

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS - CCSH  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
MESTRADO EM DIREITO**

**O TRATAMENTO CRIMINAL DOS DISCURSOS DE ÓDIO  
PUBLICADOS EM REDES SOCIAIS: UM PANORAMA CONCEITUAL  
E LEGAL SOBRE CONDUTAS ODIENTAS E AS RESPOSTAS DAS  
CORTES DE VÉRTICE DO BRASIL**

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO**

**Charles Moraes Sonnenstrahl Filho**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2019**

**Charles Moraes Sonnenstrahl Filho**

**O TRATAMENTO CRIMINAL DOS DISCURSOS DE ÓDIO PUBLICADOS EM REDES SOCIAIS: UM PANORAMA CONCEITUAL E LEGAL SOBRE CONDUTAS ODIENTAS E AS RESPOSTAS DAS CORTES DE VÉRTICE DO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, na área de concentração Direitos Emergentes na Sociedade Global, com ênfase na linha de pesquisa Direitos na Sociedade em Rede, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Direito**.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Nina Trícia Disconzi Rodrigues

**Santa Maria, RS, Brasil  
2019**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Dissertação de Mestrado

**O TRATAMENTO CRIMINAL DOS DISCURSOS DE ÓDIO  
PUBLICADOS EM REDES SOCIAIS: UM PANORAMA CONCEITUAL  
E LEGAL SOBRE CONDUCTAS ODIENTAS E AS RESPOSTAS DAS  
CORTES DE VÉRTICE DO BRASIL**

elaborada por  
**Charles Moraes Sonnenstrahl Filho**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Mestre em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**Profª. Drª. Nina Trícia Disconzi Rodrigues**  
(Presidente/Orientadora)

**Profª. Drª. Valéria Ribas do Nascimento**  
(Universidade Federal de Santa Maria/RS)

**Profª. Drª. Samantha Ribeiro Meyer-Pflug**  
(Universidade Nove de Julho/SP)

Santa Maria, 28 de março de 2019.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a elaboração desta dissertação. Em especial, agradeço a meus pais, Maria Liana Gomes de Oliveira e Charles Moraes Sonnenstrahl, pelo suporte e compreensão incondicionais; a minha orientadora, que, nesta caminhada, foi guia, por toda sua atenção, apoio e, sobretudo, confiança em mim; e a minha colega de Mestrado Kamila Godinho Finamor que, abdicando de precioso tempo, leu e fez sugestões ao trabalho, aquilatando-o. Igualmente, rendo minhas homenagens às professoras examinadoras assaz qualificadas, Valéria Ribas do Nascimento e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug, por todas as pertinentes contribuições. Meu mais honesto e sincero agradecimento.

“[...] a tarefa não é tanto ver o que ninguém viu ainda, mas pensar aquilo que ninguém pensou a respeito daquilo que todo mundo vê.”

(Arthur Schopenhauer)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> No livro “Sobre a Filosofia e Seu Método”.

## **RESUMO**

Dissertação de Mestrado  
Programa de Pós-Graduação em Direito  
Mestrado em Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

### **O TRATAMENTO CRIMINAL DOS DISCURSOS DE ÓDIO PUBLICADOS EM REDES SOCIAIS: UM PANORAMA CONCEITUAL E LEGAL SOBRE CONDUTAS ODIENTAS E AS RESPOSTAS DAS CORTES DE VÉRTICE DO BRASIL**

**AUTOR: CHARLES MORAES SONNENSTRAHL FILHO**

**ORIENTADORA: NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 28 de março de 2019.

A busca da humanidade por conhecimento permitiu concluir que, independentemente de diferenças, todos os indivíduos são pertencentes à mesma espécie, de modo que todos são merecedores do mesmo respeito e dignidade. Não obstante a construção teórica a favor do respeito de todos por todos, onde se destaca, internacionalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, nacionalmente, a promulgação da Constituição de 1988, até os dias correntes, há inúmeras práticas discriminatórias. Pior que elas, são os discursos de ódio, visto que se destinam a violar a dignidade de grupos humanos com características particularizadoras e a espalhar o medo e o terror, na medida em que estimulam a violência contra o grupo vítima. As práticas odientas não são novidade, mas ganham novos contornos com sua propagação na internet, sobretudo nas redes sociais, pela capacidade de atingir difusamente as vítimas e de conquistar adeptos. Diante deste quadro, faz-se necessário que o Estado, por meio do Direito Penal, reprima tais condutas. Assim, é pertinente questionar: a considerar os principais tratados internacionais e a doutrina, quais são os limites de entendimento do discurso de ódio como configurador de ilícito penal e em que medida contrastam (ou não) com a realidade jurisprudencial das Cortes Supremas do Brasil? Para responder este questionamento, desenvolveu-se a presente dissertação. Conseguiu-se deslindar um conceito e diferentes classificações aos discursos de ódio, distinguindo-o do discurso preconceituoso. Observou-se que o discurso odioso não faz parte do âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão e que, no Brasil, inexistente tipo penal que criminalize, especificamente, a emissão de discurso de ódio, sendo, porém, possível punir algumas de suas modalidades por meio do crime de incitação e apologia ao crime. Por fim, concluiu-se, ao averiguar a jurisprudência criminal das Cortes Supremas do Brasil, que, até o presente, inexistente julgado onde estas tenham enfrentado com profundidade questões atinentes à ilicitude penal de discursos de ódio publicados em redes sociais. Quanto à teoria de base, faz-se uso da teoria analítica. No que se refere ao método de abordagem primário, utilizou-se o dedutivo. No que tange aos métodos de abordagem secundário (métodos de procedimento), escolheu-se o monográfico e o estatístico. Por fim, quanto às técnicas de pesquisa, operou-se com a documental e a bibliográfica, bem como observação direta, sistemática, não participativa e individual. A dissertação foi dividida em dois capítulos.

Palavras-Chave: Direito Penal; Discursos de Ódio; Internet; Redes Sociais; Cortes Supremas; Jurisprudência.

## **SUMMARY**

Master's Dissertation  
Postgraduate Program in Law  
Master of Laws  
Universidade Federal de Santa Maria

### **CRIMINAL TREATMENT OF HATE SPEECH PUBLISHED ON SOCIAL NETWORKS: A CONCEPTUAL AND LEGAL OVERVIEW OF HATEFUL CONDUCT AND THE RESPONSES OF SUPREME COURT IN BRAZIL.**

**AUTHOR: CHARLES MORAES SONNENSTRAHL FILHO**

**ADVISOR: NINA TRÍCIA DISCONZI RODRIGUES**

Date and Place of Dissertation Defense: Santa Maria, March 28<sup>th</sup>, 2019.

Humanity's seek for knowledge has allowed us to conclude that, regardless of differences, all individuals belong to the same species, so that all are worthy of the same respect and dignity. Despite the theoretical construction in favor of respect for all there are numerous discriminatory practices, stands out the Universal Declaration of Human Rights, internationally, and nationally, the enactment of 1988 Constitution, until current days. Even worse than hate speeches are, since they are intended to violate the dignity of human groups with particular characteristics and to spread fear and terror, as they boost violence against the victim group. Hateful practices are nothing new, but they take on new shape with their spread on the Internet, especially on social networks, due to their ability to diffusely reach victims and attract followers. Faced with this situation, it is necessary that the State, by means of Criminal Law, represses such conducts. Thus, it is pertinent to question: if we consider the main international treaties and the doctrine, what are the limits on the understanding of hate speech as a constitutive criminal offense and to what extent do they contrast (or not) with the jurisprudence reality of the Supreme Courts of Brazil? This dissertation delves into to answer this question. A concept and different classifications of hate speech were unraveled, distinguishing it from prejudiced speech. It was verified that hate speech is not included in the sphere of protection of the right to freedom of opinion and expression and besides, in Brazil, there is no criminal type that criminalizes, specifically, the issuance of hate speech, but it is possible to punish some of its manifestations through the crime of incitement and apology for the crime. Finally, it was concluded, when investigating the criminal jurisprudence of the Supreme Courts of Brazil, which, until the present, there is no trial where they have faced in depth issues related to the criminal illegality of hate speech published on social networks. As for the basic theory, the analytical theory is used. As for the primary approach method, we used the deductive. As for the secondary approach methods (procedural methods), monograph and statistic were chosen. Finally, as for the research techniques, we operated with the documentary and the bibliographic, as well as direct observation, systematic, non-participatory and individual. The dissertation was divided into two chapters.

Keywords: Criminal Law; Hate Speeches; Internet; Social Networks; Supreme Courts; Jurisprudence.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 DISCURSO DE ÓDIO E DIREITO: ENTRELAÇANDO CONDUTA E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NA SOCIEDADE EM REDE</b> .....	13
1.1 O ÓDIO NO DISCURSO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE: ABORDAGEM JUS-CONCEITUAL.....	15
1.2 LIBERDADE E ABUSO DE EXPRESSÃO: ENFRENTANDO A (D)LICITUDE DO <i>HATE SPEECH</i> .....	45
<b>2 O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO E O ESTADO-JUIZ NA REPRESSÃO DOS DISCURSOS DE ÓDIO.</b> .....	75
2.1 LIMITES TEÓRICOS PARA A PUNIÇÃO CRIMINAL DE <i>HATE SPEECHES</i> .....	76
2.1.1 Fundamentos e Finalidades da Responsabilização Penal no Estado Democrático de Direito: anotações preliminares .....	76
2.1.2 Possibilidades e Desafios à Sanção dos Autores de Discursos de Ódio.....	86
2.2 AS DECISÕES DAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL SOBRE A TEMÁTICA: OS CASOS DE ÓDIO EM REDES SOCIAIS SOB PERSPECTIVA QUALI-QUANTITATIVA .....	112
<b>CONCLUSÃO</b> .....	137
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	140

## INTRODUÇÃO

A incessante busca da humanidade por conhecimento permitiu concluir que, independentemente de diferenças fenotípicas, socioculturais e/ou religiosas, todos os seres humanos são pertencentes à mesma espécie indistintamente, sendo, assim, merecedores do mesmo respeito e dignidade. É por isto que desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 1948, e os demais pactos que a este se sucederam (Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1968, e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em 1969), tem-se observado o destaque cada vez maior para a pessoa.

No Brasil, desde a promulgação da Lei Maior de 1988, o constituinte originário elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República e estabeleceu como um de seus objetivos a construção de uma sociedade justa e promotora do bem de todos, sendo condição necessária para tanto a extirpação de quaisquer preconceitos e discriminações negativas, na medida em que isto é um requisito essencial para a existência da igualdade material. Ademais, para ratificar este compromisso, o legislador criou a Lei nº 7.716/89, que pune criminalmente a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, a Lei 10.741/03, onde consta punição para a discriminação à pessoa idosa, e a Lei 13.146/15, que, como as anteriores, pune a discriminação de pessoa com deficiência. Ainda que se possa criticar a ausência de proteção penal, no que se refere, especificamente, à discriminação, a outros grupos que sofrem preconceito, como mulheres, homossexuais e transexuais, as supramencionadas Leis possuem especial relevância quando se tem em conta a formação plural da população brasileira, porque, mais que estabelecer, exige, sob a ameaça da penalização, dos cidadãos o respeito às múltiplas diversidades.

Não obstante toda esta construção teórica, até os dias correntes, há inúmeras práticas discriminatórias, explícitas e implícitas, que nem sempre são apuradas (ou mesmo vistas por todos), mas que, inevitavelmente, submetem os indivíduos a que se destinam à injusta humilhação e desprezo simplesmente por terem alguma característica particularizadora. É difícil imaginar manifestação que possa ser mais perversa que esta, mas ela existe: trata-se do discurso de ódio. Diz-se que ele é mais gravoso, porque, a um só tempo, almeja atingir indistintamente todo o grupo humano que detém uma diferença que o distingue dos demais, diminuindo-lhes sua dignidade frente a estes, e disseminar uma cultura do medo e do terror, na medida em que estimula a prática de violência contra o grupo vítima. As condutas odientas não

são novas na sociedade, mas, com certeza, sua prática no ambiente virtual, sobretudo nas redes sociais, faz com que ganhem novos contornos, ou seja, uma nova conformação.

Isto porque as redes sociais possuem um número expressivo de usuários das mais diversas localidades do mundo que objetivam formar relações entre si. Quando se publica um discurso de ódio, também chamado de “*hate speech*”, no referido ambiente, é o momento em que ele alcança materialmente seu escopo de menosprezar as vítimas difusamente, visto que, no meio cibernético, a desinformação (porque fruto do preconceito do emissor) tem vasta abrangência de pessoas e a elas chega em tempo real, e incitar a prática de crime contra elas. Afora isto, não raro, o discurso odioso instiga e conquista adeptos que, diante do que veem, passam a agir com a ideia de que a internet é um espaço absolutamente livre da proteção dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Isto tem ocorrido no Brasil e é extremamente preocupante, pois escancara que há um interstício que não é aceitável entre os valores preconizados pelo legislador constituinte e a realidade vivenciada.

Denota-se que os discursos odiosos são, então, violadores da convivência social harmônica que afetam bens jurídicos essenciais, como a igualdade entre os indivíduos. Diante disto, o Estado não pode se manter silente, fazendo-se necessário que, por intermédio de seu *jus puniendi*, reprima tais condutas, fazendo valer os mandamentos constitucionais. Com isto, anula-se a pretensão do emissor de que sua atitude é regular no Estado Democrático de Direito em que se vive, mostrando, ademais, às vítimas (e também à sociedade) que o País não é conivente com o aviltamento moral a que foram expostas. Baseando-se nesta quadratura fática, questiona-se: a considerar os principais tratados internacionais e a doutrina, quais são os limites de entendimento do discurso de ódio como configurador de ilícito penal e em que medida contrastam (ou não contrastam) com a realidade jurisprudencial das Cortes Supremas do Brasil? Para responder este questionamento, desenvolve-se a presente dissertação.

Assim, propõe-se, primeiramente, buscar e examinar bases teórico-legislativas nacionais e internacionais, a fim de estabelecer i) um conceito claro de discurso de ódio; ii) sua contraposição ao direito à igualdade e incompatibilidade com o direito de liberdade de expressão; e iii) as possibilidades para sua punição criminal no Brasil. Deste modo, a fim de averiguar se os resultados teóricos encontrados se coadunam na prática, pretende-se, na sequência, cotejá-los com as decisões penais das Cortes Supremas brasileiras sobre discurso de ódio, com foco naqueles publicados em redes sociais, dado sua peculiaridade de atingir difusamente as vítimas. Neste sentido é visível que o trabalho se reveste de relevância social e jurídica.

Adota-se uma teoria de base analítica, porque se tentará i) definir, por intermédio da doutrina e apoio nos principais tratados de direitos humanos, o conceito de discurso de ódio; ii) estabelecer se ele faz parte ou não do âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão, acareando-o também com o direito à igualdade; iii) examinar fundamentos jurídicos para a responsabilização penal em casos envolvendo discursos de ódio; e iv) estabelecer padrões quantitativos e qualitativos quanto à temática objeto de estudo, nos termos antes expostos, a partir das decisões penais das Cortes Supremas do Brasil. Quanto ao método de abordagem primário, para concretização do estudo, aplica-se o método de abordagem dedutivo, porque se parte do geral ao particular, visando explicitar o conteúdo das premissas, visto que serão i) analisados os sustentáculos conceituais dos discursos de ódio, inclusive procedendo-se com classificações sobre eles; ii) defrontados o direito à igualdade e o direito à liberdade de expressão com o discurso de ódio; iii) elucidadas as premissas do direito penal para punir as condutas odiantas; e, por fim, iv) examinadas quantitativa e qualitativamente as decisões das Cortes Supremas do Brasil, cotejando-as com a perspectiva encontrada no âmbito doutrinário e legislativos sobre o tema.

Já no que se refere aos métodos de abordagem secundário, utiliza-se os métodos de procedimento monográfico e estatístico. Aquele para realizar o estudo teórico que permeia os discursos de ódio na sociedade informacional e analisar qualitativamente o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça nos casos atinentes à matéria. Este será empregado para quantitativamente averiguar a incidência do objeto de estudo nos Tribunais Supremos do Brasil. Quanto às técnicas de pesquisa, faz-se uso da documental, da bibliográfica e de observação direta, sistemática, não participativa e individual. Aquela porque se buscará nos textos dos principais tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, bem como nas leis nacionais fundamentos para a conceituação e a repressão penal dos discursos de ódio proferidos no espaço cibernético, especialmente nas redes sociais. Esta porque se tentará compilar os estudos e escritos acadêmicos sobre o assunto abordado. Essa porque serão buscadas e avaliadas, quantitativa e qualitativamente, os casos criminais julgados pelas Cortes Supremas do Brasil, a partir do critério “enquadramento conceitual e penal do discurso de ódio” (tomando por paradigma os resultados encontrados na parte teórica do trabalho).

A dissertação será dividida em dois capítulos, cada um com dois subcapítulos. O primeiro denomina-se de “Discurso de Ódio e Direito: Entrelaçando Conduta e Consequências Jurídicas na Sociedade em Rede” e contém os subcapítulos intitulados “O Ódio no Discurso e a Violação do Direito à Igualdade: Abordagem Jus-Conceitual” e “Liberdade e Abuso de

Expressão: Enfrentando a (I)licitude do *Hate Speech*". O segundo denomina-se de "O Direito Penal Contemporâneo e o Estado-Juiz na Repressão dos Discursos de Ódio" e contém, por sua vez, os subcapítulos denominados, respectivamente, de "Limites Teóricos para a Punição Criminal de *Hate Speeches*" e "As Decisões das Cortes Supremas do Brasil sobre a Temática: os Casos de Ódio em Redes Sociais sob Perspectiva Quali-Quantitativa".

## 1 DISCURSO DE ÓDIO E DIREITO: ENTRELAÇANDO CONDUTA E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NA SOCIEDADE EM REDE

Com a inserção da internet na vida cotidiana da sociedade, pode-se afirmar que essa “passou a ser a base tecnológica para a forma organizacional da Era da Informação” (CASTELLS, 2003, p. 07), que tem como meio de proliferação a rede. A rede internética serve de ferramenta de organização, em virtude de sua flexibilidade, que se espalha em todos os ramos da sociedade, sendo usada para fins de comunicação interpessoal, busca de conhecimento e informação como um todo, diferindo-se, com isso, dos sistemas de comunicação tradicionais (BRAVO, 2010, p. 68).

Neste cenário, tendo-se noção de que é intrínseca à natureza do homem comunicar-se, as redes sociais<sup>2</sup> tomam destaque, já que, como é de conhecimento geral, são uma forma bastante utilizada para interação entre indivíduos de diferentes localidades e áreas do conhecimento que buscam e compartilham informações de todo o gênero. Assim, estrutura-se nas redes sociais um dos ambientes propícios para o desenvolvimento da chamada “inteligência coletiva”, a qual é “um dos principais motores da cibercultura” e que estabelece

uma sinergia entre competências, recursos e projetos, a constituição e manutenção dinâmicas de memórias em comum, a ativação de modos de cooperação flexíveis e transversais, a distribuição coordenada dos centros de decisão, opõem-se à separação estanque entre as atividades, às compartimentalizações, à opacidade da organização social (LÉVY, 2007, p. 28).

Observa-se, ademais, conforme amplamente divulgado pelos meios de comunicação, em um curto espaço de tempo, o aumento do número de membros no ciberespaço e usuários de redes sociais. Especificamente com relação a estas últimas, constata-se também uma rápida transformação: o “Orkut” que, na primeira década deste milênio, no Brasil, tinha o maior número de adeptos, acabou sendo extinto com a migração de boa parte de seus usuários para o “Facebook”; o “Twitter” ganhou mais adeptos; e surgiu o “Instagram”, um aplicativo para celular que afigura ser uma “subespécie” de rede social.

Por estarem na rede, os conteúdos constantes nesta inteligência coletiva não estão limitados por um espaço geográfico, de modo que todos os sujeitos participantes das redes sociais, como regra, são capazes de acessá-las a qualquer momento e lugar. Com tudo isto, forja-se a falsa impressão de que, neste ambiente virtual, está-se à margem do direito, onde é

---

<sup>2</sup> Analisando-se a Lei 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil Regulatório da Internet no Brasil, as redes sociais podem ser classificadas como aplicações de internet, visto que se tratam de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet (BRASIL, 2014).

possível realizar até mesmo condutas consideradas como penalmente ilícitas sem que haja quaisquer tipos de consequência para o agente.

Nas palavras de Bittar e Almeida (2015, p. 816), o “espaço virtual [...] inclina o usuário do sistema a uma visão equivocada de irresponsabilidade pela opacidade virtual da qual usufrui ao constituir-se como “personagem virtual” e não como “pessoa”, no trânsito das relações do ciberespaço”. Entretanto, “do outro lado da comunicação não existe um simples personagem imaginário [...] mas uma pessoa humana” (FULLER, 2014, p. 136), que merece ser respeitada.

Neste contexto, repara-se que a internet, com particular destaque nas redes sociais, tem sido um palco frequente para a exposição de várias postagens que denotam, majoritariamente, a incitação do ódio público contra, geralmente, determinados grupos vulneráveis e minorias<sup>3</sup> que se degrada “ao nível primário do insulto gratuito, da ofensa [...]” (BRASIL, 2003a, p. 929). Algumas destas formas de exteriorização já receberam nomenclaturas derivadas como, por exemplo, homofobia para o discurso de ódio à comunidade LGBTQTS; misoginia para o discurso de ódio contra as mulheres; e antissemitismo para o discurso de ódio contra judeus.

Frente a esta situação, faz-se necessário perscrutar este fenômeno que, como assinalado na introdução, embora não sendo contemporâneo, ganhou destaque em razão de sua disseminação no ambiente cibernético. Para tanto, verificar-se-á quais sustentáculos já foram firmados pela doutrina especializada (que se tenha considerado relevante), avaliando-os criticamente, bem como se o direito (internacional e nacional) oferece caminhos para compreender e conceituar o objeto de pesquisa. Ademais, no mesmo passo, vai-se cotejar a compatibilidade dos discursos de ódio com os direitos fundamentais, mais especificamente, o direito à igualdade (no primeiro subcapítulo) e o direito de liberdade de expressão (no segundo subcapítulo).

Uma vez examinados pormenorizadamente todos estes aspectos, vai-se ter um conceito de discurso de ódio e um posicionamento quanto a sua proibição ou permissibilidade (total ou parcial) no ordenamento jurídico brasileiro. Com isto, sem dúvida, será possível cimentar, acerca da temática, um firme constructo teórico. Visando este fim, passa-se ao primeiro capítulo.

---

<sup>3</sup> Segundo um levantamento feito pela Organização Não Governamental (ONG) Artigo 19 e publicado por O Globo, também aumentaram os discursos de ódio na internet com relação a negros, mulheres, homossexuais e pessoas com deficiência (MATSUURA, 2016).

## 1.1 O ÓDIO NO DISCURSO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE: ABORDAGEM JUS-CONCEITUAL

Na análise de Paulo Gomes Ferreira Filho (2018, p. 132), que segue a linha antes apresentada, “estimulados pelo aparente anonimato da Internet e pela instantaneidade de comunicação e de retirada das mensagens online, muitos crimes de racismo e de “injúria racial” são praticados por usuários brasileiros, todos os dias, por meio de sites diversos e das redes sociais”. Frise-se, porém, que tais práticas não são sinônimo pariforme de racismo/discriminação/preconceito, não se restringem ao ambiente cibernético (passando-se também no mundo factual) e nem aos grupos supramencionadas (podendo também ser perpetradas por grupos minoritários e/ou vulneráveis<sup>4</sup>).

Cogita-se, portanto, a existência de duas espécies de vítimas dos discursos de ódio: as ordinárias, que fazem parte dos grupos minoritários e/ou vulneráveis; e as extraordinárias, que fazem parte dos grupos majoritários ou não vulneráveis (MEYER-PFLUG, 2009, p. 100-101). Complementarmente, vale dizer que há quem entenda – e desde já se assinala que não se faz coro a esta linha de pensamento – que podem ser expressões dos discursos de ódio a pornografia e a intolerância política (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 62).

O ódio e a pregação da intolerância/preconceito/discriminação de determinados sujeitos e grupos em relação a outros, na sociedade, não é algo novo, visto que, ao estudar-se a história dos vários grupos humanos, tem-se notícia deles desde os primórdios (SANTOS, 2010, p. 23). “Isso decorre do fato de que cada [...] se vê de acordo com as suas crenças, cultura, padrões éticos e morais, formação histórica e não reconhece, no outro, elementos em comum. Pelo contrário, apenas vê nos outros povos elementos antagônicos que devem ser [...] eliminados” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 109). Aliás, trechos dos livros de maior importância para as três religiões mais conhecidas do planeta (a Torá para o Judaísmo; a Bíblia para o Cristianismo; e o Alcorão para o Islamismo) ratificam esta ideia, visto que, entre notáveis lições morais, contêm diversos episódios que dão conta da existência de ódio, discriminação e preconceito já entre os

---

<sup>4</sup> Existe certa controvérsia acerca da punibilidade das condutas quando praticadas por tais grupos minoritários e/ou vulneráveis contra os ditos grupos majoritários e/ou não vulneráveis, a qual será mencionada adiante. Acerca do posicionamento favorável a esta possibilidade, consulte-se: i) MACEDO, Carla. **Misandria: as mulheres que odeiam os homens**. Disponível em: <<https://www.delas.pt/misandria-as-mulheres-que-odeiam-os-homens/>>. Acesso em: 21 set. 2018; ii) MARTINS, Tom. **Afronazismo: a caixa de Pandora do ódio racial no Brasil**. Disponível em: <<https://sensoincomum.org/2018/03/07/afronazismo-caixa-pandora-odio-racial-brasil/>>. Acesso em: 21 set. 2018; iii) FEMINISMO RADICAL. **Ódio aos Homens**. Disponível em: <<https://we.riseup.net/radfem/%C3%93dio-aos-homens>>. Acesso em: 21 set. 2018; iv) CARLSON, Tucker. **Professor called "racist" by a student mob for objecting to a day without white people on campus. He now says the protesters have taken over**. Disponível em: <<https://twitter.com/TuckerCarlson/status/868270682278440961>>. Acesso em: 21 set. 2018.

povos antigos. Cita-se a seguir, a título ilustrativo, três exemplos aleatórios retirados dos livros antes mencionados (um de cada).

O primeiro, colhido do quarto livro da Torá, o “Livro Bamidbar”, correspondente ao “Livro de Números” (capítulo 12, versículo 1-5) do velho testamento da Bíblia Cristã, versa sobre um caso de discriminação: narra-se que Arão e Míriam, irmãos mais velhos de Moisés, que, por sua vez, teria sido o responsável pela libertação dos hebreus da escravidão no Antigo Egito, queixaram-se com ele em razão de ter ele se casado com uma cusita, mulher originária de Cus/Cuxe (atual Etiópia), cujos habitantes eram negros (BÍBLIA, 2018a). Pela leitura da história, contemporaneamente, pode-se cogitar 03 hipóteses não excludentes de discriminação à esposa de Moisés: i) discriminação em razão da cor (era negra); ii) discriminação em razão de sua origem nacional (era natural de Cus); e/ou iii) discriminação em razão da religião (não era judia)<sup>5</sup>.

O segundo, colhido do novo testamento da Bíblia Cristã, versa sobre a existência de ódio entre povos já naquele período: no Evangelho de São Lucas (capítulo 10, versículos 30-37) consta a “Parábola do Bom Samaritano”. No episódio bíblico, diz-se que um homem, que se subentende judeu, fora assaltado e agredido por ladrões e, após, largado à beira de uma estrada quase morto. Avistaram-lhe um sacerdote e um levita, mas nenhum o ajudou. Então, aparece um samaritano que lhe tratou as feridas, levou-o a uma estalagem, pagou suas despesas e, assim, salvou-lhe a vida (BÍBLIA, 2018b). Esperava-se que em vez de ajudar, o samaritano fosse se regozijar com o sofrimento do judeu, visto que eram povos que se odiavam (por questões relacionadas à religião). Contudo, sem o fator “ódio” existente entre samaritanos e judeus à época, tornando inesperada a atitude caridosa do primeiro para com o segundo, a história não teria uma lição de moral tão incisiva (o dever de ajudar o próximo em necessidade mesmo que este seja seu inimigo).

O terceiro e último exemplo, colhido do Alcorão, o qual é dividido por Suras (ou Suratas), que encerram uma diversidade de temas prescritivos de condutas morais, também versa sobre ódio/intolerância religiosa: na Sura 5 (capítulo 82), lê-se que “os piores inimigos dos fiéis, entre os humanos, são os judeus e os idólatras” (ALCORÃO, 2018). Verifica-se, como se disse, um caso de ódio ao judeu e ao pagão/infiel, discriminando-se-os por causa de sua religião.

---

<sup>5</sup> Ressalva-se, porém, que facilmente, em qualquer busca, é encontrada a informação de intérpretes do texto bíblico no sentido de que a discriminação à esposa de Moisés teria sido motivada em razão deste não ter seguido o costume de casar-se com uma judia, escolhendo a cusita, uma não judia.

Colhidos de livros religiosos, apresentou-se 03 exemplos de 03 períodos respectivos e diferentes da História. A saber: o primeiro do Século XV a.C. (Idade Antiga – Antigo Oriente); o segundo do Século I d. C. (Idade Antiga – Antiguidade Clássica); e o terceiro do Século VI d.C. (Idade Média – Alta Idade Média). Avançando para a Idade Moderna, toma-se exemplos literários, tendo em conta que a 6ª Arte é fonte riquíssima para pesquisa no âmbito das ciências sociais e humanas. Isto porque se reunir fatos históricos à estória, é capaz de acrescentar um novo viés sobre o qual é possível interpretar ou, quiçá, alterar a realidade conhecida; e, se for literatura ficcional, dependendo da temática, autor e período em que se passa, retira-se, além da própria concepção do autor, muitas informações valiosas sobre hábitos, costumes e cenários de uma época. Assim, pode ser objeto de pesquisa também para a ocorrência de manifestações odientas em diferentes sociedades.

Para tanto, escolheu-se 03 breves trechos dos trabalhos do célebre William Shakespeare, cujas obras foram escritas entres os Séculos XVI d.C e XVII d. C. (neste segundo só nos primeiros anos), para demonstrar o sentimento odiento e preconceituoso existente na sociedade em que as obras circularam e, ante o reconhecimento do autor, aprovadas pela crítica. Assim, aleatoriamente, escolheu-se as obras “O Mercador de Veneza”, “Hamlet” e “Romeu e Julieta”, que contêm passagens no sentido antes mencionado. Após apresentar os trechos destacados de cada peça, faz-se, ao final, um apanhado muito breve do que se percebe das leituras.

Em “O Mercador de Veneza”, encontram-se vários trechos muito preconceituosos. Na obra, Shylock, um judeu, que empresta 3.000 ducados a Bassânio, o qual tem por avalista Antônio (SHAKESPEARE, 2016a). Na nota promissória que Antônio assina conscientemente, havia a previsão de que se ele, em 03 meses, não adimplisse a dívida, o credor poderia escolher qualquer parte de seu corpo para cortar e retirar uma libra de carne (SHAKESPEARE, 2016a). Para-se a narrativa neste ponto e se apresenta duas falas de Shylock, onde ele, além de declarar seu ódio aos cristãos, narra as atitudes preconceituosas e odientas por parte destes contra os judeus<sup>6</sup>. Acompanhe-se:

Eu o odeio porque é cristão e ainda mais porque, ingênuo e tolo, empresta ouro grátis, rebaixando os juros que cobramos em Veneza. Se consigo apanhá-lo num aperto, mato a fome de queixas muito antigas. Por odiar minha nação sagrada, nos locais onde vão

---

<sup>6</sup> Ocasionalmente, dos 07 exemplos mencionados, 04 deles têm a figura do antissemitismo. Esclarece-se, desde logo, que tal coincidência foi fortuita. Entretanto, é certo que isto serve para demonstrar que no transcorrer dos séculos os judeus, apenas em razão de sua escolha religiosa, têm sido discriminados e perseguidos, o que, por óbvio, considera-se absolutamente ignominioso. Aliás, no ensejo, diga-se: o povo judeu foi expulso da Inglaterra no século XIII, só tendo autorização formal para retornar na segunda metade do século XVI, de maneira que Shakespeare, salvo melhor juízo, não conheceu, durante sua vida, um judeu sequer, sendo Shylock, portanto, uma figura caricata, criada a partir da imaginação do autor acerca de como seria um judeu.

os mercadores, agride a mim, meus lucros e poupanças, a que chama de juros ou de usura. Maldita seja minha própria tribo se eu o perdoo. 512

[...]

*Signior* Antonio, muita, muita vez buscou menosprezar-me no Rialto. Por meus dinheiros e minhas usuras. Aturei tudo só com um dar de ombros (pois suportar é a lei da minha tribo). Chamou-se de descrente, de cão vil, cuspiu na minha manta de judeu, apenas porque eu uso do que é meu. Mas agora, parece, quer ajuda; agora chega, vem a mim e diz: “Shylock, hoje preciso o seu dinheiro”. O senhor, que escarrou na minha barba, afastou-me com o pé, como a um cachorro, da sua porta, agora quer dinheiro. Que devo dizer eu? Devo dizer “cão tem dinheiro?”, pode um vira-lata emprestar a alguém três mil ducados? Ou devo rastejar e, em tom servil, quase sem voz, com um sussurro humilde, dizer apenas “na quarta-feira o senhor cuspiu-me, humilhou-me tal dia e, certa vez, chamou-me de cão. Por tantas cortesias, vou emprestar-lhe todo esse dinheiro?” (SHAKESPEARE, 2016a, p. 512; 514)

Já “Hamlet” conta a história do príncipe da Dinamarca que, após receber a visita do fantasma de seu pai, descobre que este fora assassinado, com veneno, por seu tio, Cláudio, mancomunado com sua própria mãe, Gertrudes (SHAKESPEARE, 2016b)<sup>7</sup>. Por causa disto, Cláudio passa a ser o rei e Gertrudes sua esposa (SHAKESPEARE, 2016b). Frente a isto, Hamlet decide vingar a morte de seu pai (SHAKESPEARE, 2016b). Novamente, paralisa-se a narrativa e se vai direto ao ponto de interesse a este trabalho<sup>8</sup>. Nesta obra, Shakespeare, verbalizado por Hamlet, apresenta um trecho em que justifica o porquê de as pessoas aguentarem tantos fardos na vida. Entre estes fardos, Shakespeare aponta o açoite e os insultos do mundo, a afronta do opressor, o desdém do orgulhoso e a prepotência do mando. Veja-se:

Ser ou não ser – eis a questão. Será mais nobre sofrer na alma pedradas e flechadas do destino feroz ou pegar em armas contra o mar de angústias – e, combatendo-o, dar-lhe fim? [...] Os sonhos que hão de vir no sono da morte quando tivermos escapado ao tumulto vital nos obrigam a hesitar – e é essa reflexão que dá à desventura uma vida tão longa. Pois quem suportaria o açoite e os insultos do mundo, a afronta do opressor, o desdém do orgulhoso, as pontadas do amor humilhado, as delongas da lei, a prepotência do mando, e o achincalhe que o mérito paciente recebe dos inúteis, podendo, ele próprio, encontrar seu repouso com um simples punhal? Quem aguentaria fardos, gemendo e suando numa vida servil, senão porque o terror de alguma coisa após a morte [...]. (SHAKESPEARE, 2012, p. 560-561)

Por fim, de todos estes exemplos mencionados com relação a este autor, possivelmente, nenhum deles seja tão conhecido como é o caso de ódio declarado entre as famílias Montéquio e Capuleto, constante na, talvez, mais conhecida obra de Shakespeare, “Romeu e Julieta” (SHAKESPEARE, 2016b). No prólogo do texto isto já fica bastante evidente. Cuide-se: “Duas casas, iguais em seu valor, [...] brigam de novo, com velho rancor [...]. Dos fatais ventres desses

<sup>7</sup> A referência é genérica porque se presta apenas para nortear o local de onde as informações foram retiradas, sem haver página específica para tanto, pois abrange o todo da história.

<sup>8</sup> Deve-se mencionar, porém, que nesta obra concentra-se, possivelmente, alguns dos excertos mais conhecidos da obra shakespeariana como, por exemplo, “há algo de podre no Estado da Dinamarca”; “há mais coisas, Horácio, em céus e terras, do que sonhou nossa filosofia”; e “ser ou não ser, eis a questão” (SHAKESPEARE, 2016b, p. 387; 394; 424).

inimigos nasce [...] um par de amantes, [...]. A triste história desse amor marcado e de seus pais o ódio permanente, [...] em cena está presente. (SHAKESPEARE, 2016b, p. 125).

Vê-se, então, que a literatura shakespeariana é muito variada e farta em exemplos úteis, que demonstram a manutenção do sentimento odioso com relação ao outro no período do Renascimento, época em que as citadas obras foram escritas. Em “O Mercador de Veneza”, foi a existência da discriminação e do ódio entre judeus e cristãos que inspiraram o autor a criar o seu enredo e suas figuras caricatas. Em “Hamlet”, é o cenário de desprezo, insulto, desdém e prepotência entre uns e outros que parece ter, de fato, sido visto pelo autor em sua realidade, que o influenciou a verbalizar, por meio de seu personagem, que o motivo da persistência das pessoas em viver desta forma é seu desconhecimento do que há (se é que há algo) *post mortem* (porque se houvesse certeza de um “paraíso” e da inexistência de “punições”, os sujeitos não hesitariam em tirar a própria vida para saírem daquelas condições de indignidade). Enfim, em “Romeu e Julieta”, foi, precisamente, o ódio fútil, como é aquele motivado pela discriminação, entre as famílias que, em última análise, causou a morte dos protagonistas do romance.

