



Indicação nº 33/2024

Indicante: Marcia Dinis

Relator: Eric Cwajgenbaum

PARECER

I. Ementa

PROPOSTA DE INDICAÇÃO – Projeto de Lei nº 145/2023, de autoria da Deputada Federal Sâmia Bomfim (PSOL/SP), que “criminaliza a negação do holocausto judeu, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa.” e traz como ementa: “Dispõe sobre a criminalização de manifestações nazistas e neonazistas e dá outras providências.” PALAVRAS-CHAVE: HOLOCAUSTO. JUDEUS. DIREITOS HUMANOS. RACISMO. ANTISSEMITISMO.

II. Objeto

De acordo com a proposta em análise, um novo diploma legal próprio destinado a abarcar as especificidades do antissemitismo enquanto racismo criará um novo tipo penal:

“O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. O nazismo e o neonazismo constituem-se como ideologias ontologicamente racistas, cuja manifestação promove a injúria e discursos de ódio em geral, entendidos estes como aqueles que visam atacar a dignidade e a honra de suas vítimas, realizar a segregação racial, a violência e/ou a intolerância.



Art. 2º. Os crimes previstos nesta Lei serão consumados tanto na modalidade dolosa, por dolo direto ou dolo eventual, bem como na modalidade culposa.

Parágrafo único. A pena será reduzida em um sexto, se culpa grave, em um terço, se culpa média, e pela metade, se culpa leve.

DOS CRIMES EM ESPÉCIE

Art. 3º. Praticar, induzir ou incitar a prática de qualquer ato que implique referência não-crítica ao nazismo, a neonazismos ou manifestações nazistas ou neonazistas, inclusive pela utilização da cruz suástica ou gamada, imagens de lideranças nazistas ou neonazistas, saudações utilizadas pelo regime nazista ou grupos neonazistas passados ou contemporâneos, bem como o uso de quaisquer simbologias que remetam ao nazismo ou ao neonazismo. Pena: reclusão, de dois a cinco anos, multa e dano moral coletivo.

§1º. Nas mesmas penas incorrerá quem:

- a) fabricar, comercializar, distribuir ou veicular livros, artigos ou quaisquer escritos, vídeos ou áudios que façam apologia ao nazismo ou ao neonazismo;
- b) defender a ideologia de supremacia branca ou de outros grupos raciais majoritários contra pessoas negras, indígenas, migrantes, imigrantes ou integrantes de outros grupos raciais minoritários;
- c) negar a existência do Holocausto ou culpabilizar o povo judeu e demais vítimas pelas perseguições sofridas no regime nazista.

§2º. As penas serão aumentadas de um terço à metade quando:

- a) houver a veiculação de livros, artigos e escritos em geral de conteúdo nazista ou neonazista pela rede mundial de computadores em caráter de apologia ou defesa de referida ideologia, ainda que por compartilhamento, sendo sujeita à pena o responsável pela divulgação;
- b) houver a utilização de crianças ou adolescentes para difusão de conteúdo nazista ou neonazista, ou quando comprovado o dolo direto ou eventual ou a culpa de pais, mães ou responsáveis em referida utilização.



§3º Quando o crime previsto nesta Lei for praticado por criança ou adolescente, deverão ser aplicadas as medidas de proteção à criança e medidas socioeducativas ao adolescente, em consonância com o quanto previsto nos artigos 1º, 99 a 102 e 103 a 128 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e art. 227 da Constituição Federal.

§4º. O crime previsto nesta Lei não ocorre:

I - por meio da disponibilização em bibliotecas públicas de livros de autoridades nazistas ou neonazistas;

Art. 4º. Se ausente elemento subjetivo relativo a dolo direto, dolo eventual ou culpa apesar de comprovada conduta objetiva prática, indução ou incitação à prática de qualquer ato que implique referência não-crítica ao nazismo, a neonazismos ou manifestações nazistas ou neonazistas, restará caracterizada responsabilidade civil objetiva por dano moral coletivo, a ter seu valor mínimo fixado pela decisão penal transitada em julgado, nos termos do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação decorrente da Lei n.º 11.719/2008.

