

## NEGAÇÃO DE GENOCÍDIO: UMA REVISITAÇÃO FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

*GENOCIDE DENIAL: A REVISITING CONSIDERING THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS JUDGEMENTS*

Bruno Menegat\*

### RESUMO

O artigo abordará as tensões entre os princípios da liberdade de expressão e da repressão a toda e qualquer forma de racismo, tendo em conta a criminalização de atitudes que tendam a negar ou a diminuir consideravelmente a existência histórica de atos de genocídio. Para tanto, será proposto um diálogo entre o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do habeas corpus 82.424, e a decisão tomada pela Corte Europeia de Direitos Humanos ao julgar o caso *Perinçek v. Suíça*, ambos arestos relacionados à temática da negação de genocídio. Será averiguada a similaridade entre os julgamentos, bem como a possível aplicação do entendimento da corte estrangeira no Brasil, frente ao seu arcabouço constitucional e legal, notadamente quanto ao princípio da proporcionalidade.

### PALAVRAS-CHAVE

Direitos Humanos. Direito Comparado. Genocídio. Liberdade de Expressão. Racismo. Colisão de Princípios.

### SUMÁRIO

Introdução. 1. Um primeiro olhar para a prática. 2. O julgamento do caso *Perinçek v. Suíça*. 3. O *habeas corpus* nº 82.424. 4. O princípio da proporcionalidade como fator de ponderação. 5. Do critério geográfico adotado pela Corte Europeia. Conclusão. Referências.

**REFERÊNCIA:** MENEGAT, Bruno. Negação de genocídio: uma revisitação frente à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. *Res Severa Verum Gaudium*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 145-164, abr. 2018.

### INTRODUÇÃO

Recentemente, ao julgar o caso *Perinçek v. Suíça*, a Corte Europeia de Direito Humanos entendeu por ilegítima a condenação criminal de um ativista político turco por ter este, publicamente, manifestado que o genocídio armênio ocorrido em 1915 se tratava de uma “grande mentira internacional” na mídia do país demandado. Tal julgamento, de peculiar sensibilidade jurídica e social, traz novamente à tona a questão relativa aos limites da liberdade de expressão frente à repressão ao racismo, ambos princípios tradicionais dos direitos humanos, bem como seus eventuais conflitos.

\* Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2015). Procurador da Fazenda Nacional.

A presente investigação fará um paralelo do referido julgamento com o denominado *caso Ellwanger*, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em meados do ano de 2003, o qual tratava da condenação de um jornalista pela publicação de livros que restringiam significativamente as atuais perspectivas históricas sobre o tamanho e a dimensão do holocausto judeu ocorrido durante a segunda guerra mundial. Neste acórdão, a Corte brasileira chegou a conclusão diametralmente àquela decisão acerca do genocídio armênio, tendo por base, notadamente, o mandado de criminalização do racismo consagrado na Constituição.

Antes de abordar os pontos semelhantes e divergentes entre os dois casos, este trabalho procurará precisar os termos *etnia* e *genocídio*, a fim de excluir eventuais dúvidas sobre o alcance do tema ora analisado. Após, proceder-se-á à realização de uma breve perspectiva sobre o atual panorama da legislação estrangeira que criminaliza a conduta de negação de um genocídio ocorrido e as nuances entre elas. Com tais subsídios será possível a abordagem dos julgados em comparação, abordando-se as principais diferenças entre os sistemas de proteção aos direitos humanos, bem como à validade dos fundamentos trazidos pela corte alienígena no ordenamento brasileiro.

## 1 UM PRIMEIRO OLHAR PARA A PRÁTICA

Sob o ponto de vista do direito internacional, o primeiro e mais importante texto normativo acerca do tema é a Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, adotada por ocasião da III Sessão da Assembleia das Nações Unidas, internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº 30.822/52. Nesta, define-se genocídio como quaisquer atos “cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”. Ainda de acordo com a referida norma, os atos podem ser: homicídios dos membros do grupo; lesão grave à integridade física; submissão do grupo a condição capaz de lhe causar destruição física; adoção de medidas destinadas a impedir novos nascimentos do grupo ou efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro. Tal conceituação é exatamente idêntica à tipificação brasileira do crime de genocídio, tal como dispõe a Lei nº 2.889/56, cumprindo o país, assim, uma das obrigações contraídas por ocasião da assinatura do acordo internacional.<sup>1</sup>

De se ver, assim, que o referido conceito está intimamente ligado ao de *etnicidade*, que envolve, em muitos casos, a identidade nacional, racial e religiosa de um povo. De se frisar que o conceito de *etnia*, tal como adverte Hobsbawm, no seu uso comum, é ligado de modo inespecífico à origem e des-

---

<sup>1</sup> Contudo, há outras disposições cogentes, notadamente a obrigação de julgamento destes crimes por tribunais nacionais ou, conforme o caso, internacionais ou a impossibilidade de se considerarem tais crimes como *políticos* para fins de extradição. Cf. DE PAULA, Luiz Augusto Módolo. *Genocídio e o Tribunal Internacional para Ruanda*. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 20.

condições comuns, das quais são atribuídas características similares. Nada obstante, prossegue o autor, a abordagem meramente biológica é irrelevante, considerando que a base cultural e a consequente forma de organização social é que define de maneira suficiente o conceito.<sup>2</sup> A etnicidade, ademais, conforme José Alves, foi entendida na era moderna de maneira muito próxima com a de *nação* e de *Estado puro*. Os grandes exemplos disto e de suas consequências, segundo o mesmo autor, foram justamente a limpeza étnica de cristãos durante o período de desmantelamento do Império Otomano e o holocausto perpetrado pelo nacional socialismo alemão.<sup>3-4</sup> Neste diapasão, assevera Zygmunt Bauman:

A única solução adequada para problemas colocados pela visão racista de mundo é um total e absoluto isolamento da raça patogênica e infecciosa - fonte de doença e contaminação - através de sua completa separação espacial ou destruição física. Por sua natureza, esta é uma tarefa assustadora, impensável exceto se estiverem disponíveis imensos recursos, meios de mobilização e distribuição planejada, capacidade de dividir a tarefa global em grande número de funções parciais e especializadas e de coordenar sua execução. Em suma, a tarefa é inconcebível sem a burocracia moderna. Para ser eficiente, o moderno antissemitismo de extermínio tinha de se casar com a moderna burocracia. E foi o que aconteceu na Alemanha.<sup>5</sup>