Nesta incursão histórica sumária acerca do ódio, chega-se à Idade Contemporânea, período conturbado da história humana, repleta de revoluções, como a Francesa e a Americana, e guerras, entre elas as duas maiores em número de mortes e países envolvidos, que se passaram no Século XX. Neste quadro de eventos, toma destaque a 2ª Guerra Mundial e, em especial, as crueldades cometidas pela Alemanha nazista, onde, a partir de julho de 1941, teve início a chamada “Solução Final” (*Endlösung*) para os judeus, isto é, seu extermínio em massa, o qual foi estendido aos demais prisioneiros do regime (ciganos, homossexuais, associais, inimigos políticos do “Reich”, *et cetera*) e aos deficientes físicos e mentais, em prática explícita de eugenia quanto a estes últimos (ARENDDT, 2017, p. 26; 34; 98; 102; 111; 122).

Como regra, utilizava-se dois métodos para a matança: “o fuzilamento e a câmara de gás; o fuzilamento era feito pelos *Einsatzgruppen* e a execução por gás nos campos [de concentração], em câmaras ou em caminhões” (ARENDDT, 2017, p. 105). Hannah Arendt (2017, p. 103) narra que no campo de concentração de Kulm, local em que foram mortos aproximadamente 300 mil judeus, os prisioneiros, incluindo mulheres e crianças, eram executados por intermédio de caminhões de gás. Primeiramente, enclausuravam-se os prisioneiros dentro de tais veículos e, após, estes partiam a um local onde houvera sido aberta uma fossa. Durante o trajeto, os desafortunados passageiros recebiam, diretamente do escapamento dos caminhões, o gás monóxido de carbono, que, ao ser inalado, causava-lhes asfixia e, por consequência, a morte (ARENDDT, 2017, p. 103). Assim, quando os caminhões

chegavam a seu destino, as portas se abriam e os corpos eram, então, “jogados para fora, como se ainda estivessem vivos, tão moles estavam seus membros” (ARENDR, 2017, p. 103).

Destaque-se, porém, que cada campo de concentração tinha particularidades em termos de formas de extermínio. No campo de concentração de Leipzig, havia prisioneiros russos, tchecos, poloneses e franceses (STEVENS, 1945). Com a aproximação das tropas aliadas, 350 prisioneiros foram fuzilados e outros 200 queimados vivos (STEVENS, 1945). Restaram 220 prisioneiros famintos que, com a crença de que encontrariam comida, foram atraídos para dentro de um edifício de madeira e lá trancados por 12 guardas da *Schutzstaffel* (“tropa de proteção”), mais conhecida pela sigla “SS”, e 01 agente da *Geheime Staatspolizei* (“polícia secreta do estado”), também melhor conhecida pela sigla “GeStapo”. Os agentes estatais, ato contínuo, rociaram o local com um líquido inflamável e nele atearam fogo (STEVENS, 1945). Quem conseguia escapar do fogo era alvejado por tiros de metralhadoras estrategicamente posicionadas e, se acaso conseguissem escapar dos tiros, ainda havia uma cerca elétrica na qual muitos se enroscaram e, igualmente, tiveram sua vida ceifada, consoante relataram os pouquíssimos (e miraculosamente) sobreviventes (STEVENS, 1945).

Já no campo de Ohrdruf, em 08 meses, os nazistas mataram de fome, a pancadas ou em fogueiras (que servia tanto para matar indivíduos quanto para cremar os corpos daqueles assassinados de outra forma) mais de 4.000 prisioneiros políticos alemães, judeus, tchecos, russos, polacos, belgas e franceses (STEVENS, 1945). Próximo de Frankfurt am Main, localizada em Hadamar, estava uma instituição que deveria ser um manicômio, mas que, em realidade, transformou-se no palco de 15.000 mortes por câmaras de gás e outras 20.000 por causas diversas, como overdose de morfina, totalizando 35.000 assassinatos de alemães, russos e polacos presos por questões religiosas ou políticas (STEVENS, 1945). Em Breendonk, na Bélgica, predominavam as torturas: os prisioneiros eram amarrados e açoitados com paus envolvidos por arames farpados; tinham a pele queimada por cigarros; recebiam torniquetes com correntes ao redor do corpo; e tinham os polegares apertados em um instrumento de tortura denominado de “anjinho” (STEVENS, 1945).

Relato muito interessante acerca do campo de concentração de Mauthausen foi fornecido pelo então tenente superior Jack H. Taylor, que fora capturado em 01 de dezembro de 1944 pela GeStapo. Quando questionado sobre quais formas as pessoas eram executadas no campo, respondeu que havia “cinco ou seis formas: gás; fuzilamento; açoites, isto é, golpes com garrotes; exposição, deixando-nos nus na neve durante dois dias e jogando-nos água fria em pleno inverno; inanição; cachorros; e atirando-nos de um penhasco de 30 metros” (STEVENS, 1945). Isto não era diferente nos campos de Buchenwald, onde havia prisioneiros de todas as

nacionalidades europeias, e de Bergen-Belsen, mas, além disto, realizavam-se experiências médicas nos prisioneiros, como a aplicação de toxinas e antitoxinas, esterilização de meninas de 19 anos, assim como vivisseções (dissecação de pessoas vivas com o propósito de realizar estudos anátomo-fisiológicos) (STEVENS, 1945).

Após estas práticas ignóbeis, ou os corpos eram enterrados nas mesmas valas em que seus corpos foram antes “despejados” ou, para eliminar quaisquer vestígios do extermínio, cremados em fornos projetados para receber simultaneamente múltiplos corpos inteiros (STEVENS, 1945). Neste sentido, por parte dos Aliados, no campo de Dachau (destinado a dissidentes políticos, criminosos reincidentes e fanáticos religiosos da Alemanha, Polônia, Tchecoslováquia, Holanda e França), foram encontrados 30.000 corpos enterrados; e no campo de Bergen-Belsen mais 25.500 prestes a serem enterrados (STEVENS, 1945). Por fim, sobre os crematórios, atente-se que, segundo relatos, em Buchenwald os fornos queimavam, ininterruptamente, 400 corpos a cada 10 horas (STEVENS, 1945)<sup>9</sup>.

Para o regozijo de todos, “a vida humana, e conseqüentemente a evolução social e estatal é cheia de tropeços que restauram a humanidade [...]” (MORAIS; NASCIMENTO, 2009, p. 158) perdida em momentos de trevas como os citados acima. De qualquer modo, averiguando estes fatos relativamente recentes, mesmo que de forma genérica, é de questionar-se como isto pôde acontecer em sociedades humanas tidas por racionais. Com efeito, poder-se-ia discorrer longamente acerca dos fatores que culminaram e depois sustentaram a 2ª Guerra Mundial, mas, na medida em que se tangenciaria o objeto desta dissertação, opta-se por sintetizar a pergunta: quais são as palavras que melhor aglutinam a complexidade da resposta à pergunta anterior? Sem dúvidas, surgem, de imediato, segundo se acredita, três palavras. A saber: “intolerância”, “discriminação” e “ódio”<sup>10</sup>.

Portanto, as barbaridades que foram cometidas, na contemporaneidade, pela Alemanha nazista e seus aliados contra quem consideravam inimigos, são nada mais que o exemplo mais radical dos frutos peculiares e execráveis do ódio nas sociedades. Dito de outro modo: ante este plexo de fatos, denota-se que sob o manto do ódio ao outro, foram cometidas, inclusive no

---

<sup>9</sup> Para mais detalhes e informações, assista-se ao documentário “Nazi Concentration Camps”, de George Stevens, datado de 1945, que traz uma compilação lúgubre de filmagens e fotografias verdadeiras e chocantes das pessoas e situações encontradas nos campos de concentração pelos aliados, após a libertação, enquanto avançavam pela Alemanha (STEVENS, George. **Nazi Concentration Camps**. 1945 (58min). Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=mdX82V2rPfo&has\\_verified=1](https://www.youtube.com/watch?v=mdX82V2rPfo&has_verified=1)>. Acesso em: 21 set. 2018). Frise-se, ademais, que este documentário foi apresentado como evidência no Tribunal de Nuremberg em desfavor dos acusados (UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **The Nuremberg Trials**. Disponível em: <<https://www.ushmm.org/collections/bibliography/nuremberg-trials>>. Acesso em: 21 set. 2018).

<sup>10</sup> Destaque-se: não se desconhece que tais palavras possuem particularidades em seu sentido, mas, neste trabalho, cuja temática principal relaciona-se com os discursos de ódio, tendo em vista sua inarredável conexão com a intolerância e a discriminação ao outro, serão tratadas como se tivessem o mesmo significado.

Brasil, desde quando era uma colônia de Portugal, as maiores e mais diversas atrocidades em face de grupos de indivíduos tidos como “diferentes”, “estranhos”, sendo muitas daquelas, como nos casos acima apontados, legitimadas por Estados (DEL PIORE; MÜLLER, 2017, p. 08). No caso específico do Brasil, na atualidade, parece estar em marcha, felizmente, um movimento em prol de mudanças, pois

O que no passado era considerado tolerável, hoje não é mais admissível aos olhos da sociedade. O país reage, em velocidade diferente, de acordo com cada região e grupo social, à violência conjugal, àquela dirigida a crianças ou idosos, à sexual, à violência contra os animais, ao *bullying*, aos insultos racistas ou homofóbicos. Como dizem os sociólogos, mais que uma qualificação de fatos, a violência se define por sua desqualificação: é algo que todos condenamos (DEL PIORE; MÜLLER, 2017, p. 07).

Não se trata, porém, como se acredita, de um fenômeno que vem *pari passu* ao crescimento da violência, mas sim da percepção desta e a discordância da sociedade brasileira com ela (DEL PIORE; MÜLLER, 2017, p. 07). Apartada esta particularidade e atentando-se ao cenário geral, sabe-se que se for passada em revista a história humana com todos seus eventos sociais, onde se incluem, naturalmente, os eventos suprarreferidos, observar-se-á que ela é marcada por discussões entre indivíduos; atritos de grupos de pessoas contra outros grupos de pessoas; revoluções da população contra o próprio Estado; e guerras entre Estados, o que leva a crer que não há sociedade que desconheça o sentimento “ódio”, seja em pequena, média ou larga escala. Infere-se, portanto, que ele é um fenômeno ecumênico e intergeracional<sup>11</sup> o qual não possui uma única *causa mater*.

Destarte, se múltiplas são as razões que ensejam o ódio, entende-se pertinente apontar como gênero que as congrega as diferenças intelecto-socio-culturais entre os indivíduos e povos (SANTOS, 2010, p. 23). Nos dias correntes, a conduta odienta, baseando-se nestes fatores de heterogeneidade social, objetivam discriminar negativamente os sujeitos que é, segundo Carlos Ayres Brito, “[...] conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhanamente desigual”, introjetando nela um sentimento de inata hipossuficiência, podendo a ação ser também denominada de “preconceitualizar” (BRASIL, 2003a, p. 825). A este tipo de comportamento, a doutrina tem denominado de “discurso de ódio” ou “*hate speech*”, conceituando-o, porém, de múltiplas formas. Para Marcela Maffei Quadra Travassos (2013, p. 291-292), autora de excelente trabalho no livro “Direito e Mídia”, coordenado por Anderson Schreiber, o discurso de ódio

---

<sup>11</sup> Neste sentido, tomando por base a sociologia de Max Weber (1994), aduz-se que o “ódio” pode ser fato gerador das chamadas “ações sociais afetivas” e, quando muito enraizado em um indivíduo, grupo ou sociedade, das “ações sociais tradicionais”.

valida todas as formas de manifestação de opinião [...] que, direta ou indiretamente, expressem o ódio do interlocutor a determinadas pessoas ou grupo de pessoas com características convergentes, comumente tratados sob o enfoque das minorias. Em outras palavras, a expressão *hate speech* muitas vezes vem atrelada ao incitamento ao ódio por meio de declarações ou manifestações, que versam, expressa e negativamente, sobre temas como etnia, raças, religião, orientação sexual ou qualquer outra característica de um indivíduo ou grupo de indivíduos.

Ocorre que tal conceito e aqueles que com ele guardam similitude não têm muita precisão, sendo muito abertos, bem como parecem ter a tendência de invadir o âmbito reservado à liberdade de pensamento e expressão, como se verá mais adiante. Esta crítica é feita porque, no momento em que um caso concreto envolvendo discurso de ódio enseja a incidência de normas jurídicas, o conceito inexato não demarca bem a esfera do lícito e do ilícito. Acompanhe-se a imediata e mínima repercussão possível no que tange a primeira parte do conceito: se qualquer forma de manifestação de opinião, direta ou indireta, que expresse o ódio do interlocutor a determinadas pessoas ou grupo que integrem é discurso de ódio, tornando-a passível de responsabilização, então, não só todas as pessoas estão proibidas de dizer que determinado grupo não a agrada, por mais absurda que a opinião possa ser, como também estão proibidas de manifestar qualquer concepção que, indireta e (até mesmo) irrefletidamente, expressem desprezo ou intolerância a um grupo de pessoas detentor de determinada característica.

Na segunda parte do conceito, tenta-se explicar melhor o que é o discurso de ódio, mas, com isto, parece haver contradição com o que inicialmente foi afirmado. Note-se que enquanto na parte antecedente dizia-se que a manifestação indireta de ideia odiosa em face de grupo discriminado configuraria discurso de ódio, na parte subsequente, aduziu-se que a incitação ao ódio é facultativa (“[...] muitas vezes vem atrelada ao incitamento ao ódio”); e que as manifestações teriam que ser expressas, abrindo margem para questionar sobre a impossibilidade de discurso de ódio indireto, já que, nesta forma, presume-se que ocorreria de forma velada. Não obstante, o conceito refere que configurará discurso de ódio o mero comentário negativo sobre temas como etnia, raças, religião, orientação sexual ou qualquer outra característica de um indivíduo ou grupo de indivíduos, ou seja, nem mesmo precisa ser odiosa a manifestação (porque antes a autora menciona a não obrigatoriedade de que haja o incitamento ao ódio), o que faz retornar à crítica primeira.

Outro conceito que pode ser apontado é o do professor Winfried Brugger (2007, p. 118) para quem “o discurso do ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”. Vê-se, de plano,

um problema atinente à conduta configuradora do discurso de ódio. Ora, “tender” é sinônimo, de “inclinarse”, “pender”, “aproximar-se”, “voltar-se”, entre outros. Logo, considerar como discurso de ódio palavras que “tendam a assediar”, “tendam a insultar” ou “tendam a intimidar” torna a primeira parte do conceito, com todo o respeito que merece o eminente autor supramencionado, imprestável.

A uma porque o torna extremamente subjetivo, deixando ao completo alvedrio do grupo vítima decidir se houve ou não um discurso odioso, visto que aquilo que parece tender ao insulto, intimidação ou assédio em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião para uns, pode muito bem não parecer assim para outros. Nenhuma outra situação é mais perigosa a uma ordem jurídica que se pretender justa do que deixar conceitos hábeis a configurar responsabilidades civis-criminais ao arbítrio puro, unilateral, de uma parte que possa ter interesse em uma determinada forma de solução/julgamento. Aliás, indo a um exemplo radical, mas sem a pretensão de igualar os eventos (um hipotético e outro real), foi justamente este tipo de possibilidade (decisionismo unilateral e despreocupado com a técnica de parte interessada) que oportunizou a legalização de muitas das condutas horrendas do nazismo.

A duas porque se instalaria um paradoxo acaso uma autoridade pública se deparasse com um caso concreto e tivesse que o analisar a partir deste conceito. Veja-se: ou sua conclusão seria sempre pela não ocorrência do discurso de ódio, ante incapacidade de lesão ao bem jurídico protegido (igualdade)<sup>12</sup>, visto que se a conduta meramente tende a alguma finalidade, em realidade, ela não a alcança e, assim, não se haveria de falar na ocorrência de discurso de ódio, nunca; ou, *a contrario sensu*, seria sempre por sua concretização, porque bastaria a mera ameaça remota de lesão ao bem jurídico e, considerando que, a partir do conceito de Brugger, quem diz se se sente ou não assediado, insultado ou intimidado por determinada palavra por causa de sua condição diferenciadora é o próprio grupo vítima, restaria à autoridade a função de meramente oficializar, ou melhor, declarar, sua ocorrência, sempre.

Contudo, isto não é só. Não parece ser suficiente para ocorrer um discurso de ódio a mera (tendência a) intimidação, assédio ou insulto em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, sendo, neste caso, a instigação da violência, do ódio ou da

---

<sup>12</sup> Justifica-se porque apenas a igualdade e não a dignidade que tanto está sendo mencionada: “[...] o apelo imediato à intocável dignidade da pessoa não constitui um bem jurídico penalmente relevante, antes é, numa certa aceção, muito mais que isso, a saber, a mais importante proposição (ou imposição final) ideológica que preside a um Estado de Direito. Proposição que pode e deve – isso sim – concretizar-se, no modo fragmentário e lacunoso próprio da tutela penal, em concretos bens jurídicos como o é, precisamente, a liberdade e autodeterminação sexual. O que fará, a esta luz, com que o aludido princípio não deva constituir fundamento de validade constitucional de uma incriminação” (DIAS, 2012, p. 257).

discriminação conduta subsidiária. Por certo, se o discurso é dito “de ódio”, precisa, pelo mínimo, instigar a terceiros, em razão de discriminação do agente, o óbvio, que é o ódio, a violência e/ou a intolerância ao grupo vítima. Logo, tal conduta é principal (ou condição *sine qua non*) do discurso de ódio e não uma simples conduta acessória ou subsidiária.

Dito por outras palavras: a ocorrência da intimidação, do insulto ou do assédio por causa de individualidades das vítimas é conduta acessória àquela que é nuclear do discurso de ódio e se volta a instigar (terceiros) à violência, ódio ou intolerância aos sujeitos. De mais a mais, considerar capaz de consubstanciar discurso de ódio apenas a (tendência a) importunação e a provocação por palavras, mesmo que em razão de raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, parece permitir a banalização de seu significado, já que bastará um conjunto de indivíduos aborrecer-se para dizer-se que há discurso de ódio, o que não parece ser o sentido da expressão.

Um terceiro conceito é o de Daniel Sarmiento (2006, p. 02) que aponta como *hate speech* “manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivados por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores”. No geral, o conceito é bom, já que aponta a conduta principal, que é o discurso de ódio em razão de preconceito do agente, deixando, acertadamente, em aberto as causas de discriminação (não há a restrição do grupo vítima). Por outro lado, o conceito não esclarece com precisão, afinal, qual(is) conduta(s) corporificará(ão) o discurso de ódio, limitando-se, com todo o respeito devido ao autor, quase que a apresentar a tradução de “*hate speech*” por intermédio de alguns de seus sinônimos (“*speech*” = “discurso” = “manifestação”; “*hate*” = “ódio” = “desprezo” = intolerância – com o sentido de “repressão ao que é diferente”, “discriminação”), apontando que se volta contra grupos discriminados. Seria o mesmo que se afirmar que “*Hassrede*”, termo em alemão que designa “discurso de ódio”, significa “*hate speech*”, em inglês, e “*discours de haine*”, em francês, ou seja, não explica, efetivamente, o conceito. Aqui, peca-se também pela imprecisão conceitual.

Afora estes conceitos, nota-se que, de acordo com Antonio de Holanda Cavalcante Segundo (2016, p. 70), não existe documento oficial internacional pertencente ao sistema normativo global que conceitue “discurso de ódio”. Diferentemente, no sistema normativo regional europeu, existe a Recomendação 97(20) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa que, entre outros assuntos, traz uma ideia de significado para a expressão (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 70). Em consonância com tal Recomendação,

*For the purposes of the application of these principles, the term “hate speech” shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or*

*justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin*<sup>13</sup>. (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 70)

Pelo que se observa, o conceito tem qualidade, mas não é insuscetível de crítica. Como aspectos positivos, tem-se, primeiro, verbos que definem a prática efetiva de condutas (espalhar, incitar, promover e justificar); e, segundo, apenas um rol exemplificativo de formas de discurso de ódio, deixando o conceito aberto para abranger outras formas de ódio baseadas em intolerância/discriminação (“[...] covering all forms of expression. [...]” e “[...] or other forms of hatred based on intolerance [...]”). Contudo, estatuí como únicas vítimas possíveis do discurso de ódio as minorias migrantes e imigrantes, restringindo o conceito. Assim, deixa de ser útil a abertura do rol a diferentes formas de expressão do ódio, posto que, se apenas duas categorias poderão ser vítimas e elas já estão especificadas, restritas serão as hipóteses de discurso de ódio contra elas. Aliás, estas hipóteses já foram colocadas como exemplo. Ademais, deve-se ter em conta que, apesar da ubiquidade social do ódio, este conceito leva em conta a realidade europeia, não servindo para abarcar a complexidade da sociedade brasileira, por exemplo.

É dizer: cada comunidade possui seus próprios flagelos sociais que precisam ser combatidos. Assim sendo, no caso dos discursos de ódio, deve-se buscar um conceito genérico, quanto às formas de manifestação do ódio e da discriminação, de maneira que possa se amoldar a diferentes culturas, e, ao mesmo tempo, preciso quanto a quais condutas o concretizarão. Com isto, resta favorecida a formação de uma unicidade significativa, útil a diferentes realidades, e exata quanto ao que configura um discurso de ódio. Neste íterim, é de máxima importância notar que, independentemente do(s) grupo(s) de vítimas a que se dirijam, todos os discursos de ódio possuem um denominador comum sobre o qual se pode iniciar a laborar: comentários que propagam o ódio em face de grupos detentores de característica que os diferencia, sendo, ainda, geralmente, marcados, pela discriminação e/ou preconceito ao mesmo grupo. É dizer:

Nas manifestações de ódio, os destinatários são feridos por pertencerem a um determinado grupo que é discriminado. É dizer, o indivíduo é violado exatamente naquilo que o identifica como pertencente daquele determinado setor da sociedade. Nesse sentido, ele só deixaria de ser ofendido se perdesse a condição de membro do grupo ao qual pertence. Isso implicaria renúncia de opções política, crenças religiosas, opção sexual...Em outras palavras, significaria a perda de sua própria identidade. No

<sup>13</sup> Em tradução livre: “para os propósitos de aplicação destes princípios, o termo “discurso de ódio” deve ser entendido como cobrindo todas as formas de expressão que espalhem, incitem, promovam ou justifiquem o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseada na intolerância, incluindo a intolerância expressa pelo nacionalismo e etnocentrismo agressivo, discriminação, hostilidade contra minorias migrantes e pessoas de origem imigrante”.

mais das vezes há que se considerar que é impossível ao indivíduo renunciar a essas características, pois elas compõem a sua personalidade, a sua identidade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 102)

Então, primeiro, buscar-se-á tal conceito, juntamente com argumentos jus-positivos para considerá-lo ilícito, averiguando-se, além disto, os principais aspectos e classificações que o permeiem. Para realizar estes intentos, inicialmente, é imprescindível analisar os principais documentos atinentes à ordem jurídica internacional, porque se é verdade que o “ódio ao diferente”/a discriminação colérica é um fenômeno onipresente nas sociedades, supõe-se, portanto, que nas normatizações internacionais, visto que construídas para promover os direitos humanos, devem haver luzes, pelo menos, vestibulares para a edificação do conceito buscado. Além disto, deve-se analisar também a própria ordem jurídica brasileira, com o fito de descobrir se o conceito eventualmente encontrado se coadunaria com o ordenamento nacional. É isto o que se passa a fazer.

O primeiro documento que se deve ter em conta para orientar uma formulação adequada de discurso de ódio é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) de 1789, não apenas por sua importância histórica, visto que positivou os ideais da própria Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), mas também por ser a pedra angular para a construção efetiva da primeira dimensão de direitos humanos. Em seus artigos 4º, 5º e 10º, são traçados os limites da liberdade dos indivíduos, em seus diferentes âmbitos, que é “poder fazer tudo que não prejudique o próximo”, nem a sociedade e tampouco “perturbe a ordem pública estabelecida pela lei” (DDHC, 1789). Portanto, a nocividade que efetivamente prejudica os direitos do outro faz cessar o direito de liberdade do indivíduo que a exerce, ingressando no campo do que se chama de abuso de liberdade.

Isto quer dizer que toda a manifestação humana que tenha potencialidade lesiva (*eventus periculi*) de prejudicar terceiros, afetando negativamente seus direitos e a ordem social devem ser considerados comportamentos ilícitos. No que tange aos discursos de ódio, uma primeira luz é que serão ilícitos (e não exercício da liberdade de expressão) todos aqueles que forem disseminados, em qualquer meio, por atuação voluntária e consciente do agente, objetivando, direta ou reflexamente, atingir direito de terceiros. Significa: não ostentarão o rótulo de discurso de ódio as condutas que, por interpretação, apenas tendam indireta e irrefletidamente ultrajar direitos dos demais. Firma-se, então, o requisito mínimo para um discurso de ódio: capacidade de ferir direitos de outrem.

Antes de passar-se à análise dos demais documentos, são pertinentes alguns esclarecimentos. O primeiro é que o Direito Internacional possui sistemas normativos de

proteção dos direitos humanos que coexistem, funcionando um complementarmente ao outro. No âmbito mais geral, o sistema normativo global tem por entidade a ONU e por textos guia a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH – 1948) e a Carta das Nações Unidas (CNU – 1945) (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 91). Já no âmbito regional, mais especificamente na América, o sistema normativo regional tem por entidade a Organização dos Estados Americanos (OEA) e por textos guia a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH – 1948) e a Carta da OEA (COEA – 1948) (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 91).

O segundo é que, apesar da relevância histórica e basilar para os direitos humanos, os textos supramencionados não têm eficácia cogente para os estados que os ratificaram, servindo apenas de norte para a internalização dos direitos humanos no plano regional (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 91). Isto porque “[...] a declaração não é um tratado, não é formalmente vinculante [...]” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 208). Por outro lado, indo ao encontro do que se afirmou, os dispositivos das declarações “[...] encaixam-se na noção de *soft law* [...]”, de maneira que “acabam por pautar largamente as relações sociais no que diz respeito à proteção dos direitos humanos”, considerando-se-os como pontos de partida para tanto (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 208).

Contudo, o mesmo não se passa com os pactos e tratados, visto que estes possuem não só força cogente para os Estados que os ratificarem, como também trazem meios de fiscalização e de coação para que sejam cumpridos (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 208). É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP - 1966), no sistema normativo global, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica (CADH/PSJCR - 1969), no sistema normativo regional, os quais pormenorizam os direitos e deveres previstos nas declarações (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 210).

Desta forma, para alcançar as finalidades antes enunciadas, trabalhar-se-á com dois blocos de documentos, cotejando-se, sumariamente, os artigos pertinentes em cada bloco. O primeiro é formado pela DUDH e pela DADDH e o segundo pelo PIDCP e pela CADH. A razão que sintetiza a escolha destes diplomas reside no fato de que eles, no tange aos direitos de liberdade e igualdade, são os principais marcos legislativo do sistema internacional e regional (americano) de direitos humanos. Não bastasse isto, são estes documentos que, em última análise, permitiram elevar os indivíduos à qualidade de sujeitos do Direito Internacional, consolidando, assim, a indelével importância de cada ser humano. Singularmente, justifica-se a disposição do primeiro bloco porque ambos os textos são “o[s] ponto[s] de irradiação dos esforços em prol da realização do ideal de universalidade dos direitos humanos [...]”

(OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 210); e do segundo porque guardam respectivo paralelismo de fonte normativa com os documentos do bloco anterior, especificando os direitos que estes estatuem.

No artigo de abertura da DUDH, vê-se a consagração da dignidade humana, a qual é invariável para todas as pessoas; do direito de ser livre e do dever de atitude fraternal entre os indivíduos (ONU, 1948). Na DUDH, para garantir formalmente que este seja o estado natural de todo ser humano, o artigo 2º, item 1, e o artigo 7º asseveram que todos têm “[...] capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie [...]” porque iguais perante a lei, tendo também “[...] direito a igual proteção contra qualquer discriminação que [a] viole [...]” (ONU, 1948). Verificando-se a DADDH, é visto que seu preâmbulo repete em essência o artigo 1º da DUDH e seu artigo II repete parcialmente o artigo 7º da DUDH, suprimindo apenas parte do rol exemplificativo constante neste último e o trecho que fazia menção ao direito de proteção contra qualquer discriminação (OEA, 1948; ONU, 1948).

Como diferencial não substancial da DADDH e da DUDH, sob a ótica que se as está analisando, deve-se cuidar o artigo XVII daquela com atenção ao artigo 2º desta. Com efeito, enquanto o artigo XVII aduz que os indivíduos mantêm seus direitos e obrigações, assim como seus direitos civis fundamentais em qualquer lugar que estejam, o artigo 2º, item 1, diz que todo ser humano tem capacidade de gozar os direitos e as liberdades sem distinção de qualquer espécie (OEA, 1948; ONU, 1948). Ora, nesta situação, há de reconhecer-se a ocorrência de uma paráfrase simplificada do texto da DADDH com relação àquela da DUDH.

Situação muito parecida acontece entre os artigos XXIX da DADDH, 1º e 30 da DUDH. Neste caso, ao mesmo tempo que o artigo 1º impõe o dever de atitude fraternal entre os indivíduos e o artigo 30 proscreeve que os direitos e liberdades reconhecidos na DUDH sejam opostos a terceiros como forma de destruir os direitos e liberdades destes últimos, o artigo XXIX da DADDH também proclama como dever dos indivíduos a convivência harmoniosa com os demais, de modo a permitir que cada um possa desenvolver integralmente sua personalidade (OEA, 1948; ONU, 1948). Por certo, proibir a supressão de direitos e liberdades de terceiros e impor como dever a atitude fraternal entre indivíduos e o respeito mútuo entre eles são faces opostas do mesmo dever, que é o convívio plácido. Entretanto, a finalidade de tais deveres, que é a garantia do desenvolvimento da personalidade em plenitude, somente ficou expressa na DADDH.

Aproximando-se estes destaques da DUDH e a DADDH à temática em apreço, fica fácil depreender quais motivos escoram a noção de perniciosidade e ilicitude dos discursos de ódio:

simultaneamente, eles negam que todos sejam detentores da mesma medida de dignidade, categorizando as pessoas entre mais dignas e menos dignas (e, quiçá, sem dignidade), algo que, realmente, não pode ser admitido, e que, assim, sejam iguais perante a lei. As duas declarações têm a dignidade e a igualdade como pontos nodais de seus dispositivos, atribuindo-as equitativamente entre todos (OEA, 1948; ONU, 1948). A comprovar isto, note-se que ambas são uníssonas na proibição de distinções de quaisquer naturezas, como, por exemplo, raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política (ou de outra natureza), origem nacional (ou social), riqueza, nascimento, *et cetera*.

Como corolário desta apreciação, desvenda-se os bens jurídicos (ou direitos) violados pelos discursos de ódio, que são a igualdade e, reflexamente, a dignidade. O *hate speech* pretende, por isto, lograr êxito em obstar o desenvolvimento da personalidade, que reúne “o conjunto de características e atributos da pessoa humana considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2004, p. 27), de maneira a turbar, ainda, a paz/ordem social. No ponto, vale dizer que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio/direito/valor de maior importância em qualquer sociedade, é a *alma mater* dos direitos de liberdade e igualdade, os quais “são pressupostos necessários para alcançar uma democracia efetiva” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 76). É, pois, cogente a busca de intercâmbio entre eles “para que assim se realizem as escolhas sociais do século XXI” (MORAIS; NASCIMENTO, 2009, p. 162).

Deste modo, entende-se que eles (liberdade e igualdade) pressupõem-se mutuamente, pois onde se desrespeita a igualdade e/ou a liberdade, em suas mais diversas formas de manifestação, seja por parte do Estado, seja por parte dos próprios indivíduos pertencentes à mesma comunidade, não só se fere e prejudica o outro, como também se macula, por consequência, a dignidade humana<sup>14</sup>. Assim, deduz-se que, além do potencial ofensivo, para configurar-se um discurso de ódio, é indispensável haver a negação da igualdade de grupo de pessoas, por meio de discriminação (propriamente dita) de qualquer natureza, humilhando-as, ou incitando o ódio em razão de discriminação, rejeitando a noção de igual dignidade (e respeito) entre todos.

Se fosse encerrada, neste momento, a análise dos documentos internacionais, sem dúvida, estariam bem fixadas as premissas caracterizadoras do que se denomina de discurso

---

<sup>14</sup> Cuide-se, porém: os indivíduos não perdem a dignidade, pois ela é um pálio que, abstrata e permanentemente, protege-os, mas quando qualquer dos direitos originários dela são violados, da mesma forma, conforme dito, macula-se a dignidade dos atingidos.

discriminatório/preconceituoso (serão utilizados como sinônimos – e de fato são – no presente trabalho). O conceito que se daria para este discurso seria aquele que prega a discriminação de qualquer natureza em face de grupo de pessoas detentor de característica que o individualiza, causando lesão ao(s) bem(ns) jurídico(s) igualdade e/ou dignidade. Todavia, conforme se acredita, o discurso de ódio tem na incitação da violência/intolerância ao grupo discriminado o componente que o diferencia do discurso preconceituoso, tornando-o sobejamente mais grave.

É dizer: enquanto no discurso preconceituoso o agente prega-o a terceiros, instigando que também hostilizem determinado grupo, no discurso de ódio, o sujeito ativo da conduta incita o ódio em razão de preconceito ou, subsidiariamente, complementa esta conduta medular com um discurso preconceituoso (prega a discriminação ao grupo e incita o ódio de terceiros a este mesmo grupo). Compulsando-se a DDHC, a DUDH e a DADDH, nota-se que nenhuma delas faz esta correlação, limitando-se, no caso das duas últimas, a condenar a discriminação de qualquer espécie (DDHC, 1789; OEA, 1948; ONU, 1948). Por esta razão, passa-se a consultar o segundo bloco, constituído pelo PIDCP e pela CADH (PSJCR), os quais, por sua própria natureza, têm a função precípua de pormenorizar os direitos e deveres ressaltados no bloco anterior, consoante apontamento anterior.

Consigna-se, desde logo, que ambos os documentos contêm em seus preâmbulos menção à importância da proteção dos direitos essenciais dos indivíduos, decorrentes da dignidade humana (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b). Ademais, o artigo 5º do PIDCP versa sobre a correta interpretação de suas disposições, mas, basicamente, repisa aquela constante na DUDH (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b). Diferentemente, o artigo 29 da CADH, ainda que trate do mesmo tema (forma de interpretação dos dispositivos), trazendo a mesma noção que o artigo antes mencionado, inova, em termos de sistema normativo regional americano de proteção de direitos humanos, já que não há disposição sobre a forma de interpretação dos dispositivos na DADDH, sendo bastante metucioso ao enunciar suas hipóteses (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b)<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Artigo 29. Normas de Interpretação – Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (BRASIL, 1992b).

Afora isto, os artigos 2º, item 1 e 3, e 26 do PIDCP e os artigos 1º, item 1, 2º, 11, itens 1-3, 24 e 25 da CADH possuem semântica textual semelhante, reafirmando, em síntese, o dever dos Estados Partes de assegurar o gozo dos direitos e liberdades assegurados nos pactos sem discriminações e a igualdade de todos, e especificando, complementarmente, a imprescindibilidade de tais entes garantirem a instituição de instrumentos jus-processuais para restabelecer os direitos e liberdades, acaso sejam violados (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b). Aliás, tamanho é o compromisso para coibir discriminações que os dois diplomas são harmônicos em asseverar (artigo 4º do PIDCP e artigo 27 da CADH) que, mesmo sob condições excepcionais, as quais ensejariam que disposições suspendessem as obrigações decorrentes destes pactos, nada autoriza a adoção de medidas discriminatórias por raça, cor, sexo, língua, idioma, religião ou origem social (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b).

A particularidade proeminente dos diplomas consta no artigo 20, itens 1 e 2, do PIDCP e no artigo 13, itens 2 e 5, da CADH. Isto porque é por meio deles que é possível diferenciar o discurso “meramente” preconceituoso do discurso de ódio. A temática que envolve estes dispositivos é o direito de liberdade de expressão. Salienta-se que, intencionalmente, não se abordará, neste momento, o debate doutrinário entre o direito irrestrito de liberdade de expressão (que tornaria lícita a divulgação de discurso de ódio) *versus* o direito de igualdade entre os indivíduos (que tornaria ilícita a divulgação dos *hate speeches*), uma vez que tal embate será objeto do próximo subcapítulo. Os dois pactos positivam que leis devem proibir a propaganda em favor da guerra e toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b). Quando comenta sobre o dispositivo que faz tal referência na CADH (parafrazeado da PIDCP), Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 64-65) expõem que a redação daria margem para duas interpretações. A saber:

A primeira é a de que a Convenção Americana de Direitos Humanos não proíbe a propaganda ou a apologia de qualquer ideia, teoria ou opinião, mas apenas a incitação à guerra, ao ódio nacional, racial, religioso ou à discriminação, pois prevê expressamente que a propaganda e a apologia, para serem proibidas, devem constituir incitamento. A segunda é a de que a Convenção manda proibir apenas a propaganda de guerra ou a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que sejam capazes de provocar violência ou outra ação ilegal contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou seja, que gere perigo concreto a algum bem jurídico.

