

**DIREITO PENAL E LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO NO STF: UMA ANÁLISE DOS  
CASOS ELLWANGER E MARCHA DA  
MACONHA À LUZ DO PODER PUNITIVO**

**LUIZ LABOISSIERE JR.**

**DIREITO PENAL E LIBERDADE DE  
EXPRESSÃO NO STF: UMA ANÁLISE DOS  
CASOS ELLWANGER E MARCHA DA  
MACONHA À LUZ DO PODER PUNITIVO**

editora  
da UNIVERSIDADE  
FEDERAL DO AMAPÁ



Macapá  
2018

Copyright © 2018, Luiz Laboissiere Junior

**Reitora:** Prof.ª Dr.ª Eliane Superti

**Vice-Reitora:** Prof.ª Dr.ª Adelmá das Neves Nunes Barros Mendes

**Pró-Reitora de Administração:** Wilma Gomes Silva Monteiro

**Pró-Reitor de Planejamento:** Jefferson da Silva Martins

**Pró-Reitor de Gestão de Pessoas:** Aretha Barros Silva

**Pró-Reitora de Ensino de Graduação:** Prof.ª Dr.ª Daize Fernanda Wagner Silva

**Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação:** Prof.ª Dr.ª Helena Cristina Guimarães Queiroz Simões

**Pró-Reitor de Extensão e Ações Comunitárias:** Prof. MSc. Adolfo Francesco de Oliveira Colares

**Pró-Reitor de Cooperação e Relações Interinstitucionais:** Prof. Dr. Paulo Gustavo P. Correia

**Diretor da Editora da Universidade Federal do Amapá**

Tiago Luedy Silva

**Editor-Chefe da Editora da Universidade Federal do Amapá**

Fernando Castro Amoras

#### Conselho Editorial

Artemis Socorro do N. Rodrigues	Marcus André de Souza Cardoso da Silva
César Augusto Mathias de Alencar	Maria de Fátima Garcia dos Santos
Cláudia Maria do Socorro C. F. Chelala	Patrícia Helena Turolo Takamatsu
Daize Fernanda Wagner Silva	Patrícia Rocha Chaves
Elinaldo da Conceição dos Santos	Robson Antonio Tavares Costa
Elizabeth Machado Barbosa	Rosilene de Oliveira Furtado
Elza Caroline Alves Muller	Simone de Almeida Delphim Leal
José Walter Cárdenas Sotil	Simone Dias Ferreira
Luis Henrique Rambo	Tiago Luedy Silva

#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

L122d Laboissiere Jr, Luiz.

Direito Penal e Liberdade de Expressão no STF: uma análise dos casos Ellwanger e Marcha da Maconha à luz do poder punitivo / Luiz Laboissiere Junior – Macapá : UNIFAP, 2018.

90 p.

ISBN: 978-85-5476-013-7

1. Direito Penal. 2. Liberdade de Expressão. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Caso Ellwanger. 5. Marcha da Maconha. I. Luiz Laboissiere Junior. II. Fundação Universidade Federal do Amapá. III. Título.

CDD: 340

**Editoração Eletrônica:** Editora da Universidade Federal do Amapá



Editora da Universidade Federal do Amapá

Site: [www2.unifap.br/editora](http://www2.unifap.br/editora) | E-mail: [editora@unifap.br](mailto:editora@unifap.br)

Endereço: Rodovia Juscelino Kubitschek, Km 2, Campus Marco Zero do Equador  
Macapá-AP, CEP: 68.903-419

## SUMÁRIO

1. Introdução .....	05
2. Caso Ellwanger e a questão do discurso de ódio ( <i>hate speech</i> ) .....	06
3. Marcha da maconha e apologia ao crime .....	68
4. Referências .....	84

## 1. Introdução

Este livro analisa os dois casos de maior repercussão no Supremo Tribunal Federal envolvendo os limites à liberdade de expressão: Ellwanger e marcha da maconha.

Todavia, diferentemente dos demais escritos sobre tais julgados, aqui buscamos dar maior atenção aos aspectos penais que, em nosso sentir, não foram devidamente aprofundados pela literatura jurídica, o que resta comprovado pela preponderância dos trabalhos voltados, precipuamente, aos aspectos constitucionais.

Nessa esteira, causou-nos certa perplexidade a escassez de produções científicas com enfoque no direito penal, uma vez que tanto as publicações de Siegfried Ellwanger quanto as passeatas da marcha da maconha foram tidas como condutas típicas, reprimidas pela legislação penal.

Dentre os casos, certamente o julgamento de Ellwanger envolve o tema mais delicado e amplamente debatido sobre os limites à livre manifestação do pensamento, que é o discurso de ódio. Dada a importância do assunto, recorreremos ao direito comparado – estadunidense e alemão –, para enriquecer o debate. Vimos, nos países selecionados, que os casos que chegaram às suas cortes também estavam ligados a crimes descritos em suas leis penais.

Por fim, é válido salientar que a relação entre o direito penal e a liberdade de expressão ainda é pouco discutida na doutrina brasileira. Desse modo, a presente obra adquire peculiar relevância por trazer o foco da discussão para o campo do *jus puniendi*, que necessita de mais atenção por parte dos estudiosos.

## 2. Caso Ellwanger e a questão do discurso de ódio (*hate speech*)

O direito à liberdade de expressão possui uma série de fundamentos que justificam sua posição de destaque nas democracias contemporâneas. Porém, existe uma zona conflituosa entre a defesa da livre manifestação de pensamento e a legitimação de discursos que, mesmo ultrapassando seu raio de abrangência, nela buscam refúgio. Nesta faixa cinzenta reside o discurso de ódio.

Rosenfeld (2003, p. 1523) define o *hate speech* como o discurso destinado a promover o ódio com base em elementos inerentes à raça, religião, origem étnica ou nacional. Sarmiento (2009) acrescenta ainda a intolerância voltada às questões de gênero, orientação sexual e deficiência física ou mental. Os grupos vitimados são, em grande parte, vulneráveis e, de acordo com Meyer-Pflug (2009, p. 97), minoritários, sendo que as práticas dirigidas contra eles negam a alteridade, pois visam sua diminuição, ao promoverem rivalidade e desprezo.

O discurso do ódio se manifesta de várias formas. Pode surgir numa demonstração explícita e direta, por meio de atos que tenham a intenção deliberada de afrontar valores como dignidade e igualdade, como uma passeata enaltecendo uma suposta inferioridade de indivíduos homossexuais, ou pode trazer uma mensagem odiosa subliminar, a exemplo do que se atribuiu ao caso da revista francesa *Charlie Hebdo* que, para Cavalcante Segundo (2016, p. 62), imbuída por uma pretensa proposta humorística, fomentava a intolerância religiosa contra o islamismo ao

divulgar charges jocosas de Maomé, o profeta muçulmano.

Diante de comportamentos tão intransigentes para com determinados grupos, qual seria a postura democraticamente mais acertada a ser tomada? Karl Popper (1974, pp. 289-290), por meio do que chamou de “paradoxo da tolerância”, discute os riscos e as medidas para não tolerar os intolerantes:

Se estendermos a tolerância ilimitada até àqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância. Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devamos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia. Mas deveríamos proclamar o direito de suprimí-las, se necessário mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós no terreno dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação; assim, podem proibir a seus adeptos, por exemplo, que deem ouvidos aos argumentos racionais por serem enganosos, ensinando-os a responder aos argumentos por meio de punhos e pistolas. Deveremos, então, reclamar em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Deveremos exigir que todo movimento que pregue a intolerância fique à margem da lei e que se considere criminosa qualquer incitação à intolerância e à perseguição, do mesmo modo que no caso da incitação do homicídio, ao sequestro de crianças ou à revivescência do tráfico de escravos.

Na mesma linha, Habermas (2004, pp. 7-8) adverte que um Estado democrático que garante a tolerância das liber-

dades políticas, como a liberdade de expressão, deve se prevenir contra os inimigos do cerne da constituição, questionando, inclusive, como a democracia pode tolerá-los<sup>1</sup>.

John Rawls (pp. 237-239), por sua vez, indaga se os tolerantes têm o direito de reprimir os intolerantes, quando “estes não oferecem nenhum perigo imediato para as liberdades iguais dos outros”. Para ele, os cidadãos devem prezar pela manutenção das todas as liberdades, de igual forma, contanto que “a liberdade em si e a liberdade deles mesmos não corra perigo”. Nessa toada, os indivíduos podem, de maneira apropriada, “forçar os intolerantes a respeitarem a liberdade dos outros, uma vez que é possível exigir que uma pessoa respeite os direitos estabelecidos pelos princípios que ela mesma reconheceria se estivesse posição original<sup>2</sup>. Mas quando a constituição em si estiver assegurada, não há razão para negar a liberdade aos intolerantes”.

Rawls assinala ainda que os membros de uma sociedade bem-ordenada, conhecendo a estabilidade inerente a uma constituição justa, reconhecem a necessidade de limi-

---

<sup>1</sup> “A democratic order that guarantees tolerance also in terms of political freedom, such as free speech, must take preventive protection against the enemies of that very core of constitution. (...) How tolerantly may a democracy treat the enemies of democracy?”

<sup>2</sup> A “posição original”, ideia desenvolvida na obra de Rawls, se baseia numa situação hipotética na qual os indivíduos, cobertos pelo que ele denomina “véu de ignorância”, desconheciam suas posições sociais, bem como suas condições e convicções pessoais (raça, nacionalidade, religião, etc.) para escolherem, de forma imparcial, os princípios de uma sociedade justa.



tar a liberdade dos intolerantes somente em situações pontuais, para a manutenção da liberdade igual a todos. Assim, conclui que a liberdade dos intolerantes só deve ser restringida quando os tolerantes acreditarem que “sua própria segurança e a das instituições da liberdade estão em perigo”.

Bobbio (2004, pp. 90-91) aborda a questão da seguinte forma:

[A] tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio de tolerância, ou, mais brevemente, todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes. (...) Trata-se, de resto, do mesmo princípio pelo qual se afirma que a regra da maioria não vale para as minorias opressoras, ou seja, para aqueles que, se se tornassem maioria, suprimiriam o princípio da maioria. Naturalmente, também esse critério de distinção — que, abstratamente, parece claríssimo — não é de fácil realização na prática, como parece à primeira vista, e não pode ser aceito sem reservas. A razão pela qual não é tão claro como parece quando enunciado reside no fato de que há várias gradações de intolerância e são vários os âmbitos onde a intolerância pode manifestar-se. Não pode ser aceito sem reservas por uma razão de modo algum negligenciável: quem crê na bondade da tolerância o faz não apenas porque constata a irredutibilidade das crenças e opiniões — com a conseqüente necessidade de não empobrecer, mediante proibições, a variedade de manifestações do pensamento humano —, mas também porque crê na sua fecundidade, e considera que o único modo de fazer com que o intolerante aceite a tolerância não é a perseguição, mas o reconhecimento de seu direito de expressar-se. Responder ao intolerante com a intolerância pode ser formalmente irreprochável, mas é certamente algo eticamente pobre e talvez também politicamente inoportuno. Não estamos afirmando que o intolerante, acolhido no recinto da liberdade, compreenda necessariamente o valor ético do respeito às idéias a-

lheias. Mas é certo que o intolerante perseguido e excluído jamais se tornará um liberal. Pode valer a pena pôr em risco a liberdade fazendo com que ela beneficie também o seu inimigo, se a única alternativa possível for restringi-la até o ponto de fazê-la sufocar, ou, pelo menos, de não lhe permitir dar todos os seus frutos. É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde, numa nova escravidão.

É perceptível, portanto, que a discussão sobre as fronteiras da tolerância, colocada no contexto dos discursos de ódio, conduz à (tentativa de) compreensão dos limites da própria liberdade de expressão na democracia. Ainda que se imponha um limite abstratamente claro, tal qual sugeriu Bobbio, isto é, de que as ideias, regra geral, devem ser toleradas, menos aquelas que refutam a tolerância, o próprio filósofo reconheceu a dificuldade no emprego de limites. Não obstante, e mesmo com percalços, eles são aplicados. Resta, dessa forma, observar o seu *modus operandi* em alguns ordenamentos jurídicos. Adotaremos como parâmetros os modelos estadunidense e germânico, por retratarem duas formas de aplicação antagônicas, para, então, chegarmos ao entendimento pátrio no caso Ellwanger (HC 82.424-2-RS).

O tratamento da liberdade de expressão nos Estados Unidos possui algumas singularidades. Kevin Boyle (2001) elaborou um trabalho em que o próprio título demonstra quão peculiar é o sistema estadunidense em relação à temática: “Discurso de ódio: os Estados Unidos con-

tra o resto do mundo?<sup>3</sup>”. Ao adiantarmos que o *hate speech* é tolerado, como veremos em algumas decisões da Suprema Corte daquele país, somos induzidos a pensar, de maneira imediata e quase lógica, que se manifestações com conteúdo claramente controverso são protegidas pela primeira emenda à constituição dos Estados Unidos, a liberdade de expressão, ali, tem caráter absoluto. Embora a livre manifestação de pensamento, assegurada pela referida emenda, se sobreponha em relação a outras garantias, como a privacidade e, na hipótese dos discursos de ódio, a igualdade, a dignidade e a honra, nem todas as ideias são por ela amparadas, a exemplo de alguns casos envolvendo a pornografia.

Antes de tratarmos dos casos que envolvem o discurso de ódio, convém esclarecer um ponto fundamental que serve de partida para entender as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos: a doutrina da *state action*. Por meio dela, a aplicabilidade das normas constitucionais fica adstrita às relações estatais, desvinculando, *a priori*, os particulares de seu cumprimento, salvo se, ao agirem, alguma ação do Estado for observada<sup>4</sup>. Dessa forma, no ca-

---

<sup>3</sup> “*Hate speech: The United States versus the rest of the world*”. Outros títulos antecipam as particularidades da abordagem estadunidense: *The exceptional first amendment*, de Frederick Schauer e *The first amendment is an absolute*, de Alexander Meiklejohn.

<sup>4</sup> A hipótese na qual particulares atuam no exercício de atividades tipicamente estatais denomina-se *public function theory*. *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946, foi o caso mais emblemático de aplicação da teoria. Marsh era uma testemunha de Jeová e professava sua fé distribuindo panfletos dentro de uma *company town*, pertencente à

so do *hate speech*, a elaboração de uma lei com conteúdo discriminatório ou uma atitude racista cometida por um agente do Estado, feriria os preceitos da Constituição, o que não ocorreria se o último caso fosse praticado por um particular.

Destarte, a verificação de uma ação por parte do Estado é condição indispensável para o conhecimento das causas pela Suprema Corte, o que, na opinião de Chereminsky (1985, p. 506) é impertinente, pois o tribunal deveria se preocupar em verificar a ocorrência de violações a direitos fundamentais, e não de uma ação do Estado – ponto de complexa definição – para a incidência dos ditames constitucionais<sup>5</sup>.

Feitas essas considerações, *Beauharnais v. Illinois*, julgado em 1952, foi o primeiro precedente que tratou do discurso de ódio na jurisprudência estadunidense. Narra Sarmiento (2009) que o objeto do caso tratava da condenação criminal de um indivíduo que conclamava na cidade

---

*Golf Shipbuilding Corporation*, que proibiu Marsh de fazê-lo no local. A Suprema Corte, ao julgar o caso, deu eficácia ao direito fundamental de liberdade religiosa àquela relação privada, por entender que a empresa agira em atividade típica do Estado, estando sujeita, portanto, ao que dispunha a primeira emenda. Outro exemplo digno de nota ocorreu no caso *Burton v. Wilmington Parking Authority*, julgado em 1961, em que um restaurante, localizado numa área pública, negou-se a servir comida a um negro.

