contra todas as razões humanísticas que levaram à prescritibilidade de todos os crimes a ser um valor universal do Direito Penal, desde a revolução liberal do iluminismo.

É certo que, logo em seguida, o inciso XLIV da Constituição Federal dispõe:

«Art.5° (...)

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático;».

Mas aí, Sr. Presidente, entende-se essa nota esdrúxula de imprescritibilidade. O que não é original da Constituição brasileira. Surge em determinada constituição latino-americana, na onda de democratização posterior ao ciclo militarista dos anos 60: traduz uma pretensão — quiçá e muito provavelmente utópica — de garantir a repressão penal ao golpe de estado vitorioso, a qualquer tempo em que os seus autores sejam despojados do Poder que assaltaram. Aí, explica-se logicamente essa imprescritibilidade, pela absoluta impossibilidade de punirem-se os autores de um golpe vitorioso — e nisso a história latino-americana é rica —, enquanto estão no Poder.

Mas quem revir os crimes da Lei 7.716 e suas alterações, verá que há nela incriminações — contra as quais não teria uma palavra a dizer — que não têm, contudo, nem de longe, a grandeza e o relevo do golpe de estado vitorioso, cuja punição, quiçá utopicamente, a norma do art. 5, XLIV, pretende garantir a qualquer tempo.

Não obstante, Sr. Presidente, alinho-me à maioria para entender que o preconceito anti-semita constitui **racismo**, já na dicção do art. 5, XLII, da Constituição Federal, já na Lei 7.716 de 1989 e suas alterações.

Desde a primeira assentada deste longo julgamento, no entanto, manifestei preocupação com outra dimensão do caso, embora estranha à limitação explícita da sua fundamentação. E hoje, Sr. Presidente, quanto me penitencio dessa ampliação do raio da discussão do caso. Certo, havia V. Exa., incidentemente feito uma referência ao ponto, e o Ministro Celso de Mello, uma outra, quando pus à reflexão do Tribunal o problema das implicações do caso com tema da liberdade de expressão do pensamento.

Depois, como já previa, me adverti de algo que o tempo vai ensinando no Tribunal: só se propõe *habeas corpus* de ofício quando se está com muita confiança nos colegas, porque, senão, se chega ao resultado a que estamos chegando aqui: o «indeferimento de ofício» do *habeas corpus*; incompatível com o «valor mais alto que se levanta», porque, em matéria de *habeas corpus*, quem sabe, poderia a ordem ser deferida em outra instância (não estou me referindo a V. Exa., Ministro Carlos Britto, por causa da citação camoniana, que pouco se me dá que entenda de processo ou não: afinal de contas, como advertiu o outro dos dois maiores poetas lusitanos, Fernando Pessoa, «mais do que isso era Jesus Cristo, que não sabia nada de Finanças, nem consta que tivesse biblioteca.»)

Penitencio-me, portanto, de ter provocado esse indeferimento de ofício.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência me permite um aparte, apenas para deixá-lo com a consciência mais tranqüila?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim. V. Exa. traria, certamente, o problema.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não. É que a base para o julgamento no Juízo foi essa: a prevalência da liberdade de expressão. E consta do acórdão impugnado mediante este *habeas corpus* o exame da matéria.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sim. Vim verificar isso, depois, quando até pedi cópia das peças principais.

O Sr. Ministro Carlos Britto: V. Exa. citou, aqui, o art. 5º, inciso VIII, segundo fui informado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não traria porque, muito embora seja um espírito irrequieto, evidentemente não assumo a posição de criador desta ou daquela tese.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, não tenho, jamais tive, pretensão de criar tese alguma. Por isso, nada disse de novo neste meu voto, porque nada tenho a mais a dizer. Apenas suscitei uma questão que antes não fora suscitada neste julgamento. Nada mais que isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A carapuça entrou, Excelência?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não é carapuça, Excelência. Isso é bordoada e há de ser respondida com bordoada.

Não posso terminar este voto sem expressar os meus temores que, eles sim, me impeliram a aventar a questão: fico a pensar na Lei de Segurança Nacional do regime militar, nos seus tipos abertos, como «fazer publicamente a propaganda subversiva». Por isso a dúvida levantada por mim sobre se livros podem ser instrumentos de crimes de instigação ou induzimento.

Jovem advogado, assisti de uma daquelas cadeiras — e participei depois, da tribuna, de outros casos semelhantes — ao julgamento do *habeas corpus* em favor de Ênio Silveira, o proprietário da editora «**Civilização Brasileira**».

Daí todos os meus temores em torno da discussão sobre se um livro — eu chamaria um «livreco», (se não fora editado no interior do Rio Grande do Sul, porque aí se torna um acontecimento mundial!) — seria instrumento adequado à incitação e ao induzimento público de ódio racial. Prefiro dizer que, instrumento de incitação ou induzimento, salvo casos excepcionalíssimos, não concebo que livro possa sê-lo.

Mas a discussão convenceu-me de que um livro, pode sim, ser instrumento da **prática** do racismo. Há aqui uma página, como outras, rigorosamente antológica, do voto do Ministro Carlos Britto, a qual me permito recordar ao Tribunal (— lembre-se apenas que o tipo tem três núcleos: praticar, instigar, incitar ou induzir):

> «Pois bem, é ainda no senso comum das pessoas que o verbete «prática» assume o inequívoco sentido de fazer, agir, dizer, produzir e tudo o mais que se traduza no fato de o ser humano sair de si mesmo. Vir à tona da existência. Experienciar a vida, enfim, sem a sutileza da distinção (e aqui desfaço uma cogitação que cheguei a verbalizar na sobredita sessão plenária do dia 26 de junho transato) – sem a sutileza da distinção entre a postura abstrata e solitária do escrever e a postura concreta e social do agir, pois ambas as formas de extrapolação do puro psiquismo humano são materializações de conduta; quer dizer, tudo é comportamento, interação, empirismo existencial, trajetória de vida em recíproca interferência.»

Isto é, **prática**.

No entanto, seria essa prática materializada, substantivada, na publicação de um livro (— e faço inteira abstração à incriminação de reedição de livros absolutamente conhecidos; não cometeria à cultura gaúcha o despautério de mandar indagar se está

vivo o Presidente da velha Editora Globo de Porto Alegre, para um livro que parece um pouquinho mais grave que este, o *Mein Kampf*, o qual todos nós temos, e os que não sabemos alemão, lemos na tradução dessa Editora) — mas seria, a incriminação dela, compatível com a liberdade de expressão de pensamento?

O assunto, confesso, angustiou-me. Uma vez mais, agradeço ao Mestre Carlos Britto essa outra página absolutamente tranqüilizadora: a distinção feita por S. Exa., a demonstrar que, ao assegurar a liberdade de expressão de pensamento e vedar a censura, a Constituição não prodigalizou imunidades, salvo o que S. Exa. chamou de «as excludentes da abusividade», a manifestação de crença religiosa, convicção filosófica ou política.

Leio do seu voto:

> «41. Que a *Lex Maxima* declara e garante a liberdade de expressão, é juízo que ninguém desconfirma. Liberdade tanto para manifestar o pensamento (exteriorizá-lo, portanto) como para expor o fruto da atividade artística, intelectual, científica, ou de comunicação. Ponto pacífico. Uma coisa, porém, é a liberdadede de que desfruta **quem quer que seja para dizer o que quer que seja** (...) ou, ainda, para trazer à ribalta suas incursões pelos domínios da Arte, do Intelecto, da Ciência ou da Comunicação; outra coisa, bem diferente, é o titular dessas liberdades ficar imune a resposta por eventual agravo a terceiros, ainda que não intencionalmente cometido. Ou, pior ainda, deixar de responder pelos abusos em que vier a incorrer, deliberadamente.»

E segue nessa linha.

A liberdade de expressão, a vedação da censura, assegura o que S. Exa. o diz, com razão, um direito subjetivo que tem, no próprio instante de sua realização, o **exaurimento** do seu conteúdo.

Pronunciou-se a manifestação do pensamento, exteriorizou-se o pensamento e a opinião, exerceu-se esse direito garantido pela Constituição, vedando a censura, mas isso nada tem a ver com uma imunidade da responsabilidade civil ou penal, pelo que foi expresso ou dito, salvo, repito, expressão deliciosamente saborosa de S. Exa. —, as «excludentes da abusividade» no inciso VIII do art. 5° da Constituição.

Pois bem, a partir daí, o acórdão do Tribunal de Justiça explicitamente realça expressões do livro e enumera outros indícios da intenção de proselitismo do autor.

Ao contrário, o Ministro Carlos Britto desce à análise dos livros de autoria do paciente e, apesar de negar-lhes qualidades literárias ou, se bem entendi, força de convicção histórica, chega à conclusão de tratar-se de uma tentativa de transmitir uma versão objetiva da história diferente da dominante. Essa análise do Ministro Carlos Britto — que, na sede do *habeas corpus*, é certo, se poderia considerar heterodoxa — tem, por si, a escusa antecipada de vários dos votos que o antecederam e que também foram procurar no acórdão, ou fora dele, passagens dos livros do paciente ou — o que definitivamente afasto — editados por ele, e que traduziriam o preconceito anti-semita.

Nas circunstâncias do caso, não me animo a essa profunda análise para dissentir das conclusões extraídas da prova pelo Tribunal de Justiça. Eu o faria se se tratasse de uma decisão teratológica, de uma classificação abusiva das obras ou dos trechos realçados. Mas, é claro, não posso tachar de absurda a decisão do Tribunal de Justiça que analisa um livro do paciente como este — *Holocausto – Judeu ou Alemão?*, — no qual —, após, segundo o autor — a fotografia de um desenho de cadáveres, se lê:

«A foto acima» — leio fls. 205/206 — «tomada pelo exército norte-americano no campo de Dachau, após a libertação do mesmo, mostra os corpos de aproximadamente 160 pessoas, que foram propositadamente expostas no chão para servirem de propaganda anti-alemã, a fim de justificar ou tentar justificar um pouco o que tinham feito contra a Alemanha, deixando suas cidades em ruínas e um número incontável de civis mortos, homens, mulheres, crianças e velhos, como poderão ver em capítulo próximo.

Quem são as pessoas» — Veja-se o tom apodíctico, peremptório da afirmação — «que os norte-americanos mandaram espalhar pelo chão? No começo diziam que haviam passado pelas câmaras de gás, mas já há bastante tempo que se sabe, morriam centenas de doentes nesse campo, diariamente, após a «libertação»; pois presos haviam ateado fogo em todos os arquivos, visando assim esconder seu passado criminoso e impedindo por esse expediente que os médicos norte-americanos pudessem ministrar os medicamentos adequados aos enfermos.

Geralmente insinuava-se que se tratava de judeus mortos em câmaras de gás (...) O cardeal Faulhaber, da Alemanha, afirmou que em alguns casos foram usados cadáveres de alemães, retirados dos escombros dos bombardeios e enviados ao campo para serem cremados, a fim de atender aos interesses publicitários anti-alemães.»

Acoplados trechos como esses, de que o livro é fértil, à conclusão que o Tribunal de mérito extraiu dos autos, de um propósito de proselitismo da publicação, não posso entendê-lo como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa alguma.

Sem fechar outros caminhos — embora todos eles possam ter sido fechados pela discussão do *habeas corpus* de ofício, às avessas, em que se transformou este julgamento —, denego a ordem, com as vênias dos Ministros Moreira Alves, Carlos Britto e Marco Aurélio.

EXTRATO DA ATA

HC 82.424/RS — Relator: Ministro Moreira Alves. Relator para o acórdão: Ministro Maurício Corrêa. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o *habeas corpus*, vencidos os Ministros Moreira Alves, Relator, e Marco Aurélio, que concediam a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva do delito, e o Ministro Carlos Britto, que a concedia, *ex officio*, para absolver o paciente por falta de tipicidade de conduta. Redigirá o acórdão o Presidente, o Ministro Maurício Corrêa. Não votou o Ministro Joaquim Barbosa por suceder ao Ministro Moreira Alves, que proferira voto anteriormente.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 17 de setembro de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

HABEAS CORPUS 82.832 — DF

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Paciente: Carlos Fernandes Barbosa — Impetrante: João Costa Ribeiro Filho — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. 2. Decreto de prisão preventiva. Fundamentação. A base empírica que justificou a decretação da prisão preventiva não se sustenta. 3. Policial militar. A circunstância de o paciente ser policial militar não é suficiente para embasar a prisão cautelar. Precedente. 4. O clamor público e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a custódia. 5. *Habeas corpus* deferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 1° de julho de 2003 — Maurício Corrêa, Presidente — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Carlos Fernandes Barbosa contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu ordem de *habeas corpus* em decisão assim ementada, *verbis*:

«Criminal. *HC*. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Decreto fundamentado. Necessidade da custódia demonstrada. Ameaça à testemunha de acusação. Presença dos requisitos autorizadores. Apresentação espontânea. Irrelevância. Superveniência de sentença de pronúncia. Outro título a respaldar a custódia. Ordem denegada.

I - Não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 311 e seguintes do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante, sendo que a ameaça à testemunha pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da regular instrução do feito. Precedentes.

II - É imprópria a alegação de desnecessidade da custódia, em virtude de o paciente ter se apresentado espontaneamente perante a autoridade policial, se o encarceramento do paciente encontra respaldo em outros elementos constantes dos autos, hipótese verificada *in casu*.

III - Sobrevindo sentença de pronúncia, há outro título a respaldar a custódia do paciente.

IV - Ordem denegada.»

Alega-se que na parte final do depoimento, a irmã da vítima (do homicídio) afirmou que estava sendo ameaçada, sem, contudo, indicar quem era o autor das ameaças. Afirma-se que o processo instaurado para averiguar as ameaças foi arquivado e que a irmã da vítima foi denunciada pela prática de denunciação caluniosa.

Assevera-se ainda que o paciente socorreu a vítima, apresentou-se espontaneamente à Polícia, entregou a arma do crime, e a admitiu a autoria do disparo.

Indeferi o pedido de liminar (fl. 136).

O parecer do *Parquet* é pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator): Assim está fundamentada a decretação da prisão preventiva:

«A inicial acusatória fora devidamente recebida nesta data.

Por outro lado, a materialidade do homicídio restou demonstrada pelo Laudo de Exame Cadavérico nº 0167/02, fls. 49-51.

O denunciado, às fls. 9-10, admitiu a autoria do disparo que alvejou Leliomar Nogueira.

As testemunhas, inclusive o próprio representado, são uníssonos em afirmar que o ofendido estava fugindo e sendo perseguido pelo requerido e por Silvano.

De outro giro, as testemunhas Marcos Scalia e Márcio Ferreira, fls. 24-25 e 22-23, respectivamente, afirmaram que a vitima ainda proferiu a seguinte frase antes de ser atingida: 'pelo amor de Deus não me mate! Eu vou sair'. Mas nada adiantou, eis que o representado apontou a arma para o rosto de Leliomar e atirou.

O requerido demonstrou, *prima facie*, frieza e periculosidade, pois, segundo consta dos autos, a luta corporal fora entre Silvano e a vítima e que aquele ainda se apoderou de um facão e agrediu Leliomar, após a vítima ter obedecido a ordem do representado de deitar e ficar quieta. Ao ser agredida com as costas do facão, a vitima saiu correndo e fora perseguida pelo réu e Silvano, sendo que foram ouvidos alguns disparos, segundo as testemunhas.

Ora, fora dito que o acusado estava calmo e que quem chegou nervoso foi Silvano, e, mesmo assim, o denunciado não teve dó da vítima que implorou para não morrer.

Por outro lado, o representado é Policial Militar e habituado a portar revólver, em situações muito mais calorosas, e, por dever funcional, deveria fazer um melhor uso de arma de fogo.

Também, perfunctoriamente, vê-se que não ocorreu qualquer discussão entre vítima e o Policial Militar, e sim entre aquele e Silvano, como já dito alhures.

Impende ressaltar que o próprio requerido, às fls. 09-10, afirmou 'que não possui registro da arma usada' (fl. 10).

À fl. 39, constata-se que a arma apresentada pelo representado está registrada em seu próprio nome e que teria sido extraviada no ano de 1995, conforme Ocorrência nº 8844/95-12ª DP, de 18-12-1995.

Ora, mais de 06 (seis) anos após denunciado fez uso da arma segundo a qual havia perdido.

Como já é do conhecimento de todos nesta cidade satélite, o envolvimento de Policiais Militares com homicídios era exagerado no início dos anos noventa, mas fora restaurada a tranqüilidade decretando-se as prisões necessárias e dando-se prioridade aos julgamentos.

No final do ano de 1999, novamente tivemos que enfrentar outra onda de envolvimento de militares com mortes e de novo só podemos dar fim com a prisão dos envolvidos e com prioridade a seus julgamentos.

Agora vem o presente feito, no qual imputa-se a outro Policial Militar o assassinato de um pai de família que pedira para não morrer.

Ora, o Policial Militar é um dos encarregados de manter a ordem e a paz social, e, inclusive, recebe arma de fogo do Estado e por isso deve ter muito mais consciência de quando usá-la.

A conduta atribuída ao SD PMDF Carlos Fernandes Barbosa é bastante grave e configura, em princípio, crime de homicídio qualificado.

Também o fato de registrar o extravio de uma arma de fogo que ainda está em seu poder milita em seu desfavor, e é bastante grave, pois se o fato não fosse presenciado por várias pessoas poderia o réu até mesmo negar a autoria.

A sociedade desta Circunscrição Judiciária não mais agüenta a atitude de policiais que se arvoram no direito de decidir quem vai viver e quem vai morrer.

O Poder Judiciário tem que ser ágil e enérgico para evitar que tais condutas contaminem os demais integrantes da corporação e também para que não caia no descrédito da comunidade.

O Poder Judiciário também tem que ser esperto, para não se deixar levar por artifícios, tal como o de apresentação espontânea com o fito de evitar a prisão de uma pessoa que pratica crime grave e que, em tese, revelou periculosidade, destemor e descrédito na Justiça ao cometer o crime que lhe fora imputado, da forma descrita e na presença de várias pessoas.