Acredita-se, porém, que uma terceira interpretação mais abrangente, lapidada a partir desta segunda, também é possível. Explica-se: ao atentar-se para os artigos que indicam a forma de interpretação dos dispositivos dos pactos (artigos 5º do PIDCP e 29 da CADH), tem-se, em apertada síntese, que nenhuma disposição constante neles pode ser interpretada como

reconhecimento a Estado, grupo ou indivíduo de direito de estes dedicarem-se a atividades ou à prática de atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades afirmados neles (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b). Com isto, fica hialina a conclusão de que quem faz apologia à guerra (de qualquer estirpe, como, por exemplo, entre países ou indivíduos) ou ao ódio (nacional, racial ou religioso) para discriminar, hostilizar e/ou causar atos de violência a terceiros tem o ânimo inequívoco de provocar, rápida ou vagarosamente, a aniquilação da igualdade, da liberdade e, conseqüentemente, da dignidade dos grupos ou indivíduos alvo.

É sabido que poucas são as concepções impassíveis de serem colocadas à prova. Além desta certeza, outra que também se crê investida de verdade irrefutável é que não há manifestação a favor de uma guerra, que ceifa impiedosamente a vida de muitos inocentes, e tampouco a que incite ou defenda o ódio/intolerância ao outro (por qualquer motivo asqueroso – interpretação ampla), que tenha potencial construtivo ou promotor de bem-estar/paz em uma sociedade ou, afinando-se com os termos dos pactos, que não cause a supressão/destruição/aniquilação de direitos e liberdades em uma comunidade. Tais atitudes devem ser consideradas, pois, como abuso de liberdade de expressão passível de responsabilização – civil e penal. Seguem nesta linha de raciocínio as palavras do Ministro Nelson Jobim (BRASIL, 2003a, p. 973-974), ao final do julgamento do HC 82.424/RS, sobre o preconceito e o ódio racial:

As opiniões consubstanciadas no preconceito e no ódio racial não visam contribuir para nenhum debate inerente às deliberações democráticas para o qual surge a liberdade de opinião. Não visam contribuir para nenhuma deliberação, não comunicam ideias que possam instruir o compromisso que preside a deliberação democrática. Os crimes de ódio não têm a intenção de transmitir ou receber comunicação alguma para qualquer tipo de deliberação. O objetivo seguramente é outro. Não está na base do compromisso do deliberar democrático. Quer, isto sim, impor condutas anti-igualitárias de extermínio, de ódio e de linchamento; desconhecer o *locus* da liberdade de expressão e seu objetivo no processo democrático leva ao desastre; à miopia do fundamentalismo histórico, conduz ao absurdo. A liberdade de opinião na democracia é instrumental ao debate e à formação da vontade da maioria com respeito à minoria. A Constituição não legitima a tolerância com aqueles que querem a produção de condutas contrárias ao princípio da igualdade.

Deflui daí a noção de que manifestações em prol de temas espinhosos devem ser defendidas a todo custo como exercício do direito de liberdade de expressão quando se voltarem a contribuir para o debate salutar democrático, mas não quando se prestar a ativismo para produzir unicamente o ódio na sociedade. Logo, sustenta-se como *tertio modo* interpretativo que se considerem ilícitas toda i) divulgação de apologia/defesa do ódio, de qualquer natureza (porque sempre desprezível), que sirva para incitar, reforçar ou agravar uma discriminação, uma violência, um crime ou uma hostilidade a indivíduo ou ao grupo de que faz parte; e ii)

promoção de qualquer guerra, na exata medida em que a finalidade última destas formas de manifestação é desintegrar os direitos e liberdades assegurados no PIDCP e CADH. Trata-se de uma interpretação ampliativa legítima, visto que plenamente amoldada ao ideário que norteia as declarações, pactos e tratados internacionais de direitos humanos, qual seja, o de maximizar harmonicamente os direitos e liberdades fundamentais da coletividade, assegurando o convívio social pacífico.

No ponto, vale fazer um esclarecimento para bem compreender esta terceira via interpretativa no que tange às manifestações abusivas. Com efeito, advoga-se pela proibição alargada das propagandas de guerra e das manifestações de ódio (todo discurso odioso deve ser reprimido e não somente os ligados a questões raciais, religiosas ou nacionais). Por outro lado, não se patrocina a presunção *jure et de jure* do potencial lesivo destas últimas. Entende-se indispensável, para que haja potencial lesivo na conduta, que a disseminação destas ideias ocorra em meio hábil a chegar ao conhecimento das vítimas, algo que será aferido diretamente nos casos concretos. Cuide-se que “habilidade para chegar ao conhecimento das vítimas” não deve ser confundida com a indispensabilidade de chegar até elas, estando a expressão ligada à possibilidade não remota das vítimas serem atingidas.

Interessante notar que, mesmo realizando uma interpretação restritiva dos dispositivos sob análise, em essência, chega à conclusão deveras similar Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 65-66), quando afirma que

A incitação à guerra, ao ódio nacional, racial, religioso, à discriminação, à violência, ao crime não constituem meras manifestações do pensamento (ato tipicamente individual sem o objetivo imediato de realizar algo concreto), mas sim um ato social que tem por fim levar alguém a fazer alguma coisa, razão pela qual pode ser objeto de restrição legal sem a exigência de produção de perigo concreto de lesão a algum bem jurídico (SILVA, 2012, p. 65-66).

Quanto ao ponto abordado, vale citar alguns exemplos, pois a potencialidade lesiva, embora seja assunto inter-relacionado com os danos advindos da conduta, com este não se confunde, pois “os danos infligidos pelo *hate speech* dependem de uma série de fatores, ligados ao conteúdo, à forma e ao contexto da manifestação, bem como à personalidade e às circunstâncias da vítima” (SARMENTO, 2006, p. 42). Assim, o exame daquele primeiro antecede o do segundo. Os exemplos mencionados na sequência não se dedicarão a analisar os danos, mas sim a existência de potencialidade lesiva.

Primeiro: se alguém, em rede social, publica um discurso de ódio em grupo fechado e nenhum dos membros se sente ofendido e nem o torna público, não há potencialidade lesiva. Segundo: se alguém envia uma mensagem odiosa a terceiro e este não se sentir ofendido e nem

a divulgar, não haverá potencialidade lesiva. Terceiro: se, por outro lado, aquela publicação em grupo fechado for causa mediata de violência, hostilidade, discriminação ou outro crime em face de grupo ou indivíduo detentores de característica que os particulariza, uma vez descoberto, terá, com certeza, potencialidade lesiva. Quarto: se alguém sai às ruas com cartaz pregando o ódio e incitando a discriminação a determinado grupo, haverá potencialidade lesiva, com mais razão ainda se houver apoio a tal manifestação. Quinto: se o discurso de ódio for postado em modo público em rede social ou blog, porque disponível a qualquer pessoa, estará revestido de potencial lesivo<sup>16</sup>.

Os casos que envolvem a publicação de discursos de ódio no ambiente cibernético encerram uma particularidade que deve ser destacada: não mais se trata da hipótese de proferir um discurso de ódio perante um sujeito pertencente a determinado grupo e apenas formalmente atingir aos demais componentes deste grupo. Em verdade, neste caso, cria-se a real possibilidade de que todo grupo (ou parte considerável dele) tenham acesso ao conteúdo, atingindo-os; e, pior que isto, maior é probabilidade de o autor do discurso odioso angariar simpatizantes, proliferando o ódio (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 68). A isto denomina-se de “vitimização difusa dos discursos de ódio”, que intensifica o mal causado por eles.

Compreende-se que a publicação de *hate speech* na internet, em especial, nas redes sociais, é a forma mais apta a gerar o fenômeno. Todavia, destaca-se que, para alguns autores, ele também é verificado em casos fora da internet, como na hipótese de panfletagens, protestos públicos e passeadas, já que a ideia odiosa é mais facilmente propagada do que se estiver em um livro ou artigo (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 68). De fato, assiste razão a quem faz tal apontamento, mas se deve ressaltar que a intensidade do fenômeno não é a mesma, porque, no ambiente cibernético,

graças à conectividade, pode-se estar em diversos lugares virtuais ao mesmo tempo, independentemente da velocidade de sua conexão, da capacidade individual ou de barreiras físicas e políticas. E assim é a ubiquidade: a capacidade de se estar presente em diversos lugares ao mesmo (SYDOW, 2015, p. 107).

Então, enquanto uma publicação no mundo virtual, literalmente, pode ser vista por todos os usuários da internet de qualquer país e lugar (com acesso a ela), a manifestação realizada no mundo real, por qualquer forma que seja, tem seu alcance, a princípio, limitado ao espaço em que realizada. Por isto, crê-se como adequado indicar que a disseminação de discurso de ódio

---

<sup>16</sup> Cumpre dizer que a existência de potencial lesivo é marco teórico para a existência de apuração de responsabilidades por parte de autoridade pública competente, a qual agirá a partir de denúncia que lhe seja feita ou, por dever de ofício, se presenciar fato que se revista de discurso de ódio.

na internet caracteriza a vitimização difusa em plenitude e a praticada no mundo real, por intermédio de panfletagens ou manifestações em espaços públicos, caracteriza a vitimização difusa mitigada.

Finalizado este exame do PIDCP e da CADH, cessa também (por ora) a análise dos documentos internacionais. Constatou-se que, internacionalmente, como já se houvera desconfiado, o *hate speech*, de fato, é prática ilícita, pelo mínimo, condenável. Ademais, logrou-se êxito em assentar bases bastante firmes para deduzir, adiante, um conceito de discurso de ódio nos moldes em que estava sendo buscado. Naturalmente, não se desconhece a existência de outros documentos internacionais que poderiam aprofundar o debate em questões relativas ao que configura discriminação racial, bem como apurando outros conceitos<sup>17</sup>. Contudo, também não se vai adentrar nisto porque o objetivo deste subcapítulo é chegar a um conceito genérico de discurso de ódio e apresentar classificações possíveis aos elementos que o permeiam, bem como averiguar a compatibilidade daquele com o ordenamento jurídico, não se prestando a esmiuçar os conceitos do próprio conceito buscado.

Assim, considerar-se-á discurso de ódio em sentido lato: toda expressão, (linguística, gestual ou simbólica), que, com potencialidade lesiva e fulcrada em preconceito(s) do sujeito ativo, incite, conclame, induza, instigue, defenda, apoie ou promova o ódio, a intolerância, a hostilidade, a violência ou a prática de crime por parte de terceiros contra coletividade de indivíduos (ou membro desta) que detenha característica que a particularize, em dada sociedade, intimidando-os. A formulação é paradigma próprio sobre a temática, mas que guarda (ou buscou guardar) conexão com aquela apresentada pela eminente professora Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 97)<sup>18</sup>, referência nacional nesta temática. Apresentado o conceito, faz-se necessário deslindá-lo.

---

<sup>17</sup> Cite-se: Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância; Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância; Convenção da ONU para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo; Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência; Declaração da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas; Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais; Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença. Destaca-se, ainda, que algumas delas não foram internalizadas

<sup>18</sup> Para a autora, discurso de ódio “consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Tal discurso pode desqualificar esse grupo como detentor de direitos. [...] A manifestação de ideias de ódio e desprezo a um determinado grupo social se apresenta, num primeiro momento, incompatível com o respeito à dignidade da pessoa humana. Um discurso que utiliza expressões de ódio tende, necessariamente, a diminuir a dignidade das pessoas, sua auto-estima, resultando às vezes na impossibilidade deles virem a participar de determinadas atividades e até mesmo do debate público” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 97-98). Veja-se: o conceito enunciado no trabalho e o conceito da

Entende-se desnecessário para reputar-se existente um discurso de ódio a pregação explícita de discriminação negativa ao grupo vítima. Explica-se: seguindo a lógica antes apresentada, o discurso preconceituoso *lato sensu* é gênero de que são espécies o discurso preconceituoso *stricto sensu* e o discurso de ódio. Aquele reúne as espécies de discurso fundado em preconceito a grupos de pessoas. Este reúne as condutas que, fundadas em preconceito(s), pregam a discriminação a estes grupos. Esse reúne as condutas que, fundadas em preconceito(s), incitam o ódio/a violência ao grupo vítima. Assim, no caso do discurso odioso, a pregação da discriminação negativa é complementar à conduta principal que é incitar o ódio em razão do preconceito.

Reconhece-se, aliás, que é bastante provável que um discurso de ódio venha acompanhado de um discurso preconceituoso *stricto sensu*, tornando-o ainda mais reprovável. Neste caso, a discriminação disseminada/publicada, igualmente, precisa ter potencialidade lesiva, sendo necessário que tenha ânimo de humilhar, diminuir, desprezar, subjugar os indivíduos, negando-lhes, por consequência, sua igualdade e dignidade. Contudo, como se está tentando demonstrar, o discurso preconceituoso *stricto sensu* é um elemento não essencial ou accidental do discurso de ódio – adiante será apresentado outro.

Dito isto, segue-se analisando, especificamente, os elementos essenciais do conceito. Concorde a noção esposada, para falar-se em “discurso de ódio” 03 (três) são seus elementos geradores. A saber: i) a expressão (linguística, gestual ou simbólica) fundada em preconceito; ii) a potencialidade lesiva da expressão; e iii) a (representando as demais condutas) promoção a terceiros do ódio, da violência, da hostilidade ou da prática de crime contra o grupo discriminado.

Quanto ao primeiro elemento, utiliza-se do termo “expressão” (linguística, gestual ou simbólica), porque é vocábulo genérico que denota manifestação, afirmação, revelação, exibição, demonstração, asserção, *et cetera*, compreendendo, assim, toda palavra, locução, sentença, ato ou declaração escrita, falada, figurada ou representada que evidencie discriminação negativa. No ponto, observa-se que se entende fazer parte das “expressões simbólicas” os chamados discursos odiosos subliminares, sobre os quais pende maior dificuldade para reprimir, visto se cuidar de agressão velada (MEYER-PFLUG, 2009, p. 99)<sup>19</sup>. Atentando-se a isto, preliminarmente, classifica-se o discurso de ódio entre explícito (aquele

---

professora Samantha são diversos. Então, a fim de que não haja dúvidas, esclarece-se que, quando se disse acima que o conceito a que se chegou guarda conexão com o da professora, quer-se indicar que aquele é derivado deste, sendo este último não apenas tomado como ponto de partida, mas também balizador para a conclusão conceitual apresentada no trabalho.

<sup>19</sup> Refere-se que o destaque da autora tem fonte no trabalho de Michel Rosenfeld.

que é escrito, falado ou gesticulado) e implícito (aquele que depende do contexto fático em que inserido para que se verificar)<sup>20</sup>.

Ainda sobre o primeiro elemento, destaca-se que a expressão seja fundada em preconceito, pois este é o dolo específico/especial fim de agir do agente que coloca a prática (discurso de ódio) como espécie do gênero discurso preconceituoso. Estas parecem ser deduções banais e óbvias, mas é de suma importância ficar patente que para tratar-se de discurso de ódio precisa haver externalização do pensamento com a finalidade inequívoca de promover o ódio/a violência/a intolerância contra um grupo ou pessoa que faz parte deste grupo em razão da característica diferenciadora que detêm.

Quanto ao segundo elemento, deve-se dizer que a potencialidade lesiva é condição *sine qua non* para que se cogite da ocorrência de discurso de ódio. Sem ela, o indivíduo autor de determinada publicação nada mais faz do que usar seu direito de liberdade de expressão. Portanto, entende-se que toda expressão fundada em preconceito a grupo, por parte de um indivíduo, que for disseminada, em qualquer meio, por sua atuação voluntária e consciente, e que possa atingir o direito de membro(s) daquele grupo de ser(em) visto(s) como igual(is) em direitos e dignidade em uma sociedade é potencialmente lesiva. É dizer: a manifestação odienta do agente precisa ter capacidade de lesionar o direito à igualdade e dignidade da(s) vítimas, o que poderá ser verificado a partir do caso concreto, considerando o meio utilizado para disseminar o discurso.

Quanto ao terceiro elemento, atente-se que basta o agente estimular terceiros a praticar violência, crime, hostilidade ou o próprio ódio ao grupo discriminado, em razão de seu preconceito, que a conduta estará concretizada, quando, por óbvio, estiverem cumpridos os demais requisitos. Mesmo que os terceiros instigados ou incitados sequer deem atenção ao discurso do sujeito ativo, a conduta estará configurada, tendo em conta que não se exige que estes terceiros sejam cooptados às ideias do autor. Repisa-se aqui que os atos de ódio<sup>21</sup> não se restringem a questões raciais, religiosas ou nacionais, alcançando outros motivos.

É certo que o fenômeno não encontra viés positivo/edificador em qualquer sociedade em que esteja, mas, ao contrário, o ódio não faz nada além de arruinar o pilar de convívio amistoso em sociedade, rejeitando a igualdade entre os indivíduos e segando a dignidade

---

<sup>20</sup> No subcapítulo 2.1, vai-se tratar (um pouco) acerca do sistema significativo da imputação. Inserido em suas premissas, acredita-se que existem chances para mais facilmente conseguir-se punir o discurso de ódio implícito. Isto porque naquele a conduta é verificada a partir do significado comum que uma ação ou omissão tem em uma dada comunidade. Desta forma, se a ação do agente significar um discurso de ódio ainda que velado, se a conduta for típica, poderá ele ser punido.

<sup>21</sup> Elucida-se que se utiliza tal expressão como gênero de que são espécies os atos de violência, intolerância, hostilidade, podendo compreender, ainda, a prática de crimes.

humana. Acerca disto, ressalta-se que não há restrição de grupos que podem figurar como vítimas deste tipo de manifestação, isto é, qualquer conjunto de indivíduos detentor de uma diferença intelecto-socio-cultural que seja discriminado negativamente pode ser sujeito passivo da conduta. No ponto, maiores esclarecimentos são cabíveis.

Quando se trabalha com a temática dos discursos de ódio, os autores são uníssomos em apontar como vítimas as minorias populacionais e grupos vulneráveis (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 60). Internacionalmente, percebeu-se, com o transcorrer do tempo (a partir da DUDH), a necessidade de atribuir especial proteção a grupos vítimas de marginalizações, por motivos de natureza diversa (sociais, culturais, históricos, *et cetera*), nas diferentes sociedades (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 289). Desta forma, foram surgindo novas terminologias, entre as quais a de minorias e grupo vulnerável. Para Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari (2018, p. 288-289),

Trata-se de minoria o grupo de pessoas que existe num Estado em menor número. Tal como os que pertencem aos grupos vulneráveis, necessitam de proteção especial para atingir uma efetiva igualdade. No entanto, nos grupos vulneráveis a relação numérica não se faz tão importante: observa-se que um grupo vulnerável não necessariamente existe em menor número, mas sim é marginalizado em relação ao grupo social dominante. As minorias existem necessariamente em menor número e, por isso, são marginalizadas pelas pessoas que não possuem as características peculiares inerentes a elas. [...] Podem ser ditos exclusivamente como minorias mas não como grupos vulneráveis pessoas que exercem o direito de liberdade de maneira diversa ao hábito social geral.

Algo que merece ser frisado é que os diferentes conjuntos de pessoas que constituirão grupos vulneráveis e/ou minorias não serão os mesmos em todos os Estados. Por exemplo, os índios representam 0,42% do total da população brasileira, sendo uma minoria, enquanto que, na Bolívia, os índios correspondem a 62,2% da população, uma evidente maioria (BRASIL, 2018a; CAMPOS, 2014). No Brasil, constituem grupos vulneráveis as crianças, as mulheres, os negros, os deficientes (24% da população) e os idosos (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 289). Minorias populacionais brasileiras são, sob o aspecto religioso, os praticantes de religiões de matriz africana, do judaísmo, tradições esotéricas, religiões orientais, testemunhas de jeová e espírita; sob o aspecto de liberdade de locomoção e de residência, os ciganos e os nômades; e sob o aspecto da liberdade sexual, os homossexuais e transexuais (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 289; BRASIL, 2012). Por fim, formam a categoria especial de minorias vulneráveis brasileiras os índios, estrangeiros e a população de rua (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 289).

De todas estas categorias de grupos vulneráveis e/ou minorias que foram mencionadas, têm proteção no âmbito internacional as minorias étnico-raciais e religiosas, as mulheres, as crianças, os indígenas, os idosos e as pessoas com deficiência (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.

289). A categoria das minorias sexuais não possui, por ora, tratado internacional específico, aplicando-se a ela, por isto, apenas o princípio geral da não discriminação, de maneira que será, sobretudo o direito interno que há de tutelar os interesses desta categoria.

Destaque-se que, no que tange às crianças, pensa-se que estas não são vítimas de discurso de ódio somente por esta condição. É evidente, porém, que poderão figurar como vítimas quando sua condição de criança estiver agregada a outra característica que a faça integrar um dos grupos antes mencionadas. Por exemplo: criança indígena; criança judia; criança cigana; criança estrangeira; criança do sexo feminino; criança negra; criança deficiente; *et cetera*.

Por outro lado, não é pacífica a doutrina quanto à possibilidade de que grupos não vulneráveis ou majoritários possam ser também vítimas de discurso de ódio proferidos por grupos minoritários e/ou vulneráveis, chamado de “*counter hate speech*” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 100-101; CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 60). O merecidamente lembrado Daniel Sarmiento (2006, p. 45) advoga a tese de que

[...] o Estado deve ser, a priori, mais tolerante diante dos excessos expressivos cometidos por membros de grupos estigmatizados contra a maioria, do que em relação aos perpetrados por integrantes da maioria contra estes grupos. [...] Esta posição [...] se justifica sob o nosso ponto de vista considerando-se não só a gama dos interesses constitucionais envolvidos na questão, como também a realidade empírica das relações assimétricas de poder subjacentes aos atos comunicativos.

Ousa-se divergir do autor. Não se pode confundir o ideal de igualdade fática com o dever de igualdade jurídica. Quando o Estado quer promover a igualdade fática, utiliza-se de discriminações positivas, permitindo que os diferentes sujeitos consigam ter as mesmas condições para exercer seus direitos e liberdades (NOVELINO, 2017, p. 338). Por outro lado, o dever de igualdade jurídica impõe ao Estado que, diante de quadraturas fáticas fundamentalmente similares, este ofereça aos sujeitos envolvidos as mesmas soluções jurídicas, isto é, trate-as da mesma forma, portanto, igualmente (NOVELINO, 2017, p. 338). Destarte, se, hipoteticamente, duas pessoas resolvem propagar discursos de ódio uma contra o grupo que a outra pertence, é sinal de que ambas exerceram (e por isto gozam de) seu direito de liberdade de expressão e, assim, não há que se falar em falta de igualdade fática, que ensejaria a necessidade de discriminação positiva, no caso. Tratando-se da propagação de discurso de ódio, conduta grave, espera-se que, diante da igualdade de condutas, o Estado, repreenda-as da mesma forma, garantindo a igualdade jurídica entre eles.

Quando, frente a esta situação, onde os dois agentes exercem com a mesma plenitude seu direito, mas o Estado, no momento de punir a conduta, é mais complacente com a conduta

de um, simplesmente porque ele pertence a certo grupo, do que com a de outro que não faz parte destes grupos, é gritante a falta de justificativa para o tratamento discriminatório. A partir disto, deixa de existir razão para respeitar o direito ou qualquer ordem vigente, porque se nem o Estado respeita suas leis, cuja aplicação deveria ser igual para todos, não há razão para que os cidadãos a respeitem. Mergulha-se, deste modo, no caos. Agora, atacando, precisamente, o ponto de vista do autor supramencionado: considere-se o mesmo exemplo em sua integralidade, mas se atribua ao primeiro agente as características de homem, branco e de classe alta e ao segundo agente as características de mulher, negra e de classe baixa. Qual a diferença na ilicitude da conduta? Nenhuma! Ambos exerceram integralmente, um contra o outro, seu direito de liberdade de expressão (abusando dele, é verdade). Logo, não tem cabimento (e nem é razoável) que haja discriminação positiva neste caso, assim como não há justificativa aceitável que autorize o tratamento juridicamente heterogêneo aos agentes.

Em síntese, o ideal de convívio em sociedade é que todos tenham igual capacidade para gozar de direitos e liberdades (igualdade fática), bem como tenham certeza de que estão submetidos e serão tratados à luz do mesmo direito estatal (igualdade jurídica). Para promover a primeira, o Estado promove políticas de discriminações positivas; para garantir a segunda, trata todos que inseridos na mesma quadratura fática igualmente. Fica certo que, definitivamente, o Estado não combate a desigualdade fática de uns, assegurando desigualdade de tratamento jurídico com outros inseridos na mesma quadratura de condutas, sob pena de incidir em diferenciação arbitrária e injustificável. Logo, quem quer que seja o autor e a vítima de discurso de ódio terá o Estado a função de punir o primeiro igual puniu os demais, sem quaisquer margens de tolerância injustificáveis.

Compreendido estes aspectos referentes a quem pode ser autor e quem pode ser vítima de discursos de ódio, propõe-se uma classificação com base nos sujeitos ativo e passivo da conduta. Ao ter-se em conta que os autores concordam que as vítimas mais comuns dos *hate speeches* são os grupos vulneráveis e/ou minoritários e seus autores mais corriqueiros os membros de grupos não vulneráveis ou majoritários, classificou-se como discurso de ódio próprio/comum/puro aqueles que têm nestes, respectivamente, suas vítimas e autores. De outro giro, considerando a real possibilidade de que membros de grupos minoritários e/ou vulneráveis sejam também autores de discursos de ódio e os membros de grupos não vulneráveis e/ou majoritários sejam vítimas, classificou-se este tipo de discurso de ódio como impróprio/incomum/impuro. Por último, classificou-se como discurso de ódio anômalo/revertido/ao revés aquele em que grupos minoritários ou vulneráveis figuram como

autor e vítima (um grupo contra o outro) ou, ainda, na mesma situação, grupos majoritários ou não vulneráveis como autor e vítima.

Seguindo sobre este terceiro elemento essencial para concretização do discurso de ódio, interessante destacar, por derradeiro, que sua destinação pode ser a uma única pessoa ou várias, mas, necessariamente, em razão de preconceito/discriminação do sujeito ativo ao grupo do qual aquela(s) pertence(m). Do contrário, tratar-se-á, preliminarmente, de mera ofensa pessoal (como injúria racial), podendo, ainda, configurar-se em conduta mais grave, mas não discurso de ódio (CAVALCANTE SEGUNDO, 2016, p. 59).

Apresentada esta classificação, abaixo, segue-se para o deslinde de um segundo e último elemento não essencial ou acidental do discurso de ódio. Trata-se da necessidade de intimidação do grupo vítima do discurso de ódio. Elucida-se: pensa-se ser dispensável o sujeito ativo obter êxito em sua empreitada de promoção do ódio para que reste configurado um discurso de ódio. Colocou-se, porém, no conceito o requisito de “intimidação” do grupo com o objetivo de traçar uma diferenciação jurídica, a qual se propõe em forma de uma outra classificação.

Com efeito, pensa-se ser possível dividir os discursos de ódio, quanto à sua importância para o direito, entre juridicamente relevantes e irrelevantes. Quando (e se) o grupo discriminado sentir-se acobardado, amedrontado, atemorizado ou ameaçado por causa dos discursos, serão eles juridicamente relevantes, pois é função precípua do direito garantir o convívio pacífico em sociedade, não se admitindo que determinadas pessoas coíbam a liberdade e neguem a igualdade de outras<sup>22</sup>. Contudo, se nem mesmo os membros do grupo discriminado dão importância ou levam a sério, tomando o discurso odioso por ameaça a sua liberdade e igualdade em sociedade, não existe razão para que o direito disto se ocupe<sup>23</sup>. Neste caso, estar-se-á frente a um discurso de ódio juridicamente irrelevante.

Esmiuçado o conceito deduzido a partir dos textos internacionais sobre direitos humanos, resta averiguar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico nacional, isto é, se pode ou não ser utilizado como paradigma de conceito no Brasil. Neste momento, elucida-se que somente será averiguada a compatibilidade do conceito com a Constituição da República e com as principais legislações civis. Não se vai realizar a análise no campo penal, porque isto será objeto de estudo no subcapítulo 2.1.

---

<sup>22</sup> Naturalmente, não é necessário que a totalidade do grupo discriminado apresente, por exemplo, um abaixo-assinado dizendo-se intimidado pelo discurso odioso para que se torne, então, relevante. Definitivamente, não. Basta, segundo se acredita, que o discurso de ódio seja levado a conhecimento da autoridade competente, a fim de que se iniciem as apurações de estilo com posterior responsabilização se for o caso.

<sup>23</sup> Segue-se aqui brocardo latino “*dormientibus non succurrit ius*”.

Tudo o que “a coletividade espera do Estado” são “normas que venham suprimir seus medos e temores” (MORAIS; NASCIMENTO, 2009, p. 158). Com atenção a este objetivo, em *terrae brasilis*, a CRFB/88 elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar de fundamento da República (art. 1º, inciso III)<sup>24</sup>; estabeleceu como um de seus objetivos a formação de uma sociedade igualitária, sem qualquer tipo de preconceito (art. 3º, inciso IV); repudiou o racismo, determinando que sua prática configurasse crime (art. 4º, VIII combinado com art. 5º, inciso XLII); e declarou indistintamente a isonomia de todos (art. 5º, *caput*) (BRASIL, 1988). A Constituição também “instituiu uma verdadeira presunção de legitimidade de qualquer manifestação do pensamento, uma vez que garante a expressão artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX)” (SILVA, 2012, p. 32).

Contudo, de imediato, explica-se que isto, de forma alguma, indica a liberalização dos discursos de ódio no Brasil. Acerca disto, informa-se que “[...] como a incitação não constitui mera manifestação de um pensamento, mas manifestação de um propósito, feita para que determinado ato seja realizado, ela não está protegida pela norma constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento [...]” (SILVA, 2012, p. 66). Logo, é imperiosa a conclusão de que a Constituição, em realidade, não tolera preconceitos segregacionistas de quaisquer naturezas, pois, analisando exegeticamente seus preceitos, estas atitudes ferem de forma figadal a dignidade da pessoa humana cuja proteção e promoção deve ser permanente. Faz-se isso necessário porque a dignidade da pessoa humana é

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2009, p. 37).

É esta qualidade intrínseca, constituinte da personalidade humana – que é “a capacidade que tem toda pessoa [...] de ser titular de direitos e obrigações” (SCHREIBER, 2014, p. 06) –, que justamente assegura a existência das diferenças e a necessidade de sua respeitabilidade em qualquer sociedade dita democrática e plural. Em outras palavras,

A dignidade da pessoa humana, considerada como qualidade ou valor interior absoluto de cada ser humano, garante os direitos à liberdade, à afirmação, à tutela e à valorização de todas as diferenças de identidade; os direitos sociais à sobrevivência

---

<sup>24</sup> A dignidade da pessoa humana, “embora reconhecida como conceito a priori teve sua existência reconhecida e formalizada pela Constituição Federal de 1988 como o valor matriz dos fundamentos da República Federativa do Brasil” (FULLER, 2011, p. 62).

(direitos à saúde e à instrução aos direitos à subsistência e à previdência) e os direitos à redução das desigualdades nas condições da vida (discriminações referentes ao caráter econômico ou social) (FERRAJOLI, 2011, p. 104-105).

Pois bem, se, em nome de promover a dignidade humana, a Constituição do Brasil demanda que haja responsabilização para atos que denotem preconceito de uns contra outros (que é o *minus*), com mais razão para que ela exista em casos de discursos de ódio (que é o *magis*). Resta averiguar em qual seara. Consultando-se, inicialmente, as fontes legais do direito infraconstitucional, mais precisamente, o Direito Civil, sem muita dificuldade, percebe-se que, neste campo, a partir do conceito antes enunciado, haverá responsabilização. Neste sentido, a interpretação combinada dos artigos 186 e 927 do Código Civil é unívoca em apontar para a ilicitude do discurso de ódio e responsabilização do emissor (BRASIL, 2002). Segundo o diploma, “aquele que, por ação [...] voluntária [...] violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, ficando obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Aliás, cite-se, em razão de sua singularidade, neste contexto, o Marco Civil da Internet no Brasil (Lei 12.965/2014) que possui como um dos fundamentos do uso da internet o respeito aos direitos humanos, à pluralidade e à diversidade (art. 2º, incisos II e III). Afora isto, esta, que pode ser considerada como uma novel legislação, prevê que sejam responsabilizados os agentes por suas atividades no ambiente cibernético, inclusive nas aplicações de internet, como as redes sociais, nos termos da lei (art. 3º, inciso VI) (BRASIL, 2014). Com isto, destrói-se, por completo, o mito da irresponsabilidade dos sujeitos por suas ações cometidas no meio cibernético e, ademais, faz derivar a conclusão de que, uma vez proferido um discurso de ódio na internet, este terá consequências judiciais para seu autor.

No transcorrer deste subcapítulo, procurou-se realizar exame percuciente dos aspectos jus-conceituais acerca do discurso de ódio. Por causa de seu objetivo, fez-se uma defesa quase intransigente da ilicitude do discurso de ódio em qualquer sociedade onde venha a ser divulgado. Este viés quase unilateral dado ao tema foi possível porque foram envidados esforços para demonstrar a notável incompatibilidade do discurso de ódio com o direito à igualdade e, ao mesmo tempo, para afastar a confrontação direta entre este e o direito à liberdade de expressão relacionado à matéria dos *hate speeches*.

Sucedese que esta segunda discussão teórica é de fundamental importância – tanto no sentido de ser propriamente relevante, quanto no sentido de guardar relação com direitos fundamentais, sendo um vocábulo positivamente plurissignificativo – neste campo, já que capaz de suplantar a noção de ilicitude do discurso de ódio, o que é reforçado ante a ausência de pacificação doutrinária sobre o assunto. Por isto, uma vez cimentados os paradigmas

dogmáticos a respeito do tema em análise, com qualidade teórica, passa-se a cotejar, no subcapítulo seguinte, se os discursos de ódio fazem ou não parte do âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão.

## 1.2 LIBERDADE E ABUSO DE EXPRESSÃO: ENFRENTANDO A (I)LICITUDE DO *HATE SPEECH*

Ainda que o direito seja um fenômeno existente desde as mais remotas épocas, onde sempre é um destaque o direito romano, não foi acompanhado *ab initio* pelos direitos de personalidade (ou personalíssimos), cujos primeiros delineamentos filosóficos, pelo menos no *civil law*, deram-se somente no século XVI com o jusnaturalismo (CUNHA, 2002, p. 234). Deste momento histórico em diante, pelo menos até o século XVIII, firmou-se o entendimento de que as pessoas possuíam direitos inatos, isto é, que antecediam o Estado e a sociedade tais como vida e liberdade, de modo tal que àquele somente caberia a tarefa de reconhecê-los politicamente (GEDIEL; PINHEIRO, 2009, p. 63). O segundo marco filosófico nesta temática ocorre dois séculos mais tarde quando, a partir dos trabalhos de Immanuel Kant (1724-1804), estabeleceu-se que os sujeitos, para além de terem direitos pela simples razão de existir, tinham também dignidade (GEDIEL; PINHEIRO, 2009, p. 71).

Sob estas influências, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, inaugurando a efetiva tutela jurídica dos direitos de personalidade<sup>25</sup>, na medida em que positivou os direitos elementares das pessoas contra o arbítrio e o uso abusivo do poder político pelo Estado (GEDIEL; PINHEIRO, 2009, p. 63-64). Note-se, portanto, que a gênese jurídica dos direitos personalíssimos se deu na passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito (CUNHA, 2002, p. 233), apresentando-se como direitos de liberdade individual do cidadão (chamados hodiernamente de direitos de primeira geração) em face do Estado, mostrando que, originalmente, estes direitos tiveram seu espaço existencial no Direito Público e não no Direito Privado (MELLO, 2006, p. 77).

Fundado neste marco legislativo, com o escopo de desenvolver uma teoria jurídica destes Direitos e ante os anseios sociais do final do século XIX por mais igualdade para conseguir-se exercitar a liberdade<sup>26</sup>, criou-se a teoria da personalidade<sup>27</sup>, que encontrou acolhida nas legislações do final do século XIX (CUNHA, 2002, p. 238-240). Entretanto, seu

<sup>25</sup> Atente-se que a terminologia utilizada à época não era propriamente esta, mas sim “direitos subjetivos”.

<sup>26</sup> No ponto, estabelecia-se a noção de que as duas gerações de direitos seriam indivisíveis, não subsistindo uma sem a outra. O objetivo seria tornar o ser humano irreduzível a todo seu meio social, pressupondo-se que sua dignidade se afirmaria com a existência de mais liberdade e igualdade (CUNHA, 2002, p. 238).

<sup>27</sup> Originária dos trabalhos de Georg Neuer, Edouard Hölder e Otto von Gierke (CUNHA, 2002, p. 239).

desenvolvimento só ocorreu em 1948, quando foi utilizada como base para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual, por sua vez, alçou a dignidade humana a princípio-fonte da teia dos direitos de personalidade (art. 1º), imprimindo, deste modo, uma diretriz personalista ao sistema jurídico e, assim, permitindo a expansão de demandas desta natureza, assim como a formalização de direitos personalíssimos. Desta forma, pode-se afirmar que, ao se promover um, exalta-se o outro e vice e versa (CUNHA, 2002, p. 243-248).

Em outras palavras, a teoria personalista propiciou, no âmbito internacional, por intermédio do princípio da dignidade da pessoa humana, que fosse consagrado um direito à tutela geral da personalidade. Criou-se, destarte, uma “espécie de Direito quadro, capaz de englobar um número variado e potencialmente ilimitado de bens da pessoa”, funcionalizando a produção legislativa a sua inarredável promoção (GEDIEL; PINHEIRO, 2009, p. 68). Com este apanhado geral, compreende-se quais são as conformações filosóficas e jurídicas dos direitos de personalidade. Mais que isto, evidencia-se que todos os direitos que fazem parte dos direitos personalíssimos têm mesma hierarquia, fazendo-se com que surjam situações de difícil solução quando, em razão de um fato praticado por determinada pessoa, estes direitos entram em choque.