<sup>5</sup> É válido lembrar que o nosso modelo constitucional, em contraposição ao estadunidense, aplica a teoria da eficácia horizontal, na qual o Estado tem autorização para intervir nas relações entre particulares para assegurar a aplicação de um direito fundamental.

de Chicago, por meio de panfletos, a união dos brancos contra os negros, para evitar a miscigenação racial, posto que estes seriam responsáveis pela prática de diversos crimes. A lei estadual que fundamentou a condenação, de acordo com Brugger (2007, p. 129), reprovava a distribuição, por qualquer pessoa, de publicações que representassem “depravação, criminalidade, promiscuidade, ou falta de virtude de uma classe de cidadãos de qualquer raça, cor, credo, ou religião, ou submetesse esses a ultraje, calúnia, ou que produzisse perturbação da paz ou levantes”. A Suprema Corte declarou a constitucionalidade da lei estadual, confirmando, como descreve Sarmiento (2009), a condenação que havia sido questionada em função do desrespeito à liberdade de expressão, validando, então, a noção de difamação coletiva (*group libel*).

Como se nota, a Suprema Corte entendeu que as ofensas seriam passíveis de sanção, o que não caracterizaria inobservância à garantia da livre manifestação de pensamento<sup>6</sup>. Todavia, no julgamento do caso *Brandenburg v. Ohio*, em 1969, o entendimento foi alterado. Clarence Brandenburg, líder da Ku Klux Klan numa área rural do

---

<sup>6</sup> Brugger (2007, p. 129) destaca alguns pontos do voto do *Justice Frankfurter*: “Ninguém discutirá que é calunioso acusar falsamente alguém de ser um estuprador, ladrão, portador de facas e armas de fogo, e usuário de maconha [...] [Se assim é,] se uma declaração verbal dirigida a um indivíduo pode ser objeto de sanções criminais, não podemos negar ao Estado [o direito de] punir a mesma declaração dirigida a um grupo definido, a menos que possamos dizer que se trata de uma restrição intencional e despropositada, não relacionada com a paz e o bem-estar do Estado”.

estado de Ohio, fora condenado por haver proferido palavras de ódio contra população negra e judia que habitava os Estados Unidos, ameaçando, inclusive, os representantes dos poderes, caso agissem contra a raça caucasiana.

A *Criminal Syndicalism Statute*, lei daquele estado que reprimia, dentre outras coisas, a utilização de métodos de terrorismo para realizar reformas industriais ou políticas, bem como a reunião de pessoas para ensinar ou defender a doutrina do sindicalismo criminoso, serviu de fundamento para a punição e objeto de questionamento perante a Suprema Corte à luz da primeira e décima quarta emendas. Então, a Corte proclamou a inconstitucionalidade da referida lei por se contrapor ao direito à liberdade de expressão, alegando que o ato de proferir discursos, ainda que violentos, só seria passível de punição caso levasse a uma “ação iminente e ilícita” (*imminent lawless action*). Destarte, defender ideias com conteúdo odioso, no plano abstrato, é diferente de incitar diretamente à prática de ações violentas, o que levaria a iminência de seu cometimento e a sua consequente sanção, já que somente a primeira hipótese estaria acobertada pela liberdade de expressão<sup>7</sup>.

No caso *National Socialism Party of America v. Village*

---

<sup>7</sup> A verificação da *imminent lawless action* em determinados discursos também é conhecida como *Brandenburg Test*, que sucedeu outros padrões para a aplicação da primeira emenda pela Suprema Corte: o *bad tendency test* (verificar *Patterson v. Colorado*, de 1907) e o *clear and present danger test* (ver *Schenck v. United States*, de 1919). A *imminent lawless action*, na verdade, delimitou ainda mais o conteúdo do *clear and present danger*. O *Brandenburg Test* teve também teve sua noção mais refinada em *Hess v. Indiana*, de 1973.

of Skokie<sup>8</sup>, julgado em 1977, Frank Collin, líder de uma congregação nazista, pretendia realizar uma passeata com seus correligionários portando, trajes e símbolos que rememoravam aqueles utilizados pelas tropas de Hitler, em Skokie, no estado de Illinois, habitada, segundo Smolla (1992, p.154), por aproximadamente cinco mil membros de famílias que foram diretamente perseguidas pelos nazistas, bem como 20 mil sobreviventes dos campos de concentração.

Relata Prates (2015, p. 146) que a Suprema Corte não analisou diretamente o direito à realização da passeata, enfrentando apenas questões processuais para solucionar a questão. O partido liderado por Collin, em síntese, alegou que em função do andamento do pedido para a apreciação da inconstitucionalidade das “ordens proibitivas” vindas de Skokie pela Suprema Corte do estado de Illinois, e com a recusa do que se assemelha a uma “liminar com efeito suspensivo” (*a petition for a stay*), o direito à liberdade de expressão restaria inobservado. No julgamento, a Suprema Corte estadunidense entendeu que “deveria ser garantido aos apelantes/peticionários, no caso de restrições como as existentes nas legislações em foco, mecanismos de rápida solução das demandas apresentadas, com o intuito de não se denegar direitos por vias ‘indiretas’”. Finaliza Prates, citando Smolla, que o Partido Nazista não teve o direito ao desfile em Skokie reconhecido, pois “entendeu-se, como regra, que este tipo de marcha não poderia ser restringida ou proibida de modo prévio (*prior restraints*), salvo se

---

<sup>8</sup> Também conhecido como *Smith v. Collin*.

presentes poderosas garantias processuais (*special procedural safeguards*)”, pois, na direção oposta, “a neutralidade seria comprometida, haja vista que a dita proibição ocorreria com base no conteúdo da mensagem a ser transmitida<sup>9</sup>”.

Em 1992, no julgamento do caso *R.A.V. v. City St. Paul*, a Suprema Corte dos Estados Unidos examinou a constitucionalidade de uma lei da cidade de Saint Paul, no estado de Minnesota, que condenara jovens por terem colocado uma cruz em chamas numa área da residência de uma família negra. A legislação daquela localidade punia quem assentasse, em propriedades públicas ou privadas, símbolos, objetos, entre outras representações, como cruz em chamas ou suástica, com a finalidade de despertar raiva, alarme ou ressentimento, com base na raça, cor, credo, religião ou gênero<sup>10</sup>. Insatisfeito com a decisão, o grupo apelou à Corte Suprema de Minnesota, que manteve a condenação por entender que o ato praticado não era albergado pela liberdade de expressão, sendo uma hipótese

---

<sup>9</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos distingue restrições de conteúdo neutro e restrições baseadas no conteúdo. As restrições baseadas no conteúdo (*content-based restrictions*) limitam a expressão em função da mensagem transmitida, como as normas que proíbem a exibição de suásticas. Já as restrições de conteúdo neutro (*content-neutral restrictions*) que não se importam com a mensagem transmitida, a exemplo das normas que proíbem barulho nas proximidades de hospitais, obstando-o independente da mensagem por ele veiculada (STONE, 1978, p. 81)

<sup>10</sup> Verificar *St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance, St. Paul, Minn., Legis. Code §292.02*, de 1990.



das denominadas *fighting words*, expressão cunhada pela Suprema Corte dos EUA no caso *Chaplinsky v. New Hampshire*, de 1942<sup>11</sup>. As *fighting words* representam, em suma, discursos que buscam provocar uma reação instântanea de violência naqueles a quem são direcionados.

A instância máxima do Poder Judiciário estadunidense declarou a inconstitucionalidade da legislação de Saint Paul com base, conforme Meyer-Pflug (2009, p. 147), “na falta de neutralidade do Estado no que se refere ao conteúdo das expressões, ou seja, o ente estatal ao regular essas expressões não o fez de maneira neutra e imparcial”, o que

---

<sup>11</sup> Destacamos o voto do *Justice* Frank Murphy: “There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality” (“Existem certas categorias de discurso bem definidas e estreitamente limitadas, cuja prevenção e punição nunca foram pensadas para levantar qualquer problema constitucional. Estas incluem as palavras lascivas e obscenas, profanas, difamatórias e insultantes ou “combativas”, aquelas que por sua própria expressão infligem dano ou tendem a incitar uma violação imediata da paz. Foi bem observado que tais enunciados não são parte essencial de qualquer exposição de ideias e são de valor social tão pequeno como um passo para a verdade que qualquer benefício que pode ser derivado deles é claramente compensado pelo interesse social na ordem e na moralidade”).

contrariava o entendimento da jurisprudência. Complementa Sarmiento (2009) que na decisão feita pelo *Justice Scalia*, “a Corte afirmou que seria lícito ao Estado proibir e penalizar o uso de *fighting words*, mas não fazê-lo de forma parcial, como no caso, visando a atingir apenas determinadas ideias ou concepções”. Assim, salienta Meyer-Pflug (2009, p. 147) que na compreensão da Corte, “todas as manifestações merecem proteção por mais errôneas que sejam ou pareçam, em nome da defesa geral de ideias (*general advocacy of ideas*)” e “a falta de neutralidade do conteúdo se fazia presente na medida em que o ato estatal restringia o uso dessas expressões racistas, mas não proibia o uso de expressões provocadoras pelo grupo que combatia o racismo”.

*Virginia v. Black*, decidido no ano de 2003, possui semelhanças com *R.A.V. v. St. Paul*, posto que também envolveu o conflito de uma lei estadual, proibindo a queima de cruzes<sup>12</sup>, com a primeira emenda. A legislação do estado de Virginia foi proclamada inconstitucional por ter, de igual forma, inobservado a questão da neutralidade, e por

---

<sup>12</sup> *Virginia Code, Title 18.2. - "Crimes and Offenses Generally"; Chapter 9 - "Crimes Against Peace and Order"; §18.2-423 - Burning cross on property of another or public place with intent to intimidate: It shall be unlawful for any person or persons, with the intent of intimidating any person or group of persons, to burn, or cause to be burned, a cross on the property of another, a highway or other public place. Any person who shall violate any provision of this section shall be guilty of a Class 6 felony. Any such burning of a cross shall be prima facie evidence of an intent to intimidate a person or group of persons.*

ter considerado a queima de cruzeiros como um ato, por si só, intimidador.

Para encerrar a análise das decisões da Suprema Corte dos EUA envolvendo o discurso de ódio, vale citar *Snyder v. Phelps*, julgado em 2011. Albert Snyder ingressou com uma ação<sup>13</sup> contra Fred Phelps, líder da *Westboro Baptist Church*, bem como contra seus sectários e a própria igreja, em razão de terem turbado a cerimônia fúnebre de seu filho, Matthew Snyder, um jovem fuzileiro naval morto, em 2006, na ocupação estadunidense ao Iraque.

A *Westboro Church* realizava intervenções em vários lugares dos Estados Unidos, associando as mortes ocorridas na referida ocupação à tolerância da população aos homossexuais. Os dizeres proferidos pelo grupo religioso reforçavam a segregação e o ódio<sup>14</sup> contra estes. Na primeira instância, Phelps foi condenado a pagar uma indenização por ter ofendido a privacidade de Snyder e sua família com suas manifestações inflamadas. Todavia, na segunda instância, a decisão voltou-se contra Snyder, pois a

---

<sup>13</sup> A ação impetrada foi de natureza cível. Contudo, é pertinente apresentar este julgamento pois, caso fosse comprovada a conduta do grupo no sentido de impedir ou perturbar, dolosamente, a cerimônia, sob o pretexto do exercício da liberdade de expressão, em nosso ordenamento os autores poderiam ser responsabilizados na forma do art. 209 do código penal (Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária).

<sup>14</sup> "Fags doom nations" ("Gays desgraçam as nações"), "God hates you" ("Deus os odeia"), "Priests rape boys" ("Padres estupram meninos"), "Thank God for dead soldiers" ("Grato a Deus pelos soldados mortos"), "You're going to hell" ("Vocês vão para o inferno").

Corte entendeu que as práticas de Phelps estariam acobertadas pela primeira emenda, o que foi confirmado pela Suprema Corte, quando Snyder tentou reverter a segunda decisão. Os *Justices*, por maioria, entenderam que a situação posta era de interesse público, uma vez que a *Westboro Church* poderia recorrer aos seus próprios métodos para expressar o inconformismo da igreja para com a complacência do povo dos EUA aos homossexuais, entendimento esse que orientava a sua fé. Na oportunidade, alegou-se ainda que os religiosos não cometeram atos de violência (física, ressaltamos) e não invadiram as dependências do local onde ocorria o funeral, querendo, unicamente, difundir seus ideais por meio de uma “retórica hiperbólica”.

Nos casos citados, a postura da Suprema Corte estadunidense, no intuito de assegurar a livre discussão de ideias, deu preponderância à fala de uma das partes, restando a outra a mácula de sua dignidade, isonomia e honra maculadas diante de discursos que, de acordo com a jurisprudência, eram destinados à promoção de debates e defesa de argumentos. Apesar disso, promoviam ódio e isolamento de grupos vulneráveis. As ideias manifestadas pelos propagadores do *hate speech* foram destacadas da herança que elas carregam consigo, do significado que certos signos, como a queima de cruzeiros, representam num país onde a população negra, mesmo após a escravidão, foi perseguida e assassinada pela intolerância e pelo preconceito. As limitações impostas pela *imminent lawless action* e pelas *fighting words* diferenciavam a defesa de ideias em abstrato da incitação à práticas violentas. Todavia, a forma em que as manifestações se deram não poderiam conduzir

a alguns dos limites estabelecidos?

O sistema germânico, que representa a postura de outros países da Europa<sup>15</sup>, bem como da Corte Europeia de Direitos Humanos, enfrenta o discurso de ódio de outra maneira, em razão, dentre outros motivos, das atrocidades ocorridas durante o Holocausto. A Lei Fundamental da Alemanha garante, em seu art. 2.1, que “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral”. Em relação à liberdade de expressão, dispõe o art. 5º:

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura; (2) Estes direitos têm por limites as disposições das leis gerais, os regulamentos legais para a proteção da juventude e o direito da honra pessoal; (3) A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres. A liberdade de ensino não dispensa da fidelidade à Constituição.

Apesar da importância dada às diversas formas de manifestação de pensamento, com a imposição de determinados limites, Rosenfeld (2003, p. 1548) afirma que a Alemanha trata a liberdade de expressão como um direito fundamental dentre vários outros, em vez de considera-la

---

<sup>15</sup> Além da Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Itália, Reino Unido e Suíça punem criminalmente o discurso de ódio, como mostra Rivera (2009, p. 101-103).

como um direito primordial, a exemplo da tradição estadunidense, sendo equilibrada com a busca pela dignidade e pelos interesses de certos grupos. Além disso, Kommers (apud Rosenfeld, p. 1549), assinala que a garantia é, por um lado, um direito negativo, isto é, um direito contra o Estado, e, por outro, um direito positivo, ou seja, um direito a defesa da liberdade de expressão pela via estatal.

Dentro da atuação positiva, o legislador alemão criminalizou manifestações de ódio no art. 130 do código penal<sup>16</sup>:

Incitação ao ódio contra a população

(1) Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, 1. incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrárias contra eles, ou 2. atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão de três meses até cinco anos.