O representado, mais do que o cidadão comum, sabe que o Poder Judiciário do Distrito Federal possui crédito perante a comunidade, mormente pelos vários ilícitos anteriores e que envolveram outros militares, os quais foram presos, julgados e condenados.

Assim, e só assim, é que poderemos dar um basta na violência que assola o país.

Também ficou consignados nos autos que a irmã da vítima, Lucimar Nogueira, está sendo ameaçada, conforme consta à fl. 44, parte final: 'que após a morte de seu irmão vem recebendo ameaça em sua casa'.

Até mesmo o fato de ter utilizado uma arma que teria feito Ocorrência Policial de seu extravio, bem como a sua apresentação com o fito de evitar a prisão em flagrante, demonstra o poder de articulação do representado.

A ordem pública, segundo lição de Julio Fabbrini Mirabete:

'(...) não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser regulada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa (..)' (Código de Processo Penal Interpretado. 7ª edição (2000). Ed. Atlas. Página 690).

Por fim, o próprio artigo 317, do Código de Processo Penal, dispõe que a apresentação espontânea não impede a decretação de prisão preventiva, nos casos em que a lei autoriza.

[...]

Assim, inobstante a astúcia do requerido de se apresentar para evitar sua prisão, em princípio, por crime hediondo, nada impede que sua prisão cautelar seja decretada, vez que, como já demonstrado, incidem os pressupostos e requisitos para sua custódia.

Ante o exposto, e acolhendo o pronunciamento ministerial, decreto a prisão preventiva de Carlos Fernandes Barbosa, já qualificado nestes autos, e o faço com base no artigo 312 e seguintes do Código de Processo Penal, com o fito de assegurar a ordem pública e a instrução criminal.

Expeça-se o competente Mandado de Prisão em desfavor de Carlos Fernandes Barbosa». (Fls. 149-153 e 156)

Denegada ordem de *habeas corpus* impetrada junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, propôs-se nova ação de *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça que afirmou «que a ameaça à testemunha pode ser suficiente para motivar a segregação provisória como garantia da regular instrução do feito.»

Na sentença de pronúncia do paciente, afirmou o magistrado:

«O imputado teve a sua custódia cautelar decretada e conformada pelo nosso E. TJDFT, ao apreciar *Habeas Corpus*.

As razões que fundamentaram a sua prisão cautelar ainda persistem.

Assim, recomende-se-o na prisão em que se encontra.» (Fl. 116)

O que se observa é que a decretação da prisão preventiva e as sucessivas denegações de ordem de *habeas corpus* tomaram como motivação determinante o fato de a irmã da vítima haver declarado em seu depoimento que: «após a morte do seu irmão, vem recebendo ameaças em sua casa, tendo registrado o fato na 4ª DP.» (Fl. 31)

Da análise dos documentos acostados aos autos, observa-se que a irmã da vítima, Lucimar Nogueira, declarou que recebeu três telefonemas ameaçando-a de morte. Instaurado termo circunstanciado, manifestou-se o Ministério Público pelo arquivamento dos autos sob o seguinte fundamento:

«Registrada a ocorrência, a Polícia Judiciária deixou de proceder à identificação e qualificação do autor do fato tendo em vista a manifestação da vítima, no sentido de não dar prosseguimento ao feito, consoante documento acostado às fls. 06.

A própria vítima descobriu que os telefonemas eram efetuados de telefones públicos localizados na BR-040, e SMPW, Quadra 08, Conjunto 01, sendo que, após o registro da ocorrência os telefonemas cessaram.» (Fl. 36)

O processo restou arquivado, com sentença transitada em julgado, «eis que a vítima manifestou expressamente o seu desinteresse em ver o autor processado na forma da lei». (Fl. 37)

Quanto à afirmação de que a arma do crime era extraviada, observa-se que no dia do homicídio, o paciente, apresentando-se espontaneamente à polícia, entregou «01 (um) revólver marca Rossi, cal. 38 Special, nº 899.222, cabo em talas de madeira, municiado com dois cartuchos e três cápsulas». Consoante Memorando da Divisão de Controle de Armas, Munições e Explosivos da Polícia Civil do Distrito Federal, verifica-se que, em nome do paciente, consta o revólver «marca Rossi, calibre 38, nº de série E1056611 o qual foi extraviado conforme noticia a Ocorrência Policial nº 8.844/95 — 12ª DP DE 18-12-95.» (fl. 91) Desse modo, observa-se que a arma extraviada não foi a utilizada no dia do crime, o que restou confirmado em Laudo de Exame de Confronto Balístico, juntado às fls. 290-292. Analisado o revólver marca **Rossi**, calibre 38 Special, número de série 899.299, assim concluiu a perícia:

«[...] que o exame de confronto balístico entre o projétil incriminado, descrito no item III, e os projéteis padrão obtidos da arma examinada, descrita no item II, resultou positivo, o que permite aos signatários afirmar que o projétil incriminado em questão foi expelido pelo cano que essa arma apresenta.» (Fl. 292)

Relativamente à afirmação do juiz de que o denunciado «não teve dó da vítima que implorou para não morrer» (fl. 150), trouxe o impetrante sentença proferida, em 18 de março passado, que, acolhendo manifestação do Ministério Público, determinou o arquivamento de inquérito policial, instaurado para apurar eventual prática de crime de falso testemunho por Silvano Maria Ramos e Elio Nonato Ribeiro. Destaco o seguinte excerto do pedido de arquivamento, que integrou a decisão judicial:

«O ponto fundamental, sobre o qual divergiram, diz respeito ao comportamento da vítima antes dos disparos. Teria ela rogado ao seu algoz que lhe poupasse a vida, ou, ao contrário, foi tomada de susto pelo tiro que lhe ceifou a existência terrena? Permanece a pergunta.

De qualquer modo, é evidente, pela leitura das peças dos autos, que o fato do homicídio aconteceu após terem se envolvido em profundo desentendimento verbal, o qual evoluiu para luta corporal, transformando-se em algo aparentemente intransponível por meios pacíficos, dado o estado emocional de todos os implicados, sendo que o ápice disso tudo foram os disparos de arma de fogo direcionados ao alto, ao chão e, por último, à vítima.» (Fls. 282-283)

A decisão de arquivamento transitou em julgado em 31 de março passado.

Desse modo, a base empírica que fundamentou a decretação da prisão preventiva não se sustenta, como bem demonstrado pelo advogado-impetrante.

Subsistem tão-somente as afirmações do juiz que invocam a condição de policial militar para justificar a prisão do paciente, tais como: «A sociedade desta Circunscrição Judiciária não mais agüenta a atitude de policiais que se arvoram no direito de decidir quem vai morrer e quem vai sobreviver.» (fl. 152). No entanto, a circunstância de o paciente ser um policial militar não é suficiente para justificar a prisão preventiva. Nesse sentido também a decisão proferida no HC 79.838, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 3-3-00.

Ademais, vale aqui transcrever excerto da decisão proferida por esta Segunda Turma, no HC 80.719, da relatoria do Ministro Celso de Mello, *DJ* 28-9-01:

> «[...] **O clamor público, ainda que se trate de crime hediondo, não constitui fator de legitimação da privação cautelar da liberdade.** — O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade. O clamor público — precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) — não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes. — A acusação penal por crime hediondo não justifica, só por si, a privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu. **A preservação da credibilidade das instituições e da ordem pública não consubstancia, só por si, circunstância autorizadora da prisão cautelar.** — Não se reveste de idoneidade jurídica, para efeito de justificação do ato excepcional de privação cautelar da liberdade individual, a alegação de que o réu, por dispor de privilegiada condição econômico-financeira, deveria ser mantido na prisão, em nome da credibilidade das instituições e da preservação da ordem pública.»

Nesses termos, dadas as especificidades do presente caso, fartamente comprovadas nos autos, o meu voto é no sentido de se deferir a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Senhor Presidente, acompanho o voto do Ministro Relator, sobretudo com as achegas do eminente Procurador-Geral da República.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, acompanho o voto do Relator e, também, subscrevo o que consignado pelo ministro Carlos Ayres Britto, com as advertências preconizadas por Sua Excelência, o professor Fonteles.

EXTRATO DA ATA

HC 82.832/DF — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Paciente: Carlos Fernandes Barbosa. Impetrante: João Costa Ribeiro Filho. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por decisão unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Nelson Jobim. Falaram, pelo paciente, o Dr. João da Costa Ribeiro Filho, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Presidiu o julgamento o Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 1° de julho de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

RECURSO EM HABEAS CORPUS 83.091 — DF

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Recorrente: Luiz Francisco Fernandes de Souza — Recorrido: Superior Tribunal de Justiça

Legitimidade — Queixa-crime — Calúnia — Pessoa jurídica — Sócio-gerente. **A pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, mas não de injúria e calúnia. A imputação da prática de crime a pessoa jurídica gera a legitimidade do sócio-gerente para a queixa-crime por calúnia.**

Queixa-crime — Recebimento — Especificação do crime. **O pronunciamento judicial de recebimento da queixa-crime há de conter, necessariamente, a especificação do crime.**

Ação penal privada — Indivisibilidade. **A iniciativa da vítima deve direcionar-se à condenação dos envolvidos, estendendo-se a todos os autores do crime a renúncia ao exercício do direito de queixa em relação a um deles.**

Queixa-crime — Erronia na definição do crime. **A exigência de classificação do delito na queixa-crime não obstaculiza a incidência do disposto nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.**

Queixa-crime — Atuação do Ministério Público — Narrativa — Ausência de justa causa. **O fato de o integrante do Ministério Público, em entrevista jornalística, informar o direcionamento de investigações, considerada suspeita de prática criminosa, cinge-se à narrativa de atuação em favor da sociedade, longe ficando de configurar o crime de calúnia.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas

taquigráficas, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para rejeitar a queixa-crime, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de agosto de 2003 — Marco Aurélio, Presidente e Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Superior Tribunal de Justiça indeferiu a ordem de *habeas corpus* pleiteada em favor de Luiz Francisco Fernandes de Souza, pelos fundamentos assim sintetizados:

> Processual penal. *Habeas corpus*. Crime de imprensa. Queixa crime. Decisão colegiada que admite a acusação. Pretensão de trancamento da ação. Questão de fato controvertida.
>
> — O trancamento de ação penal por falta de justa causa, postulada na via estreita do *habeas-corpus*, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos da denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente.
>
> — Se para o deslinde da questão é necessário o revolvimento da prova condensada no bojo dos autos, o tema situa-se fora do alcance do *habeas-corpus*, que não é instrumento processual próprio para se obter sentença de absolvição sumária ou desconstituição de sentença condenatória.
>
> — Não é inepta a queixa-crime que descreve circunstanciadamente fato que, em tese, configura crime de imprensa, sob a forma de entrevista veiculada pelos meios de comunicação, não sendo possível, por meio de *habeas-corpus*, de rito sumário, desconstituir uma decisão colegiada que admitiu a acusação.
>
> — *Habeas-corpus* denegado. (Folha 245)

Daí o recurso ordinário de folha 247 a 265, no qual se insiste no trancamento da ação penal ou na nulidade da decisão impugnada, porquanto não especificado o tipo penal que justificara o recebimento da queixa, inviabilizando o exercício pleno do direito de defesa. O recorrente esclarece, de plano, não haver pleiteado unicamente o trancamento da ação penal, tendo formulado pedido sucessivo em torno da declaração de nulidade do ato hostilizado. Nesse passo, reitera o argumento de ter a queixa sido recebida sem a especificação do tipo penal. Ressalta que nos «crimes contra a honra, a definição do tipo penal pelo qual o acusado vai responder é de fundamental importância, em razão das conseqüências jurídicas decorrentes da classificação criminal pela qual a queixa é recebida. Isso porque, a classificação do tipo penal, nesses casos, tem influência direta no exercício do direito de defesa do acusado, haja vista que a exceção da verdade, que constitui um dos mecanismos de defesa, somente é admissível, como regra, no crime de calúnia. No crime de difamação somente se admite a exceção da verdade se a vítima for funcionário público e a ofensa for relativa ao exercício das funções» (folhas 253 e 254). A par desse aspecto, prossegue, os argumentos jurídicos de defesa são diversos para cada um dos crimes contra a honra, especialmente nos de calúnia e difamação, «crimes que se diferenciam e se excluem conforme o fato imputado ao ofendido seja ou não tipificado como crime» (folha 254).

O recorrente, aludindo à indivisibilidade da ação penal, sustenta que a jornalista que fez a reportagem — na qual mostrado o escritório de advocacia dos irmãos do ex-Secretário-Geral da Presidência —, por ter afirmado que o «Procurador Luiz Francisco de Souza suspeita que o escritório possa ter sido usado como intermediário num possível esquema de lavagem de dinheiro», deveria ter sido incluída na queixa-crime, nos termos do artigo 48 do Código de Processo Penal. Isso não ocorrendo, teria havido «renúncia tácita em relação à jornalista, benefício que se estende ao ora paciente, a teor do disposto no art. 49 do Código de Processo Penal» (folha 256).

O fundamento atinente à inépcia da queixa-crime em relação ao querelante Marcos Jorge Caldas Pereira é renovado, articulando-se com o artigo 41 do Diploma Processual Penal, uma vez que «o dirigente de pessoa jurídica somente pode ser vítima de crime contra a honra se a ofensa for de ordem pessoal» (folha 257). Da mesma forma, persiste-se na circunstância de ser atípica a conduta quanto ao crime de difamação, na ausência de dolo, registrando-se:

> Portanto, mesmo em sede de *habeas corpus*, os tribunais, inclusive essa Corte Suprema, têm reconhecido a inexistência de *animus dolandi* em ações penais por crimes contra a honra e decretado o trancamento delas, por ausência de justa causa.
>
> No caso presente, a ausência do dolo — *animus de ofender* — resulta cristalina dos próprios fatos narrados na queixa-crime, tanto que foi reconhecida pelo Relator do processo. Logo, trata-se de um dado que merece ser considerado na apreciação do presente *habeas corpus*, pois revela a atipicidade do fato apontado como delituoso, com intensidade suficiente a ensejar a concessão da ordem (folha 265).

O recurso foi admitido por meio da decisão de folha 268 e o processo encaminhado a esta Corte.

A Procuradoria-Geral da República, no parecer de folha 279 a 287, preconiza o provimento do recurso para o trancamento da ação penal. Eis a síntese da peça:

> Recuso ordinário constitucional contra decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça que, em pleito de igual teor, manteve decisão que recebeu queixa-crime. Invocação de inobservância do princípio da indivisibilidade da ação e alegação do *animus narrandi*. Procedência. Parecer pelo provimento do recurso (folha 279).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na interposição deste recurso foram observados os pressupostos de recorribilidade que lhe são inerentes. O acórdão atacado foi veiculado no Diário de 19 de dezembro de 2002, que circulou no dia subseqüente, sexta-feira (folha 246), ocorrendo a manifestação do inconformismo em 23 imediato (folha 247). Dele conheço.

Analiso as causas de pedir da reforma do acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, na ordem em que veiculadas nas razões do ordinário de folha 248 a 265.

Da ausência de especificação do crime quando do recebimento da queixa-crime

O voto condutor do julgamento no Regional Federal, da lavra do juiz Carlos Fernando Mathias, tendo em conta haver ficado vencido o juiz relator — Jirair Aram Meguerian —, há de ser examinado como um grande todo. Impossível é dissociar o intróito, quando consigna o crime que estaria a merecer exame, considerada a queixa formalizada:

> Todavia, com relação ao *punctum dolens*, então, passa-se a centrar o exame no aspecto da difamação ou não. Essa é que me parece a questão, principal, porque daí resultará se deve a queixa ou não. (Folha 54)

Então, Sua Excelência, no voto de vogal, passou a discorrer sobre a espécie, aludindo, no corpo, novamente, à difamação, ao afirmar:

> (...) sabe-se que a difamação prevista no Código Penal e a que está na Lei de Imprensa têm suscitado discussão para saber se há legitimidade ou não, se o filho pode, por exemplo, ser querelante. (Folha 54)

Seguiu-se o voto do juiz Olindo Menezes que, após assentar que o fato a que se referia a queixa poderia ter enquadramento tanto como calúnia, quanto como difamação ou injúria, procedeu à análise sobre cada uma das figuras típicas, consignando que o réu, o querelado, defende-se dos fatos e que não seria hora de definir o enquadramento jurídico (folha 57 e 58). O voto do juiz Mário César Ribeiro (folhas 59 e 60) contém o exame dos fatos e a abordagem sob o ângulo da injúria e da difamação, tudo levando a crer que Sua Excelência também projetou para o julgamento final, procedente a imputação de crime contra a honra, a definição do enquadramento jurídico. O juiz Luciano Tolentino Amaral, ao acompanhar a divergência, calcou-se no potencial ofensivo do que assacado, sem precisar a figura típica (folha 61). Tampouco houve o esclarecimento considerado o voto do juiz Hilton Queiroz, bem como o dos juízes Carlos Eduardo Moreira Alves, I'talo Fioravante Mendes e Amilcar Machado (folha 62 a 65). Os demais votos, compondo a corrente majoritária, não se mostraram explícitos a respeito (folha 66 a 68), sendo que o da juíza Assusete Magalhães menciona que a real tipificação do crime contra a honra «é questão a ser deslindada na instrução processual» (folha 71). Indispensável era que o Colegiado, ao receber a queixa, tivesse definido a base maior para fazê-lo, o que, iniludivelmente, não ocorreu. Está-se diante de situação concreta em que não basta a narração dos fatos, com a postergação da definição do crime para a fase final. Atente-se para o instituto da exceção da verdade a ser, configurada a hipótese que a enseja, empolgado pelo querelado. Imprescindível, para tanto, porque restrito à hipótese de calúnia, relativamente ao cidadão comum, e à de calúnia e difamação, quanto ao servidor público, que se conheça previamente a imputação, a fim de viabilizar a defesa. Procede, assim, a enfocada argüição de nulidade.