Ainda quanto ao tema, deve-se observar que não é qualquer morte injusta e deliberada que deve ser considerada nesta especial forma de proteção dos direitos humanos. De fato, a Corte Internacional de Justiça, ao interpretar o acordo internacional ora em comento, afirmou que para tal caracterização é necessário um *dolus specialis*; não é suficiente que membros de um grupo sejam mortos em razão de ataque perpetrado por outro grupo com visões preconceituosas sobre o primeiro, sendo requerido que tal atitude venha acompanhada da decidida e propositada intenção de *aniquilar* o grupo protegido. Tal foi a interpretação dada pelo tribunal das Nações Unidas ao julgar o caso apresentado Bósnia Herzegovina contra a Sérvia e Montenegro, em 2007, em precedente conhecido como *genocide case*, envolvendo a caracterização de tal conduta durante a guerra dos Balcãs.<sup>6-7</sup>

Tendo em conta tais parâmetros, pode-se definir a negação de genocídio como uma forma ilegítima de revisão histórica de atos assim considerados normativamente. A primeira tentativa internacional de reprimi-la, ainda que frustrada, foi capitaneada pelo Conselho da União Europeia, ao adotar a

<sup>2</sup> HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismos desde 1780*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 78.

<sup>3</sup> ALVES, José Augusto Lindfren. *Relações internacionais e temas sociais: A década das conferências*. Brasília: IBRI, 2001, mimeo.

<sup>4</sup> Para uma visão acerca da *invenção* do Estado-nação e de seu atual panorama atual frente à globalização, ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 17.

<sup>5</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*, 1989. p. 99 apud SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* 15.155/RS, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, julgado em 18/12/2001.

<sup>6</sup> CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo à Aplicação da Convenção de Prevenção e Punição Ao Crime de Genocídio. Bósnia Herzegovina v. Sérvia e Montenegro, *ICJ Reports 2007*, Haia, 26 de fevereiro de 2007, página 82 da versão em língua inglesa.

<sup>7</sup> Apesar das conclusões do Tribunal, é de ser destacado que o *dolus specialis* é característico apenas do crime de genocídio, pois há outros crimes definidos em normativos internacionais que não exigem tal requisito. Confira-se, para tanto, a definição de crimes contra a humanidade, de guerra e de agressão previstos no Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, internalizado pelo Brasil pelo Decreto 4.388/02.

Decisão n° 2008/913/HA, que obrigou os Estados-membros daquele bloco a punir a negação pública ou a banalização grosseira dos crimes definidos pela norma internacional de tipificação de crimes de guerra, dirigidos contra um grupo de pessoas, ou grupo definido por raça, cor, religião descendência ou origem nacional ou étnica.<sup>8</sup> A mesma diretiva, contudo, expressamente dispôs que podem os Estados-membros limitar tal punição em razão de *garantias processuais e normas especiais de direito nacional*.<sup>9</sup> Vê-se, assim, que cumpre a cada um dos componentes daquela União a decisão final sobre a criminalização ou não de tais atos.

A República Federal da Alemanha é o país que mais dedica artigos de seu código penal a positivar diferentes modalidades do crime de negação de genocídio. Prevê-se a punição de *incitação ao ódio* contra aquele que manifestar hostilidade contra um grupo nacional, racial, religioso ou um grupo definido por suas origens étnicas, além de possuir específica disposição que proíbe a aprovação pública ou a negativa de existencia dos atos realizados durante o nacional socialismo.<sup>10</sup> A República Francesa possui proibição similar em seu ordenamento jurídico, proscrevendo pôr em questão a existencia de crimes contra a humanidade assim definidos pelo acordo internacional que criou o tribunal de Nuremberg<sup>11</sup>. A Suíça, cuja legislação mais interessa a este trabalho, possui genérica criminalização de discriminação racial, não havendo específica normativa a respeito de genocídio.<sup>12</sup> Fora do continente europeu, um dos poucos países com a positivação do crime em comento é Israel, sendo restrito tal tipo penal ao holocausto judeu.<sup>13</sup>

Apesar de poucos, são bastante noticiados os casos de condenação por negativa de genocídio. O Sr. Jean-Marie Le Pen, então presidente do partido francês Frente Nacional, foi punido pelo menos seis vezes, por cortes alemãs e francesas, por delcarações que tendiam à negação dos horrores no nacional socialismo e manifestações racistas referentes a muçulmanos.<sup>14</sup> Também a Sra. Úrsula

---

<sup>8</sup> CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. Decisão 2008/913/HA, com base no Título VI do Tratado de Lisboa, sobre o combate de certas formas de expressão de racismo e xenofobia por meio do direiot penal, de 28 de novembro de 2008, artigo 1º, item c.

<sup>9</sup> Ibidem, 15º *consideranda*.

<sup>10</sup> REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Strafgesetzbuch* de 1871, § 130 (1) e (3), respectivamente.

<sup>11</sup> REPÚBLICA FRANCESA. Lei 90-615, de 13 de julho de 1990, de repressão a todo ato racista, antissemita ou xenóforo, artigo 9.

<sup>12</sup> CONFEDERAÇÃO SUÍÇA. *Strafgesetzbuch* de 1937, Artigo 26 bis 1, no qual se lê: “[q]uem, publicamente, por palavra, por escrito, por imagem, por gesto, por atos de violência ou de qualquer outra forma, degrada ou discrimina um indivíduo ou um grupo de indivíduos devido à sua raça, etnia ou religião de forma a prejudicar a dignidade humana; Nestas bases, nega, minimiza ou pretende justificar um genocídio ou outros crimes contra a humanidade [...] é punido com pena de prisão até três anos ou multa”, em livre tradução.

<sup>13</sup> ESTADO DE ISRAEL. Lei 546/1986, de 08 de julho de 1986.

<sup>14</sup> THE GUARDIAN. *Jean Marie Le Pen fined again for dismissing Holocaust as ‘detail’*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/06/jean-marie-le-pen-fined-again-dismissing-holocaust-detail>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

Haverbeck, conhecida ativista política e historiadora de formação, foi sentenciada na Alemanha a quase três anos de prisão por negar a existência do massacre de judeus naquele país.<sup>15</sup>

Feitas estas considerações iniciais, passa-se à análise do caso paradigmático desta investigação.