(2) Com pena de privação de liberdade até três anos ou com multa será castigado quem a. divulgar; b. exponha publicamente, fixe, exiba ou de outra maneira faça aces-

---

<sup>16</sup> Salienta Brugger (2009, p. 127) que a injúria, prevista no art. 185 do código penal alemão, também pode ser aplicada no contexto do discurso de ódio, desde que quatro requisitos sejam preenchidos: “1) o grupo que é atacado deve ser um grupo pequeno, em vez de grande; 2) as características do grupo devem diferir das do público em geral; 3) a declaração difamatória deve atacar a todos os membros do grupo, em vez de membros individualmente ou típicos; e 4) a crítica derogatória deve ser fundada em critérios inalteráveis ou em critérios que são atribuídos ao grupo pela sociedade maior que o rodeia, em vez de pelo próprio grupo, especialmente características físicas ou mentais”.

sível; c. ofereça a uma pessoa menor de 18 anos ou lhe faça acessível; d. produza, financie, forneça, tenha disponível, ofereça, anuncie, elogie, trate de importar ou exportar: 1. publicações que incitam ao ódio contra parte da população ou contra um grupo nacional, racista, religioso, determinado por sua etnia, que exortem a medidas de violência ou arbitrariedade contra eles ou agridam a dignidade humana insultando-os, depreciando-os maldosamente ou caluniando-os, a todos ou parte deles (...). 2. divulgue por radiodifusão um programa com os conteúdos assinados no número 1 (acima). (3) Com pena privativa de liberdade até cinco anos ou com multa será castigado quem, em público ou em uma reunião, aprove, negue ou minimize um fato cometido com base no regime do Nacional Socialismo e da índole disposta no art. 220 a (1), de tal maneira que seja capaz de perturbar a paz pública. (4) O inciso 2 deste artigo também se aplica para as publicações com conteúdos assinalados no inciso 3 (acima) (...)

Dentre as condutas puníveis, que reforçam a dignidade humana em detrimento do direito à expressão de ideias odiosas, chama atenção a criminalização do negacionismo ao Holocausto como forma de incitação ao ódio. Conforme dito anteriormente, o regime Nacional Socialista deixou marcas indeléveis na história alemã, impossibilitando a aceitação de teorias (chamadas *revisionistas*) que busquem minimizar ou contrariar totalmente um fato histórico patente<sup>17</sup>. Afirma Hofmann (1992, p. 160) que o abuso do

---

<sup>17</sup> Brugger (2007, p. 130) distingue as “mentiras do Holocausto” em simples e qualificadas: “Defensores da mentira do Holocausto ‘simples’ (ou negação) insistem que não houve genocídio durante os anos do Terceiro Reich, ou que, se judeus foram mortos, isso não aconteceu na magnitude relatada ou por meio de uma campanha de

direito à liberdade de expressão contribuiu sobremaneira para a morte da República de Weimar, onde os direitos humanos foram totalmente suprimidos pelos nazistas. Essas experiências influenciaram profundamente na criação da Lei Fundamental da Alemanha e na legislação posterior. Nesse diapasão, um aspecto que ganha relevo dentro do ordenamento constitucional alemão é o conceito de “militância democrática”<sup>18</sup>, que não somente permite, mas exige limitações ao exercício dos direitos humanos por parte de pessoas que abusam desses direitos com o objetivo de destruir a democracia alemã.

Um caso julgado pelo Tribunal Federal Constitucional reflete a posição germânica em relação às teorias revisionistas. Descreve Dworkin (2006, pp. 358-359) que em 1991, Günther Deckert, líder do Partido Nacional Democrata, de viés conservador, convidou Fred Leuchter para um evento onde o invitado, que havia arquitetado projetos de câmara de gás para as prisões estadunidenses, apresen-

---

envenenamento em massa por gás. Proponentes dessa visão poderiam dizer ‘o Holocausto nunca aconteceu’, ou ‘Relatórios sobre o Holocausto são enormemente exagerados’ (...) A simples negação do Holocausto se torna “qualificada” quando estiver acompanhada por conclusões normativas adicionais ou por chamamentos à ação. (...) ‘os judeus usam a mentira do Holocausto para extorquir dinheiro da Alemanha. Alguma coisa tem que ser feita sobre isso!’”.

<sup>18</sup> Ver arts. 9º, 18 e 20 da Lei Fundamental da Alemanha. Sobre o assunto, verificar: OBERNDÖRFER, Dieter. Germany’s ‘Militant Democracy’: An Attempt to Fight Incitement Against Democracy and Freedom of Speech Through Constitutional Provisions: History and Overall Record. *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*. Haia: Kluwer Law International, 2000.



tou relatos negando a morte de judeus em Auschitwz por meio desse instrumento de extermínio. Em razão do evento, Deckert foi condenado em 1ª grau com fundamento numa lei que sancionava a incitação ao ódio racial, posto que o art. 130 ainda não possuía a redação em vigor, que foi alterada, primeiramente, em 1995.

Contudo, sua sentença foi revista em 2º grau pelo Tribunal Federal de Justiça, que designou um novo julgamento, sob a alegação de que a negação ao holocausto não implicava, necessariamente, numa incitação. Mesmo com o novo julgamento, Deckert foi mais uma vez condenado. Dessa vez, a uma pena de prisão de um ano, que foi suspensa, cumulada com multa, de pequena monta.

Em abril de 1994, o Tribunal Federal Constitucional entendeu que o negacionismo não estava acobertado pelo direito à liberdade de expressão, proibindo, na ocasião, um seminário revisionista que seria promovido por David Irving, um historiador inglês simpático àquela corrente. Em dezembro de 1994, o Tribunal Federal de Justiça anulou a segunda sentença de Deckert, levando-o a um terceiro julgamento e posterior condenação.

A par das questões negacionistas, a Corte Constitucional Alemã analisou um caso envolvendo uma passeata neonazista em memória de Rudolf Hess, nomeado por Hitler como seu delegado e também considerado um importante político durante o período do regime Nacional Socialista. Relata Payandeh (2010, p. 930) que, anualmente, entre 2001 e 2010, Jürgen Rieger, advogado ligado às organizações neonazistas e membro do já citado Partido Nacional Democrata, anunciava sua intenção em promo-

ver o evento. Entre 2001 e 2004, as passeatas ocorreram em Wunsiedel, na Bavária, onde Hess havia sido enterrado, reunindo aproximadamente cinco mil pessoas. O autor explica que em 2004, como forma de reação, o legislador penal emendou novamente o art. 130, na tentativa de reprimir atos de sedição, como as passeatas neonazistas.

Em 2005, o evento foi proibido com base na *Bayerisches Versammlungsgesetz*, lei da região da Bavária que regulamenta o direito de reunião, por colocar em risco a segurança pública. Com isso, Rieger ingressou, sem êxito, com ações na Corte Administrativa de Bayreuth, na Corte Administrativa de Bavária e na Corte Administrativa Federal da Alemanha. No ano de 2008, Rieger apelou ao Tribunal Federal Constitucional, alegando violação ao seu direito fundamental, com fulcro, dentre outros fundamentos, na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Ocorre que uma semana antes da decisão da Corte, proferida em 4 de novembro de 2009, Rieger havia morrido. Ainda assim, embora cediço naquele Tribunal que a morte do impetrante invalidaria sua ação, foi assentado que este entendimento comportava exceções. Dessa forma, a Corte Constitucional entendeu que a conduta prevista no art. 130 (4) do código penal alemão era compatível com o art. 5º Lei Fundamental. Embora implicasse numa restrição à liberdade de expressão, tal restrição era justificável.

Diante da exposição do tratamento dado ao discurso de ódio na Alemanha, é patente a discrepância quando comparada à abordagem feita nos Estados Unidos. Brugger (2009, p. 130) sintetiza as diferenças:

Primeiro, na tradição americana, há mais confiança de que, em uma disputa entre boas e más opiniões, as boas prevalecerão. Segundo, o discurso ofensivo ou o discurso do ódio nos Estados Unidos teve, ocasionalmente, conseqüências libertadoras como, por exemplo, durante a era da luta pelos direitos civis e dos protestos contra a guerra do Vietnã; porém, a Alemanha e a Europa vêem o discurso do ódio exclusivamente ou primariamente como uma ferramenta de supressão ou aniquilação. Terceiro, diversamente dos alemães, os americanos não confiam no governo para selecionar as “boas” opiniões das “más” – uma conseqüência dessa postura é que a discriminação feita por atores governamentais com base em pontos de vista, mesmo se direcionada ao “discurso do mal”, é vista com suspeita e pode até ser caracterizada como “pecado capital”. Quarto, afora a deferência à liberdade de expressão, o judiciário americano esforça-se para ver além do elemento “ódio” no discurso suspeito, a fim de encontrar algum componente relacionado com o interesse público, mesmo se essa interpretação seja um tanto extensiva; não há tal tendência abrangente na Alemanha.

No Brasil, a discussão envolvendo o discurso de ódio ganhou destaque com análise do HC 82.424/RS pelo Supremo Tribunal Federal. Siegfried Ellwanger, escritor e editor, publicou livros<sup>19</sup> amenizando ou negando a ocor-

---

<sup>19</sup> “A implosão da mentira do século”, “Acabou o gás... O fim de um mito”, “Holocausto. Judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século” e “SOS para a Alemanha” foram as obras publicadas de sua autoria. As demais foram: “A história secreta do Brasil”, “Brasil – colônia de banqueiros”, “Os protocolos dos sábios de Sião”, todos de Gustavo Barroso, “Hitler – Culpado ou inocente?”, de Sérgio Oliveira, “O Judeu Internacional”, de Henry Ford e “Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra”, de Louis Marschalko.

rência do Holocausto, sendo, por isso, denunciado pela prática do crime previsto no art. 20, da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 8.081/1990, onde se vê que “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”.

Ellwanger foi absolvido em 1º grau, sendo esta decisão reformada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, condenando-o como incurso no art. 20 da lei supramencionada. Inconformado, o escritor impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, alegando que não havia cometido o crime de racismo, e sim mera discriminação, tendo em vista que o povo judeu não constituiria uma raça, tornando, destarte, a conduta prescritível e fora do enquadramento dado pelo art. 5º, XLII da CRFB, sobre a imprescritibilidade do referido delito. Todavia, o *habeas corpus* foi denegado.

Assim, Ellwanger recorreu ao STF por meio de outro *habeas corpus* e seu pedido, novamente, não obteve êxito. Todavia, para se chegar a este resultado, a Corte discutiu amplamente a definição de raça, conceito necessário para a aplicação da extinção da punibilidade pela prescrição, conforme requerido, bem como os limites da liberdade de expressão.

O Ministro Moreira Alves, relator do processo, corroborou a tese apresentada pela defesa, isto é, de que a conduta praticada por Ellwanger não se amoldava no crime de racismo, pois o art. 5º XLII, da CRFB/88, ao dizer que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e impres-

crítivel, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, no sentir do relator, a parte final (“nos termos da lei”) “não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de ‘racismo’, mas sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada”. Além disso, entendeu o Ministro que o termo “racismo” deveria ser objeto de interpretação restritiva, não alcançando todas as formas de discriminação, como o preconceito em relação ao sexo e à idade, por exemplo.

Para delimitar o sentido do termo, Moreira Alves utilizou como recurso a interpretação histórica da Constituição, afirmando o seguinte:

O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a “racismo” o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra. Com efeito, a Emenda Aditiva do 2P00654-0 do Constituinte Carlos Alberto Caó (...), a qual deu origem ao art. 5º, XLII, da Constituição, tinha a seguinte justificação: “Passados praticamente 100 anos da data da abolição, ainda não se completou a revolução política deflagrada e iniciada em 1888. Pois impera no País diferentes formas de discriminação racial, velada ou ostensiva, que afetam mais da metade da população brasileira constituída de negros ou descendentes de negros, privados do exercício da cidadania em sua plenitude. Como a prática do racismo equivale à decretação de morte civil, urge transformá-lo em crime”.

O Ministro ainda embasou sua ótica restritiva no entendimento de alguns constitucionalistas brasileiros, como Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Ribeiro Bastos e José Cretella Júnior, unânimes em demarcar a prática do racismo apenas contra negros. Fora da seara jurídica, Alves trouxe o posicionamento do filósofo Nicola Abbagnano:

O conceito de raça é hoje unanimemente considerado pelos antropólogos como um expediente classificatório apto para subministrar o esquema zoológico dentro do qual podem ser situados os diferentes grupos do gênero humano. Portanto, a palavra deve ficar reservada somente aos grupos humanos assinalados por diferentes características físicas que podem ser transmitidas por herança. Tais características são principalmente: a cor da pele, a estatura, a forma da cabeça e do rosto, a cor e qualidade dos cabelos, a cor e a forma dos olhos, a forma do nariz e a estrutura do corpo. Tradicional e convencionalmente se distinguem três grandes raças, que são a branca, a amarela e a negra, ou seja, a caucasiana, a mongólica e a negróide. **Portanto, os grupos nacionais, religiosos, geográficos, linguísticos e culturais não podem denominados “raças” sob nenhum conceito** e não constituem raça nem os italianos, nem os alemães, nem os ingleses, nem o foram os romanos e os gregos, etc. Não existe nenhuma raça “ariana” ou “nórdica”. (grifos nossos)

O relator se apoiou, igualmente, nos estudos de diversos autores adeptos do judaísmo, como o antropólogo judeu Miguel Asheri, os rabinos Morris Kertzer, Henry I. Sobel e Samuel M. Stahl, além de Moacyr Scliar, Fred E. Foldvaruy, Eugene B. Bnorowitz e Mordecai M. Kaplan, ratificando a ideia de que o povo judeu não constitui uma raça, levando a decretação da extinção da punibilidade

requerida por Ellwanger.

Abrindo a divergência, o Ministro Maurício Corrêa iniciou sua fala, em seu voto-vista, abordando a longa trajetória de intolerância contra o povo judeu na bíblia<sup>20</sup> para suscitar alguns questionamentos:

[S]erá que a Carta Federal (...) no inciso XLII do artigo 5º (...) só se refere à raça, de um modo geral, visto que quem inspirou essa cláusula foi o então deputado constituinte Caó, cuja preocupação, em grande parte, teria nascido da circunstância de ser negro? Será que todos os constituintes votaram a disposição tão-só com esse desiderato? Ou haveria elastério maior para incluir, como no caso, discriminações tidas como de racismo contra outros segmentos da sociedade brasileira? (...) Quando leio o citado inciso 5º da Constituição devo emprestar-lhe o sentido semântico de que só há racismo *stricto sensu* de raça ou devo proceder à análise comparativa para uma interpretação teleológica e harmônica com a Carta Federal? Não estou dizendo que os judeus são ou não uma raça. Mas pergunto: será que a melhor exegese não seria a de entender o conjunto dos demais preceitos da Carta Federal relacionados com a matéria para situar essa discriminação contra os judeus como crime de racismo?

---

<sup>20</sup> José Emílio Medauar Ommati (2016, pp. 43-48) afirma que “a perspectiva do Ministro Maurício Corrêa foi equivocada, ao praticamente equiparar o Supremo Tribunal Federal a um tribunal religioso”. E Ommati (2016, pp. 47-48) prossegue: “[O] Ministro Maurício Corrêa utilizou a história bíblica, o que é problemático, no mínimo, no marco do Direito Moderno. Além disso, (...) era desnecessário o uso da Bíblia para mostrar que é possível juridicamente o racismo contra os judeus. E mais: ao assim agir, o Ministro Maurício Corrêa desconsiderou que o Direito Moderno é autônomo em relação aos outros subsistemas da sociedade”.

Nas incidências ao voto-vista, o Ministro deixou clara a necessidade de o racismo ser observado sob um prisma holístico, isto é, não considerando apenas o termo “raça” sob o aspecto biológico e vernacular, mas também sob os pontos de vista da antropologia e da sociologia. Ressalta Corrêa que a sob a perspectiva biológica, a classificação de raça a partir de características físicas, principalmente em relação à cor da pele, caiu em desuso em função das avançadas pesquisas envolvendo o mapeamento do genoma humano, provando que as diferenças entre as pessoas são ínfimas, sendo todos, em essência, iguais. Então, o conceito de raça deixa de existir quando adentra no campo genômico.

