



constituição,  
política &  
instituições



# LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA

CASO PARA DEBATE EM AULA DE DIREITO CONSTITUCIONAL

## ELABORAÇÃO

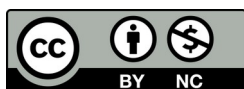
ANA LAURA PEREIRA BARBOSA  
MARCELA CALIXTO

## SUPERVISÃO

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

SÃO PAULO  
2023

Para informações sobre o uso deste material didático, visite: [e.usp.br/n7q](http://e.usp.br/n7q) ou use o código QR abaixo:



**Este trabalho está licenciado sob a Licença Atribuição-Não Comercial 4.0 Internacional Creative Commons**

Para visualizar uma cópia desta licença, visite [http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt\\_BR](http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt_BR)

## CASO

Um programa de grande alcance, veiculado pela internet em um canal com milhões de seguidores, recebeu dois convidados para um debate sobre política e participação popular. No debate, o seguinte diálogo foi travado:

**Participante A:** A esquerda teve mais sucesso em se colocar como dona das virtudes, que defende minorias, em comparação com a direita. Isso, claro, se fosse possível estabelecer essa dicotomia.

**Participante B:** A diferença de direita e esquerda está nas preocupações. A esquerda preocupa-se com igualdade, e a direita, mais com liberdades. É nisso que nos diferenciamos. Ressalte-se que também existem regimes autoritários de direita e de esquerda. O stalinismo está para a esquerda assim como o nazismo está para a direita.

**Apresentador:** O nazismo não é de direita, é nada. É errado, do demônio.

**Participante A:** Mas há muito mais gente que defende o partido comunista do que nazismo e fascismo. É mais socialmente aceitável. Existe um partido nazista organizado?

**Participante B:** Não existe, porque não é permitido. Dissemina o antissemitismo.

**Participante A:** Por outro lado, existe um partido comunista formalizado, com espaço na imprensa e no parlamento.

**Participante B:** Porque é um partido democrático.

**Apresentador:** A extrema esquerda tem mais espaço atualmente do que a extrema direita. Eu acho que o deveria ter um partido nazista reconhecido pela lei.

**Participante B:** Não, a liberdade de um acaba quando fere a liberdade do outro.

**Apresentador:** As pessoas não podem, por direito, ser idiotas?

**Participante B:** O nazismo combate a população judaica, colocando-a em risco.

**Apresentador:** De que forma? Não se esses defensores são uma minoria. Se você banir os preconceituosos de estarem no público, eles vão proliferar no subsolo.

**Participante B:** Por que criminalizamos o racismo? Porque faz a pessoa pensar antes de cometê-lo.

**Apresentador:** Eu acho que temos que liberar tudo e se alguém quiser ser um antissemita, ele tem direito.

**Participante B:** Judaísmo não é um sistema de ideais, é uma identidade. Está questionando a existência de um indivíduo.

**Apresentador:** Questionar é sempre válido, desde que você não fira ninguém. Expressar não significa nada. Não importa o que você expressa se você não tiver poder.

Diante das declarações acima, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o apresentador do programa, afirmando que seu discurso configuraria o crime de incitação ao preconceito de raça por intermédio de meios de comunicação social, tipificado no art. 20, § 2º da lei 7.716/1989. No juízo de primeiro grau, a sentença julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o réu a cinco anos de reclusão e cem dias-multa, fixados no valor de meio salário mínimo. Por não estarem presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena não pode ser substituída por pena restritiva de direitos.

Contra essa decisão, o apresentador interpôs recurso de apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo

## VOTO – DESEMBARGADORA A – RELATORA

Trata-se de recurso de apelação em ação penal instaurada em face de apresentador, pela suposta prática do crime de incitação ao preconceito de raça, tipificado no art. 20 da lei 7.716/1989.