## 2 O JULGAMENTO DO CASO PERINÇEK V. SUÍÇA

Em maio de 2005, o Sr. Dogu Perinçek, advogado e presidente do Partido Trabalhista turco, realizou um conferência na Suíça, onde declarou, em relação ao genocídio armênio, que ocasionou a morte de cerca de um milhão e meio de pessoas,<sup>16</sup> que:

Permitam-me dizer à opinião pública europeia de Berna e Lausanne: as alegações do "genocídio armênio" são uma mentira internacional. Pode existir uma mentira internacional? Sim, uma vez que Hitler era o mestre de tais mentiras; agora são os imperialistas dos EUA e da UE! Documentos de não apenas turcos mas também arquivos russos refutam esses mentirosos internacionais. Os documentos mostram que os imperialistas do Ocidente e da Rússia czarista foram responsáveis pela situação entre os muçulmanos e os armênios. As Grandes Potências, que queriam dividir o Império Otomano, provocaram uma parte dos armênios, com os quais vivemos em paz há séculos, e os incitaram à violência. Os turcos e os curdos defenderam sua terra natal desses ataques [...] A mentira do "genocídio armênio" foi inventada pela primeira vez em 1915 pelos imperialistas da Inglaterra, França e Rússia czarista, que queria dividir o Império Otomano durante a Primeira Guerra Mundial.<sup>17</sup>

Por esta e algumas outras declarações, houve a deflagração de processo criminal perante as instâncias ordinárias da justiça comum suíça, ocorrendo sua condenação à pena de multa nos dois graus de jurisdição, os quais contaram em sua instrução com o parecer de seis historiadores de diversas nacionalidades.<sup>18</sup> O ponto de direito controvertido nos referidos julgamentos cingia-se a: saber se o tipo penal capitulado, que proíbe alegações racistas no país, estendia-se para outros massacres além do holocausto judeu. Ao afirmar, em julgamento de apelo extremo, que o tipo incriminador também se aplicava ao caso do genocídio armênio, a Corte Federal Suíça refutou a interpretação restritiva deste dispositivo nos seguintes termos:

O desejo de combater as opiniões negacionistas e revisionistas em relação ao Holocausto foi, sem dúvida, um fator central na redação do artigo 261.º bis, n.º 4, do Código Criminal. Na sua jurisprudência, no entanto, o Tribunal Federal considerou que o Holocausto, objetivamente, constitui o elemento factual da infração prevista no artigo 261.º bis, n.º 4, do Código Penal, uma vez que se trata de um fato geralmente reconhecido como estabelecido (ATF 129 IV 95, ponto 3.4.4, pp. 104 e seguintes), embora o acórdão em causa não faça qualquer refe-

<sup>15</sup> SPIEGEL *Neue Freiheitsstrafe für Holocaust-Leugnerin Ursula Haverbeck*. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/detmold-freiheitsstrafe-fuer-holocaust-leugnerin-ursula-haverbeck-a-1135123.html>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

<sup>16</sup> Cf. DASABEDIAN, Hratch. *History of the Armenian Revolutionary Federation Sahnaktsutium 1890/1924*, Milão, Grafiche Editorial Ambrosiane, p. 109 et seq.

<sup>17</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Perinçek v. Suíça*, Estrasburgo, Grande Câmara, julgado em 15/10/2015, p. 4.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 16.

rência à intenção histórica da legislatura. Da mesma forma, muitos autores consideraram o Holocausto como de conhecimento comum perante os tribunais penais (Vest, *Delikte gegen den öffentlichen Frieden*, nota 93, p. 157), como fato histórico indiscutível [...] O processo de determinar quais genocídios o legislador tinha em mente quando formulação da disposição é, além disso, contrariada por uma interpretação literal Ponto 3.1 supra), o que demonstra claramente a intenção do legislador de favorecer uma redação aberta da lei a este respeito, em oposição à técnica do "memorial" [...] O fato de que a negação do Holocausto constitui uma infração penal nos termos do n.º 4 do artigo 261.º bis decorre, portanto, menos da intenção específica do legislador de negacionismo e revisionismo quando formulou esta regra de direito penal do que de observação de que existe um consenso geral nesta matéria.<sup>19</sup>

Foi contra este julgamento final que houve o recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos, órgão jurisdicional vinculado ao Conselho da Europa, com base no artigo 10 da Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, o qual consagra a liberdade de expressão como inviolável para os signatários do instrumento.<sup>20</sup> Além das partes propriamente ditas, intervieram perante o tribunal representantes dos governos turco e armênio, dada a importância política que a decisão traria para ambos os países, bem como diversas associações e acadêmicos na qualidade de *amici curiae*. O caso foi julgado pela Grande Câmara, órgão máximo e última instância daquele tribunal.

Os julgadores, após terem examinado as declarações da recorrente, no contexto em que foram formuladas, concluíram que estas tinham sido de *natureza histórica, jurídica e política*, estranha à seara criminal, ou seja, tratava-se de um legítimo debate de interesse público. Considerou-se problemático que os tribunais suíços tivessem um conceito de *consenso geral* sobre a caracterização jurídica do acontecido em 1915 e nos anos seguintes para justificar a condenação da Sr. Perinçek. A primeira observação feita pelo tribunal foi no sentido de que esta não deve se substituir aos governos locais para determinar o que pode ou não ser limitado a fim de disciplinar a liberdade de expressão no interesse de uma sociedade democrática, tal como dispõe o item 2 do referido artigo, mas sim deve julgar se tais restrições são *proporcionais*.<sup>21</sup>

Partiu-se, assim, para uma análise da jurisprudência histórica da corte. Referiu-se que no caso *Güçlü v. Turquia* (n.º 27690/03), o demandante, também advogado e político turco, disse no

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>20</sup> CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, tal como emendada pelos protocolos 11 e 14. O artigo 10 assim dispõe: 1 Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de opinião, a recepção e a difusão de informações e ideias sem interferência da autoridade pública e independentemente das fronteiras. O presente artigo não impede os Estados de exigir a concessão de licenças a empresas de radiodifusão, de televisão ou de cinema. 2. O exercício destas liberdades, uma vez que comporta deveres e responsabilidades, pode estar sujeito às formalidades, condições, restrições ou penas previstas na lei e necessárias numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da integridade territorial ou da segurança pública, a prevenção da desordem ou a criminalidade, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da reputação ou dos direitos de terceiros, a prevenção da divulgação de informações confidenciais ou a manutenção da autoridade e imparcialidade do sistema judiciário, em sua versão trazida à língua portuguesa.