É precisamente isto que ocorre no caso de disseminação de discursos de ódio: o(s) sujeito(s) ativo(s) sempre alega(m) estar no exercício regular de sua liberdade de expressão, enquanto que o(s) sujeito(s) passivo(s) alega(m) que a prática deste(s) é abusiva, merecendo ser sancionada porque violadora do direito de igualdade. Neste cenário, existe dúvida que precisa ser sanada sobre se os discursos odientos fazem ou não parte do âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão. Assim, porque imprescindível à resolução da primeira parte do problema de pesquisa, passa-se a analisar esta questão mais detidamente.

O direito de liberdade pode ser analisado a partir de um conceito positivo. Para o honorável professor José Afonso da Silva (2005, p. 233), “o conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade”, “[...] na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Considera-se, pois, característico da vigência do direito de liberdade em sociedades democráticas que, como regra, cada um possa viver da maneira que melhor lhe aprouver. Estes conceitos vão ao encontro daquele constante no art. 4º da DDHC

(1789), o qual positiva que “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo”<sup>28</sup>.

Nesta mesma linha de pensamento, acredita-se que sem liberdade as pessoas não gozam plenamente de outros (ou muitos) direitos, pois se todas as escolhas forem predeterminadas (por terceiros), o indivíduo não tem capacidade de exercer seus direitos e tampouco de realizar seus projetos de vida. Aliás, cuide-se que “o Direito à Liberdade é verdadeiro consectário do Direito à Vida, já que esta depende da liberdade para o desenvolvimento intelectual e moral do ser humano” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 244).

Conceitua-se também o direito de liberdade em um sentido negativo. Neste caso, importa que a autoridade do Estado e de terceiros sobre o indivíduo esteja limitada pela liberdade que este desfruta em uma sociedade (SILVA, 2005, p. 232). É dizer: nesta acepção, a liberdade significa “[...] o direito a ter direitos e de exercê-los independentemente de intervenção estatal [...]” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p.145) ou de terceiros. Trata-se de considerar a pessoa como soberana de seu próprio corpo e mente, submetendo-a, unicamente, quando suas ações afetem apenas a si mesma, aos dissabores do julgamento contrário dos outros (SILVA, 2012, p. 05). Neste cenário, cabe ao Estado

garantir a liberdade individual de todos para que cada um adote a moral que entender mais adequada para a disciplina de sua vida, tratando a todos de maneira igual, sem discriminações de ordem moral, de acordo com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CF) (SILVA, 2012, p. 32).

Tomando-se por norte um ou outro conceito, o fato é que a liberdade objetiva deixar uma parte da existência humana independente de qualquer controle que não o da própria pessoa, favorecendo a coexistência de diferentes posicionamentos nos mais diversos campos. Com isto, muito mais do que permitir conhecer, compreender e aceitar variadas concepções/visões de mundo, formam-se múltiplas identidades, dando sentido ao termo “indivíduo” (singularidade de identidade) e proporcionando a composição de uma sociedade plural, o que é fundamental em uma democracia.

São espécies de direitos individuais que derivam do gênero direito de liberdade: i) a liberdade de locomoção, de circulação e de permanência; ii) a liberdade de pensamento, que abrange ter opinião, religião, informação, conhecimento e consciência; iii) a liberdade de expressão singular (manifestação do pensamento) e coletiva (participação de reuniões,

---

<sup>28</sup> Das declarações e pactos anteriormente abordados, apenas a DDHC traz um conceito do que vem a ser a liberdade. Todos os demais, porém, especificam quais são os direitos decorrentes da liberdade, o que, naturalmente, é deveras relevante.

associações, *et cetera*); e iv) a liberdade de ação profissional (escolha e exercício livre de trabalho ofício ou profissão) (SILVA, 2005, p. 234-235). Todos estes direitos foram positivados na DUDH e DADDH e detalhados no PIDCP e PSJCR. No âmbito do direito nacional, o constituinte originário de 1988 elevou a liberdade ao *status* de direito fundamental, ressaltando-a, genericamente, no *caput* do art. 5º e, pormenorizadamente, isto é, especificando os direitos que dela decorrem, em alguns de seus incisos (IV, V, VI, VIII, IX, XIII, XV, XVI, XVII, LIV e LXVIII)<sup>29</sup> (BRASIL, 1988).

Neste subcapítulo, como dito, foca-se, especificamente, no direito de liberdade de pensamento e expressão, que “engloba a exteriorização do pensamento, ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam, as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 66). Isto se justifica não só pelas razões antes expostas, mas também porque, ao mesmo tempo em que “[...] a liberdade de expressão [...] atinge seu ápice através da internet” (ROSSINI, 2004, p. 206), também

permite que pessoas com desvio de caráter manifestem seus mais odiosos preconceitos, constituindo um paradoxo que a alta tecnologia instaura, pois, ao mesmo tempo em que a Rede oferece tablado para que qualquer indivíduo manifeste seu pensamento, cria grupos reacionários dos mais variados matizes. É o outro lado da moeda. É a modernidade ao contrário (ROSSINI, 2004, p. 206).

Em termos de positivação específica, no âmbito internacional, o referido direito foi inserido na DUDH, nos arts. 18 e 19<sup>30</sup> (BRASIL, 1945); na DADDH, no art. IV<sup>31</sup> (BRASIL,

---

<sup>29</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] à liberdade [...], nos termos seguintes: IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; VI- é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; XVI- todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; XVII- é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXVIII- conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

<sup>30</sup> Artigo 18: Todo ser humano tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; esse direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto em público ou em particular. Artigo 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (BRASIL, 1945).

<sup>31</sup> Artigo IV: Toda pessoa tem direito à liberdade de investigação, de opinião e de expressão e difusão do pensamento, por qualquer meio (BRASIL, 1948).

1948); no PIDCP, no art. 19<sup>32</sup> (BRASIL, 1992a); no CADH, no art. 13<sup>33</sup> (BRASIL, 1992b); e, no âmbito nacional contemporâneo, na CRFB/88, no art. 5º, incisos IV e IX (BRASIL, 1988). Apesar de diferenças redacionais, é certo que estes documentos, em maior ou menor medida, protegem o direito de cada pessoa livremente pensar, procurar, receber e difundir ideias, opiniões, técnicas e conhecimentos, por quaisquer meios, não admitindo-se, em regra, em nenhum destes casos, que haja censura prévia<sup>34</sup>.

“Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública; liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro” (SILVA, 2005, p. 241). O direito de expressar o (des)acordo com uma maioria e/ou com a lei faz parte da concretização da democracia em um Estado, visto que ela, cujo significado é “governo do povo, pelo povo e para o povo”, existe para realizar direitos humanos, dos quais a liberdade é a expressão mais importante (SILVA, 2005, p. 132). Dito de outro modo: “consiste [...] no direito de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhes aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado” ou de particulares<sup>35</sup> (MEYER-PFLUG, 2009, p. 67). Tem ela (a liberdade), basicamente, duas facetas, segundo se crê, cada uma com diferentes limites. A primeira delas é o direito de pensar, direito de pensamento, o qual se acredita ser irrestrito, ilimitado, onipotente. A segunda delas é o direito de expressar-se, direito de expressão, sendo, diferentemente, limitada.

Com efeito, a primeira faceta “consiste no direito de se ter um juízo moral próprio sobre as mais variadas questões e de agir segundo essas convicções e de igual modo não sofrer qualquer restrição em virtude delas” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 39). Ora, por sua própria natureza, “enquanto ser racional, o homem é uma entidade pensante, em constante exercício de

<sup>32</sup> Artigo 19: 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. [...] (PIDCP, 1992a).

<sup>33</sup> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão: 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia [...] 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. [...] (CADH, 1992b).

<sup>34</sup> As limitações a este direito serão tratadas na sequência.

<sup>35</sup> No ponto, vale destacar que existem duas teorias que discutem a incidência dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares: a teoria da eficácia direta ou imediata (*unmittelbare dritwirkung*) e a teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare dritwirkung*). Abstraindo-se os pormenores que cada uma oferece, o fato é que “o Estado ao mesmo tempo deve garantir a liberdade de expressão não criando obstáculos ou restringindo o seu exercício, fomentá-la e protegê-la de possíveis violações vindas de atos dos particulares” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 89). De outro giro, ao particular cabe cumprir a obrigação negativa de não violar ou obstaculizar o exercício dos direitos de seu semelhante (MEYER-PFLUG, 2009, p. 89).

sua liberdade de pensamento e consciência” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 246). Nenhum ente ou sujeito é capaz de controlar a mente de outrem em sua totalidade, de maneira que mesmo se tentando doutriná-la para reflexões unilaterais, é fisicamente impossível saber o que o “doutrinando” matuta em sua psiquê. O pensamento humano é absolutamente livre, espaço de soberania do indivíduo sem a qual não consegue, verdadeiramente, exercitar suas demais liberdades. Assim, por ser atributo da pessoa incapaz de ser violado por terceiros, seria até mesmo dispensável sua tutela pela DUDH e pela CADH – note-se que, pela leitura da CRFB/88, a proteção constitucional é apenas da manifestação do pensamento por qualquer meio.

Já o direito de manifestação do pensamento “assegura a cada um o direito de exprimir livremente suas ideias e opiniões, o que é condição para a autodeterminação humana, pois pouco importa ao homem poder ter qualquer opinião, mas não poder expressá-la” (SILVA, 2012, p. 10). Ele pode ser visto, então, sob o enfoque da liberdade de comunicação ou informação, consistindo “em um conjunto de direitos, formas processos e veículos que viabilizam a coordenação livre da criação, expressão e difusão da informação e do pensamento” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 248). Destarte, a liberdade de expressão é imperativa para a construção de senso de verdade em uma sociedade, a qual deve ser dialogicamente construída. Neste sentido, menciona-se a lição de Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 11) quando aduz os motivos pelos quais se deve permitir livre curso à liberdade de opinião e discussão de ideias:

Em primeiro lugar, no caso de uma opinião ser impedida de circular, pode ser que a opinião censurada seja a verdadeira; negar isso constitui acreditar na infalibilidade humana. Em segundo lugar, ainda que a opinião censurada seja falsa, ela pode conter uma parte da verdade, pois a opinião prevalecente raramente é totalmente verdadeira, razão pela qual somente através do conflito de opiniões pode-se chegar à verdade completa. Em terceiro lugar, mesmo que a opinião geralmente aceita constitua toda a verdade, somente se ela sofrer uma contestação séria será compreendida e percebida com fundamentos racionais, e não como um preconceito. E em quarto lugar, se ela não for contestada, o significado da doutrina verdadeira poderá perder-se, ou enfraquecer-se, não surtindo efeitos sobre o caráter e a conduta das pessoas, e tornando-se ineficaz para a prática do bem com uma convicção real e sincera.

Transcendendo isto, a liberdade de expressão colabora para o pleno desenvolvimento da personalidade dos sujeitos e progresso social, uma vez que é salvaguarda de tentativas tirânicas de padronização de ideias e comportamentos, sejam elas impostas por pessoas ou governos. Daí a conclusão de que é fundamental que toda pessoa seja livre para manifestar e debater as propostas, conhecimentos, informações e ideias. Por outro lado, diversamente da faceta anterior, dependendo do teor da manifestação, destacando-se aqui as opiniões sustentadas, unicamente, pelo alvedrio do emissor, poderá esta liberdade ser, legitimamente, cerceada, após a emissão (jamais antes, sob pena de configurar censura).

É que, na sociedade, os cidadãos vivem como se fossem parceiros em um empreendimento coletivo. Para que se garanta o bom funcionamento deste empreendimento comum (que seria o Estado Democrático), não se concebe que as leis protejam manifestações de pessoas que proponham a divisão dos indivíduos entre primeira e segunda classe sob pena de romper a igualdade e quebrar com a ordem pública (OMMATI, 2016, p. 142-143). Assim, em que pese a regra ser de que a manifestação do pensamento é livre, sendo, inclusive, direito individual assegurado na CRFB/88,

Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga (BONAVIDES, 2011, p. 39).

Não se proíbe quem quer que seja de “expressar seu pensamento sob a alegação de que é imoral, subversivo ou perigoso porque esses conceitos são vagos, relativos e variáveis ao longo da história” (SILVA, 2012, p. 30). O que o direito de liberdade de manifestação não avaliza/protege é a expressão com ânimo de menosprezo e humilhação de outrem. Isto quer dizer que, na medida em que é vedada a censura prévia (como adiante se menciona), salvo de espetáculos públicos para a proteção de crianças e adolescentes, somente após publicada, escrita ou dita manifestação que ultrapasse os limites do aceitável, acionam-se os órgãos de persecução do Estado para que, se for o caso, sancionem o abuso de liberdade de expressão. Aliás, no ponto, vale lembrar que não configura censura (*a posteriori*) “o conjunto de medidas que o Estado toma no exercício de seu poder de polícia no sentido de responsabilizar sujeitos” que abusam do seu direito de comunicar ideias (MEYER-PFLUG, 2009, p. 81). Face a tudo isto, surge o questionamento quanto a quais são as hipóteses que afastam a proteção do direito ora em análise.

Antes, porém, cabe um esclarecimento. É sabido que, “quando duas normas possuem a mesma densidade normativa e são emanadas do mesmo órgão”, somente haverá a revogação da anterior pela posterior “nos casos de declaração expressa, incompatibilidade ou regulação integral da matéria” (NOVELINO, 2017, p. 131). Dito de outro modo: como regra, não deve ser admitida a ideia de que existam, de fato, “contradições”/“incongruências”/“incoerências” entre normas internacionais internalizadas, salvo se advierem de mesma instância e hierarquia normativa, situação em que entram em curso os critérios hermenêuticos cronológico, acima especificado (o tratado/convenção/lei posterior revoga o anterior no que lhe contrariar), e da

especialidade (segundo o qual prevalecerá a disposição do tratado que regular a matéria de forma pormenorizada em face daquele que a regular de forma geral<sup>36</sup>).

Desta maneira, tem-se o firme entendimento de que um novel tratado sobre direitos humanos, ainda que incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por decreto, não revogará, automaticamente, naquilo que divergir, tratado sobre a mesma matéria anteriormente internalizado, se tais documentos tiverem sido elaborados por diferentes órgãos. Julga-se acertado, então, que declarações e tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico nacional sejam vistos como se formassem uma unidade só em prol, frise-se, dos indivíduos, de modo a permitir que sempre se extraia daqueles uma interpretação mais favorável à proteção destes em uma comunidade. Ao encontro deste posicionamento, Flávia Piovesan (2008, p. 142) aduz que “[...] todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível”.

Não significa, porém, que, quando um tratado faz restrições a um direito e outro não, devam estas ser minimizadas para conceder um maior âmbito de proteção a ele. Definitivamente não. Isto porque, no momento em que são colocados limites a um direito humano, exprime-se o cuidado para que não haja abuso(s) em seu exercício, vindo a prejudicar outros direitos humanos de outras pessoas. Com relação ao direito de liberdade, vale dizer que a história demonstra que toda vez que foi deixado ao ser humano tudo fazer, isto é, autorizada uma liberdade incondicionada houve “violações brutais da liberdade negativa – de direitos humanos básicos (sempre conceito “negativo”: um muro contra opressores), inclusive o de livre expressão ou de associação, sem os quais [...]”, não há uma verdadeira democracia, como mencionado (BERLIN, 1981, p. 25). Por este motivo, “[...] a liberdade nunca foi assegurada de forma irrestrita, internacional ou constitucionalmente, o que implicaria numa (sic) libertinagem e na violação das liberdades de terceiros [...]” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 146).

No ponto, vale dizer que esta forte preocupação entre direitos e deveres está presente nos documentos internacionais que foram mencionados no trabalho, algo esperado, levando em conta que, do contrário, “seria reconhecer erroneamente que uma pessoa seria mais digna que a outra, podendo exercer direitos de forma ilimitada, retirando a mesma possibilidade daquela” e, pior, tornando “impossível garantir uma comunidade que se desenvolvesse harmonicamente, em igualdade plena” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 90). Neste contexto, deve-se ressaltar que

---

<sup>36</sup> Destaca-se aqui que tratados, convenções e declarações, em regra, têm baixa densidade normativa, possuindo positivamente genéricas. Contudo, não se deve ignorar o fato de que, mesmo assim, algumas convenções regulam de forma mais exaustiva as matérias que tutelam, sendo possível, assim, também aplicar nestas situações o critério hermenêutico da especialidade.

“[...] toda restrição a um direito fundamental só pode ocorrer no caso de colisão com outro direito fundamental e quando resultar num dano efetivo ou bastante provável” (SILVA, 2012, p. 48). Frente a tais circunstâncias, ou o próprio legislador pondera os direitos e decide, positivando na lei, qual direito terá precedência sobre o outro; ou, na ausência deste juízo político, toca-se ao intérprete o sopesamento dos direitos em conflito, decidindo qual deverá ter prevalência.

Compreendidos estes aspectos teóricos, volta-se a atenção aos textos do PIDCP, art. 19, item 3, alíneas “a” e “b”, e da CADH, itens 2, alíneas “a” e “b”, e 5, encontra-se as hipóteses que poderão excluir a proteção do direito de manifestação do pensamento<sup>37</sup>, oportunizando a responsabilização ulterior do emissor. Considerar-se-á, assim, como abusos de expressão i) o desrespeito, por meio de ofensas ilegais, aos direitos, à reputação ou à honra das demais pessoas; ii) a colocação em risco da segurança nacional, da ordem, da saúde ou da moral pública; iii) a propaganda em favor da guerra; iv) a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, ao crime, à hostilidade ou à violência (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b). Estas restrições são ratificadas no 2º Princípio da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que assevera dever ser garantida a liberdade de manifestação do pensamento nos exatos termos do art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 2000).

As hipóteses antes mencionadas, naturalmente, não são fruto do mero acaso ou do exercício arbitrário do poder contratual entre Estados soberanos. Conforme Stuart Mill, “[...] mesmo as opiniões perdem sua imunidade quando as circunstâncias em que são expressas são tais que constituem sua expressão em uma instigação positiva a algum ato prejudicial (2006, p. 83). Portanto, retira-se da esfera de proteção do direito de liberdade de expressão as manifestações que, quando proferidas, firam figadalmente outros bens jurídicos tutelados por outros direitos humanos, a fim de evitar que se instalem confrontos sociais entre os indivíduos que levem ao rompimento da paz outrora vigente no Estado.

Neste cenário, é pertinente destacar que a dignidade da pessoa humana, como bem jurídico, não é atingido frontalmente, mas apenas reflexamente. Assevera-se isto porque ela é “[...] valor base de interpretação de qualquer sistema jurídico, internacional ou nacional, que possa se considerar compatível com os valores éticos, notadamente da moral, da justiça e da democracia” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 212), sendo, simultaneamente, pilar de

---

<sup>37</sup> Como paradigma, tomou-se por base estes dois pactos, tendo em vista sua força normativa, mas deve ser salientado que o art. 10 da DDHC, ainda que seja uma declaração e como tal genérica, assegura a liberdade de expressão, desde que a manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida em lei.

sustentação e finalidade de todos os direitos fundamentais, estribando os direitos de liberdade de expressão e de igualdade. Assim, não pode ela ser, já que se instalaria um paradoxo, também ser essência e limite destes últimos (SILVA, 2012, p. 67). A observação também é importante para cimentar a noção de que é “[...] a equivocada visão de sucessão ‘geracional’ de direitos”, pois se todos os direitos fundamentais têm base na dignidade da pessoa humana, deve-se acolher a ideia de que todos eles estão em constante dinâmica de interação para expandirem-se e se fortalecerem complementarmente (PIOVESAN, 2008, p. 142).

Em outras palavras, “as dimensões de direitos humanos não são estanques, mas, sim, complementares. Somam-se e dialogam uma com a outra, formando um completo sistema de proteção da pessoa humana” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 142). Por isto, para que se possa limitar o direito de liberdade de expressão, é imperioso que uma norma, “feita em respeito à dignidade da pessoa humana”, pertencendo a uma das dimensões que se inter-relacionam, “estabeleça de maneira expressa um direito ou princípio, também fundamental, que deve prevalecer em relação” àquele (SILVA, 2012, p. 67). Nesta perspectiva, verificando os casos antes apontados, denota-se que em “i” e “iv” o bem jurídico que resta atingido frontalmente é a igualdade; ao passo que em “ii” e “iii” é a segurança/estabilidade estatal (que intenta assegurar o bem comum), ambos direitos fundamentais previstos nos pactos antes mencionados (e também na CRFB/88, conforme adiante se mencionará).

Sobre o bem jurídico “igualdade” é primordial assinalar que ele advém da existência do direito à igualdade que é um guia para a estruturação do Estado e para a interpretação de qualquer sistema jurídico que se diga democrático (NOVELINO, 2017, p. 340). Sua consagração remonta às revoluções liberais ocorridas nos fins do século XVIII, cuja finalidade era, em princípio, “extirpar os privilégios de origem estamental e afirmar a igualdade de todos perante a lei” (NOVELINO, 2017, p. 335). Tamanha é sua importância que ele consta sempre entre os primeiros artigos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (é o primeiro artigo da DUDH e da CADH; o segundo da DADDH; e o terceiro do PIDCP).

Afora isto, veja-se que o preâmbulo da DUDH e da PIDCP fazem referência expressa de que o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis das pessoas constitui fundamento da liberdade (BRASIL, 1945; BRASIL, 1992a). Por sua vez, a DADDH aduz que todos nascem livres e iguais em dignidade, devendo, por isto, agir fraternalmente um com o outro, o que nada mais é que exigir que todos se tratem de maneira igual e respeitosa (BRASIL, 1948). Por fim, o preâmbulo da CADH reconhece que só se realiza o ideal do ser humano livre se forem criadas condições para o exercício de seus direitos. Tudo isto leva à conclusão de que só há verdadeira liberdade (escolhas e práticas feitas livremente) se se assegura a igualdade entre todos

(BRASIL, 1992b). Por este ângulo, acompanhe-se o magistério de José Emílio Medauar Ommati (2016, p. 134)<sup>38</sup>:

[...] na medida em que compreendamos a igualdade como o direito que todo cidadão tem de ser tratado com igual respeito e consideração por seus concidadãos e pelo próprio Estado, podemos perceber que a igualdade é a sombra que cobre a liberdade, pois o igual respeito implicará a atribuição de iguais liberdades a todos. Dessa forma, o aparente conflito entre esses valores desaparece.

Logo, porque desestruturaria o próprio cerne que fundamenta a liberdade, o direito de ser reconhecido como igual prevalece sobre o direito de expressão, tornando-o ilegal quando tiver o escopo de ofender injustificadamente/gratuitamente terceiros. Acredita-se que a conclusão é acertada porque o direito de igualdade é, hodiernamente, visto como multidimensional – levando em conta as dimensões de direitos propostas por Karel Vasak –, pois

[...] não pode ser enquadrado puramente na primeira dimensão de direitos humanos e nem tão somente na segunda dimensão: é maior que a primeira, pois tem preocupação com o desenvolvimento de grupos vulneráveis, o que requer ações afirmativas, mas não deixa de fazer parte dela, já que a igualdade é acima de tudo um direito civil, antes de ser uma garantia de igual exercício dos direitos econômicos, sociais ou culturais. Em razão disso, é menção constante em documentos que se voltam para ambas dimensões (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 287).

Na mesma linha, o Comentário Geral n.º 18 do Comitê de Direitos Humanos da ONU (ONU, 1989) assevera que o direito à igualdade, que justifica o princípio da não discriminação (matéria tratada no referido comentário), tem caráter básico e geral no que respeita à proteção dos direitos humanos. Concorde a doutrina que se considera mais avançada, o direito de igualdade, como direito subjetivo, estrutura-se em direitos de igualdade definitivos abstratos (chamados de direitos de defesa<sup>39</sup> – do Estado e de terceiros); direitos de igualdade definitivos concretos (que abarcará os direitos concretos de igualdade de *status* negativo, positivo e ativo<sup>40</sup>); e direitos de igualdade *prima facie* abstratos (subdivididos no princípio da igualdade jurídica e princípio da igualdade fática) (ALEXY, 2008, p. 429-431).

<sup>38</sup> Assinale-se que José Emílio Medauar Ommati filia-se, em termos teóricos, ao pensamento de Dworkin, com o qual se tem divergências, valendo-se mencionar que para ele (Dworkin) o direito de liberdade não pode ser limitado. Ainda assim, seu trabalho, o qual é denominado de “Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988”, é fonte de pesquisa bastante rica, tanto que citados alguns trechos na presente dissertação.

<sup>39</sup> Subdivide-se entre o direito de ser tratado igualmente, se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual; e o direito de ser tratado desigualmente, se houver uma razão suficiente para o dever de tratamento desigual (ALEXY, 2008, p. 429)

<sup>40</sup> “Se alguém é afetado por uma proibição que desrespeita o enunciado da igualdade, então, ele pode ter um direito definitivo concreto, fundado no enunciado da igualdade, à cessação da intervenção, ou seja, um direito de *status* negativo. Nesse caso, a “não realização de um tratamento desigual” é uma ação negativa. Se, ao contrário, alguém não é incluído em algum benefício, em desrespeito ao enunciado da igualdade, então, ele pode ter um direito definitivo concreto ao benefício, fundado no enunciado da igualdade, ou seja, um direito do *status* positivo. Nesse caso, a “não realização de um tratamento desigual” consiste em um ato positivo. Se, em desrespeito ao enunciado

Tradicionalmente, porém, apresenta-se, porém, esta última estrutura, apontando-a como as duas faces do direito à igualdade: a formal, referindo-se à aplicação da lei de forma igual a todas as pessoas, e a material, que corresponde à realização de discriminações positivas, por meio de “critérios distintivos justos e razoáveis” (NOVELINO, 2017, p. 337), para tornar efetivo o gozo igual de direitos em uma sociedade. Quanto a esta última, lembra-se que “[...] quem quer promover a igualdade fática tem que estar disposto a aceitar a desigualdade jurídica”, o que significa que “quando se aplica um, abdica-se ao outro” (ALEXY, 2008, p. 417).

A violação ao direito de igualdade pode ocorrer por ação, “quando são estabelecidas igualizações ou diferenciações arbitrárias [...]”; ou omissão, quando os poderes públicos se omitem “em adotar medidas [...] adequadas à redução de desigualdades sociais ou regionais (igualdade de fato)” (NOVELINO, 2017, p. 342). Em magistral explicação, Robert Alexy (2008, p. 407-409) elucida o que vem a ser uma diferenciação (ou igualização) arbitrária:

Segundo [o] Tribunal Constitucional Federal [Alemão], uma diferenciação arbitrária ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei”. Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, se não for possível encontrar fundamento qualificado para ela. [...] O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de “uma perspectiva orientada pela ideia de justiça”. De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. [...] A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. [...] Não existe razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, [...] o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.

Assim é que “uma razão é [...] suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual se esse tratamento, em virtude dessa razão, deixa de ser arbitrário”, o que ocorre se houver razões plausíveis, no caso concreto, diante da aplicação das normas de direitos fundamentais, para admiti-lo (ALEXY, 2008, p. 413-414). “Por ser a igualdade um conceito relacional, a análise envolvendo supostas violações exige a comparação entre indivíduos, grupos, coisas ou situações atingidas pela norma” (NOVELINO, 2017, p. 341). Assim, o cotejo entre a violação da igualdade com a liberdade de discurso deve ocorrer com base nas ações (expressões) do sujeito ativo.

---

da igualdade, a alguém não é garantida a competência para a participação na formação da vontade estatal, então, ele pode ter um direito definitivo concreto do status ativo, fundado no enunciado da igualdade” (ALEXY, 2008, p. 432-433).

Deste modo, deve-se averiguar se, em seu discurso, este fez alusão a critérios injustificados, odiosos, discriminatórios ou preconceituosos para negar a igualdade das vítimas perante as demais pessoas da sociedade. Constatada a presença disto, saber-se-á, então, que houve violação do direito à igualdade, incidindo-se em hipóteses de abuso de liberdade de expressão, que o tornam ilícito. Atente-se: está protegido pelo direito de liberdade de expressão quem expressa sua concordância com teorias imorais, ideias preconceituosas e/ou fatos ignóbeis. Isto porque, embora extremamente reprovável (juízo moral), enquanto não atingir, de fato, a esfera de direitos de outras pessoas, não há que se falar em abuso da liberdade de expressão.

Exemplificativamente: i) alguém dizer-se favorável a práticas eugênicas, porque acha ser uma forma de melhorar as gerações futuras; ou ii) afirmar que não gosta de índios por não ter qualquer compatibilidade com seus hábitos e costumes – por mais torpes e tacanhas que sejam – são formas de exercício regular da liberdade de expressão. Deve-se “permitir manifestações genéricas contra o comportamento de qualquer comunidade. [...] Toda crítica negativa deve ser permitida, independentemente do grupo atingido, como meio de participação democrática nos rumos que a sociedade deve tomar” (SILVA, 2012, p. 59). Cuide-se: fala-se em crítica negativa permitida para participar nos rumos da própria sociedade. Significa que manifestações cujo escopo seja ofender, humilhar, desprezar ou incitar o ódio a pessoa ou grupo não é caso que incida nesta irrestritabilidade discursiva. Com efeito,

O Estado e a sociedade devem permitir a liberdade de expressão, ressalvando somente os casos em que se verifiquem prejuízos irreparáveis para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade. É necessário favorecer a tolerância, que é uma consequência direta da liberdade, bem como incentivar o pluralismo (SILVA, 2012, p. 60).

Por outro lado, se, no exemplo “i”, adicionar-se a pregação de que sejam esterilizados os considerados possuidores de genes indesejados; e, no exemplo “ii”, afirmar-se que não se gosta de silvícolas por serem sujos, flagrantemente, estará ferida a igualdade, ante a alusão a critérios discriminatórios e preconceituosos, configurando o abuso de liberdade de expressão. Em outras palavras, nos últimos dois casos, falta-se com o respeito de que as vítimas são dignas por serem iguais a todas as demais em uma sociedade, o que importa, em última análise, negar-lhes seu direito de igualdade.

Sobre o bem jurídico “segurança”, tem ele base no direito fundamental à segurança pessoal e pública, o qual está positivado nos arts. 3º e 22 da DUDH; arts. 1º e 28 da DADDH; art. 9º do PIDCP; e art. 32 da CADH (BRASIL, 1945; BRASIL, 1948; BRASIL, 1992a). Garanti-lo é função do Estado que deve “criar condições para a consecução dos fins particulares

dos seus membros”, de modo a permitir “o desenvolvimento integral da personalidade humana” de cada um (FREITAS, 2012, p. 6.785). Portanto, o direito à segurança pessoal e pública significa, em síntese, o direito que as pessoas têm de desfrutar dos demais direitos. Para o Estado,

implica na (sic) ação preventiva e repressiva exercida por órgãos e agentes públicos para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas e pressupõe a garantia de um Estado antidelitual, de convivência social pacífica, com a preservação e a manutenção da ordem pública e a incolumidade das pessoas [...] (FREITAS, 2012, p. 6.774)

Com esta ideia, assenta-se que garantir a segurança é o mesmo que proteger a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, podendo-se afirmar ser ela essencial para o bem comum, fim maior de qualquer Estado (FREITAS, 2012, p. 6.786-6.787). Tem-se, por conseguinte, como regra, a inaceitabilidade de que restrições sejam feitas aos direitos das pessoas, a menos que estas sejam indispensáveis para manter/promover o bem comum de todas as demais, que significa ter “convivência social pacífica, isenta de ameaça e de violência” e sem restrições arbitrárias em suas vidas (FREITAS, 2012, p. 6.787).

Neste campo, note-se que a manifestação do pensamento pura e simples não causa perigo de desestabilizar a ordem pública, pois quem somente “expõe uma opinião, ideia ou convicção quer convencer os outros a pensar como ele, não a praticar atos concretos” (SILVA, 2012, p. 63). Entretanto, “a incitação, o induzimento, e todas as demais manifestações dirigidas a convencer alguém a fazer alguma coisa específica, (sic) são atos sociais, não meras manifestações do pensamento”, podendo ser consideradas criminosas se puderem ensejar o rompimento da paz social e, desta maneira, a segurança (SILVA, 2012, p. 62).

Neste ínterim, vale dizer que a capacidade de lesão ao bem jurídico há de ser aferida pelas circunstâncias que permearem o caso concreto (local, tempo, espaço e público que teve acesso ao aqulamento da prática criminosa). Relacionando o direito de liberdade de expressão com a restrição a ele em razão de lesar a segurança pública, Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 63) explica que

[...] para que a segurança de algum bem jurídico sofra perigo é preciso outros requisitos além da mera manifestação de um pensamento, como sua transmissão através de um meio de comunicação idôneo a atingir um razoável número de pessoas, capacidade do emitente para influenciá-las e realização em circunstâncias tais que resulte num aumento do risco de lesão a um determinado bem jurídico

Fica, então, bastante claro que o direito de liberdade de expressão não serve de escudo para diminuir a responsabilidade do emissor por discursos tidos, nas circunstâncias acima mencionadas, como ilícitos. Cada direito humano precisa ser analisado em conjunto com todos

os demais, realizando-se uma análise sistêmica, “de forma que um respeite a esfera de abrangência do outro”, criando “uma concordância prática de direitos humanos” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 85). Isto acaba por reforçar a noção antes mencionada de que existe uma relação orgânica entre os direitos humanos e suas dimensões que não pode ser ignorada.

Dito de outro modo, há de considerar-se que para o direito de liberdade de expressão existe, no outro extremo, o dever de respeito à igualdade e à segurança pública. Tanto é assim que os pactos e declarações perscrutados, normalmente em seus artigos finais, aduzem que, em sociedades democráticas, os direitos do indivíduo são automaticamente limitados pelos direitos e segurança dos demais<sup>41</sup>. Aliás, a DADDH é ainda mais explícita: elenca no capítulo primeiro os artigos que contêm os direitos e, no capítulo segundo, dedica-se a apresentar os deveres que lhe são correlatos (BRASIL, 1948). Além disto, a partir da leitura da CADH, pode-se afirmar que há indicativos de que, em prol da manutenção (paz e segurança) da própria sociedade, os interesses coletivos prevalecem sobre os individuais (BRASIL, 1992b).

Este entendimento já foi há muito esboçado<sup>42</sup> (em 1954) pelo *Bundesverfassungsgericht*<sup>43</sup> (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) – confirmando o que foi assinalado acima acerca de que, após períodos de escuridão intelectual, há um resgate/restauração da “humanidade” olvidada em certo ínterim temporal – em julgamento que discutia a constitucionalidade de lei federal de 1952 que continha previsão sobre auxílios ao investimento no comércio e indústria de mineração de carvão, produção de ferro e do setor de energia. Nesta decisão, o referido tribunal (ALEMANHA, 1954, p. 06) assinalou, em determinado trecho, que

---

<sup>41</sup> Não se desconhece que estes documentos internacionais vão além, positivando que as exigências da moral e do bem comum também podem servir de limitadores aos direitos humanos do indivíduo. Contudo, entende-se que estes termos são deveras genéricos e, assim, bastante perigosos de serem adotados como parâmetros para limitação de direitos humanos. Veja-se, apenas por exemplo: é bem verdade que direito e moral não podem ser separados porque o aquele faz parte desta. Contudo, a moral é individual, cada pessoa tem seu próprio entendimento de qual é a atitude moralmente correta em uma determinada situação. Nenhum comportamento moral exclusivo de uma pessoa vira norma de conduta; apenas aqueles comportamentos morais comuns conseguem este *status*. A estes últimos denomina-se conduta ética, que é aquela geral e aceita como adequada em uma dada comunidade. Portanto, entende-se temerário adotar a moral, pura e simples, como critério para restringir os direitos humanos de outrem. Seria, assim, necessário acrescentar, acaso se quisesse utilizá-lo, “moral comum”, por exemplo.

<sup>42</sup> A Lei Fundamental de Bonn – constituição da Alemanha desde 1949 – enquanto expressão máxima desta nova fé, consagrou a dignidade da pessoa humana como valor fundamental e o livre desenvolvimento da personalidade como o fim de toda a ordem jurídica.

<sup>43</sup> Estas importantes afirmações estão em perfeita consonância com o que a Constituição Alemã/ Lei Fundamental de Bonn/ Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (“*Deutsche Verfassung*”/ “*Bonner Grundgesetz*”/ “*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*”) trazia, já naquela época, em seu bojo, isto é, a dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*) como valor fundamental e o livre desenvolvimento da personalidade (*freie Entfaltung der Persönlichkeit*) como fim de toda a ordem jurídica. Surpreendente é que tais ideias só tenham sido incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro com a CRFB/88.

*Erblickt man weitergehend in diesem Grundrecht eine umfassende Gewährleistung der Handlungsfreiheit, so besteht diese von vornherein nur, soweit sie nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. [...]”<sup>44</sup>.*

Assim, “pode-se exercer à vontade os direitos garantidos, salvo quando tal exercício prejudicar os direitos e garantias de outrem, fazendo-se necessário respeitar assim uma relação de dever para com a comunidade” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 88), pois o convívio pacífico é salutar à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. Vistas as hipóteses genéricas de ilicitude da liberdade de manifestação do pensamento insculpidas nos principais documentos internacionais de que o Brasil é signatário, torna-se necessário averiguar se a CRFB/88, “documento mais abrangente e pormenorizado de direitos humanos já adotado” no país (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 211), faz coro com elas, isto é, se as ratifica (ou não).