Ademais, Maurício Corrêa acredita que a “divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens”, resultando daí o preconceito racial. Dessa forma, ausente o fundamento científico para a divisão do homem em raças, enfatiza o Ministro que isto torna “ainda mais odiosa qualquer ação discriminatória da espécie”, além do que, as “discriminações consumadas contra o povo judeu pelo nazismo adquiriram inegável índole racial, assim concebida pelos próprios defensores do antissemitismo”, sendo a postura antissemita “uma forma de racismo”. E segue:

Daí a apropriada conclusão de Izidoro Blikstein, professor titular de Semiótica e Linguística da USP, de que o anti-semitismo é uma forma de racismo, exatamente por contrapor em sua filosofia duas raças, uma tida como superior à outra. (...) Nesse cenário, mesmo que fosse aceitável a tradicional divisão da raça humana segundo suas características físicas, perderia relevância saber se



o povo judeu é ou não uma delas. Configura atitude manifestamente racista o ato daqueles que pregam a discriminação contra os judeus, pois têm a convicção de que os arianos são a raça perfeita e eles a anti-raça. O racismo, pois, não está na condição humana de ser judeu. O que vale não é o que pensamos, nós ou a comunidade judaica, se se trata ou não de uma raça, mas efetivamente se quem promove o preconceito tem o discriminado como uma raça e, exatamente com base nessa concepção, promove e incita a sua segregação, o que ocorre no caso concreto.

Corrêa ainda traz outras fundamentações antropológicas e sociológicas para comprovar que o racismo é um fenômeno social. Agrega, igualmente, diversos tratados internacionais<sup>21</sup> que combatem as práticas discriminatórias. Desse modo, ao modificar fatos históricos como forma eximir a responsabilidade dos alemães pelo Holocausto, imputando aos judeus um suposto falseamento do que, de fato, ocorreu, Ellwanger violou o direito à liberdade de expressão, havendo uma aparente colisão de direitos fundamentais, já que o texto constitucional “não assegura o ‘direito à incitação ao racismo’, até porque um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”. Nessa toada, o revisionismo, tal como externado

---

<sup>21</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 1º); Convenção Internacional contra o Genocídio; Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965 (arts. 1º e 4º); Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos de 1966; Pacto de São José da Costa Rica; Resolução 623 da Assembleia Geral da ONU, de 1998 (item 17) e Declaração de Durban (itens 58, 61 e 86).

pelo paciente, seria uma forma de cometimento do crime de racismo.

Em caso de conflito, o Ministro ressalta a importância da aplicação da ponderação jurídico-constitucional que, se colocada no caso em comento, sobreporia os direitos daqueles afetados pelos livros publicados por Ellwanger em razão de determinados valores, tais como dignidade e igualdade. Assim, Maurício Corrêa denegou a ordem.

Antecipando seu voto, o Ministro Celso de Mello sobressaltou a relevância dos tratados internacionais:

É esse, pois, o grande desafio com que nós, Juízes da Suprema Corte deste País, nos deparamos no âmbito da sociedade democrática: extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia, em ordem a tornar possível o acesso dos indivíduos e de grupos sociais e sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana se tornarem palavras vãs. (...) [A]o contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.

Após, o Ministro faz um extenso apanhado da normativa internacional que protege a dignidade da pessoa humana e atua no combate à discriminação. Como acréscimo

àquelas mencionadas pelo Ministro Maurício Corrêa, Celso de Mello cita a Declaração sobre Raça e os Preconceitos Raciais (UNESCO/1978) e, em seguida, mergulha na discussão específica sobre o antissemitismo, trazendo a fala de Celso Lafer, que atuou como *amicus curiae* no processo:

(...) Interpretar o crime da prática do racismo a partir do conceito de “raça”, como argumenta o impetrante, exprime não só uma seletividade que coloca em questão a universalidade, interdependência e interrelacionamento, que compõem a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmada, em nome do Brasil, pelo Ministro Maurício Corrêa em Viena. Representa, sobretudo, reduzir o bem jurídico tutelado pelo Direito brasileiro, o que não é aceitável como critério de interpretação dos direitos e garantias constitucionais. No limite, essa linha de interpretação restritiva pode levar à inação jurídica por força do argumento *contrario sensu*, que cabe em matéria penal. Com efeito, levadas às últimas consequências, ela converteria a prática do racismo, por maior que fosse o esmero na descrição da conduta, em crime impossível pela inexistência do objeto: as raças.

Adiante, Celso de Mello também ratificou que as obras de Ellwanger não mereceriam amparo do direito à liberdade de expressão, posto que “extravasam os limites da indagação científica e da pesquisa histórica, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público pelos judeus”. Ademais, expõe o Ministro:

Isso significa, portanto, que a prerrogativa concernente à liberdade de manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não

constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgridem, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional. (...) É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situações de tensão dialética entre valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delinear, torne possível conferir primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição. O caso exposto pela parte impetrante, no entanto, não traduz, a ocorrência, na espécie, de situação de conflituosidade entre direitos básicos titularizados por sujeitos diversos. Com efeito, há, na espécie, norma constitucional que objetiva preservar, no processo de livre expressão do pensamento, a incolumidade dos direitos da personalidade, como a essencial da dignidade da pessoa humana, buscando inibir, desse modo, comportamentos abusivos que possam, impulsionados por motivações racistas, disseminar, criminosamente, o ódio contra outras pessoas, mesmo porque a incitação – que constitui um dos núcleos do tipo penal – reveste-se de caráter proteiforme, dada a multiplicidade de forma executivas que esse comportamento pode assumir, concretizando, assim, qualquer que tenha sido o meio empregado, a prática inaceitável do racismo.

Na confirmação de seu voto, Celso de Mello defendeu a ausência de qualquer intervenção estatal *a priori* na livre manifestação de pensamento e colocou-se contrário às interferências ilícitas do Estado. Advertiu, porém, que a liberdade de expressão não constitui direito absoluto, encontrando barreiras éticas e jurídicas. Desse modo, “os

abusos no exercício da liberdade de expressão, quando praticados, legitimarão, sempre ‘*a posteriori*’, a reação estatal, expondo aqueles que os praticarem a sanções jurídicas, de índole penal ou de caráter civil”. Se não transcorresse dessa forma, “os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia a fatos criminosos, por exemplo, não seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, posto porque supostamente protegidos pela cláusula de liberdade de expressão”.

Por fim, o Ministro salientou que há um conflito aparente de liberdades. Se a colisão, de fato, ocorresse, a ponderação de bens e valores seria o método mais apropriado para solucionar a querela, mantendo a proteção do ordenamento jurídico, tanto interno quanto externo, aos grupos minoritários colocados em situação de vulnerabilidade. Por estas razões, Celso de Mello indeferiu o pedido de Ellwanger.

O Ministro Gilmar Mendes, em sentido contrário, entendeu que o caso exigia a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois a “(...) tipificação de manifestações discriminatórias, como racismo” e o caráter aberto da definição do tipo impõem uma “tensão dialética” diante da liberdade de expressão. Recordou, inclusive, da utilização do princípio pela Corte Europeia de Direitos Humanos no caso *Lihideux e Isorni versus França*, quando, na oportunidade, a liberdade de expressão prevaleceu. Esta garantia fundamental, para Mendes, deve ser permitida sem que se “(...) possa levar à intolerância, ao racismo, em prejuízo da dignidade humana, do regime democrático, dos valores inerentes a uma sociedade pluralista”.

Nesse sentido, as liberdades de expressão e de informação devem ser compatíveis com os direitos à imagem, honra e vida privada, como determina a Constituição e, do mesmo modo, “não se pode atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de outros valores como os da igualdade e da dignidade humana”, conforme já havia mencionado.

O princípio em questão, portanto, “constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos”. Vinculado à concepção de Alexy, o Ministro lembra que o princípio da proporcionalidade alcança as colisões de bens, valores ou princípios constitucionais, servindo como método geral para a solução de conflitos entre princípios, ou seja:

(...) um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nesta última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Nesse sentido, afirma Robert Alexy: “O postulado de proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: ‘quanto mais intensa se revelar a intervenção em dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção’.” Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fun-

damental ou conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...) há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir resultado o desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Partindo deste pressuposto teórico, Gilmar Mendes observou na condenação do paciente a aplicação do princípio em tela, uma vez que suas máximas foram integralmente preenchidas. Houve, destarte, a adequação na medida tomada, pois a condenação de Ellwanger demonstrou a intolerância do Direito para com os contrários ao pluralismo e à tolerância. O ato do Poder Judiciário também foi necessário em razão da falta de outro mecanismo menos gravoso e, na mesma medida, eficaz. Analisando a proporcionalidade em sentido estrito, de forma a verificar a proporção entre o que se busca (defesa do pluralismo e da dignidade humana) e a liberdade de expressão do condenado, que restou sacrificada, posto que esta garantia constitucional não contempla a intolerância racial e o estímulo à violência. Ante o exposto, e não sendo violada a proporcionalidade, o Ministro inferiu a ordem de *habeas corpus*.

Nos debates, o Ministro Nelson Jobim questionou ao Ministro Ayres Britto se ele, num dado momento, ao ter

levantado a possibilidade de concessão de *habeas corpus ex officio*, alegando a inobservância do Tribunal de Justiça à retroatividade incriminadora da lei penal em razão das datas de publicação das obras, não estaria reexaminando todo o juízo emitido pelos 1º e 2º graus em sede de *habeas corpus*, ou seja, reexaminando toda a prova no sentido de que a conduta seria atípica. Então, o Ministro Maurício Corrêa ressaltou ao Ministro Ayres Britto que o *habeas corpus* cuidava apenas da imprescritibilidade. Em seguida, Nelson Jobim tomou novamente a palavra:

Vossa Excelência está examinando toda uma prova sem ter os autos em mãos, pois tem os elementos que vieram no **habeas corpus**. Vossa Excelência está revendo um juízo material de valor emitido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em relação à matéria. Ou seja, estamos nos erigindo em terceiro grau de jurisdição para efeito de rever a decisão penal? Sendo que as condutas tipificadas não se realizaram em determinado momento e, se assim não aconteceu, não se caracterizava um crime? Estamos invertendo todo o processo. (...) V. Exa. está pretendendo que o Tribunal (...) ponha-se no lugar do Tribunal de Justiça para emitir um juízo de valor sobre a conduta realizada. E a questão posta aqui é: é imprescritível ou não?

Para Ayres Britto, não havia nada nos autos comprovando que a conduta de Ellwanger fora praticada após a vigência da Lei nº 8.081, de 21 de setembro de 1990, que incluiu o art. 20 na Lei nº 7.716/89. Posteriormente, indagou o Ministro Cezar Peluso se o Ministro Ayres Britto tinha provas suficientes demonstrando que os fatos imputados ao paciente foram anteriores ao início da vigência da lei que definiu e tipificou o crime. Novamente, enfatizou



Maurício Corrêa:

Entendo que essa questão é estritamente de fato. A matéria de que cuida o habeas-corpus é exclusivamente relativa à prescritibilidade ou imprescritibilidade do delito; por conseguinte, não vejo aqui campo para conceder-se de ofício o habeas corpus. Nestes termos, manifesto-me, **data venia**, contrário à questão de ordem, para que se prossiga no julgamento.

Em seguida, o Ministro Sepúlveda Pertence posicionou-se sobre o *habeas corpus ex officio*:

Se o Tribunal me permite uma reflexão, continuo um tanto preocupado, por ter aventado uma consideração<sup>22</sup> que poderia envolver a concessão de um **habeas corpus** de ofício: estou cada vez mais constrangido porque o julgamento parece dirigir-se para uma denegação de ofício de **habeas corpus**, quanto a fundamento não invocado pelo impetrante. Evoluo, assim, para afastar qualquer outra consideração que não seja o fundamento da impetração. (...) É claro que isso está fora do pedido. Se não fosse **habeas corpus**, não estaríamos nem cogitando disso e nenhum dos outros Ministros, a partir de uma provocação minha, teria descido a doutíssimas considerações sobre o problema de liberdade de expressão **versus** racismo. (...) o voto do Sr. Ministro Gilmar Mendes, já antes o voto do Sr. Ministro Celso de Mello, que são verdadeiras denegações de um **habeas corpus** que ainda não foi impetrado.

O Ministro Carlos Velloso lembrou, em seu voto sem questão de ordem, que o entendimento do STF era no sen-

---

<sup>22</sup> O Ministro havia sinalizado a ocorrência da violação à liberdade de expressão.

tido de não examinar provas em sede de *habeas corpus*, e salientou, adiante, que se estaria examinando prova num caso em que nem o impetrante desejou que isso fosse feito.

O Ministro Ayres Britto, em seu voto sem questão de ordem, afirmou que a denúncia trazia as datas de edição e reedição dos livros, que ou são anteriores à Lei 8.081/90 ou suscitam a dúvida, reforçando que o Ministério Público não disse o mês em que as edições e reedições ocorreram, aplicando, assim, o princípio do *in dubio pro reo*. Todavia, não foi acompanhado pelos seus pares nesse sentido.

Já em seu voto-vista, Ayres Britto observou que a demanda passava pela contraposição de princípios jurídicos dotados de interreferência, que ocorre por complementação (um princípio sendo sub ou serviente a outro) ou oposição. Na oposição, todavia, o julgador, não tendo a chance de realizar o ajustamento ou a compatibilização deontica, termina por excluir a incidência de um deles. Nesses casos, acredita o Ministro que a ponderação jurisdicional dos interesses em jogo é a fórmula compensatória de resolução de conflitos mais estratégica. Sua intenção, porém, é evitar o sacrifício concreto de um dos princípios. Não sendo possível, afirma Ayres Britto que sua preferência recairá sobre a norma-princípio que melhor assegurar a aplicabilidade de outras relacionadas com o preâmbulo da Constituição, os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil epigrafados na Carta Magna, trazendo o menor sacrifício possível.

Em seguida, Ayres Britto tratou dos fundamentos da questão de ordem debatida. Salientou o desrespeito ao

princípio da anterioridade da lei penal, já que algumas condutas, para ele, haviam sido praticadas antes da vigência da Lei 8.081/90, e a data de cometimento de outras dava margem para dúvidas. Além disso, o fato de Ellwanger ter não somente editado e reeditado, mas exposto as obras à venda, a comercialização seria apenas uma consequência natural, amparada pela liberdade empresarial ou de iniciativa, prevista nos arts. 1º, IV e 170, parágrafo único, da Constituição.

Acresce o Ministro, ainda, o fato de que a proibição de venda de livros surgiu com a Lei 9.459/97, no qual o §1º do art. 20 da Lei 7.716/89 pune quem “Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”, o que não era o caso dos autos.

Ademais, no entendimento de Ayres Britto, outro fundamento aparentemente oponível à atipicidade da conduta de Ellwanger estaria na ideia de crime permanente, não se encontrando elementos conceituais dessa espécie no caso, pois editar ou reeditar livros é conduta que se perfaz e se exaure com a sua instantânea ocorrência, e a consumação de um crime permanente pode cessar pela vontade do agente. Sendo assim, fato é que, explica o Ministro, “a pessoa responsável pela concreta edição de um livro já não tem como praticar a respectiva *desedição* nem impedir a leitura desse livro por eventuais adquirentes”. Por estas razões, Ayres Britto visualizou a ausência de justa causa na ação penal, o que motivara a concessão de *habeas corpus* de ofício.

No mérito, o Ministro denominou de “excludentes de abusividade” três comportamentos ditados por imperativos de consciência: a crença religiosa, a convicção política e a convicção filosófica. Com exceção daqueles que as invocam para se eximir de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, como determina a Constituição, a liberdade de expressão, para ele, ganha relevante esforço constitucional.

Após mostrar seu entendimento no sentido de que o racismo abrange tanto os crimes contra os indivíduos da cor negra quanto aqueles pertencentes a um grupamento humano que se personalize por características histórico-culturais inconfundíveis com as de qualquer outro segmento, além de defender que o verbo “praticar” abrange a incitação e o induzimento, numa interpretação que, dada a relevância do que se discute, não comporta interpretação restritiva, Ayres Britto analisa as obras escritas e publicadas por Ellwanger.

