

RESENHA¹

Caso Ellwanger: Racismo versus Liberdade de Expressão

Habeas Corpus 82.424-2/RS/2004

Hellen Caroline Pereira Fernandes²

Referência da obra resenhada

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 82.424-2. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ: 19.03.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 12/04/2019.

A liberdade de expressão é um direito albergado pela Constituição Federal³ e está intimamente interligada com o Estado Democrático de Direito, isto porque, quando se evoca os valores democráticos de uma sociedade, pauta-se em princípios fraternos, pluralistas e sem preconceitos, os quais estão fundados na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça .

Todavia, a liberdade de expressão não é absoluta quando confrontada com outro direito fundamental e é necessário que haja cedência entre direitos para que

¹ Recebida em 11/02/2019. Aceita para publicação em 27/03/2019.

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional. Bolsa Produtividade Uninter. Advogada. E-mail: hellen-fe@hotmail.com

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

V - o pluralismo político.

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença

Art. 220 A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

esses possam conviver em harmonia. Nesse ponto, quando se inaugura o capítulo dos direitos, a Magna Carta traz em seu bojo outros princípios que merecem atenção, como igualdade e não-discriminação.

Quando se relaciona a liberdade de expressão com atos considerados ofensivos e que agredem outros direitos fundamentais, uma discussão acirrada é trazida à tona, tendo em vista a necessidade de se tutelar adequadamente os envolvidos em eventuais litígios.

Nessa senda, um caso emblemático que revela esse confronto de direitos fundamentais foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2004 e ficou conhecido como caso Ellwanger (Habeas Corpus 82.424-2).

Siegfried Ellwanger Castan (1928 – 2010) foi um editor gaúcho responsável pela Editora e Livraria Revisão, a qual se propunha realizar um *reversionismo histórico*, isto é, contar a história sob uma outra perspectiva que não a do vencedor.

Com essa característica dita revisionista, em 1987, Ellwanger publicou uma obra intitulada de *“Holocausto judeu ou alemão – nos bastidores da mentira do século”*, onde abordou a questão da segunda guerra mundial e o holocausto judeu. Para Siegfried, os fatos ocorridos foram distorcidos e inventados, questionando, por exemplo, o número de mortes atribuídas ao regime nazista, bem como, a manipulação de imagens e fotografias. Logo, para o autor, o holocausto judeu teria sido uma farsa.

Com a edição da referida obra, a promotoria de Porto Alegre, tendo como assistente de acusação o Mopar – Movimento Popular Antirracista, denunciou Ellwanger duas vezes (1990 e 1996) por crime de racismo e por induzir e incitar o preconceito e discriminação – art. 20 da Lei 7.716/1989 -, ficando preso por quase dois anos e teve a venda dos livros proibida.

No último processo em que figurou como réu (Processo-crime n.º 1397026988 – 08720), Ellwanger foi paciente no *Habeas Corpus* 82.424-2 perante o STF, o qual fora movido como o intuito de destipificar o ato como crime de racismo. A votação se deu da seguinte forma:

À favor da concessão do *HC* se posicionaram Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, os quais utilizaram como principais argumentos (i) a liberdade de manifestação do pensamento; (ii) respeito da liberdade religiosa; (iii) liberdade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura; (iv) direito ao acesso à informação e (v) liberdade de expressão jornalística.

Contra a concessão votaram Gilmar Mendes, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso, Celso de Mello e Maurício Corrêa. Esses ministros se posicionaram no sentido de haver (i) prática inconciliável com os princípios do Estado Democrático de Direito; (ii) necessidade de ponderação entre o direito fundamental à liberdade de expressão (valor relativo) e o princípio da dignidade da pessoa humana (valor absoluto), este princípio deve se sobressair; (iii) liberdades públicas não são incondicionais, por isso é necessário que sejam exercidas de maneira harmônica com os demais direitos e princípios fundamentais; (iv) a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII, CF).

Assim, a discussão no Plenário orbitou na questão do antissemitismo ser enquadrado como crime de racismo, havendo, por consequência a discussão do fenômeno social e biológico denominado como “raça” e os demais elementos daí concêntricos, como a (in)prescritibilidade, por exemplo.

O acórdão exarou o entendimento de que o crime de racismo é caracterizado por meio de atos que ofendem princípios nos quais se funda e se desenvolve a sociedade, qual seja, ser alicerçada no respeito à *dignidade da pessoa humana*. Assim, foi reconhecida que a edição e publicação das obras que veiculam ideias antissemitas, que negam e subvertem fatos históricos incontestáveis, acabam por tentar pregar a inferioridade do povo judeu, o que traduz à incitação à discriminação utilizando conteúdo racista.