Segundo a denúncia, no dia 7 de fevereiro de 2022, o apresentador teria realizado um discurso, em um debate sobre limites da liberdade de expressão no *podcast* que comanda, no qual proferiu as seguintes frases: “Eu acho que o nazista deveria ter um partido nazista reconhecido pela lei.”; e “se o cara quiser ser um antissemita, ele tem o direito.”

A sentença julgou procedente a pretensão punitiva estatal e condenou o réu a cinco anos de reclusão, e cem dias-multa, fixados no valor de meio salário mínimo. Por não estarem presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, a pena não pode ser substituída por pena restritiva de direitos. A sentença foi questionada pelo apresentador em recurso de apelação.

O apelante, em suas razões recursais, alega que sua conduta é protegida pela liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IV e IX, da Constituição. Por essa razão, configuraria uma conduta atípica, isto, é, não se enquadraria no crime de incitação ao racismo (não está em debate aqui se antissemitismo pode ou não ser considerado um tipo de racismo; essa possibilidade é aqui pressuposta, com apoio na jurisprudência do STF<sup>1</sup>).

É o relatório.

Entendo que o juiz de primeiro grau acertou em sua decisão.

Antes de iniciar a descrição das razões que me levam a concluir nesse sentido, contudo, é necessário explicitar alguns pressupostos. Em primeiro lugar, o nazismo é uma variante do fascismo, com a especificidade de ter como um de seus pilares o antissemitismo, que prega a perseguição e o extermínio de judeus. Por pregar a inferioridade e extermínio de um grupo da população, qualquer afirmação com conteúdo antissemita equivale a um discurso de ódio que não é protegido pela liberdade de expressão garantida pela Constituição.

O segundo pressuposto é o de que nazismo e comunismo são muito diferentes entre si, em diversos aspectos. Se é verdade que ambos compartilham do objetivo de destruir a democracia representativa e parlamentar, o nazismo é necessariamente antissemita e, portanto, racista, o comunismo não possui esse caráter. Embora seja verdade que alguns regimes de inspiração comunista, como o stalinismo, praticaram perseguições e extermínios de grupos divergentes, essa característica pode ser considerada um desvio, não uma característica inerente ao comunismo. Já o antissemitismo é inerente ao nazismo.

O terceiro e último pressuposto é o de que o art. 17 da Constituição é explícito em afirmar que a criação de partidos é livre, desde que resguardados “a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”. A ideologia nazista é incompatível com o regime democrático e com a proteção dos direitos fundamentais, tanto por seu aspecto totalitário quanto porque é fundado em uma ideologia racista, que prega o

1 Cf. HC 82424 (2003), que será discutido adiante.

extermínio de um grupo da população. Portanto, a possibilidade ou não de criação de um partido nazista no atual sistema constitucional brasileiro não está em discussão neste caso. Partidos nazistas são proibidos.

Esses três pressupostos são importantes para que fique claro o que está e o que não está em discussão neste julgamento. A resolução do presente caso depende da resposta a uma única pergunta: o discurso do apresentador teria ultrapassado os limites da liberdade de expressão? Para isso, é necessário retomar os fundamentos da proteção da liberdade de expressão e identificar em quais circunstâncias um discurso é protegido pela liberdade de expressão.

A liberdade de expressão pode desempenhar diferentes funções em uma democracia constitucional. A garantia da liberdade de expressão seria relevante, em primeiro lugar, como meio de fomentar o desenvolvimento e circulação de ideias e, conseqüentemente, para a prevalência da verdade. Mesmo que uma opinião seja errada, sua circulação seria relevante para que fosse refutada.

A segunda função da proteção da liberdade de expressão seria a noção de que censurar o que os indivíduos falam, escrevem ou consomem inibiria o desenvolvimento de sua personalidade. Essa é uma função predominantemente individual da liberdade de expressão, ligada à proteção da autonomia dos indivíduos para decidir como viver suas vidas.

