

**NEGACIONISMO HISTÓRICO E CASO ELLWANGER – EFETIVIDADE
OU SIMBOLISMO DA NORMA PENAL?**

Uma análise sob a perspectiva da teoria do bem jurídico-penal

***ELLWANGER CASE – EFFECTIVE OR SYMBOLISM IN THE
CRIMINAL RULE?***

***An analysis from the perspective of the theory of the criminal-legal
interest***

DÉCIO FRANCO DAVID

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Gestão de Direito Empresarial pela FAE Centro Universitário. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR), mantida pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Advogado criminalista.

GILSON BONATO

Pós-doutor pela Universidade de Coimbra (UC). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor Titular de Direito Processual Penal e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade de Educação Superior do

Paraná (FESPPR), mantida pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP). Advogado criminalista.

RESUMO

O presente trabalho analisa o julgamento do habeas corpus nº 82.424-2/RS sob um enfoque distinto dos que foram usados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Desta forma, é proposta uma reinterpretação do julgamento, analisando-se o delito por meio do bem jurídico tutelado pela norma do artigo 20, da lei 7.716/89.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico; Racismo; Direito Penal.

ABSTRACT

This paper analyses the judgment of habeas corpus number 82.424-2/RS by a different focus that was used by the ministers of Supreme Federal Court. The article proposes a reinterpretation of the judgment by the analyses the crime by the legal interest egis by the norm contained in the Article 20 of Law 7.716/89.

KEYWORDS: Legal Interest; Racism; Criminal Law.

INTRODUÇÃO

O famoso caso Ellwanger (BRASIL, 2003)¹ foi um importante precedente sobre a interpretação de normas incriminadoras de condutas discriminatórias. Pode-se dizer que os votos dos ministros, assim como os pareceres e teses desenvolvidas

¹ Habeas corpus nº 82.424/RS. HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. Relator: Min. Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de jan. 2017.

tanto pela acusação quanto pela defesa são arguições de distintas fundamentações jurídicas, todas elas, ainda que discordantes, são profundamente interessantes.

Siegfried Ellwanger foi processado por ter publicado os livros “O Judeu Internacional”, de autoria de Henry Ford, “A história Secreta do Brasil” e “Brasil Colônia de Banqueiros”, ambos de Gustavo Barroso, “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, texto apócrifo, prefaciado por Gustavo Barroso, “Hitler-culpado ou inocente?”, de autoria de Sérgio Oliveira, “Os Conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra” de Louis Marschalko e também “Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”, sendo este último de sua autoria.

Por meio destas obras, em especial a obra de sua autoria, Ellwanger expunha que os fatos relacionados às perseguições aos judeus não existiram. Em seu livro, Ellwanger chegou a afirmar que o holocausto era a “mentira do século” (CASTAN, 1987, p. 137).

Em primeiro grau, ele foi absolvido, pois, segundo o magistrado do caso, Ellwanger estava salvaguardado pelo direito de liberdade de pensamento, opinião e expressão. O Ministério Público, discordando da decisão, interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, obtendo a reforma da sentença, bem como a condenação de Ellwanger. O réu, inconformado, impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça o qual foi denegado. Assim, o réu impetrou *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. Nos tribunais superiores, Ellwanger utilizou uma tese peculiar, a qual consistia em reconhecer que praticou discriminação, mas que ela não caracterizava racismo. Desta forma, pleiteava o reconhecimento da prescrição sobre suas condutas.

Os ministros do Supremo divergiram durante a votação, sendo que o HC teve como resultado final o indeferimento por maioria de oito votos. Os ministros Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso votaram pelo indeferimento, enquanto que os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Britto concediam a ordem, ainda que tenham divergido entre si nas razões para concessão.

Os magistrados, ao analisarem o caso, trataram de dois problemas centrais:

1. Se o antissemitismo é crime de racismo e; 2. Se existe ou não antinomia entre a

liberdade de manifestação de pensamento e a condenação de Ellwanger por ter praticado crime de racismo, isto é, se a condenação não estaria restringindo a liberdade de manifestação de pensamento (LAFER, 2005, p. 99).

Verifica-se que a ementa do acórdão expõe a resposta aos dois temas apresentados. Para o primeiro, os itens 1, 4 e 10 assim afirmam:

1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII).

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.

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 *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam.

Já no pertinente ao segundo tema, a ementa assim responde (itens 13 e 14):

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.

O julgado foi considerado um caso exemplar de respeito à democracia e às liberdades civis, pois, além de condenar uma pessoa adepta à ideologia do nazismo, reafirmou os direitos à igualdade e à não-discriminação.

Contudo, analisando melhor as filigranas do caso, os temas apontados acima não são, efetivamente, o cerne da discussão. As perguntas a serem respondidas pelos

magistrados no presente caso poderiam ser reapresentadas da seguinte forma: 1. Siegfried Ellwanger, ao publicar os livros, instigou ou incitou a prática do racismo?; 2. A manifestação de pensamento do autor lesionou a dignidade (humana) do povo judeu? Em razão da delimitação do tema, o presente estudo tentará responder apenas o primeiro ponto.

Inicialmente, é necessária uma breve observação: Em seus votos, os ministros parecem julgar casos diferentes. Uns mencionam como conduta a publicação de obras e a autoria de um livro como configuradores da materialidade do delito. Outros só mencionam o livro de autoria do réu. A delimitação do que seja a conduta imputada ao réu merece enorme destaque, pois, somente ao delimitar o que teria feito o acusado é que se pode identificar qual crime teria cometido². Para uma melhor análise, algumas perguntas iniciais tornam-se necessárias: 1. Se uma editora de âmbito nacional (ou até mesmo internacional) publicasse a famosa obra de Adolf Hitler “Main Kampf”, poderia, seu editor, ser penalizado pelo crime de racismo? 2. E se saísse um livro brasileiro expressando posicionamento intelectual (político-ideológico) – ou, até mesmo, preconceituoso – contra determinada tribo de Darfur, seria considerado racismo a ponto de se punir o autor na seara criminal? Tais perguntas serão respondidas ao longo do trabalho, no intuito de reforçar os argumentos aqui sustentados.

Desde já, afirma-se o entendimento de que a decisão condenatória do Supremo não foi de todo correta, motivo pelo qual não é possível concordar integralmente com os fundamentos apresentados. Há uma mescla, por parte dos ministros de inserir em um único contexto circunstâncias distintas, especialmente no pertinente à negação histórica como crime.

² Destaca-se que a acusação não pode ser genérica, devendo constar na exordial acusatória a descrição fática de todo ocorrido, sob pena de lesão à ampla defesa. Sobre o assunto: “As exigências relativas à “exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias” atendem à necessidade de se permitir, desde logo, o exercício da ampla defesa. Conhecendo com precisão todos os limites da imputação, poderá o acusado a ela se contrapor o mais amplamente possível, desde, então, a delimitação temática da peça acusatória, em que se irá fixar o conteúdo da questão penal. Mas, de outro lado, a correta delimitação temática ou imputação do fato, presta-se, também, a viabilizar a própria aplicação da lei penal, na medida em que permite ao órgão jurisdicional dar ao fato narrado na acusação a justa e adequada correspondência normativa” (OLIVEIRA, 2010, p. 189).

Em sentido contrário ao aqui exposto³, alguns estudos de respeitável embasamento teórico analisaram o caso, mas, ainda que divirjam em suas fundamentações, concordam com a necessidade de condenação do acusado⁴.

Verifica-se que no próprio julgado, assim como nos estudos mencionados, não é realizada uma interpretação do caso sob a óptica de um Direito Penal mínimo, contrário à prática do ativismo simbólico pelos órgãos estatais (judiciário e legislativo). É sob esse viés que o presente estudo será desenvolvido.

2 FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E CONTROLE SOCIAL

2.1 O CONTROLE SOCIAL

A relação entre os seres humanos é fundamental à manutenção e preservação da própria espécie. O indivíduo, para que possa criar seus próprios padrões, estabelecer suas metas, alimentar seus sonhos e efetivamente viver, necessita do intercâmbio pessoal com outros indivíduos.

No entanto, ainda que o homem seja dependente dessas relações e, simultaneamente, o criador das mesmas, ele se coloca numa situação de conflitos. Pois, sempre terá de resolver o embate entre seus próprios interesses e os interesses da sociedade em que esteja inserido. Assim, pode-se dizer que “a pessoa é a medida

³ Desde já é aceito o alerta do professor Pierpaolo Cruz Bottini (2012), para quem a “negação do Holocausto judeu é perigoso e preocupante”.