Frise-se, por oportuno, que a classificação do crime é elemento inerente à denúncia ou à queixa, conforme previsto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Logo, o ato de recebimento há de ser explícito a respeito e a dificuldade em fazê-lo sinaliza sérias dúvidas sobre o enquadramento em um dos figurinos penais, impondo-se, então, pela falta de tipicidade, a rejeição da queixa.

Da indivisibilidade da ação penal

Recordo Tornaghi, mestre que tive na Faculdade Nacional de Direito:

O direito de ação é direito de pedir ao Estado que faça justiça, não que seja instrumento de vingança. Entendeu a lei que pedir a punição de uns e não de outros ofensores não seria fazer justiça, sim exercer vingança. Estabeleceu, então, a regra da indivisibilidade da ação privada (...) (trecho citado à folha 255, nas razões do recurso ordinário)

No mesmo sentido leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

A ação penal, seja pública, seja privada, é indivisível, no sentido de que abrange todos aqueles que cometeram a infração. Quanto à ação privada, há a respeito, texto expresso (CPP, art. 48). Quanto à ação penal pública, não. E isto por uma razão muito simples: se a propositura da ação penal constitui um dever, é claro que o Promotor não pode escolher contra quem deva ela ser proposta. Ela deve ser proposta em relação a todos aqueles que cometeram a infração (*nec delicta maneant impunita*). Se Tício e Caio mataram Mévio, é evidente que a ação penal deve ser promovida em relação a ambos. Aliás, analisando-se o art. 77, II, combinado com o art. 79 do CPP, infere-se que a ação penal é indivisível. (Manual de Processo Penal, 3ª edição, pág. 109).

(...)

Tão importante é esse princípio que, se o ofendido renunciar ao direito de queixa, isto é, se abdicar do direito de promover a ação penal quanto a um dos culpados, a todos se estenderá sua abdicação, conforme dispõe o art. 49 do CPP.

Concluindo: consiste o princípio da indivisibilidade em dever a ação penal ser promovida contra todos (autores e partícipes), pois o Estado concedeu ao ofendido o direito de acusar, e não direito de vingança (Manual de Processo Penal, 3ª edição, pág. 142).

Esse é também o entendimento de Carlos Frederico Coelho Nogueira:

O art. 48 do CPP traz, em sua primeira parte, o princípio da indivisibilidade da ação penal privada, aplicável tanto à ação privada propriamente dita quanto à personalíssima e à subsidiária.

À evidência, o princípio em testilha só tem razão de ser no caso de concurso de pessoas (art. 29 do Código Penal).

A lei processual penal que evitar que o titular do direito de queixa se ponha a, caprichosamente, escolher quem vai processar e quem não vai, muitas vezes por espírito de emulação, ou de antipatia, ou de vingança, ou outro igualmente indigno de respaldo legal.

Ou se oferece queixa contra todos os co-autores ou partícepes do crime ou não se oferece contra nenhum (Comentários ao Código de Processo Penal, volume 1).

Realmente, atente-se para as peculiaridades da espécie. O querelado deu entrevista a certa jornalista, pronunciando-se sobre diversos aspectos a respeito do episódio da construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Então, a jornalista, integrada a um dos principais veículos de comunicação — o conglomerado Globo —

dirigiu-se ao local onde situado o escritório em relação ao qual o querelado cogitou de suspeita do crime de lavagem de dinheiro, até então simples suspeita. Estampou o fato no jornalismo televisivo, sem mencionar, no entanto, dados maiores. Fê-lo apontando que, segundo o Ministério Público, haveria suspeita de que aquele escritório de advocacia seria utilizado para lavagem de dinheiro. Pois bem, diante do contexto, incumbia a observância do disposto no artigo 48 do Código de Processo Penal:

> Art. 48. A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade.

Vale dizer, permanecesse a matéria no âmbito do diálogo mantido entre o querelado e a jornalista não se estaria diante do presente recurso ordinário interposto nos autos de *habeas corpus*. O assunto teria ficado restrito ao conhecimento de ambos, sem o extravasamento que acabou por dar origem à queixa-crime. Logo, a jornalista Giuliana Morrone teve participação decisiva nos fatos que os querelantes apontaram como a consubstanciar ofensa a honra. Assim, incumbia a formalização da queixa-crime de forma a apanhar os envolvidos e não apenas aquele que, atuando na persecução criminal, acabou por revelar uma suspeita, a suspeita de lavagem de dinheiro e que o autor do ato tipificado poderia ter lançado mão de determinado escritório de advocacia. Tem-se, aqui, hipótese em que a queixa-crime haveria de ser deduzida não só contra aquele que dera origem ao conhecimento do fato, como, também, ao que o divulgara, tornando-o público e, portanto, levando-o à apreciação da sociedade em geral, via reportagem televisiva. Frise-se a conseqüência da verdadeira renúncia em relação a um dos autores do crime:

> Art. 49. A renúncia ao exercício do direito de queixa, em relação a um dos autores do crime, a todos se estenderá. (Código de Processo Penal).

No julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 66.237, cujo relator foi o ministro Moreira Alves, restou assentado:

> (...) Segundo a jurisprudência desta Corte, o principio da indivisibilidade da ação penal diz respeito às queixas em crimes de ação privada e não aos de ação pública, pois o Ministério Público, a qualquer tempo, pode denunciar os demais autores do crime (...)

Daí o parecer do Ministério Público Federal, pela configuração, na espécie, da indivisibilidade prevista na legislação instrumental. Também neste item, tem-se o vício apontado nas razões do ordinário, no que, ao invés de a queixa ser direcionada contra o membro do Ministério Público Federal e a jornalista, o foi apenas em relação ao primeiro.

Da inépcia da queixa-crime em relação ao querelante Marcos Jorge Caldas Pereira.

Extraio do relatório referente ao julgamento que desaguou no recebimento da queixa-crime o seguinte trecho:

> Caldas Pereira Advogados e Consultores Associados e Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira ingressam com queixa-crime contra o Dr. Luiz Francisco Fernandes de Souza, Ilmo. Procurador da República, em petição protocolizada em 17/10/2000, acusando o querelado de crime previsto no art. 21 da Lei nº 5.250/67 motivada por matéria divulgada pelo «Jornal Nacional», Rede Globo, em que a jornalista Giuliana Morrone atribui ao Ilmo Procurador a autoria da manifestação contida na

matéria em que os ora querelantes aduzem constituir grave ofensa à sua honra (folha 39).

Na espécie, as expressões tidas como ofensivas não foram endereçadas a qualquer pessoa natural. Ao contrário, fizeram-se direcionadas à pessoa jurídica, ou seja, à figura do escritório. O noticiário apontou que o procurador Luiz Francisco de Souza, querelado, suspeitaria que o escritório pudesse «ter sido usado como intermediário num esquema de lavagem de dinheiro».

Então, a jornalista consignou:

> Nessa casa, em Brasília, funciona o escritório de advocacia de dois irmãos do ex-secretário (...) (Folha 11)

Em momento algum o querelado referiu-se aos titulares do escritório, havendo mencionado, tão-somente, a suspeita, simples suspeita, da possibilidade de utilização daquele local em ato ilícito, fato que poderia estar estampado em peça visando a abertura de inquérito ou na inicial de ação penal. Mas, a circunstância de Marcos Jorge Caldas Pereira ser sócio-gerente da sociedade envolvida, merece análise sob outro ângulo. A pessoa jurídica pode ser vítima de difamação, mas não dos crimes de injúria e calúnia. O primeiro tipo sugere a existência de cunho subjetivo, enquanto no segundo há notícia da prática de crime, exigindo-se a figura de agente, de sujeito ativo, a ser alvo da persecução criminal. Esse enfoque longe fica de levar à impunidade. Sim, a ter-se que a pessoa jurídica somente é vítima — nos crimes contra a honra — de difamação, sendo ela alvo de calúnia, sem extensão aos sócios, e não se podendo proceder à substituição da figura típica com adoção da dualidade — calúnia quanto à pessoa natural e difamação relativamente à jurídica —, considerados os mesmos fatos, surgiria a impunidade que nefastos efeitos causa à vida gregária almejada. Mister, portanto, que se faça a necessária construção interpretativa. A imputação de crime a pessoa jurídica gera a legitimidade dos sócios dirigentes para a queixa-crime por calúnia, da mesma forma ficando eles sujeitos à ação penal pública, como agentes ativos.

A partir dessas razões, surge a improcedência do que articulado sobre a ilegitimidade de Marcos Jorge Caldas Pereira, sócio-gerente de Caldas Pereira Advogados e Consultores Associados, para a propositura da ação penal privada pelo crime de calúnia.

Da atipicidade da conduta em relação ao crime de difamação.

Conforme consta do relatório do acórdão relativo ao julgamento em que analisada a denúncia, a queixa-crime fez-se lastreada no artigo 21 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, no que revela o crime de difamação. Pois bem, os fatos veiculados encerraram a suspeita, do Ministério Público, de lavagem de dinheiro, crime tipificado na Lei nº 9.618/98. Vale dizer que, na espécie, ocorreu erronia na classificação do crime, no que a queixa teria noticiado a difamação, quando, em última análise, ter-se-ia, para argumentar, a imputação da prática de crime ao escritório, motivo pelo qual a alusão teria consubstanciado o crime de calúnia. Indaga-se: esse fato seria suficiente a prejudicar a queixa-crime, ante o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, a revelar que o documento que a formalize deve conter a classificação do crime? A resposta é desenganadamente negativa. Assim o é porque as figuras da *emendatio libelli* e *da mutatio libelli* dizem respeito não só à ação penal pública, como, também, à queixa-

crime. Tanto o artigo 383, quanto o 384, ambos do Código de Processo Penal, referem-se não só à denúncia, como à queixa. Sob tal ângulo, improcede o que articulado nas razões recursais.

Da ausência de dolo e da configuração de narrativa.

Percebam-se as circunstâncias do acontecimento. Estava no auge a investigação para levantar-se dados quanto ao famigerado episódio da construção da sede do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Aí, a atuação da imprensa, visando a prestar informações à sociedade, mostrou-se intensa. O querelado recebeu, como servidor público — Procurador da República a quem afeto o caso —, a jornalista e, ao informar os parâmetros que norteariam as investigações, consignou a suspeita de que o escritório de advocacia querelante poderia estar envolvido na lavagem de dinheiro. Valho-me, no particular, sopesando o interesse individual e o coletivo, do voto proferido pelo juiz Catão Alves, ao acompanhar o relator, no que rejeitava, sob tal ângulo, a denúncia:

> Não vejo como aceitar a queixa contra o Procurador Luiz Francisco. O que ele fez, na realidade, foi, apenas, relatar à jornalista, que divulgou, como bem entendeu, as providências que ele, como órgão do Ministério Público, iria tomar, o que é que iria apurar. Ele não afirmou que estivesse envolvido em alguma coisa, mas de que suspeitava e, por que suspeitava, iria investigar. Mas tudo é matéria de investigação; não houve afirmativa nenhuma. Se formos processar todo mundo ou todo membro do Ministério Público que informa à imprensa a razão pela qual vai proceder a uma determinada investigação, então, teremos que processar todos os membros do Ministério Público Federal e Estadual, porque todos dizem qual é a matéria que pretendem investigar. Logo, não há nenhuma injúria, não há nenhuma difamação, não há nenhuma calúnia, não há nada. Ele, simplesmente, esclareceu como iria dirigir as investigações. O problema foi só esse: como iria dirigir as investigações. E perguntaram porque seria isso. E respondeu que é porque se suspeita que possa ter havido isso ou aquilo. Mas não se disse que houve, mas apenas: «Vou conduzir as investigações. Só ao fim das investigações é que se chegará a uma conclusão».
>
> Assim, vamos ter que processar todos os membros do Ministério Público Federal e todos os membros do Ministério Público Estadual, repito, que, porventura, derem alguma declaração a respeito do que possa ocorrer. Agora mesmo, recentemente, em Belo Horizonte, no crime em que mataram um Promotor, ao ser entrevistado, outro Promotor disse que, pelo caminho das investigações, parecia ser que as circunstâncias levavam ao fato de que o criminoso poderia ter sido um dos envolvidos na máfia dos combustíveis. Contudo, não disse, na ocasião, que era. Disse, tão-somente, que as investigações seriam encaminhadas naquele sentido.

Realmente, assim o é. Conforme se depreende da peça dos autos, o querelado, em entrevista concedida à jornalista, apenas revelou uma simples suspeita, a de o escritório ter funcionado como intermediário num esquema de lavagem de dinheiro. Nada mais disse, nem asseverou, quanto ao envolvimento concreto, de um fato configurador de crime. A jornalista é que partiu para o local em que situado o escritório, divulgando que, na casa, funcionaria o escritório de advocacia de dois irmãos do ex-secretário da Presidência da República. Sopesem-se os valores em jogo, fugindo-se a postura que leve à

inibição do Ministério Público, no que deve atuar com intrepidez na defesa da sociedade. Uma coisa é, sem a culpa formada, asseverar-se certo envolvimento; outra diversa é dizer-se da existência de uma suspeita e sobre a deliberação de direcionar as investigações, o que poderia estar em documento provocador da instauração de inquérito ou em denúncia objetivando elucidá-la. A hipótese circunscreve-se à narração dos aspectos que estariam envolvidos na intenção de provocar investigação. Tenho como atípico o fato que serviu de base à denúncia.

Pelas razões supra, conheço e provejo o recurso ordinário interposto para tornar prevalecente a óptica do juiz relator da queixa-crime, juiz Jirair Aram Menguerian, bem como do juiz Catão Alves, no sentido da rejeição da queixa-crime.

VOTO (Adiamento)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Presidente): Recebi memorial no qual verifiquei cuidar-se de caso em que o paciente é acusado de difamação contra o Dr. Marcos Jorge Caldas Pereira e a Sociedade de Advogados de que faz parte: as minhas relações com o ilustre Advogado — diria até, com o escritório, que freqüento às vezes para rever amigos — leva-me a declarar suspeição.

Por isso, não há quorum para a apreciação do HC no dia de hoje.

EXTRATO DA ATA

RHC 83.091/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Luiz Francisco Fernandes de Souza (Advogado: José Leovegildo Oliveira Morais), Recorrido: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Adiado o julgamento por falta de quorum, tendo em vista a declaração de suspeição do Ministro Sepúlveda Pertence.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão o Ministro Marco Aurélio. Participou da sessão o Ministro Gilmar Mendes, de acordo com o art. 41 do RISTF. Subprocuradora-Geral da República, Dra. Helenita Amélia G. Caiado de Acioli.

Brasília, 24 de junho de 2003 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Senhor Presidente, acompanho V. Exa. pelo trancamento da ação penal por falta de justa causa, mas gostaria de fazer uma pequena ressalva. É uma observação puramente lateral, *ad futurum*. Quando se trata de imputar crime a escritório de advocacia é impossível dissociar a pessoa jurídica do escritório da pessoa física dos respectivos advogados. É uma particularidade da advocacia. Quem recebe procuração dos clientes é o advogado; é cada advogado do escritório quem subscreve a petição também. Então, há essa particularidade.

Acompanho, em todos os fundamentos, o voto de V. Exa.

EXTRATO DA ATA

RHC 83.091/DF — Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Luiz Francisco Fernandes de Souza (Advogado: José Leovegildo Oliveira Morais). Recorrido: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma deu provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* para rejeitar a queixa-crime, nos termos do voto do Relator. Unânime. Falou pelo recorrente o Dr. José Leovegildo Oliveira Morais. Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio em virtude da declaração de suspeição do Ministro Sepúlveda Pertence.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Brasília, 5 de agosto de 2003 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 83.478 — GO

Relator: O Sr. Ministro Carlos Britto

Paciente: Lúcia Vânia Abrão Costa — Impetrantes: Egmar José de Oliveira e outro — Coator: Juiz Eleitoral da 1ª Zona da Comarca de Goiânia

Habeas corpus. ***Inquérito instaurado na Justiça Eleitoral para apurar infração aos arts. 312 do Código Penal e 346 do Código Eleitoral. Paciente diplomada no cargo de Senadora da República. Pedido de desistência do*** **writ.**

Desistência homologada com determinação de avocação do inquérito ao Supremo Tribunal Federal, diante do foro especial da paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por seu Tribunal Pleno, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, homologar o pedido de desistência e determinar a avocação do Inquérito Policial nº 693/2000, da 1ª Zona Eleitoral de Goiânia/GO.

Brasília, 3 de dezembro de 2003 — Maurício Corrêa, Presidente — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Lúcia Vânia Abrão Costa, encaminhado a esta Colenda Corte pelo Tribunal Regional Eleitoral de Goiás, em face da diplomação da paciente no cargo de Senadora da República.

2. A impetração visa ao trancamento de inquérito em trâmite na 1ª Zona Eleitoral de Goiânia/GO instaurado para apurar a prática dos delitos capitulados nos arts. 312 do Código Penal e 346 do Código Eleitoral. Portanto, diz o impetrante que o referido expediente administrativo teria como objeto os mesmos fatos analisados em Investigação Eleitoral, julgada improcedente pela Justiça Eleitoral.

3. A douta Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem, consignando, ainda, a necessidade de avocação do Inquérito 693/2000, em face do mandato de Senadora exercido pela investigada, ora paciente.

4. No dia primeiro do corrente mês, o impetrante protocolizou petição requerendo o «*arquivamento do* ***habeas corpus****, uma vez que não tem mais interesse que o mesmo seja julgado*».

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Feito o relatório, passo ao voto.

5. O presente feito encontrava-se pronto para ser julgado desde o dia vinte e um de novembro passado, quando foi deferido pedido do impetrante para que fosse adiado o julgamento, porquanto teria interesse em proferir sustentação oral (fl. 82). Contudo, em 1º-12-2003, o subscritor da inicial deu entrada em nova petição, requerendo, agora, a desistência do presente *habeas corpus*.

6. Considerando que a desistência requerida antes do julgamento do *habeas corpus* não implica o pronunciamento desta Casa de Justiça acerca do mérito da impetração — que pode, por isso, ser renovada —, não vejo óbice para homologação do pedido formulado e conseqüente arquivamento do *writ*.