A terceira função está ligada à efetividade do regime democrático. Para o adequado funcionamento da democracia, todos os membros da comunidade política, que elegem os representantes, precisam estar cientes do debate público e dele participar. Isso, por sua vez, depende da proteção de seu discurso. Essa formulação admitiria a limitação do discurso que atentasse contra as próprias bases da democracia.

Por fim, a quarta função para a garantia de uma plena liberdade de expressão baseia-se no pressuposto de que seria difícil, às vezes impossível, estabelecer uma linha divisória entre manifestações aceitáveis e não aceitáveis. Essa insegurança poderia levar a um arrefecimento do debate público, porque os indivíduos nunca teriam certeza se podem ou devem manifestar o seu pensamento. Para evitar essa consequência, seria mais adequado garantir uma plena liberdade.<sup>2</sup>

Essas distintas funções da garantia da liberdade de expressão deixa claro que sua proteção não interessa apenas ao indivíduo que deseja manifestar seu pensamento, mas também a seus interlocutores, à sociedade em geral e à própria manutenção de um regime democrático baseado no pluralismo de ideias.

Por isso, ainda que a liberdade de expressão tenha grande importância como direito fundamental individual, os limites de sua proteção devem ser definidos tendo em vista um contexto mais amplo, que inclui os outros direitos fundamentais previstos pela Constituição e também a manutenção de uma democracia constitucional.

Nesse sentido, no Brasil, a liberdade de expressão está prevista, em sua formulação genérica, no art. 5º, IV, da Constituição, segundo o qual “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. O inciso IX prevê, com mais especificidade, a liberdade na comunicação, ao

2 A ideia de que a liberdade de expressão cumpre diferentes funções e de que, portanto, haveria diferentes razões para protegê-la, é bastante difundida. Para um bom resumo desse debate, cf. Eric Barendt, *Freedom of speech*, 2. ed., Oxford: Oxford University Press, 2007.

estabelecer que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. A Constituição, portanto, protege o pensamento e sua exteriorização, no exercício das liberdades de comunicação, de religião, e de expressão intelectual e artística.

Contudo, esse direito não é absoluto, pois seu exercício deve ser compatibilizado com direitos fundamentais igualmente assegurados pela Constituição. Para o presente caso, é relevante mencionar o inciso XLI do art. 5º, segundo o qual “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Esse é um limite à liberdade de expressão: todos possuem liberdade para formar convicções e externá-las em público, mas isso não autoriza os indivíduos a discriminar outros indivíduos. Esses limites podem ser atrelados justamente à noção substantiva de democracia, que trata os indivíduos com igual respeito e consideração.

A dificuldade, contudo, é estabelecer essa linha divisória: quando determinado discurso deixa de ser exercício da liberdade de expressão e se torna um discurso discriminatório e, como tal, vedado pela Constituição?

Adilson Moreira afirma que atos discriminatórios são tradicionalmente identificados a partir de quatro etapas: intenção, comparação, desvantagem e estigma. Para que uma conduta seja considerada discriminatória, deve ter a intenção de impor tratamento desvantajoso a outro, utilizando como critério uma comparação arbitrária entre indivíduos a partir de determinado traço. Esse tratamento desvantajoso e arbitrário deve ser legitimado por “estereótipos culturais, representações criadas por grupos majoritários, segmentos que têm o poder simbólico e político para construir e difundir sentidos culturais”. Atos discriminatórios demandam, portanto, a existência de dolo e o pressuposto de vedar o acesso de alguém às oportunidades de forma injusta, em razão de uma característica constitutiva e arbitrária, que não tem relação com a atividade desempenhada.<sup>3</sup>

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial,<sup>4</sup> em seu art. 1º, define discriminação racial como:

qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.