A relevância disto reside no fato de que, no Brasil, “direitos de hierarquia constitucional”, como é o direito de liberdade de expressão, “somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (restrição imediata) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (restrição mediata)” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 198). Daí retira-se a noção de que, no que tange à liberdade de expressão, “somente quando alguém provoque um dano ou risco de dano evidente a alguém ou à coletividade sua liberdade poderá sofrer restrições legitimadas por intermédio de lei (SILVA, 2012, p. 05). Acerca disto, explica Marcelo Novelino (2017, p. 298-299) que

As restrições diretamente constitucionais são as impostas por outras normas de hierarquia constitucional e podem estar consagradas em cláusulas escritas ou não escritas. As cláusulas restritivas escritas podem estar contidas no mesmo dispositivo que consagra o direito fundamental ou em outro dispositivo da Constituição. As cláusulas não escritas são relacionadas às restrições impostas por princípios que consagram direitos fundamentais colidentes de terceiros ou interesses da coletividade. [...] As restrições indiretamente constitucionais são as autorizadas, de forma expressa ou implícita, pela constituição, como no caso de cláusulas de reserva legal. Na reserva legal simples, o dispositivo constitucional consagra uma competência para estabelecer restrições sem fazer qualquer tipo de exigência quanto ao conteúdo ou à finalidade da lei restritiva. Na reserva legal qualificada, a constituição autoriza que a lei estabeleça

---

<sup>44</sup> Em tradução livre: Enxergando-se neste direito fundamental uma garantia abrangente da liberdade de ação, isto há é válido, existindo desde o princípio, apenas na medida em que não viole os direitos de outros e tampouco a ordem constitucional e nem a lei moral. A imagem do homem na lei fundamental não é aquela de um indivíduo isolado, soberano; pelo contrário, a lei fundamental optou em favor de uma relação entre o indivíduo e a comunidade no sentido de que aquele depende e deve se comprometer com esta, sem que haja violação de seus valores individuais.

restrições, mas limita o conteúdo destas, fixando condições especiais, estabelecendo os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados<sup>45</sup>.

À vista disto, existe lógica em consultar o art. 5º da CRFB/88, onde, como se sabe, está concentrada a maior parte dos direitos individuais. Verdade seja dita, a Lei Maior brasileira contém hipóteses hialinas, translúcidas, diáfanas, de restrições direta e indiretamente constitucionais à liberdade de expressão. O simples exame do *caput* é suficiente para concluir que a CRFB/88 ratifica, por meio de cláusulas escritas restritivas diretamente constitucionais, as hipóteses de abuso de expressão antes apresentadas (BRASIL, 1988). Cuide-se: o constituinte originário positivou que a liberdade, a igualdade e a segurança dos brasileiros e estrangeiros (em terras brasileiras)<sup>46</sup> seriam invioláveis (BRASIL, 1988). Logo, é certo que estes direitos precisam ser garantidos simultaneamente<sup>47</sup>, de maneira tal que um seja o próprio limitador do outro<sup>48</sup> (conforme também foi assinalado acima). É dizer:

[...] em um Estado Democrático de direito, os princípios da igualdade e liberdade são reconciliados, de modo que a realização de um deles implica, sob pena de contradição, a realização do outro, de modo que os dois princípios são equiprimordiais ou co-originais, se quisermos usar a linguagem de Jürgen Habermas [...] (OMMATI, 2016, p. 136).

Assim, o exercício da liberdade de uma pessoa só estará protegido pelo direito que o representa, se não desrespeitar o direito à igualdade e de segurança<sup>49</sup> dos demais membros da sociedade. Vai-se além: nos incisos III, V, VIII e X do art. 5º são encontradas cláusulas não escritas restritivas diretamente constitucionais<sup>50</sup> (BRASIL, 1988). Neles, são garantidos, respectivamente, o direito de não ser submetido a tratamento degradante (humilhante, desonroso, difamante, indigno, injurioso) por parte de qualquer pessoa ou ente (III); o direito de resposta e de indenização por dano moral, material e à imagem por manifestação abusiva (V); o direito de não ser privado de direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica

<sup>45</sup> Afora isto, o autor ressalta (e se tem o mesmo entendimento que ele) que a ausência expressa de previsão constitucional não significa a impossibilidade de restrição, embora a margem de ação do legislador seja mais reduzida, pois é legítima a intervenção legislativa quando voltada à proteção de direitos fundamentais de terceiros ou de interesses da coletividade (NOVELINO, 2017, p. 299). O fundamento autorizador para tanto seria a cláusula de reserva legal subsidiária, insculpida no art. 5º, II, da CRFB/88.

<sup>46</sup> Considerando a interpretação do STF, mesmo estrangeiros que estejam meramente de passagem pelo Brasil têm garantido os direitos de liberdade, igualdade, vida e segurança.

<sup>47</sup> A mesma formulação foi feita no Marco Civil da Internet no Brasil (Lei 12.965/2014). Veja-se que, no art. 2º, foi positivado que fundamentam, conjuntamente, o uso da internet no país o respeito à liberdade de expressão, aos direitos humanos, ao desenvolvimento da personalidade, a pluralidade e a diversidade (BRASIL, 2014).

<sup>48</sup> Por analogia, poder-se-ia pensar na vigência de uma espécie de sistema de *checks and balances* para os direitos fundamentais.

<sup>49</sup> Chama-se atenção para o fato de que o art. 6º da CRFB/88 traz a segurança como um direito social, tratando-se, neste caso, de mais uma cláusula não escrita restritiva diretamente constitucional (BRASIL, 1988).

<sup>50</sup> Antonio de Holanda Cavalcante Segundo (2016, p. 50) aduz que estas limitações são explícitas ao direito de liberdade de expressão.

ou política (VIII); e o direito à honra e de indenização pelo dano moral e/ou material decorrente de sua violação (X) (BRASIL, 1988).

Já nos incisos XLI e XLII são encontradas duas hipóteses de restrições indiretamente constitucionais, sendo aquele caso de reserva legal simples e este caso de reserva legal qualificada. O inciso XLI apenas afirma que a lei deverá punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. O inciso XLII, por outro lado, quando afirma que a lei deverá considerar a prática do racismo crime, estabelece um conteúdo mínimo que a lei deve conter, que é a inafiançabilidade, a imprescritibilidade e a sujeição à pena de reclusão (BRASIL, 1988).

Para interpretar as normas constitucionais, faz-se necessário apelar para um método de interpretação constitucional, existindo alguns à disposição, como, por exemplo, o hermenêutico clássico, o científico-espiritual e o hermenêutico-concretizador. Sendo fiel à ideia de interpretação conglobada de normas, adotou-se este último. Conforme explicam Paulo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 91), o método hermenêutico-concretizador “propõe, para o auxílio do intérprete/aplicador da Carta, balizas a serem observadas na interpretação das normas constitucionais, com o objetivo de conferir maior teor de racionalidade à tarefa, reduzindo o espaço para pragmatismos exacerbados”. Tal método advém da dogmática alemã, mais precisamente, dos trabalhos de Konrad Hesse que formulou guias para o processo interpretativo sob a forma de “princípios [...] dirigentes e limitadores a serem utilizados na coordenação e valorização dos pontos de vista adotados na resolução dos problemas constitucionais” (NOVELINO, 2017, p. 148; MENDES; BRANCO, 2017, p. 91).

São eles: i) princípio da unidade da Constituição, ii) princípio da concordância prática, iii) princípio da correção funcional, iv) princípio da eficácia integradora; e v) princípio da força normativa da Constituição (MENDES; BRANCO, 2017, p. 92). Ao fazer uso deste método, pode-se manejar um ou mais dos guias simultaneamente para interpretar as normas constitucionais. Com isto, espera-se que eles “auxiliem a que argumentos jurídicos se desenvolvam em um contexto de maior racionalidade, favorecendo algum controle sobre o processo de concretização das normas constitucionais, com proveito, igualmente, para o valor da segurança jurídica” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 95). Neste sentido, dão base às inferências interpretativas que, na sequência, vai-se aludir os princípios “i”, “ii” e “v”. Explica-se o que cada um significa, ainda que de uma forma muito sucinta.

O princípio da unidade da Constituição pressupõe a racionalidade do constituinte. Ele postula que nenhuma norma da Constituição seja interpretada isoladamente, isto é, considerada “fora do sistema em que se integra”, evitando, assim, “contradições entre as normas

constitucionais” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 92). Desta forma, harmonizam-se as tensões entre as normas, as quais são “decorrentes do pluralismo e do antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador” (NOVELINO, 2017, p. 141), na medida em que se toma a Constituição como um todo unitário (MENDES; BRANCO, 2017, p. 92). Já o princípio da força normativa da Constituição<sup>51</sup> propõe que “seja conferida prevalência aos pontos de vista que tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual, e, com isso, obtendo-se máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso<sup>52</sup>” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 94).

Por fim, tem altíssima relevância o princípio da concordância prática porque “a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados entram, frequentemente, em rota de colisão” (BARROSO, 2005, p. 91). Assim, utiliza-se este princípio para guiar a resolução de conflitos existentes entre normas constitucionais que têm programas normativos diversos, entrecrocando-se. Neste cenário, conforme ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco (2017, p. 94-95),

O critério recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que elas possuem no caso concreto. Se é esperado do intérprete que extraia o máximo efeito de uma norma constitucional, esse exercício pode vir a provocar choque com idêntica pretensão de outras normas constitucionais. Devem, então, ser conciliadas as pretensões de efetividade dessas normas, mediante o estabelecimento de limites ajustados aos casos concretos em que são chamadas a incidir.

Portanto, ao visualizar os incisos anteriores, buscou-se uma interpretação que, na mesma toada, fornecesse uma visão unitária/sistêmica da constituição, sensível aos fatos históricos da atualidade relativo ao tema em estudo e preocupada em ajustar os limites máximos de eficácia entre os direitos em conflito. Naturalmente, observando o conteúdo textual dos incisos, a partir desta perspectiva, sabe-se que no momento em que garantem aqueles direitos, preveem sanções imediatas (indenização pelos danos) e mediatas (criação de leis para punir tanto na seara cível, quanto na seara penal) para violações de direitos, tornam clara e conseqüentemente ilícitos alguns tipos de manifestações, mesmo que os dispositivos não tenham feito referência direta à restrição da liberdade de expressão.

<sup>51</sup> Saliente-se que enquanto Paulo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 94) fazem referência ao fato de que este princípio estaria contido no princípio da máxima efetividade, Marcelo Novelino (2017, p. 144) entende que seria este o princípio envolvido, denominando-o, ainda, de princípio da interpretação efetiva ou princípio da eficiência. Tentando buscar o máximo de fidelidade ao que propôs Konrad Hesse, mantém-se o nome do princípio como originalmente previsto (*Prinzip der normativen Kraft der Verfassung*).

<sup>52</sup> No livro citado neste ponto, o trecho “máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso” apareceu entre aspas por ser citação direta da obra “Escritos de Derecho Constitucional” de Konrad Hesse.

Com efeito, eles administram situações específicas, mas, em última análise, o que fazem é reiterar a ideia do *caput* no sentido de restringir liberdades para garantir a harmonia entre a igualdade e a segurança dos indivíduos. Repisa-se, inspirando-se por uma interpretação hermenêutica-concretizadora dos dispositivos, que, pelo que se percebe, o ânimo do constituinte originário<sup>53</sup> é inequívoco em apontar para a ilicitude das condutas que visem negar a igualdade de uns com relação aos outros, preconceitualizando-os, e aquelas que possam ocasionar quebra de segurança pública. Aliás, como consequência, tem-se que esta ilicitude também atingirá as ações praticadas com o mesmo ânimo no ambiente cibernético, visto que o Marco Civil da Internet no Brasil, mais precisamente, no art. 3º, I e VI, prevê que a liberdade de expressão será garantida nos exatos termos em que autorizados pela Carta Magna e que os agentes, neste local, são passíveis de responsabilização por seus atos (BRASIL, 2014).

Por fim, é relevante salientar que o inciso LIV do art. 5º, cuja redação aponta que ninguém será privado da liberdade sem o devido processo legal, não se destina apenas a regular as condições para privar alguém de sua liberdade de locomoção e permanência (BRASIL, 1988). Serve ele também como condição procedimental inafastável para a repressão ao discurso abusivo, visto que o inciso IX do mesmo artigo presume legítima qualquer expressão artística, científica e de comunicação independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988). Por conseguinte, uma manifestação do pensamento só poderá ser tachada de ilícita após sua submissão ao crivo do Poder Judiciário, que garantirá que haja atenção ao devido processo legal<sup>54</sup>, onde se possibilite contraditório e ampla defesa ao emissor.

---

<sup>53</sup> José Emílio Medauar Ommati é crítico (segundo se pensa, com parcial razão) deste tipo de afirmação. Concorde o autor: “Os juristas [...] quando mencionam a intenção da lei, não podem estar se referindo ao que os legisladores tinham em mente enquanto votavam. Muitos legisladores nem sequer entendem as leis nas quais votam, e os que as entendem são tão movidos por suas motivações políticas – agradar aos eleitores, aos financiadores, aos líderes do partido – quanto pelos princípios ou programas políticos que os juristas podem enxergar nas leis por eles aprovadas” (OMMATI, 2016, p. 125). Com todo respeito que merece o autor, não se concorda na totalidade com sua ideia. De fato, os legisladores são movidos também por suas motivações políticas e não se deve averiguar o que os legisladores tinham em mente quando votaram a lei, mas isto não significa que sejam eles néscios, incapazes de entender o que estão fazendo, não apenas porque legislar é sua atividade típica, mas também porque são, normalmente, assessorados por um corpo técnico bastante qualificado, bem como porque concordar com tal afirmação importaria em reconhecer o perdimento de função deste Poder, isto é, seu completo esvaziamento, algo com que não se compactua. Concorde-se que não se pode referir às possíveis intenções do legislador quando da feitura da lei, não porque estaria totalmente contaminada por motivações políticas diversas de ensejar, em geral, o bem comum da população, e sim porque se tem entendimento de que as intenções do legislador com uma lei devem ser aferidas a partir de seu próprio texto, por meio de interpretação sistemática dos dispositivos. Conforme se acredita, ao jurista cabe interpretar a lei, fruto do trabalho consciente e dirigido a uma finalidade do legislador, podendo sim ter em conta suas possíveis motivações genéricas ao elaborá-la, a partir da globalidade do texto legislativo, a fim de promover, no futuro, o aprimoramento dos direitos positivados no texto legal.

<sup>54</sup> Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 33) anota que não há autoridade administrativa com poder para limitar direitos fundamentais como a liberdade de expressão, de maneira que, acaso ocorra, deve ser manejado Mandado de Segurança. Além disto, o mesmo autor ressalta que o processo judicial para coibir discursos só é exigível para quando exercitado por pessoa, tendo tratamento jurídico diferenciado quando exercido por meios de comunicação em massa, hipótese em que é possível adotar medidas administrativas que objetivem atender aos preceitos

Deve-se atentar, ademais, para o fato de que, embora se fale em “limites”/“restrições” da liberdade de expressão”, entende-se que estes jargões não refletem o que de fato ocorre na realidade. Explica-se: a rigor, afora o argumento técnico de que configuraria censura, não há como, previamente, restringir manifestações do pensamento pela impossibilidade física de acessar a mente dos indivíduos, saber o que estão pensando, o que irão externalizar e, assim, se isto for configurar um abuso de liberdade de expressão, ameaçá-los com punições para que não as exprimam. Sendo assim, os discursos, escritos e falas precisam ser primeiro divulgados, por qualquer meio, podendo, na sequência, tão somente serem adjetivados, a partir de seu teor, como lícitos ou ilícitos (e neste último caso punidas).

Em resumo, defendeu-se alhures que é indispensável que todos sejam livres para manifestar e debater propostas, conhecimentos, informações e ideias para que, a partir da construção dialética das verdades, afastada da nefanda unilateralidade de pensamento, normalmente imposta por regimes ditatoriais, consiga-se o progresso da própria sociedade e a possibilidade de que cada um desenvolva em plenitude sua personalidade. Estes são os objetivos primordiais de ter-se liberdade de expressão, o que, naturalmente, não exclui a possibilidade de utilizá-la para fins que não edifiquem a sociedade ou a si mesmo. Contudo, no Brasil<sup>55</sup>, nestas situações, coloca-se a legalidade da manifestação do indivíduo à prova, quando ferir a igualdade dos indivíduos ou a segurança pública por todas as razões que foram acima expostas.

Retomando-se o conceito de discurso de ódio, sabe que este se revela a partir da expressão, com potencialidade lesiva e fulcrada em preconceito do sujeito ativo, que incite, conclame, induza, instigue, defenda, apoie ou promova o ódio, a intolerância, a hostilidade, a violência ou a prática de crime por parte de terceiros contra coletividade de indivíduos (ou membro desta) que detenha característica intelecto-sócio-cultural que a particularize, em dada sociedade. É visto que a finalidade do ato transcende a discriminação (que, neste caso, é o que motiva a ação), objetivando, em realidade, conseguir que determinado grupo ou pessoa a ele pertencente sejam odiadas, hostilizadas ou violentadas por terceiros de toda parte, inviabilizando ou tornando bastante dificultoso seu convívio em sociedade.

---

constantes na CRFB/88 para que sejam respeitados os valores familiares e a formação de crianças e adolescentes (2012, p. 34).

<sup>55</sup> A título de exemplo apenas, veja-se que, diferentemente, nos Estados Unidos da América, como melhor se verá no subcapítulo 2.2, os discursos de ódio estão albergados, em regra, pela liberdade de expressão “[...] desde que não configure crime contra a honra (libel) ou palavras que possam provocar uma retaliação da pessoa comum (*obscenity ou fighting words*). [...] O sistema americano privilegia a liberdade de expressão no discurso do ódio, desde que ele não resulte em uma ação ilegal imediata. Ele está protegido enquanto se mantém no mundo das ideias (MEYER-PFLUG, 2009, p. 148).

Ora, “[...] o que caracteriza uma democracia [...] é [...] o respeito pela diversidade, ou a mesma consideração e respeito por todos que se encontram unidos tendo em vista um projeto comum” (OMMATI, 2016, p. 137). Neste sentido, a condenabilidade da discriminação e do ódio é tão grande e evidente que os instrumentos internacionais (art. 4º, “b”, do PIDCP; e art. 27 da CADH) afirmam que mesmo diante de situações excepcionais – entendidas como aquelas que ameaçam a existência da nação – que autorizam a suspensão de direitos, é absolutamente proibido suspender o direito de não ser discriminado por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social (BRASIL, 1992a; BRASIL, 1992b). No Estado brasileiro,

[...] não se pode afirmar em qualquer hipótese que a liberdade de expressão pode ser entendida hoje como a possibilidade de se proferir discurso de ódio quando, posteriormente ao proferimento, ficar provado que se trata de um discurso racista e discriminatório. Isso se comprova [...] tanto em função da própria proibição da prática de racismo em nossa Constituição, quanto em face de nossa própria história jurídica e institucional (OMMATI, 2016, p. 145).

Seguindo a linha do que foi apresentado, tanto o discurso discriminatório/preconceituoso<sup>56</sup> como o discurso de ódio são ilegais. Nenhum deles possui o condão de promover, pelo mínimo que seja, o progresso social ou o desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Aliás, é justamente o contrário: trata-se de uma dupla regressão – social e intelectual – que depaupera a paz de uma comunidade. Portanto, o discurso de ódio (mais grave que o discurso preconceituoso), além de ferir a igualdade, pode abalar a segurança pública, algo que restará concretizado se o instigador do ódio for ouvido por terceiros que levem a cabo suas ideias.

Note-se: por tudo que se expôs até aqui, não é difícil deduzir que se é contrário aos discursos de ódio. Entretanto, a própria CRFB/88, acertadamente, veda a censura de expressões previamente, porque a “democracia constitucional não se coaduna” com ela, “tendo em vista os princípios da igualdade e liberdade” (OMMATI, 2016, p. 146), bem como o princípio democrático que restaria violado. Neste contexto, assinala-se que se entende inócua sua proibição por parte do direito e seus instrumentos coativos, pois absolutamente incapazes de impedir, pelo menos de forma comprovada, sua divulgação. Isto é diferente se considerá-los lícitos, regulares, em uma sociedade: “uma vez o racista proferindo seu discurso e mostrando que é racista [...] seria um atentado contra a própria parcela da população que sofreu a discriminação se [...] não fosse punido. Teríamos alguns mais iguais e mais livres do que outros” (OMMATI, 2016, p. 146).

---

<sup>56</sup> Ainda que se acredite ter ficado claro, não é demais lembrar que, em regra, não configurará discurso discriminatório/preconceituoso a utilização caricata de pessoas para o fim de fazer chistes. Para tanto, é preciso que haja o ânimo discriminatório a outrem por parte do emissor por torpeza.

Cabe ao direito regulamentar, dizendo o que é e quais são as sanções por esta prática ignóbil, e ao Judiciário aplicar as penalidades previstas. É dizer: pela impossibilidade física de vetar e para não configurar censura, crê-se possível (e de fato é, porque nada impede) a manifestação de discurso de ódio (sua divulgação/publicação é condição *sine qua non* para que o direito consiga agir e anular a pretensão de regularidade da conduta), mas quem optar por fazê-lo deverá, sem a menor dúvida, arcar com as sanções previstas, porque é certo que não se trata de exercício regular da liberdade de expressão, mas sim abuso. Em sentido semelhante, isto é, chegam à mesma conclusão por caminhos diferentes, são os entendimentos de José Emílio Medauar Ommati, Marcela Maffei Quadra Travassos e Edson Beas Rodrigues Jr. (que se aproxima desta última).

Aquele aduz que “[...] a Constituição de 1988, ao proibir<sup>57</sup> o racismo, não pretendeu proibir o discurso de ódio, enquanto discurso prévio, até porque não se pode proibir previamente qualquer discurso ou proferimento. Pretendeu, sim, proibir discursos racistas depois de publicamente proferidos”<sup>58</sup> (OMMATI, 2016, p. 147). Esta nega que devam ser impedidas as veiculações dos discursos odientos, devendo-se preferir “a reparação posterior dos prejuízos sofridos pelos ofendidos, por se tratar de restrição à liberdade de expressão, que constitui princípio igualmente consagrado na Constituição” (TRAVASSOS, 2013, p. 297). Esse aponta que “o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de medidas de controle preventivo, mas apenas pode servir como fundamento de responsabilidade [civil e/ou penal] para quem o tenha cometido”, de maneira que “as medidas de responsabilização apenas poderão ser aplicadas pelos tribunais [...]” (RODRIGUES JR., 2011, p. 92). Diante disto, o sujeito ativo terá direito de defesa, pois somente por meio do devido processo legal, onde possa o autor demonstrar que seu discurso não fere a igualdade e/ou a segurança, será possível tornar ilícita a expressão do pensamento.

Como desenlace, escorado nas declarações e tratados internacionais, na Constituição brasileira e também na própria doutrina, tem-se que a publicação de discursos de ódio, para a finalidade primordial a que se prestam, que, além do menosprezo a terceiros intelecto-sócio-culturalmente diferentes, é causar-lhes hostilização por parte de outras pessoas em razão daquela sua diferença, não fazem parte do âmbito de proteção do direito à liberdade de

---

<sup>57</sup> Atente-se: tecnicamente, a CRFB/88 criminaliza o racismo, considera ilícito penalmente o comportamento. Contudo, sua proibição é inócua para que a prática deixe de ocorrer.

<sup>58</sup> Salienta-se aqui que, segundo a perspectiva adotada no trabalho, a afirmação do autor mistura o conceito de discurso de ódio com o discurso racista/preconceituoso. Com efeito, como se explicou, pertencem eles ao mesmo gênero (discurso preconceituoso lato sensu), mas são espécies distintas com graus diferentes de ofensividade aos bens jurídicos tutelados pelo direito.

expressão. Isto porque violam, frontalmente, o direito das vítimas de serem tratadas com igual respeito, podendo, ademais, lesar a segurança pública. Veja-se que se chegou a tais conclusões a partir de estudo doutrinário e legislativo. Entretanto, não se apresentou a integralidade do lastro teórico em que se basearam estes (pelo menos predominantemente). Isto é feito (somente) agora para cumprir o escopo de dar maior tangibilidade à teoria, uma vez que já fixados os limites para legalidade da liberdade de expressão, relegando ao discurso de ódio a posição de ilicitude.

Quando se compulsa a doutrina (e também as fundamentações das sentenças judiciais das Cortes Supremas) sobre a temática, verifica-se que, predominantemente, invoca-se a necessidade de ponderação de princípios para que se decida se, diante de um discurso preconceituoso e/ou de ódio, deve prevalecer o direito de liberdade de expressão ou o direito à igualdade (em nenhuma vez se encontrou referência à ponderação entre a liberdade de expressão e o direito à segurança). Isto prova que, de fato, “a ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 139).

Para tanto, como não poderia deixar de ser, utiliza-se as proposições de Robert Alexy, as quais estão insculpidas no livro “Teoria dos Direitos Fundamentais” e que se utilizam da proporcionalidade. Precedentemente, utilizou-se desta ideia (indiretamente) para o desenvolvimento da interpretação constitucional pelo método hermenêutico-concretizador, mais exatamente, quando manejado o princípio da concordância prática, visto que “a concordância prática há de ser encontrada em cada caso concreto, segundo os parâmetros oferecidos pelo princípio da proporcionalidade” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 95), que, por sua vez, tem conexão com a teoria dos princípios proposta por Alexy. Acompanhe-se:

[...] há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, 2008, p. 116-117).

A proporcionalidade tem três postulados então: o postulado da necessidade (ou exigibilidade), o postulado da adequação e o postulado da proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros decorrem da natureza dos princípios em face das possibilidades fáticas, pois é diante dos casos concretos que serão analisados e não previamente (ALEXY, 2008, p. 118).

Assim, para restar atendido o postulado da adequação, requer-se que, para promover um direito fundamental, sejam consideradas apenas as opções de condutas (em caso de pessoas) ou medidas (em caso de Estado) aptas a atingir o fim por ele colimado. Logo, é indiferente ao princípio que se quer promover a escolha de uma ou outra prática, desde que, indubitavelmente, sejam elas capazes de aptas a fomentá-lo. Uma vez isto definido, passa-se ao postulado da necessidade.

Quanto a este, para que seja atendido, requer ele que diante de várias possibilidades igualmente eficazes para promover um certo direito fundamental, perscrute-se quais delas afetam e em que grau afetam outros direitos fundamentais. Deve-se adotar aquela que, preferencialmente, não afete outro(s) direito(s) fundamental(is) antagônico(s) ao que se quer promover – seja sua adoção indiferente àquele – ou, que é o que geralmente ocorre, se afetá-lo(s), aquela que o(s) lesione de maneira menos gravosa possível, quando comparada a outras medidas (ALEXY, 2008, p. 119). Se o meio escolhido para assegurar/garantir/promover certo direito fundamental não atinge outros direitos fundamentais, está solucionado o problema. Contudo, se o meio escolhido prejudicar a realização de um princípio para fomentar outro, vai-se ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Quanto à esta última, trata-se de relacionar a proporção adequada entre o meio utilizado e o fim desejado, proibindo-se tanto o excesso, quanto a insuficiência de proteção jurídica. “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 117). Considerando que princípios válidos devem ser obrigatória e simultaneamente aplicados, a possibilidade jurídica de realização de uma conduta promotora de um direito fundamental dependerá do princípio antagonizado por ela. Quer-se dizer: somente se houver a prevalência do princípio que se quer promover em relação ao princípio afetado, o que será descoberto após o sopesamento destes com base na lei que as rege (adiante explicada), será legítima a adoção do meio/conduta/ação/medida escolhida para tanto (ALEXY, 2008, p. 117). Nas palavras de Bruna Oliveira e Rafael de Lazari (2018, p. 141),

Em suma, questiona-se se a restrição feita a outros valores igualmente declarados enquanto direitos humanos ou fundamentais é legítima em face da realização de outro direito igualmente declarado e que deverá preponderar no caso concreto, se não haveria uma maneira de proporcionar uma maior efetividade do direito restringido em comparação à prevalência de outro.

É diverso da solução de conflitos entre regras que devem ser solucionados ou mediante a declaração de invalidade de uma delas ou por meio da inclusão de uma exceção nesta mesma, que revelará, por consequência, a validade daquela norma que a contradiz (ALEXY, 2008, p.

91-92). Por intermédio do exemplo fácil, típico de sumidades, Alexy (2008, p. 92) explica: se uma norma proíbe a saída de sala de aula antes de soar o sinal de término e outra determina a saída em caso de soar o alarme de incêndio, é sabido que uma contraria a outra, sendo inviável que ambas coexistam desta forma. Assim, ou se acrescenta uma exceção na primeira (“é proibida a saída de sala antes de soar o sinal de término, EXCETO se soar o alarme de incêndio”); ou, se a cláusula de exceção não salvar a validade de ambas, declara-se a invalidade de uma delas, guiando-se pelos critérios hermenêuticos gerais (norma superior derroga inferior; norma posterior derroga anterior; e norma especial derroga geral), porque a validade não é graduável (ou uma norma é válida ou não é). Ocorrendo, porém, colisão entre princípios,

[...] um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso (ALEXY, 2008, p. 93).

Repisa-se: princípios são normas de direitos humanos<sup>59</sup> que servem de mandados de otimização de direitos dos indivíduos (ALEXY, 2008, p. 96). Na medida em que todos eles têm por fito promover determinados direitos, se fosse declarada a invalidade de um deles ou restringido, por meio de exceção, seu âmbito de aplicação (que o transformaria em uma regra para os casos futuros), em razão de outro princípio, implicaria negar, no primeiro caso, e limitar, no segundo caso, os direitos que aquele visa otimizar (ALEXY, 2008, p. 96). Por isto, não se fala em validade/invalidade de princípio e nem de cláusula de exceção a ele, mas apenas de precedência condicionada de um sobre outro diante uma situação de tensão, que é quando dois princípios, se considerados isoladamente, conduzem a juízos contraditórios sobre a legalidade/ilegalidade de determinada ação, de modo que um deles restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro (ALEXY, 2008, p. 96).

Frente a isto, suscita-se ou uma relação de precedência incondicionada (também chamada de precedência abstrata ou absoluta) ou uma relação de precedência condicionada entre eles (ALEXY, 2008, p. 97). Salvo a liberdade de pensamento, como já dito, todos os demais direitos humanos/fundamentais não são absolutos, motivo pelo qual não se pode dizer que qualquer deles goze, indistintamente, de precedência sobre outro. Deve-se traçar, então,

<sup>59</sup> Alexy, aliás, destaca que é precisamente esta a concepção do *Bundesverfassungsgericht* (2008, p. 94).

uma relação de precedência condicionada entre os princípios colidentes. Assim, exemplificativamente, dir-se-á que um determinado princípio, diante de uma certa condição, precederá outro princípio. A “condição” é o fato que se analisa, cuja primeira finalidade, como demonstrado na sentença anterior, é a de servir de premissa para a relação de precedência entre os princípios (ALEXY, 2008, p. 98).

Os pormenores do fato vão fornecer o que se chama de “razões suficientes” que são as justificativas encontradas para que um dos princípios tenha peso significativamente maior que outro (e, desta maneira, prevaleça sobre ele) (ALEXY, 2008, p. 98). Enuncia-se assim: considerando as razões suficientes de um fato, concluir-se-á que o princípio “P1” prevalecerá sobre o princípio “P2”, de maneira que a condição (fato) “C” será considerado violador de direito fundamental, devendo ser proibido<sup>60</sup>. Estabelecida a condição que escorada nas razões suficientes nela identificadas cria a precedência de um princípio sobre outro, tem-se, como resultado, uma regra especial hábil a tutelar o caso concreto e os casos a ele análogos. Nas palavras de Alexy (2008, p. 102), “como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais, pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido”.

Genericamente, será tal regra enunciada da seguinte forma: se uma ação “A” preencher/amoldar-se a/à condição “C” (que representa o fato/conduita/condição violadora de direito fundamental estabelecida pela precedência do princípio “P1” em colidência com o princípio “P2”), a ação “A” também será violadora de direito fundamental, motivo pelo qual é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008, p. 98-99). Observe-se, com o enunciado, outra função da “condição” que é a de ser também pressuposto fático de uma regra (“se praticada a condição “C” por meio de ação”) que traz a consequência jurídica do princípio prevalente (a proibição/ilicitude das ações que se amoldam a “C”) (ALEXY, 2008, p. 99). Logo, a condição tem dúplice atribuição: é premissa da relação de precedência e pressuposto fático da regra geral formada em razão daquela (ALEXY, 2008, p. 99).

Na temática de interesse neste subcapítulo, toma-se o direito de liberdade de expressão e o direito à igualdade: aquele leva à conclusão de que é permitido dizer o que quiser, quando quiser, onde quiser e contra quem quiser; e este estatui que todos os membros de uma sociedade são indistintamente iguais. Destarte, perante uma manifestação ofensiva que negue a igualdade de uns com relação aos outros, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade conduzem,

---

<sup>60</sup> Segundo se acredita, melhor seria dizer “punido”.

inafastavelmente, a juízos opostos sobre a legalidade do ato, ou, nas palavras do próprio Alexy (2008, p. 96), “levariam a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si”.

Sabe-se que manifestações ofensivas que negam a igualdade podem ser das mais diversas. Porque é do interesse do trabalho, toma-se, especificamente, o exemplo abstrato de caso em que um discurso de ódio é publicado em rede social, por determinado sujeito por preconceito seu, onde incita terceiros a praticar atos de violência contra uma certa minoria. Este é o fato que será utilizado como premissa para a relação de precedência entre os princípios da liberdade de expressão e o princípio da igualdade. Analisando os pormenores do fato (condicionantes da condição), sabe-se que a finalidade do ato é, precisamente, conseguir que terceiros passem a hostilizar o grupo alvo do discurso de ódio. Isto gerará, por consequência, a possibilidade (bastante provável se a incitação tiver adeptos) de violações sistemáticas de outros direitos humanos, como integridade física e vida, das vítimas. Por fim, sabe-se que a motivação do agente foi, puramente, seu preconceito com relação ao grupo, sujeito passivo da conduta.

No ponto, retorna-se aos argumentos já apresentados de forma resumida. Com efeito, asseverou-se que a liberdade de expressão é irrestrita somente se não afetar os direitos de outras pessoas; o discurso de ódio fere frontalmente o direito de igualdade das vítimas, podendo, ainda, lesar outros direitos fundamentais, como o direito à segurança. Aduziu-se que a liberdade de expressão era fundamental para a construção dialética de senso de verdade em uma sociedade; a manifestação odiosa não pretende fixar verdade alguma, mas tão somente dificultar ou aniquilar as possibilidades de convívio pacífico das vítimas com outras pessoas. Afirmou-se que o fim da vida em sociedade é propiciar que os cidadãos progridam juntos, como parceiros de um empreendimento comum; o discurso de ódio não só inviabiliza o progresso social, como também nada acrescenta ao desenvolvimento da personalidade moral e social dos indivíduos.

O que se está a afirmar é que, no caso do *hate speech* e da tutela dos direitos da personalidade do(s) ofendido(s) pela declaração, impor limitações à liberdade de expressão do interlocutor apresenta-se, via de regra, como a melhor forma de realizar o valor da dignidade da pessoa humana. A liberdade de expressão também o realiza, mas até certo ponto, o qual foi ultrapassado (daí falar-se de exercício abusivo do direito fundamental de liberdade de expressão, a impor sua limitação). (TRAVASSOS, 2013, p. 294-295).

Face a isto e considerando o caso apresentado, verifica-se a presença de razões mais do que suficientes para que o direito à igualdade tenha peso infinitamente maior que o direito à liberdade de expressão, prevalecendo aquele sobre este. Em outras palavras: os interesses de manter a igualdade e as condições de convívio social pacífico têm peso significativamente maior que o interesse individual de liberdade de expressão do agente para proferir discurso de ódio, justificando a prevalência daqueles bens jurídicos com relação a este. Desta forma,

possibilita-se a melhor proteção possível para a dignidade da pessoa humana e se garante a paz entre as pessoas, que é o verdadeiro sentido por detrás de qualquer norma.

Parte-se daí para enunciar que considerando as inequívocas razões abjetas identificadas no fato, sabe-se que o princípio da igualdade prevalecerá sobre o princípio da liberdade de expressão, de maneira que o discurso de ódio publicado em rede social será considerado violador de direito fundamental, devendo ser punido. Com isto, cria-se a regra especial que poderá tutelar os casos concretos análogos: se uma determinada ação amoldar-se ao que se entende por discurso de ódio, que é prática violadora de direito fundamental, a referida ação também será violadora deste direito, portanto, ilegal, motivo pelo qual merece seu autor receber sanção prevista no ordenamento jurídico. Tão certa está esta conclusão que os tratados e declarações internacionais alhures mencionados ratificam a limitação do direito de liberdade de expressão por motivo de abuso e/ou lesão aos direitos de outrem, nos termos acima expostos.

Além disto, considerando a análise sistêmica e tudo mais que foi apontado, a Carta Magna do Brasil contém diversas hipóteses de restrições à liberdade de expressão, levando à noção de que não tolera preconceitos de quaisquer espécies. Destaca-se, aqui, ainda, o fato de que a CRFB/88 considera o racismo, que é conduta, conforme explicado, menos grave que o discurso de ódio, crime, confirmando sua intransigência em buscar proporcionar uma sociedade sem a ocorrência deste tipo de conduta infeliz.

Por apreço à teoria, pode-se fazer o raciocínio que se acabou de mostrar, mas é certo que o sopesamento de princípios para estes casos é dispensável no Brasil. Faz-se tal afirmação porque, ante o que foi apresentado, é visto que o constituinte originário, acertadamente, já realizou, ao estabelecer as limitações à liberdade de expressão em razão do direito à igualdade, a ponderação entre estes princípios, cabendo ao intérprete apenas aplicar a vontade expressa daquele no Texto Constitucional<sup>61</sup>, a partir da escolha dos meios adequados e necessários.