7. Nada obstante, a inicial e os documentos juntados aos autos noticiam que tramita na Primeira Zona Eleitoral de Goiânia/GO inquérito em que figura como uma das investigadas uma Senadora da República. Daí a razão de o parecer ofertado pela douta Procuradoria-Geral da República apontar a necessidade de avocação do feito, considerando o foro especial da paciente (art. 102, I, *b*, da CF/88).

8. Nesse contexto, meu voto é pela homologação da desistência requerida, determinando ainda a expedição de ofício à Primeira Zona Eleitoral de Goiânia/GO, para que encaminhe ao Supremo Tribunal Federal, com urgência, os autos do Inquérito nº 693/2000.

EXTRATO DA ATA

HC 83.478/GO — Relator: Ministro Carlos Britto. Paciente: Lúcia Vânia Abrão Costa — Impetrantes: Egmar José de Oliveira e outro — Coator: Juiz Eleitoral da 1ª Zona da Comarca de Goiânia.

Decisão: O Tribunal, por decisão unânime, homologou o pedido de desistência e determinou a avocação do Inquérito Policial nº 693/2000, da 1ª Zona Eleitoral de Goiânia/GO. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Marco Aurélio e Ellen Gracie. Presidiu o julgamento o Ministro Maurício Corrêa.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 3 de dezembro de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 396.266 — SC

Relator: O Sr. Ministro Carlos Velloso

Recorrente: Ciacenter Armazém da Moda Ltda. — Recorridos: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE

***Constitucional. Tributário. Contribuição: Sebrae: Contribuição de intervenção no domínio econômico.* Lei 8.029, de 12-4-1990, art. 8°, § 3°. Lei 8.154, de 28-12-1990. Lei 10.668, de 14-5-2003. CF, art. 146, III; art. 149; art. 154, I; art. 195, § 4°.**

I - As contribuições do art. 149, CF — contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas — posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isto não quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social do art. 195, § 4°, CF, decorrente de *«outras fontes»*, é que, para a sua instituição, será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4°. A contribuição não é imposto. Por isso, não se exige que a lei complementar defina a sua hipótese de incidência, a base imponível e contribuintes: CF, art. 146, III, *a*. Precedentes: RE 138.284/CE, Ministro Carlos Velloso, *RTJ* 143/313; RE 146.733/SP, Ministro Moreira Alves, *RTJ* 143/684.

II - A contribuição do Sebrae — Lei 8.029/90, art. 8°, § 3°, redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003 — é contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais gerais relativas às entidades de que trata o art. 1° do DL 2.318/86, Sesi, Senai, Sesc, Senac. Não se inclui, portanto, a contribuição do Sebrae, no rol do art. 240, CF.

III - Constitucionalidade da contribuição do Sebrae. Constitucionalidade, portanto, do § 3° do art. 8° da Lei 8.029/90, com a redação das Leis 8.154/90 e 10.668/2003.

IV - RE conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas

taquigráficas, por maioria de votos, *conhecer* do recurso extraordinário e *negar-lhe provimento*, vencido o Ministro Marco Aurélio, que dele conhecia e lhe dava provimento para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1° da Lei federal n° 8.154, de 28 de dezembro de 1990, redação essa originária da Lei federal n° 8.029, de 12 de abril de 1990, artigo 8°, § 3°. Votou o Presidente.

Brasília, 26 de novembro de 2003 — Maurício Corrêa, Presidente — Carlos Velloso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: O acórdão recorrido, em **ação sob o procedimento ordinário**, proferido pela **Primeira Turma do Eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, decidiu pela **legitimidade da instituição, mediante lei ordinária (art. 8°, § 3°, da Lei 8.029/90**, redação dada pelo **art. 1° da Lei 8.154/90**), da **contribuição social** destinada ao **Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE** e, por ter natureza de intervenção no domínio econômico, dispensa que o contribuinte seja virtualmente beneficiado. O acórdão está assim ementado:

«Contribuição social para o Sebrae. Regração por lei complementar – desnecessidade. Natureza da contribuição.

1. É desnecessária a prévia disposição em lei complementar para o atendimento à ordem constitucional pela contribuição destinada ao Sebrae.

2. A contribuição social destinada ao Sebrae é contribuição de intervenção no domínio econômico, que dispensa seja o contribuinte virtualmente beneficiado.» (Fl. 306)

Acolheram-se os embargos de declaração opostos para **fins de prequestionamento** da matéria (fls. 315/319).

Daí os **recursos especial** e **extraordinário** interpostos por **Ciacenter Armazém da Moda Ltda.** No **RE**, fundado no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, sustenta-se, em síntese, a **inconstitucionalidade** do art. 8°, § 3°, da Lei 8.029/90, redação dada pelo art. 1° da Lei 8.154/90, **por ofensa ao art. 149 da CF**. Para tanto, alega:

a) a **contribuição para o Sebrae**, ao contrário do decidido pela 1ª Turma do Eg. TRF da 4ª Região, **não** estaria prevista no rol das contribuições objeto do **art. 240 da Constituição Federal**, dado que referida contribuição é «*totalmente autônoma — e não um adicional —, possuindo Regra-Matriz de incidência própria, nela constando todos os seus aspectos (material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo)*» (fl. 333), desvinculando-se, portanto, da contribuição ao Sesi-Senai/Sesc-Senac;

b) **inaplicabilidade** do art. 240 da Constituição Federal à **contribuição ao Sebrae**, pelos seguintes motivos:

b.1) a **contribuição ao Sebrae** foi criada em 1990, portanto não há falar em recepção pela Constituição;

b.2) o art. 240 aplica-se às contribuições compulsórias dos empregados sobre a folha de salários, base de cálculo diversa da **contribuição ao Sebrae, a qual somente poderá ser criada mediante lei complementar, nos termos do art. 149 da CF, obser-**

vado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, da mesma Carta, sendo ainda certo que a **contribuição para o Sebrae é contribuição típica de interesse de categoria profissional ou econômica, não se tratando, pois, de contribuição prevista no art. 195 da Lei Maior**;

c) a **ora recorrente não se vincula ao SEBRAE**, porque não é micro ou pequena empresa, não estando abrangida pelos resultados alcançados pelo fruto da arrecadação da citada contribuição, tampouco os seus colaboradores, portanto ela não deve ser submetida à citada exação, com fundamento no art. 8°, § 3°, da Lei 8.029/90, redação do art. 1° da Lei 8.154/90.

Admitidos os recursos, subiram os autos.

Negou-se seguimento ao **recurso especial** (fls. 400/402).

O ilustre Subprocurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos opinou pelo **desprovimento do recurso** (fls. 408/412).

Autos conclusos em 17-10-2003.

É o relatório, do qual serão expedidas cópias para os Senhores Ministros.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): A Lei 8.029, de 12-4-90, no seu artigo 8°, § 3°, dispôs:

> «Art. 8°. É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa (CEBRAE), mediante sua transformação em serviço social autônomo.
>
> (...)
>
> § 3°. Para atender à execução da política de Apoio às Micro e às Pequenas Empresas, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1° do Decreto-Lei 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de:» *(redação dada pela Lei 8.154, de 28.12.1990).*
>
> Seguem-se as alíquotas.

A Lei 10.668, de 14-5-2003, deu nova redação ao citado § 3° do art. 8° da Lei 8.029/90:

> «§ 3°. Para atender à execução das políticas de promoção de exportações e de apoio às micro e às pequenas empresas, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1° do Decreto-Lei 2.318, de 30.12.1986, de:»
>
> Seguem-se as alíquotas.

Na inicial da ação, sustentou a autora que a contribuição do Cebrae, depois Sebrae, originariamente instituída pela Lei 8.029, de 1990, art. 8°, § 3°, e, posteriormente, pela Lei 8.154/90, alterados os citados dispositivos legais — art. 8°, § 3° — é contribuição nova, visando ao custeio dos programas a serem desenvolvidos pelo Sesi/Senai e Sesc/Senac, definidos no DL 2.318/86, art. 1°.

Sendo contribuição nova, somente poderia ser criada por lei complementar: CF, art. 146, III, e 150, I e III.

Está na inicial:

«(...)

Inobstante a autora não poder fazer parte da órbita de incidência da exação denominada de contribuição ao Sebrae, pela não verificação de vinculabilidade entre a mesma e o fruto da arrecadação da contribuição aqui guerreada, também a autora não pode sujeitar-se a uma contribuição que fora instituída sem a observância dos comandos constitucionalmente fixados e que servem de delimitadores para a criação de exações como a ora em tela.

É que, sendo a contribuição ao Sebrae, uma contribuição tipicamente de interesse de categoria profissional ou econômica, a mesma encontra a sua sustentação constitucional no artigo 149, que direciona à União, a instituição de contribuições sociais específicas, porém, resguardando, para todas as formalidades aplicáveis, a verificação, quanto à instituição das mesmas, do que encontra-se disposto nos artigos 146, III, e 150, I e III.

Assim, temos cristalino e que desponta com luminosidade solar, que a instituição de contribuição social que vise intervenções no domínio econômico e de interesses das categorias profissionais ou econômicas, tal como visualizadas no artigo 149 da Constituição Federal, somente poderiam vir ao mundo jurídico, desde que observadas as peculiaridades impostas, no caso, Lei Complementar.

Sem a observância do competente Instrumento Legal constitucionalmente fixado para tal finalidade, assim entendido como sendo a Lei Complementar instituidora da contribuição ao Sebrae, a imposição a que ora se sujeita a autora encontra-se manchada com a mácula da inconstitucionalidade, não podendo-se admitir que se pretenda substituir Lei Complementar por Lei Ordinária, como *in casu* é o que se verifica, uma vez que até o presente momento, não existe uma Lei Complementar que tenha fixado os parâmetros para a cobrança da contribuição social para o Sebrae, assim entendidos os delineados no artigo 146, III, *a*, da Constituição Federal.

(...)» (Fl. 06)

A sentença julgou improcedente a ação, tendo sido confirmada pelo acórdão recorrido, que decidiu que «*é desnecessária a prévia disposição em lei complementar para atendimento à ordem constitucional pela contribuição ao Sebrae.*» E mais: por ser uma contribuição «*destinada ao Sebrae é contribuição de intervenção no domínio econômico, que dispensa seja contribuinte virtualmente beneficiado.*» (Fl. 306)

A questão, tal como posta na inicial da ação, na sentença e no acórdão, foi decidida com acerto.

Com efeito.

Realmente, posto estarem as contribuições do art. 149 da Constituição — contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesses de categorias profissionais ou econômicas — sujeitas à lei complementar do art. 146, III, CF, isso não

quer dizer que deverão ser instituídas por lei complementar. A contribuição social, que denominamos **contribuição nova**, relativamente a esta, para a sua instituição é que será observada a técnica da competência residual da União: CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4°. A sua instituição, portanto, dependerá de lei complementar. Todavia, as contribuições do art. 149 da CF, de regra, podem ser instituídas por lei ordinária. O que acontece é que, submetidas à lei complementar do art. 146, III, CF, são definidas como tributo. Por não serem impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (CF, art. 146, III, *a*). No mais, estão sujeitas às regras das alíneas *b* e *c* do inciso III do art. 146, CF. Assim decidimos, por mais de uma vez, como, *v.g.*, RE 138.284/CE por mim relatado (*RTJ* 143/313), e RE 146.733/SP, Relator o Ministro Moreira Alves (*RTJ* 143/684).

A contribuição que estamos cuidando é, na verdade, uma contribuição de intervenção no domínio econômico, não obstante a lei a ela se referir como adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1° do DL 2.318, de 1986. A autora recorrente, pois, tem razão quando afirma que citada contribuição não está incluída no rol do art. 240 da CF, dado que é ela «*totalmente autônoma — e não um adicional*», desvinculando-se da contribuição ao Sesi-Senai, Sesc-Senac.

Não sendo contribuição de interesse das categorias profissionais ou econômicas, mas contribuição de intervenção no domínio econômico, a sua instituição está jungida aos princípios gerais da atividade econômica, CF, arts. 170 a 181. E se o Sebrae tem por finalidade «*planejar, coordenar e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica*» (Lei 8.029/90, art. 9°, incluído pela Lei 8.154/90), a contribuição instituída para a realização desse desiderato está conforme aos princípios gerais da atividade econômica consagrados na Constituição. Observe-se, de outro lado, que a contribuição tem como sujeito passivo empresa comercial ou industrial, partícipes, pois, das atividades econômicas que a Constituição disciplina (CF, art. 170 e seguintes).

Com propriedade, anotou o acórdão:

«(...)

As contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas destinam-se ao custeio de entidades que tem por escopo fiscalizar ou regular o exercício de determinadas atividades profissionais ou econômicas, bem como representar, coletiva ou individualmente, categorias profissionais, defendendo seus interesses. Evidente, no caso, a necessidade de vinculação entre a atividade profissional ou econômica do sujeito passivo da relação tributária e a entidade destinatária da exação.

Já as contribuições de intervenção do domínio econômico, como a sua própria denominação já alerta, são instrumentos de intervenção no domínio econômico, que devem ser instituídos levando em consideração os princípios gerais da atividade econômica arrolados e disciplinados nos arts. 170 a 181 da Constituição Federal.

A Lei n° 8.154/90, que promoveu alterações na Lei n° 8.029/90, assim disciplinou a competência do Sebrae:

'Art. 9º. Compete ao serviço social autônomo a que se refere o artigo anterior planejar, coordenar, e orientar programas técnicos, projetos e atividades de apoio às micro e pequenas empresas, em conformidade com as políticas nacionais de desenvolvimento, particularmente as relativas às áreas industrial, comercial e tecnológica.'

A leitura do artigo deixa claro que não possui o Sebrae qualquer finalidade de fiscalização ou regulação das atividades das micro e pequenas empresas, mas de incentivo à sua criação e desenvolvimento, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição Federal, acreditando em seu potencial de influenciar positivamente as áreas industrial, comercial e tecnológica, estas também de interesse das empresas que contribuem ao Sesc/Senac, Sesi/Senai.

Conclui-se, portanto, que a contribuição para o Sebrae é daquelas de intervenção na atividade econômica.

Ora, se o texto constitucional impõe que os entes federados dispensem tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte para incentivá-las, não é crível que a contribuição instituída em seu benefício seja arcada somente por pessoas jurídicas que se encaixem nessas categorias, impondo às mesmas tratamento diferenciado sim, porém mais oneroso que às demais empresas concorrentes, em detrimento das que se pretende ver impulsionadas.

Caracterizadas fundamentalmente pela finalidade a que se prestam, as contribuições de intervenção na atividade econômica, conforme já consagrado pela jurisprudência, não exigem vinculação direta do contribuinte ou a possibilidade de auferir benefícios com a aplicação dos recursos arrecadados.

(...)» (Fls. 302-303)

Do exposto, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Senhor Presidente, não estou muito convencido de que essa contribuição é de intervenção no domínio econômico. Tendo a entender que se trata de contribuição social criada para favorecer categoria econômica, no caso, as empresas de pequeno porte. Entretanto, isso não afeta o resultado de Vossa Excelência. Os fundamentos do voto me parecem permanecer mesmo com essa mudança de perspectiva que estou a suscitar, não propriamente a sustentar.

2. Por isso, acompanho o voto de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, é sintomático que a legislação de regência tenha aludido a um acréscimo, à criação de um adicional à contribuição anterior. Esse dado sinaliza que se teve presente o disposto no artigo 240 da Constituição Federal, como se esse artigo não tivesse congelado as contribuições apanhadas pela Carta de 1988 ao dispor:

«Art. 240. Ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições — as atuais contribuições com os parâmetros respectivos — compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical.»

Comungo com o Relator.

A nomenclatura utilizada na lei, no que se lançou mão do vocábulo adicional, não me impressiona porque não se trata, a rigor, de um adicional. O que houve foi a criação de uma contribuição nova. Aí, surge o questionamento: seria possível criar essa contribuição nova sem observar-se a remissão contida no artigo 149 — já que tenho o tributo como uma contribuição, também, de intervenção no domínio econômico e não social —, a remissão ao artigo 146, III, da Carta? A meu ver, não. Surgiu no mundo jurídico uma nova contribuição e, aí, esse tributo — a contribuição é espécie do gênero tributo — deveria estar previsto, como se contém na primeira parte da alínea *a* do inciso III do artigo 146 da Carta, em lei complementar.

Não creio que se possa imaginar criação de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, a criação de contribuição nova, sem se ter a lei complementar, ou seja, o instrumental próprio. E, a contribuição, que reafirmo, é nova e, portanto, não está albergada, não está protegida pelo artigo 240 da Carta de 1988, foi criada por lei ordinária.

Peço vênia para conhecer e prover o Recurso.

VOTO (Explicação)

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Eminente Ministro Marco Aurélio, V. Exa. está coerente com o voto proferido anteriormente, há uns dois anos, quando votou no sentido de que essas contribuições, porque estão sujeitas à lei complementar, deveriam ser criadas também por lei complementar. Na oportunidade, respondi ao douto voto de V. Exa., argumentando que: as contribuições estão sujeitas, hoje, à lei complementar de normas gerais (CF, art. 143, III). Antes da Constituição de 1988, a discussão era extensa, indagava-se: a prescrição qüinqüenal aplica-se às contribuições previdenciárias? Tivemos grande discussão no antigo TFR, cuja jurisprudência firma-se pela prescrição qüinqüenal do CTN. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, decidiu que, depois da Emenda Constitucional nº 7, de 1977, tendo em vista a colocação topográfica das contribuições, que foram postas fora do sistema constitucional tributário, perdera ela a característica de tributo. O lançamento tributário se aplicaria? Também aí as discussões eram extensas. Então, o que fez o constituinte de 1988? Acabou com as discussões, estabelecendo que às contribuições aplica-se a lei complementar de normas gerais, vale dizer, aplica-se o Código Tributário Nacional, especialmente, no que diz respeito a obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (CF, art. 146, III, *b*); e quanto aos impostos, a lei complementar definiria os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes (CF, art. 146, III, *a*).