Várias leis procuram dar concretude à vedação constitucional à discriminação, seja criminalizando condutas discriminatórias, seja prestigiando a igualdade. É o caso do art. 20 da lei

3 Adilson Moreira, *Tratado de direito antidiscriminatório*, São Paulo: Contracorrente, 2020, epub, p. 388.

4 É verdade que essa convenção não foi ratificada a partir do procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição. De acordo com esse dispositivo, tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos membros das duas casas legislativas, teriam status de emenda constitucional. Por isso, esse tratado tem status supralegal, isto é, abaixo da Constituição, mas acima da lei. O status supralegal de tratados internacionais é reconhecido pela jurisprudência do STF. A primeira vez que o STF se debruçou sobre o tema foi em sede do Recurso Extraordinário nº 349.703, do STF. Na ocasião, a maioria dos ministros entendeu que tratados de direitos humanos que não passassem pelo procedimento do art. 5º, § 3º deveriam ter status supralegal: acima das leis ordinárias e complementares, mas abaixo da Constituição. Como tal, contudo, a Convenção pode ser utilizada para orientar a interpretação do conceito de discriminação estabelecido em lei.

7.716/1989, discutido nessa ação, que tipifica o crime de incitação ao racismo. O crime é definido como:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

[...]

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

No presente caso, o apresentador teria proferido, em meio a uma transmissão de *podcast* com milhares de seguidores, as frases “eu acho que o nazista deveria ter um partido nazista reconhecido pela lei”; e “eu acho que temos que liberar tudo e se alguém quiser ser um antissemita, ele tem direito”.

Em minha compreensão, essas frases induzem a discriminação ou preconceito de raça. Ao defender que os indivíduos teriam um “direito de ser antissemita”, o apresentador afirma que grupos podem defender, legitimamente, a ideia de domínio de uma raça sobre a outra e políticas de tratamento arbitrário e injusto de indivíduos pelo simples fato de serem judeus.

Os limites da liberdade de expressão e a apologia ao racismo foram enfrentados pelo STF no julgamento do HC 82.424, conhecido como *Caso Ellwanger*. Ellwanger era escritor e sócio de uma editora e distribuía e vendia obras antissemitas de sua autoria, como, por exemplo, *Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*, bem como outros livros de teor antissemita de autores estrangeiros e nacionais. O STF foi chamado a responder se antissemitismo poderia ser considerado racismo. Se considerado racismo, o crime seria imprescritível, por força do art. 5º, XLII, CF.

A maioria dos ministros entendeu que antissemitismo é um tipo de racismo, porque “opõe, em sua filosofia, duas raças, uma tida por superior à outra”. Trata-se do conceito de racismo social. O racismo, segundo a decisão, consistiria em:

valorização negativa de certo grupo humano, tendo como substrato características socialmente semelhantes, de modo a configurar uma raça distinta, à qual se deve dispensar tratamento desigual da dominante. Materializa-se à medida que as qualidades humanas são determinadas pela raça ou grupo étnico a que pertencem, a justificar a supremacia de uns sobre os outros.<sup>5</sup>

De acordo com esse raciocínio, a raça seria uma construção social, negativa ou positiva, conforme o objetivo definido por programas políticos visando à dominação de uma parcela da sociedade sobre a outra. O antissemitismo seria uma espécie de racismo porque se oporia a determinada raça, e tenderia “a hierarquizar valores entre certos grupos humanos”. Consequentemente, pregar esta doutrina seria praticar racismo.<sup>6</sup>

O precedente aplica-se ao caso em questão: ao defender a possibilidade de criação de um partido nazista e afirmar que os indivíduos teriam um direito a ser contrários a judeus, o apresentador reconheceu como legítima a defesa, no debate público, de uma doutrina que

5 HC 82424 (2003), p. 567

6 Idem, p. 569.

propaga a superioridade de um grupo sobre outro e o extermínio de uma população em razão de seus atributos sociais.