Para o Plenário, a conduta de Ellwanger consistiu em publicação racista explícita e dolosamente dirigida contra os judeus, tipificando o ato como crime de racismo. Nessa mesma oportunidade, assentou-se que a garantia constitucional da liberdade de expressão não é absoluta e pode ser mitigada quando ultrapassar seus limites morais e jurídicos, razão pela qual, no Habeas Corpus 82.424-2, a garantia da liberdade de expressão foi relativizada em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana e, por consequência, o Plenário do Tribunal, por maioria de votos, denegou a ordem.

Quando se trabalha as teses vencidas, um dos votos que mais chama atenção é do Min. Marco Aurélio ao se posicionar a favor da concessão do *mandamus*. Em seu voto, o Ministro pontuou o problema da censura - direta ou indireta, prévia ou posterior, administrativa ou judicial -, bem como, a livre manifestação do pensamento e das opiniões, liberdade de opinião e expressão; a liberdade de ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e ideias por

quaisquer meios, uma vez que tais direitos asseguram a todos os cidadãos o direito para o exercício da democracia.

Ainda, para Marco Aurélio, é a partir da proteção ao pensamento das minorias que a liberdade se apresenta como um típico direito fundamental de defesa, que traz em seu cerne um espaço imune a restrições de qualquer tipo e, de tal modo, “*há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de se adotar sempre o pensamento do politicamente correto*”, pois, caso contrário, tais limitações feririam a liberdade dos demais indivíduos pela imposição das ideias e pensamentos, criando a falácia de existir apenas uma resposta possível para as perguntas dadas.

Sob essa perspectiva, para que fosse configurado crime de racismo, segundo o Min. Marco Aurélio, seria necessário que o autor difundisse suas ideias de forma agressiva e incitando a prática de crime, por exemplo, com palavras de ordem “matem os judeus” ou “expulsem os judeus do País”. Entrementes, Ellwanger apenas escreveu a história a partir dos seus olhos e, para tanto, realizou pesquisa científica, exercitando a livre expressão intelectual do escritor e editor, conforme previsto nos incisos IV, VIII e XIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Veja, não se defende aqui qualquer tipo de preconceito racial ou cultural, tampouco, a incitação ao crime. Qualquer ato que viole os direitos fundamentais deve ser completamente rechaçado e punido. Todavia, quando o julgador se encontra diante de tais situações, verifica-se a necessidade de analisar de forma cautelosa, pois, aqui, se trata de conflito entre direitos fundamentais e qualquer limitação e tolhimento equivocado significa desestruturar o Estado Democrático de Direito.

Apesar dos profundos estudos e relatos da Segunda Guerra Mundial, que envolve mortes, campos de concentração e as mais inimagináveis torturas – e por mais repugnante que se possa parecer “defender” os alemães – leia-se Hitler e nazistas – é incontestável o direito à liberdade de expressão em todos os seus desdobramentos e a possibilidade de um historiador escrever uma obra a partir das suas pesquisas e dos seus estudos.

Ao se compulsar o livro “*Holocausto judeu ou alemão – nos bastidores da mentira do século*”, verifica-se a narrativa de pequenos contos que busca *revisar* aquilo que sempre foi propagado pelos demais historiadores. Ellwanger traz nos seus escritos teorias que confrontam os dados amplamente divulgados, como

números de mortos; o apoio dos cidadãos alemães e de demais nacionalidades; a inexistência de câmara de gás; imagens que foram utilizadas em contextos diferentes, bem como, manipuladas e editadas, etc.

Mesmo com a estranheza das informações e com um pouco da dificuldade que o leitor tem para compreender a obra, não se verifica qualquer apologia ou incitação ao crime.

Desta feita, assenta-se o entendimento em consonância ao posicionamento do Ministro Marco Aurélio. O cuidado que se procura ter está fundamentado na proteção da liberdade de expressão, pois é a partir dela que se pode construir uma sociedade democrática, uma vez que o próprio princípio democrático reside na possibilidade de diálogo e na convivência pacífica das diferenças.

O que importa salientar é que nenhum direito é absoluto e sem qualquer tipo de restrição. O ordenamento constitucional brasileiro não abriga o uso desenfreado da liberdade de expressão quando utilizada de forma arbitrária e desmedida para a propagação de ideais racistas e preconceituosas, todavia, não se verifica que foi essa a conduta perpetrada por Siegfried Ellwanger.

Tolher a liberdade de expressão, inclusive com a pena de reclusão, se revela absolutamente equivocada, remetendo-nos a tempos sombrios em que ideias e liberdade de pensamentos eram tidas como ameaças. A pena para quem pensava “além” era a tortura, o exílio e o desaparecimento. Qualquer posicionamento que transite entre esses paralelos precisa cuidado redobrado, caso contrário, o pensar e divergir voltará a ser perigoso.