§1º. O Ministério Público, a Defensoria Pública ou entidade de defesa de direitos humanos de minorias ou grupos vulneráveis poderá pleitear à Justiça Cível a fixação de dano moral coletivo em valor maior que o fixado pela Justiça Penal, mediante de liquidação de sentença, nos termos dos artigos 63, parágrafo único, e 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação decorrente da Lei n.º 11.719/2008, e dos artigos 509 a 512 do Código de Processo Civil (“Capítulo XIV. Da Liquidação de Sentença”).

§2º. À luz do princípio da reparação integral do dano, a fixação de dano moral coletivo objeto do caput não impedirá a promoção de ação de obrigação de fazer e de não-fazer pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por entidade de defesa de direitos humanos de minorias ou grupos vulneráveis.

Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas disposições em contrário e mantidas disposições que não sejam com ela incompatíveis.”



III. Aspectos de direito penal material – princípio da legalidade, da lesividade e ausência de bem jurídico tutelado

A um primeiro olhar, o Projeto de Lei nº 145/2023, com seus tipos penais abertos e exemplificativos, esbarra no limite constitucional¹ que assegura a livre manifestação:

Art. 3º. Praticar, induzir ou incitar a prática de qualquer ato que implique referência não-crítica ao nazismo, a neonazismos ou manifestações nazistas ou neonazistas, inclusive pela utilização (...)

Denota também certo descompasso com os princípios mais caros ao direito penal. Nilo Batista², ao discorrer sobre as funções do **princípio da legalidade**, nos fornece elementos para esta crítica:

Quarta: proibir incriminações vagas e indeterminadas (nullum crimen nulla poena sine lege certa). A função de garantia individual exercida pelo princípio da legalidade estaria seriamente comprometida se as normas que definem os crimes não dispusessem de clareza denotativa na significação de seus elementos, inteligível por todos os cidadãos. Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos” equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso. Não por acaso em épocas e países diversos, legislações penais voltadas à repressão e controle de dissidentes políticos escolheram precisamente esse caminho para a perseguição judicial de opositores do governo.

¹ Artigo 5º da Constituição da República:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

² BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



No entanto, é quando se busca um **bem jurídico tutelado** pelo Projeto de Lei nº 145/2023, que se desvela o princípio da lesividade como sendo, de fato, o hiato criado pelo seu artigo introdutório:

Art. 1º. O nazismo e o neonazismo constituem-se como ideologias ontologicamente racistas, cuja manifestação promove a injúria e discursos de ódio em geral, entendidos estes como aqueles que visam atacar a dignidade e a honra de suas vítimas, realizar a segregação racial, a violência e/ou a intolerância.

Ainda nas lições de Nilo Batista, essenciais para tratar de direito penal material, há um paralelo que de tão atual merece algumas transcrições do capítulo destinado ao **princípio da lesividade** que, em seu final, trata da inafastável correlação entre o bem jurídico a ser tutelado pela lei penal e a lesividade efetiva da conduta que se busca criminalizar:

No direito penal, à conduta do sujeito autor do crime deve relacionar-se, como signo do outro sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime – por isso chamado de objeto jurídico do crime). Como ensina Roxin, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos. À conduta puramente interna ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal.



Adiante, Nilo destaca a quarta função do princípio da lesividade:

Quarta: proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. A expressão desviada foi aqui empregada na concepção de Clinard, como conduta orientada em direção fortemente desaprovada pela coletividade. Estamos aqui falando do “direito à diferença”, de práticas e hábitos de grupos minoritários que não podem ser criminalizados.

Traçando um histórico sobre a diversidade categorial dos bens jurídicos ao longo do tempo, inclusive pelo estado nazista:

O Direito Penal Nazista procurou fundamentar o crime na violação do dever de obediência ao Estado (o chamado “direito penal da vontade”) e, para isso, desfez-se, em sua fase inicial, do conceito de bem jurídico (Schaffstein).

(...)