Além disso, é necessário ressaltar que o caso não se enquadra no precedente definido no julgamento da ADPF 187, conhecido como caso da *Marcha da Maconha*. Naquela ação, questionou-se se reuniões de manifestantes favoráveis à descriminalização da maconha poderiam ser enquadradas no crime de “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”, previsto no art. 33, § 2º, da lei 11.343/2006. Com fundamento nos direitos à liberdade de expressão (art. 5º, IV) e à liberdade de reunião (art. 5º, XVI), o tribunal vedou tentativas de “criminalização da defesa da legalização de drogas ou de qualquer substância entorpecente, inclusive em manifestações e eventos públicos”.

O direito de reunião é um mecanismo instrumental à liberdade de expressão, por meio do qual a sociedade civil pode defender suas ideias e fazer reivindicações. Esse direito é uma das ferramentas por meio das quais a sociedade civil participa da vida política do Estado, inclusive, se for o caso, reivindicando a alteração da legislação para atender às suas demandas. A decisão da *Marcha da Maconha* é importante para assentar que o pleito por uma mudança legislativa não pode ser confundido com apologia a um crime. A própria decisão, contudo, ressaltou que há uma linha, por vezes tênue, que separa o tipo penal e o pleno exercício da liberdade de expressão: a simples presença na manifestação não se enquadraria no tipo penal. Contudo, no caso concreto, caso haja uma expressa apologia ao uso da substância por meio de palavras de ordem, ou ainda o uso da substância no local, haveria enquadramento no tipo penal.<sup>7</sup>

Em um olhar superficial, ambos possuem elementos em comum: envolvem a defesa de que algo, hoje criminalizado, passe a ser permitido. Um olhar aprofundado mostra, contudo, que a conduta do apresentador é diferente do que ocorreu no caso da *Marcha da Maconha*. O caso da *Marcha da Maconha* tratava de uma manifestação pública abertamente direcionada a uma reivindicação de mudança legislativa. A linha divisória entre praticar o crime e defender a mudança legislativa, naquele caso, é mais clara: defender a descriminalização das drogas não é crime, mas incentivar o consumo de drogas com palavras de ordem ou de fato consumir tais drogas é.

Quando envolve o sentido e alcance do crime de incitação ao racismo, essa linha é mais tênue. Ao defender a descriminalização de uma conduta que, atualmente, é punida criminalmente, o apresentador legitima, na esfera pública, uma ideologia que tem como pilar a defesa da superioridade de uma população sobre outra e do genocídio de determinado grupo em razão de características sociais. Partindo da premissa de que a liberdade de expressão é instrumental para garantir a democracia e o direito de autogoverno pelos indivíduos, ela não pode abarcar discursos que atentem contra os pilares da própria democracia. Defender a possibilidade de criação de um partido nazista é mais do que reivindicar uma mudança no texto da constituição: é defender uma mudança que seria incompatível com nossa democracia constitucional. Por isso, esse discurso deve se vedado.

Justamente por essa razão, defender a existência de um partido nazista equivaleria a defender que, dentro de um debate democrático, seria possível a defesa um projeto de poder que viola direitos fundamentais e cujo discurso é avesso aos valores democráticos. Não há nenhum pleito

7 ADPF 187 (2011), p.151.



legítimo no discurso antissemita, e defender a legitimidade desse discurso em um ambiente democrático é apologia ao racismo.

Cabe acrescentar que o episódio foi gravado em áudio e vídeo, de modo que há sólidos elementos de materialidade de autoria. A conduta, por fim, é absolutamente típica. A simples defesa de que indivíduos teriam direito de “ser antissemitas” já tem o condão de ofender todo um grupo social, que recebe a mensagem de que, na concepção do apresentador, seria legítimo que um partido político defendesse sua eliminação.

Por todo o exposto, voto pela improcedência do recurso de apelação, mantendo a condenação do réu fixada na sentença.

## VOTO - DESEMBARGADORA B

Trata-se de recurso de apelação em ação penal instaurada em face de apresentador, pela suposta prática do crime de incitação ao preconceito de raça, tipificado no art. 20 da lei 7.716/1989.