⁴ Os dois trabalhos citados apresentam embasamentos distintos, sendo: a) um favorável à fundamentação dos ministros do STF (LAFER, Celso. Análise e Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988: sobre o alcance e significado do crime da prática do racismo uma discussão do caso Ellwanger e da decisão do STF no HC n. 82.424-2. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**: Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, vol. 5, ano 2004, p. 461-490); e b) um contrário à fundamentação, mas favorável à condenação (OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012). Este segundo estudo aborda o tema sob o enfoque do conflito de direitos fundamentais, sob a perspectiva de Ronald Dworkin. Há, ainda, um excelente texto do professor Miguel Reale Júnior que aborda a questão sob o cerne da ponderação de direitos fundamentais: (Limites à liberdade de expressão. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 81, p. 61-91).

da individualidade” (REALE, 2011, p. 279), enquanto que ao se prostrar diante de outro indivíduo, com um respeito mútuo e recíproco, ambos se colocarão como pessoas (REALE, 2011, p. 279). Ao transcender a individualidade do seu próprio “eu” e reconhecer o valor do “eu” alheio, produzirá uma relação de alteridade, a qual é o fundamento da Ética (REALE, 2011, p. 279).

Este preceito não poderia expressar outra conotação, pois “o homem sempre aparece em sociedade interagindo de maneira muito estreita com outros homens” (ZAFFARONI, 2009, p. 58), sendo que destas relações sempre advém diversos conflitos valorativos, os quais acabam, de certa forma, configurando a estrutura de poder incidente em uma sociedade (ZAFFARONI, 2009, p. 59).

Para manter as relações de alteridade e assegurar a proteção ao próprio homem (enquanto integrante do grupo social – *ser*) é que todo grupo social (coletividade) “necessita de mecanismos disciplinares que assegurem a convivência interna de seus membros, razão pela qual se vê obrigada a criar uma gama de instrumentos que garantam a conformidade dos objetivos eleitos no plano social” (SHECAIRA, 2011, p. 66).

Deste modo, quando o legislador cumpre seu dever, ele se ocupa, entre outras coisas, de exercer o controle social; porém, não é apenas a norma jurídica contida na lei que desempenha tal função. A escola, a religião, o sistema laboral, as organizações sindicais, os partidos políticos, a educação familiar, as mensagens emitidas pelos meios de comunicação, o entorno no qual se desenvolvem as relações sociais, etc. são outras modalidades de exercício do controle (BUSATO, 2013, p. 64-66)⁵.

A este processo normativo-sancionatório, que diversas vezes é composto apenas de normas sociais⁶, incidente sobre a vivência coletiva é atribuído o nome de

⁵ No mesmo sentido REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3-11; ZAFFARONI e PIERANGELI, *op cit.*, p. 59; e GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

⁶ Sobre este assunto Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer afirmam que a vida cotidiana, assim como o Direito penal, está dominada por normas e nelas se impõe sanções em caso de desviação normativa (normas e sanções sociais). Assim, apresentam como exemplo de normas sociais: “regras de moda em determinadas situações, proibições de falar muito alto ou muito baixo; de rir ou de cuspir no chão; cumprimentar o anfitrião; não molestá-lo por muito tempo; regras pragmáticas sobre o

controle social. Em outras palavras, este controle é o garantidor do viver em sociedade, pois “assegura os limites da liberdade humana na rotina da vida cotidiana e é um instrumento de aprendizagem cultural e de socialização dos membros do grupo ou da sociedade” (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2011, p. 248). Em suma, o controle social é indispensável à existência da coletividade.

A sociedade caracterizada por normas de comportamento “constitui uma cultura reveladora dos valores básicos admitidos como objetivos consagrados pelo meio social” (REALE JÚNIOR, 2009, p. 3). Tal assertiva é dotada de relevante importância, uma vez que o modo como se desenvolve o controle social reflete diretamente no modelo de Estado adotado (BUSATO, 2013, p. 76).

Direito Penal representa o limite máximo de repressão estatal, sua função é exercer o controle social do intolerável pela seleção fragmentária de bens jurídicos essenciais às relações humanas (BUSATO, 2011, p. 477-478). Esses bens jurídicos essenciais são espécies de bem cultural (REALE, 2011, p. 224). Segundo Reale, os bens culturais se expressam como aqueles dotados de um suporte e um significado (REALE, 2011, p. 223). Estes dois elementos só podem ser identificados por meio da cultura de determinada sociedade, ou seja, por meio do “cabedal de bens objetivados pelo espírito humano na realização de seus fins específicos” (REALE, 2011, p. 223). Portanto, ao se falar de bem jurídico, exige-se a identificação dos elementos “suporte” e “significado”, os quais, repete-se, são construções de um estudo do Direito enquanto criação histórico-cultural.

O suporte se caracteriza como o elemento material do bem, enquanto que o significado se expressa pela valoração estabelecida sobre aquele objeto.

São esses elementos expressos na vivência que identificará os bens jurídicos a serem protegidos pela norma. Como bem assinala Fábio D’Ávila, os bens jurídicos

conversar; ordens de responder a determinadas ofensas; proibição de bater nos filhos”. Continuam ainda, com os exemplos de sanções sociais: “ridículo, difícil silêncio dos companheiros diante uma palavra inadequada; forma de privação de carinho pelos pais; advertências escolares; interrupção dos contatos sociais”. Para estes autores o fundamento de toda relação sancionatória é o desvio da norma: “toda sanção leva implícita a advertência de que voltará a se impor se se comete, no futuro, outro desvio normativo” (...) “O desvio mantém viva a norma, protegendo-a para que não se torne obsoleta, seja esquecida, vista como supérflua ou em objeto; mas sobretudo a sanção é a que expressa sua vigência; só que esta sanção só se impõe quando se infringe. (MUÑOZ CONDE; HASSEMER, 2011, p. 247-248).

pré-existem à produção da norma – tem suporte –, esta apenas lhes conferem o *status* (D'ÁVILA, 2009, p. 21), isto é, o significado.

Desta forma, pelo fato do direito ser o reflexo do todo cultural, verifica-se que “a norma constitui o momento culminante de um processo no qual estão em contínua tensão fato e valor” (REALE JÚNIOR, 1974, p. 25). Logo, sua normatividade se apresenta como “a qualidade científica culminante do direito, que expressa, de forma abstrata, objetivações resultantes da incidência valorativa sobre dados fáticos” (REALE JÚNIOR, 1974, p. 27).

Assim, um delito, enquanto fato típico, se caracteriza como um espelho de condutas reprováveis, segundo valores vigentes em dado ciclo histórico (REALE, 1968, p. 158). Por conseguinte, o delito “apresenta uma estrutura tridimensional, pois ele só se configura quando se correlaciona um fato a um desvalor na medida tipificada por uma regra de direito” (REALE, 1968, p. 159), isto é, a tipicidade fática, a antijuridicidade e a culpabilidade encontram sua razão de ser na estrutura fático-axiológico normativa (REALE, 1968, p. 159).

Todavia, para que essa estrutura seja perfeita, faz-se necessário identificar o elemento fundamental à existência do tipo penal, isto é, o bem jurídico.

A teoria do bem jurídico surge da preocupação de limitar o arbítrio e subjetivismo do legislador (PASCHOAL, 2003, p. 25-26). Seu estudo surge com Feurbach e a idéia do ilícito como violação de direitos subjetivos (TAVARES, 2004, p. 20). Ao estudar a tese de Feuerbach, Birnbaum observa a necessidade da existência de um referencial material para que houvesse a tutela penal, ou seja: exige um bem radicado diretamente no mundo do ser ou da realidade (objeto material), que tenha importância para a coletividade ou para uma pessoa e que pudesse ser atingido pela ação (BIRNBAUM, 2009, p. 27).

Destes estudos introdutórios, desenvolve-se toda uma teoria⁷ que ainda hoje não possui uma definição pacífica do que seria bem jurídico, sendo que alguns autores chegam a contestar a existência de tal instituto⁸.

A teoria que tenta denegar este substrato material que limita a atuação do pináculo punitivo estatal, serve de fundamento para a concretização de estados totalitários repressivos. Isto ocorre porque é justamente por meio da limitação do bem jurídico que é possível se determinar o conceito de liberdades públicas exposto por Celso Lafer (1998, p. 125-134), afinal ao limitar a atuação estatal frente ao indivíduo, nada mais se está fazendo do que colocando-o em seu lugar, uma vez que, tratando-se de liberdades públicas, quanto mais interventor é o Estado, mais totalitário ele se torna. Por tal motivo, concorda-se com Juarez Cirino dos Santos quando o autor afirma que o bem jurídico ainda é um conceito necessário (CIRINO DOS SANTOS, 2007, p. 14-19).

Assim, verifica-se que o problema não está no reconhecimento do bem jurídico como eixo central⁹ da norma penal incriminadora, mas sim em como este deve ser selecionado.

⁷ Sobre o desenvolvimento histórico da teoria do bem jurídico: DAVID, Décio Franco; ZAMBAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no sistema penal. *In*: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal baseado em casos**, vol II – Teoria da norma penal. (No prelo); SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 23-98; COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 29-59. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 36-51.

⁸ Por todos: JAKOBS, Günther. O dilema do Direito Penal. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 09-55 e JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In*: CALLEGARI, André Luís *et al.* **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 31-52; STRATENWERTH, Günther. Sobre o Conceito de “Bem Jurídico”. *In*: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O Bem Jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 101-115. Uma análise completa do pensamento de Gunther Jakobs especificamente sobre sua interpretação acerca do bem jurídico pode ser encontrada em DAVID, Décio Franco; ZAMBAZI, Larissa Horn. Ofensividade, bem jurídico e conteúdo material da imputação. *In*: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Baseado em casos**, vol. I – Teoria do Delito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-92; e também em LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma? *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano20, n. 97, jul-ago/2012, p.143-182.