A regra, portanto, é que todos tenham direito de liberdade de expressão. Todavia, se este for utilizado para propagar discursos de ódio, mesmo que não se consiga afastar sua divulgação (porque impossível censurar o que não for materializado), há de ser o autor punido conforme previsão legal, sendo esta a medida necessária (porque é o meio menos gravoso para limitar a liberdade de expressão) e adequada (porque apta a proteger os bens jurídicos violados) à solução do caso modelo e dos a ele análogos.

---

<sup>61</sup> Faz coro à esta posição o célebre Virgílio Afonso da Silva na obra “A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares” (2005).

Importa afirmar, em síntese, que “se usarmos pretensamente da liberdade de expressão para ferirmos a igualdade de uma pessoa ou grupo de pessoas, já não estaremos mais no exercício da liberdade de expressão, mas estaremos tentando abusar desse direito” (OMMATI, 2016, p. 146), merecendo o sujeito ativo repreensão estatal. Daí a conclusão de que a liberdade de expressão abrange a proteção das opiniões néscias e impopulares de uma maneira geral, mas não das opiniões preconceituosas e odiantas, porque violadoras de direitos fundamentais de terceiros. Deste modo, traça-se os limites da liberdade de expressão, tornando claro que discursos de ódio são totalmente ilícitos, no Brasil.

Por todo o labor realizado no capítulo, conseguiu-se chegar a um conceito de discurso de ódio, bem como estabelecer, a partir do cotejo entre direito à igualdade e direito à liberdade de expressão, que, para o ordenamento jurídico do Brasil, os discursos de ódio são ilícitos. Como consequência, demarcou-se o espaço de abrangência do direito à manifestação do pensamento e se estabeleceu também as hipóteses que configurariam seu exercício em abuso. Entretanto, isto não é suficiente para responder o problema de pesquisa proposto, já que, para além de fixar os limites de entendimento do discurso de ódio como conduta ilícita, cumpre averiguar quais são as hipóteses em que será penalmente relevante, se existem formas de punição no Brasil, que peculiaridades a prática em redes sociais oferece e se as decisões das Cortes Supremas do País coadunam ou não as conclusões a que se tem logrado êxito em chegar. Para tanto, passa-se ao segundo capítulo.

## **2 O DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO E O ESTADO-JUIZ NA REPRESSÃO DOS DISCURSOS DE ÓDIO.**

Neste segundo capítulo, intentar-se-á resolver a integralidade do problema de pesquisa. Assim, verifica-se, primeiramente, as bases teóricas do Direito Penal, elucidando, com brevidade para não tangenciar o tema da dissertação, os princípios elementares e o sistema penal a que se filia, assim como as funções da pena, que hão de mostrar os objetivos que devem ser desempenhados pelo Direito Penal em uma sociedade. Destaca-se que, quanto este último aspecto, vai-se dar maior saliência à função reparadora/compensadora da pena, que, às vezes, sequer é mencionada por autores, mas que em casos de discurso de ódio tem particular relevância por recolocar a vítima em seu *status quo ante*.

Com isto, espera-se desvelar os pressupostos para um Direito Penal democrático, condição *sine qua non* para punições justas, podendo-se, então, passar ao cotejo das consequências jurídicas dos discursos de ódio nesta seara. Tendo isto por norte, examina-se mais aprofundadamente a questão do direito à diferença na CRFB/88 e, na sequência, justifica-se o porquê da relevância penal dos discursos de ódio. No ensejo, mostra-se que o fato de os discursos odientos ocorrerem na internet, onde se crê estar no anonimato (que como referido no capítulo inexistente) e se observa o uso cada vez mais frequente das redes sociais para prática de tais atos, não afastará a chance de que os agentes sejam também punidos. Daí se falar, contemporaneamente, em um novo ramo do Direito Penal, o denominado “Direito Penal Cibernético”. Após, ingressar-se-á, propriamente, nas possibilidades (ou limites) de punição do discurso de ódio hodiernamente, enfrentando-se problemas legislativos e contradições doutrinárias sobre o tema.

Por fim, uma vez examinados minuciosamente todos estes aspectos, vai-se à pesquisa jurisprudencial sobre o tema, onde serão especificados os sítios eletrônicos e os argumentos que foram procurados. Averigua-se se o as Cortes Supremas do Brasil segue, no que tangem discursos de ódio praticados na internet, com especial atenção às redes sociais, os parâmetros encontrados para decisão condenatória penal ou se tem entendimento diverso. Aproveitando-se o ensejo, faz-se uma comparação breve entre as perspectivas de liberdade e abuso de expressão do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Para realizar tal intento, dividiu-se o capítulo em dois subcapítulos. Dito isto, passa-se ao primeiro capítulo.

## 2.1 LIMITES TEÓRICOS PARA A PUNIÇÃO CRIMINAL DE *HATE SPEECHES*

Com o objetivo de bem realizar o fito do presente subcapítulo, optou-se por dividi-lo em duas seções. A primeira seção tratará, especificamente, das questões puramente teóricas relativas ao Direito Penal. A segunda seção, por sua vez, vai se dedicar ao tratamento do direito à diferença na CRFB/88, que é, em realidade, manifestação do direito à igualdade; da relevância penal dos discursos odiosos, da incidência deste no âmbito do Direito Penal Cibernético e, por fim, das punições possíveis aos discursos de ódio no âmbito criminal. É lógico (e correto) afirmar, portanto, que a primeira seção será menor que a segunda.

### **2.1.1 Fundamentos e Finalidades da Responsabilização Penal no Estado Democrático de Direito: anotações preliminares**

De longa data, mas, principalmente, nos tempos atuais, há um caos legislativo penal criado, sobretudo (mas não só), pela hipertrofia normativa, não raro descuidada de uma construção dogmático-filosófica sólida. A bem da verdade, o Direito Penal precisa, mais do que qualquer outra área, de definições rigorosas (e unas) dos conceitos de que faz uso, a fim de que seja ele bem manejado pelos operadores e aplicado isonomicamente a todos os que nele forem acionados. Dito de outro modo, exige-se “a presença de elementos mínimos que possam tornar menos irracional” a aplicação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito (TAVARES, 2018, p. 59). Logo, é indispensável fixar as premissas teóricas que irão nortear a abordagem do tratamento dos discursos de ódio na seara criminal.

A primeira premissa indispensável à maior racionalização do Direito Penal é sua submissão a princípios que sirvam de diques contencionais à intervenção do Estado na liberdade dos sujeitos (BUSATO, 2015a, p. 145). Isto porque, como afirmado no subcapítulo 1.2, princípios são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, sendo, então, “mandamentos de otimização” dos direitos dos indivíduos (ALEXY, 2008, p. 87; 90). Daí a relevância de sempre lembrar dos princípios elementares que norteiam e limitam o Direito Penal: dignidade da pessoa humana (*vide* referências feitas no capítulo anterior), legalidade, ofensividade (ou lesividade) e intervenção mínima.

Existe divergência doutrinária sobre se a origem do princípio da legalidade em sentido amplo. Dentre outras possíveis origens, são apontadas as Leis de Sólon (Grécia), as *Questionas*

*Perpetuae* de Silla<sup>62</sup> (Roma), a Declaração das Cortes de Leão (Reino de Leão e Galícia, atualmente parte da Espanha) e a Magna Carta de João Sem Terra (Inglaterra)<sup>63</sup>. O fato é que, no Brasil, ele, que também é chamado de princípio da legalidade constitucional, esteve presente em absolutamente todas as Constituições, desde o Império. Desta previsão mais genérica decorre o princípio da legalidade penal, o qual, por sua vez, esteve presente em todos os Códigos Penais do Brasil e forma os subprincípios da reserva legal (ou legalidade penal em sentido estrito), taxatividade (ou determinação taxativa) e irretroatividade da lei penal<sup>64</sup>.

Do primeiro subprincípio decorrem os axiomas de que a lei penal precisa ser prévia (*lex praevia*) à conduta<sup>65</sup> (princípio da anterioridade penal – art. 5º, XXXIX, CRFB/88 e art. 1º do CP); escrita (*lex scripta*), vedando-se o costume incriminador; e estrita (*lex stricta*), restringindo-se a criação de tipos e sanções penais à lei (*vide* por exemplo os mandados de penalização compulsória insculpidos no art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da CRFB/88) e se proibindo a analogia *in malam partem* (BRASIL, 1988). Do segundo subprincípio derivam os axiomas de que a lei penal precisa ser certa, clara e precisa, apontando a técnica a ser utilizada para elaborar tipos penais. Do último subprincípio advém o axioma de que a lei penal somente retroagirá se for em benefício do réu (art. 5º, XL, CRFB/88)<sup>66</sup> (BRASIL, 1988). Por tantos papéis, percebe-se que não é à toa que o princípio da legalidade penal, entre outras qualificações, é considerado “pedra angular de todo o Direito Penal” (BUSATO, 2015, p. 147).

---

<sup>62</sup> Para Néelson Hungria, esta seria a origem do princípio da legalidade (HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 26).

<sup>63</sup> Entre os autores que laboram com a temática, indica-se como fonte: SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 5 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - parte geral. v. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017; NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal** – parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016; QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal** – parte geral. v. 1. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Éricka Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – parte geral. v. 1. 15. ed. rev. atual. ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; *et alii*.

<sup>64</sup> *Opera Citatum*.

<sup>65</sup> Aqui, salienta-se: é corolário do princípio da culpabilidade que, em Estados Democráticos de Direito, a responsabilidade penal aconteça em razão de uma conduta ilícita praticada e nunca em função de quem é seu autor. Conforme Luigi Ferrajoli (2006, p. 223), um indivíduo só pode ser condenado “por aquilo que haja feito e não, como no juízo moral, também por aquilo que ele é”.

<sup>66</sup> Entre os autores que laboram com a temática, indica-se como fonte: SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 5 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal** – parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** - parte geral. v. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017; NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal** – parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016; QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal** – parte geral. v. 1. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Éricka Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro** – parte geral. v. 1. 15. ed. rev. atual. ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; *et alii*.

Além deste princípio, também na qualidade de limitador do poder punitivo estatal, merece destaque o princípio da ofensividade/lesividade (*nulla lex sine iniuria*). Concorde lição de Cezar Roberto Bitencourt (2011, p. 52), somente será correta a tutela penal quando houver efetivo perigo de lesão a bem jurídico determinado, ou seja, “[...] o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal”. É, destarte, ilícita (e também inconstitucional) a restrição de liberdade por intermédio de lei penal sem que haja ofensa ou, pelo mínimo, perigo de ofensa a bem jurídico (SILVA, 2012, p. 43). Sincrônico a este princípio, está o postulado da intervenção mínima que informa que o Direito Penal deve ser a última fase do controle social (BUSATO, 2015a, p. 168). Deste modo, recomenda-se que a criminalização de uma conduta só será verdadeiramente legítima se constituir meio indispensável para proteção de bem jurídico que os demais ramos do direito falharam em proteger (BITENCOURT, 2011, p. 43).

O princípio da intervenção mínima também se desdobra em subprincípios. A saber: o da subsidiariedade e da fragmentariedade. Este requer que “o Direito Penal não intervenha de modo indistinto, reservando-se a hipóteses excepcionais”, a fim de não banalizá-lo, de modo que deixe de servir de freio inibitório aos indivíduos (BUSATO, 2015a, p. 169), incidindo apenas sobre “aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens [jurídicos] mais relevantes” (BITENCOURT, 2011, p. 45). Aquele “condiciona a intervenção do Direito Penal à comprovação da incapacidade dos demais mecanismos de controle social em resolver adequadamente o problema”, isto é, trata-se de tutelar bens jurídicos de forma subsidiária aos demais ramos do direito (BUSATO, 2015a, p. 172).

Em síntese, verifica-se, então, que os princípios penais são salvaguardas das garantias mínimas dos indivíduos que plasmam as máximas do Estado Democrático de Direito (BUSATO, 2015a, p. 144-145). Por isto, hão de impedir que abusos sejam praticados no campo de incidência do Direito Penal, mecanismo mais severo de controle jurídico de condutas sociais. Fixada esta primeira premissa em prol de um Direito Penal mais racional, passa-se a segunda: a necessidade de escolha de um sistema penal condizente com a primeira premissa e, assim, respeitoso com os direitos humanos. Um sistema penal organiza os elementos constitutivos da teoria do delito, produto da doutrina, de modo a permitir determinar, analiticamente, quando uma conduta, comissiva ou omissiva, ocorrida no mundo dos fatos, constituirá um crime, sua natureza, seus efeitos e quem deve por este ser responsabilizado.

A teoria do delito construída a partir de um sistema penal tem como objetivo “determinar as características jurídicas de uma conduta criminosa”, buscando “estabelecer os parâmetros pelos quais o poder de intervenção seja delimitado”, de maneira a impedir que “as decisões

judiciais se estruturarem em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição” (TAVARES, 2018, p. 27-28). Neste sentido, destaca-se que o entendimento exposto vai ao encontro do que fora preconizado por Franz Von Liszt (1899, p. 02) nos últimos anos do século XIX:

o Direito Penal é [...] ciência propriamente sistemática; pois somente a disposição dos conhecimentos em sistema torna possível sujeitar ao império dos princípios todas as particularidades, e sem esse pronto e seguro império a aplicação do Direito, abandonada ao arbítrio, ao azar, não passará de mero diletantismo.

Logo, se não houver uma estrutura teórica bem definida, segundo uma determinada perspectiva, quanto a quais elementos consubstanciarão o delito, objeto de estudo do Direito Penal, não apenas obsta-se o desenvolvimento desta seara, mas também se impede a própria expressão da personalidade dos indivíduos. Isto porque, pela falta de encaixe entre os elementos formadores de um e outro sistema, cria-se uma insegurança (muito grande) quanto ao que configura ou não um crime. Nas palavras de Enrique Gimbernat Ordeig (1990, p. 158):

La dogmática jurídicopenal [...] hace posible [...] al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. [...] Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no era la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería.

Portanto, qualquer discussão na esfera criminal perpassa, obrigatoriamente, pelo estudo dos sistemas penais existentes, a fim de estabelecer um como marco teórico que sirva de diretriz para conduzir o jurista na análise dos diferentes casos concretos. A despeito da existência múltipla de sistemas penais formulados entre os séculos XIX e XX, ao se consultar diferentes doutrinas<sup>67</sup>, cinco são os que se sobressaem – dois por sua relevância histórica – causalismo e neokantismo – e três por sua capacidade de utilização contemporânea – finalismo, funcionalismo (sistêmico e teleológico) e o sistema significativo de imputação – no Direito Penal brasileiro. Importante referir que não há consenso doutrinário acerca de qual sistema deve ser utilizado como paradigma no Brasil, sobretudo diante do silêncio do legislador, tanto na Exposição de Motivos do CP como em legislações extravagantes anteriores e posteriores (BRASIL, 1940).

Não bastasse isto, a simples leitura dos dispositivos é igualmente inócua a fornecer um caminho seguro – apenas por exemplo, veja-se que, na Parte Geral do CP, enquanto alguns dispositivos têm contornos causalistas, outros têm contornos finalistas; e, na Parte Especial

---

<sup>67</sup> *Opera Citatum*.

(bem como em algumas leis extravagantes), existem tipos cuja existência só seria admitida (tida por constitucional) sob viés funcionalista, como, por exemplo, crimes de perigo abstrato (BRASIL, 1940). Neste campo de vieses heterogêneos e bastante complexos, seria apropriado estudar cada um dos sistemas, mas isto faria tangenciar o objetivo deste trabalho. Assim, de imediato, afirma-se que se tem como paradigma de teoria do delito o sistema significativo da imputação por seus substratos teóricos sólidos que trazem profundidade, clareza e segurança jurídica aos componentes estruturantes da teoria do delito (afastando, assim, o arbítrio judicial), na mesma proporção em que valoriza a ideia de humanização na formulação destas categorias.

O sistema significativo de imputação surgiu na Espanha, a partir dos estudos de Tomás Salvador Vives Antón, em 1996, com a pretensão de reorganizar as categorias da teoria do delito e lançar sobre elas uma nova perspectiva para compreender os conceitos jurídico-penais (VIVES ANTÓN, 2011, p. 484-496). Em uma visão geral, Vives Antón (2011, p. 491-496) estabelece a necessidade de preenchimento de quatro pretensões para que se fale na ocorrência de um delito: pretensão de relevância, pretensão normativa de ilicitude, pretensão de reprovação e pretensão de punibilidade.

A pretensão de relevância, também aludida como “tipo de ação” (ou omissão), possui duas subpretensões denominadas de pretensão conceitual de relevância e pretensão de ofensividade, encerrando, respectivamente, o que ordinariamente a doutrina chama de tipicidade formal e a tipicidade material, exceto o dolo e a culpa<sup>68</sup>. A pretensão normativa de ilicitude também possui duas subpretensões que se chamam de pretensão subjetiva de ilicitude,

---

<sup>68</sup> Com o escopo de demonstrar a compatibilidade do sistema significativo com os princípios anteriormente apresentados, menciona-se aqui, para não tangenciar o objeto do trabalho, com maior profundidade os detalhes relativos à pretensão de relevância a título de exemplo. Cuide-se: para que, satisfatoriamente, atenda-se à pretensão conceitual de relevância, subpretensão da pretensão geral de relevância, é preciso que, valorativamente, identifique-se a) a realização de uma conduta (comissiva ou omissiva) que expresse um sentido; b) que desta conduta haja um resultado jurídico (ofensividade ao bem jurídico); e c) que ligando conduta e resultado jurídico haja uma relação de causalidade (aferida por critério ontológico) unida ao atendimento de dois dos critérios de imputação objetiva (o terceiro, que seria a conduta estar no âmbito de alcance do tipo, não é utilizado porque se trabalha com a pretensão de ofensividade para tanto – tipicidade material), quais sejam, afirmar que a conduta transmitiu o sentido de criação ou aumento de um risco a um bem jurídico, onde este risco seja o responsável por gerar o resultado – aferidos axiologicamente. Cuide-se que aqui se incluem todos os elementos normativos e subjetivos do tipo, exceto o dolo e a culpa (BUSATO, 2015, p. 340). Ora, “conceber um conceito significativo de ação não é nada mais que expressar uma forma de percepção da ação no contexto social das circunstâncias em que se produz”, por isto, como dito, o conceito de ação baseia-se na “mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio” (BUSATO, 2015, p. 274-275). Note-se: para existir, o tipo exige uma conduta do agente, impedindo a elaboração de “tipos de autor” e, *a contrario sensu*, garantindo um Direito Penal do fato. Presentes os requisitos da pretensão conceitual de relevância, passa-se a verificar a pretensão de ofensividade. Esta é a pretensão que associada à pretensão conceitual de relevância concretiza o tipo de ação. Neste ponto, analisa-se, axiologicamente, a dimensão material do tipo (tipicidade material), isto é, se houve ou não uma grave agressão a um bem jurídico protegido que justifique a intervenção da seara penal do direito (VIVES ANTÓN, 2011, p. 491), o que demonstra, mais uma vez, a submissão do sistema ao princípio da intervenção mínima. Faltando qualquer dos elementos de uma ou outra pretensão do tipo de ação, o fato será penalmente irrelevante (BUSATO, 2015, p. 270).

onde, então, analisa-se o dolo e a culpa, e de pretensão objetiva de ilicitude, onde se examinam se está presente alguma causa legal de justificação (permissividade forte) ou causa de exclusão de responsabilidade (permissividade fraca). A pretensão de reprovação revela ser a categoria da culpabilidade, constituída pela imputabilidade e pela potencial consciência da ilicitude por parte o autor. Por fim, a pretensão de punibilidade trata da necessidade de pena. Preenchidas todas as pretensões, haverá delito punível.

Diferente dos modelos teóricos anteriores – puramente ontológicos ou normativos – o sistema significativo de imputação propõe aproximar, por intermédio de uma simbiose que deriva do modo de interpretação comunicativa habermasiana, ontologismo e normativismo (BUSATO, 2015b, p. 249-250). A proposta de Vives Antón, reconhecendo que a sociedade contemporânea é a sociedade da comunicação, alicerça-se na filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e nas teorias da ação comunicativa e do discurso de Jürgen Habermas (VIVES ANTÓN, 2011, p. 208). Fazendo referência às bases filosóficas tomadas por Vives Antón, assevera Paulo César Busato (2015b, p. 251):

Reconhecido no âmbito filosófico que o pensamento humano se estrutura ao redor desses fundamentos, o que faz Vives é organizar a racionalidade penal a partir dos jogos de linguagem expressos na ação e as formas de vida que dão racionalidade prática às regras. Por outro lado, na metodologia de apresentação dos temas de parte geral afirma as realidades a partir da compreensão da linguagem como acordo comunicativo que legitima as normas segundo pretensões de validade. [...] Vives produz um sistema absolutamente congruente e ao mesmo tempo respeitoso para com a ideia de humanização na formulação de categorias do delito.

Logo, na sociedade do século XXI, a validação de uma norma dependerá da “justificação pelo contexto, pela expressão de comunicação de um sentido que as torne válidas para um grupamento humano determinado” (BUSATO, 2015b, p. 248). É dizer: a norma jurídica só se afirmará como válida quando, por intermédio de um processo argumentativo, houver um consenso sobre sua dimensão de sentido. Nada mais óbvio e justo na medida em que todo sistema jurídico é (ou deveria ser) a consequência do “processo de comunicação de sentido estabelecido em um modelo hermenêutico pragmático” (BUSATO, 2015b, p. 251). Isto, segundo se acredita, remete indiretamente à teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale<sup>69</sup>. Veja-se:

A pretensa autopoiese normativa, isto é, o purismo dogmático, faz com que haja sempre a presunção de legitimidade da norma penal posta. Lamentavelmente, como se sabe, não há no Brasil uma cultura de crítica à formulação da lei penal por parte da população de um modo

---

<sup>69</sup> Consulte-se: REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito - Teoria da Justiça - Fontes e Modelos do Direito. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

geral, questionando-se, antes da aprovação final do texto da lei, quais são e por que foram selecionados determinados bens jurídicos a serem protegidos na esfera penal. Afora isto, pelo que ordinariamente se verifica, não existe uma averiguação oficial quanto à eficácia e os efeitos da legislação penal na sociedade. Com efeito, não raro, os processos de construção de leis penais nacionais não têm base empírica, legislando-se por intuição ou por demanda da opinião pública, o que não pode ser concebido neste plano. Isto porque legislar em matéria criminal pressupõe que os bens jurídicos a serem protegidos sejam aqueles que a própria sociedade já tem, previamente, em alta estima.

Daí a ideia do tridimensionalismo de Reale<sup>70</sup>: é somente a sucessão de fatos que consolidam valores os quais, quando muito caros, demandam a proteção jurídica penal (REALE, 2012, p. 66-68; REALE, 2002, p. 258-268), o que guarda relação também com o princípio da lesividade. Invariavelmente, positivada uma norma penal sem respaldo social, ou seja, sem que se tenha consolidado isto preteritamente como valor na sociedade, carecerá de efetividade (REALE, 2012, p. 66-68; REALE, 2002, p. 258-268). Ora, o Direito Penal é muito mais que somente o estudo dogmático da lei. O cientista desta esfera, que é verdadeiro instrumento de transformação da vida das pessoas, precisa conhecer e compreender o contexto em que se desenvolve a sociedade em que vive, pois este será determinante do arquétipo de Direito Penal existente no Estado.

Portanto, ao se contemplar um sistema penal que, diferentemente dos seus antecessores, parte da ideia de que a efetiva validade da norma se dá pela expressão de comunicação de um sentido que as torne válida para um grupamento humano, realmente, chama muito a atenção, seja porque não permite que uma “política-criminal *in malam partem*” se realize, seja porque garante a tutela penal somente para aqueles bens jurídicos a que as demais esferas do direito não foram capazes de proteger. Firma-se, então, um modelo teórico que cumpre o desiderato do Direito Criminal de ser mínimo, fragmentário e subsidiário, portanto, *ultima ratio*. Mais ainda: trata-se de um sistema sensível à realidade social, à vida prática, portanto preocupado em assegurar, reflexamente, a promoção de garantias fundamentais e, assim, compatível com um Estado Democrático de Direito. Por todos estes motivos, adota-se-o como paradigma de sistema penal a favor de um Direito Penal mais racional.

A terceira e última premissa teórica a ser fixada tem relação com as funções da pena. Esta última é a principal nota distintiva do Direito Penal para os demais ramos do direito. Criminaliza-se uma conduta porque ela viola de forma grave e intolerável um ou mais bens

---

<sup>70</sup> Ressalte-se, mais uma vez, a sugestão de leitura complementar: REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito - Teoria da Justiça - Fontes e Modelos do Direito**. Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

jurídicos muito caros em uma sociedade. Isto, porém, não explica o porquê de a consequência da criminalização da conduta ser a pena. É pertinente, pois, que, antes de qualquer averiguação de tipos penais, saiba-se qual é a finalidade de impor uma pena (e não outra medida) ao final da persecução penal. Para Winfried Hassemer (2012, p. 341), “a justificação da pena estatal [...] somente pode ser exitosa, se for demonstrado que o nosso mundo estaria mais pobre e deteriorado sem a pena e sua execução”. Imbuído desta ideia, a seguir, realiza-se breve exame acerca da temática.

Com isto, desvela-se as missões do Direito Penal, fixando seu escopo (que não é o de meramente criminalizar condutas) em um Estado Democrático de Direito (ROSSETTO, 2014, p. 43; BACIGALUPO, 1998, p. 21). O tema é reconhecidamente vastíssimo e deveras espinhoso, mas não há aqui o ânimo de ingressar em todos os seus pormenores e minúcias. Afora isto, no ensejo, pretende-se defender também uma função da pena que, embora não seja nova na doutrina, não é comumente mencionada, ainda que seja de extrema relevância, sobretudo em casos de crimes contra direitos imateriais das pessoas (igualdade, liberdade, honra, imagem, *et cetera*).

Tradicionalmente, as teorias da pena são divididas entre absolutas (retributivas: pune-se para compensar o mal do crime com o mal da pena), relativas (preventivas: pune-se para acautelar a ocorrência de novos fatos delituosos) e mistas (unificadora: pune-se para reprovar o fato delituoso e para prevenir que outros aconteçam) (ROSSETTO, 2014, p. 45-53). Considera-se ultrapassada a utilização isolada das primeiras<sup>71</sup>, segundo as quais a pena serve apenas para expiar o delito, já que promoveriam uma regressão ao mecanismo de Talião (“olho por olho, dente por dente”) (ROSSETTO, 2014, p. 45-50). Já as teorias relativas entendem que a pena possui um fim utilitário, isto é, “atribuem à pena um fim prático imediato de prevenção geral ou especial do crime” (BRUNO, 1967, p. 93)<sup>72</sup>. Por fim, a teoria unificadora da função da pena, estabelece que ela deve, ao mesmo tempo, prevenir a prática de outras condutas delituosas e punir/reprovar/censurar o autor de crime (ROSSETTO, 2014, p. 80).

Seguindo o entendimento de Santiago Mir Puig, “entende-se que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo

---

<sup>71</sup> O mais conhecido defensor da teoria absoluta da pena foi Immanuel Kant. Para ele, o homem, por ter dignidade, não poderia ser usado como meio para uma finalidade, pois, acaso fosse, seria coisificado (GEDIEL; PINHEIRO, 2009, p. 71). Assim, a única função da pena seria retribuir o mal causado pelo infrator, ou seja, “o castigo vem para realizar a compensação do mal, é a retribuição moral” (ROSSETTO, 2014, p. 50).

<sup>72</sup> Divergem, porém, quanto a que(m) se dirigiria a prevenção: para a teoria preventiva geral positiva, a pena deve servir para reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída; para a teoria preventiva geral negativa, a pena deve servir para dissuadir que outras pessoas pratiquem delitos, desempenhando o papel de ameaça; para a teoria especial positiva, a pena deve servir para reeducar, corrigir, o comportamento do autor do delito; e para a teoria especial negativa, a pena deve servir para neutralizar o delincente, retirando-o do convívio social.

fenômeno que é a pena” (BITENCOURT, 2011, p. 112). A teoria mista é, conforme parte considerável da doutrina, a concepção dominante atualmente no que se refere às funções da pena<sup>73</sup>. Assim como outros países, o Brasil adota, a considerar o disposto no art. 59 do CP e no art. 1º da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), que estabelecem que a pena deve reprovocar e prevenir o crime, bem como reinserir o seu autor ao convívio social, a teoria unificadora/mista (BRASIL, 1940; BRASIL, 1984).

Tendo em conta esta opção legislativa, no contexto deste trabalho, onde os fatos (em tese) delituosos<sup>74</sup> causam prejuízo ou ameaçam o ser (e não o ter) possui particular relevância (porque aparentemente compatível com a legislação brasileira) a função reconstrutiva da pena, a qual é apresentada por Antoine Garapon, Frédéric Gros e Thierry Pech no livro “Punir em Democracia – e a justiça será” (2001). Na obra, os autores defendem que, na sociedade do século XXI, “punir já não é apenas defender os interesses sociais de segurança, de ordem, de propriedade [...], mas permitir a toda uma sociedade [...] reencontrar-se, juntar-se à volta da expressão dolorosa de um sofrimento”. Trata-se de afirmar uma concepção de “justiça reconstrutiva” que propõe uma forma de responder também aos anseios das vítimas por justiça sem, contudo, somar uma nova função à pena, mas encarando o que, de fato, poderia ser uma “justiça penal” (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 314; 316). Elucida-se:

Analizadas as obras de todos os grandes teóricos (Kant, Hegel, Locke, Beccaria, Salielles, Tocqueville, *et alii*) que laboraram com o tema em voga, verifica-se que foram utilizadas as noções de “lei transgredida”, “sociedade ameaçada” e “indivíduo corrigível” como fundamento de sentido para a pena, ficando-se sempre à volta do criminoso, a quem era preciso transformar, e completamente alheio às vítimas (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 110). Portanto, no transcorrer dos anos, o intento da pena foi constituído “fora da queixa da vítima”, “desesperadamente estrangeiro” ao seu sofrimento (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 110).

---

<sup>73</sup> A saber: SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 5 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte geral**. v. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017; NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – parte geral**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016; QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral**. v. 1. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015; PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Éricka Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral**. v. 1. 15. ed. rev. atual. ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; *et alii*

<sup>74</sup> Atente-se: não há, autonomamente, o crime de discurso de ódio positivado no ordenamento jurídico do Brasil. Atualmente, o que se pune são as condutas delituosas que estão inseridas nele, como, por exemplo, o crime de racismo. Daí a importância do presente trabalho: na medida em que já se sabe o conceito de discurso de ódio e de sua ilicitude, esclarecer os limites atuais e as possibilidades futuras de punição do discurso de ódio, bem como averiguar o posicionamento das Cortes Supremas do Brasil sobre o tema.

A prática mostra que, enquanto pessoas que convivem com seus semelhantes, os crimes são percebidos pelos sujeitos mais depressa como “aquilo que atenta contra a igualdade entre os indivíduos”, de modo que mais insuportável que “uma lei tenha sido transgredida, que uma sociedade seja ameaçada, que um indivíduo tenha enveredado pelo crime” é que uma vítima, pessoa como qualquer outra, sofra (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 112; 271). Por conseguinte, em se tratando de crimes cujos bens jurídicos violados sejam imateriais e pertencentes às pessoas, seu mal não está localizado na “perturbação do espírito do outro”, mas “numa desigualdade injustificável” criada entre ofendido e ofensor (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 271).

Destarte, deve-se aplicar uma pena para, juntamente com as razões ordinárias, reconhecer e reparar o sofrimento da vítima, que afeta seu corpo, sua reputação, sua honra e até mesmo sua identidade, restaurando sua igualdade e, assim, permitindo sua capacidade de manutenção de relações normais em seu meio (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 271)<sup>75</sup>. Com esta proposição, a justiça reconstitutiva pretende que a penalização da conduta sirva para compensar o desprezo suportado pela vítima e reparar a relação interpessoal interrompida pela negação de sua igualdade em seu meio social (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 286). Sintetizando o tema e de forma muito esclarecedora, veja-se o magistério de Antoine Garapon, Fr  ric Gros e Thierry Pech (2001, p. 287):

A justiça procura purgar este ultraje não vingado, pôr fim a este desprezo em suspenso, desmentir esta nega  o por um dizer público, inverter-lhe o significado. Para tanto, ela deve emitir um segundo sinal que anula o primeiro (o reconhecimento) ou autorizar que sejam as partes a encontrá-lo no termo de uma troca directa (a repara  o). Estas duas preocupa  es da justiça reconstitutiva não são estranhas às duas fun  es tradicionais da pena que são a retribui  o e a reabilita  o, mas ela renova-as totalmente, fazendo-as proceder de uma considera  o pela vítima.

Atente-se que em nenhum momento se propõe que a pena seja utilizada como forma da vítima vingar-se de seu algoz, mas sim como um símbolo que também seja lembrado como o reconhecimento jurídico do respeito que era devido    vítima, procurando, em uma nova concep  o da interven  o pública, restituir ao agredido (e também ao agressor) sua capacidade   tica (GARAPON; GROS; PECH, 2001, p. 316). Espera-se que o fim da persegui  o penal seja o ato oficial por meio do qual se revela a nega  o da humilha  o enfrentada pela vítima e a reconfirma  o pública do seu valor, “que, em democracia,    inseparável de uma reafirma  o da

---

<sup>75</sup> Cuide-se: no horizonte da justiça reconstitutiva, não deixa de ser importante o cuidado do criminoso, mas, antes, propõe-se que se apazigue o sofrimento da vítima

igualdade de princípio entre as pessoas, de um certificar da sua capacidade de agir (GARAPON; GROSS; PECH, 2001, p. 289).

Por todo o exposto, ficam bem elucidadas as balizas que guiarão toda a análise jurídico-penal dos discursos de ódio. Em epítome, repisa-se-as: o Direito Penal precisa, rigorosamente, obedecer aos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, ofensividade e intervenção mínima (bem como seus axiomas ou subprincípios); adotar um sistema respeitoso com aquele primeiro princípio e coerente com suas bases teórico-filosóficas fundantes, que, pensa-se, ter sido conseguido pelo sistema significativo de imputação; e, por fim, punir os crimes cujos bens jurídicos atingidos sejam imateriais e pertencentes à pessoa para além das razões ordinárias, isto é, para também recompor a igualdade da vítima na sociedade.

### **2.1.2 Possibilidades e Desafios à Sanção dos Autores de Discursos de Ódio**

Em tempos passados, enquanto Instituições e funções estatais permaneceram submetidas ao “paradigma racionalista e iluminista do século XVII e XVIII”, a diferença, a preocupação com o outro e o desenvolvimento da igualização tiveram o reconhecimento dificultado (MORAIS; NASCIMENTO, 2009, p. 174). Neste contexto, as dissimilaridades (quaisquer que fossem) não eram vistas como parte da natural diversidade humana, mas sim como algo a ser perseguido, eliminado ou, ao menos, camuflado (FERRAZ; LEITE, 2015, p. 95). Neste cenário, a promulgação da CRFB/88 teve particular relevância, porque representou a instalação de um projeto democrático, mais ventilado, rompendo com o sistema outrora vigente. “O texto refletia a preocupação de todos com o futuro do País, procurando resgatar, garantir e deixar os pontos claros para que não houvesse retrocesso” e nem interpretação autoritária, a qual deixasse de “prestigiar os valores que se estabeleciam” (ARAÚJO, 2015, p. 19). Confirmando esta justa obsessão, denota-se que o constituinte originário, em diversos pontos, foi redundante.

Cuide-se exemplo que se revela importante ao trabalho: no artigo 3º, inciso I, insculpe como objetivo genérico da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 1988). Ora, é possível alcançar tal escopo permitindo a discriminação, exclusão e/ou marginalização de determinados grupos de pessoas por outros? Não há a mínima dúvida de que não! Ainda assim, no mesmo artigo, inciso IV, o constituinte assinalou que também era objetivo da República promover o bem geral sem preconceitos de quaisquer formas; no *caput* do artigo 5º afirmou a igualdade de todos sem distinção de qualquer natureza; e, adiante, no artigo 19,

inciso III, vedou a todos os entes federados a criação de distinções entre brasileiros (BRASIL, 1988).

O corpo textual da CRFB/88, portanto, contém uma claríssima abertura ao acolhimento da diversidade cultural e social, em peculiar atenção à regra democrática, que não se resume a garantir a vontade da maioria, mas também o convívio mútuo desta com as minorias e os vulneráveis culturais e sociais, bem como o respeito e tolerância daquelas com estas (ARAÚJO, 2015, p. 20). Isto, porém, não surpreende, visto que a ética dos direitos humanos é justamente “aquela [...] que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as suas potencialidades de forma livre e de forma plena” (PIOVESAN, 2009, p. 108). Logo, é certo que a defesa dos direitos humanos, compromisso candente da Carta Magna, obrigatoriamente implica o amparo da diversidade cultural (OLIVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 28).