No presente caso, o apresentador de um *podcast* teria defendido publicamente a possibilidade de criação, de um partido nazista e também que existiria um direito a expressar ideias antissemitas.

No evento em que se manifestou, o apresentador defendeu que “a extrema esquerda tem mais espaço atualmente do que a extrema direita”, “que deveria ter um partido nazista reconhecido pela lei”, e ainda que “se você banir os preconceituosos de estarem no público, eles vão proliferar no subsolo”.

O voto da desembargadora A concluiu que o apresentador, em seu discurso, teria extrapolado os limites da liberdade de expressão. Em minha percepção, essa não é a melhor solução ao caso, razão pela qual apresento este voto divergente. Pelos motivos que enunciarei a seguir, entendo que o presente recurso de apelação deve ser provido, reformando-se a sentença de primeiro grau e reconhecendo a absolvição sumária do acusado por atipicidade da conduta.

A desembargadora A iniciou seu voto com três pressupostos muito importantes. Gostaria de iniciar meu voto deixando claro que concordo integralmente com a desembargadora em relação a todos eles. O nazismo e o antissemitismo são ideologias inaceitáveis em uma democracia. Ao defender o extermínio de um grupo da sociedade, a ideologia antissemita contraria diretamente os pilares do pluralismo. O nazismo, além disso, é muito diferente do comunismo, e esta questão de fato não está em debate no presente caso. Ainda que estivesse, é importante, de fato, explicitar que não há dúvidas de que o art. 17 da Constituição veda a existência de um partido nazista, e é crucial que essa proibição exista. Os partidos comunistas que existem no Brasil e em outras democracias constitucionais não tem como objetivo destruir a democracia representativa. Nesse sentido, estão mais próximos da social-democracia do que do comunismo. Essa depuração é impossível em um partido nazista. Sem o elemento fascista e antissemita, não há partido nazista. Dito de forma inversa, partido nazista é necessariamente fascista e antissemita e, por essa razão, incompatível como art. 17 da Constituição.

O apresentador, em minha opinião, está absolutamente equivocado em sua defesa de mudança legislativa: a proibição constitucional de partidos nazistas é uma salvaguarda da democracia e dos direitos fundamentais, e isso deve, em minha opinião, continuar como é hoje. Apesar de deplorável e equivocado, contudo, entendo que o discurso do apresentador não extrapola os limites da liberdade de expressão.

Como ressaltou a relatora, para resolver o presente caso, é preciso averiguar em quais circunstâncias um determinado discurso seria protegido pela liberdade de expressão.

A Constituição garante a liberdade de expressão em seu art. 5º, incisos IV e IX. Nenhum direito, ainda que fundamental, é absoluto. A dificuldade é definir quais são esses limites.

Assim, aferir o limite de determinada manifestação relaciona-se com a interpretação constitucional. O inciso XLI do art. 5º da Constituição prevê que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Acontece, contudo, que o discurso do apresentador não é apologia ao nazismo.

É evidente que a liberdade de expressão não protege discursos que defendem a superioridade de um grupo sobre o outro e o extermínio de um grupo da sociedade. Mas a questão a ser respondida é: defender a possibilidade de criação de um partido nazista e a descriminalização do antissemitismo equivale a incitar o racismo?

Ainda que a conduta do acusado possa ser considerada moralmente reprovável, não é possível enquadrá-la no tipo penal de incitação ao preconceito de raça, previsto no art. 20, § 2º da lei 7.716/1989 e tampouco aplicar o precedente do *Caso Ellwanger*, decidido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82424.

As razões que justificam a proteção da liberdade de expressão descritas pela desembargadora A podem ser subdivididas em dois tipos: as correntes que enxergam a liberdade de expressão como um fim em si mesmo, relacionado à personalidade e dignidade humana, e aquelas que a reputam como um instrumento importante para atingir uma finalidade - normalmente, a proteção da democracia ou a coibição de abusos. A depender da premissa, como bem colocado pela desembargadora A, há de fato razões para coibir um discurso que contrarie os pilares da democracia. Mas como identificar um discurso que atenta contra direitos fundamentais ou pilares democráticos? O conceito de induzimento ou incitação, no caso do discurso discriminatório ou racista, pode ajudar a responder a essa questão.