O Ministro começa pelo livro “Holocausto Judeu ou Alemão – nos bastidores da mentira do século”, escrito e editado pelo paciente, no qual o próprio diz: “O presente livro é o resultado de uma pesquisa histórica e vai apresentar fatos completamente desconhecidos da grande maioria, após o que o leitor terá a oportunidade de fazer o seu julgamento”, além de afirmar que “Tratando-se de uma obra envolvendo fatos históricos, longamente pesquisados, que devem ser conhecidos do maior número possível de pessoas (...)”. Ao final do livro, o Ministro destaca duas falas de Ellwanger: “Este livro é resultado de minha pesquisa e representa, portanto, a minha verdade” e “Se o leitor a-

char, após ler e reler os acontecimentos apresentados, que não está de acordo, só tem dois caminhos a tomar – Fazer a sua própria pesquisa, procurando fontes mais honestas, ou continuar acreditando na mentira do século”.

Para Ayres Britto, o objeto central do livro é a Segunda Guerra Mundial, que retrata, sob a perspectiva revisionista, o quanto o Estado alemão sofreu baixas humanas, prejuízos materiais e contração territorial, tentando Ellwanger mostrar que a história da referida guerra foi contada pelos vencedores, como narra o autor:

É preciso denunciar que as forças estatais vencedoras do Grande Conflito manipularam a opinião pública mundial para encobrir seu ímpeto de dominação internacional e as atrocidades que perpetraram contra os povos derrotados. Aliadamente com uma organização israelense ultra-radical – esta sim, tão imperialista quanto racista e até mesmo terrorista, que é o sionismo internacional.

Na visão do Ministro, o paciente se dispôs a fazer obra de ciência, como ocorre em toda investigação histórica, para expor uma opinião que soaria aos ouvidos do leitor como uma convicção político-ideológica, situando seu livro dentro do campo livre de debate de ideias, onde Ellwanger tenta produzir uma obra objetivamente convincente, sem incivilidades. E ressalta Ayres Britto:

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 de 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 da pasquinada (sem nenhuma alusão ao criativo e bem humorado jornal brasileiro “O Pasquim”). Do achincalhe e da prestidigitação intelectual. Que não é – convictamente afirmo – o caso da obra que li e reli com máximo de atenção que me foi possível. (...) A meu juízo, o de que se pode acusar o autor-paciente é de que sobrepor a sua ideia fixa de revisão da História à neutralidade que se exige de todo pesquisador. (...) Sucede que não é crime tecer uma ideologia. Pode ser uma pena, uma lástima, uma desgraça que alguém se deixe enganar pelo ourpel de certas ideologias, por corresponderem a um tipo de emoção política ou de filosofia de Estado que enevoa os horizontes do livre pensar. Mas o fato é que essa modalidade de convicção e consequente militância tem a respaldá-la a própria Constituição Federal. Seja porque ela, Constituição, faz do pluralismo político um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º), seja porque impede a privação de direitos por motivo, justamente, de convicção política ou filosófica (inciso VIII do art. 5º).

Ayres Britto, então, resume o viés ideológico do autor em dois pontos: fortes críticas às Forças Aliadas da Segunda Guerra Mundial, responsáveis pelo início do conflito armado e pela dizimação da população civil alemã quando a Alemanha já estava vencida; tais forças foram instigadas e financiadas pelo sionismo internacional, inimigo do povo alemão.

O Ministro ainda cita um trecho da obra de Ellwanger, enfatizando que as referências ao Sionismo e aos judeus internacionais não deveriam ser consideradas contra as pessoas que professam a religião judaica. Ademais, Ayres Britto não verificou referências à suposta supremacia da

raça alemã ou inferioridade da raça judaica, observando que, na verdade, Ellwanger acusa o judaísmo de se considerar um povo superior, eleito por Deus, que expande seu plano de conquista por meio da imprensa e do capital financeiro. Não notou, igualmente, apoio ao Holocausto e apologia à guerra, pois, para o paciente, o povo alemão foi quem sofreu com a dizimação humana.

Em suma, o Ministro não considerou a obra escrita pelo paciente como preconceituosa, e manteve o mesmo posicionamento em relação aos livros que não eram da autoria de Ellwanger, que tinham o mesmo viés antissionista. Sobre as obras editadas, Ayres Britto ratifica que Ellwanger agiu no âmbito da liberdade de iniciativa enquanto empresário, sendo obras assinadas pelos seus respectivos autores, o que exclui tanto a responsabilidade civil quanto penal do paciente. Após

Com isso, o Ministro Ayres Britto deferiu *habeas corpus* de ofício, por entender que Ellwanger não praticou conduta penalmente típica. Em seguida, o Ministro Maurício Corrêa questionou em que sentido se dava a concessão do *habeas corpus*, no que Ayres Britto pronunciou:

Primeiro, mais importante ainda, entendo que ele não cometeu crime. Mas, se entender que o crime foi cometido, como a lei não separa a discriminação racial **lato sensu** da discriminação por raça, propriamente racista... Então que se lhe abone o desclausuramento da imprescritibilidade. Mas o meu primeiro voto é pela absolvição.

Maurício Corrêa, novamente, indagou se Ayres Britto concluía pela concessão, respondendo que concluía pela

absolvição, pela falta de justa causa e pela atipicidade da conduta.

O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, apoiado pelo princípio da proporcionalidade, procurou definir se “a melhor ponderação de valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade”, sendo este, na sua visão, o ponto central trazido pelo caso.

Marco Aurélio ressaltou o papel dos direitos fundamentais na realização do princípio democrático. A liberdade de expressão, nesse contexto, em suas mais variadas facetas (direito de discurso, direito de opinião, direito de imprensa, direito à informação e a proibição da censura) constitui, de acordo com seu relato, elemento fundante da democracia. O Ministro enfatiza que “quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia”.

Assim, a liberdade de expressão é um meio de garantir a diversidade de opiniões, pois “ajuda a formar uma convicção soberana, livre e popular acerca das mais variadas matérias, sejam políticas, sociais ou históricas”. E continua:

O Estado mostra-se democrático quando aceita e tolera, no mesmo território, as mais diferentes expressões do pensamento. (...) Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à



tiranía imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira. Devem sempre procurar o melhor desenvolvimento da intelectualidade, e isso pode ocorrer de maneira distinta para cada indivíduo. (...) Para o bem-estar intelectual da humanidade, é preciso proteger a liberdade de expressar todas as opiniões, ainda que delas discordemos ou que estejam redondamente erradas (...) A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido.

Em seguida, Marco Aurélio analisou a liberdade de expressão no caso em comento:

(...) estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo “morte aos judeus”, “vamos expulsar estes judeus do País”, “peguem as armas e vamos exterminá-los”. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. O paciente restringiu-se a escrever e difundir a versão da história vista com os próprios olhos. E assim o fez a partir de uma pesquisa científica, com elementos peculiares, tais como método, objetivo, hipótese, justificativa teórica, fotografias, documentos das mais diversas ordens, citações. Alfim, imaginando-se integrado a um Estado Democrático de Direito, acionou a livre manifestação, a convicção política sobre o tema tratado, exercitou a livre expressão intelectual do ofício de escritor e editor, conforme previsto nos incisos IV, VIII e XIII do artigo 5º da Constituição Federal.

O Ministro se mostrou reticente quanto à restrição à livre manifestação de pensamento com base em “expectativas abstratas ou em receios pessoais dissociados de um

exame que não leve em consideração os elementos sociais e culturais ou indícios já presentes de nossa história bibliográfica”. Na mesma medida, a simples alegação de opiniões de caráter discriminatório, abusivo, radical e absurdo, sem elementos concretos que comprovassem a existência de motivos suficientes para a limitação imposta, não serviria, para o Ministro, de substrato para justificar a restrição.

A partir daí, Marco Aurélio passou a tratar do princípio da proporcionalidade, ressaltando, tal como Gilmar Mendes, que a colisão de direitos fundamentais é resolvida por meio da ponderação dos valores trazidos pelo caso concreto, onde um direito terá primazia em detrimento de outro. Diante do caso, reforça Marco Aurélio:

Dessa forma, não é correto se fazer um exame entre liberdade de expressão e proteção da dignidade humana de forma abstrata e se tentar extrair daí uma regra geral. É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões. Esse tipo de apreciação é crucial para resolver-se a questão do *habeas*. Há de se atentar para a realidade brasileira, evitando-se que prevaleça solução calcada apenas, como até aqui percebi, na crença de que os judeus são um povo sofrido e que amargaram os horrores do holocausto, colocando por terra elementos essenciais. A questão de fundo neste *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo reve-

le ideias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desengenhadamente negativa.

O Ministro, após analisar a obra de Ellwanger, afirmou que não verificou induzimento ao ódio, concordando com o parecer do Ministro Carlos Ayres Britto, que não notou qualquer afirmação categórica acerca da superioridade da raça alemã sobre os judeus, ou que estes constituiriam grupo inferior aos arianos. Embora o livro tenha uma abordagem de pouca receptividade, Marco Aurélio defende que ser partidário de uma ideologia não é crime. Embora o Ministro deixe claro que não concorda com as ideias contidas na obra, não observa como a exposição da versão de um fato histórico pode gerar perigo iminente de extinção do povo judeu, principalmente porque, segundo ele, não se pode partir de pressupostos culturais europeus, já que o Brasil nunca cultivou qualquer sentimento de repulsa aos judeus<sup>23</sup>, diferente do que ocorreu com a população negra.

Desse modo, para Marco Aurélio, embora seja possível, por meio de uma obra, praticar a incitação ao ódio, o leitor não é obrigado a abraçar as ideias ali defendidas. Assim, os livros escritos e editados pelo paciente, em exercício profissional garantido pela Constituição, “são passíveis de serem tomados pela sociedade brasileira apenas como obra de uma mente intolerante e radical, jamais consubstanci-

---

<sup>23</sup> Em sentido contrário, Ommati (2016, pp. 149-166).

ando o hediondo crime de racismo”.

Sob a ótica do Ministro, a proibição da publicação das obras do paciente pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi inadequada, pois a medida não teria poderes para eliminar o preconceito contra o povo judeu ou o risco de incitar a discriminação. Em relação à necessidade, segunda máxima do princípio da proporcionalidade, indagou-se se a existência de outras medidas menos danosas, desconsideradas pelo TJRS, que poderiam alcançar o fim almejado. No caso, o restaria ao TJRS apenas uma solução, diante da ausência de outro meio menos gravoso: “conceder a ordem, garantindo o direito à liberdade de manifestação do pensamento, preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu”. Por último, dentro da proporcionalidade em sentido estrito, questiona o Ministro:

Assim, cumpre perquirir se é razoável, dentro de uma sociedade plural como a brasileira, restringir-se determinada manifestação de opinião por meio de um livro, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, considerando-se, todavia, o fato de inexistirem indícios mínimos de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. E mais, se é razoável punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabiliza-lo por ideias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet. (...) A par desse aspecto, avocar ao Judiciário o papel de censor não somente das obras dos próprios autores, responsabilizando-os, como sobretudo daquelas simplesmente editadas enseja um precedente perigosíssimo.

Destarte, na colisão entre a liberdade de expressão de Ellwanger e a dignidade do povo judeu, com base no princípio da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a decisão tomada pelo TJRS não foi o meio mais adequado, necessário e razoável, concedendo então a ordem, em razão da inexistência da prática do racismo no caso em exame, incidindo assim a prescrição da pretensão punitiva.

Os votos aqui citados foram os que, em nossa concepção, apresentaram os principais argumentos para debate. A condenação de Ellwanger foi mantida por oito votos a três. Mesmo diante da variedade de raciocínios trazidos e da notoriedade que o julgamento ganhou, os caminhos para se chegar à decisão não ficaram imunes a críticas. Em relação aos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que partiram da mesma premissa e alcançaram resultados diferentes, avalia Marcelo Cattoni (2006, pp. 262-265):

Várias críticas podem ser feitas ao raciocínio da ponderação de valores. Afinal, ou nós estamos diante de uma conduta ilícita, abusiva, criminosa, ou, então, do exercício regular, e não abusivo, de um direito. *Tertium non datur!* Como é que uma conduta pode ser considerada, ao **mesmo tempo**, como lícita (o exercício de um direito a liberdade de expressão) e como ilícita (crime de racismo, que viola a dignidade humana), sem quebrar o caráter deontológico, normativo do Direito? Como se houvesse uma conduta meio lícita, meio ilícita? (...) A questão, no *Caso Ellwanger*, não deveria ter sido compreendida como uma colisão entre valores, em que se julga que a liberdade de expressão é melhor ou pior do que, ou para, a promoção da dignidade humana; mas sim julgar se houve, afinal, em face do caso concreto,

crime de racismo ou não, à luz das pretensões normativas, defendidas na argumentação sustentada pelos envolvidos, e que poderiam ser reputadas abusivas ou não. E, assim, é possível chegar à conclusão de que houve racismo sim, sem que para isso tenhamos que renunciar ao caráter normativo, deontológico do Direito. (...) Com o *Caso Ellwanger*, o STF assume explicitamente a tarefa de empreender uma reflexão sobre o que seria uma *metódica constitucional* adequada à proteção dos direitos fundamentais. Contudo, a alternativa que se delineia, fortemente influenciada pela jurisprudência dos valores, não corresponde a uma garantia consistente dos direitos, já que, por um lado, submete o exercício desses direitos a um cálculo de custo/benefício, e, por outro, faz do Tribunal um poder legislativo de segundo grau, a controlar positivamente as escolhas políticas legislativas e executivas, assim como as concepções de vida digna dos cidadãos, à luz do que seus onze Ministros considerem ser *o melhor* – e não o constitucionalmente adequado – para a sociedade brasileira. E, tudo isso em função da realização de *premissas materiais*, elas próprias não discutidas, ao longo dos votos.

Destarte, Potiguar (2015, pp. 160-171) acredita que seria mais acertado, por parte do STF, ter interpretado o caso à luz da teoria da adequabilidade, de Klaus Günther, pois:

(...) adequabilidade não é ponderabilidade material de comandos otimizáveis com base num princípio da proporcionalidade. O Direito, ao contrário do que pretende uma jurisprudência de valores, possui um código binário, e não um código gradual em que normas possam refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico-normativa envolve questões não só acerca do que é justo para todos, mas também acerca do que é bom, no todo e a longo prazo, para nós. Isso não quer dizer que elas sejam ou devam ser tratadas como valores. As normas, quer como regras, quer como princípios, visam ao que é devido, são enunciados deontológicos: à luz de normas, põe-se decidir qual a ação ordenada. Já os valores visam

ao que é bom, ao que é melhor; condicionados a uma determinada cultura, são enunciados teleológicos: uma ação orientada por valores é preferível. Ao contrário das normas, valores não são aplicados, mas priorizados.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, a despeito de sua premissa teórica, verificou-se que a liberdade de expressão não abrange as manifestações de intolerância contra o povo judeu. Desse modo, e partindo da visão de Klaus Günther, não se deveria discutir a validade da liberdade de expressão (o que o próprio Ministro reconheceu), e sim se era adequada ao caso concreto. Obedecendo ao código binário do Direito, a norma ou o princípio é ou não é adequado, refletindo em sua aplicação ou não aplicação. Na hipótese discutida, a liberdade de expressão não foi mais adequada, não sendo, portanto, aplicada. Sarmiento (2009), todavia, rejeita a ideia de Günther, pois não daria à liberdade de expressão o peso que ela mereceria no caso Ellwanger. Apesar de ser favorável à ponderação, Sarmiento reforça a necessidade de parâmetros materiais, para dar ao processo mais segurança e previsibilidade, reduzindo as margens de arbítrio do julgador.

A par dos diversos fundamentos legais e teóricos trazidos no julgamento do *habeas corpus*, alguns aspectos penais não foram devidamente levantados pelos trabalhos aqui citados. Os comentários e críticas sobre a decisão, inclusive, tiveram forte – ou quase exclusiva – participação da doutrina constitucional. O protagonismo da doutrina penal, num caso onde as discussões partiram, ressalte-se, de uma ordem da Constituição para criminalizar uma conduta, não foi tão expressivo quanto dos constituciona-

listas<sup>24</sup>.