<sup>21</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Perinçek v. Suíça*, Estrasburgo, Grande Câmara, julgado em 15/10/2015. p. 60.

curso de uma conferência de imprensa que para ele, os eventos de 1915 pareciam um genocídio e que o país deveria tomar uma posição firme a esse respeito, em um debate aberto, bem, como demonstrou simpatia à emancipação dos curdos que vivem na parte leste do país. Por tais declarações, este foi condenado à prisão por difundir *propaganda contra a integridade territorial da Turquia*, tal como positivado no código penal daquela soberania. Ao apreciar tal caso, a Corte Europeia entendeu que as referidas declarações se traduziam em inequívoco debate de interesse público, sem possibilidade de ofender qualquer grupo, dentro da raia de proteção, portanto, do artigo 10 do acordo internacional.<sup>22</sup>

Foi trazido à tona, também, outro aresto deveras similar ao posto em julgamento. No acórdão *Cox v. Turquia* (n° 2933/03), uma nacional dos Estados Unidos da América que estudara em duas universidades turcas nos anos 80, fora deportada da Turquia em 1986 e proibida de lá retornar em razão de ter dito, em debate acadêmico com alunos e professores, que *os turcos tinham assimilado os curdos e expulsos e massacrados os armênios*. Ao apreciar o caso, o tribunal observou, em particular, que as *questões* curdas e armênias, que continuavam a ser de debate acalorado, não só dentro naquele país, mas também na seara internacional, devem ser expressas em liberdade, garantido espaço para opiniões e contraopiniões a respeito. Concluiu-se que a proibição do regresso da Sra. Cox ao país tinha por objetivo reprimir o exercício da sua liberdade de expressão e sufocar a difusão de ideias.<sup>23</sup>

Estes foram os dois principais precedentes utilizados pelo tribunal para concluir pela desconformidade da condenação do Sr. Perinçek frente à convenção europeia, nos seguintes termos:

De acordo com a jurisprudência do Tribunal, a expressão sobre questões de interesse público tem direito a uma forte proteção, enquanto a expressão que justifica a violência, o ódio, a xenofobia ou outra forma de intolerância não pode normalmente reivindicar proteção (ver os casos n° 197 e 204-07 supra). Declarações sobre questões históricas, em manifestações públicas ou em meios de comunicação, como livros, jornais, programas de televisão são, regra geral, vistos como legítimas (Ver *Stankov e Organização Macedónia Unida Ilinden*, §§ 79, 85 e 97 (declarações em comícios); *Chauvy* §§ 68 e 71, e *Orban e outros*, § 45 (livros); *Lehideux e Isorni*, §§ 10-11 (publicação de jornais); *Radio France e outros*, §§ 34-35 (rádio transmissão); *E Monnat*, § 56 (programa de televisão)) [...] Embora as declarações do requerente tratem de questões legais e históricas, o contexto em que essas manifestações públicas em que o requerente estava a falar mostra que ele falou como um político, não como um histórico ou estudioso jurídico. Trata-se de uma longa controvérsia, como revela o grande número de processo contra a Turquia, já aceitos como relativos à política (ver n. Os 221 e 223 supra), e descrito como um "debate acalorado, não só na Turquia, mas também na arena internacional" (n° 224 supra). De fato, a questão havia sido debatida no Parlamento Europeu em 2002-2003, pouco antes das declarações (n° 48 a 50 supra). O fato de não se referir à política suíça não prejudica seu interesse público.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>23</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Perinçek v. Suíça*, Estrasburgo, Grande Câmara, julgado em 15/10/2015. p. 94.

<sup>24</sup> Ibidem, p. 96.

Por fim, o tribunal fez questão de fazer um *distinguishing* quanto à questão do holocausto judeu, cuja negação é vista como uma limitação proporcional ao direito de livre expressão pela jurisprudência tranquila daquele órgão julgador. Para esta justificação, ressaltou o tribunal que não é tão relevante a certeza histórica da ocorrência de determinado fato, mas sim se, no contexto histórico dos Estados em questão, a negação do holocausto, ainda que sobe a roupagem de pesquisa histórica imparcial, é vista como conotativa de ideologia antidemocrática e antisemita. Efetivamente, os casos analisados pela corte quanto ao holocausto referiam-se a julgados da Áustria, Bélgica, França e Alemanha, países notadamente marcados pelo horror do nazismo. Entendeam os julgadores nestes casos que a negação de tais acontecimentos é particularmente perigosa e que há uma *responsabilidade moral especial* em proscrever de seus ordenamentos tais manifestações. Nestes exatos termos, entenderam dificultosa a tentativa de relacionar os eventos ocorridos quando da falência do Império Otomano durante a primeira metade do século XX com a Suíça, apesar da existência de pequena comunidade armênia naquele país da Europa central.<sup>25</sup> Considerou-se, também, que a passagem de quase noventa anos da ocorrência do genocídio é um fato que atenua a lembrança e a revisitação de fatos históricos traumáticos. Por fim, referiu-se à falta de consenso entre os Estados-membros acerca da existência, ou não, dos eventos de 1915, ressaltada pela já mencionada falta de unanimidade para a aprovação da Decisão 2008/913/HA pelo Conselho da União Europeia.

Estes foram os resumidos fundamentos para que a câmara, dividida entre dez votos contra sete, julgasse pela violação ao princípio da liberdade de expressão pelo governo suíço, resultando na condenação destes ao pagamento de dano moral e material ao Sr. Perinçek.

A fim de compreender no todo a controvérsia posta, é de ser analisado brevemente o teor dos votos dissidentes do caso. Para tal entendimento, as declarações que geraram a referida condenação contêm um inequívoco *animus* de insultar um povo inteiro, sendo uma grosseira representação dos armênios como um grupo, na qual se tentava justificar as ações do Império Otomano quase como atos de autodefesa e contendo declarações racistas que denigrem a memória das vítimas. Na medida em que procurava desacreditar o *óbvio*, entenderam os julgadores vencidos que o discurso em causa constituiu uma chamada, se não para o ódio e a violência, pelo menos pela intolerância para com os armênios. Ademais, anotou-se que a restrição geográfica proposta pela maioria como forma de permitir a negativa de negocídio pode levar a crer que é possível, na Europa, negar os massacres de Ruanda e Camboja, *v. g.*<sup>26</sup>

Feitas tais considerações sobre o julgamento, passa-se à análise do caso brasileiro.