⁹ Expressão usada por Roland Heffendehl para definir a função do bem jurídico frente à norma penal, especialmente no pertinente a bens jurídicos coletivos. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de al norma penal. *In*: HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179-196.

2.2 A SELEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O reconhecimento de que determinada conduta deve ser objeto de tutela penal não é problema novo. Já em Beccaria (2005), verificava-se a idéia de proteção do dano social. Assim, com o perpassar de toda a evolução do bem jurídico, muitos autores tentaram superar tal dificuldade. Nesse sentido, Max Ernst Mayer propôs que para se averiguar a caracterização de determinado bem enquanto bem jurídico-penal, é preciso averiguar o merecimento da tutela penal, a necessidade da tutela penal e a capacidade de tutela penal (MAYER, 2007, p. 28). O autor afirma que o merecimento corresponde ao valor que uma sociedade atribui ao bem (MAYER, 2007, p. 28); enquanto que a necessidade de tutela é auferível pela vulnerabilidade do bem (MAYER, 2007, p. 28), e a capacidade de tutela depende da avaliação do legislador, evitando-se que todo dever possa ser imposto forçadamente (MAYER, 2007, p. 29).

Heleno Claudio Fragoso, à sua época, defendia que o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual, mas sim um bem “humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade depende, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito” (FRAGOSO, 1977, p. 59). Desta forma, propôs que a legitimação da seleção penal sobre um determinado bem jurídico se dá por dois aspectos: de um lado, exige-se o “dano ou perigo que o crime causa a um bem particular da vida humana ou da coletividade” (FRAGOSO, 1977, p. 61), e, simultaneamente, por outro, exige-se a “valoração da conduta em si, ou seja, com a afirmação do desvalor da ação através da imposição de um dever jurídico que o fato punível viola” (FRAGOSO, 1977, p. 61).

Esta dificuldade de identificação perdura até os dias atuais, alguns autores tentam criar filtros de controle e identificação. Assim, Fábio D’Ávila aborda a questão de uma dupla valoração (reconhecimento do bem jurídico e verificação da ofensividade) (D’AVILA, 2009, p. 21-29).

Por sua vez, Juarez Tavares ao delimitar sua teoria do injusto penal condiciona o bem jurídico “aos fins limitativos e não punitivos de uma autêntica teoria democrática do injusto, de onde surge a necessidade de formulação exata das zonas

de intervenção do Estado, a partir da crítica dessa mesma intervenção, sob o pressuposto da legitimidade” (COELHO, 2006, p. 132). Para este autor, o bem jurídico só se insere na norma como valor enquanto consiga cumprir a função de proteção da pessoa humana (TAVARES, 2004, p. 199).

Já Luís Greco propõe um roteiro a ser seguido quando da análise do que se deseje criminalizar (GREGO, 2011, p. 78-6). Para tanto, traça três problemas: 1º É possível um conceito político-criminal de bem jurídico?; 2º Esse conceito político-criminal de bem jurídico pode ser condição necessária para a incriminação?; 3º Como distinguir bens jurídico coletivos autênticos de falsos bens jurídicos coletivos?

Para responder o primeiro problema, Greco delinea três passos: Primeiramente, é preciso analisar o grau de importância fundamental do bem jurídico, ou seja, se a ausência de tutela penal colocaria em risco a existência ou o bem-estar de alguém. Em segundo lugar, é preciso identificar quem é esse “alguém”, isto é, a tutela protegerá o indivíduo ou a coletividade? (BUSATO, 2011, p. 58-60) Por fim, Greco questiona se este bem jurídico deve ser entendido como realidade fática ou como uma entidade meramente ideal.

No segundo problema, Luís Greco questiona se só pode ser punido aquilo que possui bem jurídico (D’AVILA, 2005, p. 57-87), isto é, podem existir crimes sem bem jurídico? A resposta adotada por Greco segue o pensamento de Claus Roxin, para quem a preservação do bem jurídico como condição necessária para a incriminação é necessária, porém, admite três exceções: a) proteção a animais e flora; b) proteção de embriões; e, d) proteção das futuras gerações (GRECO, 2006, p. 90).

No terceiro problema, Greco aponta a necessidade da identificação de bens coletivos verdadeiros, afirmando que não basta a união de vários bens jurídicos individuais para que se identifique um bem coletivo. Sob a sombra desse terceiro problema, Roland Hefendehl, ao defender sua teoria social¹⁰ do bem jurídico, divide os bens jurídicos coletivos (HEFENDEHL, 2008, p. 112) em três modalidades sendo

¹⁰ A teoria Social do bem jurídico de Roland Hefendehl é apresentada no escopo de promover a garantia de participação de todos na sociedade, motivo pelo qual critica a teoria pessoal do bem jurídico, a qual entende auxiliar na segregação e exclusão social (HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n.87, nov-dez/2008, p. 106-112).

que a cada uma delas corresponde um titular específico. São elas: a) delitos de proteção do Estado (HEFENDEHL, 2008, p. 112) e delitos de proteção de recursos estatais, cujos titulares são certos representantes estatais (HEFENDEHL, 2008, p. 113); b) Recursos ambientais (HEFENDEHL, 2008, p. 113), cujo titularidade pertence a todos os membros da sociedade (HEFENDEHL, 2008, p. 116); e, c) bens coletivos clássicos (HEFENDEHL, 2008, p. 114), cuja titularidade pertence, igualmente, a todos os membros da sociedade (HEFENDEHL, 2008, p. 116).

Outra possibilidade de delimitar a seleção de bens jurídicos é apresentada por Saulo Guimarães Rodrigues (RODRIGUES, 2012, p. 183-213), o qual elenca três etapas: a) O bem deve ser identificado na realidade do convívio social, isto é, deve ser dotado de caráter concreto (RODRIGUES, 2012, p. 209); b) Deve estar vinculado de forma referencial aos direitos fundamentais de liberdade (RODRIGUES, 2012, p. 209-210); e, c) Por fim, deve-se verificar a dignidade penal do bem, para tal desígnio propõe a verificação da capacidade do bem jurídico promover os princípios fundamentais por meio da tutela penal (RODRIGUES, 2012, p. 210).

Já para Wolfgang Wohlers, a seletividade de bens jurídicos não se dá de forma positiva, mas pelo reconhecimento da deslegitimação de tipos penais exigem algo faticamente impossível, ou que querem proteger interesses que não são dignos de proteção jurídica (WOHLERS, 2011, p. 101). Sua proposta se dá no campo dos bens jurídicos coletivos, especificamente nas modalidades de delito de como se dará a proteção (WOHLERS, 2011, p. 102-104). Em suma, o autor defende que o bem jurídico protegido pela norma é “o ponto de partida para a determinação da legitimidade de tipos penais” (WOHLERS, 2011, p. 105). Assim, sua função de filtragem só pode ocorrer de forma negativa, ou seja, o bem jurídico deve delimitar o que é indigno (ilegítimo) de proteção penal, assim o tipo será legitimidade pela “relação das modalidades de comportamentos compreendidas com o *algo* considerado bem jurídico” (WOHLERS, 2011, p. 105).

Como ponto de encontro, verifica-se em todas essas tentativas de delimitação da seleção de bens jurídicos a necessidade de ancorar seu conteúdo material a valores socialmente reconhecidos e dignos de tutela penal. Até então, não se encontra

um ponto comum e rígido de segurança aos valores selecionados pelo sistema jurídico-penal.

Tentando superar este problema, a doutrina questiona se é possível vincular o conteúdo material do bem jurídico ao conteúdo do texto constitucional, isto é, se deve o bem jurídico estar vinculado a Constituição. Dessa perspectiva, resultam três teorias: a) teoria negativa; b) teoria positiva “do potencial espelho”; c) teoria positiva dos direitos fundamentais.

2.2.1 Teoria Negativa

De acordo com a teoria negativa, o “Estado pode tipificar condutas atentatórias a valores que não tenham sido reconhecidos pela Constituição, desde que tal criminalização não fira os valores constitucionais” (PASCHOAL, 2003, p. 55). Esta perspectiva pode ser fundamentada sob três prismas. Primeiramente, verifica-se a existência de sociedades multiculturais (WOLKMER, 2001, p. 172), as quais expressam seus múltiplos valores (muitas vezes conflitantes entre si) no corpo do texto constitucional (BECHARA, 2010, p. 82). Assim, por “não refletirem muitas vezes a própria realidade presente, não se pode querer aplicar os preceitos constitucionais diretamente às relações sociais na esfera jurídico-penal” (BECHARA, 2010, p. 128).

Do mesmo modo, pode-se, ainda, fundamentar a teoria negativa pela possibilidade de delimitar os bens jurídicos ante uma hierarquização valorativa, haja vista a coexistência de bens individuais e coletivos, optando-se pela prevalência daqueles em detrimento destes (BUSATO, 2009, p. 74).

Por outro lado, a delimitação negativa pode evitar a formalização jurídica de estados totalitários, como o próprio Estado nazista.

Assim, entendendo a Constituição como um limite negativo ao direito penal, verifica-se que “não há qualquer obrigação de se criminalizarem condutas que lesionam ou ameaçam bens jurídicos, ainda que haja determinação constitucional” (COSTA, 2010, p. 6). Essa é a postura adotada no presente trabalho.

2.2.2 Teorias positivas

Diversamente da teoria negativa, as teorias positivas defendem a Constituição como um limite positivo à tutela penal e à seleção de bens jurídicos.

2.2.2.1 Teoria do “potencial espelho”

De acordo com a Teoria do “potencial espelho”, “todo e qualquer bem ou valor alçado ao nível constitucional pode ser objeto de proteção penal, independentemente de sua natureza ou do lugar que ocupe na escala de valores constitucionais” (PASCHOAL, 2003, p. 60). Para esta teoria, pouco importa o valor atribuído para determinado bem na ordem constitucional, para que seja reconhecido como verdadeiro bem jurídico-penal, bastaria estar previsto no texto constitucional (PASCHOAL, 2003, p. 60).

No entanto, verificando-se que a atual constituição federal é demasiadamente prolixa afirma-se que tal teoria não deve ser usada, ainda que o Bem Jurídico arrimado na constituição garanta uma limitação ao poder do legislador, os bens jurídico-penais devem ser mais restritos do que o conjunto dos valores constitucionais (GRECO, 2011, p. 84). Afinal, adotando-se esta teoria poderia cair-se no absurdo de ter de se reconhecer como conduta potencialmente criminosa a tentativa de mudança de competência do colégio Pedro II prevista no artigo 242, § 2º da Constituição Federal. Contrariando este argumento, os defensores dessa perspectiva afirmam que não bastaria a previsão constitucional do bem para que houvesse a proteção penal, para isso exigir-se-ia, ainda, a comprovação da necessidade da tutela, por tal motivo o nome da teoria seria “potencial espelho” (PASCHOAL, 2003, p. 63).

2.2.2.2 Teoria positiva dos direitos fundamentais

A outra teoria positiva defende “ser necessário averiguar se o bem a ser protegido pelo Direito Penal constitui um direito fundamental dentro da topografia constitucional” (COSATE, 2011, p. 72).

Defendendo esta perspectiva, Janaína Conceição Paschoal afirma que o Direito Penal está limitado positivamente pela Constituição Federal, restringindo-se aos valores fundamentais. Esta postura afasta a intervenção penal de normas e conteúdos (meramente) formais constitucionais (PASCHOAL, 2003, p. 68).

Esta teoria tem como mérito o fato de se projetar sempre em favor de uma delimitação do Direito Penal, isto é, restringir sua ampliação demasiada (PASCHOAL, 2003, p. 68). Mas, há que se conflitar tal postura com os demais bens jurídicos previstos além do rol expresso do texto constitucional, haja vista que a teoria dos direitos fundamentais já reconhece tal ampliação (SARLET, 2007, p. 110).

Ainda sob a vinculação entre os direitos fundamentais e os bens jurídicos, destaca Ana Elisa Bechara a diferença de funções dos dois institutos, isto é, “os direitos fundamentais reconhecidos pelo constituinte voltam-se primordialmente a garantir ao cidadão uma esfera de liberdade ante a intervenção dos poderes públicos” (BECHARA, 2010, p. 382). Por outro lado, “os bens jurídicos cumprem, por sua vez, uma função muito mais ampla e complexa, implicando relações sociais concretas entre os indivíduos, inclusive o próprio Estado, porém não apenas este” (BECHARA, 2010, p. 382).

Sob um viés intermediário entre esta teoria e a teoria negativa, está o pensamento de Luiz Luisi, para quem a criminalização deve buscar os bens preponderantes de ordem constitucional (direitos fundamentais), mas, pode tutelar bens que não estejam no texto constitucional, desde que se respeitem os princípios constitucionais (LUIZI, 2003, p. 168-177). Desta forma, afirma que as constituições “são para as criminalizações sua base e seu limite” (LUIZI, 2003, p. 175).

2.2.3 Uma possível delimitação negativa?

Conforme afirmado anteriormente, o presente trabalho parte da perspectiva da limitação negativa da Constituição frente à seleção de bens jurídicos.

Assim, retornando ao roteiro traçado por Luís Greco, é possível definir os bens jurídicos como “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência social, nos limites da ordem constitucional” (GRECO, 2011, p. 409).

No entanto, tal conceito ainda permanece muito amplo, motivo pelo qual Greco segue a linha de trabalho de Claus Roxin ao demonstrar o que não deve ser identificado como bem jurídico (GRECO, 2011, p. 410-413).

Roxin identifica dez circunstâncias que não merecem o reconhecimento como bem jurídico penal (ROXIN, 2009, p. 20-25): 1) Motivações ideológicas ou que atentam contra direitos fundamentais e humanos; 2) A simples transcrição do objeto da lei¹¹; 3) Atentados contra a moral; 4) Atentados contra a própria dignidade humana não se confundem com lesão de um bem jurídico¹²; 5) Sentimentos, salvo os de ameaça; 6) Autolesão consciente¹³; 7) Leis simbólicas; 8) Tabus¹⁴; 9) Objetos de proteção de uma abstração incompreensível¹⁵; 10) Meras violações contratuais.

Diante dessa delimitação negativa, Claus Roxin define bens jurídicos como as “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no contexto de um sistema social global estruturado com base desta concepção da finalidade ou operação do sistema em si” (ROXIN, 2007, p. 56).

¹¹ Roxin explica que a descrição do texto normativo não se constitui como bem jurídico.

¹² Roxin explica que a modificação artificial de uma celular humana não deve ser por si só punível, pois há casos em que ela seja positiva, o que implicaria na inversão da valoração normativa.

¹³ Roxin defende a intervenção penal paternalista estatal nos casos em que existam déficits de autonomia do afetado, como menores de idade e perturbados mentais.

¹⁴ Roxin cita o caso do incesto. Sobre este assunto, Luís Greco tece críticas sobre um famoso julgado do Tribunal Constitucional Alemão, no qual se debateu a necessidade de incriminação do incesto. Para o autor, valores morais não devem ser debatidos somente pela esfera da teoria do bem jurídico, mas também sob o enfoque da autonomia e esfera nuclear da vida privada, recurso este que deslegitimaria a punição de infrações morais (GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, nº 82, jan/fev, 2001 p. 165-185).

¹⁵ Roxin explica que tais objetos são aqueles que dependem de uma valoração subjetiva sem base empírica.

Portanto, tendo-se definido o que é bem jurídico, torna-se imperiosa a análise do bem jurídico tutelado pelo artigo 20, da Lei nº 7.716/89, o qual foi utilizado como tipo penal justificante da incriminação no caso acima relatado.

3 A IGUALDADE COMO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO ARTIGO 20 DA LEI 7.716/89

Conforme já explanado anteriormente, o caso em análise trata do crime de racismo, tipificado no artigo 20 da Lei 7.716/89 (ainda com a redação apresentada pela Lei 8.081/90¹⁶). Assim, Sigfried Ellwanger respondeu a processo criminal por ter incitado, por meio de publicação, discriminação ou preconceito em razão da religião de um determinado grupo. Para uma correta interpretação dos fatos, com a definição de uma sentença condenatória ou absolutória, deve-se responder a duas perguntas: 1. Qual o bem jurídico tutelado pela norma? 2. A conduta de Sigfried Ellwanger foi efetiva para lesionar o bem jurídico tutelado?

De acordo com oito ministros, em especial o ministro Maurício Corrêa, (o qual utilizou o parecer de Celso Lafer em boa parte de seu voto), o acusado lesionou a dignidade humana dos judeus nos livros que publicou. Todavia, é preciso traçar um filtro sobre tal argumentação. Não se pode querer julgar o acusado com base nas condutas práticas por membros do partido nazista alemão durante a Segunda Guerra Mundial. A conduta do acusado deve ser analisada sob o enfoque delimitador da extensão de seus atos¹⁷. Para tanto, deve-se entender que o bem jurídico tutelado

¹⁶ O texto normativo imputado ao acusado era assim expresso: “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”. Destaca-se que este artigo foi modificado em 1997. No entanto, a modificação não beneficia o acusado, motivo pelo qual não incide de forma retroativa. A mudança trazida pela Lei nº 9459/97 apenas dividiu um tipo penal em duas modalidades. Desta forma, a conduta imputada ao acusado estaria, agora, prevista no art. 20, § 2º, cuja pena é idêntica à previsão normativa anterior.

¹⁷ Com muita razão advertiu o ministro Marco Aurélio que “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

pela norma não pode ser a dignidade suscitada no parecer de Celso Lafer ou nos votos do julgamento.

Desta forma, após percorrer o trajeto mapeado por Luís Greco e repassar o filtro das dez proibições apresentadas por Roxin, chega-se a conclusão de que artigo 20 da Lei 7.716/89 possui como bem jurídico a igualdade. Em hipótese alguma é possível aceitar que a norma esteja tutelando a dignidade humana em si mesma. Afinal, somente a igualdade é capaz de expressar efetivamente o sentido e o significado culturalmente aceitos e impostos pelo texto normativo¹⁸.

A igualdade enquanto bem jurídico previsto neste tipo não aborda apenas o critério formal ou material entre os cidadãos, mas direciona-se ao reconhecimento universal de que todos os seres humanos são dotados de dignidade, motivo pelo qual devem ser respeitados.

Nesse contexto, é perceptível que a valoração utilizada pelos ministros é questionável. É preciso reforçar a idéia de que ao julgar, a valoração pessoal (subjetiva) do juiz deve ser “substituída por uma valoração cultural presente na comunidade como posição cultural dominante” (REALE JÚNIOR, 1974, p. 118). Esta feição é fundamental ao reconhecimento do pluralismo social e das múltiplas regras culturais existentes na sociedade brasileira.

É cediço que para existir um crime, exige-se a lesão ao bem jurídico (antijuridicidade material) ao mesmo tempo em que necessita ser caracterizada a desobediência da norma (antijuridicidade formal). Sem estes dois requisitos, o fato não pode ser considerado delituoso. Logo, é por meio da identificação adequada do valor tutelado pela norma que se pode fazer o correto juízo sobre a própria extensão da norma. Portanto, o argumento constante no item “5” da ementa abre a possibilidade

limitação direta à liberdade de expressão do nosso povo baseada em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas corpus nº 82.424/RS..., p. 894).

¹⁸ Reconhecendo a igualdade como bem jurídico tutelado pelo Art. 20, da Lei 7.716/89: REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de Expressão. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 81, p. 70. No mesmo sentido, extrai-se o bem jurídico igualdade do voto do ministro Gilmar Mendes: “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” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas corpus nº 82.424/RS..., p. 958).

de uma nova discussão: Para a configuração do crime de racismo há a necessidade da existência de um dano real sobre a conduta discriminatória?

Este questionamento é abordado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto (BRASIL, 2003, p.891-893). Para ele, a comprovação dano real se resolve por meio de um juízo hipotético baseado em critérios históricos. Assim, ele questiona se a sociedade brasileira é predisposta a praticar discriminação contra o povo judeu. Defende o ministro que historicamente nunca “houve qualquer inclinação da sociedade brasileira a aceitar, de forma ostensiva e relevante, idéias preconceituosas contra o povo judeu” (BRASIL, 2003, p. 891).

Defende o ministro que caso a conduta fosse contra negros, índios ou nordestinos restaria configurada a antijuridicidade da conduta, pois o bem jurídico igualdade seria lesionado de forma abrupta, haja vista a carga histórica brasileira¹⁹. Portanto, para o ministro Marco Aurélio, não houve crime de racismo. A análise do ministro é a que mais se aproxima da correta interpretação no tipo sob a luz da teoria do bem jurídico. É fato que as obras publicadas pelo acusado existem trechos de ofensa direta e indireta ao grupo judaico, isto sim, configura lesão direta ao bem jurídico igualdade²⁰.

No entanto, há que se analisar o caso acerca de quais obras puderam ofender o povo judeu em razão de sua publicação. Destaca-se que, em razão dos efeitos da sentença – art. 20, § 2º da Lei 7.716/89 (antiga redação), a obra de autoria do acusado está proibida de ser vendida, porém é facilmente encontrada em sites da internet.

Particularmente sobre a obra do acusado, o ministro Carlos Ayres Britto faz uma análise metódica, após ler a primeira e a segunda edição da obra identifica que ela se constitui como uma pesquisa histórica e que não possui o condão de discriminação a ela imputada²¹.

¹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas corpus nº 82.424/RS..., p. 892.

²⁰ Destaca-se que, em razão dos efeitos da sentença – art. 20, § 2º (antiga redação), a obra de autoria do acusado está proibida de ser vendida, porém é de fácil acesso pela internet em razão de alguns sites hospedarem a obra.

²¹ “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.,

Em sua conclusão, o ministro afirma que

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 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 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. (BRASIL, 2003, p.840-841)

Ademais, conclui que o acusado não teria cometido crime, sendo que a única conduta a que se poderia acusar Ellwanger seria a de “sobrepôr a sua idéia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador” (BRASIL, 2003, p. 841).

Em outras palavras, é possível identificar com as explanações dos votos dos ministros que o acusado defende uma ideologia, porém, como bem afirmaram ambos: “a defesa de uma ideologia não é crime” (BRASIL, 2003, p. 841).

Sobre o assunto, Claus Roxin defende que “são inadmissíveis as normas jurídico-penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos” (ROXIN, 2009, p. 20), isto porque o sentido e o significado da tutela penal restariam distorcidos do sistema constitucional democrático por ele defendido.

Evidentemente que o artigo 20, da Lei 7.716/89 não é uma norma que restringe a defesa de uma ideologia. Na verdade, ela objetiva obstaculizar as agressões à igualdade. A equivocada interpretação da conduta do acusado é que pode dar esse sentido à norma constante no artigo 20.

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. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas corpus nº 82.424/RS..., p. 839).

No entanto, há que se reconhecer que uma afirmação de que um grupo é “inferior” ao outro caracteriza a ofensa racista, pois está imbuída de claro ânimo discriminatório. Neste caso, o agente defende e promove a segregação dos grupos (ARENDR, 1989, p. 24-30). Por outro lado, questionar um fato histórico, ainda que de forma absurda, não se encaixa nesta definição.

A correta interpretação do tipo penal deve ser realizada pelo motivo justificante da própria norma. Afinal, nem toda conduta humana, ainda que tipificada, se impõe portadora de uma estrutura (suporte) e de um sentido (significado) penalmente relevantes (ROXIN, 2012, p. 7-8). Apenas aquelas condutas tidas como intoleráveis – e que formalmente preenchem todos os elementos do tipo – podem ser assim criminalizadas. Caso contrário, corre-se o risco de criar um Direito Penal meramente simbólico.

4 MATERIALIZAÇÃO DO SIMBOLISMO PENAL NO CASO

4.1 JULGAMENTO APENAS POR SEUS LIVROS OU EM RAZÃO DE TODO O HOLOCAUSTO?

Infelizmente, ao analisar todos os votos do caso, verifica-se uma forte inclinação à adoção de um Direito Penal do autor, pilar inicial para a configuração de um Direito Penal baseado em relações de inimizades. Teoria esta defendida por Gunther Jakobs e criticada mundialmente (BUSATO, 2011).

Em verdade, o julgado trata do holocausto como um dogma inquestionável, de modo que qualquer argumento, ainda que científico, seja reprimido de forma abrupta. Tal conclusão decorre da análise de expressões utilizadas pelos ministros, por meio das quais é possível identificar uma inclinação à punição do acusado não apenas pelo que fez, mas pela rejeição internacional do próprio holocausto. Veja-se que o Ministro Maurício Correa deixou clara sua intenção de não vincular o caso em si “com a loucura de Hitler” (BRASIL, 2003, p. 551), mas utiliza tal temática como principal argumento. O ministro afirma 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” (BRASIL, 2003, p. 553). Deste apontamento exsurge outra questão de enorme importância: Os ministros estavam julgando apenas a conduta de Elwanger ou também todo o sofrimento do povo judeu ao longo da história? Evidentemente que os julgadores devem estar limitados às práticas do réu em questão e não aos fatos históricos correlacionados que não estavam sob o domínio de ação do acusado.

Esta constatação é fundamental para poder analisar não apenas a pena imposta, como também o sopesar de princípios constitucionais (REALE JUNIOR, 2003, p. 75), mas, principalmente, o significado do conteúdo da decisão. Como cada uma destas questões dá margem a estudos individuais, optou-se, no presente trabalho, por analisar apenas o significado jurídico penal da decisão sob o enfoque da teoria do bem jurídico penal, ficando desde já o compromisso futuro para análise dos demais problemas.

Desta forma, verifica-se uma preocupação exacerbada nos votos dos ministros que condenaram o acusado em realizar uma autoafirmação do STF favorável a uma equivocada interpretação de norma penal, trazida à baila pelo íncrito parecer de Celso Lafer.

No item “VII” de seu parecer (LAFER, 2005, p. 59-73), o renomado jurista analisa a prática do racismo e seu impacto no Direito Internacional, sob o prisma da dignidade da pessoa humana. Para tanto, faz uma exegese do artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal em razão dos tratados e convenções internacionais sobre o assunto. Neste ponto, há duas afirmações que merecem ser destacadas:

O rigor da tutela penal previsto pelo art. 5º, XLII, da Constituição de 1988 e da sua correspondente legislação infraconstitucional, nela incluída a imprescritibilidade do crime da prática do racismo, exprime, assim, o cumprimento de uma obrigação internacional do Brasil e a já referida identidade de objetivos do Direito Internacional e do Direito Público Interno quanto à proteção da pessoa humana. (LAFER, 2005, p. 69)

E, ao comentar a Declaração de Durban

Com efeito, na parte que trata das vítimas do racismo e da discriminação racial a Declaração de Durban afirma, no seu item 58: “Recordamos que o Holocausto jamais deverá ser esquecido”. Ora, negar o Holocausto e considerá-lo a mentira do século é precisamente uma das atividades a que se dedica Siegfried Ellwanger. (LAFER, 2005, p. 70)

Com relação à primeira afirmação, é questionável a disposição apresentada pela constituição ao tornar o crime de racismo imprescritível. Se forem confrontados os bens jurídicos igualdade e vida, ambos reconhecidos como direitos fundamentais de primeira geração, há que se entender a superação de um por outro. Isto pode ocorrer por meio da teoria da ponderação. No entanto, o texto constitucional prevê que lesões ao bem jurídico igualdade (v.g. racismo) não prescrevem, enquanto que o homicídio (lesão ao bem jurídico vida) prescreve. Isto é a comprovação da não-adoção de um sistema proporcional.

Ainda que seja argumentado que a igualdade é um elemento essencial a dar condições de vida ao sujeito, não é possível aceitar a idéia de que a extirpação da vida alheia é menos grave do que a prática discriminatória. Uma crítica simples se daria pelo preceito secundário da norma, uma vez que para a conduta de homicídio a pena gira entre os períodos de seis a trinta anos dependendo do caso, enquanto que para a discriminação (racismo) a pena máxima é de cinco anos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2012). Em suma, afirma-se que a imprescritibilidade “só encontra assento nas idéias de vingança e retribuição” (MACHADO, 2000, p. 163), ambas contrárias ao Direito Penal de um Estado Democrático.

Já com relação à segunda afirmação, a qual serve de justificativa para a imprescritibilidade, é de se notar que há um conteúdo simbólico extremo no julgado do STF.

Nas conclusões de seu parecer, Celso Lafer afirma 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” (LAFER, 2003, p. 86).

É indiscutível que o holocausto não deve ser esquecido, porém isto não quer dizer que uma arguição em sentido contrário, por mais infundada e descabida e que seja, constitua crime.

Consubstanciando a adoção do simbolismo na decisão, a ementa nos seu item 15 reafirma exatamente o conteúdo do item 58 mencionado por Celso Lafer.

Além do parecer de Celso Lafer, o processo também contou com um parecer do ilustre professor Miguel Reale Júnior, o qual direcionou sua análise sobre os argumentos traçados pela defesa em sede de *habeas corpus*, lembrando-se: que os judeus não consistiriam uma raça, logo o réu teria praticado o crime de discriminação.

O insigne jurista Miguel Reale Júnior (2003, p. 323-348), em parecer sobre o caso, defende que condutas antissemitas caracterizam o crime de racismo, sendo, deste modo, imprescritíveis.

O autor inicia a análise do caso discorrendo acerca do conceito de *racismo*, para o qual se trata de termo impreciso e vago, sendo necessário para sua conceituação observar a participação do intérprete na fixação do sentido e o contexto no qual está inserido (REALE JÚNIOR, 1974, p. 325-326).

Esclarece que o termo *racismo* remete a delimitações extrajurídicas, “admitidas pela consciência social, regras morais, sociais e de costumes” (REALE JUNIOR, 1974, p. 326), devendo ser considerado o momento da elaboração das normas, o contexto da sociedade e a memória (REALE JÚNIOR, 1974, p. 328). Para o autor, o juiz efetua uma mediação que torna eficaz o objetivo do legislador, pois são consideradas as valorações atuantes na sociedade e o ordenamento jurídico no qual está inserida a norma (REALE JÚNIOR, 1974, p. 328-329).

O jurista, ao analisar as legislações nacionais acerca do tema, citando como exemplos os ordenamentos jurídicos da França, Espanha, Portugal e Estados Unidos, conclui que as legislações tipificam o antissemitismo como forma de racismo, com o qual objetivam evitar atos de discriminação racial por meio da incriminação da negação do holocausto (REALE JUNIOR, 1974, p. 337).

Utilizando-se dos parâmetros acima apontados para interpretação da norma constitucional, de considerações histórico-sociológicas e do ordenamento jurídico

pátrio e internacional, o jurista afirma que a expressão *racismo* não se limita à discriminação de uma raça como aspecto científico, mas engloba, também, qualquer segregação em face da raça, cor, descendência, origem étnica ou nacional (REALE JUNIOR, 1974, p. 348).

Assim, independentemente de o povo judeu ser considerado uma raça (REALE JUNIOR, 1974, p. 346), a discriminação contra eles está inserida no termo *racismo*, em virtude de ponderações extrajurídicas e da consciência social e moral (REALE JUNIOR, 1974, p. 340). Caso assim não fosse, pondera o autor que “o fim visado pela Constituição de criminalizar a segregação por discriminação racial, protegendo o bem jurídico igualdade, seria desvirtuado” (REALE JUNIOR, 1974, p. 343).

O jurista finaliza seu parecer confirmando que a única interpretação em consonância com os valores formadores da sociedade, com os princípios constitucionais e com as normas internacionais é no sentido de que a expressão *racismo* abarca qualquer discriminação de raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica (REALE JUNIOR, 1974, p. 347-348).

Deste modo, e sendo o conteúdo racista das publicações de Ellwanger evidente (REALE JUNIOR, 1974, p. 347), o autor conclui que a conduta de induzimento ao ódio aos judeus, inclusive com sugestões segregação ou eliminação e de negação do holocausto, constitui crime de racismo, portanto imprescritível (REALE JUNIOR, 1974, p. 348).

Nota-se, assim, que o autor se propõe a analisar o problema da conceituação do termo *racismo* e a questão da caracterização do povo judeu como raça, de modo que, nos parâmetros de sua fundamentação, resta adequada a afirmação de que Ellwanger praticou o crime de racismo, exceto pelo mesmo equívoco cometido por Celso Lafer: a pura negação histórica do fato, não é por si só criminosa (BOTTINI, 2012, p. 300).

Neste caso, ambos os pareceristas vinculam o negacionismo como meio para prática de racismo. No entanto, repete-se, a mera negação de um fato não enseja na prática de crime. Assim o fosse, deveriam ser criminalizadas todas as pesquisas e

opiniões que divergem dos fatos históricos (por mais absurdas e ignorantes que sejam!), como por exemplo, negar a morte de Tiradentes.

4.2 NEGACIONISMO HISTÓRICO E SIMBOLISMO PENAL

Depreende-se de todo o exposto que o STF adotou o entendimento de que todo negacionismo do holocausto configura conduta racista, pois estaria lesando o bem jurídico igualdade.

No entanto, repete-se que ta postura está equivocada. O Direito penal não é instrumento adequado para preservar a história da humanidade. No campo político criminal, verifica-se que há instrumentos formais e informais de controle social muito mais eficientes a atingir tal propósito. Na seara dogmática, verifica-se a inexistência de bem jurídico penal.

O interesse do Estado brasileiro em preservar a história por meio da tutela penal sofre a sábia crítica de Claus Roxin, o qual ao analisar o artigo 130, § 3º do Código Penal Alemão afirma:

As lei penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora do Estado. Somente cito como exemplo uma regulação do Código Penal alemão que pune com pena a negação ou a diminuição de importância dos delitos de genocídio cometidos sob o regime do nacional-socialismo. Não obstante, a negação total ou parcial de fatos históricos, que inclusive não compreende a aceitação de delitos, não menospreza a vida em comunidade dos homens que vivem hoje em dia, tanto mais que estes fatos foram provados, e sua verdade histórica, reconhecida em geral. O verdadeiro sentido da norma é apresentar a Alemanha de hoje como um Estado depurado que não oculta nem esquece os crimes da época de Hitler. Isto é uma intenção louvável; entretanto, sua persecução não serve à proteção de bens jurídicos. O emprego do Direito Penal para um fim semelhante não é então legítimo.(ROXIN, 2009, p. 24)

Disposição normativa parecida está presente no artigo 20, § 1º da Lei nº 7.716/89, com redação dada pela Lei nº 9.459/97, a qual incrimina a circulação de produtos com símbolos nazistas. Analisando o quase inexistente número de casos

noticiados acerca da apreensão de materiais com esta conotação, verifica-se, novamente, que a norma é desprovida de um sentido e de um significado diretamente vinculado a cultura nacional brasileira.

Sobre o assunto, informa-se que tramita na Câmara dos Deputados um projeto de lei para incluir um parágrafo no art. 20 da Lei 7.716/89, no intuito de criminalizar a conduta de negar o holocausto, veja-se a redação da proposta:

Incorre na mesma pena do § 1º deste artigo, quem negar ocorrência do Holocausto ou de outros crimes contra a humanidade, com a finalidade de incentivar ou induzir a prática de atos discriminatórios ou de segregação racial.

Destaca-se que, sob um viés de estruturação normativa, tal dispositivo é vazio de propósito. Afinal, se para a configuração do crime exige-se que a negação do fato histórico possua uma finalidade específica de incentivar ou induzir a prática de atos discriminatórios, tanto a previsão normativa existente à época dos fatos quanto a atual já punem os atos discriminatórios de forma ampla. Assim, tal dispositivo não passaria de um pleonasma jurídico.