O primeiro ponto a ser ressaltado diz respeito ao princípio da legalidade. Por meio dele, o arbítrio do Estado não é legitimado a atuar sobre condutas que não tenham sido previa e formalmente declaradas como ilícitos penais. Como consequência de sua aplicação, temos a proibição de analogia<sup>25</sup> *in malam partem*, e a exigência de lei prévia e certa. Destas consequências, a obrigatoriedade de lei certa força o legislador a estabelecer parâmetros de incriminação de forma clara e individualizada, pois, do contrário, paira a incerteza na aplicação da norma penal. Na lição de Roxin (1997, p. 169), uma lei indeterminada e imprecisa não protege o cidadão da arbitrariedade, pois não implica numa autolimitação do poder de punir do Estado que se possa recorrer, além de violar o princípio da separação de poderes, porque permite ao juiz fazer qualquer interpretação que queira invadir o terreno do legislativo.

Nesse diapasão, o pedido contido no *habeas corpus*, isto é, a decretação da imprescritibilidade da conduta prati-

---

<sup>24</sup> Miguel Reale Júnior (2003) publicou seu parecer como *amicus curiae* no caso Ellwanger. Contudo, a atuação de Celso Lafer, na mesma posição, tem maior destaque nos trabalhos acadêmicos sobre o assunto.

<sup>25</sup> Ensina Jescheck (1993, p. 121): “La función de garantía de la ley penal en su faceta de prohibición de analogía comprende todos los elementos que determinan su contenido de merecimiento de pena y la consecuencia jurídica, es decir, los elementos del tipo de injusto y de la culpabilidad, las causas personales de exclusión y anulación de pena, las condiciones objetivas de punibilidad y todas las sanciones”.



cada, dependia da definição do crime de racismo. Então, os votos proferidos pelos Ministros traziam suas conceituações, que partiam das mais variadas premissas acerca do delito. O Ministro Moreira Alves, afirmou que quando a Constituição prevê que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, a parte final do dispositivo “não delega à legislação ordinária dar o entendimento que lhe aprouver sobre o significado de ‘racismo’, mas sim, que cabe a ela tipificar as condutas em que consiste essa prática e quantificar a pena de reclusão a elas cominada”.

Primeiramente, contrariando a fala do Ministro, em respeito ao princípio da legalidade, o legislador ordinário pode não somente estabelecer a pena em abstrato e as ações ou omissões que implicam na prática do crime, mas definir, inclusive por meio de normas penais explicativas, o conteúdo da conduta criminalizada. O art. 327 do código penal, por exemplo, ao definir o conceito de funcionário público para os efeitos de incidência da lei penal, não dá margem para aplicações diversas do que está ali previsto, retratando uma forma de interpretação autêntica (ou legislativa).

Moreira Alves também salientou que a expressão “racismo” deveria ser interpretada restritivamente, não podendo atingir todas as formas de discriminação. Embora a interpretação restritiva ganhe amplo espaço no campo interpretativo da legislação penal, impedindo, a título exemplificativo, que “incitar, publicamente, a prática de crime”, como dispõe o art. 286, não sancione aquele incite, publicamente, a prática de uma contravenção, a interpretação

extensiva também é utilizada, em determinados casos. Sobre ela, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 160) elucidam:

a) Em princípio rejeitamos a ‘interpretação extensiva’, se por ela se entende a inclusão de hipóteses punitivas que não são toleradas pelo limite máximo da resistência semântica da letra da lei, porque isso seria analogia; b) Não aceitamos nenhuma regra apodítica dentro dos limites semânticos do texto. É correto quando se diz ‘onde a lei não distingue não se deve distinguir’, isto é correto desde que se acrescente ‘salvo que haja imperativos racionais que nos obriguem a distinguir e, claro está, sempre que a distinção não aumente a punibilidade saindo dos limites do texto; c) Há casos em que a análise da letra da lei dá lugar a duas interpretações possíveis: uma, mais ampla e outra, mais restrita da punibilidade. Isso é observado sem superar o plano exegético. Assim, a expressão ‘coisa’ do art. 155 do CP pode ser interpretada em sentido ordinário (amplo) ou civil (restrito). Nesses casos é que entra em jogo o *in dubio pro reo*: sempre teremos de inclinar-nos a entendê-las em sentido restritivo, e de acordo com este sentido, ensaiar nossas construções. Não obstante; esse princípio não tem um valor absoluto, porque bem pode ocorrer que o sistema entre em choque com a expressão entendida em seu sentido restrito, e se harmonize com seu sentido amplo, o que, em tal caso, poderemos fazê-lo, porque tem caráter absoluto o princípio da racionalidade da ordem jurídica, que é o próprio pressuposto de nossa atividade científica.

Todavia, ainda que a essência do racismo se faça presente naquilo em que os delitos previstos na Lei 7.716/89 reprimem, em nenhum momento a lei traz, expressamente, o termo. A expressão, como visto, consta do art. 5º, XLII da Constituição, e que, mesmo exigindo interpretação constitucional, trata-se de um mandado de criminalização

que deve atender aos princípios do direito penal calcados em parâmetros constitucionais.

Todos esses esclarecimentos em torno da interpretação da lei penal são necessários para mostrarmos que, por meio de normas repressivas claras e com conteúdo delimitado, a discussão em torno da definição do racismo não ganharia tamanha proporção e, muito menos, daria azo à aplicação de diversos métodos interpretativos. Sobre este aspecto, Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 168) é enfático:

O que é aplicável é uma regra penal, que proíbe manifestações racistas. Não há que se discutir, portanto, se a liberdade de imprensa é mais ou menos importante que outro princípio eventualmente envolvido, como se esforçaram em fazer todos os ministros. A única discussão possível, em sede de *habeas corpus* no STF, seria uma discussão sobre a qualificação do ato como sendo ou não racista. Mas aqui, como é facilmente perceptível, o raciocínio é subsuntivo e não ponderativo.

Ratifica Shiraki (2009, pp. 531-532) o protagonismo do juízo de ponderação no caso, o que tornou “a tipificação da conduta sob análise dependente do próprio resultado do sopesamento, e não de sua subsunção à norma já conhecida – o que representa um fato de instabilidade no direito penal e até mesmo um controle de constitucionalidade não expresso de suas regras”. E prossegue:

Inegável insegurança jurídica se instalaria caso se passasse a prescindir do emprego de tal raciocínio em favor do recurso aos direitos fundamentais. Até porque a lógica que orienta esses dois âmbitos é totalmente diversa: enquanto o direito penal, ao criminalizar condutas, lida

com normas de interpretação estrita, os direitos fundamentais, como mandamentos de otimização, seguem por via contrária, exigindo a máxima abrangência e efetividade.

A autora adverte, entretanto, que o raciocínio ponderativo pode complementar o raciocínio subsuntivo, na hipótese deste ter sido previamente aplicado sobre a norma penal, como esforço argumentativo, o que não ensejaria insegurança.

Sob outra perspectiva, a Lei 7.716/89, apenas para efeitos de esclarecimento, em vez de estabelecer na ementa que “Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor” (nada mais do que o teor do racismo), poderia fazer constar em sua redação o seguinte: “Esta lei define o crime de racismo, nos termos do art. 5º, XLII da Constituição Federal”. Dessa forma, abrangeria, também, outras formas de discriminação além do preconceito de raça ou de cor. Além disso, nada impediria, em nome da nitidez esperada das normas penais, a criação de tipos penais explicativos, contendo as definições legais dos elementos do tipo, como “raça”, etc.

A interpretação constitucional, em especial por parte do STF, atuaria somente se as conceituações legais ou se o próprio tipo penal não obedecessem aos ditames da Constituição, mediante ações constitucionais designadas para tal fim<sup>26</sup>. Para obter tal conceituação, dever-se-ia, contudo,

---

<sup>26</sup> Embora o controle concentrado seja regra nessas situações, vale lembrar que o pleno do STF declarou a inconstitucionalidade, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, do art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, que

analisar cuidadosamente os aspectos históricos, biológicos e demais fontes amplamente discutidas pelos Ministros no julgamento do *habeas corpus* em comento.

Considerando o atual ordenamento jurídico-penal, caso a Lei 7.716/89 tivesse a roupagem aqui pretendida, um ponto de controvérsia que já é discutido, mas que também ganharia relevância se a proposta vigesse, gira em torno do art. 140, §3º, do código penal, que prevê a injúria qualificada pelo preconceito (ou discriminação ou injúria racial). A discussão atual, que certamente permaneceria, indagaria se mesmo não integrando a Lei 7.716/89, o crime poderia ser tratado como forma de prática do racismo, como advoga Nucci (2014, p. 1187).

Ommati (2016, p. 162) critica o posicionamento de Nucci, afirmando que o penalista defende uma “interpretação extensiva em Direito Penal com o intuito de criminalizar condutas, o que é incompatível com a compreensão constitucionalmente adequada do princípio da legalidade em matéria penal, que impede a criação de tipos penais por analogia ou por interpretação extensiva”. Não vislumbramos, na ideia de Nucci, a utilização da interpretação extensiva para criminalização, isto é, com o intuito de criar um novo tipo penal. O que o autor pretende, em nossa visão, é fazer incidir sobre a injúria racial a imprescritibi-

---

impedia a progressão de regime nos crimes hediondos, por meio do HC 82.959, isto é, pela via do controle difuso. Discutiu-se não somente o caso concreto trazido pelo *habeas corpus*, como também a lei em tese. Esta aplicação representa o que se chamou de “abstratização do controle difuso”.

lidade e a inafiançabilidade inerentes ao racismo.

Desse modo, Ommati sugere o afastamento, pela via do controle difuso de constitucionalidade, do art. 140, §3º, do código penal, para aplicação da Lei 7.716/89, já que a injúria racial está eivada de inconstitucionalidade por proteção deficiente, pois não protege adequadamente o bem jurídico-penal estabelecido pelo art. 5º, XLII, da Constituição, o que viola, reflexamente, a dignidade humana.

Àqueles que propugnam pela continuidade da sanção penal ao conteúdo previsto na injúria racial, cremos ser mais acertado proceder à transferência de alguns elementos previstos no art. 140, §3º, do código penal (raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) para a Lei 7.716/89, o que eliminaria qualquer possibilidade de interpretação extensiva, aplicando, consequentemente, as cláusulas da imprescritibilidade e da inafiançabilidade, suprimindo, dessa forma, a ausência de rigor conclamada por quem alega a existência de proteção deficiente. Os elementos restantes – pessoa idosa e pessoa deficiente –, que não dizem respeito com as questões relativas à Lei 7.716/89, já seriam abarcados, em nossa visão, pelos Estatutos do Idoso<sup>27</sup> e da Pessoa com Deficiência<sup>28</sup>, respectivamente<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 96. (...) Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. § 1º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.

<sup>28</sup> Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Com estes reparos, naquilo que cabia ao STF decidir em sede de *habeas corpus*, isto é, a prescritibilidade ou não da conduta praticada por Ellwanger, por meio da definição do termo “racismo”, a decisão não geraria tantos imbróglis. Contudo, conforme exposto, o caso levantou o debate acerca dos limites à liberdade de expressão, colocando, em especial, a lei penal como limite à livre manifestação de pensamento.

É certo que as palavras ferem<sup>30</sup> e, como defende Brugger (2007, p. 118), “o conteúdo do discurso do ódio elimina, ou pelo menos minimiza, seu caráter comunicativo e, por essa razão, a expressão de mensagens racistas é apropriadamente vista mais como uma conduta do que como um discurso”. Este discurso (ou conduta, para aqueles que assim o compreendem<sup>31</sup>) tão controverso, que traz consigo

---

<sup>29</sup> O Projeto de Lei da Câmara nº 3640/2015, de autoria do ex-deputado federal Wadih Damous, se dá em sentido semelhante. O ex-parlamentar sugere que a criação do parágrafo 5º ao art. 20 da Lei 7.716/89 para alocar a alteração, defendendo, porém, a manutenção do art 140, §3º para contemplar, apenas, a pessoa idosa e a pessoa com deficiência.

<sup>30</sup> Nesse sentido: MATSUDA, Mari J., LAWRENCE III, Charles R., DELGADO, Richard; CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*. Boulder, Colorado: Westview Press Inc., 1993.

<sup>31</sup> Sobre a distinção entre conduta e ação, ver Prates (2015, p. 100-104). Para as finalidades do presente trabalho, consideramos, na linha do autor, “ser necessário desconstruirmos a noção de que falar e agir são desvinculados, pois todo ato de fala sempre atua sobre o mundo”, o que nos lembra, guardadas as devidas proporções e demais discussões, a ideia básica do causalismo, onde a conduta é o

uma série preconceitos historicamente arraigados, gerando sentimento de repulsa, esbarra na restrição infundida pela lei penal.

No caso Ellwanger, o revisionismo histórico contido nas obras, que atacava, exclusivamente, na opinião do paciente enfatizada pelo Ministro Ayres Britto, o movimento sionista, no entendimento da maioria dos ministros, revelava uma deliberada manifestação odiosa direcionada ao povo judeu.

A decisão, aplaudida pelo resultado obtido, pois retratou a intolerância da instância máxima do Poder Judiciário brasileiro para com o discurso de ódio, porém criticada pelos meios utilizados, pode representar uma confiança depositada no direito penal para solucionar estas questões ou foi celebrada, na verdade, apenas pela correta e justa aplicação da norma? Ela se traduz, como narrou o Ministro Marco Aurélio, num exemplo de jurisprudência simbólica, onde “aumenta-se o clamor social por um maior rigor penal relativamente aos fatos de grande repercussão”, em que o Poder Judiciário surge como “representante do Estado para garantir à sociedade a punição”? Cria uma juris-

---

comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior. A par desta pequena digressão sobre a teoria causal da conduta, a qual, é válido ressaltar, não foi adotada pelo código penal brasileiro (que é finalista), e sim pelo código penal militar (art. 33, CPM), as falas/opiniões, no contexto dos crimes de opinião, configuram ou dão azo a interpretações que amoldam tais discursos aos delitos previstos na legislação penal. Todo crime é praticado por meio de uma conduta (*nullum crimen sine actione*) que, no caso, ocorre por meio da expressão de ideias.



prudência-álibi, onde a Corte se mostra sensível aos anseios sociais, demonstrando indignação aos pensamentos antissemitas na tentativa de “dar aparência de solução aos problemas sociais vivenciados, ou, no mínimo, a pretensão de convencer o público das boas intenções do julgador”?

Caso seja dado crédito à legislação repressiva, o que se pretende por meio dela? Prevenção, sabendo-se que ela só é autorizada a agir a partir do momento em que a conduta causa lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico? Espera-se que os grupos vulneráveis ganhem reconhecimento por meio da lei penal<sup>32</sup>? O poder jurídico pode se sobrepor à função performativa da palavra, em sentido contrário ao que propõe Judith Butler (1997, p. 23 e p. 96)<sup>33</sup>? Para que um crime de opinião seja legítimo – sem entrar no mérito de sua necessidade – basta a fria previsão legal da norma penal? Isto não implicaria numa censura legitimada pelo Estado?

Imaginemos que Ellwanger tenha feito, unicamente e de forma incontestável, revisionismo histórico. A crimina-

---

<sup>32</sup> Ver: BARRETO, Daniela Lima. *Direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca de reconhecimento por meio do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não-reconhecidos*. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2013.

<sup>33</sup> Para Butler, a ideia de “função performativa da palavra” está ligada à ação violenta que a linguagem pode assumir. A autora, é válido enfatizar, não demonstra confiança na ação estatal para conter tal conduta.

lização de posturas revisionistas, tal como ocorre na Alemanha, seria pertinente? Caberia, no caso, alegar o exercício regular do direito à liberdade de expressão como causa excludente de ilicitude a um fato típico?