No presente caso, o apresentador do *podcast* não pretendeu praticar ou incitar qualquer tipo de discriminação. Ao contrário, o contexto do debate mostra que o apresentador repudia o nazismo. Em outras passagens, afirmou que “quando os caras falam que nazismo é de direita, é nada; nazismo é de errado, é do demônio”. Diante da reação do participante 2, que se opôs ao seu argumento de que as pessoas teriam o “direito de ser antissemitas”, ele questionou: “as pessoas não tem o direito de ser idiotas?”, indicando que não concordava com o discurso nazista, mas que tão somente entendia que esses indivíduos deveriam ter o direito de poder propagar esse discurso. Não houve, portanto, prática direta de um discurso nazista.

É por isso que esse caso é muito diferente do precedente do HC 82424, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, e conhecido como *Caso Ellwanger*, citado pela relatora. Naquele caso, o acusado havia publicado obras revisionistas que negavam a existência do Holocausto e propagavam outros discursos que defendiam a superioridade de uma raça sobre a outra. Havia, portanto, um discurso diretamente orientado a discriminar a comunidade judaica. Já neste presente caso, as palavras ditas pelo apresentador não veiculam diretamente a ideia de que determinada raça ou grupo social seria superior a outro. O apresentador tão somente argumenta - certamente sem grande talento argumentativo - que talvez a melhor forma de lidar com o antissemitismo não seja por meio de proibições, mas de fomento à liberdade de expressão

No *Caso Ellwanger* o que ocorreu foi a propagação de um livro em que se negava o Holocausto, colocando, expressamente, estigmas sobre o povo judeu, em uma clara intenção de defini-los como grupo (ou “raça”, como reconheceu o STF) inferior. Na hipótese em análise, em

nenhum momento isso ocorreu, e o acusado inclusive destaca que o pensamento nazista é errado e que quem o defende é “idiota”.

No raciocínio sustentado pela desembargadora A, basta defender que determinado discurso de ódio deveria ser legítimo no ordenamento jurídico, isto é, que ele não deveria ser vedado pela constituição e criminalizado pela lei, para que isso configure apologia à discriminação. Por esse critério, não há diferença entre (i) lançar palavras de ordem que incentivem indivíduos a cometerem discriminações e (ii) argumentar que a melhor maneira de lidar com discursos discriminatórios talvez não seja por meio de punições criminais. Por isso, em seu raciocínio, o caso seria similar à situação enfrentada no HC 82424.

Entendo, contudo, que essa equiparação não é possível. Ela implicaria afirmar, por exemplo, que a pessoa que defendesse que Ellwanger não deveria ser punido criminalmente em razão de suas opiniões antissemitas seria ela mesma antissemita e que essa defesa seria uma incitação ao nazismo ou ao antissemitismo, punida criminalmente. Vale lembrar, porém, que três ministros do STF – Moreira Alves, Marco Aurélio Mello e Ayres Britto – defenderam exatamente essa tese. Pelo raciocínio defendido pela desembargadora A, esses três ministros teriam cometido crime de incitação ao racismo, ao defender a liberdade de Ellwanger.

Essa não pode ser a régua adequada para estabelecer as limitações à liberdade de expressão, sob pena de uma restrição excessiva ao direito e um perigoso precedente. Considerar que a defesa de um “direito de ser antissemita” e da criação de um partido nazista equivaleria à incitação ao nazismo poderia abrir caminho para outras decisões impedirem declarações públicas ou manifestações em defesa da mudança da lei como, por exemplo, a defesa da descriminalização do aborto ou a defesa da legalização de drogas.