Então, decidimos, aqui, em mais de uma vez, o que menciono no meu voto, que o fato de que às contribuições se aplica a lei complementar de normas gerais, isso não quer dizer que elas devam ser instituídas mediante lei complementar. A instituição mediante

lei complementar dá-se apenas relativamente às contribuições sociais decorrentes de novas fontes, contribuições de seguridade social, na forma do disposto no § 4° do art. 195:

«§ 4° A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no artigo 154, I.»

Contribuições corporativas e contribuições de intervenção não demandam, para a sua instituição, lei complementar.

Obrigado a V. Exa.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Carlos Velloso, não lhe parece até um paradoxo, quanto à seguridade social, a necessidade da lei complementar.

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Quando se cria nova fonte. Neste caso, observa-se a técnica da competência residual da União (CF, art. 154, I, *ex vi* do disposto no art. 195, § 4°).

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto à contribuição de intervenção no domínio econômico, não se tem a exigência?

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): Não se exige.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mantenho meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, sobretudo à base da convincente resposta que acaba Sua Excelência de dar à objeção do eminente Ministro Marco Aurélio: a submissão ao artigo 146, III, vale dizer, às normas gerais de direto tributário, não representa reserva à lei complementar da instituição dessas contribuições. Esta é a orientação do Tribunal da qual, *data venia*, sigo convencido.

VOTO (Aditamento)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sr. Presidente, acrescentaria, também em reforço à minha adesão ao voto do eminente Relator, *data venia* do voto do eminente Ministro Marco Aurélio, que o artigo 154 da Constituição, inciso I, deixa claro que a exigência da lei complementar como veículo de exação é para impostos. Isso rima toante e consoantemente com a alínea *a* do inciso III do artigo 146 que, também, só exige a lei complementar quando se trata de criação de impostos, no plano dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Ou seja, cabe à lei complementar a definição de tributo e de suas espécies, diz a Constituição, mas faz aqui uma ressalva, um estreitamento de incidência factual:

«(...) bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;».

Lá no artigo 154, I, portanto, rimadamente com esse artigo 146 do dispositivo que acabo de ler, se diz que é preciso mesmo, que se faz necessária a edição de lei complementar quando se trata de criação de impostos não previstos no artigo anterior.

Agora, continuo suscitando aquela questão, que não afeta os fundamentos do voto de Vossa Excelência, de que a contribuição em tela me parece ser de caráter corporativo e não propriamente de intervenção do Estado no domínio econômico. Por quê? Porque se destina a favorecer uma categoria econômica, a categoria das empresas brasileiras de pequeno porte.

Acompanho Vossa Excelência.

EXTRATO DA ATA

RE 396.266/SC — Relator: Ministro Carlos Velloso. Recorrente: Ciacenter Armazém da Moda Ltda. (Advogados: Jaqueline Oliveira dos Santos e outro). Recorridos: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (Advogado: Neiron Luiz de Carvalho) e Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE (Advogados: Valfredo Quintino Salles Valente e outro e José Márcio Cataldo dos Reis).

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, vencido o Ministro Marco Aurélio, que dele conhecia e lhe dava provimento para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1° da Lei federal n° 8.154, de 28 de dezembro de 1990, redação essa originária da Lei federal n° 8.029, de 12 de abril de 1990, artigo 8°, § 3°. Votou o Presidente, o Ministro Maurício Corrêa. Falou pelo recorrido, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a Dra. Carolina Delduque Sennes, Procuradora do INSS.

Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 26 de novembro de 2003 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

PrCv Ação cautelar. (...) ***Medida liminar.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

PrGr Ação de declaração de nulidade. (...) ***Ministério Público do Trabalho.*** ADI 1.852 RTJ 188/514

PrGr Ação de indenização. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 349.160 RTJ 188/740

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** "Amicus curiae". Sustentação oral: descabimento. Lei nº 9.869/99, art. 7º, § 2º. ADI 2.223-MC RTJ 188/535

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Descabimento. Edital de concurso público. Ato de caráter normativo: ausência. ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Ct ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Ilegitimidade ativa. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON. Pertinência temática: ausência. ADI 1.873 RTJ 188/519

Ct ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Legitimidade ativa. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON. Entidade de classe de âmbito nacional. ADI 1.873 RTJ 188/519

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Prejudicialidade. Emenda constitucional superveniente. Alteração da norma impugnada. ADI 1.137 RTJ 188/17

PrPn ***Ação penal.*** Trancamento: impossibilidade. Justa causa. HC 80.542 RTJ 188/195

PrPn ***Ação penal privada.*** Direito de queixa. Ofendido ou representante legal. Decadência: prazo. Súmula 594. CPP/41, arts. 33, 34, 50 e 52. HC 75.697-QO RTJ 188/183

PrPn ***Ação penal privada.*** Legitimidade. Sócio-gerente. Pessoa jurídica. Calúnia. RHC 83.091 RTJ 188/1089

PrPn ***Ação penal privada.*** Renúncia. Princípio da indivisibilidade. RHC 83.091 RTJ 188/1089

PrPn ***Ação penal pública condicionada.*** Lesão corporal. Representação do ofendido: exigência. Decadência: termo inicial. Lei nº 9.099/95, art. 91. HC 83.141 RTJ 188/704

PrCv Ação popular. (...) ***Competência jurisdicional.*** AO 859-QO RTJ 188/10

PrSTF Ação rescisória. (...) ***Recurso extraordinário.*** AC 45-AgR RTJ 188/390

PrGr Acidente de trabalho. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 349.160 RTJ 188/740

PrCv Acórdão paradigma da mesma Turma. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 205.985-EDv-AgR RTJ 188/718

Adm ADCT da Constituição do Estado de Mato Grosso/89, art. 42: inconstitucionalidade. (...) ***Aposentadoria compulsória.*** ADI 98 RTJ 188/394

Ct ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais/89, art. 23, redação da EC nº 45/2000: inconstitucionalidade. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.939 RTJ 188/821

Ct ADCT da Constituição Federal/88, art. 75, § 3º: inconstitucionalidade. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

Adm Advogado. (...) ***Processo administrativo.*** MS 24.073 RTJ 188/655

Ct Afastamento da função. (...) ***Governador.*** ADI 1.890-MC RTJ 188/58

El Afastamento do cargo: inexigibilidade. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 1.805-MC RTJ 188/448

PrSTF ***Agravo de instrumento.*** Decisão agravada: ausência de impugnação. Razões de recurso extraordinário: reiteração. AI 186.547-AgR RTJ 188/715

PrCv ***Agravo de instrumento.*** Traslado deficiente. Certidão de publicação do acórdão recorrido: ausência. Súmula 288. AI 239.124-AgR RTJ 188/331

PrCv ***Agravo de instrumento.*** Traslado deficiente. Tempestividade: prova. AI 240.141-AgR RTJ 188/335

PrSTF ***Agravo regimental.*** Fundamentação jurídica: ausência. Alegação genérica de inconstitucionalidade: inadmissibilidade. AI 262.157-AgR RTJ 188/343

PrSTF ***Agravo regimental.*** Razões de recurso extraordinário: reiteração. Litigância de má-fé. Multa. CPC/73, art. 557, § 2º, redação da Lei nº 9.756/98. RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrCv ***Agravo regimental.*** Sustentação oral: impossibilidade. CPC/73, art. 557, § 1°-A. RE 227.089-AgR-QO RTJ 188/310

Trbt Água canalizada. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.*** ADI 2.224 RTJ 188/570

PrSTF Alegação genérica de inconstitucionalidade: inadmissibilidade. (...) ***Agravo regimental.*** AI 262.157-AgR RTJ 188/343

PrSTF Alteração da norma impugnada. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.137 RTJ 188/17

Ct Alteração na Câmara dos Deputados. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

PrPn Ameaça a testemunha. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 82.832 RTJ 188/1083

PrSTF "Amicus curiae". (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.223-MC RTJ 188/535

Pn ***Anistia criminal.*** Crime previdenciário. Extensão a empregador privado: impossibilidade. Extinção da punibilidade inocorrente. Lei n° 9.639/98, art. 11. RE 332.249 RTJ 188/369

Ct Anti-semitismo. (...) ***Racismo.*** HC 82.424 RTJ 188/858

Adm ***Aposentadoria compulsória.*** Magistrado, procurador de justiça e conselheiro do Tribunal de Contas. Critério: alteração. Constituição do Estado de Mato Grosso/89, arts. 50, § 4°; 92, V; e 109, parágrafo único: inconstitucionalidade. ADCT da Constituição do Estado de Mato Grosso/89, art. 42: inconstitucionalidade. ADI 98 RTJ 188/394

Adm Aprovação em concurso público. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Ct Aprovação pelo Senado Federal. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

Adm Aproveitamento do ocupante em carreira distinta. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.335 RTJ 188/105

Ct ***Assembléia Legislativa.*** Mesa diretora. Membros: reeleição. ADI 2.262-MC RTJ 188/581

Ct Assembléia Legislativa: instauração de processo. (...) ***Governador.*** ADI 1.890-MC RTJ 188/58

PrCv Assistência: inadmissibilidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.414 RTJ 188/663

Ct Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.873 RTJ 188/519

Ct Ato complexo. (...) ***Competência originária.*** MS 24.414 RTJ 188/663

PrCv Ato complexo. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.414 RTJ 188/663

PrSTF Ato de caráter normativo: ausência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Ct Ato de ministro do Tribunal. (...) ***Competência originária.*** MS 24.652-AgR RTJ 188/687

PrPn Ato de Tribunal de Alçada. (...) ***Competência originária.*** HC 82.499-QO RTJ 188/702

PrCv Ato jurisdicional. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

Adm Atribuições: afinidade. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.335 RTJ 188/105

Trbt Atuação do STF como legislador positivo: inadmissibilidade. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237

B

PrCv Banco do Estado de Santa Catarina – BESC. (...) ***Medida liminar.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

Ct Banco estadual: privatização. (...) ***Estado-membro.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

Trbt Base de cálculo (demonstração financeira). (...) ***Imposto de renda – IR.*** RE 201.465 RTJ 188/242

TrPrv ***Benefício previdenciário.*** Conversão em URV. Valor nominal. Lei nº 8.880/94, art. 20, I. RE 348.058-AgR RTJ 188/374

C

PrCv Cabimento: excepcionalidade. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

PrCv Cálculo: momento. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 294.928-AgR RTJ 188/732

PrPn Calúnia. (...) ***Ação penal privada.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Pn Calúnia: não-configuração. (...) ***Ministério Público.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Trbt Câmbio. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237

El Candidatura parlamentar nata. (...) ***Mandato eletivo.*** ADI 2.530-MC RTJ 188/782

Adm Capitão-tenente. (...) ***Militar.*** RMS 24.607 RTJ 188/178

PrCv Caráter infringente. (...) ***Embargos de declaração.*** AI 152.621-AgR-EDv-AgR-ED RTJ 188/222 – AI 273.920-AgR-ED RTJ 188/730

Adm Caráter inquisitivo. (...) ***Processo administrativo.*** MS 22.791 RTJ 188/124

Ct Cargo de direção: eleição direta. (...) ***Escola pública.*** ADI 2.997-MC RTJ 188/116

El ***Cargo eletivo.*** Reeleição. Chefe do Poder Executivo. Afastamento do cargo: inexigibilidade. CF/88, art. 14, § 5°. ADI 1.805-MC RTJ 188/448

Adm ***Cargo público.*** Extinção. Aproveitamento do ocupante em carreira distinta. Concurso público: desnecessidade. Atribuições: afinidade. Lei Complementar estadual n° 189/2000-SC. ADI 2.335 RTJ 188/105

Adm ***Cargo público.*** Provimento. Delegado de polícia. Concurso público: ausência. ADI 2.939 RTJ 188/821

Ct Casas Legislativas. (...) ***Partido político.*** ADI 1.363 RTJ 188/407

PrCv Causa de natureza fiscal. (...) ***Representação processual.*** RE 201.465 RTJ 188/242

PrCv Cerceamento: inocorrência. (...) ***Defesa.*** AI 153.467-AgR RTJ 188/225

Adm Certame: modificação posterior. (...) ***Militar.*** RMS 24.607 RTJ 188/178

PrCv Certidão de publicação do acórdão recorrido: ausência. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331

Ct CF/88, arts. 3°, IV; 4°, VIII; e 5°, XLII. (...) ***Racismo.*** HC 82.424 RTJ 188/858

Pn CF/88, art. 5°, XLII. (...) ***Racismo.*** HC 82.424 RTJ 188/858

Int CF/88, arts. 5°, LI; e 12, I, "c". (...) ***Extradição.*** AC 70-QO RTJ 188/753

El CF/88, art. 14, § 5°. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 1.805-MC RTJ 188/448

Pn CF/88, art. 53, redação da EC n° 35/01. (...) ***Crime contra a honra.*** Inq 1.400-QO RTJ 188/411

Ct CF/88, art. 60, I. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

Ct CF/88, art. 60, § 2°. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

Ct CF/88, art. 93, II, "b" e "d". (...) ***Magistrado.*** MS 24.414 RTJ 188/663

Adm CF/88, art. 93, II, "d". (...) ***Magistrado.*** MS 24.305 RTJ 188/167

PrSTF CF/88, art. 102, III, "a". (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 298.695 RTJ 188/349

PrGr CF/88, art. 109, I. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 349.160 RTJ 188/740

Ct CF/88, art. 164, § 3°. (...) ***Estado-membro.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

Adm CF/88, art. 185, I. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

El Chefe do Poder Executivo. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 1.805-MC RTJ 188/448

PrPn ***Citação-edital.*** Réu não encontrado. Nulidade inocorrente. HC 81.335 RTJ 188/689

Adm Classificação além do número de vagas. (...) ***Concurso público.*** RMS 23.544-AgR RTJ 188/138

PrPn Classificação do crime: erro. (...) ***Queixa.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

PrGr Cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva. (...) ***Ministério Público do Trabalho.*** ADI 1.852 RTJ 188/514

El Código Eleitoral/65, art. 25, § 2°. (...) ***Tribunal Regional Eleitoral – TRE.*** RMS 23.123 RTJ 188/829

PrCv ***Competência.*** Relator. Reclamação: negativa de seguimento. CPC/73, art. 557, redação da Lei n° 9.756/98. Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76

PrSTF Competência do STF: usurpação inocorrente. (...) ***Reclamação.*** Rcl 2.184 RTJ 188/525

PrCv ***Competência jurisdicional.*** Juízo de primeiro grau. Ação popular. Nomeação de desembargador: impugnação. AO 859-QO RTJ 188/10

PrGr ***Competência jurisdicional.*** Justiça comum. Ação de indenização. Acidente de trabalho. Súmula 501. CF/88, art. 109, I. RE 349.160 RTJ 188/740

PrPn ***Competência originária.*** Superior Tribunal de Justiça – STJ. "Habeas corpus". Ato de Tribunal de Alçada. HC 82.499-QO RTJ 188/702

Ct ***Competência originária.*** Superior Tribunal de Justiça – STJ. Mandado de segurança. Ato de ministro do Tribunal. MS 24.652-AgR RTJ 188/687

Ct ***Competência originária.*** Supremo Tribunal Federal – STF. Mandado de segurança. Ato complexo. Participação do presidente da República. Nomeação de juiz. MS 24.414 RTJ 188/663

El Composição. (...) ***Tribunal Regional Eleitoral – TRE.*** RMS 23.123 RTJ 188/829

Adm ***Concurso público.*** Classificação além do número de vagas. Prazo de validade: término. Curso de formação. Participação por força de liminar. Teoria do fato consumado: inaplicabilidade. RMS 23.544-AgR RTJ 188/138

Adm ***Concurso público.*** Serventuário da justiça. Homologação. Número de inscrição do candidato: indicação. Nome do candidato: ausência. Princípio da publicidade. ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Adm ***Concurso público.*** Serventuário da justiça. Título: pontuação. Aprovação em concurso público. Exercício de cargo público de direção, chefia ou assessoramento. Servidor público não-estável. Princípio da isonomia. ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Adm Concurso público: ausência. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.939 RTJ 188/821

Adm Concurso público: desnecessidade. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.335 RTJ 188/105

Ct Configuração. (...) ***Racismo.*** HC 82.424 RTJ 188/858

Ct Conflito. (...) ***Direitos fundamentais.*** HC 82.424 RTJ 188/858

PrSTF Conhecimento "ex officio". (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335

Ct Conselho Estadual de Justiça. (...) ***Poder Judiciário estadual.*** ADI 98 RTJ 188/394

Adm Constituição do Estado de Mato Grosso/89, arts. 50, § 4°; 92, V; e 109, parágrafo único: inconstitucionalidade. (...) ***Aposentadoria compulsória.*** ADI 98 RTJ 188/394

Ct Constituição do Estado de Mato Grosso/89, arts. 121 a 123: inconstitucionalidade. (...) ***Poder Judiciário estadual.*** ADI 98 RTJ 188/394

Int Constrangimento ilegal inocorrente. (...) ***Prisão.*** HC 83.303 RTJ 188/217

Trbt ***Contribuição.*** Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. Contribuição de intervenção no domínio econômico. Instituição. Lei ordinária. Lei n° 8.029/90, art. 8°, § 3°, redação das Leis n°s 8.154/90 e 10.668/03. RE 396.266 RTJ 188/1100

Trbt Contribuição de intervenção no domínio econômico. (...) ***Contribuição.*** RE 396.266 RTJ 188/1100

Trbt Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS. (...) ***Contribuição social.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

Ct ***Contribuição previdenciária.*** Instituição. Parlamentar. Lei ordinária. Lei n° 8.212/91, art. 12, I, "h", redação da Lei n° 9.506/97, art. 13, § 1°: inconstitucionalidade. RE 351.717 RTJ 188/743

Ct Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

Trbt ***Contribuição social.*** Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS. Programa de Integração Social – PIS. Substituição tributária "para frente". Operação com combustível. MS 24.159-QO RTJ 188/145

Ct ***Controle difuso de constitucionalidade.*** Relator. Decisão plenária: aplicação. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, art. 101. CPC/73, art. 557. RE 348.058-AgR RTJ 188/374