O bem jurídico põe-se como sinal da lesividade (exterioridade e alteridade) do crime que o nega, “revelando” e demarcando a ofensa. Essa materialização da ofensa, de um lado, contribui para a limitação legal da intervenção penal, e de outro a legitima.

(...)

O bem jurídico, portanto, resulta da criação política do crime (mediante a imposição de pena a determinada conduta), e sua substância guarda a mais estrita dependência daquilo que o tipo ou tipos penais criados possam informar sobre os objetivos do legislador.



IV. Aspectos Criminológicos – Paradoxo da Tolerância – Educação

O verdadeiro desafio de uma lei destinada a criminalizar ideologias, seja ela qual for, é não ser tão perigosa quanto a ideologia que se busca criminalizar. Legislação por legislação, a Alemanha nazista tinha a sua.

Os signos nazistas, em que pese trazerem gigantesco desconforto a qualquer judeu, merecem aqui duas notas. Se escassos, pelas leis da economia se tornarão mais valiosos. Outros, sequer são originalmente nazistas e não podem ter a sua história limitada a esta ideologia.

O início do século XX pode ser contado de inúmeras formas, mas o ato de contá-la não deve ser verbo incluído em tipo penal algum.

Contar uma versão falsa da história do holocausto é, por certo, uma escolha ideológica por parte de quem conhece a verdadeira, e uma mera ignorância daquele que, desconhecendo-a, replica a falsa.

Tal como descrito no Paradoxo da Tolerância³ do filósofo judeu Karl Popper, a verdadeira história deve ser contada para contradizer a falsa:

(...) não pretendo dizer que devemos sempre suprimir a verbalização de filosofias intolerantes; conquanto que possamos contradizê-las através de discurso racional e combatê-las na opinião pública, censurá-las seria extremamente insensato(...)

³ POPPER, Karl. A SOCIEDADE ABERTA E OS SEUS INIMIGOS. Primeiro Volume: O Sortilégio de Platão. Lisboa: Edições 70, Ltda.; 2012.



Cabe a todo Estado Democrático o dever de assegurar a história e sua transmissão, amparada na ciência e nos registros históricos e, ao mesmo tempo, assegurar o exercício da liberdade de expressão, seja ela estúpida, ou não.

Importante que os brasileiros, simpatizantes da ideologia nazista, recebam informações suficientes para compreender que eles não estavam incluídos nos planos de Adolf Hitler, pois mesmo que não judeus, também não pertencem à raça ariana, a única digna de vida.

Afinal, o que é raça? Como se define uma ideologia e quem a categoriza? Qual a forma certa de se contar a história?

Confiar ao Direito a tarefa de regular a forma como vamos contar a história do Século XX, ao Estado-Juiz a tarefa de responsabilizar criminalmente quem contar errado, e à Lei Penal a tarefa de dar forma a tudo isso é inadequado e perigoso.

A aplicação da justiça dependeria, na prática, de explicações, caso a caso, de peritos em história, sociologia e antropologia.

A censura à liberdade de expressão dos intolerantes caminhará sempre no rumo da intolerância, e a rotulação de uma ideologia como digna de censura sempre estará atravessada por outras narrativas ideológicas.

Leis penais para definir qualquer ato que venha a transbordar a mera ignorância história como conduta criminoso já temos⁴, o que nos falta é educação, para onde devem ser concentrados os mais dedicados esforços e recursos.

⁴ LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843

V. Conclusão

Pela inadequação ao texto constitucional dedicado à liberdade de expressão enquanto garantia fundamental, assim como pela inobservância aos princípios da legalidades e da lesividade, conclui-se pela não concordância com o Projeto de Lei nº 145/2023, com a ressalva, em forma de recomendação, de que a intenção legislativa, nitidamente alinhada com os anseios da sociedade, deve se dar no campo da educação escolar e projetos sociais, espalhando a luz do conhecimento científico onde houver sombra da ignorância.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2024.

Eric Cwajgenbaum

Membro das Comissões de Criminologia e de Direito Penal
do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB