



# **O conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana no Supremo Tribunal Federal - HC 82.424-2 RS**

Trabalho de conclusão de curso da Escola de Formação

**Mayra Zago de Faria Custódio Gouveia**

**Orientador: Denise Vasques**

**2005**

## **Sumário**

Introdução.....	5
A liberdade de expressão no HC 82424-2.....	10
A dignidade da pessoa humana no HC 82424-2.....	17
O conflito entre os princípios no HC 82424-2.....	21
Conclusão.....	29

## **Introdução**

O objetivo principal deste trabalho é analisar o conflito entre os princípios da dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão sob a ótica e percepção do Supremo Tribunal Federal, a partir daqui referido como STF.

Para construir esta análise escolhi o *habeas corpus* 82.424-2 do Rio Grande do Sul, que tem como paciente o escritor e editor Siegfried Ellwanger Castan. Essa escolha deu-se por alguns motivos específicos, como a relevância nacional que este caso teve na época em que foi decidido e pela importância que o caso tem para toda a comunidade e em especial a comunidade jurídica, tendo em vista que os princípios em voga são basilares do Estado democrático de Direito e da própria vida em sociedade.

O próprio ministro Marco Aurélio de Mello em trecho de seu voto afirma ser a questão referente a esse *habeas corpus* “uma das mais importantes - se não a mais importante - apreciada por este colegiado nos treze anos” em que ele fez parte deste.

Esta decisão vai além de confrontar os princípios da liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana; este acórdão demonstra a posição do STF com relação ao racismo, que é o ponto que a sociedade depreende de tal decisão. Ou seja, apesar de o acórdão estar baseado no confronto entre princípios constitucionais a sociedade absorve dele simplesmente o fator relacionado ao racismo. Por ser parte da vida do povo brasileiro, o racismo faz com que este acórdão se torne “jurisprudência simbólica” segundo os próprios Ministros. O ministro Marco Aurélio, citando Marcelo Neves considera este caso uma “jurisprudência álibi, pois dá aparência de solução aos problemas sociais ou só tenta convencer o público das boas intenções do julgador”.

Foi um caso amplamente discutido na mídia, de forma que a opinião pública esteve presente em todos os momentos de tomada de decisão, tendo considerado o caso um marco na jurisprudência dos direitos humanos<sup>1</sup>. Pode-se constatar a grande importância que a opinião pública deu para o caso através da busca de notícias em jornais, revistas, ou ainda na *internet* da época do julgamento, verificando-se não só a quantidade de artigos publicados, mas também a relevância que eles atribuem a tal decisão.

O Ministro Marco Aurélio também diz que este acórdão se torna jurisprudência simbólica por deixar sobressair a defesa do pensamento antinazista, quando o que está realmente em jogo é a liberdade de expressão do pensamento.

No primeiro capítulo, intitulado “liberdade de expressão no HC 82.424-2”, tenho como meta extrair do acórdão a definição e entendimento dos Ministros do STF acerca deste princípio no específico caso concreto. Nesta ocasião utilizarei todos os Ministros que citam o princípio em seu voto, ainda que não conflitem com o outro em questão.

Após esta constatação farei exatamente da mesma forma com o princípio da dignidade da pessoa humana, mais uma vez utilizando todos os Ministros que justificam sua decisão baseados neste princípio, ou que em qualquer momento do voto valem-se dele em algum sentido. Esta análise será feita no segundo capítulo que tem como cabeçalho “a dignidade da pessoa humana no HC 82.424-2”.

Em um terceiro momento farei uma explanação acerca do embate entre estes dois princípios no material selecionado<sup>2</sup>. Assim, terei ao final

---

<sup>1</sup> LAFER, Celso – O STF e o racismo: o caso Ellwanger | <http://www.jgbr.com.br/artigos/artigo001.html>

<sup>2</sup> Nesta ocasião de demonstração do conflito na corte, me limitarei a utilizar os Ministros que suscitam e reconhecem este conflito entre princípios no interior de seus votos.

deste trabalho uma amostra de como fica decidido o conflito entre dois princípios de vital importância perante a mais alta instância do Poder Judiciário Nacional.

Portanto, para realização deste trabalho elaborei a seguinte hipótese: Será que a definição dos princípios constitucionais varia segundo a posição que os Ministros tomam neste acórdão?

Assim, a partir de uma análise de como cada grupo explora os dois princípios e como resolvem o conflito, poderei constatar se há, ou não, esta divergência em suas argumentações.

Note-se que durante a elaboração das partes deste trabalho farei apenas a análise dos elementos enfatizados em cada um dos capítulos para, quando chegar ao último, que se destina à conclusão do trabalho, criticar e apontar as principais impressões extraídas da análise deste acórdão.

A liberdade de expressão está claramente expressa na Constituição Federal em seu artigo 5º inciso IV que afirma ser "livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". O artigo 220 também versa sobre esse assunto quando expressamente afirma que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa constituição".

A dignidade da pessoa humana, por sua vez encontra-se estabelecida no artigo 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito.

Porém, o texto que mais vem ao caso, tomando-se o contexto do acórdão, é aquele inciso XLII do artigo 5º que diz que "a prática de racismo

constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”, pois é este artigo que fundamentou a condenação de Ellwanger.

Para que se possa dar sentido à análise, mister se faz que seja feita uma explicação, ainda que breve, acerca dos aspectos referentes ao caso estudado.

Siegfried Ellwanger é escritor e dono de uma editora de nome “Revisão” que se destina a publicar livros de revisão histórica. Ellwanger se dedica à publicação e divulgação de livros que exploram uma outra visão dos fatos ocorridos na Alemanha durante a Segunda Guerra Mundial, chegando a negar ao longo das obras que os judeus tenham sofrido o Holocausto.

Acusado de racismo contra o povo judeu, por difundir obras de conteúdo anti-semita, Ellwanger foi julgado pela Justiça de Porto Alegre em 1996 e condenado a dois anos de reclusão com sursis — suspensão condicional da pena, com prestação de serviços comunitários por quatro anos.

Tendo apelado para o Superior Tribunal de Justiça, foi derrotado em 2001. No STF alegou que discriminação e anti-semitismo não são crimes raciais, pretendendo descaracterizar o delito como imprescritível e inafiançável. Teve o *habeas corpus* denegado por três votos a favor da concessão<sup>3</sup> contra oito que não concederam<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Os Ministros que concedem o Hábeas Corpus são: Carlos Ayres Britto, o relator para o acórdão Moreira Alves e o Ministro Marco Aurélio de Mello.

<sup>4</sup> Os Ministros que votaram pela não concessão do Habeas Corpus foram Nelson Jobim, Ellen Gracie, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence e Cezar Peluso.

Um ponto que se mostra interessante neste caso é que, em diversas passagens da decisão têm-se os ministros discutindo acerca do que são raças, o que é o racismo, o que seria uma atitude racista, etc. A maior parte deles toca neste ponto em algum momento de sua decisão, o que pode ser considerado como uma forma de deixar o entendimento de que isso é o que está em jogo nesta decisão, o que não se prova ser verdade, uma vez que o ponto referente à essa decisão se atém ao embate entre princípios constitucionais da maior importância.

## **1-A liberdade de expressão no HC 82424-2**

A nossa Carta Magna, em seu artigo 5º inciso IX, prevê a liberdade de expressão no ordenamento jurídico como um princípio fundamental. Encontra-se assim redigido: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença". Mas, neste capítulo do trabalho busca-se a interpretação e o campo de abrangência que os Ministros, no caso concreto, conferem ao referido texto constitucional, bem como a importância por eles atribuída a este.

Num primeiro momento segregarei os Ministros que indeferem o pedido de *habeas corpus* daqueles que o deferem para constatar se, em suas definições, os conceitos dados para a "liberdade de expressão" variam dependendo da decisão tomada pelo Ministro.

A diferenciação que se faz é no sentido de individualizar o conceito em dois grupos: os que deferem e os que indeferem o *habeas corpus*. Como a princípio não se busca diferenciar Ministro por Ministro, apresenta-se um conceito obtido genericamente dos dois grupos de votos dos componentes da corte à época do julgamento<sup>5</sup>.

### Deferimento:

Dos Ministros que decidem pelo deferimento do *habeas corpus* <sup>6</sup>, pode-se extrair uma grande preocupação com este princípio que, segundo eles, é um dos "grandes baluartes da liberdade", um dos direitos mais preciosos e ainda imprescindível para a concretização do princípio democrático. Sem dúvida o ministro Marco Aurélio é o que mais discorre

---

<sup>5</sup> Note-se que o Ministro Joaquim Barbosa passa a compor a Corte durante o julgamento deste Habeas Corpus, mas este não vota, uma vez que seu antecessor, o Ministro Moreira Alves, relator para este acórdão havia votado, não estando, pois o Ministro Joaquim Barbosa presente no momento do relatório não integra o julgamento.

<sup>6</sup> São aqui considerados apenas os ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres, uma vez que o ministro Moreira Alves não utiliza tal princípio em seu voto.

sobre este princípio que é por ele mesmo considerado pilar essencial para a eficácia direta do princípio democrático.

Para ele a liberdade de expressão seria um mecanismo que tem por finalidade tornar a democracia algo vivo, presente e eficaz. Os Ministros admitem que a liberdade de expressão e de pensamento compreende o direito de discurso, de opinião, de imprensa, o direito à informação e a proibição da censura. Também segundo eles abrange o alerta, a fiscalização, o controle do exercício político, o raciocínio extremado, defesa de ideologia e pesquisa, bem como as opiniões desfavoráveis, críticas literárias e artísticas, científicas ou desportivas.

Tal liberdade promove a abertura do processo político a partir de direitos sociais, econômicos e culturais, permitindo que sejam feitas revisões históricas, políticas ou político-ideológicas.

Para demonstrar a importância social da liberdade de expressão o ministro Marco Aurélio cita Christoph Beat Graber e Gunther Teubner<sup>7</sup> que dizem:

*"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 reduzidos a meros anexos ou derivação da autonomia individual".*

Através da liberdade de expressão é que se torna possível externar as mais diferentes e inusitadas opiniões de forma aberta, o que viabiliza a construção de uma sociedade plural, livre e com grande diversidade de idéias, pensamentos e opiniões políticas.

---

<sup>7</sup> Christoph Beat Grabner e Gunther Teubner, Art and Money: Constitutional Rights in the private sphere?, in **Oxford Judicial Legal Studies**, 18, 1998 página 66.

A liberdade chega a ser considerada proteção à autodeterminação democrática da comunidade política e da preservação da soberania popular. O ministro Marco Aurélio cita Hans Kelsen em seu voto para firmar sua convicção de que se devem respeitar os direitos da minoria, pois esta poderá influenciar a opinião da maioria.

Há um consenso entre os Ministros que deferem o *habeas corpus* no sentido de que para haver a liberdade de expressão há um pressuposto de existência de tolerância. Pois, quando se defende a liberdade de expressão se está defendendo o direito de afrontar o pensamento oficial ou majoritário, o que contribui para o amadurecimento político e social do país, através do controle do poder público. A liberdade de expressão garante a diversidade de opiniões e ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular acerca das mais variadas matérias. Como Marco Aurélio diz:

*"Somente por meio do contraste das opiniões e do debate pode-se completar o quebra-cabeça da verdade, unido seus fragmentos."*

Fica configurado um caráter extremamente abrangente a essa liberdade, uma vez que os Ministros não chegam a admitir restrição a ela ainda que em casos de manutenção da coesão da comunidade ou da identidade nacional. O ministro Carlos Ayres Britto em trecho de seu voto expressa-se da seguinte forma: "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", ou seja, ao dizer isso afirma que tal liberdade adquire caráter absoluto em si mesma, ratificando a posição de que esta liberdade deve ser interpretada em sua maior abrangência de modo a acomodar interesses através do debate público de temas controversos e viabilizar transformações sociais e políticas de forma pacífica.

Acerca do nível de abrangência, afirmam estar na própria Constituição a restrição que tal liberdade é passível de sofrer: uma vez em conflito com outras liberdades é que se delimita o campo de atuação de uma e de outra, é no conflito que se traça o limiar da abrangência de um e de outro direito fundamental não podendo ser limitada pelo simples receio de abuso.

Por algumas vezes os Ministros tentam argumentar com base nas provas, por uma análise pessoal, e imediatamente são impedidos por seus pares de finalizarem tal observação sob alegação de que o Supremo Tribunal Federal não deve fazer análise de provas, devendo apenas basear suas afirmações na análise de provas já feita pelas instâncias inferiores. Isso faz com que muitas vezes os Ministros fiquem impedidos de expressar sua real visão acerca de um determinado ponto, mas, ainda assim fazendo com que a análise pessoal incida na decisão final tomada por ele. Desta forma, podemos ter a conclusão do voto do Ministro ligeiramente desconexa com o raciocínio por ele desenvolvido ao longo de seu voto.

Os Ministros afirmam que a liberdade de expressão seria a matriz de qualquer forma mais próxima da liberdade. O ministro Carlos Ayres Britto, diz que em sua adolescência escreveu uma poesia na qual afirmava que *"a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade"* e que seu pensamento continua neste sentido.

A liberdade de expressão não abrange, segundo eles, a censura como forma de limitação de conteúdo, nem meios arbitrários ou violentos de divulgação. Não podem ser abrangidas por esta liberdade declarações exageradamente agressivas, fisicamente contundentes ou que exponham pessoas a riscos iminentes. Não estando, pois, abarcadas pela liberdade de expressão panfletagem, injúria nem difamação, bem como, provocações, incitações e induzimentos, porque desta forma transpassariam o campo do pensamento, para se tornar ação.

Os Ministros que concedem o *habeas corpus* afirmam que se não houvesse liberdade de expressão a sociedade ficaria enclausurada, minando assim a democracia, uma vez que o controle dos atos governamentais pelo povo seria inviável. Apontam que, na ausência de tal liberdade, os riscos de se instituir o autoritarismo aumentam, pois ficam impedidas as reações próprias por parte da sociedade com relação aos atos emanados do governo.

Assim, percebe-se que os Ministros dão extrema importância a este princípio, que, segundo eles mesmos, é o que permite a vida em sociedade e o controle governamental, permitindo a existência da democracia e de uma sociedade plural, que vive e aceita diferentes ideais, idéias e realidades.

#### Indeferimento.

Para os Ministros que indeferem o pedido de *habeas corpus*<sup>8</sup>, a liberdade de expressão não é incondicionada, devendo ser exercida de forma harmônica com os limites traçados na própria Constituição Federal. Neste ponto citam o artigo 5º parágrafo 2º, *in verbis*: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte.*"

Os Ministros que tomam esta posição afirmam que este princípio deve ser o mais abrangente possível, mas que não há direito ou garantia absolutos. Dizem eles ser a liberdade de expressão pedra angular do sistema democrático, um dos mais efetivos instrumentos de controle do

---

<sup>8</sup> Aqui, por se estar considerando apenas aqueles Ministros que delineiam a liberdade de expressão, momento do qual se extrai a definição do termo, leva-se em conta os ministros Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Cezar Pelluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Nelson Jobim.

governo pelo povo e essencial à formação da consciência e vontade popular. Maurício Corrêa em seu voto diz 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". Assim, sem liberdade de expressão fácil seria de se manipular a população sem que esta tivesse consciência disso ou sem que esta fosse capaz de se insurgir contra os atos dos dominadores.

Desenvolvem o raciocínio que se a democracia é controle popular do governo, esta democracia só se torna possível quando o povo tem a chance de manifestar suas opiniões e pensamentos. Para que haja esta liberdade de expressão não pode haver censura, mas também não deve haver primazia absoluta deste direito, pois, este não pode incorporar declarações de conteúdos discriminatórios, racistas ou preconceituosos, incitações ao ódio público, publicações que extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa ou opinião histórica.

Do mesmo modo, não estão abrangidos pela proteção da liberdade de expressão insultos, ofensas, estímulo à intolerância racial ou tratamento hostil. Dessa forma, qualquer uso da liberdade de expressão que tenha como finalidade prejudicar alguém ou destruir sua liberdade, não estaria protegido por este direito fundamental.

O que estaria abarcado por tal liberdade seria a liberdade de imprensa, de manifestação do pensamento, expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, ou, como sintetiza o Ministro Carlos Velloso, obras que contribuam para o aperfeiçoamento do conhecimento humano.

Fica, no sentido por eles dado, vedado o uso de tal direito como prerrogativa de promover racismo ou anti-semitismo, difundi-los ou reforçar preconceitos e ódios históricos.

Para esta facção, a liberdade de expressão possui fim em si mesma, independentemente de quem se utilize dela. Avaliam que, caso seja utilizada para difundir uma idéia errada, o tempo se encarregará de demonstrar tal vício. Para eles o processo de conhecimento depende desta liberdade.

No Direito, não fosse a liberdade de expressão, seria impossível de se chegar a uma decisão justa, pois cada parte deve expor os fatos, fazendo uso daquela liberdade, ao juiz para que este tome a decisão que julgar pertinente.

Assim, tem-se que, apesar de tocar em muitos pontos semelhantes aos dos Ministros que decidem pelo deferimento do *habeas corpus*, estes, que não concedem, são bem mais breves e sucintos do que aqueles no que se refere a este princípio, de modo que especificam mais seu conceito, abrangendo quase exemplos, enfatizando pontos como "ódios históricos" e utilizando o anti-semitismo como exemplo de suas exposições de modo a, de certa forma, reduzir a incidência do princípio no caso concreto.

## **2- A dignidade da pessoa humana no HC 82424-2**

Assim como no capítulo anterior, no qual tratamos da liberdade de expressão, este capítulo destina-se a capturar, no *habeas corpus* em questão, o conceito de dignidade da pessoa humana nas palavras dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Da mesma forma adotada no capítulo primeiro deste trabalho procederei com a segregação entre os Ministros que deferem e aqueles que indeferem o pedido de *habeas corpus* a fim de delimitar supostas diferenças ou ênfases em pontos diversos entre a definição dada ao conceito nos dois grupos formados.

Note-se que quando utilizo o termo Ministros estou abrangendo aqueles que, dentro de seu respectivo grupo, fazem menção ao princípio da dignidade da pessoa humana em algum momento da decisão em voga.

### Entre os que deferem o Habeas Corpus<sup>9</sup>

A dignidade para estes Ministros se mostra como um 'megaprincípio', no sentido de ser tão intrínseco ao ser humano a ponto de poder ser considerado um bem de personalidade. Seria através da dignidade que o homem se realizaria como ser humano sendo para eles, a igualdade, primeiro elemento da dignidade.

Para esses Ministros a dignidade se revelaria em sua máxima amplitude no nascer e permanecer, o ser humano, como único. Além disso, é nesta amplitude que se torna possível haver uma sociedade fraterna,

---

<sup>9</sup> Neste caso os ministros utilizados são Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, por serem os únicos que mencionam tal princípio dentre os que deferem o Habeas Corpus. O ministro Moreira Alves não se manifesta no sentido de utilizar este princípio em seu voto.

pluralista e sem preconceitos, como preconiza o preâmbulo da nossa Constituição Federal por eles citado.

Segundo esta facção, preconceito não se mostra compatível com a realização desta dignidade pelas pessoas humanas, pois, se a manifestação não tem outro fim a não ser satirizar e ridicularizar, fica clara a violação da dignidade da pessoa ofendida.

Os Ministros preconizam que a dignidade de alguém não pode ser avaliada por elementos de diferenciação, o que só reafirma a idéia de unidade através da qual o ser humano é autônomo e desta forma, possui dignidade.

O Ministro Carlos Ayres Britto chega a externar opinião no sentido de que, uma violação da dignidade seria, eventualmente, mais contundente que uma violação física. É o que se extrai do trecho em que diz: "*o discriminado é forçado a sentir um déficit de dignidade (...). É amesquinhado não no que ele tem, mas no que ele é (...) fazendo-o gemer de uma revoltante dor moral. Por vezes mais incômoda que a própria dor física*".

Os Ministros utilizam tratados e declarações internacionais para enfatizar a importância e generalidade deste princípio em contexto mundial. Uma citação corrente é de passagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Entre os que indeferem o Habeas Corpus

Os Ministros<sup>10</sup> que se enquadram neste seguimento do trabalho demonstram dar bastante importância a este princípio por eles referido como dogma fundamental e postulado universal.

Conferindo à dignidade da pessoa humana o status de um dos mais expressivos valores, cujo respeito confere legitimação ético-jurídica à ordem normativa sobre a qual está o Estado Democrático de Direito. Os Ministros demonstram como esta dignidade deve mostrar-se presente para que se possa falar em sociedade.

Demonstrada como Direito indisponível e mais que elemento fundamental da República, tal princípio enuncia que é na pessoa humana que se encontra o valor fundante do Estado e da democracia. Através da dignidade é que seria possível uma unidade solidária como o gênero humano.

A dignidade da pessoa humana para tais Ministros é fundamento da liberdade, da justiça e da paz universal e traduz valores que jamais poderão ser esquecidos ou desrespeitados. Mostra-se tão importante para eles que chegam a utilizar o argumento que a Constituição Federal, antes de organizar o Estado, estabelece que o Brasil constitui-se em um Estado democrático de Direito e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Neste ponto, utilizam um elemento de ordem para justificar a relevância do princípio no caso concreto.

Os Ministros preconizam que se deve extrair deste princípio sua máxima eficácia por ser um postulado essencial e limite externo a outros direitos fundamentais, possuindo supremacia axiológica atribuída pela Constituição Federal por ser um valor-fonte. Tal princípio rege as relações

---

<sup>10</sup> Serão considerados os ministros Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Gilmar Mendes e Cezar Pelluso. Os Ministros Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie não estão sendo levados em consideração por não fazerem uma mínima referência a tal princípio, nem levarem-no em consideração em seus votos.

para que seja empregada sempre a melhor forma possível de interpretação dos Direitos Humanos.

Este princípio, à vista dos nossos Ministros, prevê que todos são iguais sem distinção de natureza alguma e são também iguais em direitos para que se cumpra o “direito de ter direitos”.

A dignidade da pessoa humana não seria compatível com alguns itens como preconceito, ódio, desrespeito, prática, incitação da prática de atos e sentimentos hostis contra grupos identificáveis. Tal princípio torna inadmissível qualquer discriminação seja por motivos de nascimento, raça, sexo ou crenças.

Caso não haja o respeito necessário à dignidade humana não haverá liberdade, tolerância e respeito à alteridade humana, sob a pena de se instituir, por meio dessa desconsideração da pessoa, um governo totalitário, onde não predomina, ou sequer existe tal respeito à dignidade.

As declarações e pactos internacionais são reconhecidos como fundantes do ordenamento jurídico dos estados nacionais, desta forma, como nestes pactos se faz menção e se atribui proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se que este princípio, ainda que não fosse proclamado internamente aos Estados, já se mostraria presente devido à força dos tratados internacionais dos quais o Estado faça parte.

Se a dignidade da pessoa humana for desrespeitada há o risco de liberdade, tolerância e respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. Neste sentido fica expresso que se deve cumprir da melhor forma possível o conteúdo dos princípios na interpretação dos Direitos Humanos.

### **3-O conflito entre os princípios no HC 82424-2**

Como anteriormente exposto, este capítulo se destina a mostrar as especificidades do embate entre os dois princípios desenvolvidos até este ponto do trabalho.

É neste momento que se confrontará a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana a fim de demonstrar a posição que cada Ministro toma quando enfrenta o tema. Note-se que a segregação já costumeira entre os Ministros que deferem e os que indeferem continuará a ser utilizada, porém devido às peculiaridades de cada voto, a demonstração Ministro a Ministro mostra-se útil para delimitar a visão individual sobre o conflito presente no caso concreto.

Cabe lembrar que serão utilizados apenas os Ministros que reconhecem o conflito, ainda que não o enfrentem, uma vez que o Ministro pode evidenciar o conflito - ou deixar transparecer em seu voto - mas encontrar outros elementos que ele considera suficientemente fortes para sustentar sua decisão, desviando a atenção do embate.

Por exemplo, os Ministros que indeferem o *habeas corpus* e não conhecem o conflito, acabam por decidir seus votos com base em conceitos de raça e o que seria caracterizado como racismo. O ministro Sepúlveda Pertence, por exemplo, divaga sobre a acepção do termo “prática” encontrado no texto constitucional, atitude que nada tem a ver com o debate em pauta.

#### Deferem o *habeas corpus*

**Moreira Alves**

O Ministro não chega a reconhecer o conflito no teor de seu voto, porém deixa transparecer, no momento em que cita jurisprudência estrangeira sobre o assunto, o conflito presente. Ao citar estas decisões, não pretende o Ministro importar para o caso concreto a solução dada no exterior.

Atente-se ao fato de que não haveria razão de o Ministro citar casos em que a liberdade de expressão é confrontada com o princípio da dignidade humana, se o caso em questão nada tivesse a ver com estes direitos.

O teor das decisões por ele citadas<sup>11</sup> são no sentido de prevalência da liberdade de expressão, coerente, portanto com sua decisão de conceder o *habeas corpus*.

### **Carlos Ayres Britto**

Entende e aceita a contraposição entre os princípios que são fundamentos da República Federativa do Brasil, constantes do preâmbulo e dos objetivos fundamentais da República.

Afirma que há fórmulas compensatórias de resolução de conflitos e que a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é a mais estratégica de todas elas, uma vez que através dela a sociedade retoma seu estado de harmonia.

O ministro Ayres Britto pretendendo evitar o sacrifício de um dos direitos, prefere dar prevalência à norma-princípio que menor sacrifício

---

<sup>11</sup> Os casos em questão são da Suprema Corte Norte Americana: uma sinagoga em Maryland que foi grafitada com 'slogans' anti-semitas, frases e símbolos. Outro caso citado é o de um garoto que atirou uma cruz incendiada contra uma família negra e ainda caso em que um padre católico atacou, violentamente, um grupo de judeus.

impuser aos demais princípios, levando em consideração o preâmbulo da nossa Constituição Federal e os fundamentos e objetivos da Federação Republicana Brasileira.

Acaba por decidir no sentido da prevalência da liberdade de expressão para deferir o *habeas corpus*.

### **Marco Aurélio**

Entende ser profundo, complexo e delicado o problema da colisão entre princípios, no caso a dignidade da pessoa humana e a liberdade de expressão. Cita Robert Alexy para afirmar que todas as colisões só podem ser superadas se uma restrição ou sacrifício for imposta a um ou aos dois lados.

Este Ministro dá solução ao choque entre princípios na dimensão do valor da ponderação, pois, segundo ele, os princípios são o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

Deve-se ponderar no caso concreto para estabelecer qual direito terá primazia sobre o outro, portanto, deve-se aferir se a dignidade do povo judeu está efetivamente correndo perigo e se esta ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão.

Os atos do paciente, segundo Marco Aurélio, não constituem espécie criminosa, uma vez que abarcados pela liberdade de expressão e seu ofício protegido constitucionalmente. Se a concessão da ordem assegurar a liberdade de expressão, assim deve ser decidido, uma vez que a restrição a tal direito não assegurará a dignidade do povo judeu.

## Indeferem o *habeas corpus*<sup>12</sup>

### **Celso de Mello**

Apesar de o Ministro afirmar que não existe o conflito, suas palavras e justificativas apontam em sentido contrário ao da sua declaração. O Ministro diz que “o caso (...) não traduz, (...) situação de conflituosidade entre direitos básicos”. Porém, no decorrer de seu voto pode-se perceber que ele acaba por aceitar o conflito na medida em que afirma que diante dessas situações deve-se ponderar e avaliar qual princípio que faz parte do conflito deverá preponderar no caso concreto, sem que, assim, se esvazie o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Em citação que faz dele próprio, diz não haver direitos ou garantias revestidos de caráter absoluto. Afirma que o regime jurídico das liberdades públicas assegura a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com o desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Para ele, a liberdade de expressão pode fazer surgir uma situação de tensão entre valores essenciais de igual proteção constitucional. O resultado dessa situação seria a colisão de Direitos em que se deve conferir primazia a um deles.

Para Celso de Mello não seria possível um conflito neste caso, pois a liberdade de expressão não legitima ofensa à dignidade da pessoa humana. Como se extrai do trecho em que diz:

---

<sup>12</sup> Não suscitam o conflito em seus votos apenas a ministra Ellen Gracie e o ministro Sepúlveda Pertence. Até os que reconhecem o conflito brevemente, em um pequeno momento de seus votos foram aqui incluídos de modo a demonstrar, se houve algum, qual foi o critério usado para decidir em uma ou em outra direção.

*"A prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência não constitui meio que se possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos especialmente quando (...) evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica transgridem de modo inaceitável valores tutelados pela própria ordem constitucional".*

A dignidade seria para ele um limite externo à liberdade de expressão. Com estas liberdades aparentemente em conflito, a colisão deve ser equacionada através da ponderação de bens e valores.

O Ministro, ao evidenciar datas históricas relacionadas à dignidade da pessoa humana, afirma que, em matérias de direitos humanos, deve-se levar em consideração tanto o direito nacional quanto o estrangeiro. E efetivamente, em seu voto, leva em conta estas duas vertentes para resolver o conflito.

### **Maurício Corrêa e Nelson Jobim<sup>13</sup>**

Tais ministros têm a convicção que, a fim de que se tutele o direito prevalente, devem-se harmonizar os bens jurídicos em oposição para que se garanta o verdadeiro significado da norma e a confirmação simétrica da Constituição.

Para eles, se houver conflito deve-se fazer preponderar o direito da parcela da sociedade atingida pela publicação, sob a pena de se colocar em jogo a dignidade dos que estão sob esse risco.

---

<sup>13</sup> Apesar de o raciocínio ter sido desenvolvido pelo ministro Maurício Corrêa, Nelson Jobim utiliza o voto daquele quase na íntegra para justificar sua posição, que se mostra idêntica à do ministro Maurício Corrêa.

Citam o caso de Gloria Trevi<sup>14</sup> como exemplo de caso no qual um princípio prevalece sobre o outro. Naquele caso ao analisar a possibilidade de autorizar-se o exame de DNA em placenta da parturiente para fins de investigação de paternidade, determinou-se a realização do ato, uma vez que se entendeu existente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro (direito à intimidade da mulher X direito à honra e imagem de policiais acusados de estupro). Agem também no sentido da jurisprudência simbólica quando afirmam que os direitos fundamentais que se relacionam diretamente com direitos humanos devem prevalecer para que o povo lembre-se de tais decisões.

Através de citações de doutrinadores como Alexandre de Moraes e Canotilho, tentam dar maior abrangência às normas constitucionais que versam sobre garantias e liberdades públicas.

### **Carlos Velloso**

Diz haver no caso em questão um “conflito aparente de direitos fundamentais” e que este se resolveria pela prevalência do direito que mais realiza o sistema de proteção de direitos e garantias inscritos na Constituição Federal.

Ao afirmar que a dignidade é um limite externo à liberdade de expressão, o faz no sentido de confirmar que a liberdade de expressão não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana. Acusa ainda, neste caso, tal liberdade de se mostrar distorcida e desvirtuada.

Sustenta que a dignidade é um princípio maior e que condutas penalmente típicas, jamais podem estar acobertadas pela liberdade de expressão. Desta forma dá prevalência à dignidade do povo judeu, conferindo a este princípio maior proteção, em detrimento da liberdade do

---

<sup>14</sup> RCL 2040, Néri da Silveira, j. de 21.02.02.

autor ora paciente por entender que seus atos não estão abarcados pela liberdade de expressão e que, ainda que estivessem, a dignidade da pessoa humana (no caso todo o povo judeu) deveria prevalecer.

### **Gilmar Mendes**

Em seu voto afirma que o Comitê Internacional de Direitos Humanos admite interferências justificáveis no direito à liberdade de expressão, especialmente onde entra a dignidade da pessoa humana, ou seja, a liberdade de expressão é mantida apenas quando não atentar contra a dignidade humana.

Citando jurisprudência internacional, demonstra uma maior amplitude da liberdade de expressão quando confrontada com apologia aos crimes de guerra. Faz uso dos artigos constitucionais que asseguram a liberdade de imprensa e de expressão, para afirmar que “nenhuma lei conterà dispositivo (...) observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XI, XIII e XIV”.

Apesar de o constituinte ter conferido proteção à liberdade de expressão e de não se poder negar seu significado para o sistema democrático, esta liberdade não alcança a intolerância racial, não se podendo sacrificar bens de base constitucional como a dignidade humana para dar amplitude à liberdade.

Diz prevalecer a posição do Estado no sentido de defender os fundamentos da dignidade da pessoa humana e que uma utilização da liberdade que negue a dignidade estará excluída da proteção constitucional.

Utilizando a proporcionalidade afirma a condenação conferida ao réu ser adequada, necessária e atender à proporcionalidade em sentido

estrito; não violando a proporcionalidade. Assim, mantém a condenação do réu, fazendo sobressair em seu voto a importância da dignidade do povo judeu.

### **Cezar Pelluso**

Não entra em maiores detalhes, mas em seu sucinto voto passa rapidamente pelo conflito no momento em que afirma que práticas que contrariem a tutela constitucional à dignidade são condutas típicas e todas deste tipo transporiam a proteção conferida à liberdade de expressão.

Portanto, se não está abarcado tal ato pela liberdade de expressão, o princípio da dignidade da pessoa humana é válido em sua íntegra, o que o leva a votar pela não concessão do *habeas corpus*.

#### **4- Conclusão**

Através do material selecionado e analisado pudemos ver que os Ministros que deferem o *habeas corpus* dão realmente grande importância ao direito assecuratório da liberdade de expressão. Não que estes não se importem com a dignidade da pessoa humana, que no caso se revela ser de todo um povo judeu, mas simplesmente têm a convicção de que a ofensa à dignidade é um risco que decorre da abrangência daquela liberdade.

Ao mesmo tempo os ministros que justificam o indeferimento com base na dignidade acabam por se valer de argumentos históricos e emocionais, fazendo, por vezes, menção ao sofrimento por que os judeus já passaram e que a humanidade não poderia esquecer, perdoar ou negar as atrocidades havidas no passado.

Tem-se que apesar de decidirem em direções opostas os Ministros que decidem pelo deferimento e os que tomam a posição contrária conceituam de forma semelhante os dois princípios em jogo no caso concreto. Algumas divergências ocorrem quanto à abrangência do princípio no caso concreto, mas não há discrepâncias quanto à definição pelos Ministros dada aos dois princípios.

Percebe-se que os Ministros que mais dão importância ao princípio da liberdade de expressão realmente são aqueles que deferem o *habeas corpus*. Atribuem a tal princípio tamanha amplitude que chegam a considerá-lo absoluto quanto ao seu exercício, porém quanto à forma de seu exercício, cabem, em suas visões, as restrições estabelecidas na própria Constituição Federal.

Não que os Ministros que agem neste sentido não atribuam ou não reconheçam a importância da dignidade da pessoa humana, tanto o

fazem que chegam a classificá-la como um “megaprincípio” e direito de personalidade. O que acontece neste caso é que os Ministros que votam no sentido de conceder a ordem entendem que a liberdade de expressão abrange a atividade exercida pelo autor, não ferindo, pois, a dignidade. Então a liberdade de expressão prevalece sobre uma dignidade não efetivamente violada.

O ministro Marco Aurélio, quando afirma que se deve ponderar no caso concreto se a dignidade está mesmo sofrendo perigo, quase imediatamente conclui que este perigo não se mostra verídico no caso concreto, o que serve de alicerce para o desenvolvimento do seu argumento, no qual prevalece o entendimento que deve ser preservada a liberdade de expressão.

O ministro Carlos Ayres Britto, desde menino entende que a “liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade” e em seu voto defende exatamente este ponto: não deve haver restrição à liberdade de expressão, porém, caso os limites de tal liberdade sejam trespassados, o culpado deverá ser punido pela violação do direito alheio, ainda que seja a dignidade o direito ferido.

Nem o receio da violação possível pelo excesso na expressão mostra-se argumento válido para limitá-la, pois, para ele a perda da liberdade de crítica é uma desmoralização do intelecto. Os excessos devem ser punidos, porém em momento posterior ao seu cometimento, e ainda que alguém já tenha se excedido em tal liberdade, não será, mesmo assim, privado de se expressar novamente em decorrência do abuso cometido em tempo passado.

A citação de Voltaire mostra-se como expressão do pensamento deste Ministro “não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até a morte o vosso direito de dizê-las”. Ou seja, quando diz

que decidirá pela prevalência do direito que menos sacrifício impuser a sociedade, entende que, caso decidisse pela prevalência da dignidade, o sacrifício imposto à liberdade de expressão seria tão grande que incondizente com o Estado Democrático de Direito.

No caso do ministro Moreira Alves (relator), percebe-se uma peculiaridade com relação ao conflito. Em nenhum momento de seu voto o Ministro faz referências, nem à dignidade da pessoa humana, nem à liberdade de expressão, mas, nos momentos finais, quando decide incluir jurisprudência internacional para concluir seu voto, esta jurisprudência aponta exatamente um conflito entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

A meu modo de ver, este detalhe pode estar exprimindo uma tática de decisão do Ministro. Não é que ele opte pela liberdade, aliás, ele claramente diz que não discutirá a liberdade de expressão, e não o faz, mas parece que deixa transparecer a preocupação com o conflito no momento que cita jurisprudência estrangeira. O que ele faz é justificar a prevalência da liberdade por não entender ter havido o crime de racismo em função dos judeus não constituírem raça.

Por sua vez, o ministro Celso de Mello ao indeferir o pedido de *habeas corpus*, afirma não vislumbrar o conflito entre a liberdade de expressão de um (Siegfried Ellwanger) e o respeito à dignidade de outro (povo judeu). Não é o que se percebe no decorrer de seu voto. Nele, o ministro trabalha bem os conceitos de um e de outro princípios e, apesar de não admitir, acaba por estabelecer um como limite do outro, resolvendo assim, o conflito que nega existir. Ao afirmar que a ponderação deverá ser equacionada pela ponderação concreta de bens e valores, opta por dar prevalência à dignidade das pessoas, dizendo que devem ser sempre exaltados princípios que reafirmam e engrandecem os Direitos Humanos.

O ministro Carlos Velloso utiliza a mesma terminologia de Celso de Mello quando diz haver um “conflito aparente de direitos fundamentais”, porém age de modo mais claro e objetivo que o outro, utilizando essa expressão no sentido de reconhecer o conflito existente. Por considerar a liberdade de expressão como direito não absoluto e por crer que a dignidade seria um limite externo àquela, indefere o *habeas corpus* para que seja dada ao princípio da dignidade da pessoa humana a importância que lhe é devida.

O ministro Gilmar Mendes Deixa bem claro o conflito em seu voto, chegando até a utilizar a proporcionalidade para equacionar os valores presentes no caso. A jurisprudência citada por ele varia entre os dois pontos possíveis.

A proporcionalidade é utilizada no sentido de verificar se esta foi respeitada quando se enquadraram as manifestações do paciente à terminologia do racismo nas instâncias inferiores. Chegando a analisar as três máximas da proporcionalidade percebe que haveria inúmeros outros bens jurídicos sendo sacrificados caso prevalecesse a liberdade de expressão e relembra que esta não possui caráter absoluto, assim conclui que a condenação imposta ao réu não desobedece à proporcionalidade, e que, portanto deve ser mantida para assegurar a dignidade judaica.

O ministro Nelson Jobim desenvolve pouco um raciocínio próprio e consistente. Este se vale quase na íntegra do voto do ministro Maurício Corrêa, chegando a citar grandes partes do parecer do Professor Celso Lafer. O ministro Maurício Corrêa, em suas declarações, acaba por se valer de inúmeras referências históricas dando ênfase ao sofrimento judeu, deixando para suscitar o conflito sutilmente no momento em que afirma que frente a uma colisão de direitos essenciais a liberdade não assegura práticas ilícitas, como atentados contra a honra, como acontece, para ele, neste caso. Reitera a relevância do presente caso e seu valor simbólico, afirmando

ser a condenação importante não tanto pelo delito cometido, mas para que a discriminação cometida não se apague da memória do povo.

Decide manter a condenação imposta ao ora paciente mais por argumentos históricos e simbólicos do que efetivamente jurídicos. Afirma ter extraído do parecer do Professor Celso Lafer a consideração da conduta de Ellwanger como configurada crime de racismo e, enfatizando pontos históricos e trágicos, decide pelo indeferimento.

Devido ao fato de o ministro Nelson Jobim não acrescentar argumentos à decisão jurídica, reafirma os pontos suscitados pelo ministro Maurício Corrêa, decidindo da mesma forma e utilizando os mesmos argumentos (quase na íntegra) que aquele. Percebe-se que os dois ministros apesar de entenderem haver o embate entre princípios no caso não o resolvem, quase o deixando de lado, pois versam sobre a liberdade de expressão e sobre a dignidade, reconhecem um conflito, mas decidem o caso por elementos externos ao meio jurídico.

O ministro Cezar Pelluso faz um voto bastante sucinto no qual versa sobre a liberdade de expressão e diz que esta não pode abarcar ofensas à integridade das pessoas, pois todos têm a mesma dignidade como membros iguais da raça humana. Decide pela condenação quando diz que o propósito de Ellwanger, ao editar e publicar as obras, era difundir ideologia racista, pregando ódios raciais e que, desta forma, estaria configurada conduta típica, todas não abarcadas pela liberdade de expressão. Mais uma vez, independente do reconhecimento do conflito entre os princípios, o Ministro decide pelo indeferimento do *habeas corpus* por entender que a liberdade de expressão não alcança reiteradas manifestações no sentido da divulgação de ideologia anti-semita.

Note-se que este Ministro comete um pequeno deslize, pois afirma que caso fossem tais publicações casuais, não teria incorrido no crime,

podendo até levar a uma decisão no sentido de proteger a liberdade de expressão. O que o Ministro leva em conta é o “comportamento sistemático” do autor e editor e não a conduta em si. A atitude do Ministro neste ponto é criticável até pelo que explicita o Ministro Carlos Ayres Britto na ocasião de seu voto quando diz que ainda que se cometa um abuso nesta liberdade de expressão não será o infrator proibido de novamente se manifestar, ele tão somente será responsabilizado e punido pelos excessos que cometer. Por este não ser um mero ponto de vista do Carlos Britto, mas sim uma característica inerente ao princípio ao qual ambos fazem referência, entendo que o ministro Pelluso, não manifesta preocupação em se ater ao sentido do princípio que utiliza para justificar seu próprio voto.

A ministra Ellen Gracie e o ministro Sepúlveda Pertence, em momento algum de seus votos chegam a fazer menção ao conflito entre princípios ou a reconhecê-lo. A Ministra apega-se à definição de raça para concluir que não há raças em sentido biológico e, portanto, o texto constitucional refere-se aos grupos distinguíveis, aos quais ela decide incluir os judeus para que seja caracterizada a conduta do paciente como racista, sendo este um crime imprescritível segundo a nossa Constituição Federal.

O ministro Sepúlveda passa rapidamente pela liberdade de expressão, decidindo denegar a ordem pelo fato de caracterizar a conduta do ora paciente como criminosa, segundo laudo das instâncias que analisaram as provas, e por crer que a liberdade de expressão não acarreta imunidade cível nem criminal.

Após esta breve retomada individualizada dos votos e formas de decidir de cada Ministro, pode-se chegar a conclusão que poucos são os Ministros que efetivamente decidem o conflito com a preocupação e relevância que o caso em debate exige. A maioria deles simplesmente vale-se da argumentação histórica para deixar que um ou outro direito prevaleça.

Quando delineiam os princípios pode-se perceber que há certo consenso entre os grupos de Ministros que deferem e que indeferem o *habeas corpus*, ressalvado o caráter absoluto atribuído à liberdade de expressão pelos que deferem a ordem, ficando evidente a maior disparidade entre o peso atribuído aos princípios no momento do embate entre eles do que na definição atribuída a cada um.

A meu ver, transparece no acórdão analisado um grande receio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de, caso sintam-se no dever de conhecer e decidir o choque entre os princípios, o direito que poderia acabar prevalecendo levaria a uma solução que a sociedade entenderia como "a favor do racismo" ou simplesmente atentatória à dignidade do ser humano. Seria a instância máxima do Judiciário Nacional manifestando-se, teoricamente, a favor de condutas discriminatórias e altamente condenáveis.

O receio alegado fica demonstrado em diversas passagens da decisão, bem como a transcendência e importância desta decisão. O ministro Marco Aurélio afirma em seu voto:

*"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 representante do Estado para garantir à sociedade a punição, o que foi interpretado por Kindermann, relativamente às leis, como "confirmação de valores sociais".*

Nesta passagem fica claro que o próprio Ministro entende ser a opinião da sociedade fator que faz com que o Judiciário pense na repercussão de seus dizeres, antes de pensar no direito propriamente dito. Em seu voto fica demonstrada, claramente a liberdade de expressão como direito prevalecente, mas este já prevê que, os que se decidirem por este ponto de vista estão sujeitos à críticas por estarem implicitamente decidindo “em prol” do racismo. Seria esta decisão, para ele, uma “jurisprudência-álibi (...) a Corte sendo sensível aos anseios da sociedade”. Afirmando que o “Judiciário delimita a liberdade de expressão, demonstrando uma “indignação” quanto aos pensamentos anti-semitas, e, assim, mantém a confiança dos cidadãos”.

Isso demonstra que o Supremo Tribunal Federal não está imune às pressões sociais, principalmente quando observado tão de perto pela mídia. O caso Ellwanger fica como um bom exemplo de decisão tomada no sentido de satisfazer a sociedade, sem necessariamente fazer prevalecer o direito merecido.