Ct Controle externo. (...) ***Poder Judiciário estadual.*** ADI 98 RTJ 188/394

PrSTF Conversão em reclamação. (...) ***Suspensão de segurança.*** Rcl 718 RTJ 188/762

TrPrv Conversão em URV. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 348.058-AgR RTJ 188/374

Trbt Correção monetária. (...) ***Imposto de renda – IR.*** RE 201.465 RTJ 188/242

PrSTF Correção monetária. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrCv CPC/73, art. 21, parágrafo único: inaplicabilidade. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 294.928-AgR RTJ 188/732

Int CPC/73, art. 265, IV, "a". (...) ***Extradição.*** AC 70-QO RTJ 188/753

PrCv CPC/73, art. 330. (...) ***Defesa.*** AI 153.467-AgR RTJ 188/225

Ct CPC/73, art. 557. (...) ***Controle difuso de constitucionalidade.*** RE 348.058-AgR RTJ 188/374

PrCv CPC/73, art. 557, § 1°-A. (...) ***Agravo regimental.*** RE 227.089-AgR-QO RTJ 188/310

PrSTF CPC/73, art. 557, § 2°, redação da Lei n° 9.756/98. (...) ***Agravo regimental.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrCv CPC/73, art. 557, redação da Lei n° 9.756/98. (...) ***Competência.*** Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76

PrPn CPP/41, arts. 33, 34, 50 e 52. (...) ***Ação penal privada.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183

Ct Criação. (...) ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Ct Crime comum. (...) ***Governador.*** ADI 1.890-MC RTJ 188/58

Pn ***Crime contra a honra.*** Parlamentar. Imunidade material: ausência. Ofensa irrogada em campanha eleitoral. Manifestação do pensamento e exercício do mandato: nexo ausente. CF/88, art. 53, redação da EC n° 35/01. Inq 1.400-QO RTJ 188/411

PrPn Crime contra a ordem tributária. (...) ***Denúncia.*** Inq 1.656 RTJ 188/775

Pn ***Crime de responsabilidade.*** Ex-prefeito. Deputado federal. Denúncia: recebimento. Decreto-Lei n° 201/67, art. 1°, XIII. Inq 814 RTJ 188/5

Ct Crime de responsabilidade. (...) ***Governador.*** ADI 1.890-MC RTJ 188/58

PrPn Crime militar. (...) ***Prescrição.*** HC 82.760 RTJ 188/213

Pn Crime previdenciário. (...) ***Anistia criminal.*** RE 332.249 RTJ 188/369

PrPn Crime societário. (...) ***Denúncia.*** Inq 1.656 RTJ 188/775 – HC 83.369 RTJ 188/708

Adm Critério: alteração. (...) ***Aposentadoria compulsória.*** ADI 98 RTJ 188/394

Ct Cumprimento de ordem judicial: limitação econômica. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596

Adm Curso de Estado-Maior para Oficiais Intermediários – CEMOI. (...) ***Militar.*** RMS 24.607 RTJ 188/178

Adm Curso de formação. (...) ***Concurso público.*** RMS 23.544-AgR RTJ 188/138

D

PrCv Decadência: inocorrência. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.414 RTJ 188/663

PrPn Decadência: prazo. (...) ***Ação penal privada.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183

PrPn Decadência: termo inicial. (...) ***Ação penal pública condicionada.*** HC 83.141 RTJ 188/704

PrSTF Decisão agravada: ausência de impugnação. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 186.547-AgR RTJ 188/715

PrSTF Decisão de mérito confimatória da liminar. (...) ***Reclamação.*** Rcl 718 RTJ 188/762

PrCv Decisão de Turma em agravo regimental. (...) ***Embargos de divergência.*** AI 152.621-AgR-EDv-AgR-ED RTJ 188/222

PrCv Decisão desfavorável. (...) ***Prestação jurisdicional.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrCv Decisão do presidente do STF. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

Ct Decisão na ADI nº 1.098: descumprimento inocorrente. (...) ***Precatório.*** Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76

Ct Decisão plenária: aplicação. (...) ***Controle difuso de constitucionalidade.*** RE 348.058-AgR RTJ 188/374

Pn Decreto-Lei nº 201/67, art. 1º, XIII. (...) ***Crime de responsabilidade.*** Inq 814 RTJ 188/5

Trbt Decreto-Lei nº 2.434/88, art. 6º. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237

PrCv Decurso de tempo. (...) ***Suspensão de segurança.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

PrCv ***Defesa.*** Cerceamento: inocorrência. Julgamento antecipado da lide. Produção de prova: desnecessidade. CPC/73, art. 330. AI 153.467-AgR RTJ 188/225

Adm Delegado de polícia. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.939 RTJ 188/821

PrPn ***Denúncia.*** Inépcia inocorrente. Crime societário. Individualização da conduta: suficiência. HC 83.369 RTJ 188/708

PrPn ***Denúncia.*** Narração genérica. Crime societário. Responsabilidadede penal objetiva: inadmissibilidade. Inq 1.656 RTJ 188/775

PrPn ***Denúncia.*** Requisitos. Crime societário. Crime contra a ordem tributária. Lei nº 8.137/90, arts. 1º e 2º. Inq 1.656 RTJ 188/775

Ct Denúncia ou queixa: recebimento. (...) ***Governador.*** ADI 1.890-MC RTJ 188/58

Pn	Denúncia: recebimento. (...) ***Crime de responsabilidade.*** Inq 814 RTJ 188/5
Ct	Depósito. (...) ***Estado-membro.*** AC 1-AgR RTJ 188/383
Pn	Deputado federal. (...) ***Crime de responsabilidade.*** Inq 814 RTJ 188/5
Adm	***Desapropriação.*** Reforma agrária. Invasão por "sem-terra". Improdutividade. Força maior. MS 23.241 RTJ 188/131
Adm	***Desapropriação.*** Reforma agrária. Média propriedade rural. Doação. Registro anterior ao decreto expropriatório. MS 23.006 RTJ 188/642
Adm	***Desapropriação.*** Reforma agrária. Média propriedade rural. Negativa de domínio. Ônus da prova. MS 23.006 RTJ 188/642
Adm	***Desapropriação.*** Reforma agrária. Vistoria. Notificação prévia: necessidade. MS 23.006 RTJ 188/642
Adm	***Desapropriação.*** Reforma agrária: impossibilidade. Média propriedade rural. CF/88, art. 185, I. MS 23.006 RTJ 188/642
PrPn	Desarquivamento. (...) ***Inquérito policial.*** RHC 80.757 RTJ 188/200
PrSTF	Descabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527
PrPn	Descabimento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.303 RTJ 188/217
Ct	Desconto. (...) ***Medicamento.*** ADI 2.435-MC RTJ 188/589
PrSTF	Descumprimento de decisão do STF. (...) ***Reclamação.*** Rcl 718 RTJ 188/762
PrPn	Desistência: homologação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.478 RTJ 188/1098
Ct	Destaque supressivo: alteração substancial. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80
Ct	Dignidade da pessoa humana e igualdade. (...) ***Direitos fundamentais.*** HC 82.424 RTJ 188/858
Adm	Direito adquirido. (...) ***Vencimentos.*** RE 298.695 RTJ 188/349
Adm	Direito adquirido a regime jurídico: ausência. (...) ***Servidor público estadual.*** AI 240.884-AgR RTJ 188/340
Ct	Direito de petição e de acesso ao Judiciário: distinção. (...) ***Garantia constitucional.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720
PrPn	Direito de queixa. (...) ***Ação penal privada.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183
PrSTF	Direito processual. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 161.566-AgR RTJ 188/231
Ct	***Direitos fundamentais.*** Conflito. Liberdade de expressão: limitação. Dignidade da pessoa humana e igualdade. Princípio da proporcionalidade. HC 82.424 RTJ 188/858
Pn	Discriminação e preconceito contra judeu. (...) ***Racismo.*** HC 82.424 RTJ 188/858

Adm Dispensa de licitação. (...) ***Processo administrativo.*** MS 24.073 RTJ 188/655

Ct Disponibilidade de caixa. (...) ***Estado-membro.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

Ct Dispositivo indevidamente inserido em lei. (...) ***Processo legislativo.*** RE 332.249 RTJ 188/369

PrCv Dissídio jurisprudencial: inocorrência. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 205.985-EDv-AgR RTJ 188/718

Ct ***Distrito Federal.*** Divisão. Prefeitura comunitária. ADI 1.706-MC RTJ 188/439

Ct Divisão. (...) ***Distrito Federal.*** ADI 1.706-MC RTJ 188/439

Adm Doação. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

Ct Dolo: ausência. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596

E

PrCv Edital: anulação. (...) ***Medida liminar.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

PrSTF Edital de concurso público. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

PrSTF Efeito "ex tunc". (...) ***Medida cautelar.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

PrCv Efeito prospectivo. (...) ***Mandado de segurança.*** Rcl 718 RTJ 188/762

PrSTF Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido. (...) ***Medida cautelar.*** AC 41-QO RTJ 188/3

PrSTF Efeito suspensivo: impossibilidade. (...) ***Medida cautelar.*** AC 45-AgR RTJ 188/390

PrCv Eficácia no tempo. (...) ***Mandado de segurança.*** Rcl 718 RTJ 188/762

PrCv ***Embargos de declaração.*** Caráter infringente. AI 152.621-AgR-EDv-AgR-ED RTJ 188/222 – AI 273.920-AgR-ED RTJ 188/730

PrSTF Embargos de declaração. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 349.160 RTJ 188/740

PrCv ***Embargos de divergência.*** Acórdão paradigma da mesma Turma. Dissídio jurisprudencial: inocorrência. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, art. 330: inteligência. RE 205.985-EDv-AgR RTJ 188/718

PrCv ***Embargos de divergência.*** Decisão de Turma em agravo regimental. Lei nº 8.950/94. Súmula 599. AI 152.621-AgR-EDv-AgR-ED RTJ 188/222

Ct Emenda constitucional de iniciativa parlamentar. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.939 RTJ 188/821

PrSTF Emenda constitucional superveniente. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.137 RTJ 188/17

PrPn "Emendatio" ou "mutatio libelli": possibilidade. (...) ***Queixa.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Adm Empresa estatal. (...) ***Processo administrativo.*** MS 24.073 RTJ 188/655

Ct Entidade de classe de âmbito nacional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.873 RTJ 188/519

Pn Entrevista. (...) ***Ministério Público.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Ct ***Escola pública.*** Cargo de direção: eleição direta. ADI 2.997-MC RTJ 188/116

PrPn Especificação do crime: necessidade. (...) ***Queixa.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Adm Estabilidade financeira. (...) ***Servidor público estadual.*** AI 240.884-AgR RTJ 188/340

Ct ***Estado-membro.*** Disponibilidade de caixa. Depósito. Instituição financeira privada. Banco estadual: privatização. CF/88, art. 164, § 3°. AC 1-AgR RTJ 188/383

Trbt Estado-membro. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.*** ADI 2.224 RTJ 188/570

Ct Estado-membro. (...) ***Revisão constitucional.*** ADI 1.722-MC RTJ 188/46

PrPn Exame do mérito. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.303 RTJ 188/217

Adm Exame em separado: necessidade. (...) ***Magistrado.*** MS 24.305 RTJ 188/167

Int Excesso de prazo inocorrente. (...) ***Prisão.*** HC 83.303 RTJ 188/217

Adm Exercício de cargo público de direção, chefia ou assessoramento. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Pn Ex-prefeito. (...) ***Crime de responsabilidade.*** Inq 814 RTJ 188/5

Pn Extensão a empregador privado: impossibilidade. (...) ***Anistia criminal.*** RE 332.249 RTJ 188/369

Adm Extinção. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.335 RTJ 188/105

Pn Extinção da punibilidade inocorrente. (...) ***Anistia criminal.*** RE 332.249 RTJ 188/369

PrPn Extradição. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.303 RTJ 188/217

Int Extradição. (...) ***Prisão.*** HC 83.303 RTJ 188/217

Int ***Extradição.*** Suspensão. Nacionalidade brasileira: opção. Processo em curso. Prisão domiciliar: concessão. CPC/73, art. 265, IV, "a". CF/88, arts. 5°, LI; e 12, I, "c". AC 70-QO RTJ 188/753

F

PrPn Fato anterior à lei vigente. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – "sursis" processual.*** HC 80.542 RTJ 188/195

Ct Finalidade. (...) ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Adm Força maior. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.241 RTJ 188/131

Ct Funcionamento. (...) ***Partido político.*** ADI 1.363 RTJ 188/407

PrSTF Fundamentação. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrPn Fundamentação insuficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 82.832 RTJ 188/1083

PrSTF Fundamentação jurídica: ausência. (...) ***Agravo regimental.*** AI 262.157-AgR RTJ 188/343

PrSTF Fundamento constitucional diverso. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 298.695 RTJ 188/349

PrSTF Fundamentos da decisão rescindenda: impugnação. (...) ***Recurso extraordinário.*** AC 45-AgR RTJ 188/390

PrSTF Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

Ct ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** Criação. Personalidade jurídica. Finalidade. Receita. Lei ordinária. ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Trbt Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES. (...) ***Imposto de Renda – IR.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Trbt ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** Taxa: fixação. Resolução do Conselho da Magistratura. ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Ct Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES: criação. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

G

Ct ***Garantia constitucional.*** Direito de petição e de acesso ao Judiciário: distinção. RE 245.165-AgR RTJ 188/720

Ct ***Governador.*** Crime comum. Afastamento da função. Denúncia ou queixa: recebimento. ADI 1.890-MC RTJ 188/58

Ct ***Governador.*** Crime de responsabilidade. Afastamento da função. Assembléia Legislativa: instauração de processo. ADI 1.890-MC RTJ 188/58

PrCv Grave lesão à economia e à saúde públicas. (...) ***Suspensão de segurança.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

Trbt Guia de importação: data de emissão. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237

H

PrPn "Habeas corpus". (...) ***Competência originária.*** HC 82.499-QO RTJ 188/702

PrPn ***Habeas corpus.*** Descabimento. Extradição. Exame do mérito. HC 83.303 RTJ 188/217

PrPn ***Habeas corpus.*** Desistência: homologação. Senador: diplomação. Inquérito: avocação para o STF. HC 83.478 RTJ 188/1098

PrPn ***Habeas corpus.*** Julgamento no STF. Intervenção do querelante: possibilidade. Sustentação oral. HC 75.697-QO RTJ 188/183

Adm Homologação. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

PrCv ***Honorários advocatícios.*** Sucumbência recíproca. Cálculo: momento. RE 294.928-AgR RTJ 188/732

PrCv ***Honorários advocatícios.*** Sucumbência recíproca. CPC/73, art. 21, parágrafo único: inaplicabilidade. RE 294.928-AgR RTJ 188/732

I

Ct Idoso. (...) ***Medicamento.*** ADI 2.435-MC RTJ 188/589

Ct Ilegitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.873 RTJ 188/519

Trbt ***Imposto de renda – IR.*** Pessoa jurídica. Base de cálculo (demonstração financeira). Correção monetária. Lei nº 8.200/91, art. 3º, I. RE 201.465 RTJ 188/242

Trbt ***Imposto de Renda – IR.*** Vinculação a órgão, fundo ou despesa. Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES. ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.*** Isenção. Estado-membro. Água canalizada. ADI 2.224 RTJ 188/570

Trbt ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** Câmbio. Isenção. Guia de importação: data de emissão. Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. Decreto-Lei nº 2.434/88, art. 6º. AI 171.733-AgR RTJ 188/237

Trbt ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** Câmbio. Isenção: extensão descabida. Atuação do STF como legislador positivo: inadmissibilidade. Princípio da separação dos Poderes. AI 171.733-AgR RTJ 188/237

Adm Improdutividade. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.241 RTJ 188/131

Pn Imunidade material: ausência. (...) ***Crime contra a honra.*** Inq 1.400-QO RTJ 188/411

Ct Inconstitucionalidade formal já declarada pelo STF. (...) ***Processo legislativo.*** RE 332.249 RTJ 188/369

Ct Indicação de juiz sem os requisitos: inadmissibilidade. (...) ***Magistrado.*** MS 24.414 RTJ 188/663

PrPn Individualização da conduta: suficiência. (...) ***Denúncia.*** HC 83.369 RTJ 188/708

PrPn Inépcia inocorrente. (...) ***Denúncia.*** HC 83.369 RTJ 188/708

Adm Inexistência de direito à percepção de gratificação. (...) ***Servidor público estadual.*** AI 240.884-AgR RTJ 188/340

Pn Informação sobre investigação. (...) ***Ministério Público.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Ct Iniciativa de ambas as casas legislativas. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

PrPn Inquérito: avocação para o STF. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.478 RTJ 188/1098

PrPn ***Inquérito policial.*** Desarquivamento. Prova nova. Súmula 524. RHC 80.757 RTJ 188/200

Trbt Instituição. (...) ***Contribuição.*** RE 396.266 RTJ 188/1100

Ct Instituição. (...) ***Contribuição previdenciária.*** RE 351.717 RTJ 188/743

Ct Instituição financeira privada. (...) ***Estado-membro.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

Ct Instituição por emenda constitucional parlamentar. (...) ***Revisão constitucional.*** ADI 1.722-MC RTJ 188/46

PrPn Intervenção do querelante: possibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183

Ct ***Intervenção federal.*** Cumprimento de ordem judicial: limitação econômica. Proporcionalidade. Princípios constitucionais: conflito. IF 2.915 RTJ 188/596

Ct ***Intervenção federal.*** Precatório judicial. Limitação econômica do Estado. Dolo: ausência. IF 2.915 RTJ 188/596

Ct ***Intervenção federal.*** Precatório judicial. Princípio da proporcionalidade. Princípios constitucionais concorrentes. IF 2.915 RTJ 188/596

Adm Invasão por "sem-terra". (...) ***Desapropriação.*** MS 23.241 RTJ 188/131

Trbt Isenção. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS.*** ADI 2.224 RTJ 188/570

Trbt Isenção. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237

Trbt Isenção: extensão descabida. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237