Tomando outra situação como referência, como podemos entender, sob o prisma da utilização da norma penal, a medida cautelar deferida em fevereiro de 2016 pelo Juiz Alberto Salomão Junior, da 33ª Vara Criminal da Capital do estado do Rio de Janeiro, que determinou a proibição de exposição, venda, ou divulgação a qualquer título, da obra “Minha Luta”, de Adolf Hitler, fixando multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por exemplar divulgado ou vendido, em caso de descumprimento da decisão, sem prejuízo de eventual prisão em flagrante pelo crime definido no art. 20, §3º, da Lei 7.716/89<sup>34</sup>? Temos a devida aplicação da lei penal ou uma hipótese de censura encoberta por uma ação estatal legítima?

Com tantas questões, é necessário não apenas debatermos a maneira mais efetiva de se combater o discurso de ódio, mas, de igual forma e com a mesma intensidade, torna-se providencial discutirmos o papel que o direito penal pode desempenhar nesse contexto. No caso do racismo, a Constituição impôs a criminalização de sua prática<sup>35</sup>. Entretanto, é fundamental que os demais grupos vul-

---

<sup>34</sup> Número do processo: 0030603-92.2016.8.19.0001/TJRJ.

<sup>35</sup> O art. 5º, XLII da Constituição de 1988 é considerado como um mandado constitucional de criminalização, que estipula uma obrigação ao legislador ordinário em criminalizar determinados valores constitucionais. Ressalta Vega (2001, p. 867) que “(...) En este tipo

neráveis, vitimados pelo *hate speech*, estejam cientes das funções (não) declaradas da pena, de seu ocasional simbolismo e, acima de tudo, que se trata de um instrumento que reproduz o que se busca combater: desigualdades e estigmatizações.

---

de obligaciones constitucionales de castigar el margen de decisión del legislador ordinario sobre la punición de estas conductas queda reducido a cero. El constituyente es el que há hecho, con resultado afirmativo, los juicios y valoraciones politico-criminales que corresponde hacer normalmente al legislador ordinario, en virtud del principio de intervención mínima, sobre la necesidad y utilidad de la intervención penal. De esta forma, el legislador ordinario se limita, con el establecimiento de los correspondientes tipos penales, a eliminar ‘un vacío punitivo’”. Todavía, Paschoal (2003, p. 79 e seguintes) indaga se há, de fato, uma obrigação por parte do legislador infraconstitucional em criar novos tipos penais a partir das previsões constitucionais tratadas como mandados.

### 3. “Marcha da maconha” e apologia ao crime

A “marcha da maconha” é um movimento social que objetiva discutir as políticas públicas inerentes ao controle e uso da substância. De acordo com Salo de Carvalho (2010, p. 258), a marcha ocorre em várias cidades do planeta e começou a ser realizada a partir de 1999, por meio de festividades onde se promovem encontros, passeatas, fóruns de debates, festas, concertos e festivais, sendo realizada no primeiro sábado do mês de maio<sup>36</sup>, considerado o dia mundial pela descriminalização da *cannabis*. Em sua carta de princípios<sup>37</sup>, o coletivo detalha suas atividades:

A Marcha da Maconha Brasil é um movimento social, cultural e político, cujo objetivo é levantar a proibição hoje vigente em nosso país em relação ao plantio e consumo da *cannabis*, tanto para fins medicinais como recreativos. Também é nosso entendimento que o potencial econômico dos produtos feitos de cânhamo deve ser explorado, especialmente quando isto for adequado sob o ponto de vista ambiental. A Marcha da Maconha Brasil não é um movimento de apologia ou incentivo ao uso de qualquer droga, o que inclui a *cannabis*. No entanto, partilhamos do entendimento de que a política proibicionista radical hoje vigente no Brasil e na esmagadora maioria dos países do mundo é um completo fracasso, que cobra um alto preço em vidas humanas e recursos públicos desperdiçados. A Marcha da Maconha Brasil não tem posição sobre a legalização de qualquer outra

---

<sup>36</sup> No Brasil, ocorre durante o mês de maio, e não obrigatoriamente no primeiro sábado.

<sup>37</sup> Disponível em: <<http://blog.marchadamaconha.net/carta-de-principios-da-marcha-da-maconha-brasil>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

substância além da cannabis, a favor ou contra. O nosso objetivo limita-se a promover o debate sobre a planta em questão e demonstrar para a sociedade brasileira a inadequação de sua proibição.

Ressalta Bechara (2011, p. 490) que, no Brasil, a partir de 2007, estas manifestações passaram a contar com maior articulação, consolidando-se como movimento político-social. Desde então, lembra a autora que a crescente frequência dos eventos levou vários membros do Poder Judiciário a concluir por sua ilicitude, pois constituiriam uma forma de apologia aos crimes de porte para consumo pessoal, disposto no art. 28 da Lei 11.343/06, e comércio ilegal de drogas, previsto no art. 33 da mesma lei, nos termos do art. 287 do código penal. Havia, também, entendimento<sup>38</sup> no sentido de que a conduta se amoldaria ao art. 33, §2º da Lei de Drogas<sup>39</sup>.

Buscando afastar tais interpretações, a Procuradoria Geral da República ingressou, no Supremo Tribunal Federal, com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 187/DF), com o intuito de dar interpretação conforme a Constituição ao art. 287 do código penal, e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI

---

<sup>38</sup> No Distrito Federal, além dos artigos citados, chegou-se ao absurdo de visualizar no movimento a prática da conduta prevista no art. 288 do código penal.

<sup>39</sup> Art. 33 (...) §2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:  
Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

4.274/DF), na tentativa de dar a mesma interpretação ao art. 33, §2º, da Lei 11.343/06.

A ADPF 187 foi apreciada pelo pleno do STF em 15 de junho de 2011 e, por unanimidade, o pedido da PGR, que pugnava pela exclusão qualquer exegese que ensejasse a punição da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive por meio de manifestações e eventos públicos, foi integralmente acolhido.

Em seu requerimento, a PGR ressaltou o inequívoco interesse social no debate público sobre a (des)criminalização das drogas. Contudo, salientou que a ação não tinha o intuito de questionar a política nacional de combate às drogas adotada pelo legislador brasileiro, e sim enfatizar o perigo das interpretações dadas ao art. 287, que geraram indevidas restrições aos direitos fundamentais à liberdade de expressão (art. 5º, incisos IV e IX, e 220, CF) e de reunião (art. 5º, inciso XVI, CF), pois a censura judicial imposta contra manifestações em favor da legalização da maconha foi validada por diversas decisões, impedindo sua ocorrência, no ano de 2008, em várias partes do país (Belo Horizonte, Brasília, Cuiabá, Curitiba, Fortaleza, João Pessoa, Rio de Janeiro, Salvador e São Paulo). Em 2009, as proibições ocorreram nas cidades de Americana (SP), Curitiba, Fortaleza, Goiânia, Juiz de Fora (MG), João Pessoa, Salvador e São Paulo. As decisões, em geral, basearam-se na equivocada premissa de que, em razão da comercialização e o uso da maconha serem ilícitos penais, defender publicamente a sua legalização equivaleria a fazer apologia das drogas, estimulando o seu

consumo.

Em seu voto, o relator da ADPF, Ministro Celso de Mello, defendeu que a liberdade de expressão protege, ao mesmo tempo, os direitos dos que pretendem manifestar suas opiniões ou sentimentos, bem como os do público em geral. Assim, restringir qualquer exposição de ideias viola a liberdade daqueles que são impedidos de exprimi-las, além dos direitos dos integrantes do público, que são privados do contato com pontos de vista que poderiam ser importantes para que formassem livremente as suas próprias opiniões. Uma ideia fundamental, subjacente à liberdade de expressão, entende o Ministro, é a de que o Estado não pode decidir pelos indivíduos o que cada um pode ou não pode ouvir, daí por que o fato de uma ideia ser considerada errada ou mesmo perniciososa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida.

Destarte, para ele, a liberdade de expressão não protege apenas as ideias aceitas pela maioria, mas também – e sobretudo – aquelas tidas como absurdas e até perigosas, tratando-se, em suma, de um instituto contramajoritário, que garante o direito daqueles que defendem posições minoritárias, que desagradam ao governo ou contrariam os valores hegemônicos da sociedade, de expressarem suas visões alternativas. O Estado brasileiro adota, claramente, uma determinada política que envolve a proibição e a criminalização das drogas, e esta não pode estar imune à crítica pública, essencial para o funcionamento das sociedades democráticas. Desse modo, o debate sobre temas políticos, como a legalização das drogas, representa o núcleo

essencial da liberdade de expressão, e é contra ele que atenta a exegese do art. 287 do Código Penal que fora impugnada.

No caso em análise, ocorreu a violação tanto da liberdade de expressão quanto da liberdade de reunião que, nesse contexto, de acordo com o relator, é o meio vocacionado ao exercício do direito à livre expressão das ideias, configurando um precioso instrumento de concretização da liberdade de manifestação do pensamento, nela incluído o insuprimível direito de protestar. Desse modo, o direito de reunião, enquanto direito-meio, atua em sua condição de instrumento viabilizador do exercício da liberdade de expressão.

Na realidade, afirma Celso de Mello, decisões sobre casos como o da “marcha da maconha” revelam o caráter eminente da liberdade de reunião, destacando-lhe o sentido de instrumentalidade de que ele se reveste, ao mesmo tempo em que enfatizam a íntima conexão que existe entre essa liberdade jurídica e o direito fundamental à livre manifestação do pensamento, qualificando-se, por isso mesmo, sob tal perspectiva, como elemento apto a propiciar a ativa participação da sociedade civil, mediante exposição de ideias, opiniões, propostas, críticas e reivindicações, no processo de tomada de decisões em curso nas instâncias de Governo.

É por isso, prossegue o ministro, que o STF tem a nítida percepção de que há, entre as liberdades clássicas de reunião e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito de participação dos cidadãos na vida política do Estado, de outro, um claro vínculo relacional, de tal modo



que passam eles a compor um núcleo complexo e indissociável de liberdades e de prerrogativas político-jurídicas, o que significa que o desrespeito ao direito de reunião, por parte do Estado e de seus agentes, traduz, na concreção desse gesto de arbítrio, inquestionável transgressão às demais liberdades cujo exercício possa supor, para realizar-se, a incolumidade do direito de reunião, tal como sucede quando autoridades públicas impedem que os cidadãos manifestem, pacificamente, sem armas, em passeatas, marchas ou encontros realizados em espaços públicos, as suas ideias e a sua pessoal visão de mundo, para, desse modo, propor soluções, expressar o seu pensamento, exercer o direito de petição e, mediante atos de proselitismo, conquistar novos adeptos e seguidores para a causa que defendem.

O Ministro Luiz Fux, em sua fala, enfatizou que a realização de manifestações ou eventos públicos nos quais seja emitida opinião favorável à descriminalização do uso de entorpecentes – ou mesmo de qualquer outra conduta – não pode ser considerada, por si mesma, como apologia ao crime, por duas razões: 1) se ocorre uma manifestação em que se defende o fim da proibição legal de uma determinada prática, quer-se que ela passe a ser considerada legalmente admissível, deixando de ser crime. Em outras palavras, não se exalta a prática de um crime – louva-se o entendimento de que a prática não deveria ser considerada um crime; 2) a proteção constitucional da liberdade de expressão garante a livre emissão de opinião, inclusive quanto à descriminalização de condutas.

Fux também indagou quais as consequências da

repressão ao debate da descriminalização da maconha e de outras drogas. A primeira delas seria a clandestinidade das discussões, pois, sendo reprimidas, ficariam subterrâneas, estimulando-se a formulação de juízos parciais e míopes, com elevado risco do surgimento de visões maniqueístas de ambos os lados. Ratifica ele que, para o *establishment*, o consumo de entorpecentes se associa ao desvio, à marginalidade; para os excluídos do debate, o consumo da droga se transforma em ilusório instrumento de libertação. Entre um e outro, a hipocrisia de uma sociedade que finge não enxergar que o consumo de entorpecentes se dá nas cracolândias, mas também nas mansões à beira-mar. Dessa forma, o Ministro encerra ponderando que a questão precisa ser profunda e permanentemente debatida.

Na ADI 4.274/DF, julgada procedente pelo pleno do STF em 23 de novembro de 2011, os ministros, essencialmente, reiteraram os argumentos trazidos na ADPF 187, demovendo, na oportunidade, a interpretação na qual a “marcha da maconha” se amoldaria ao art. 33, §2º, da Lei 11.343/06.

Porém, o Ministro Gilmar Mendes, ausente no julgamento da ADPF, suscitou um relevante debate sobre o alcance da liberdade de expressão no entendimento da corte, partindo de algumas premissas colocadas no caso Ellwanger. Não pareceu ao Ministro que se pudesse extrair do texto constitucional a permissão para toda e qualquer reunião. No caso mencionado, que envolvia a prática de racismo, indagou Mendes que se se traduzisse a liberdade de expressão, objeto daquele debate, para o campo da liberdade de reunião, difundir aquelas ideias ou atacar gru-

pos numa praça pública seria aceito? Ou, então, prosseguiu o Ministro, se houvesse uma reunião com o objetivo de descriminalizar a pedofilia<sup>40</sup>? Fazia-se necessário, em sua visão, manter a coerência com o posicionamento da corte no caso Ellwanger.

O relator da ADI, Ministro Ayres Britto, esclareceu que não se poderia permitir tal reunião se ela tivesse proposta beligerante, de incitação, instigação ou auxílio. Na mesma linha, e tratando do caso específico da pedofilia, o Ministro Ricardo Lewandowski acrescentou que atentar-se-ia contra a própria paz social, porque a pedofilia é uma violência contra a pessoa, e a discussão sobre a “marcha da maconha” está no extremo oposto do espectro da manifestação de pensamento.

---

<sup>40</sup> Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum crime com o *nomen juris* “pedofilia”. Dessa forma, é tecnicamente incorreto afirmar que pedofilia é crime, como se nota em campanhas contra o abuso sexual de crianças e adolescentes. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua Classificação Internacional de Doenças (CID-10), no item F65.4, a pedofilia é conceituada como “preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou não”. Trazendo esta compreensão para o direito penal, podemos dizer que a pedofilia (e sua necessária exteriorização) pode recair em infrações penais sexuais, envolvendo criança ou adolescente, a exemplo do delito de estupro de vulnerável, previsto no art. 271-A, do código penal, e dos crimes dispostos nos arts. 240 a 241-D, do Estatuto da Criança e do Adolescente, onde se reprime situações que envolvam criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, como fotografias, filmagens, etc, vulgarmente chamada de “pornografia infantil”.

O Ministro Celso de Mello, por sua vez, salientou que correntes minoritárias não seriam impedidas de reunir-se publicamente e de modo pacífico, para propor medidas não-penais, no caso da pedofilia. Nada impediria que tais aglomerados expressassem, de forma aberta, seus pensamentos, que podem ser totalmente conflitantes com o pensamento da maioria, mas que constituem a expressão de suas convicções e podem circular no espaço público assegurado a todos pelo modelo democrático que rege e conforma a própria organização institucional do Estado brasileiro. Numa comunidade estatal concreta, regida pelo princípio democrático, reforça o Ministro que ideias não podem ser temidas, muito menos reprimidas, sob o falso argumento de que hostilizam padrões morais ou culturais hegemônicos consolidados no âmbito de uma determinada formação social, sendo certo que ideias devem ser combatidas com ideias, e não sufocadas pelo exercício opressivo do poder estatal ou pela intolerância de grupos hegemônicos, partidários de uma concepção de mundo dominante na estrutura social.