Embora a desembargadora A tenha defendido o contrário, o caso aproxima-se de outro precedente do STF, a decisão da ADPF 187, em que o tribunal permitiu a realização da chamada *Marcha da Maconha*, por entender que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação à prática do delito, nem com o de apologia de fato criminoso.

Destaca-se, inclusive, que um dos fundamentos utilizados no julgamento da ADPF 187 foi o de que o evento cria espaço para o debate do tema por meio de palestras, seminários e exibições de documentários relacionados às políticas públicas ligadas às drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas.

O próprio STF já reconheceu, portanto, a importância de se criarem espaços para que sejam debatidos temas que são considerados ilícitos. Reconheço que a manifestação do apresentador acusado se enquadra nessa situação.

Neste ponto, importa dizer que, ao contrário do que entendeu a relatora, o apresentador defendeu uma ideia cuja realização depende de alteração tanto da Constituição quanto da legislação ordinária, no sentido de se permitir um partido que defenda a ideologia nazista. Não houve, em nenhum momento, a defesa do próprio nazismo, tampouco de extermínio ou preconceito em relação a determinado grupo.

Em seu argumento, a desembargadora A procura traçar uma diferença entre a reivindicação de mudanças legislativas legítimas e abarcadas pela liberdade de expressão, como no citado caso da *Marcha da Maconha*, e aquelas reivindicações que não seriam legítimas porque pregariam a

destruição da democracia. Apesar de engenhoso, o argumento merece algumas ressalvas. Em primeiro lugar, nem todas as justificativas teóricas da liberdade de expressão referendam a proibição de discursos atentatórios à democracia. A depender da corrente teórica, seria possível chegar à conclusão de que o discurso deve ser mantido no debate público para que lá fosse refutado, e não censurado. O caso, contudo, não envolve a remoção de um conteúdo, de modo que esse debate fica em segundo plano. A discussão não é saber se o *podcast* pode continuar ou não sendo acessado pelas pessoas, mas se o apresentador cometeu crime ou não.

E, com isso, chega-se ao segundo ponto. O raciocínio da desembargadora A, na verdade, tem quatro etapas: (i) é possível defender a mudança da lei ou da Constituição, (ii) desde que essa defesa não contrarie os pilares da democracia; (iii) a defesa da alteração da Constituição para permitir um partido nazista e para permitir a circulação de discursos de ódio viola os pilares da democracia; (iv) logo, essa defesa deveria ser punida criminalmente. Ocorre, contudo, que essa lógica pressupõe, de modo muito imediato, que defender a alteração da lei para admitir certo discurso equivale a fazer uma apologia a tal discurso.

Assim, deve-se ter em mente a diferença entre defender a alteração de lei para possibilitar a existência de um partido que defenda determinado discurso, e a própria difusão desse discurso. Se ambos fossem equivalentes, nenhuma pauta que reflète temas criminalizados poderia ser levantada, o que representaria inequívoca violação às liberdades de expressão e de pensamento, implicando verdadeira censura.

Como não houve incitação ao racismo no caso concreto, não resta outra alternativa senão concluir pela reforma da sentença.

Desta forma, a decisão da primeira instância, ao julgar procedente a ação proposta, viola o direito à liberdade de expressão, garantido pelo art. 5º, IV, da Constituição, promovendo verdadeira censura ao acusado.

Antes de encerrar, e para que não paire qualquer dúvida sobre os limites deste voto, resumo meu argumento: (1) entendo que no ordenamento constitucional brasileiro atual a criação de um partido nazista é *estritamente vedada*; (2) entendo também que essa vedação é fundamental para o bom funcionamento de uma democracia constitucional e, portanto, deve ser mantida; (3) desses dois pressupostos, contudo, não decorre que o próprio debate sobre a questão seja proibido e deva ser punido criminalmente.

Por todo o exposto, voto pela procedência do recurso de apelação, reformando-se a sentença apelada, com o fim de julgar improcedente a denúncia feita pelo Ministério Público.