J

Adm Juiz federal. (...) ***Magistrado.*** MS 24.305 RTJ 188/167

Adm Juiz mais antigo: recusa. (...) ***Magistrado.*** MS 24.305 RTJ 188/167

PrSTF Juízo de admissibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335 – RE 298.695 RTJ 188/349

PrSTF Juízo de mérito. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 298.695 RTJ 188/349

PrCv Juízo de primeiro grau. (...) ***Competência jurisdicional.*** AO 859-QO RTJ 188/10

PrCv Julgamento antecipado da lide. (...) ***Defesa.*** AI 153.467-AgR RTJ 188/225

PrPn Julgamento no STF. (...) ***Habeas corpus.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183

PrPn Justa causa. (...) ***Ação penal.*** HC 80.542 RTJ 188/195

PrGr Justiça comum. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 349.160 RTJ 188/740

PrPn Justiça Militar. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – "sursis" processual.*** HC 80.542 RTJ 188/195

L

PrPn Legitimidade. (...) ***Ação penal privada.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Ct Legitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.873 RTJ 188/519

PrGr Legitimidade ativa. (...) ***Ministério Público do Trabalho.*** ADI 1.852 RTJ 188/514

Adm Lei Complementar estadual nº 189/2000-SC. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.335 RTJ 188/105

PrGr Lei Complementar nº 75/93, art. 83, IV. (...) ***Ministério Público do Trabalho.*** ADI 1.852 RTJ 188/514

PrSTF Lei de greve: análise. (...) ***Recurso extraordinário trabalhista.*** AI 171.020-AgR RTJ 188/233

PrCv Lei nº 1.533/51, art. 19, redação da Lei nº 6.071/74. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.414 RTJ 188/663

Int Lei nº 6.815/80, art. 82, § 2º. (...) ***Prisão.*** HC 83.303 RTJ 188/217

Pn Lei nº 7.716/89, art. 20, redação da Lei nº 8.081/90. (...) ***Racismo.*** HC 82.424 RTJ 188/858

Trbt Lei nº 8.029/90, art. 8º, § 3º, redação das Leis nºs 8.154/90 e 10.668/03. (...) ***Contribuição.*** RE 396.266 RTJ 188/1100

PrPn Lei nº 8.137/90, arts. 1º e 2º. (...) ***Denúncia.*** Inq 1.656 RTJ 188/775

Trbt Lei nº 8.200/91, art. 3º, I. (...) ***Imposto de renda – IR.*** RE 201.465 RTJ 188/242

Ct Lei nº 8.212/91, art. 12, I, "h", redação da Lei nº 9.506/97, art. 13, § 1º: inconstitucionalidade. (...) ***Contribuição previdenciária.*** RE 351.717 RTJ 188/743

TrPrv Lei nº 8.880/94, art. 20, I. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 348.058-AgR RTJ 188/374

PrCv Lei nº 8.950/94. (...) ***Embargos de divergência.*** AI 152.621-AgR-EDv-AgR-ED RTJ 188/222

Ct Lei nº 9.096/95, art. 12. (...) ***Partido político.*** ADI 1.363 RTJ 188/407

PrPn Lei nº 9.099/95. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – "sursis" processual.*** HC 80.542 RTJ 188/195

PrPn Lei nº 9.099/95, art. 91. (...) ***Ação penal pública condicionada.*** HC 83.141 RTJ 188/704

Pn Lei nº 9.639/98, art. 11. (...) ***Anistia criminal.*** RE 332.249 RTJ 188/369

Ct Lei nº 9.639/98, art. 11, parágrafo único. (...) ***Processo legislativo.*** RE 332.249 RTJ 188/369

PrPn Lei nº 9.839/99: inaplicabilidade. (...) ***Suspensão condicional do processo penal – "sursis" processual.*** HC 80.542 RTJ 188/195

PrSTF Lei nº 9.869/99, art. 7º, § 2º. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.223-MC RTJ 188/535

Ct Lei nº 9.932/99. (...) ***Sistema Financeiro Nacional.*** ADI 2.223-MC RTJ 188/535

Trbt Lei ordinária. (...) ***Contribuição.*** RE 396.266 RTJ 188/1100

Ct Lei ordinária. (...) ***Contribuição previdenciária.*** RE 351.717 RTJ 188/743

Ct Lei ordinária. (...) ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Adm Lei revogada. (...) ***Vencimentos.*** RE 298.695 RTJ 188/349

PrCv Leilão realizado. (...) ***Medida liminar.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

PrPn Lesão corporal. (...) ***Ação penal pública condicionada.*** HC 83.141 RTJ 188/704

Ct Liberdade de expressão: limitação. (...) ***Direitos fundamentais.*** HC 82.424 RTJ 188/858

PrSTF Liminar deferida. (...) ***Reclamação.*** Rcl 718 RTJ 188/762 – Rcl 2.184 RTJ 188/525

Ct Limitação econômica do Estado. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596

Ct Lista tríplice: composição. (...) ***Magistrado.*** MS 24.414 RTJ 188/663

PrSTF Litigância de má-fé. (...) ***Agravo regimental.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

M

Adm ***Magistrado.*** Juiz federal. Promoção por antiguidade. Juiz mais antigo: recusa. Exame em separado: necessidade. CF/88, art. 93, II, "d". MS 24.305 RTJ 188/167

Ct	***Magistrado.*** Promoção por merecimento a TRT. Lista tríplice: composição. Indicação de juiz sem os requisitos: inadmissibilidade. CF/88, art. 93, II, "b" e "d". MS 24.414 RTJ 188/663
El	Magistrado aposentado: impossibilidade. (...) ***Tribunal Regional Eleitoral – TRE.*** RMS 23.123 RTJ 188/829
Adm	Magistrado, procurador de justiça e conselheiro do Tribunal de Contas. (...) ***Aposentadoria compulsória.*** ADI 98 RTJ 188/394
PrCv	***Mandado de segurança.*** Assistência: inadmissibilidade. Lei nº 1.533/51, art. 19, redação da Lei nº 6.071/74. MS 24.414 RTJ 188/663
PrCv	***Mandado de segurança.*** Cabimento: excepcionalidade. Ato jurisdicional. Decisão do presidente do STF. MS 24.159-QO RTJ 188/145
Ct	Mandado de segurança. (...) ***Competência originária.*** MS 24.414 RTJ 188/663 – MS 24.652-AgR RTJ 188/687
PrCv	***Mandado de segurança.*** Decadência: inocorrência. Ato complexo. Nomeação de juiz. MS 24.414 RTJ 188/663
PrSTF	Mandado de segurança. (...) ***Reclamação.*** Rcl 718 RTJ 188/762 – Rcl 2.184 RTJ 188/525
PrCv	***Mandado de segurança.*** Suspensão de liminar. Eficácia no tempo. Efeito prospectivo. Trânsito em julgado da decisão. Rcl 718 RTJ 188/762
El	***Mandato eletivo.*** Candidatura parlamentar nata. Princípio da autonomia partidária e da isonomia. ADI 2.530-MC RTJ 188/782
Pn	Manifestação do pensamento e exercício do mandato: nexo ausente. (...) ***Crime contra a honra.*** Inq 1.400-QO RTJ 188/411
Adm	Marinha. (...) ***Militar.*** RMS 24.607 RTJ 188/178
PrSTF	Matéria constitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 161.566-AgR RTJ 188/231
PrSTF	Matéria de ordem pública. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335
PrSTF	Matéria infraconstitucional. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 161.566-AgR RTJ 188/231 – RE 245.165-AgR RTJ 188/720 – AI 427.909-AgR RTJ 188/377
PrSTF	Matéria penal. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 338.127-AgR RTJ 188/738
PrSTF	Matéria pendente de julgamento no Tribunal Pleno. (...) ***Medida cautelar.*** AC 41-QO RTJ 188/3
Ct	Matéria reservada à iniciativa do Judiciário. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88
Ct	Matéria reservada a lei complementar. (...) ***Sistema Financeiro Nacional.*** ADI 2.223-MC RTJ 188/535

PrSTF Matéria trabalhista. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 262.157-AgR RTJ 188/343

Adm Média propriedade rural. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642 – MS 23.006 RTJ 188/642

Ct ***Medicamento.*** Desconto. Idoso. "Periculum in mora" inverso. ADI 2.435-MC RTJ 188/589

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Efeito "ex tunc". ADI 2.206-MC RTJ 188/527

PrSTF ***Medida cautelar.*** Efeito suspensivo a recurso extraordinário admitido. Matéria pendente de julgamento no Tribunal Pleno. AC 41-QO RTJ 188/3

PrSTF ***Medida cautelar.*** Recurso extraordinário inadmitido. Efeito suspensivo: impossibilidade. AC 45-AgR RTJ 188/390

PrCv ***Medida liminar.*** Ação cautelar. Banco do Estado de Santa Catarina – BESC. Privatização. Edital: anulação. Leilão realizado. AC 1-AgR RTJ 188/383

Ct Membros: reeleição. (...) ***Assembléia Legislativa.*** ADI 2.262-MC RTJ 188/581

Ct Mesa diretora. (...) ***Assembléia Legislativa.*** ADI 2.262-MC RTJ 188/581

Adm ***Militar.*** Marinha. Curso de Estado-Maior para Oficiais Intermediários – CEMOI. Capitão-tenente. Promoção a capitão-de-corveta: reprovação. Certame: modificação posterior. Situação jurídica consolidada. RMS 24.607 RTJ 188/178

Pn ***Ministério Público.*** Entrevista. Informação sobre investigação. Calúnia: não-configuração. RHC 83.091 RTJ 188/1089

PrGr ***Ministério Público do Trabalho.*** Legitimidade ativa. Ação de declaração de nulidade. Cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva. Lei Complementar nº 75/93, art. 83, IV. ADI 1.852 RTJ 188/514

Ct Mudança substancial: inexistência. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

PrSTF Multa. (...) ***Agravo regimental.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

N

Int Nacionalidade brasileira: opção. (...) ***Extradição.*** AC 70-QO RTJ 188/753

PrPn Narração genérica. (...) ***Denúncia.*** Inq 1.656 RTJ 188/775

PrCv Necessidade. (...) ***Suspensão de segurança.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

Adm Negativa de domínio. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

PrSTF Negativa de provimento. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 298.695 RTJ 188/349

PrCv Negativa inocorrente. (...) ***Prestação jurisdicional.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

Adm Nome do candidato: ausência. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

PrCv Nomeação de desembargador: impugnação. (...) ***Competência jurisdicional.*** AO 859-QO RTJ 188/10

Ct Nomeação de juiz. (...) ***Competência originária.*** MS 24.414 RTJ 188/663

PrCv Nomeação de juiz. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 24.414 RTJ 188/663

Adm Notificação prévia: necessidade. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Citação-edital.*** HC 81.335 RTJ 188/689

Adm Número de inscrição do candidato: indicação. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

O

Ct Obrigação de pequeno valor. (...) ***Precatório.*** ADI 3.057-MC RTJ 188/825

PrPn Ofendido ou representante legal. (...) ***Ação penal privada.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183

Pn Ofensa irrogada em campanha eleitoral. (...) ***Crime contra a honra.*** Inq 1.400-QO RTJ 188/411

PrSTF Ofensa reflexa. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 153.467-AgR RTJ 188/225 – AI 338.127-AgR RTJ 188/738

PrSTF Ofensa reflexa à Constituição Federal. (...) ***Recurso extraordinário trabalhista.*** AI 171.020-AgR RTJ 188/233

PrPn Oferecimento. (...) ***Queixa.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Adm Ônus da prova. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

Trbt Operação com combustível. (...) ***Contribuição social.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

Ct Órgão: criação por Estado-membro. (...) ***Poder Judiciário estadual.*** ADI 98 RTJ 188/394

P

Adm Parecer jurídico. (...) ***Processo administrativo.*** MS 24.073 RTJ 188/655

Ct Parlamentar. (...) ***Contribuição previdenciária.*** RE 351.717 RTJ 188/743

Pn Parlamentar. (...) ***Crime contra a honra.*** Inq 1.400-QO RTJ 188/411

Ct Participação do presidente da República. (...) ***Competência originária.*** MS 24.414 RTJ 188/663

Adm	Participação por força de liminar. (...) ***Concurso público.*** RMS 23.544-AgR RTJ 188/138
Ct	***Partido político.*** Funcionamento. Casas Legislativas. Lei nº 9.096/95, art. 12. ADI 1.363 RTJ 188/407
Ct	"Periculum in mora" inverso. (...) ***Medicamento.*** ADI 2.435-MC RTJ 188/589
Ct	Personalidade jurídica. (...) ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88
Ct	Pertinência temática: ausência. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.873 RTJ 188/519
PrPn	Pessoa jurídica. (...) ***Ação penal privada.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089
Trbt	Pessoa jurídica. (...) ***Imposto de renda – IR.*** RE 201.465 RTJ 188/242
Ct	***Poder Judiciário estadual.*** Controle externo. Órgão: criação por Estado-membro. Conselho Estadual de Justiça. Princípio da separação dos Poderes. Constituição do Estado de Mato Grosso/89, arts. 121 a 123: inconstitucionalidade. ADI 98 RTJ 188/394
PrPn	Policial militar. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 82.832 RTJ 188/1083
PrSTF	Policial militar inativo: promoção. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 427.909-AgR RTJ 188/377
Adm	Prazo de validade: término. (...) ***Concurso público.*** RMS 23.544-AgR RTJ 188/138
PrPn	Prazo: termo inicial. (...) ***Prescrição.*** HC 82.760 RTJ 188/213
Ct	***Precatório.*** Obrigação de pequeno valor. Regulamentação. Provimento expedido por TRT. ADI 3.057-MC RTJ 188/825
Ct	***Precatório.*** Suspensão. Presidente de Tribunal de Justiça. Decisão na ADI nº 1.098: descumprimento inocorrente. Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76
Ct	Precatório judicial. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596
Ct	Prefeitura comunitária. (...) ***Distrito Federal.*** ADI 1.706-MC RTJ 188/439
PrSTF	Prejudicialidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 1.137 RTJ 188/17
PrSTF	Prequestionamento. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 338.127-AgR RTJ 188/738 – RE 349.160 RTJ 188/740
PrSTF	Prequestionamento explícito: necessidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 161.566-AgR RTJ 188/231
PrPn	Prequestionamento: inexigibilidade. (...) ***Recurso de "habeas corpus".*** RHC 80.757 RTJ 188/200
PrSTF	Prequestionamento: momento. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 262.157-AgR RTJ 188/343

PrPn	***Prescrição.*** Prazo: termo inicial. Crime militar. Prescrição da pretensão punitiva: inocorrência. HC 82.760 RTJ 188/213
PrPn	Prescrição da pretensão punitiva: inocorrência. (...) ***Prescrição.*** HC 82.760 RTJ 188/213
Pn	Prescrição: impossibilidade. (...) ***Racismo.*** HC 82.424 RTJ 188/858
Ct	Presidente de Tribunal de Justiça. (...) ***Precatório.*** Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76
PrCv	***Prestação jurisdicional.*** Decisão desfavorável. Negativa inocorrente. RE 245.165-AgR RTJ 188/720
El	Princípio da autonomia partidária e da isonomia. (...) ***Mandato eletivo.*** ADI 2.530-MC RTJ 188/782
PrPn	Princípio da indivisibilidade. (...) ***Ação penal privada.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089
Adm	Princípio da irredutibilidade de vencimentos. (...) ***Vencimentos.*** RE 298.695 RTJ 188/349
Adm	Princípio da isonomia. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527
Trbt	Princípio da isonomia: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237
PrSTF	Princípio da legalidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720
Ct	Princípio da proporcionalidade. (...) ***Direitos fundamentais.*** HC 82.424 RTJ 188/858
Ct	Princípio da proporcionalidade. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596
Adm	Princípio da publicidade. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527
Trbt	Princípio da separação dos Poderes. (...) ***Imposto sobre Operações Financeiras – IOF.*** AI 171.733-AgR RTJ 188/237
Ct	Princípio da separação dos Poderes. (...) ***Poder Judiciário estadual.*** ADI 98 RTJ 188/394
Adm	Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. (...) ***Processo administrativo.*** MS 22.791 RTJ 188/124
Ct	Princípios constitucionais concorrentes. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596
Ct	Princípios constitucionais: conflito. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596
Int	***Prisão.*** Extradição. Constrangimento ilegal inocorrente. HC 83.303 RTJ 188/217
Int	***Prisão.*** Extradição. Excesso de prazo inocorrente. Súmula 2: inaplicabilidade. Lei nº 6.815/80, art. 82, § 2º. HC 83.303 RTJ 188/217

Int Prisão domiciliar: concessão. (...) ***Extradição.*** AC 70-QO RTJ 188/753

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Policial militar. Ameaça a testemunha. HC 82.832 RTJ 188/1083

PrCv Privatização. (...) ***Medida liminar.*** AC 1-AgR RTJ 188/383

Adm Procedimento preparatório. (...) ***Processo administrativo.*** MS 22.791 RTJ 188/124

Adm ***Processo administrativo.*** Responsabilidade administrativa solidária. Advogado. Empresa estatal. Parecer jurídico. Dispensa de licitação. MS 24.073 RTJ 188/655

Adm ***Processo administrativo.*** Sindicância. Procedimento preparatório. Caráter inquisitivo. Princípio do contraditório e da ampla defesa: ofensa inocorrente. MS 22.791 RTJ 188/124

Int Processo em curso. (...) ***Extradição.*** AC 70-QO RTJ 188/753

Ct ***Processo legislativo.*** Dispositivo indevidamente inserido em lei. Inconstitucionalidade formal já declarada pelo STF. Lei nº 9.639/98, art. 11, parágrafo único. RE 332.249 RTJ 188/369

Ct ***Processo legislativo.*** Emenda constitucional de iniciativa parlamentar. Regime jurídico de servidor público estadual. ADCT da Constituição do Estado de Minas Gerais/89, art. 23, redação da EC nº 45/2000: inconstitucionalidade. ADI 2.939 RTJ 188/821