Acerca dos mútuos (e múltiplos) ganhos advindos do desenvolvimento desta ética pela própria Carta Magna, são arrebatadoras as palavras do professor Luiz Alberto David Araújo (2015, p. 25):

A ideia da diversidade não é apenas a garantia de um direito do grupo vulnerável, da minoria, da questão de gênero. A questão da diversidade envolve também a maioria; é direito da maioria. De poder viver com a minoria, de poder viver com o diferente e com a diferença. Como se materializa esse direito? Como eu posso dizer que haverá vantagens para mim convivendo com a diferença? Eu serei mais acolhedor, menos centrado em mim mesmo. Serei mais solidário, mais tolerante com as que eu não gosto. E não sou obrigado a gostar de tudo. Mas serei mais compreensivo com o que não me agrada e aprenderei a entender que, por trás da diferença “x” ou “y”, há um ser humano com esperanças, desejos, vontades, expectativas, anseios, fome, sede e vontade de encontrar um mundo acessível. [...] A vantagem da diversidade é o exercício da diversidade. Isso fará com que a maioria possa viver com a minoria, entender as diferenças e termos nossas diferenças (porque nós as temos, mesmo em que menor número) protegidas e consideradas. Conviver com a diferença me permitirá ser mais flexível, mais esperto, mais criativo, mais atento, mais globalizado, mais dedicado, mais cidadão. Conviver com a diferença permitirá que possamos entender o outro. E, ao entender o outro e suas diferenças, poderemos entender certos pedaços de nós, que, muitas vezes, são diferentes ou são iguais demais. 25

Desta forma, quando se trata do direito à igualdade, não existe ânimo de criar uma homogeneidade social e cultural – até porque impossível, já que todos são diferentes de algum modo –, mas, em realidade, “[...] evitar as discriminações arbitrárias e/ou calcadas em diferenciações construídas a partir de critérios culturalmente considerados injustos [...]” (GALINDO, 2015, p. 45). Consequentemente, repisa-se, é indubitável que a opção constitucional em prol de uma coexistência humana culturalmente equilibrada traz ínsita o mandado de que sejam devidamente reconhecidas as identidades culturais e preservadas as diversidades de modo integral (GALINDO, 2015, p. 52). Trata-se, pois, de praticar a tolerância

que significa “aceitar o fato de que os seres humanos [...] têm o direito de viver em paz e de ser tais como são” (ONU, 1995).

Deste modo, considera-se a tolerância como o “o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo [...], da democracia e do Estado de Direito”; “a harmonia na diferença”; “uma virtude que torna a paz possível”; “a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas” (ONU, 1995). Quando não se segue esta prescrição, abre-se espaço para a “subcultura” do estigma, cujo significado atual diz com um sinal ou marca depreciativa, de descrédito, de fraqueza, enfim, de desvantagem, tanto com relação a atributos físicos, como também com relação à imagem social do indivíduo, que segrega as populações entre normais e estigmatizadas (BACILA, 2015, p. 30). Contribuem os estigmas para a falta de percepção de qualidades entre as pessoas, isolamentos sociais, atritos e, na pior das hipóteses, guerras, sendo ele, aliás, causa de grandes discórdias da humanidade (BACILA, 2015, p. 34).

Os estigmas, que têm dimensão objetiva (o estado/sinal propriamente dito da pessoa, como, por exemplo, a cor da pele, a origem, a religião, o sexo, a orientação sexual, a deficiência, *et cetera...*) e subjetiva (“a atribuição ruim ou negativa que se faz a estes estados”), são gerados pelos estereótipos que, por sua vez, são a generalização do preconceito (BACILA, 2015, p. 31; 38). Como corolário desta inter-relação, tem-se que “os estigmas frequentemente estão relacionados entre si, gerando discriminações diversas sobre os estigmatizados” (BACILA, 2015, p. 39). A agravar este quadro, hodiernamente, verifica-se que as estigmatizações/preconceitos têm se espalhado pela rede internética. Tendo em vista a pretensão da CRFB/88 anteriormente exposta, não é possível que estas manifestações pavorosas sejam consideradas regulares dentro do Estado. Exige-se do direito uma resposta mais aguda para reprimi-las, atribuindo a elas rótulo compatível com sua gravidade.

Neste sentido, como explicado, sabendo-se que a discriminação pura e o discurso de ódio (mais grave que a primeira) negam a igualdade (e, por tabela, a dignidade dos indivíduos) e que o Direito Penal é destinado a proteger os bens jurídicos mais caros e indispensáveis à convivência harmoniosa em sociedade (BUSATO, 2015a, p. 35), entende-se haver razões mais que suficientes para que, em ocorrendo estigmatizações, haja a responsabilização do autor no campo penal<sup>76</sup>. Tanto é acurada esta ideia que, atendendo à determinação constitucional, poucos

---

<sup>76</sup> Aliás, salienta-se que ao rememorar o fenômeno da vitimização difusa, fica ratificada a necessidade do Direito Penal também tutelar esta matéria, pois tanto a discriminação quanto os discursos de ódio com potencial de atingir grande número de vítimas espalham ou criam uma cultura do medo, na medida em que constituem ameaças, que podem vir a se concretizar, a todas estas vítimas (MEYER-PFLUG; CARCARÁ, 2014, p. 386), o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

meses após a promulgação da CRFB/88, foi sancionada a Lei 7.716/1989, que tratou de definir a punição dos crimes resultantes de discriminação ou preconceito, demonstrando que, mais do que formalmente, o Estado não é materialmente condescendente com discriminações (BRASIL, 1989). É dizer: o legislador brasileiro entende que a discriminação externalizada contra outrem é conduta tão grave que ela, por si só, já autoriza a tutela penal. Desta forma, em análise holística e teórica, compreende-se que se basta a prática de discriminação para que esteja configurada uma conduta de interesse do direito penal, com mais razão para acioná-lo em caso de discurso de ódio (e mais ainda se for um discurso de ódio cumulado com discriminação).

No ponto, é pertinente ressaltar que mesmo estigmatizações perpetradas no ambiente cibernético não escaparão das sanções penais. Faz-se necessário aqui uma breve digressão com o fito de esclarecimento. De acordo com o já assinalado, o modelo de sociedade hodierna tem no acesso à rede internética, que possibilita o contato com quantidade infinita de informação e propicia mais facilmente interação humana de forma prestímana, em razão, sobretudo, das redes sociais, uma de suas notas distintivas (dos modelos de sociedade anterior). “A internet é notoriamente um meio de comunicação eletrônica, constituída não apenas por computadores e equipamentos de telecomunicações, mas, principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos [...]” (pessoas físicas, empresas, instituições e governos) (ZANIOLO, 2012, p. 137). Portanto, sem quaisquer exageros, assevera-se que ela forma o “[...] novo ambiente social criado e modificado a cada dia, trazendo uma nova e inusitada realidade” para todos os que nela convivem (MALAQUIAS, 2015, p. 71).

Neste contexto, “como ocorreu em todas as fases do desenvolvimento humano, a criminalidade também acompanhou (e acompanha) a evolução social [...]” (BRITO, 2013, p. 20). Explicam Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Christiany Pegorari Conte (2013, p. 16) que

O problema da internet passou a ser identificado quando a tecnologia começou a interferir nas relações sociais pacíficas e controladas, assim como possibilitou algumas práticas socialmente desagradáveis e indesejadas, como sua utilização para a perpetração de delitos e criação de novos contatos que colocam em risco bens que ainda não tiveram sua relevância reconhecida pelo direito.

É dizer: condutas criminosas que eram praticadas apenas no mundo físico passam a ser realizadas também no ambiente cibernético (estelionato, furto, pornografia infantil, calúnia, injúria, difamação, racismo, *et cetera*); e, concomitantemente, condutas executáveis somente neste último tornam-se violadoras graves de direitos (criação e disseminação de códigos maliciosos que se apropriam indevidamente de dados do usuário, prejudicam o funcionamento da máquina e/ou apagam informações; invasão de computador, violando o sigilo dos dados e/ou

os destruindo *et cetera*)<sup>77</sup> (MALAQUIAS, 2015, p. 72). Com isto, reclamou-se do Direito Penal, no primeiro caso, punição ante a subsunção do “fato virtual” à norma penal e, no segundo, o delineamento de tipos penais voltados a área de informática e novas tecnologias de informação.

Sob pena de “perder seu verdadeiro papel, qual seja, disciplinar as relações sociais e impor normas de conduta” (FIORILLO; CONTE, 2016, p. 17), surgiu, assim, contemporizando-se com “conflitos sociais fomentados, incrementados ou criados na sociedade da informação” (BRITO, 2013, p. 26), um sub-ramo do Direito Penal chamado de “Direito Penal Cibernético” que se dedica ao estudo dos crimes cometidos no ambiente virtual ou por meio dele. Esta área possui muitas especificidades (por exemplo, prova de autoria delitiva obtida por meio de perícia técnica em computadores) que não competem ser aqui mencionadas. Interessa, nesta breve incursão, destacar que os delitos informáticos ou cibernéticos são classificados como próprios e impróprios. Considera-se crime cibernético próprio aquele que “necessita do espaço virtual para ser praticado”, ou seja, o crime não existiria se não houvesse a internet; e crime cibernético impróprio ou misto aquele “em que o computador ou estação de trabalho transforma-se em instrumento para a prática do delito” (MALAQUIAS, 2015, p. 72; BRITO, 2013, p. 41)<sup>78</sup>.

No que se refere à prática de discurso de ódio e/ou de crime de preconceito no ambiente cibernético, refere-se que, embora pudessem (e, infelizmente, ainda possam) ser encontrados sítios eletrônicos específicos, são eles mais comumente perpetrados em redes sociais. Para

---

<sup>77</sup> No Brasil, foi criada, por demanda midiática em torno de exposição sofrida por atriz conhecida nacionalmente, a Lei 12.737/2012, que, casuisticamente, intenta coibir o delito de invasão de dispositivo informático, delito informático próprio (BRASIL, 1940). Esta lei não será objeto de análise neste trabalho. Contudo, menciona-se que ela contém alguns problemas. Cita-se, a título de exemplo, dois deles, um relacionado à própria tipificação e outro relacionado à pena. Aduz-se a lei, em seu artigo 2º, que fica o CP acrescido do artigo 154-A (BRASIL, 1940). Quanto a este tipo, nota-se que o crime de invasão de dispositivo informático só fica configurado se o dispositivo em questão tiver algum mecanismo de segurança, bem como se ficar comprovada a finalidade específica de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorizações, quando, em realidade, deveria, segundo se crê, bastar o acesso não autorizado ao dispositivo informático alheio, independentemente da intenção do agente, para ser crime. Quanto à pena relativa ao tipo do *caput*, observa-se que o legislador considerou-o como crime de menor potencial ofensivo, permitindo a aplicação das benesses da Lei 9.099/95, ainda que, por vezes, a invasão de dispositivo com a posterior destruição ou adulteração de informações possa gerar resultado gravíssimo – basta imaginar os nefastos efeitos da invasão de dispositivo informático de um hospital com a adulteração de medicamentos a serem aplicados em determinados pacientes (BRASIL, 1995).

<sup>78</sup> Uma classificação mais genérica apresentada por Maciel Colli (2010, p. 42-43), seguindo Roberto Chacon de Albuquerque, aponta que os crimes informáticos/cibernéticos seriam divididos em a) crimes informáticos comuns (traditional computer crimes), nos quais os recursos informáticos são utilizados como meio-fim para o cometimento de crimes já previstos no direito penal vigente; b) crimes informáticos específicos (computer-specific crimes) nos quais há condutas que lesam um bem jurídico que ainda não é tutelado por uma norma jurídico-penal. Nesta segunda categoria, estes bens seriam juridicamente e penalmente tutelados apenas em potência, ou seja, seria reconhecida a relevância dada ao bem, mas a tutela penal ainda não teria sido chancelada sob a forma da proteção da lei penal, não podendo, por ausência de tipicidade, cogitar-se sobre a ocorrência de um crime. Ainda nesta última modalidade, apesar de a ação ocasionar um dano (crime de dano) ou um perigo de dano (crime de perigo) a um bem jurídico, a conduta, uma vez que não tipificada, seria considerada atípica.

Carlos Antônio Silva (*apud* ZANIOLO, 2012, p. 270), “redes sociais” ou “redes de relacionamento” são “sistemas organizacionais capazes de reunir indivíduos e instituições, de forma democrática e participativa, em torno de objetivos e/ou temáticas comuns”, sustentando-se “pela vontade de participar e pela afinidade de seus integrantes, tanto para as relações pessoais quanto para a estruturação social”. No Brasil, elas passaram a ter maior contingente populacional a partir de 2004, em razão da utilização do Orkut, rede social que permitia “acesso direto a uma lista de amigos, conhecidos e comunidades com perfis semelhantes ao do usuário” (ZANIOLO, 2012, p. 271).

Já desde a citada época, houve investigações que lograram êxito em identificar, no Orkut, diversas “comunidades” com conteúdo discriminatório/racista, bem como seus criadores e autores de mensagens de cunho igualmente criminoso (SANTOS, 2010, p. 181). A partir destas mesmas investigações, originou-se a primeira denúncia por racismo cometido por sítio eletrônico (Orkut) (crime cibernético impróprio ou comum, concorde as classificações apresentadas) em face de sujeito que postou comentários preconceituosos em comunidades de que fazia parte, dentre elas, “Força Branca”, “Orgulho Branco”, “Adolf Hitler Lovers”, “Coisasqueodeio: preto e racista”, “Racista não, higiênico!” e “Nazismo debates” (SANTOS, 2010, p. 181).

Com o transcorrer do tempo, outras redes sociais passaram a ser utilizadas maciçamente por brasileiros. Atualmente, o Orkut não mais existe e as mais populares são o Facebook e o Twitter. O Facebook, para que se tenha uma ideia, segundo dados da Folha de São Paulo (2018), conta com um total de 2,13 bilhões de usuários dos quais 127 milhões são brasileiros (em torno de 60,5% do total da população do Brasil)<sup>79</sup>. “A virtualização e a interatividade dos novos meios de comunicação, especialmente da rede mundial de computadores, permitiram que sujeitos de diferentes culturas, nacionalidades e perfis viessem a organizar conglomerados em virtude da sua afinidade de interesses” (COLLI, 2012, p. 36). Os conglomerados que compactam o espaço de interação sócio-virtu-real (porque serve para programar atos diversos que se realizam no mundo real e para reunir pessoas que em um dado momento se encontraram por alguma razão) dos indivíduos são hoje representados pelas redes sociais.

Por isto, ratifica-se a ideia de Pedro Augusto Zaniolo (2012, p. 38) para quem [...] a sociedade conectada está muito menos ligada à tecnologia e muito mais unida pela capacidade humana em agregar a diversidade”. Apesar disto, lamentavelmente, a realidade que deveria ser

---

<sup>79</sup> Consulte-se em: FACEBOOK chega a 127 milhões de usuários mensais no Brasil. **Folha de São Paulo**, 18 jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/07/facebook-chega-a-127-milhoes-de-usuarios-mensais-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

encontrada extinta, qual seja, a da discriminação e do discurso de ódio, dentro e fora de redes sociais, não se verifica. Isto quer dizer que, mesmo nos dias atuais, as redes de relacionamento continuam sendo palco às manifestações odiantas e discriminatórias<sup>80</sup>. Daí a necessidade de, a partir de agora, uma vez reforçada a ideia de que estas condutas, ainda que praticadas no ambiente cibernético, não estão e nem serão imunes às sanções penais, examiná-las na seara penal.

As figuras da discriminação e do discurso de ódio, como exaustivamente se tem destacado, não se confundem. Os discursos de ódio são motivados pela discriminação, mas não necessariamente irão insculpi-la em suas manifestações. Ocorre que, no campo penal, ainda que tecnicamente os discursos de ódio sejam espécie do gênero “crime de ódio”, delitos cujas motivações, como regra, são o preconceito de raça, cor, religião e/ou origem nacional, abarcando atualmente, em alguns países, também o preconceito de gênero, orientação sexual, deficiência e idade (VIERUCCI, 2009, p. 341), inexistente no ordenamento jurídico brasileiro da atualidade<sup>81</sup> crime que puna a realização de discurso de ódio. Significa, então, que verbalizar, escrever e/ou publicar discursos de ódio, sem a inclusão da discriminação, é conduta penalmente impunível no Brasil? De forma alguma.

Afirmou-se que não há um crime específico, mas não que inexistam tipos penais que possam punir a manifestação odianta. Atente-se: trata-se de apenas realizar o trabalho de subsunção do fato à norma(s) penal(is) já existente(s) e não de interpretar extensivamente tipo(s) penal(is) para punir o discurso de ódio. A observação é importante porque, nos últimos tempos, mundialmente, observa-se um “fenómeno de lo que pudiéramos llamar interpretación flexible o funcionalista de la ley”, o qual acontece quando “las palabras de ley penal [...] son manipuladas en función de las necesidades del sistema” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 669-670). Naturalmente, demonstrando fidelidade às premissas anteriormente apresentadas, entende-se

---

<sup>80</sup> A título de exemplo, consulte-se as notícias disponíveis nos seguintes sítios eletrônicos: CHOREI muito, diz jovem negra vítima de racismo em foto no Facebook. **Portal G1**, 29 ago. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2014/08/chorei-muito-diz-jovem-negra-vitima-de-racismo-em-foto-no-facebook.html>>. Acesso em: 27 fev. 2019; DISCURSO de ódio no Facebook reflete nos índices de crime de ódio, diz pesquisa. **Tecnologia – iG**, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://tecnologia.ig.com.br/2018-08-22/discurso-odio-facebook-refugiado.html>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

<sup>81</sup> Vale mencionar aqui que o Decreto-Lei n.º 314/67, o qual foi revogado em 1983 com a entrada em vigor da nova Lei de Segurança Nacional, Lei n.º 7.170/83, trazia em seu artigo 33, inciso IV, o delito de “incitar publicamente [...] ao ódio ou à discriminação racial”, cominando pena de detenção de 01 (um) a 03 (três) anos. Interessante ter em conta que a descrição do tipo adere (por óbvio, involuntariamente, visto que elaborada há mais de 50 anos) à divisão dos discursos preconceituosos proposta no subcapítulo 1.1 (discurso de ódio e discurso preconceituoso *stricto sensu* são espécies de que é gênero o discurso preconceituoso *lato sensu*). A Lei de Segurança Nacional de 1983 não repetiu o crime do artigo 33, resumindo-se a criminalizar no artigo 22 a propaganda de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais e de perseguição religiosa, punindo tais condutas com pena de 01 (um) até 04 (quatro) anos.

que tal posicionamento é inadmissível, compatível apenas com um Direito Penal do Inimigo que “se caracterizaria por ser um Derecho Penal *ad hoc*, discriminatório; carente, por tanto, de generalidade y, consiguientemente, ayuno de garantías” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 670).

Feito este esclarecimento, repisa-se o conceito discurso de ódio: toda expressão, (linguística, gestual ou simbólica), que, com potencialidade lesiva e fulcrada em preconceito(s) do sujeito ativo, incite, conclame, induza, instigue, defenda, apoie ou promova o ódio, a intolerância, a hostilidade, a violência ou a prática de crime por parte de terceiros contra coletividade de indivíduos (ou membro desta) que detenha característica que a particularize, em dada sociedade, intimidando-os. O conceito seria, com pequenas adaptações, o tipo penal de discurso de ódio ideal. Vale dizer que, acaso fosse assim tipificado, tratar-se-ia de um tipo misto alternativo, onde a prática de apenas uma das condutas típicas é suficiente para que se repute praticado o delito.

Contudo, à míngua de delito próprio, verifica-se que, nas leis penais brasileiras atualmente vigentes, existem 02 (dois) tipos penais que se prestam-se a parcialmente puni-los. A saber: trata-se dos delitos de incitação (artigo 286 do CP) e de apologia (artigo 287 do CP) ao crime. Quanto ao primeiro, estará configurado quando alguém “incitar, publicamente, a prática de crime” (BRASIL, 1940). Quanto ao segundo, concretiza-se quando alguém faz, publicamente, apologia de fato criminoso (BRASIL, 1940). A ambos o legislador cominou penas de detenção que vão de 03 até 06 meses ou, subsidiariamente, multa (BRASIL, 1940). Os problemas são muitos. Citam-se 04 (quatro).

Primeiro, os tipos penais citados têm alcance restrito a apenas algumas das formas de execução dos discursos de ódio (incitação e apologia). Segundo, não há formas qualificadas dos delitos em função das razões que os motivaram, sendo indiferente que, no caso, tenham sido geradas pelo sentimento preconceituoso e odiento, o que não é algo que possa ser desprezado. Logo, só configurará o(s) delito(s) de incitação e/ou apologia ao crime o(s) discurso(s) de ódio que expressar(em), com potencialidade lesiva, estímulo(s), instigação(ões) ou provocação(ões) (= incitação) ou, ainda, defesa ou apoio (= apologia) à prática de violência ou crime (contra outrem).

Sobre o primeiro problema, veja-se que são atípicas as condutas de conclamar, induzir ou promover a violência ou a prática de crimes, pois aqueles não são verbos nucleares do tipo<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Nem se diga que são condutas sinônimas, pois é certo que, seguindo a taxatividade, o legislador não quis criminalizar estas formas de ação.

Igualmente, são atípicas (por falta de previsão legal), mesmo que mais gravosas que a conduta de discriminar, as práticas de incitar e apoiar (verbos típicos) o ódio, a intolerância e a hostilização (elementares atípicas) a determinados grupos. Afora isto, sobre o segundo problema, cuide-se que é indiferente ao delito a causa do crime (preconceito do sujeito ativo) e o sujeito passivo (indivíduo ou grupo detentor de característica particularizadora). Se houvesse um tipo específico ou uma qualificadora, estas seriam elementares do tipo típicas.

Terceiro, o bem jurídico protegido pelos tipos penais dos artigos 286 e 287 do CP é diverso daquele que é violado pelos discursos de ódio. Enquanto estes, conforme se sustentou ao longo do trabalho, violam, além da segurança, a igualdade entre os indivíduos; aqueles protegem apenas a paz pública (que pode ser entendida como segurança). Quarto, as penas cominadas não são condizentes com a gravidade *in abstracto* da conduta, o que guarda relação com o segundo problema apresentado. Ora, se o discurso de ódio, como dito, é mais grave que a discriminação, em respeito ao princípio da proporcionalidade, as penas para o primeiro deveriam ser mais graves do que as punem o segundo. Enquanto, por exemplo, o artigo 20 da Lei 7.716/89 pune discriminações várias com pena de reclusão de 01 (um) até 03 (três) anos e, obrigatoriamente, de multa; a pena hodierna possível para algumas das modalidades dos discursos de ódio é a de detenção de 03 (três) até 06 (seis) meses ou, subsidiariamente, aplicação de multa, que, se não for paga, transforma-se em dívida de valor, devendo ser executada pela Fazenda Pública (o que, em regra, se a multa tiver valor inferior a R\$20.000,00, não ocorre) (BRASIL, 1940; BRASIL, 1989).

Pior ainda: se o autor de discurso odioso típico (aquele reprimido pelos artigos 286 e 287 do CP) for, em termos gerais, primário e de bons antecedentes terá direito aos benefícios da Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais (Cíveis e Criminais), quais sejam, transação penal (artigo 76) e suspensão condicional do processo (artigo 89) (BRASIL, 1995; BRASIL, 1940). Com isto, observe-se o absurdo: a conduta mais grave não só é punida mais brandamente (detenção e pena máxima inferior a 06 meses), como também possui maiores chances de não se chegar a uma condenação penal (dados os benefícios penais). Da forma como hoje é levemente punido o discurso de ódio no Brasil, aderindo ao distúrbio legislativo, é possível afirmar, ironicamente, por óbvio, que “é melhor ao agente proferir logo um discurso de ódio do que só discriminar um grupo de pessoas”.

Apesar de todos os problemas, no momento, este é o único meio de punição criminal de algumas das formas de expressão dos discursos de ódio. Propõe-se, então, uma última classificação dos discursos de ódio, quanto à possibilidade de responsabilização no âmbito do Direito Penal. Diz-se discurso de ódio típico/legal/arranjado/alinhado/sistematizado aquele que

a norma penal pune, ou seja, aquele que está contido no ordenamento jurídico penal, daí os nomes que foram atribuídos. Por outro lado, diz-se discurso de ódio atípico/marginal/desarranjado/desalinhado/não sistematizado aquele que não configura crime, não é repreendido pelo Direito Penal, justificando os nomes dados, embora possa configurar um ilícito civil.

Veja-se que caso o discurso de ódio, típico ou não, venha acompanhado pela indução ou incitação da discriminação ou preconceito, este poderá ser sancionado pelo Direito Penal. Isto porque poderá a conduta estar incursa no chamado “crime de racismo”, aquele constante no referido artigo 20 da Lei 7.716/89. A definição jus-doutrinária do que é racismo, que importa na discriminação racial, não é nem um pouco pacífica. Basicamente, os autores (e juízes) dividem-se em dois grupos. A saber: um grupo interpreta o termo de maneira ampla e outro de maneira restrita.

O primeiro posicionamento passou a ser suscitado/sustentado após o Supremo Tribunal Federal julgar, em 2003, o *Habeas Corpus* nº. 82.424-2/RS, conhecido como “Caso Ellwanger”, definindo que “a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social” (BRASIL, 2003a, p. 524). Deste modo, o Pretório Excelso equiparou o preconceito ao povo judeu<sup>83</sup>, razão do processamento criminal do paciente Siegfried Ellwanger, à prática do crime de racismo. Conforme o Ministro Celso de Mello, segundo se acredita, autor de um dos votos mais aprofundados, o racismo não se resumiria a definição de “ordem [...] antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, além de caracterizar, em sua abrangência conceitual, um indisfarçável instrumento de [...] dominação política e de subjugação social [...]” (BRASIL, 2003a, p. 625).

Tomando por norte o que foi afirmado neste julgamento, parte da doutrina passou a afirmar que “raça” seria, então, para além do conceito tradicional, “um grupo de pessoas que comunga de ideais ou comportamentos comuns, ajuntando-se para defendê-los, sem que, necessariamente, constituam um homogêneo conjunto de pessoas fisicamente parecidas”

---

<sup>83</sup> Faz-se um esclarecimento: judeus são todos aqueles que professam o judaísmo. O deslinde do caso seria bem menos complexo se o preconceito exposto por Ellwanger em seus livros tivesse relação com a religião, pois seria um caso de discriminação em função da religião. Todavia, as acusações/ataques de Ellwanger não foram propriamente ao judaísmo e seus preceitos, mas sim à massa que professava este credo, logo, contra o povo judeu. Daí o porquê das amplas discussões: afinal, se judeus são apenas pessoas que professam uma religião e não houve discriminação da religião propriamente dita, não haveria preconceito religioso; se, por outro lado, judeus são um povo, seria possível enquadrá-los como uma raça e, assim, afirmar a prática de preconceito racial. Esta é a síntese do caso.

(NUCCI, 2009, p. 302). Nesta mesma senda, houve autores que, interpretando “super-extensivamente”, aduziram que

[...] a palavra “raça”, prevista na Lei 7.716/89, deve ser entendida em sentido amplo, de forma a abranger a tutela penal de qualquer forma de discriminação (por motivo de cor, raça, sexo, orientação sexual, religião, idade, gênero ou por outro motivo indicativo de intolerância ou ódio), e assim proteger eficazmente o bem jurídico igualdade. Além disso, essa interpretação constitucional mostra-se a única adequada a proteger devidamente os direitos fundamentais de todas as vítimas do odioso crime de racismo, ainda que o legislador ordinário permaneça inerte ou, propositalmente por questões ideológicas ou religiosas, prefira legislar desprezando os princípios e normas constitucionais (FERREIRA FILHO, 2018, p. 142).

Representante do posicionamento mais tradicional, Christiano Jorge Santos afirma que por “racismo” deve ser entendido, exclusivamente, o “preconceito ou discriminação em virtude de raça (e, em alguns raríssimos casos de intolerância em virtude da cor e da etnia, nas hipóteses em que os conceitos misturam-se com a questão racial, em sentido estrito)” (SANTOS, 2010, p. 42). O autor sustenta seu ponto de vista a partir da ideia de que, com a interpretação ampla do termo, “ficariam sem a mínima razão de existir as expressões “cor, etnia, religião ou procedência nacional”, previstas na Lei n.º. 7716/89, o que contraria o critério interpretativo de que a lei não pode conter palavras inúteis” (SANTOS, 2010, p. 42).

Com todo o respeito aos posicionamentos que fazem coro a cada uma das interpretações, pensa-se que nenhum dos extremos têm total razão. A primeira porque parece ter deturpado a ideia de interpretação extensiva que a conformação do STF à época do julgamento do HC n.º 82.424/RS quis dar<sup>84</sup>; e a segunda porque não consegue abarcar outras possíveis formas de

---

<sup>84</sup> Observação extremamente importante deve ser feita aqui: enquanto se está revisando o texto final desta dissertação, o Supremo Tribunal Federal está debruçado sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26/DF, cujo relator é o Ministro Celso de Mello, e do Mandado de Injunção n.º 4.733/DF, cujo relator é o Ministro Luiz Edson Fachin (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b). Em apertada síntese, as ações endereçam como pedidos principais ao STF a declaração da mora legislativa para criminalizar a homofobia e a transfobia com o estabelecimento de prazo para tanto; e o enquadramento da homo-transfobia no conceito ontológico constitucional de racismo, nos termos do HC n.º 82.424/RS. Até o presente, votaram os relatores e os Ministros Alexandre de Moraes e Luís Roberto Barroso, tendo sido unânimes em reconhecer os dois pedidos. Ainda não há maioria formada. Todavia, se, na sequência, mais dois ministros votarem no mesmo sentido, como resultado, haverá a equiparação da homo-transfobia ao racismo (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b). Com isto, criminalizar-se-á, judicialmente, aquela, porque seria forma de praticar o racismo (“praticar [...] a discriminação de raça [...]”), o qual já é punido pelo artigo 20 da Lei 7.716/89 (BRASIL, 1989; BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b). “Homossexual” e “transexual” são orientações sexuais minoritárias e vulneráveis. Por estas opções, muitos indivíduos têm sido vítimas, ao longo dos anos, de diversificada sorte de crimes. Portanto, não se tem dúvida de que, ante a sistemática negação de igualdade destas pessoas perante as demais por parte de alguns sujeitos, deve ser sua discriminação considerada crime. Por outro lado, entende-se que, se prevalecer como majoritário o entendimento que ora se desenha a partir dos votos já proferidos, o Judiciário estará realizando flagrante analogia *in malam partem*, equiparando figuras que não são tecnicamente comparáveis – como no corpo do texto principal da dissertação se demonstrou. Cuide-se que existe, aparentemente, inviabilização lógica entre os pedidos principais: se, na ADO e MI, pede-se ao Judiciário para reconhecer a mora legislativa em criminalizar a homo-transfobia, então se reconhece que sua prática ainda não é crime. Se, de outro giro, pede-se apenas para que o STF reconheça que homossexuais e transexuais constituem o conceito de raça (porque o racismo já é crime), então não há mora legislativa porque já o crime que tutele a situação. Pelo que se

racismo que de fato existem e precisam ser consideradas como tais. Propõe-se, então, uma terceira via de interpretação que se pretende parcialmente extensiva, ou melhor, interpretação genuinamente conforme a decisão emanada no Caso Ellwanger. Explica-se, pois.

Analisando os votos do HC 82.424/RS, fica certo que racismo “não pode ter seu conceito jurídico delineado a partir do referencial raça”, pois se trata de “um conceito pseudo-científico notoriamente superado” (BRASIL, 2003a, 648). Por outro lado, definitivamente, não estão superadas as manifestações racistas que “são assentes em referências de índole racial (cor, religião, aspectos étnicos, nacionalidade, *etc.*)” (BRASIL, 2003a, 648). Portanto, parece ter sido a seguinte ideia que o STF quis estabelecer quando afirmou que o conceito de racismo era sócio-político-cultural: raças humanas sob uma perspectiva bio-antropológica não existem, pois todos os humanos pertencem à mesma raça, mas, sob uma perspectiva histórica, cultural e/ou sociológica, estas divisões, mesmo que se saiba o quanto são absurdas e arbitrárias, existem (BRASIL, 2003a, p. 682).

É, pois, à luz destas perspectivas, possível separar os grupos humanos com base em diferenças físicas, psíquicas, linguísticas ou etno-culturais, determinadas a partir de caracteres inerentes, naturais e inescapáveis entre populações (BRASIL, 2003a, p. 568; 682). Isto, convencionalmente, gera uma gama de povos: branco, negro, índio, amarelo, cigano, judeu, *et cetera*. Nesta quadratura, o racismo traduzirá a valoração negativa de um grupo humano por outro, tendo por substrato as características sociais semelhantes daquele que configurariam uma “raça distinta” a qual se dispensa tratamento desigual ao dispensado à (pretensa) raça superior, dominante (BRASIL, 2003a, p. 567).

Face a isto, pensa-se já ser possível concluir por uma interpretação menos ampla de “racismo”, mas, no julgado, foram apresentados diversos conceitos vagos que poderiam dar azo a uma interpretação amplíssima do termo. Apenas por exemplo, veja-se um dos significados trazidos pelo Ministro Maurício Corrêa, extraído do Dicionário de Sociologia da Universidade

---

pôde ouvir da leitura do voto dos Ministros que já votaram, foi reconhecida a mora legislativa e foi interpretado o conceito de raça ampliativamente. Isto, crê-se, viola o princípio secular da legalidade no nível da reserva legal, referente ao axioma da *lex stricta*, que, como dito, é um sustentáculo a um Direito Penal democrático. Assim, se este for o entendimento prevalecente na Corte Suprema, ainda que se diga que se trata do reconhecimento de outra forma de praticar o racismo, a realidade é que se vai reconhecer o crime de homo-transfobia por sentença. Este será um primeiro passo em direção ao abismo do Direito Penal autoritário, o que, talvez, indo a extremos, somente seja percebido quando, por exemplo, passar a haver a aplicação, também por analogia, do crime de terrorismo para movimentos que paralisam o trânsito para reivindicar direitos. Apontando-se uma solução diversa ao caso concreto, pensa-se que deve ser (sim) reconhecida a omissão legislativa e fixado um prazo razoável para que o legislador edite a competente lei penal, bem como, no ensejo, traçados, desde logo, os parâmetros a serem seguidos pelo legislador. Se for vencido o prazo estabelecido e o Congresso Nacional continuar inerte, só então, o STF, para não mais permitir a manutenção da omissão inconstitucional, supre a lacuna, regulamentando, provisoriamente, a lei.

de Oxford: “racismo” seria um “sistema determinista de crenças que sustenta o racialismo, ligando tais características a traços físicos ou psicológicos baseados em valoração negativa” (BRASIL, 2003a, p. 569). Ora, por este conceito, isoladamente, indo a extremos, qualquer comportamento valorado negativamente por outrem poderia figurar como exemplo de racismo.

Contudo, perscrutando-se à exaustão as 488 folhas do *decisum*, bem vistos cada um dos votos, observa-se que não houve, nenhuma vez, referência direta à correlação entre o racismo e o preconceito/discriminação em função de idade, sexo/gênero, orientação sexual e até mesmo deficiência<sup>85</sup>. Todas as vezes em que os Ministros fizeram alusão a exemplos ou que as bibliografias por eles apresentadas mencionaram exemplos foram todos relativos a povos que partilham entre si costumes, tradições, instituições, culturas, características físicas, em razão de sua localização geográfica, e/ou psicológicas semelhantes, o que afasta que qualquer tipo de discriminação seja racismo. No celebrado “Dicionário de Política” de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2004, p. 1059), os autores afirmam que

Com o termo Racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence e, principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores.

Este conceito, pelo que se observa, não entra em contradição com aquele esboçado no julgamento do HC n.º 82.424/RS. O fato de o racismo, como apontado na decisão, projetar-se em uma dimensão cultural e sociológica não significa, segundo se acredita, que ele terá conceito diferente, próprio, em cada sociedade. Ao contrário, sua definição, para que tenha significado (em vez de significar qualquer coisa e abarcar qualquer situação), deve ser una, variando, no máximo, porque pressupõe a tentativa de subjugação de um grupo por outro, quem serão os grupos humanos capazes de ser vítima desta forma de preconceito. Afere-se, a partir da interpretação judicial insculpida no HC supramencionado e da definição exposta no Dicionário de Política alhures aludido, que “racismo” denota a perseguição, subjugação, dominação ou discriminação de um povo – em sentido comum<sup>86</sup>, não aquele da Teoria Geral do Estado<sup>87</sup> – (considerado inferior) por outro (considerado superior), que sustenta a diferenciação entre

<sup>85</sup> Atente-se que a deficiência era uma causa que estava prevista na Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação como exemplo de discriminação racial.

<sup>86</sup> Conjunto de pessoas de determinada região que partilham tradições, instituições e costumes semelhantes.

<sup>87</sup> Para a Teoria Geral do Estado, por “povo” deve-se ter a seguinte compreensão: “[...] o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano” (DALLARI, 2011, p. 104)

povos, política, histórico ou sócio-culturalmente, tomando por base (errôneas/ultrapassadas) teorias ou ideias biológicas ou antropológicas.

Assim, o conceito amplo que se aceita de racismo é aquele que denomina o combate por parte de alguns indivíduos, pertencentes a um povo supostamente superior, a povos tidos como daninhos ou inferiores (historicamente, foram povos assim considerados – por óbvio, de forma absolutamente injusta e desprovida de qualquer fundamento verdadeiro – judeus, ciganos e negros), bem como membros do próprio povo tido por superior que sejam considerados inválidos (deficientes) ou portadores de doenças hereditárias (práticas eugênicas) (VORMBAUM, 2012, p. 733). Este conceito ampliado ou extensivo de racismo<sup>88</sup> é o utilizado na história geral e social e, como dito, pretende “não apenas a pureza racial e a pureza o sangue por meio da separação de outras etnias, mas também por meio de uma limpeza da própria raça, incluindo, assim, atividades de eliminação de membros do próprio povo” (VORMBAUM, 2012, p. 733)<sup>89</sup>.

O entendimento é reforçado pela definição de discriminação racial da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n.º 65.810/69 (BRASIL, 1969). Conforme o artigo 1º, §1º,

a expressão "discriminação racial" significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.