É cediço que outros países já punem de forma expressa o negacionismo histórico, como exemplo, cita-se a Portugal e Espanha que punem a negação de crimes de guerra ou de crimes contra a humanidade, porém isso não é justificativa plausível para aumentar o campo de atuação penal. Certamente, uma norma com tal conteúdo teria apenas pseudo-efeitos de eficiência. Como bem afirma Ana Lúcia Sabadell uma “norma ineficaz ou inadequada pode ter relevância social” (SABADELL, 2010, p. 74).

Estas normas ineficazes ou inadequadas, ainda que produtoras de relevância social, são designadas como simbólicas, uma vez que são “colocadas em vigor para dar uma mensagem sobre as intenções políticas do legislador, para satisfazer os anseios de uma parte da população ou para exercer uma função pedagógica, destacando determinados valores e sensibilizando a sociedade” (SABADELL, 2010, p. 74).

Para Winfried Hassemer, o simbolismo na seara penal é um fenômeno de crise da política criminal moderna, o qual se caracteriza como um blefe que vive de funções ilusionistas (HASSEMER, 2008, p. 230), motivo pelo qual ele “fracassa em sua tarefa político criminal do estado de Direito e corrói a confiança da população na tutela penal” (HASSEMER, 2008, p. 230). Assim, ao abrir mão de suas “funções manifestas em favor das latentes, trai as tradições liberais do estado de Direito, em especial o conceito de proteção de bens jurídicos” (HASSEMER, 2008, p. 230)

É justamente este modelo de sistema penal que deve ser evitado no contexto de um Estado Democrático de Direito. No entanto, é perceptível influência do simbolismo nos julgadores do caso. Especialmente no voto do ministro Maurício Corrêa, o qual em seu voto afirma que negar a existência do holocausto é praticar racismo, *ad litteram*:

Em linhas gerais, como dito antes, o paciente procura negar a existência do holocaustos, imputando aos judeus todas as responsabilidade 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 reascender 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. (BRASIL, 2003, p. 570)

Por outro lado, há autores que identificam um efeito positivo no simbolismo. Partidário deste pensamento, José Luis Díez Ripollés defende que os efeitos simbólicos “não atendem primariamente à proteção de bens jurídicos nem produzem modificações comportamentais na realidade social” (RIPOLLÉS, 2004, p. 28). Afirma que toda ação legislativa, judicial e de execução penal contém determinados fins ou funções. Assim, classifica estas funções em três grupos: a) instrumentais; b) expressivos; e, c) integradores. Define as funções instrumentais como aquelas que supõem certa modificação da realidade social e dos comportamentos humanos. Atribui às funções de efeito expressivo a atividade de suscitar emoções ou sentimentos nas consciências. Por fim, delimita as funções integradoras às

representações valorativas nas mentes. Deste modo, reconhece o efeito simbólico somente quando há a fusão das funções expressivas e integradoras e atribui a esta função expressiva-integradora um importante papel na prevenção intimidadora da sanção penal (RIPOLLÉS, 2004, p. 27-28).

Díez Ripollés enxerga o simbolismo sob a óptica da legitimidade da produção de certos efeitos-sociais, motivo pelo qual não concorda que o cerne do simbolismo esteja na disparidade entre os fins e as funções desejadas e os realmente alcançados (RIPOLLÉS, 2004, p. 40-41). Portanto, delimita o simbolismo ao não ajuste dos efeitos sócio-pessoais expressivo-integradores às decisões político-criminais que fundamentam a pena (RIPOLLÉS, 2004, p. 41). Nesse passo, verifica que existem três grupos de situações nas quais ocorre essa desarmonia entre as funções expressivas-integradoras e a política criminal (simbolismo). Assim, delimita as situações em: a) função das pessoas principalmente afetadas (a norma não incide sobre os delinquentes reais ou potenciais próximos) (RIPOLLÉS, 2004, p. 44-45); b) função do conteúdo dos efeitos sociais produzidos (a natureza dos efeitos supera as necessidades de controle social, as quais afetam o princípio da subsidiariedade) (RIPOLLÉS, 2004, p. 45-46); e, c) em função do objetivo satisfeito (normas em que não se atinge o objetivo fundamentador da intervenção penal) (RIPOLLÉS, 2004, p. 42-44).

É nessa terceira categoria (em função do objetivo satisfeito) que Díez Ripollés identifica o crime de negação dos fatos históricos, previsto no artigo 607.2 do Código Penal espanhol. O autor chama leis dessa natureza de principialistas, as quais manifestam primordialmente a validade de certos princípios de convivência, impedindo quaisquer questionamentos das interpretações históricas e dos dados históricos, sobre os quais se construiu o valor superior de igualdade (RIPOLLÉS, 2004, p. 43).

Sob um viés crítico, Alessandro Baratta identificava que as funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais que fundamentam a intervenção penal (BARATTA, 1994, p. 22). Indicava que o “déficit da tutela real dos bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real

cada vez mais fragilizada”. Para ele, a crise instaurada sobre as funções preventivas e instrumentais da pena são produzidas por determinados problemas e conflitos que ao atingirem determinados níveis de interesse e alarme social no público em geral, “se convertem num pretexto para uma ação política destinada a obter não tanto funções instrumentais específicas, mas sim uma outra função de caráter geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada “opinião pública”” (BARATTA, 1994, p. 23).

Portanto, ainda que se objetive de forma muito nobre preservar a igualdade por meio da tutela penal, tal motivo não pode se expandir a situações além dos limites de necessidade que justificam a razão de uma sanção penal.

Desta forma, falsear a verdade por si só não é crime, exige-se um contexto específico para tanto. No caso em análise, a argumentação exposta não restou comprovada em desfavor do acusado, motivo pelo qual ele não poderia ter sido condenado.

Para melhor ilustrar a posição ora defendida, é preciso retornar às duas indagações lançadas anteriormente: 1. Se uma editora de âmbito nacional (ou até mesmo internacional) publicar a famosa obra de Adolf Hitler “Main Kampf”, poderia, seu editor, ser penalizado pelo crime de racismo? 2. E se saísse um livro brasileiro expressando posicionamento intelectual (político-ideológico) – ou, até mesmo, preconceituoso – contra determinada tribo de Darfur, seria considerado racismo a ponto de se punir o autor na seara criminal?

Com relação à primeira, verifica-se que não esteja configurado o crime de racismo, pois a obra foi comercializada livremente no Brasil (registro ISBN nº 85-88208-08-3) até o ano de 2005, deixando de ser vendida por questões de direitos autorais e não por fazer apologia ao ideário nazista. Neste caso, comprova-se, novamente, a inadequação do art. 20, § 1º, da Lei nº 7.716/89 com a conjectura social pátria.

Outrossim, a editora retornou a publicar a obra no Brasil com o decurso temporal de perda de direitos autorais. Interessante destacar que o próprio governo da Baviera irá publicar a obra com comentários atuais. Caso análogo ocorreu com a publicação veiculada pela Editora Centauro da obra “Os protocolos dos sábios de

Sião”. Todavia, as obras foram tiradas de circulação por determinação da justiça, alegando incitação ao racismo, porém, sem conseqüências penais ao editor da empresa. A justificativa para tratamento discrepantes às obras consistiu na afirmação de que o “Mein Kampf” é um livro histórico, enquanto que “Os protocolos dos sábios de Sião” são uma obra apenas desmoralizante e discriminatória.

Nesse sentido, pode ser reanalisada a conduta de Siegfried Ellwanger: a publicação dos livros não poderia ter lhe rendido sanção penal, talvez a proibição de divulgação das obras como ocorreu com a Editora Centauro, especialmente pelo fato de que, com exceção da obra “Os protocolos dos sábios de Sião”, as demais obras que publicou são textos considerados históricos, ainda que dotados de valoração negativa e a obra de sua própria autoria é uma abordagem que apresenta uma versão diferente de fatos históricos, ainda que altamente questionável ou absurda. Portanto, parcela das obras não poderiam ser proibidas de serem vendidas, pois pertencem ao próprio desenvolvimento cultural do povo, ainda que por meio de exemplos negativos²².

Já para a segunda indagação, verifica-se que a conduta deveria ser analisada sob a perspectiva da efetividade do dano. Isto é, se o material efetivamente incitaria a lesão ao bem jurídico igualdade. Em caso afirmativo, não haveria problema algum em punir o autor ou o editor da obra.

No entanto, um sistema jurídico não pode criar mecanismos de tratamento privilegiado ou discriminatório a pessoas que respondam ao mesmo fato. Afinal, sendo a igualdade o bem jurídico tutelado pelo artigo 20 da Lei 7.716/89, esta se insere numa relação de cidadania, o que implica na rejeição das discriminações e da exclusão nos domínios da política (ALARCÓN, 2011, p. 139). Além disso, no plano político, a igualdade tenta concretizar um governo limitado e responsável da maioria com as minorias existentes e sem histórica participação nas decisões (ALARCÓN, 2011, p. 139).