Ct ***Processo legislativo.*** Matéria reservada à iniciativa do Judiciário. Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES: criação. ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Ct ***Processo legislativo.*** Proposta de emenda constitucional. Alteração na Câmara dos Deputados. Aprovação pelo Senado Federal. Retorno à Casa iniciadora: inocorrência. Mudança substancial: inexistência. Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF. CF/88, art. 60, § 2°. ADI 2.031 RTJ 188/80

Ct ***Processo legislativo.*** Proposta de emenda constitucional. Destaque supressivo: alteração substancial. Votação em dois turnos: desrespeito. Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF. ADCT da Constituição Federal/88, art. 75, § 3°: inconstitucionalidade. ADI 2.031 RTJ 188/80

Ct ***Processo legislativo.*** Proposta de emenda constitucional. Iniciativa de ambas as casas legislativas. CF/88, art. 60, I. ADI 2.031 RTJ 188/80

PrCv Procuradoria da Fazenda Nacional. (...) ***Representação processual.*** RE 201.465 RTJ 188/242

PrCv Produção de prova: desnecessidade. (...) ***Defesa.*** AI 153.467-AgR RTJ 188/225

Trbt Programa de Integração Social – PIS. (...) ***Contribuição social.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

Adm Promoção a capitão-de-corveta: reprovação. (...) ***Militar.*** RMS 24.607 RTJ 188/178

Adm Promoção por antiguidade. (...) ***Magistrado.*** MS 24.305 RTJ 188/167

Ct Promoção por merecimento a TRT. (...) ***Magistrado.*** MS 24.414 RTJ 188/663

Ct Proporcionalidade. (...) ***Intervenção federal.*** IF 2.915 RTJ 188/596

Ct Proposta de emenda constitucional. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80 – ADI 2.031 RTJ 188/80

PrPn Prova nova. (...) ***Inquérito policial.*** RHC 80.757 RTJ 188/200

Adm Provimento. (...) ***Cargo público.*** ADI 2.939 RTJ 188/821

Ct Provimento expedido por TRT. (...) ***Precatório.*** ADI 3.057-MC RTJ 188/825

PrSTF Provimento suspenso: efetivação. (...) ***Reclamação.*** Rcl 718 RTJ 188/762

Q

PrPn ***Queixa.*** Oferecimento. Classificação do crime: erro. "Emendatio" ou "mutatio libelli": possibilidade. RHC 83.091 RTJ 188/1089

PrPn ***Queixa.*** Recebimento. Especificação do crime: necessidade. RHC 83.091 RTJ 188/1089

R

Ct ***Racismo.*** Configuração. Anti-semitismo. CF/88, arts. 3°, IV; 4°, VIII; e 5°, XLII. HC 82.424 RTJ 188/858

Pn ***Racismo.*** Discriminação e preconceito contra judeu. Prescrição: impossibilidade. CF/88, art. 5°, XLII. Lei n° 7.716/89, art. 20, redação da Lei n° 8.081/90. HC 82.424 RTJ 188/858

PrSTF Razões de Estado ou motivos de ordem pública. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrSTF Razões de recurso extraordinário: reiteração. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 186.547-AgR RTJ 188/715

PrSTF Razões de recurso extraordinário: reiteração. (...) ***Agravo regimental.*** RE 245.165-AgR RTJ 188/720

Adm Reajuste. (...) ***Vencimentos.*** RE 298.695 RTJ 188/349

PrPn Recebimento. (...) ***Queixa.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Ct Receita. (...) ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

PrSTF ***Reclamação.*** Mandado de segurança. Liminar deferida. Suspensão de eficácia pelo STF. Decisão de mérito confimatória da liminar. Provimento suspenso: efetivação. Descumprimento de decisão do STF. Rcl 718 RTJ 188/762

PrSTF ***Reclamação.*** Mandado de segurança. Liminar deferida. Suspensão de eficácia por outro mandado de segurança. Competência do STF: usurpação inocorrente. Rcl 2.184 RTJ 188/525

PrCv Reclamação: negativa de seguimento. (...) ***Competência.*** Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76

PrPn ***Recurso de "habeas corpus".*** Prequestionamento: inexigibilidade. RHC 80.757 RTJ 188/200

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Ação rescisória. Fundamentos da decisão rescindenda: impugnação. AC 45-AgR RTJ 188/390

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Fundamentação. Razões de Estado ou motivos de ordem pública. RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Juízo de admissibilidade. Juízo de mérito. CF/88, art. 102, III, "a". RE 298.695 RTJ 188/349

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Juízo de admissibilidade. Tempestividade. Matéria de ordem pública. Conhecimento "ex officio". AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Juízo de admissibilidade. Tribunais "ad quem" e "a quo": independência. AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria constitucional. Prequestionamento explícito: necessidade. AI 161.566-AgR RTJ 188/231

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Direito processual. Tempestividade de recurso. AI 161.566-AgR RTJ 188/231

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Policial militar inativo: promoção. AI 427.909-AgR RTJ 188/377

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria infraconstitucional. Princípio da legalidade. Correção monetária. Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. RE 245.165-AgR RTJ 188/720

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Matéria trabalhista. Prequestionamento: momento. AI 262.157-AgR RTJ 188/343

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Negativa de provimento. Fundamento constitucional diverso. RE 298.695 RTJ 188/349

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Ofensa reflexa. AI 153.467-AgR RTJ 188/225 – AI 338.127-AgR RTJ 188/738

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Prequestionamento. Embargos de declaração. Súmula 356. RE 349.160 RTJ 188/740

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Prequestionamento. Matéria penal. AI 338.127-AgR RTJ 188/738

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Reexame de prova. Súmula 279. AI 153.467-AgR RTJ 188/225

PrSTF Recurso extraordinário inadmitido. (...) ***Medida cautelar.*** AC 45-AgR RTJ 188/390

PrSTF ***Recurso extraordinário trabalhista.*** Ofensa reflexa à Constituição Federal. Lei de greve: análise. AI 171.020-AgR RTJ 188/233

El Reeleição. (...) ***Cargo eletivo.*** ADI 1.805-MC RTJ 188/448

PrSTF Reexame de prova. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 153.467-AgR RTJ 188/225

Adm Reforma agrária. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642 – MS 23.006 RTJ 188/642 – MS 23.241 RTJ 188/131

Adm Reforma agrária: impossibilidade. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

Ct Regime jurídico de servidor público estadual. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.939 RTJ 188/821

Ct Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, art. 101. (...) ***Controle difuso de constitucionalidade.*** RE 348.058-AgR RTJ 188/374

PrCv Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF, art. 330: inteligência. (...) ***Embargos de divergência.*** RE 205.985-EDv-AgR RTJ 188/718

Adm Registro anterior ao decreto expropriatório. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

Ct Regulamentação. (...) ***Precatório.*** ADI 3.057-MC RTJ 188/825

PrCv Relator. (...) ***Competência.*** Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76

Ct Relator. (...) ***Controle difuso de constitucionalidade.*** RE 348.058-AgR RTJ 188/374

PrPn Renúncia. (...) ***Ação penal privada.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

PrPn Representação do ofendido: exigência. (...) ***Ação penal pública condicionada.*** HC 83.141 RTJ 188/704

PrCv ***Representação processual.*** União Federal. Procuradoria da Fazenda Nacional. Causa de natureza fiscal. RE 201.465 RTJ 188/242

PrPn Requisitos. (...) ***Denúncia.*** Inq 1.656 RTJ 188/775

Trbt Resolução do Conselho da Magistratura. (...) ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Adm Responsabilidade administrativa solidária. (...) ***Processo administrativo.*** MS 24.073 RTJ 188/655

PrPn Responsabilidadede penal objetiva: inadmissibilidade. (...) ***Denúncia.*** Inq 1.656 RTJ 188/775

Ct Retorno à Casa iniciadora: inocorrência. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

PrPn Réu não encontrado. (...) ***Citação-edital.*** HC 81.335 RTJ 188/689

Ct ***Revisão constitucional.*** Estado-membro. Instituição por emenda constitucional parlamentar. ADI 1.722-MC RTJ 188/46

S

Ct Seguro, resseguro e órgão fiscalizador. (...) ***Sistema Financeiro Nacional.*** ADI 2.223-MC RTJ 188/535

PrPn Senador: diplomação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 83.478 RTJ 188/1098

Adm Serventuário da justiça. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Trbt Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. (...) ***Contribuição.*** RE 396.266 RTJ 188/1100

Adm ***Servidor público estadual.*** Estabilidade financeira. Inexistência de direito à percepção de gratificação. Direito adquirido a regime jurídico: ausência. AI 240.884-AgR RTJ 188/340

Adm Servidor público municipal. (...) ***Vencimentos.*** RE 298.695 RTJ 188/349

Adm Servidor público não-estável. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

Adm Sindicância. (...) ***Processo administrativo.*** MS 22.791 RTJ 188/124

Ct ***Sistema Financeiro Nacional.*** Matéria reservada a lei complementar. Seguro, resseguro e órgão fiscalizador. Lei nº 9.932/99. ADI 2.223-MC RTJ 188/535

Adm Situação jurídica consolidada. (...) ***Militar.*** RMS 24.607 RTJ 188/178

PrPn Sócio-gerente. (...) ***Ação penal privada.*** RHC 83.091 RTJ 188/1089

Trbt Substituição tributária "para frente". (...) ***Contribuição social.*** MS 24.159-QO RTJ 188/145

PrCv Sucumbência recíproca. (...) ***Honorários advocatícios.*** RE 294.928-AgR RTJ 188/732

Int Súmula 2: inaplicabilidade. (...) ***Prisão.*** HC 83.303 RTJ 188/217

PrSTF Súmula 279. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 153.467-AgR RTJ 188/225

PrCv Súmula 288. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331

PrSTF Súmula 356. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 349.160 RTJ 188/740

PrGr Súmula 501. (...) ***Competência jurisdicional.*** RE 349.160 RTJ 188/740

PrPn Súmula 524. (...) ***Inquérito policial.*** RHC 80.757 RTJ 188/200

PrPn Súmula 594. (...) ***Ação penal privada.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183

PrCv Súmula 599. (...) ***Embargos de divergência.*** AI 152.621-AgR-EDv-AgR-ED RTJ 188/222

Ct Superior Tribunal de Justiça – STJ. (...) ***Competência originária.*** MS 24.652-AgR RTJ 188/687 – HC 82.499-QO RTJ 188/702

Ct Supremo Tribunal Federal – STF. (...) ***Competência originária.*** MS 24.414 RTJ 188/663

Int Suspensão. (...) ***Extradição.*** AC 70-QO RTJ 188/753

Ct Suspensão. (...) ***Precatório.*** Rcl 1.945-AgR RTJ 188/76

PrPn ***Suspensão condicional do processo penal – "sursis" processual.*** Justiça Militar. Fato anterior à lei vigente. Lei nº 9.099/95. Lei nº 9.839/99: inaplicabilidade. HC 80.542 RTJ 188/195

PrSTF Suspensão de eficácia pelo STF. (...) ***Reclamação.*** Rcl 718 RTJ 188/762

PrSTF Suspensão de eficácia por outro mandado de segurança. (...) ***Reclamação.*** Rcl 2.184 RTJ 188/525

PrCv Suspensão de liminar. (...) ***Mandado de segurança.*** Rcl 718 RTJ 188/762

PrSTF ***Suspensão de segurança.*** Conversão em reclamação. Rcl 718 RTJ 188/762

PrCv ***Suspensão de segurança.*** Necessidade. Decurso de tempo. Grave lesão à economia e à saúde públicas. MS 24.159-QO RTJ 188/145

PrPn Sustentação oral. (...) ***Habeas corpus.*** HC 75.697-QO RTJ 188/183

PrSTF Sustentação oral: descabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.223-MC RTJ 188/535

PrCv Sustentação oral: impossibilidade. (...) ***Agravo regimental.*** RE 227.089-AgR-QO RTJ 188/310

T

Trbt Taxa: fixação. (...) ***Fundo Especial do Tribunal de Justiça – FETJES.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

PrSTF Tempestividade. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335

PrSTF Tempestividade de recurso. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 161.566-AgR RTJ 188/231

PrCv Tempestividade: prova. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 240.141-AgR RTJ 188/335

Adm Teoria do fato consumado: inaplicabilidade. (...) ***Concurso público.*** RMS 23.544-AgR RTJ 188/138

Adm Título: pontuação. (...) ***Concurso público.*** ADI 2.206-MC RTJ 188/527

PrPn Trancamento: impossibilidade. (...) ***Ação penal.*** HC 80.542 RTJ 188/195

PrCv Trânsito em julgado da decisão. (...) ***Mandado de segurança.*** Rcl 718 RTJ 188/762

PrCv Traslado deficiente. (...) ***Agravo de instrumento.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335

PrSTF Tribunais "ad quem" e "a quo": independência. (...) ***Recurso extraordinário.*** AI 239.124-AgR RTJ 188/331 – AI 240.141-AgR RTJ 188/335

El ***Tribunal Regional Eleitoral – TRE.*** Composição. Vaga de advogado. Magistrado aposentado: impossibilidade. Código Eleitoral/65, art. 25, § 2°. RMS 23.123 RTJ 188/829

U

PrCv União Federal. (...) ***Representação processual.*** RE 201.465 RTJ 188/242

V

El Vaga de advogado. (...) ***Tribunal Regional Eleitoral – TRE.*** RMS 23.123 RTJ 188/829

TrPrv Valor nominal. (...) ***Benefício previdenciário.*** RE 348.058-AgR RTJ 188/374

Adm ***Vencimentos.*** Servidor público municipal. Reajuste. Direito adquirido. Lei revogada. Princípio da irredutibilidade de vencimentos. RE 298.695 RTJ 188/349

Trbt Vinculação a órgão, fundo ou despesa. (...) ***Imposto de Renda – IR.*** ADI 2.123-MC RTJ 188/88

Adm Vistoria. (...) ***Desapropriação.*** MS 23.006 RTJ 188/642

Ct Votação em dois turnos: desrespeito. (...) ***Processo legislativo.*** ADI 2.031 RTJ 188/80

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

1	(AC-AgR)	Rel.: Min. Ellen Gracie	188/383
41	(AC-QO)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/3
45	(AC-AgR)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/390
70	(AC-QO)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	188/753
98	(ADI)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	188/394
718	(Rcl)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/762
814	(Inq)	Rel.: Min. Maurício Corrêa	188/5
859	(AO-QO)	Rel. p/ o ac.: Min. Maurício Corrêa	188/10
1.137	(ADI)	Rel.: Min. Ilmar Galvão	188/17
1.363	(ADI)	Rel.: Min. Marco Aurélio	188/407
1.400	(Inq-QO)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/411
1.656	(Inq)	Rel.: Min. Ellen Gracie	188/775
1.706	(ADI-MC)	Rel.: Min. Nelson Jobim	188/439
1.722	(ADI-MC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	188/46
1.805	(ADI-MC)	Rel.: Min. Néri da Silveira	188/448
1.852	(ADI)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/514
1.873	(ADI)	Rel.: Min. Marco Aurélio	188/519
1.890	(ADI-MC)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/58
1.945	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/76
2.031	(ADI)	Rel.: Min. Ellen Gracie	188/80
2.123	(ADI-MC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	188/88
2.184	(Rcl)	Rel.: Min. Marco Aurélio	188/525
2.206	(ADI-MC)	Rel.: Min. Nelson Jobim	188/527
2.223	(ADI-MC)	Rel.: Min. Maurício Corrêa	188/535
2.224	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Nelson Jobim	188/570
2.262	(ADI-MC)	Rel.: Min. Nelson Jobim	188/581

2.335	(ADI)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	188/105
2.435	(ADI-MC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	188/589
2.530	(ADI-MC)	Rel.: Min. Sydney Sanches	188/782
2.915	(IF)	Rel. p/ o ac.: Min. Gilmar Mendes	188/596
2.939	(ADI)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	188/821
2.997	(ADI-MC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	188/116
3.057	(ADI-MC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	188/825
22.791	(MS)	Rel.: Min. Cezar Peluso	188/124
23.006	(MS)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/642
23.123	(RMS)	Rel. p/ o ac.: Min. Nelson Jobim	188/829
23.241	(MS)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/131
23.544	(RMS-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/138
24.073	(MS)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/655
24.159	(MS-QO)	Rel.: Min. Ellen Gracie	188/145
24.305	(MS)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	188/167
24.414	(MS)	Rel.: Min. Cezar Peluso	188/663
24.607	(RMS)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/178
24.652	(MS-AgR)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/687
75.697	(HC-QO)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/183
80.542	(HC)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/195
80.757	(RHC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	188/200
81.335	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Ellen Gracie	188/689
82.424	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Maurício Corrêa	188/858
82.499	(HC-QO)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	188/702
82.760	(HC)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/213
82.832	(HC)	Rel.: Min. Gilmar Mendes	188/1083
83.091	(RHC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	188/1089
83.141	(HC)	Rel.: Min. Marco Aurélio	188/704
83.303	(HC)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	188/217
83.369	(HC)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/708
83.478	(HC)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/1098
152.621	(AI-AgR-EDv-AgR-ED)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/222
153.467	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/225
161.566	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/231
171.020	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/233
171.733	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/237
186.547	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/715
201.465	(RE)	Rel. p/ o ac.: Min. Nelson Jobim	188/242
205.985	(RE-EDv-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	188/718
227.089	(RE-AgR-QO)	Rel.: Min. Maurício Corrêa	188/310
239.124	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/331
240.141	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/335
240.884	(AI-AgR)	Rel. p/ o ac.: Min. Celso de Mello	188/340
245.165	(RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/720
262.157	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/343

273.920	(AI-AgR-ED)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/730
294.928	(RE-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/732
298.695	(RE)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	188/349
332.249	(RE)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	188/369
338.127	(AI-AgR)	Rel.: Min. Celso de Mello	188/738
348.058	(RE-AgR)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	188/374
349.160	(RE)	Rel.: Min. Sepúlveda Pertence	188/740
351.717	(RE)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/743
396.266	(RE)	Rel.: Min. Carlos Velloso	188/1100
427.909	(AI-AgR)	Rel.: Min. Carlos Britto	188/377