---

<sup>25</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Perinçek v. Suíça, Estrasburgo, Grande Câmara, julgado em 15/10/2015. p. 101.

<sup>26</sup> *Ibidem*, votos divergentes dos Juízes Spielmann, Casadevall, Berro, de Gaetano, Sicilianos, Silvis e Kurdis. p. 121.



### 3 O *HABEAS CORPUS* N° 82.424

Em meados da década de 90, o Sr. Siegfried Elwanger fez publicar, na qualidade de sócio da empresa Revisão Editora Ltda, o livro *Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século*, de sua autoria, bem como outros livros de autores nacionais e estrangeiros, que abordam de maneira revisionista o holocausto judeu perpetrado pelo regime nazista.

Dado o grande impacto negativo do público em geral em face de tais declarações, foi proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul ação penal pública com a finalidade de condená-lo pela prática de racismo, na forma do artigo 20 da Lei n° 7.716, com redação dada pela então vigente Lei n° 8.081/99, que dispunha ser sujeito à pena de prisão de dois a cinco anos quem “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.”.

Após o andamento nas vias comuns da jurisdição brasileira, o caso chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio de *habeas corpus* no qual se buscava a absolvição do impetrante, e, em razão da denegação deste, pelo mesmo remédio processual, substitutivo de recurso ordinário, ao Supremo Tribunal Federal.<sup>27</sup> A grande controvérsia posta era a definição jurídica do crime de racismo e a eventual aplicação do inciso XLII do artigo 5° da Constituição, que o define como imprescritível.

Diferentemente do julgamento do tribunal europeu, do qual se depreendem apenas duas linhas argumentativas bastante identificáveis, a da maioria e a da minoria, no STF quase a totalidade dos juízes apresentaram diferentes fundamentos para definir a controvérsia. Tal ocorreu com os ministros que votaram vencidos, pela concessão da ordem. O relator do caso, ministro Moreira Alves, entendeu que o termo *raça*, apto a configurar o crime de racismo, era restrito aos “grupos humanos assimilados por diferentes características físicas”.<sup>28</sup> Nestes termos, por não possuírem os judeus tal diferenciação aparente, entendeu o julgador por dar razão ao impetrante.<sup>29</sup> Já o ministro Marco Aurélio, em voto-vista, entendeu que o inciso que prevê a imprescritibilidade do crime de racismo procura somente combater um comportamento específico, qual seja, o comportamento contra o negro.<sup>30</sup> Buscou o magistrado os debates da assembleia constituinte, em evidente prática da interpretação histórica, para fundamentar que os parlamentares, à época, somente consideraram proteger tal forma de discrimina-

<sup>27</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* 15.155/RS, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, julgado em 18/12/2001.

<sup>28</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 82.424/RS, Tribunal Pleno, Ministro designado para o acórdão Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003. p. 9.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 392.

ção com o peso da não-prescrição. Por fim, o último ministro a votar a favor do impetrante foi Carlos Brito, cujo voto baseou-se largamente no fato de que publicar livros não pode ser considerado *prática* de racismo, pois o referido termo *prática* não contém a expressão *publicar livros*, cuja manifestação, corolário da liberdade de expressão, tem caráter absoluto.<sup>31</sup>

Semelhantemente, a maioria dos ministros, que indeferiram o *mandamus*, apresentaram fundamentações jurídicas variadas. O ministro Nelson Jobim limitou-se somente ao fato de considerar o povo judeu uma raça, estando a norma constitucional a proteger também qualquer outro povo, “como alemães ou italianos”.<sup>32</sup> O ministro Cezar Peluso restringiu-se também à questão do conceito de *raça*, afirmando que, “suposto que ainda seja possível sustentar, do ponto de vista biológico ou genético, que existam raças”, a Constituição não a adotou, mas contemplou a repressão a um recorte da realidade histórica que vê determinados grupos como superiores a outros.<sup>33</sup> A ministra Ellen Gracie seguiu linha parecida, ao considerar racismo a percepção do *outro* como diferente e inferior, em atuação de menosprezo e desrespeito a seu direito fundamental à igualdade, independentemente de qualquer conceito científico de raça.<sup>34</sup>

O único juiz que enfrentou diretamente a questão da negação do genocídio e seus limites, listando as diversas legislações de países estrangeiros que positivam tal crime, bem como os acordos internacionais mencionados na primeira parte desta investigação, foi o ministro Maurício Correa. Ressaltou-se, assim, a limitação dada à liberdade de expressão em tais casos, bem como os tratados internacionais e outros textos normativos estrangeiros como fontes secundárias do direito nacional.<sup>35</sup>

Outras argumentações também foram exploradas pelos demais componentes do tribunal. O ministro Celso de Mello centrou seu ponto de vista no princípio da dignidade humana, que repudiaria qualquer tentativa de humilhação de qualquer povo, indistintamente.<sup>36</sup> Por fim, em seu voto-vista, trouxe à tona o ministro Gilmar Mendes o princípio da proporcionalidade como parte marcante de seu voto. Entendeu que:

É correto, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também, no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar existência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição de excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fun-

<sup>31</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 82.424/RS, Tribunal Pleno, Ministro designado para o acórdão Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003. p 285.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 229/230.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 96.

damentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos.<sup>37</sup>

Passa-se, assim, à análise desta diversidade argumentativa frente ao caso *Perinçek*, frente, notadamente, ao princípio da proporcionalidade trazido pelo ministro Gilmar Mendes.

#### 4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FATOR DE PONDERAÇÃO

O primeiro ponto que deve ser observado quanto a eventuais críticas ao acórdão da Corte Europeia é que esta vem se mostrando ao longo do tempo deveras coerente em sua jurisprudência, partindo do pressuposto de que opiniões relativas a questões de interesse geral devem possuir elevada proteção. A congruência é facilmente observável quando da análise dos casos *Güçlü* e *Cox*, acima analisados, nos quais se julgou ilegítima a atuação do governo de turno quanto às condenações de apoiadores das causas armênia e curda. De fato, independentemente do ponto de vista abordado, se pró ou contra a causa armênia, houve nos três casos mencionados similaridade de decisões em prol da defesa da liberdade de expressão.

Ademais, não se deve perder de vista que aquele tribunal alienígena somente realiza seus julgamentos com base em um único documento, qual seja, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, enquanto o STF maneja, ainda mais em sede de *habeas corpus*, todo o arcabouço constitucional e legal nacional. Entretanto, tal como visto na descrição dos dois casos, ambos utilizaram-se do critério da *proporcionalidade* para solução dos casos, o que os torna semelhantes em sua linha de raciocínio, quanto a este aspecto.

Com base nesta premissa é que se procurará demonstrar que a decisão do órgão julgador do Conselho da Europa não foi a melhor, e, portanto, não deve ser aplicada no Brasil. Tomar-se-á por base a teoria dos princípios e a solução de seus conflitos trazida por Robert Alexy.

Deve-se ter por base, inicialmente, que, igualmente à convenção europeia, a Constituição Federal do Brasil alberga tanto a liberdade de expressão, declarando ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, em seu artigo 5º, inciso IX, como reprime veementemente o racismo, positivando ser objetivo da República Brasileira a construção de uma sociedade “sem preconceitos de raça, sexo, cor, idades e quaisquer outras formas de discriminação”, tal como posto no artigo 3º, inciso IV. Exige da legislação, como visto, que trate o racismo como “crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão”, tal como positivado também no artigo 5º, inciso XLII.

---

<sup>37</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 82.424/RS, Tribunal Pleno, Ministro designado para o acórdão Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003. P. 135.

Nestes termos, no Brasil, assim como na convenção europeia, não há limitação explícita apta a conformar a atuação do legislador quanto à liberdade de expressão e a repressão ao racismo. Estas duas sempre devem existir.

Para uma análise racional da solução do choque entre os dois princípios, pode-se aplicar a *teoria dos direitos fundamentais* do mencionado autor alemão, pela qual a colisão entre princípios se solucionam de maneira completamente diferente dos conflitos entre regras. Caso ocorra tal confronto em casos concretos, um princípio deve *ceder* a outro. Contudo, isto não significa que se declare inválido o princípio cedido; em verdade, para tal teoria, em determinadas circunstâncias, um princípio *precede* ao outro e sob outras circunstâncias, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa.<sup>38</sup> Todos, contudo, devem ser utilizados de maneira ótima.

O cerne da questão, portanto, está sem saber em quais casos deve-se franquear precedência ao direito à liberdade de expressão e nos casos em que este cede. Para o autor:

De acordo com a regra de colisão, de enunciados de preferência condicionados se seguem regras que, quando se dão as condicionantes, dispõe a consequência jurídica do princípio que goza de preferência. Nesta medida, a fundamentação de enunciados de preferência tem o caráter de fundamento de regras relativamente concretas que devem ser adstritas a disposições jusfundamentais. [...] são sempre utilizáveis cânones de interpretação: argumentos dogmáticos, prejudiciais, empíricos em geral, além dos argumentos propriamente jurídicos.

Dentre os *argumentos propriamente jurídicos*, está, justamente, o princípio da proporcionalidade, utilizado em ambas as decisões ora comentadas. Este, sabidamente, tal como tratado pela doutrina mais antiga, era tratado simplesmente como *uma proibição de excesso* por parte do poder público, naturalmente pensado para delimitar a atuação estatal em face de colisão de princípios fundamentais. Mais modernamente, contudo, passa-se a analisar tal princípio de ponderação como uma forma de impedir a *proteção insuficiente* dos mesmos direitos sufragados pelo texto constitucional, notadamente no campo penal e da efetivação dos direitos sociais. De fato, tal construção, realizada pioneiramente, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão,

[...] empresta, sem dúvida, nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais ex-

---

<sup>38</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 135.

pressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).<sup>39</sup>

É justamente pela *proteção insuficiente*, acima delineada, relativa ao mandato de vedação ao racismo que se busca demonstrar o desacerto da decisão da Corte Europeia.

Semelhantemente à proibição de excesso, a vedação à proteção insuficiente também passa pelos três níveis de fundamentação, a saber, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Pode-se afirmar com relativa certeza que a máxima trazida pelo tribunal internacional no sentido de que “debates de interesse público sempre têm maior proteção” não passa por tal critério.

Quanto aos primeiros dois vetores, vê-se que diversas são as limitações explícitas à liberdade de expressão trazidas pela própria Constituição, sendo consagrada previsão de inviolabilidade “da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas”, na forma do artigo 5º, inciso X, do texto constitucional, com garantia de indenização em caso de violação de tais bens jurídicos. De maneira semelhante, a livre difusão de ideias é penalmente limitada nos denominados crimes contra a honra, a saber, a calúnia, a injúria e a difamação. Não é adequado, tampouco necessário, que houvesse a derrogação de todo este arcabouço jurídico para a proteção da difusão de pensamentos, mesmo aqueles revestidos pelo mais sincero espírito de fomento do debate público. De se ver, também, que a própria convenção europeia, ao proscrever a discriminação, também limita tal abordagem absoluta da liberdade de expressão.

Neste sentido, é precisa a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, em seu artigo 29º, o qual dispõe: “ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros”, a fim de tornar possível o convívio em sociedade.

Por fim, quanto à proporcionalidade em sentido estrito, pode-se socorrer do conceito da *concordância prática* criado pelo jurista Konrad Hesse. Afirma o autor que, na solução de problemas, os bens constitucionalmente protegidos devem ser coordenados uns com os outros, “de tal forma que todos ganhem realidade”. Ora, como concretizar a vedação ao racismo no caso de declarar-se legítima a negação de um genocídio historicamente ocorrido, com claras incitações de ódio a um povo dizimado? Por outra banda, constata-se que a liberdade de expressão continua a existir caso excluam-se discursos que fomentem a discriminação de seu âmbito de proteção. Somente neste caso é que haveria a melhor otimização dos dois princípios.

Vê-se, assim, que o acórdão europeu acabou por deixar totalmente desprotegida a ofensa à honra e à memória de todo um povo, valorando de maneira desproporcional a liberdade de expressão.

---

<sup>39</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 102.087/MG, Segunda Turma, Ministro designado para o acórdão Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2012.

Efetivamente, nenhuma medida seria suficiente para colmatar o ilícito praticado pelo Sr. Perinçek, senão a tipificação penal de tal conduta.

## 5 DO CRITÉRIO GEOGRÁFICO ADOTADO PELA CORTE EUROPEIA

Deve-se também apontar que a argumentação da Corte Europeia no sentido de que, por distar a Suíça consideravelmente do antigo Império Otomano, reduzir-se-ia consideravelmente o dever moral de criminalizar condutas de negação de genocídio, não foi a melhor. De fato, tal fundamentação, *a contrario sensu*, permitiria que, no Brasil, propagassem-se livremente ideias que negassem ou diminuíssem consideravelmente a ocorrência do holocausto judeu, tendo em conta a maior distância entre o país e a Europa central, bem como a pequena, ainda que considerável, comunidade judaica residente em solo brasileiro.

Para tanto, pode-se buscar salvaguarda nas lições de Immanuel Kant, em seu livro *A Paz Perpétua*. Nesta obra, o autor iluminista propõe a criação de uma *federação* de Estados a fim de garantir a extinção das guerras ou sua diminuição, em um modelo associativo, com base no direito das gentes. Segundo ele:

Esta federação não se propõe obter o poder do Estado, mas simplesmente manter e garantir a paz de um Estado para si mesmo e, ao mesmo tempo, a dos outros Estados federados, sem que estes devam por isso (como os homens no estado de natureza) submeter-se a leis públicas e à sua coação. É possível representar-se a exequibilidade (realidade objetiva) da federação, que se deve estender paulatinamente a todos os Estados e assim conduz à paz perpétua.<sup>40</sup>

Tal associação, que muito inspirou a criação da Liga das Nações e da própria Organização das Nações Unidas no seu desiderato de criar um espaço de paz a nível internacional, baseava-se justamente no respeito – de todos os Estados, frise-se –, ao *direito dos homens*, incondicionalmente e de maneira universal. Ainda segundo o autor:

A ajuda para tal é proporcionada pela dupla atitude da política, em relação à moral, de utilizar um ou outro ramo seu para os seus propósitos. O amor aos homens e o respeito pelo direito dos homens são ambos deveres; mas aquele é um dever condicionado; em contrapartida, o segundo é um dever incondicionado, absolutamente imperativo, que quem quiser entregar-se ao suave sentimento da benevolência deve estar certo de o não ter transgredido. A política facilmente coincide com a moral no primeiro sentido (como ética), em sacrificar o direito dos homens aos seus superiores; mas no segundo sentido da moral (como teoria do direito), perante a qual devia dobrar o seu joelho, a política acha aconselhável não entrar em pactos, negar-lhes antes toda a realidade e interpretar todos os deveres como actos de simples benevolência; a filosofia facilmente faria fracassar esta astúcia de uma política tenebrosa através da publicidade das suas máximas, se ela ousasse apenas conceder ao filósofo a publicidade das suas. Proponho, com esta intenção, um outro princípio transcendental e positivo do direito público, cuja fórmula seria esta: «Todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e com a política.» Com

<sup>40</sup> KANT. Immanuel. *A Paz Perpétua*. São Paulo: Editora Mandamentos, 2008. p. 18.

efeito, se tão-só pela publicidade elas podem alcançar o seu fim, devem então adequar-se ao fim universal do público (a felicidade) [...].<sup>41</sup>

Portanto, se um direito, ou o seu reconhecimento, é assegurado em um Estado, o mesmo deve ser feito em outro. Por certo que o autor, apesar de não ter se defrontado com a questão, não negaria que certas peculiaridades culturais e históricas impõem a diferenciação entre ordenamentos jurídicos, cada qual a seu modo e tal como temos atualmente em questões comerciais e do direito privado em geral. Não era, contudo, o que tinha em mente o escritor, cuja obra era uma reflexão acerca do direito público, notadamente o internacional. Assim, é certo que, ao propugnar pelo respeito, e mesmo o amor, entre os homens e seus direitos, não seria admissível que a honra e a memória de todo um povo, diretamente atingidas pela negação da humilhação pela qual passou essa sociedade, seja protegida em um Estado e não em outro. Ora, a dignidade e seu imperativo de proteção são constantes e os mesmos em qualquer lugar do globo. Com efeito, a proposta marcadamente universalista do filósofo alemão repudiaria este tratamento seletivo quanto ao respeito do direito das gentes.

Tendo em conta tal panorama, volta-se para a argumentação jurídica, quanto ao tema trazido pelo tribunal, pela obra Robert Alexy, desta vez em sua *Teoria da Argumentação Jurídica*. Neste trabalho, o autor cunha o termo *pretensão de correção* do discurso jurídico, apto a conferir a este e às decisões judiciais validade racional. Afirma o jurista: “[...] Pode-se comprovar que em toda forma de discurso jurídico se efetuam fundamentações. Mas quem fundamenta algo pretende que sua fundamentação seja acertada e, por isso, que sua fundamentação seja correta. No discurso jurídico, assim como no discurso prático geral, não é admissível se afirmar algo e depois negar-se a fundamentação, sem indicar razões para isso.”<sup>42</sup>

Neste diapasão, pode-se inferir que a argumentação ora combatida não é válida, pois ao mesmo tempo afirma algo, qual seja, que é possível a criminalização da negação do holocausto, e nega que este mesmo tipo penal seja admissível em outras circunstâncias, exceção esta que não é universalizável.<sup>43</sup> De fato, a constatação meramente geográfica de distancia entre países desconsidera: (i) a possibilidade, cada vez mais real, em uma sociedade globalizada, de que existam comunidades extensas de grupos étnicos em diversas e longínquas partes do mundo, bem como (ii) que este grupo, ainda que minoritário, represente a maioria demográfica em determinada região de um país ou tenha influenciado consideravelmente sua cultura, dada a grande diversidade de distribuição populacional e étnica em diversos países, inclusive no Brasil. Afirmar-se, genericamente, que nestes caos não haveria um *dever moral especial* a ser protegido, qual seja, a memória e o resguardo ao sofrimento de certo povo,

<sup>41</sup> Ibidem, p. 51-52.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 225.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 225.

por critérios espaciais, desconsidera a complexidade da distribuição populacional no globo, deveras diversa, sendo, portanto, exceção não universalizável.

Pode-se dizer, assim, tal como leciona Canotilho, que tal decisão viola o princípio da igualdade, já que o fundamento para a diferenciação operada não é legítimo e, assim, arbitrário. Nas palavras do autor,

Este princípio, como simples princípio de limite, será também insuficiente se não transportar, já no seu enunciado normativo-material, critérios possibilitadores da valoração das reações de igualdade ou desigualdade. Esta justificação de o princípio da proibição do arbítrio andar sempre ligado a um critério material objetivo. Este costuma ser sintetizado da forma seguinte: existe uma violação arbitrária se igualdade quando a disciplina jurídica não se basear num; (i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável.<sup>44</sup>

Portanto, como se buscou demonstrar, o critério geográfico não é um *critério material objetivo*, ante as considerações postas neste subitem.

## CONCLUSÃO

A primeira grande dessemelhança entre os julgados ora em análise é a ausência de qualquer perquirição, por parte da corte europeia, acerca do conceito de *raça* para o exato enquadramento deste conceito na definição de racismo. Ao contrário, grande parte dos juízes do STF fundamentou exclusivamente seu ponto de vista, tanto do lado vencido como do vencedor, na real semântica de tal palavra. Como visto na ainda na primeira parte desta dissertação, o conceito de *etnia* e *raça* já está deveras definido pela antropologia especializada, sendo de somenos tal conceituação – ainda mais se se restringir tal termo à identidade somática, como realizado pelo ministro Moreira Alves. Como visto, deve-se prestigiar tal definição em maneira amplíssima, tal como nos propõe Hobbsbawn, além de ser evitável a análise da *mens legislatoris* do termo racismo, como procedido pelo ministro Marco Aurélio. Ao contrário do STF, a corte europeia andou bem ao sequer mencionar tal problemática, porquanto flagrantemente desimportante para o ponto nodal da questão.

Não é menos verdade, por outro lado, que o STF não mencionou a questão da distância entre os acontecimentos do holocausto judeu e o Brasil como fator atenuante da conduta criminosa praticada pelo Sr. Ellwanger, a corroborar o que foi aqui defendido de que a questão geográfica não tem relevância para o debate ora posto. De fato, nem mesmo a defesa do impetrante alegava tal ponto, considerando a notória importância da comunidade judaica no desenvolvimento da cultura nacional, de sua identidade e de seu avanço econômico. Como referido, o caráter universal da proteção aos direitos

---

<sup>44</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina 1992. p. 574.



humanos repudia a argumentação com base em critérios espaciais delineada pelo tribunal europeu, e uma argumentação utilizando a pretensão de correção definida por Alexy retira o fundamento jurídico da proposição.

Excluindo estas duas grandes diferenças de fundamentação entre os acórdãos, constatou-se que o ponto de encontro entre os dois foi, justamente, o apelo ao princípio da proporcionalidade. Demonstrou-se que a máxima *debates de interesse público sempre tem preferência*, tal como ventilado na corte estrangeira, não resiste ao teste da proporcionalidade em sentido estrito. Quanto as primeiras, recapitularam-se todas as legítimas limitações constitucionais, convencionais e legais no que toca à livre difusão de ideias, tendo em conta, justamente, a proteção a outros diversos bens jurídicos tutelados. Finalmente, averiguou-se que tal decisão torna *insuficientemente protegida* a vedação ao racismo, eis que o ato judicial acabou por eliminar por completo a incidência do referido princípio, deixando sem possibilidade de resposta o ilícito praticado, ao arrepio do determinado pela norma da convenção internacional. Descumpriu-se, assim, com arrimo também na concordância prática, a necessidade de dar concretude ótima a todos os direitos e garantias fundamentais.

Mesmo com as considerações acima postas, não se deve negar a importância histórica de ambos os julgados. O *habeas corpus* do Sr. Ellwanger, certamente, serviu para que a corte máxima nacional fixasse os contornos do conceito de racismo, discriminação ainda tão presente em nossa realidade atual, além de lançar as primeiras linhas sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus instrumentos de ponderação no ordenamento nacional. Semelhantemente, mesmo que a presente investigação tenha procurado refutar a fundamentação trazida pela corte europeia, é extrema de dúvidas que o mencionado julgamento é um precedente deveras coerente com a jurisprudência tranquila daquele tribunal, bem como representa o respeito pelo espaço democrático de disseminação de ideias de interesse geral – ainda que estas possam ser antijurídicas, pelas consequências que trazem.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Augusto Lindfren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferencias*. Brasília: IBRI, 2001.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidade e Holocausto*. [S.l.: s.n.], 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CONFEDERAÇÃO SUÍÇA. *Strafgesetzbuch* de 1937.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia de Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, tal como emendada pelos protocolos 11 e 14.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPÉIA. Decisão 2008/913/HA, com base no Título VI do Tratado de Lisboa, sobre o combate de certas formas de expressão de racismo e xenofobia por meio do direito penal, de 28 de novembro de 2008.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Perinçek v. Suíça*, Estrasburgo, Grande Câmara, julgado em 15/10/2015.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Caso Relativo à Aplicação da Convenção de Prevenção e Punição Ao Crime de Genocídio. *Bósnia Herzegovina v. Sérvia e Montenegro*, *ICJ Reports* 2007. Haia, 26 de fev. de 2007.

DASABEDIAN, Hratch. *History of the Armenian Revolutionary Federation Sahnaktsutiun 1890/1924*. Milão: Grafiche Editorial Ambrosiane, s.i.

DE PAULA, Luiz Augusto Módolo. *Genocídio e o Tribunal Internacional para Ruanda*. Dissertação (Mestrado)—Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ESTADO DE ISRAEL., Lei 546/1986, de 08 de julho de 1986.

HESSE, Konrad. *Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Fabris, 1998.

HOBBSAWM, Eric. *Nações e nacionalismos desde 1780*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

KANT. Immanuel. *A Paz Perpétua*. São Paulo: Editora Mandamentos, 2008.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. *Strafgesetzbuch* de 1871.

REPÚBLICA FRANCESA. Lei 90-615, de 13 de julho de 1990.

SPIEGEL *Neue Freiheitsstrafe für Holocaust-Leugnerin Ursula Haverbeck*. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/panorama/justiz/detmold-freiheitsstrafe-fuer-holocaust-leugnerin-ursula-haverbeck-a-1135123.html>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus 15.155/RS*, Quinta Turma, Ministro Gilson Dipp, julgado em 18/12/2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 82.424/RS*, Tribunal Pleno, Ministro designado para o acórdão Maurício Corrêa, julgado em 17/09/2003.

\_\_\_\_\_. *Habeas Corpus 102.087/MG*, Segunda Turma, Ministro designado para o acórdão Gilmar Mendes, julgado em 28/02/2012.

THE GUARDIAN. *Jean Marie Le Pen fines again for dismissing Holocaust as 'detail'*. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/06/jean-marie-le-pen-fined-again-dismissing-holocaust-detail>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