Celso de Mello ainda assinala que quaisquer pessoas ou grupos de pessoas poderão e terão o direito de exprimir, em espaços públicos, novas ideias e novas propostas, não se podendo impedir, previamente, a sua livre circulação, sob pena de se estabelecer uma situação de domínio institucional, por parte do Estado, sobre o pensamento dos cidadãos, notadamente sobre o pensamento crítico. Além disso, os *hard cases*, quando apreciados, devem ser julgados em face dos princípios e valores que informam a ordem constitucional, não significando que o processo de

interpretação constitucional possa deformar o significado das grandes prerrogativas que a própria Constituição estabeleceu em favor das pessoas em geral, subvertendo, desse modo, vetores hermenêuticos e valores fundamentais consagrados na ordem constitucional, mediante inaceitáveis manipulações interpretativas que só fazem revelar o propósito de impor indevida submissão da autoridade hierárquico-normativa da Lei Fundamental do Estado à conveniência de grupos majoritários.

Se isso se tornasse possível, finaliza o Ministro, estaria absurdamente validando a supressão do discurso crítico e do pensamento livre. Contudo, a proteção jurisdicional das liberdades fundamentais de reunião e de manifestação do pensamento não significa, contudo, autorização para que práticas criminosas sejam cometidas.

Por fim, convém trazer o posicionamento do presidente do STF à época, Ministro Cezar Peluso, no sentido de que seria impossível sustentar a liberdade de reunião para efeito de manifestação de pensamento, quando a discriminação da conduta signifique uma autorização ou uma legitimação automática para prática de atos ofensivos a direitos fundamentais e a condições básicas de convivência ética e democrática, cujo exemplo extremo, que demonstra bem os limites a que a discussão pode chegar, seria garantir a liberdade de discutir e opinar favoravelmente à discriminação do homicídio.

Então, para ele, existiria no tema uma relatividade, que é sempre teórica, posto que não seria possível traçar em abstrato todos os limites dessa liberdade, devendo examinar-se caso por caso e apurar se a discutibilidade da ques-

tão da discriminação não vai resultar numa outorga ou numa proposta de outorga de legitimidade a certos atos que repugnariam à consciência democrática e coletiva e ao próprio sistema jurídico-constitucional de um país civilizado. Em relação à “marcha da maconha”, o Ministro entende que a manifestação do movimento não implica numa autorização para a prática de atos capazes de vulnerar direitos fundamentais e direitos individuais, e muito menos atentar contra a estruturação da sociedade e da convivência ética democrática.

As ideias apresentadas pelos ministros, de forma geral, tanto na ADPF quanto na ADI, se fundaram em pressupostos teóricos já delineados no primeiro capítulo, principalmente no que tange à preocupação com a opressão da maioria sobre os interesses de grupos minoritários, como pode ser visto no pensamento de Tocqueville (2005), Mill (2006)<sup>41</sup> e Barendt (2007). Apesar da densidade dos debates, notamos, em determinados trechos, que certas discussões ainda são encaradas como verdadeiros tabus.

Na ADI, por exemplo, no momento em que o Ministro Gilmar Mendes questionou a legitimidade de uma reunião para discutir a descriminalização da pedofilia, o Ministro Fux afirmou o seguinte: “Eu não posso crer que, em nome da liberdade de manifestação do pensamento, se admitisse

---

<sup>41</sup> O autor é, inclusive, citado na ADPF 187. Contudo, o ponto de referência da ideia de Mill aqui discutido não é inerente à liberdade de expressão como meio para a obtenção da verdade. A questão, no momento, fica adstrita ao direito de manifestação das minorias no espaço democrático.

uma reunião para discutir, eventualmente, a descriminalização da pedofilia sob o ângulo da razoabilidade e da proporcionalidade”. Mais à frente, o Ministro destacou a importância de não se entregar uma “uma carta de alforria que permita reuniões que extravasem, como disse o Ministro Lewandowski, os conceitos de ordem pública, de moral e de bons costumes”. Sobre esta questão, expõe Vianna (2012):

(...) seria lícito fazer uma passeata pela descriminalização do homicídio ou do sexo com crianças? Claro que sim! Não deve haver tabus no Estado Democrático de Direito e, se alguém for suficientemente desvairado para propor manifestações neste sentido, tem todo direito de fazê-lo, ainda que seja pouco provável que consiga reunir meia dúzia de adeptos para a causa. Se a manifestação, porém, conseguir agrupar um número considerável de pessoas lutando pela causa é no mínimo razoável que – longe de tentar calá-los – se ouçam seus argumentos para que sejam incorporados à legislação ou simplesmente refutados no ambiente saudável da discussão de ideias. É esta tolerância às opiniões alheias divergentes das nossas que nos distingue das ditaduras.

Assim, e em contraposição às falas dos Ministros Fux e Lewandowski, acreditamos ser mais acertada a linha argumentativa desenvolvida pelo Ministro Celso de Mello, onde a proteção da liberdade de expressão deve abranger a manifestação das mais variadas formas de pensamento, respeitando certos limites, como a não instigação da prática de atos violentos. Impor limitações com base na ordem

pública, na moral e nos bons costumes<sup>42</sup> traz consigo o problema de delimitar o conteúdo e a abrangência de cada de fatores altamente subjetivos, configurando, para Leal (2008), “entraves sgnicos da compreensão (interpretação) do discurso democrático”.

Apesar do impacto positivo das decisões, Martins (2013, p. 282) direciona sua crítica pelo fato de elas caracterizarem verdadeira produção legislativa do Poder Judiciário, o que se agrava em função de seu efeito vinculante, integrando o ordenamento jurídico infraconstitucional com força de lei. O autor acredita que o ativismo do STF (ou decisionismo, para os mais críticos) tem servido para “suscitar debates sociopolíticos relevantes, que deveriam, no entanto, ter eclodido bem antes nas instâncias da democracia representativa e sua complementação deliberativa”. Salienta, ainda, que em uma democracia madura, as decisões, embora significativas, não passariam de uma obviedade.

Ademais, entende o constitucionalista ser questionável,

---

<sup>42</sup> O art. 21 da Constituição italiana, ao falar da liberdade de expressão, estabelece como limite o “bom costume”: “Todos têm o direito de manifestar livremente o próprio pensamento, mediante forma oral, escrita ou qualquer outro meio de difusão. (...) São proibidas as publicações impressas, os espetáculos e todas as demais manifestações contrárias ao bom costume”. No original: “Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume”. Sobre a relação do art. 21 com o direito penal, ver Fiore (1972).



no caso da ADPF 187, “a adequação procedimental da via escolhida, pois a ADPF é instrumento do controle *abstracto* de normas pré-constitucionais”. Além disso, para ele, o STF “se valeu equivocadamente da interpretação conforme a Constituição como técnica de modulação dos efeitos da coisa julgada”.

Além das discussões inerentes aos aspectos constitucionais, no âmbito penal, repisamos: a incongruência entre o que prevê o art. 287 do código penal e o art. 33, §2º da Lei de Drogas com as intenções da “marcha da maconha” é patente. Compreender como criminoso o debate sobre as políticas públicas relativas às drogas e a descriminalização do porte para uso, com a utilização de cartazes, hinos e demais manifestações, só é compreensível num ambiente onde se assuma uma postura claramente antidemocrática.

As diversas decisões que proibiram a ocorrência do evento davam como certa a extrapolação do direito à livre manifestação de pensamento, desembocando, por conseguinte, na prática dos crimes mencionados. Ou seja, os atos decisórios que legitimaram o atentado aos direitos fundamentais tiveram como fundamento justificativas probabilísticas. Em vez de impedir a realização da “marcha da maconha”, o Poder Judiciário, regido pelo princípio da inércia, deveria aplicar os dispositivos citados unicamente àqueles que, de fato, praticassem as condutas previstas na legislação repressiva, após a ocorrência do evento. Questão óbvia, porém ignorada.

Acrescenta-se, ademais, que os magistrados distorceram concepções da própria dogmática penal, uma vez que no delito de apologia, conforme entendimento cediço na

doutrina<sup>43</sup>, há a exaltação sugestiva de um fato criminoso já ocorrido<sup>44</sup>, e não de um evento futuro. Assim, observamos que os representantes do Poder Judiciário agiram co-

---

<sup>43</sup> Em sentido contrário, aduz Hungria (1958, pp. 172-173): “Em se tratando de apologia de ‘fato criminoso’ (que outra coisa não quer dizer senão *crime*, como deixa claro, aliás, a rubrica lateral do artigo), pouco importa que o mesmo seja considerado *in concreto* ou *in abstracto*, como episódio já ocorrido ou acontecimento futuro. A lei não distingue, nem podia distinguir. O alarma coletivo tanto pode ser provocado pela possibilidade de que o crime seja repetido por outrem, quanto, como é óbvio, pela possibilidade de que alguém tenha a iniciativa de praticá-lo. Dizer-se, por outro lado, que só há falar em ‘fato criminoso’ e ‘autor de crime’ depois de sentença condenatória transitada em julgado, é confundir *forma* com *substância*. Ninguém poderá deixar de reconhecer ‘fato criminoso’ em qualquer fato que corresponda a um tipo de crime, ainda que a seu respeito não tenha sido, sequer, aberto inquérito policial. falar de que há uma corrente que entende não ser crime”. Porém, Hungria (1958, p. 172) também apresenta hipóteses onde não se verifica a apologia ao crime, o que se aplica à “marcha da maconha”: “Não se pode identificar apologia numa crítica honesta e serena, ainda que ousada, dirigida, por exemplo, contra a suposta ilegitimidade de um preceito incriminador ou contra uma sentença condenatória. Não se deve, outrossim, destacar e isolar uma frase cuja ênfase ou veemência pode estar temperada ou atenuada por considerações antecedentes ou subsequentes (*sic*). É preciso que o discurso ou escrito seja apreciado no seu complexo, sob pena de se incorrer em êrro (*sic*) ou precipitação de juízo”.

<sup>44</sup> Ainda que os manifestantes exaltassem a prática de fatos criminosos pretéritos relacionados à Lei de Drogas, o que configuraria, em tese, o crime de apologia, os magistrados deveriam, ressaltar-se, esperar o acontecimento dos fatos, e não proibir as marchas por acreditarem na possibilidade de sua ocorrência.

mo autênticos censores, se valendo do poder punitivo para controlar o teor das manifestações. Caso um candidato ou partido político incluísse em sua plataforma ou programa de governo a descriminalização de uma conduta delituo-  
sa<sup>45</sup>, restaria configurada, na visão destes juízes, a apologia ao crime? A escolha foi seletiva, tal como o direito penal? Seria mais republicano, então, por parte da classe, realizar outra manifestação para expor as razões contrárias às intenções da “marcha da maconha”, e não se utilizar de prerrogativas para fazê-lo de forma arbitrária.

Nessa senda, as posturas que buscaram amparo na legislação penal para justificar graves restrições à liberdade de expressão e limitar os discursos anti-proibicionistas não mais lograram êxito. Além da garantia à livre discussão sobre a questão das drogas assegurada por meio das decisões emanadas pelo STF, o debate em si vem avançando. A corte analisa, no RE 635659, a tipicidade do porte de droga para uso pessoal, questionando, por via de consequência, a crença na eficiência do direito penal como instrumento para salvaguardar as liberdades individuais.

---

<sup>45</sup> Questionamento feito pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCCRIM), na condição de *amicus curiae*, na ADPF 187/DF.

#### 4. Referências

BARENDDT, Eric. *Freedom of speech*. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2007.

BARRETO, Daniela Lima. *Direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca de reconhecimento por meio do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Democracia, liberdade de expressão, dissenso, "Marcha da Maconha" e limites constitucionais à interpretação do art. 287 do CP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 91, p. 489-530, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOYLE, Kevin. Hate Speech – The United States versus the rest of the world? *Maine Law Review*, v. 53:2, p. 488-502, 2001.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano. *Revista de Direito Público*, n. 15, 2007.

BUTLER, Judith. *Excitable speech: a politics of the performative*. Nova York: Routledge, 1997.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº 82.424-2. In: *Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da constituição*

ção. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

CAVALCANTE SEGUNDO, Antônio de Holanda. *Uma questão de opinião? Liberdade de expressão e seu âmbito protetivo: da livre manifestação do pensamento ao hate speech*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CHEREMINSKY, Erwin. Rethinking state action. *Northwestern University Law Review*. v. 80, n. 3, p. 503-557, 1985.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

IORE, Carlo. *I reati di opinione*. Padova: Cedam, 1972.

HABERMAS, Jürgen. Religious Tolerance – The Pacemaker for Cultural Rights. *Royal Institute of Philosophy*, n.79, 2004.

HOFMANN, Rainer. Incitement to National and Racial Hatred: The Legal Situation in Germany. In: *Striking a balance: hate speech, freedom of expression and non-discrimination*. ARTICLE 19, London and Human Rights Centre, University of Essex, p. 159-170, 1992.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares, 1993.

KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2. ed. Durham e Londres: Duke University Press, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na constitucionalidade brasi-*

*leira*: significados equívocos e interpretação do Direito. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC, 2008.

MARTINS, Leonardo. ADPF 187/DF: “marcha da maconha”. STF e direitos fundamentais: diálogos contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2013.

MATSUDA, Mari J., LAWRENCE III, Charles R., DELGADO, Richard; CRENSHAW, Kimberlé Williams. *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech and the First Amendment*. Boulder, Colorado: Westview Press Inc., 1993.

MEIKLEJOHN, Alexander. The first amendment is an absolute. *The Supreme Court Review*. Illinois: The University of Chicago Press, 1961.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

OBERNDÖRFER, Dieter. Germany’s ‘Militant Democracy’: An Attempt to Fight Incitement Against Democracy and Freedom of Speech Through Constitutional Provisions: History and Overall Record. *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy*. Haia: Kluwer Law International, 2000.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PAYANDEH, Mehrdad. The Limits of Freedom of Expression in the Wunsiedel Decision of the German Federal Constitutional Court. *German Law Journal*, v. 11, p. 929-942, ago. 2010.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não-reconhecidos*. Tese (Doutorado em Direito). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2013.

POPPER, Karl R. *A sociedade aberta e seus inimigos*. v. 1. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia; São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1974.

POTIGUAR, Alex Lobato. *Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência*. Tese (Doutorado em Direito). Brasília: Universidade de Brasília, 2015.

PRATES, Francisco de Castilho. *As fronteiras da liberdade de expressão no estado democrático de direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam*. Tese (Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE JÚNIOR, Miguel. Anti-semitismo é racismo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 43, v. 11, p. 323-348, 2003.

RIVERA, Julio César. *La Libertad de Expresión y las Expresiones de Ódio*. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

ROSENFELD, Michel. Hate speech in constitutional jurisprudence: a comparative analysis. *Cardozo Law Review*, n. 24, 2002-2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Madrid: Civitas, 1997.

SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. 2009. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2016.

SCHAUER, Frederick. *The Exceptional First Amendment*. *KSG Working Paper*, n. RWP05-021, 2015.

SHIRAKI, Ariella Toyama. *A Configuração do Ílicito Penal na Jurisprudência do STF: Muito Além da Mera Subsunção? O Julgamento do “Caso Ellwanger” (HC 82.424-2-RS)*. *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito – Os Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SMOLLA, Rodney A. *Free Speech in an open society*. New York: Vintage, 1992.

STONE, Geoffrey R. *Restriction of speech because of its content: the peculiar case of subject-matter restrictions*. *University of Chicago Law Review*, nº 46, p. 81, 1978.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes – de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Trad. Eduardo Brandão. v. 1. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VEGA, Dulce María Santana. *Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente*. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales (coords.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.



VIANNA, Túlio Lima. O crime de apologia como instrumento de censura. 2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-crime-de-apologia-como-instrumento-de-censura>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Este livro foi composto  
em Times New Roman  
pela Editora da Universidade  
Federal do Amapá

editora  
da UNIVERSIDADE  
FEDERAL DO AMAPÁ