²² Sem poder entrar no mérito da liberdade de expressão, pois só este tema renderia inúmeros estudos individuais, é sabido que a interpretação utilizada pelo STF ao delimitar por razões morais (conforme item 13 da ementa) é equivocada. A limitação da liberdade de expressão e opinião não pode sofrer restrições de cunho meramente moral, haja vista que a moral não é um bem jurídico de natureza penal. Pode, no entanto, sofrer restrições por outras áreas do direito, mas não pela seara penal.

Neste caso, verifica-se, felizmente, que o grupo judaico não sofreu dos mesmos tratamentos desumanos absurdos que outros grupos historicamente discriminados no Brasil (v.g. indígenas e negros). Todavia, isto não implica em dizer que o grupo judaico não seja passível de ser vítima de discriminação. Muito pelo contrário! Todavia, para a configuração do delito há que se restar comprovada a intenção de lesionar o bem igualdade por meio de práticas incitantes de discriminação. Logo, repete-se, questionar um fato histórico, por mais absurdo que pareça não se materializa, por si só, como prática discriminatória (BRASIL, 2003, p. 757-761). Contudo, se os argumentos usados no questionamento do fato histórico contiverem expressões capazes de incitar a discriminação, o delito restará configurado, pois aí se estará praticando o discurso de ódio (*hate speech*)²³.

Consequentemente, “na esteira deste pensamento, pode persistir o sentimento de repugnância e de reprovação a certos crimes acontecidos, como ordinariamente ocorre com os crimes perpetrados pela Inquisição, pelos nazistas, etc., contudo estes tendem a se situar como memória histórica” (MACHADO, 2000).

Se o sentido de proteção da igualdade constitui no alcance do significado social do respeito mútuo (ou, então, o não esquecimento do holocausto, assim como o não esquecimento das dizimações de povos indígenas, a escravidão brasileira, entre outros.), certamente, mecanismos extra-penais serão mais eficientes do que ampliar a incidência da norma incriminadora.

No entanto, há que se reconhecer o enorme acerto do julgado na análise do conceito *raça* (AZEVEDO, 2004, p. 32) e por ter trazido à baila a possibilidade de discussão de tema de enorme interesse social.

²³ “O *Hate speech* (Discurso de Ódio) pode ser definido como manifestações e representações negativas, pejorativas, cuja intenção seja a promoção do ódio e a propagação de ataques virulentos a negros, muçulmanos, judeus, homossexuais, entre outros. (...) Essas mensagens odiosas se concretizam das mais variadas formas: filmes, livros, cartazes, propagandas, sempre com a característica de oferecer uma representação negativa, pejorativa de um determinado grupo” (BAKER, Milena Gordon. Reflexões sobre o Hate Speech (discurso de ódio). In: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, jul/2012, p. 12-14).

CONCLUSÃO

Após a exposição realizada, conclui-se por responder as indagações fundamentais do artigo: 1. O negacionismo histórico sempre configura crime de racismo? 2. Siegfried Ellwanger, ao publicar os livros, instigou ou incitou a prática do racismo? A conclusão a que se chega é que para que se esteja diante de um fato determinado como crime de racismo é preciso estar presente a intenção discriminatória, bem como é necessário que o meio para tal desígnio seja eficaz.

Assim, não se pode afirmar que todo negacionismo seja criminoso. Essa conclusão decorre do fato de a preservação da memória histórica é melhor protegida por searas extra-penais.

Conclui-se, ainda, que qualquer grupo ou pessoa é capaz de ser vítima do racismo, pois o bem jurídico tutelado pela norma é a igualdade, a qual inserida em uma relação de cidadania cria um imperativo de inserção social, sendo que condutas que obstaculizem a inserção ou incitem discursos de segregação configurar-se-ão como discriminatórias e/ou racistas. Para tanto, deverá ser analisado o sentido (pressuposto material) e o significado (valoração social) incidente sobre a relação conduta-bem tutelado pela norma, por meio de aspectos histórico-culturais; pois, conforme preleciona Miguel Reale Júnior, “a sociedade, como criadora da cultura, e a cultura, como cultivo dos interesses comuns, exigem dos indivíduos condutas adequadas a esses interesses, distinguindo-se a conduta social da anti-social” (REALE JÚNIOR, 1974, p. 116), por meio da qual será verificada a ocorrência de lesão ao bem jurídico.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Ciência Política, Estado e Direito Público**: uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. **Anti-racismo e seus paradoxos**: reflexões sobre cota racial, raça e racismo. São Paulo: Annablume, 2004.

BAKER, Milena Gordon. Reflexões sobre o Hate Speech (discurso de ódio). *In*: **Boletim do IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 236, jul/2012, p. 12-14.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 5, jan-mar/1994, p. 5-24.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BECHARA, Ana Elisa. **Da teoria do Bem Jurídico como critério de legitimidade do direito penal**. 2010. 464. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Trad. José Luis Guzmán Dalbora. Montevideo – Buenos Aires: Editorial B de F. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BOTTINI, Perpaolo Cruz. Negação do Holocausto judeu é perigoso e preocupante. **Revista Consultor Jurídico**, 14 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-14/direito-defesa-negacao-massacre-judeu-perigoso-preocupante>>. Acesso em 25 de junho de 2013.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. *Habeas corpus* nº 82.424/RS. Relator: Min. Moreira Alves. Paciente: Siegfried Ellwanger. Coator. Brasília, DF, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de jun. 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Freitas, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 477-478

CASTAN; Siegfried Ellwamger. **Holocausto: Judeu ou Alemão?** Nos bastidores da Mentira do Século. Porto Alegre: Revisão, 1987.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral.** 2. ed. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007.

COELHO, Marina Pinhão. **Ensaio sobre a tipicidade penal objetiva em um sistema teleológico-racional.** 2006. 178. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSATE, Tatiana Moraes. **A idoneidade da proteção penal dos bens jurídicos transindividuais.** 2011. 136. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental:** viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAVID, Décio Franco; ZAMBIAZI, Larissa Horn. O papel do bem jurídico e a estrutura do delito no sistema penal. *In:* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal baseado em casos**, vol II – Teoria da norma penal. (No prelo).

_____; _____. Ofensividade, bem jurídico e conteúdo material da imputação. *In:* BUSATO, Paulo César. **Direito Penal Baseado em casos**, vol I – Teoria do Delito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71-92.

D'AVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 80, p. 21, set.-out. 2009, p. 7-34.

_____. **Ofensividade e Crimes omissivos próprios.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. **Ofensividade em Direito Penal:** Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. *In:* **Ciências Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, ano1, n. 0, 2004, p. 24-49.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Direito Penal e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GIORDANI, Marcopollo. **Não à mordação!** Porto Alegre: Editora revisão, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais.** 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma introdução ao debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. *In: Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 75-119.

_____. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. *In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (coord). Novos rumos do Direito Penal Contemporâneo: Livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 401-426.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, nº 82, jan/fev, 2001 p. 165-185.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: Fundamentos, estrutura, política.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de al norma penal. *In: HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179-196.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n.87, nov-dez/2008, p. 103-120

JAKOBS, Günther. O dilema do Direito Penal. *In: MENDES, Gilmar Ferreira et al. Direito Penal Contemporâneo: questões controvertidas.* São Paulo: Saraiva, 2011, p. 09-55

_____. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In: CALLEGARI, André Luís et al. Direito Penal e Funcionalismo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 31-52

LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** Barueri: Manole, 2005.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos.** São Paulo: Cia das letras, 1988.

_____. Análise e Interpretação do art. 5º, XLII, da Constituição de 1988: sobre o alcance e significado do crime da prática do racismo uma discussão do caso Ellwanger e da decisão do STF no HC n. 82.424-2. In: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**: Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, vol. 5, ano 2004, p. 461-490.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma? In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 97, jul-ago/2012, p.143-182.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAYER, Max Ernst. **Derecho penal**: parte general. Montevideo/Buenos Aires: Editorial B de f, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Direito penal politicamente correto. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 10 de junho de 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Preliminares ao estudo da estrutura do delito. In: Revista da Faculdade de Direito. vol. LXIII, São Paulo: USP, 1968, p. 155-168.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Antijuridicidade Concreta**. São Paulo: José Bushasky, 1974.

_____. Anti-semitismo é racismo. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, ano 11, abr-jun/2003, p. 323-348.

_____. **Instituições de Direito Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Limites à liberdade de Expressão. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, n. 81, p. 61-91.

RODRIGUES, Savio Guimarães. Critérios de seleção de bens-jurídico-penais. Em busca de um conteúdo material para o princípio da fragmentariedade. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 20, n. 97, jul-ago/2012, p.183-213.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A parte geral do Direito Penal material. *In: Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3-73.

_____. **Derecho Penal: Parte General**, tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução da 2ª edição alemã de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. 4ª Reimpressão. Madrid: Civitas, 2007.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Carlos Eduardo Lins da. Morte de Tiradentes tem contestação. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 abril de 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUSA, Susana Aires de. Sociedade do risco: *requiem* pelo bem jurídico? *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 18, n. 86, set-out/2010, p. 231-246.

STRATENWERTH, Günther. Sobre o Conceito de “Bem Jurídico”. *In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. O Bem Jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 101-115.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho penal**. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

_____. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 119, n. 90, mai-jun/2011, p. 97-106.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, vol 1: Parte Geral. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.