Destarte, enquanto preconceitos de cor, etnia, procedência nacional e deficiência poderão ser, de fato, equiparados ao racismo, cuja *causa magis e mater* é o preconceito de raça, discriminações ligadas à religião, sexo, idade, gênero, peso e orientação sexual, tecnicamente, não podem ser equiparadas ao racismo porque não têm relação com seu conceito. De tal modo, deve-se ter cuidado, porque, conforme o exposto, nem todo tipo de discriminação será

---

<sup>88</sup> Saliente-se que esta forma de racismo não é uma invenção dos nazistas, originando-se ainda no Século XIX. No final deste século, “já se empregava o conceito de “higiene racial”, que está estreitamente ligado à crença científica daquele tempo. No conceito de “higiene racial”, a palavra raça é entendida primeiramente no sentido de raça humana (“human race”), mas ela se mescla rapidamente com a compreensão de raças específicas. Esse entendimento, progressivamente dominante, torna-se então, nos anos 30 do Século XX, a interpretação exclusiva daquela expressão. Também ideias acerca da esterilização de “pessoas inferiores” surgiram já no final do século XIX, sem que fossem, no entanto, dominantes (VORMBAUM, 2012, p. 733)

<sup>89</sup> Merece nota a observação de Thomas Vormbaum sobre a “impureza da raça alemã”, o que torna ainda mais vergonhosas as práticas nazistas: “É certo que existem “raças” no mundo; mas, sobretudo na Europa, com sua longa história de migrações, a presença de inúmeras miscigenações torna impossível, na maioria dos casos, uma categorização científica precisa. Totalmente infundado seria falar de uma “raça alemã”, porque precisamente a Alemanha, localizada no centro da Europa e tendo sofrido tantas invasões, sobretudo do leste, é tudo menos “racialmente pura” (VORMBAUM, 2012, p. 738).

penalmente ilícita. Para a Lei 7.716/89, serão criminosas as discriminações em razão de raça (adequada ao conceito extensivo acima exposto), cor, etnia, religião ou procedência nacional (BRASIL, 1989).

O preconceito de cor é aquele que advém do tratamento humilhantemente desigual de uns com os outros em função de diferenças de “pigmentação epidérmica”, de “tonalidade da pele” (SANTOS, 2010, p. 86; 88)<sup>90</sup>. Já o preconceito de etnia é aquele que surge a partir do tratamento humilhantemente desigual de uns com os outros em função de diferenças biológico-culturais bem definidas daqueles com relação a estes e vice-versa (SANTOS, 2010, p. 89). Esta segunda forma de discriminação, hoje, no Brasil, ressaltados alguns grupos populacionais, como indígenas, quilombolas e grupos brancos (que formam colônias) isolados, dificilmente será verificada, dada a grande miscigenação do país.

O preconceito por religião advém do tratamento humilhantemente desigual de uns com os outros em função de diferenças com relação às crenças professadas. “Os adeptos ou seguidores de quaisquer religiões estão sujeitos a sofrer discriminação ou preconceito no Brasil”, mas, a partir do número de ocorrências, afirma-se que algumas crenças estão mais expostas que outras, entre elas, a judaica e as de matriz africana (SANTOS, 2010, p. 101). O preconceito de procedência nacional advém do tratamento humilhantemente desigual de uns para com outros sujeitos que provém de determinados locais dentro do território nacional. Trata-se de “previsão legislativa à proteção do nacional brasileiro, ou seja, daquele natural ou proveniente de algum ponto do Brasil [...]” (SANTOS, 2010, p. 106). Tenta-se, pois, coibir a “xenofobia caseira” que é praticada, normalmente, por alguns brasileiros do sudeste e do sul do em face de brasileiros do norte e nordeste.

Por causa da falta de tipicidade de todas as formas de discriminação no tipo em comento

Os autores costumam destacar a necessidade de revisão legal para incluir na referida lei a punição de todas as formas de discriminação, sejam elas por motivação racial, sexual, orientação sexual, idade, estado civil, enfermidade, deficiência física, condição social, filiação sindical ou partidária, ideias religiosas ou políticas ou ainda por procedência nacional. A completa falta de sistematização e coerência do legislador levaram com que, na prática, situações concretas ocorram em que a resposta penal é diferente para casos reais que deveriam receber o mesmo tratamento punitivo, tendo em vista o bem jurídico tutelado pelo crime de racismo e o princípio da dignidade da pessoa humana (FERREIRA FILHO, 2018, p. 137-138).

Concorda-se parcialmente com o honorável posicionamento, discordando-se com a criminalização da conduta de discriminar algumas das categorias apresentadas. Acredita-se que não se faz necessário criminalizar a discriminação em função da idade. Primeiro, como já se

---

<sup>90</sup> Normalmente, classificam-se as pessoas entre brancas, pretas e amarelas (SANTOS, 2010, p. 88).

afirmou, porque, na menor faixa etária, crê-se que crianças, só por este fato, não são discriminadas. De mais a mais, o próprio texto constitucional afirma que crianças são absoluta prioridade e, como tais, têm seus direitos assegurados e pormenorizadamente descritos no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), que prevê, ainda a criminalização das condutas que os violem (BRASIL, 1990).

Também é desprecioso criminalizar a discriminação contra o idoso porque o artigo 96, §1º, do Estatuto do Idoso já possui previsão neste sentido, definindo, complementarmente, quem é considerada pessoa idosa (BRASIL, 2003b). Contudo, merece reforma o preceito secundário do tipo, a fim de adequá-lo as mesmas punições constante no preceito secundário do artigo 20 da Lei 7.716/89. A discriminação da pessoa idosa é tão grave quanto a discriminação em função da raça, cor, etnia, religião ou origem nacional. Assim, em atenção, mais uma vez, ao princípio da proporcionalidade, o agente daquele não pode estar sujeito a uma pena de somente 06 (seis) meses até 01 (um) ano de reclusão e multa (eis os pontos positivos: é reclusão em vez de detenção; e a multa é pena aplicada cumulativamente e não subsidiariamente), ao passo que o agente deste que pratica conduta análoga, contra outros grupos, é punido com reclusão de 01 (um) ano até 03 (três) anos de reclusão. No ponto, cabem, ademais, as mesmas críticas, no que referem aos benefícios penais, que foram apontadas acima no quarto problema dos tipos dos artigos 286 e 287.

O mesmo se passa com relação à deficientes físicos<sup>91</sup>: o artigo 88 do Estatuto da Pessoa com Deficiência contém dispositivo que criminaliza a discriminação de pessoa com deficiência, sendo, aliás, mais abrangente, porque inclui no âmbito de proteção da norma toda e qualquer deficiência e não apenas a física. Interessante observar que o próprio Estatuto traz o conceito de pessoa com deficiência (artigo 2º) e de discriminação a elas (artigo 4º) (BRASIL, 2015a). Conforme a Lei, considera-se pessoa com deficiência “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL, 2015a). No mesmo documento legal, verifica-se que se entende por discriminação em razão da deficiência

toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

---

<sup>91</sup> A restrição ao grupo “deficientes físicos” é do autor que foi citado anteriormente. Na sequência, rebate-se seu posicionamento, demonstrando-se não só que já há criminalização como ela é mais ampla do que propõe o autor, protegendo todas as pessoas com algum tipo de deficiência.

Retira-se desta redação que para a Lei 13.146/15 praticar a discriminação contra pessoa com deficiência é realizar qualquer ação ou omissão que distinga, restrinja ou exclua o gozo dos direitos e liberdades fundamentais das vítimas. A observação será importante logo adiante quando se fizer análise mais detida dos verbos nucleares dos crimes.

Por fim, preconceitos quanto ao estado civil (solteiro, casado e viúvo), condição social (rico e pobre), filiação sindical ou partidária e ideias políticas, de fato, podem ocorrer (ainda mais frente à polarização político-partidária da sociedade hodierna). Entretanto, tem-se tentado deixar explícito que a conduta de discriminar alguém é algo realmente grave, não podendo ser banalizada ou entendida como sinônimo de mero “tratamento diferente”. O crime de discriminação guarda relação com a conduta de criar barreiras (sociais) para anular o exercício de direitos e liberdades, diminuindo a pessoa em igualdade e dignidade. Deste modo, verdade seja dita, tratar alguém diferentemente por suas concepções políticas, seu estado civil, condição social ou filiação sindical não são condutas hábeis a verdadeiramente anular o exercício de direitos e liberdades. Por outro lado, deve-se reconhecer a desprezibilidade de tais ações, bem como pequenez espiritual de seu autor, que, por isto, é digno do sentimento de pena. Por esta razão, deve-se deixar que apenas o Direito Civil sancione esta tipagem de manifestação.

Do contrário, a discriminação penalmente ilícita acabará por se tornar trivial, a tal ponto que mesmo as condutas que sequer tangenciem o tema possam ser interpretadas, forçosamente, neste sentido. Um exemplo esdrúxulo, mas verdadeiro de que isto efetivamente pode acontecer, acaso não se trate as questões relacionadas à discriminação de relevância penal com a devida seriedade, é o caso envolvendo o famoso diretor de cinema George Lucas. Em 1999, sob a direção deste, foi lançado o filme “Star Wars: episódio I – a ameaça fantasma”, onde havia um personagem fictício de cor laranja denominado “Jar Jar Binks”, o qual possuía longas orelhas e era muito desajeitado. Um grupo de críticos, após assistir ao filme, acusou o diretor de racismo, pois, segundo eles, o personagem seria uma caricatura dos jamaicanos, já que, supostamente, possuiria um sotaque típico dos caribenhos e suas orelhas se assemelhariam aos *dreadlocks* usados tradicionalmente por estes (BBC News, 1999). Às críticas George Lucas respondeu:

*Those criticisms are made by people who have obviously never met a Jamaican, because it's definitely not Jamaican and if you were to say those lines in Jamaican they would not be anything like the way Jar Jar Binks. They are basing a whole issue of racism on an accent, an accent that they do not understand. Therefore if they do not understand it, it must be bad. How in the world you could take an orange amphibian and say that he is a Jamaican? It's completely absurd. Believe me, Jar Jar was not drawn from a Jamaican, from any stretch of the imagination (BBC News, 1999)<sup>92</sup>.*

<sup>92</sup> Em tradução livre: “Estas críticas são feitas por pessoas que obviamente nunca encontraram um jamaicano, porque definitivamente não é o idioma de lá e se você fosse dizer o texto em jamaicano ele não seria nem parecido

Tão infundada foi a acusação que não se tem notícia de que tenha havido, posteriormente, qualquer apuração cível (e muito menos criminal) no país em que ocorreu o fato, os Estados Unidos da América. Agora, se em um personagem fictício, imbecil e de orelhas longas houve pessoas capazes de enxergar um suposto racismo (o que, aliás, diz muito sobre as concepções de quem emitiu tal opinião), imagine-se o que aconteceria se qualquer (ou múltiplas) diferenciações não substanciais, como estado civil, opiniões político-partidárias, condição social, fossem consideradas penalmente ilícitas. Insiste-se, portanto, na ideia de que, quando se utiliza do Direito Penal para reprimir condutas que não retiram nem diminuem significativamente a capacidade de exercício de direitos e liberdades das pessoas, a um só tempo, debilita-se o significado do crime de discriminação e se retira o caráter de fragmentariedade de tal ramo do direito.

Três exemplos grosseiros talvez possam ajudar a ilustrar tal absurdo. Primeiro: o sujeito solteiro, preterido em vaga de emprego de companhia privada por sujeito casado, poderia dizer-se discriminado em função de seu estado civil. Segundo: o indivíduo inadimplente que fosse impedido de adquirir novos produtos no estabelecimento comercial em que é devedor poderia se dizer discriminado em função de sua condição social. Terceiro: a pessoa cuja presença em determinado evento privado fosse indesejada em função de suas opiniões políticas poderia se dizer vítima de discriminação por isto. Em todos eles, as supostas vítimas poderiam demandar a instauração de inquérito policial e/ou a promoção de ação penal para criminalizar a conduta dos supostos autores. Indo além: supondo que houvesse indiciamento e denúncia, os autores poderiam provar que, no primeiro caso, a escolha baseou-se em outros critérios que nenhuma relação guardavam com o estado civil do candidato; no segundo caso, o impedimento tinha relação com a falta de pagamento e não com a condição social da vítima; e, no terceiro, por se tratar de evento privado, há direito de escolha dos convidados, garantindo-lhes absolvição.

Não obstante, ainda está vigente a Lei 7.437/85, que incluiu entre as contravenções penais punidas pela Lei 1.390/51, conhecida como Lei Afonso Arinos, primeira legislação a reprimir condutas discriminatórias em função de raça e cor no Brasil, a prática do preconceito de sexo e de estado civil (BRASIL, 1985). Todas as hipóteses são casuísticas (recusar hospedagem, venda de mercadoria, entrada em estabelecimento, inscrição em estabelecimento

---

com o jeito que Jar Jar Binks fala. Eles estão baseando toda uma questão de racismo baseada em um acento, um acento que eles não entendem. Por Isto, se eles não o entendem, isto tem que ser ruim. Como, no mundo, você poderia pegar um anfíbio laranja e dizer que ele é jamaicano? É completamente absurdo. Acreditem-me, Jar Jar não foi desenhado a partir de um jamaicano em nenhum quadro de imaginação”.

de ensino; obstar acesso a cargo público civil ou militar; negar emprego ou trabalho em função de preconceito de estado civil). Não há nenhuma hipótese de contravenção que puna a manifestação verbal ou escrita do preconceito em razão de estado civil e muito menos o discurso de ódio praticado contra os grupos (solteiros, casados, divorciados e viúvos)<sup>93</sup> (BRASIL, 1951; BRASIL, 1985).

Nestas situações, provocar-se-ia a movimentação de toda a máquina pública, que poderia estar laborando em casos realmente importantes, por condutas que, visivelmente, são penalmente irrelevantes, não só porque não são casos de discriminação propriamente ditos, mas também porque, se fossem, a intervenção do Direito Civil seria suficiente para solucioná-las, já que não há potencialidade lesiva considerável aos bens jurídicos tutelados pela norma penal. O tipo de situação mencionada é uma questão moral, conectada ao binômio justiça *versus* injustiça, que pode gerar efeitos civis, mas, definitivamente, não penais, porque, como exaustivamente tem-se dito, o Direito Penal só deve se ocupar da apuração de fatos graves, com real potencialidade lesiva aos direitos.

Ante esta realidade, conclui-se que sempre que houver, junto com um discurso de ódio, também a incitação ou a indução ao preconceito do grupo vítima em função de sua raça, cor, etnia, religião, procedência nacional ou deficiência, o autor será certamente punido pelo crime de preconceito, nos primeiros 05 (cinco) casos, do art. 20 da Lei 7.716/89 e, no último caso, pelo artigo 88 da Lei 13.146/15 (BRASIL, 1989; BRASIL, 2015a). Se, além do discurso de ódio, houver a discriminação à coletividade de pessoas idosas, a conduta será punida também como crime de discriminação, mas aquela constante no art. 96, §1º, da Lei 10.741/03 (BRASIL, 2003b). Naturalmente, a depender de como e o que contiver o discurso de ódio, este poderá também ser típico ou atípico, o que, neste último caso, não afastará sua ilicitude civil.

Assim, por ser de interesse da temática, analisa-se alguns aspectos remanescentes sobre os tipos penais supramencionados destas leis. Inicialmente, reforça-se o significado dos termos preconceito e discriminação. Quanto ao primeiro, diz-se que seu nascedouro é a ignorância, a falta de informação e o temor em relação desconhecido (MEYER-PFLUG, 2009, p. 105). Para Christiano Jorge Santos (2010, p. 61),

---

<sup>93</sup> Salienta-se que o preconceito em razão de sexo tem relevância penal sim. Portanto, os comentários sobre a suficiência do Direito Civil não são extensíveis a esta forma de discriminação. Não se concebe como ilícito puramente civil que, em pleno Século XXI, por exemplo, alguém obste acesso de mulher a qualquer cargo público em função de seu sexo. Acaso ocorra tal situação, deve-se buscar a responsabilização do sujeito tanto no âmbito civil quanto no âmbito penal, ainda que seja considerado apenas uma contravenção. Por outro lado, vale a crítica de que não há tipo contravençional e nem tipo criminal que reprima a prática de publicizar, verbalmente ou por escrito, discurso preconceituoso e/ou de ódio em função de sexo.

o preconceito é a formulação de ideia ou ideias (que por vezes alicerçam atitudes concretas), calcadas em concepções prévias que não foram objeto de uma reflexão devida ou que foram elaboradas a partir de ideias deturpadas. É, em suma, um “preconceito”, algo intelectualmente não maturado ou objeto de falsa racionalização. [...] Cabe salientar que o preconceito pode se manifestar de diversas formas: pela exteriorização das ideias preconceituosas oralmente expressas (faladas), ou por representações gestuais (como passar o dedo indicador sobre a pele do braço, por exemplo), ou, obviamente, por escrito. Também se exterioriza o preconceito por atos de cunho discriminatório, o que faz da discriminação, nestes casos, espécie do gênero preconceito, que a antecede (SANTOS, 2010, p. 61).

Quanto ao segundo, interessante notar que “ser objeto de discriminação [...] não quer dizer necessariamente algo negativo, podendo ser alguém diferenciado dentro de um grupo por suas características positivas” (SANTOS, 2010, p. 63). Assim, há que se distinguir entre discriminação positiva e discriminação negativa. Por óbvio, quando se fala em criminalizar uma conduta por ela ser discriminatória (ou configurar discriminação), é certo que se objetiva proibir discriminações negativas. Como bem explica Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 111),

Está-se diante de uma situação de discriminação quando um determinado grupo, segundo critérios adotados naquela sociedade, deve receber um determinado tratamento isonômico e não obtém, porque uma parcela da sociedade entende que eles não fazem jus a esse tratamento. Viola-se diretamente, nessa hipótese, a dignidade daquele grupo, pois se nega um direito legítimo a eles, em razão de uma parcela ou até mesmo toda a sociedade a entender que eles não são merecedores, não estão no mesmo nível que os demais ou ainda pior não os reconhecem como sujeitos de direitos.

Como destacado no subcapítulo 1.1, “discriminar”, segundo o conceito do Ministro Carlos Ayres Brito, importa em, pelas mais diversas formas, “[...] conferir a uma dada pessoa um tratamento humilhanamente desigual”, introjetando nela um sentimento de inata hipossuficiência (BRASIL, 2003a, p. 825), diante do ânimo de quem discrimina explorar, escravizar e/ou eliminar a vítima/o discriminado. Vê-se que, no ponto, segue-se o ensinamento do também inolvidável Norberto Bobbio, em sua obra “Elogio da Serenidade” (2000). Para Bobbio (2000, p. 108), a discriminação criminosa só resta consubstanciada quando 03 (três) elementos/requisitos apresentam-se cumulativa e sucessivamente. A saber: um juízo cognitivo, um juízo valorativo e um juízo “consequencial-dominador”.

Quanto ao primeiro, trata-se de meramente constatar que existe diversidade entre as pessoas e seus grupos, algo considerado natural, pois, de fato, ninguém é cultural e socialmente igual a outrem (BOBBIO, 2000, p. 108). Desta apuração, “não decorre um juízo discriminante” (BOBBIO, 2000, p. 108). Quanto ao segundo, trata-se da realização, por parte do sujeito, de um juízo de valor (não mais de fato) no sentido de (indevidamente) ordenar os grupos, hierarquizando-os, dividindo-os entre bons e maus, civilizados e bárbaros, superiores e inferiores (BOBBIO, 2000, p. 108).

Unidos estes dois juízos, ainda não há discriminação negativa e penalmente ilícita. Se após “refletir” o indivíduo expressa seu pensamento afirmando que um grupo “X” é diferente de um grupo “Y” e que considera aquele intelectualmente superior a este, defende-se que, por mais insipiente que possa ser o agente e/ou tosco/tacanho seu argumento, esta ele fazendo uso de sua liberdade de expressão dentro dos limites de licitude. Ressalva-se, porém, que, a depender do conteúdo do discurso, os grupos ou pessoas ofendidas podem acionar o sujeito ativo da manifestação na seara civil, a fim de verem-se reparados por danos eventualmente sofridos. Para que haja relevância penal, exige-se que que esteja presente na manifestação que desigual e hierarquiza grupos humanos o terceiro elemento, que se chamou de juízo consequential-dominador. Acerca dele, explica Norberto Bobbio (2000, p. 108-109), com toda a propriedade que lhe é peculiar, ao mesmo tempo em que arremata eventuais dúvidas sobre o juízo valorativo:

Para que a discriminação libere todas as suas consequências negativas, não basta que um grupo, com base num juízo de valor, afirme ser superior ao outro. Pode-se muito bem pensar num indivíduo que se considere superior ao outro mas não extraia de modo algum deste juízo a consequência de que é seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo. [...] com base precisamente no juízo de que uma raça é superior e a outra inferior, sustenta que a primeira deve comandar, a segunda obedecer, a primeira dominar, a outra ser subjugada, a primeira viver, a outra morrer. Da relação superior-inferior podem derivar tanto a concepção de que o superior tem o dever de ajudar o inferior a alcançar um nível mais alto de bem-estar e civilização, quanto à concepção de que o superior tem o direito de suprimir o inferior. [...] Somente quando a diversidade leva a este segundo modo de conceber a relação entre superior e inferior é que se pode falar corretamente de uma verdadeira discriminação, com todas as aberrações dela decorrentes<sup>94</sup>.

Sob este auspicioso esclarecimento, entende-se que, ressalvada a questão relativa à quantidade de pena acima criticada, o crime de discriminação contra pessoa idosa, insculpido no artigo 96, §1º, da Lei 10.741/03<sup>95</sup>, não contém outros problemas materiais, tendo total possibilidade de aplicação (BRASIL, 2003b). Por preciosismo, seria possível acrescentar o

---

<sup>94</sup> Observa-se que com base nestes argumentos o Supremo Tribunal Federal, no RHC 134.682/BA, reconheceu “nas hipóteses em que se reconhece que cabe ao pretense superior prestar auxílio ao considerado inferior, verifica-se a presença tão somente das primeiras etapas (cognitivas e valorativas, mas não a terceira que legitimaria a dominação), de modo que, nesses casos, não se cogita de conduta discriminatória apta a desafiar a reprimenda penal” (BRASIL, 2017, p. 12). Neste sentido, conforme consta na ementa, “no que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. [...] Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender regate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais” (BRASIL, 2017, p. 01-02).

<sup>95</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 (BRASIL, 2003b).

advérbio “negativamente”, considerando que a população idosa é, frequentemente, brindada com discriminações positivas (filas e atendimentos preferenciais, dispensabilidade do pagamento de passagens de ônibus, *et cetera*), sendo certo que a norma penal não pretende punir este tipo de discriminação. Mesma sorte, porém, não assiste a uma parte dos tipos penais que punem a discriminação em função da raça, cor, etnia, religião, procedência nacional e deficiência (artigos 20 da Lei 7.716/89 e 88 da Lei 13.146/15).

Não foi à toa que quando se tocou no crime de discriminação praticado juntamente com o discurso de ódio somente se mencionou como verbos passíveis de concretizar condutas puníveis o “incitar” e “induzir” o preconceito. Ambas as leis também consideram típica a ação de “praticar [...] discriminação”. Entrementes, concorde abaixo se elucida, o verbo não consegue abarcar (para punir) as manifestações discriminatórias, verbais e/ou escritas, que acompanhem discursos de ódio, salvo as que forem publicadas em meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza.

Verifica-se um defeito técnico no tipo que prejudica sua integral aplicação nos casos em que não publicizados, porque “praticar” é agir, atuar, desenvolver, fazer, perpetrar, realizar, executar algo concreto. Assim, é praxe que os tipos penais o utilizem no sentido de realizar uma ação física (SILVA, 2012, p. 134). No artigo 6º da Lei 7.716/89<sup>96</sup>, há exemplo disto: no preceito primário, os verbos são “recusar”, “negar” e “impedir”; no parágrafo único, em vez de repeti-los, o legislador, ao positivar uma majorante, começa escrevendo “se o crime for praticado [...]”, ou seja, a redação é inequívoca ao indicar que praticar o crime seria realizar as condutas físicas descritas no *caput* (BRASIL, 1989). Quando não há aquela correspondência direta com o verbo nuclear que definirá a conduta, o legislador positiva qual(is) é (são) a(s) conduta(s) que irá(ão) denotar a prática delitiva (SILVA, 2012, p. 134)<sup>97</sup>. O fato é que o verbo “praticar”, isolado, não faz referência a exposições verbais ou por escrito, mas tão somente ações físicas (SILVA, 2012, p. 135)<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> O *caput* informa que é crime “recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau” em função de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O parágrafo único afirma que “se o crime for praticado contra menor de menor de dezoito anos, a pena é agravada em 1/3” (BRASIL, 1989).

<sup>97</sup> São sobejos os exemplos do Código Penal neste sentido: “praticar [...] ato capaz de produzir contágio” (artigo 131); “praticar [...] ato libidinoso” (artigos 213, 215, 215-A, 217-A, 218-A); “praticar [...] conjunção carnal” (artigo 218-A); “praticar ato obsceno” (artigo 233); “praticar [...] ato tendente a impedir ou dificultar a navegação marítima, fluvial ou aérea” (artigo 261); “praticar [...] ato de ofício” (artigos 317, §1º e 2º; 319; 333; e 337-B); “praticar violência” (artigo 322) (BRASIL, 1940).

<sup>98</sup> Se o entendimento do legislador fosse diferente, não teria criado o delito de “escrito ou objeto obsceno”, constante no artigo 234 do CP, dado que o delito antecedente, qual seja, o de “praticar ato obsceno” (artigo 233), já abrangeria este comportamento (SILVA, 2012, p. 135).

Neste contexto, observa-se que o tipo penal do artigo 20 da Lei 7.716/89 afirma que é crime “praticar a discriminação ou preconceito” (BRASIL, 1989). Pelo exposto, é certo afirmar que o tipo com o verbo nuclear “praticar” só alcançará as ações concretas de discriminação (*exempli gratia*: recusar, dificultar ou impedir acesso de outrem por motivo de preconceito a determinado local, *et cetera*) e não as manifestações discriminatórias verbais e escritas, que são, sabidamente, a forma mais comum de praticar a discriminação. Com isto, revela-se a imprestabilidade do verbo típico “praticar” para reprimir as condutas de discriminar verbalmente ou por escrito, desde que, frisa-se, novamente, não publicizados, os grupos tutelados pelo artigo 20 da Lei 7.716/89 (SILVA, 2012, p. 135).

Salienta-se aqui que a crítica não se estende ao delito constante no artigo 88 da Lei 13.146/15, porque, de acordo com o que se apresentou acima, o Estatuto da Pessoa Deficiente positivou que a discriminação à pessoa com deficiência abrange toda forma de praticá-la, seja por ação, seja por omissão (BRASIL, 2015a). Assim, o artigo 88 poderia punir as verbalizações ou escritos que discriminem a pessoa com deficiência. Neste mesmo sentido, ressalta-se que a crítica não se estenderá ao tipo base do artigo 20 da Lei 7.716/89, quando houver a “prática” se valer dos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza. Isto porque, com isto, fica evidente que se intenta punir a discriminação verbalizada ou escrita em jornal ou revista impressos ou eletrônicos; programas televisivos e, por óbvio, publicações várias no ambiente cibernético.

Ainda assim, deve-se ter atenção que a conduta de “praticar [...] a discriminação ou preconceito [...]”, novamente, por seu verbo, abre margem amplíssima para interpretação, afetando a possibilidade de aplicação desta parte do preceito primário, por tratar-se de tipo penal aberto, o que viola o subprincípio da taxatividade, mais precisamente, o axioma da lei certa (SILVA, 2012, p. 133). Conforme critica Alexandre Assunção e Silva (2012, p. 132) – saliente-se que o objeto da crítica é o artigo 20 da Lei 7.716/89, mas, contrariamente à crítica anterior, esta é extensiva ao artigo 88 da Lei 13.146/15, já que têm eles redação similar –,

[...] ao tornar a usar o verbo praticar, o mesmo utilizado pela Constituição, no início do tipo penal que objetiva punir a incitação e o induzimento ao racismo, o legislador fez algo redundante e desnecessário, pois o que ele deveria fazer era descrever com detalhes as condutas que devem ser consideradas prática do racismo, a exemplo do que já havia feito nos arts. 1<sup>ª</sup> a 14 da referida Lei.

Aliás, compulsando o HC 82.424/RS, observa-se que alguns ministros citaram a ementa do julgamento do caso no STJ. Nela consta o trecho que afirma que “não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas condutas discriminatórias

[...] é autor do delito de racismo” (BRASIL, 2003a, p. 528). Veja-se a claríssima redundância: quem pratica a prática de racismo pratica o crime. A lógica exposta nada explica! Não diz qual o significado de praticar o preconceito ou a discriminação.

Neste campo, vale ressaltar a exigência do sistema significativo de imputação para preenchimento da pretensão conceitual de relevância (tipicidade formal): conforme explicado anteriormente, a validade da norma ao grupo onde vige se dá por sua capacidade de comunicar expressões de sentido determinadas em um contexto. Isto significa que as condutas típicas precisam positivar expressões concretamente verificáveis, sob pena de atribuir a valoração de tipicidade ao Juiz, o que tem potencial de levar à punição de pessoas por aquilo que são e não por aquilo que fizeram – algo que o sistema significativo não admite.

Não se desconhece que existem respeitáveis posicionamentos que divergem deste entendimento. Por exemplo, para Christiano Jorge Santos (2010, p. 154-155) o verbo típico “praticar” seria apropriado porque tornaria punível qualquer ato caracterizador do preconceito ou discriminação, englobando “gestos, sinais, expressões faladas ou escritas ou atos físicos”<sup>99</sup>. Para o mencionado autor (2010, p. 154), que segue, no ponto, os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete, neste tipo de delito, cabe “ao intérprete tipificar cada conduta com fundamento em doutrina e jurisprudência, valendo-se, para tanto, de elementos não integrantes expressamente do tipo”. Mesmo tendo fé de que as intenções do autor sejam nobres<sup>100</sup> quando tece tais considerações, pensa-se ser deveras perigoso dar poder ao intérprete para definir quando há ou não a prática de discriminação casuisticamente.

Outrora, na Alemanha nazista, durante a vigência do sistema neokantista, a definição de conduta típica foi convertida em uma mera consideração jus-política – ao legislativo era lícito erigir como crime o que quisesse e da forma que quisesse; e ao judiciário permitido valorar irrestritamente os tipos abertos elaborados pelo legislativo (GUARAGNI, 2005, p. 110-112). Foi neste período que se lavrou a possibilidade de punição de toda conduta ou comportamento que “ferisse o são sentimento do povo”, constante na Lei complementar de 28.06.1935, editada pelo Estado nacional-socialista alemão, flagrantemente denunciado como cláusula aberta para analogia *in malam partem* (GUARAGNI, 2005, p. 110-112), que, frise-se, seria realizada pelo intérprete. Insiste-se: a definição da conduta típica precisa ser certa, clara e precisa, delineando ao cidadão, de forma inequívoca, a esfera do lícito e do ilícito, a fim de que ele possa pautar as ações de sua própria vida consciente das consequências.

---

<sup>99</sup> Complementarmente, menciona-se que fazem coro a tal ideia os autores Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer.

<sup>100</sup> O que se afirma tendo por base o conteúdo de boa qualidade que é encontrado em sua obra.

O intérprete pode elucidar conceitos atinentes a elementos do tipo, melhor demarcando o âmbito de aplicação da norma penal, mas, com certeza, não pode, em respeito aos princípios basilares do Direito Penal que garantem sua divisa de democrático, definir a conduta que concretizará o verbo típico. É verdade que todos os tipos e formas de exteriorização da discriminação (e do discurso de ódio) precisam ser combatidos, mas isto perpassa por boa técnica legislativa ao construir tipos penais e não por livre interpretação de um tipo penal aberto.

Ora, se o art. 20 da Lei 7.716/89 não define, em que, de fato, consiste “praticar um preconceito”, qualquer conduta poderá significá-la, a depender da interpretação dada pelo Juiz. Com isto, corre-se o sério risco de, com o desvirtuamento da norma penal, a partir da interpretação livre do tipo, ou vulgarizar o crime, retirando a marca de gravidade da conduta e, por conseguinte, os fins perseguidos pelo Direito Penal na sociedade, em especial, o de recomposição da vítima; ou “hipercriminalizá-lo”, tornando autoritário o Direito Penal. Por isto, acredita-se que, tecnicamente, esta forma típica não serviria para justificar uma condenação do crime de preconceito ou discriminação.

Assim, afirma-se que, em regra, somente manifestações verbais ou escritas que induzam (“fazer penetrar na mente de alguém ideia ainda não refletida, [...] incutir, mover, levar”<sup>101</sup>) ou incitem (“[...] instigar, ou seja, incutir na mente alheia ideia que lá já existia”<sup>102</sup>) a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional serão passíveis de punição pelo artigo 20 da Lei 7.716/89 (BRASIL, 1989). Excepcionalmente, quando houver uma discriminação em função da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional publicada em meio impresso ou eletrônico ou, ainda, verbalizada em meio público, há que se reputar o delito como praticado, ante a previsão insculpida no artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89 (BRASIL, 1989).

Deslindada a questão atinente aos verbos típicos, assim como elucidadas as demais elementares típicas, resta diferenciar o delito de injúria por preconceito dos delitos de discriminação antes aludidos. Injuriar alguém é o mesmo que “ofender (insultar), por ação (palavras ofensivas) ou omissão (ignorar cumprimento), pessoa determinada, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro” (CUNHA, 2017, p. 191). Imputa-se à vítima qualidades negativas (CUNHA, 2017, p. 192). Quando se agrega à injúria um preconceito, tem-se o crime de injúria qualificada por preconceito. Reza o tipo penal da injúria racial que “se a injúria consiste na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa

---

<sup>101</sup> Conceito retirado de SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

<sup>102</sup> *Opus Citatum*

idosa ou portadora de deficiência” será o autor punido com pena de 01 (um) a 03 (três) anos e multa (BRASIL, 1940).

Deve-se adotar como critério diferenciador entre os crimes o alcance das expressões preconceituosas (SANTOS, 2011)<sup>103</sup>. Assim, se “a ofensa ficar circunscrita à pessoa [...] à qual [...] dirige-se (sic) a mensagem ofensiva à dignidade ou ao decoro”, estará configurado o crime de injúria qualificada por preconceito (SANTOS, 2011). Por outro lado, se a ofensa do agente não se resumir a atingir a honra subjetiva da vítima, mas sim a toda coletividade de pessoas a que ela faz parte, se estiver entre as hipóteses coibidas pela lei penal, vai-se estar diante do crime de discriminação e não diante de injúria qualificada (SANTOS, 2011). Note-se que no crime de discriminação “pressupõe-se sempre uma espécie de segregação (marginalizar, pôr à margem de uma sociedade) em função da raça ou da cor” (e também da etnia, procedência nacional e religião), ao passo que na injúria qualificada pelo preconceito “o crime é praticado através de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia, religião ou origem da vítima” (CUNHA, 2017, p. 195).

No transcorrer deste subcapítulo, procurou-se realizar exame percuciente dos aspectos jus-criminais acerca do discurso de ódio. Concluiu-se que inexistente punição específica para os discursos de ódio, sendo necessária a utilização dos tipos penais genéricos de incitação e apologia ao crime (artigos 286 e 287 do Código Penal) para tanto. Ainda assim, conforme destacou-se, tecnicamente, seguindo o conceito de discurso de ódio que se formulou no capítulo anterior, nem todas suas formas de execução serão passíveis de punição por estes tipos penais. Deste modo, salientou-se que existem outras chances de puni-los, mas não propriamente. Isto porque, quando estivessem acrescidos da discriminação ao grupo vítima (e não apenas motivado por isto), os autores poderiam ser processados e condenados pelos crimes de discriminação, inculpidos nos artigos 20 da Lei 7.716/89, 88 da Lei 13.146/15 e 96, §1º, da Lei 10.741/03, os quais não se confundem com o crime de injúria qualificada, constante no artigo 140, §3, do Código Penal (BRASIL, 1940; BRASIL, 1989; BRASIL, 2003b; BRASIL, 2015a).

Por derradeiro, na hipótese aventada de que o discurso de ódio venha acompanhado por discriminação, salientou-se que nem todo grupo vítima de discurso de ódio poderá ser vítima do crime de preconceito, em razão do que positivam os tipos penais atualmente vigentes, o que

---

<sup>103</sup> SANTOS, Christiano Jorge. Racismo e Injúria – Os Limites que Diferenciam as Duas Tipificações. *In: E-Gov – Portal de e-Governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento*. Postado em 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11534-11534-1-PB.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

é lamentável. Com tudo isto, fez-se um apanhado sobre as possibilidades e limites (e até fragilidades) de punição oferecidas pelo Direito Penal do Brasil com relação à temática em apreço. Resta, ainda, perscrutar se as conclusões a que se chegou estão refletidas também na jurisprudência das Cortes de Vértice do Brasil, quais seja, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

## 2.2 AS DECISÕES DAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL SOBRE A TEMÁTICA: OS CASOS DE ÓDIO EM REDES SOCIAIS SOB PERSPECTIVA QUALI-QUANTITATIVA

Deve-se atentar que, verificando-se genérica e perfunctoriamente, pertence ao Judiciário a função estatal de “suavizar as tensões sociais decorrentes da prática de delitos, através da criminalização de certas condutas e punição dos agentes que as efetuarem, respeitando, nesse meio termo, os direitos fundamentais tanto dos criminosos quanto das vítimas” (LIMA; SILVA, 2016, p. 09). Com base nisto, pode-se afirmar que neste Órgão é onde factualmente se resolvem as transgressões às normas ocorridas no ambiente virtual (e, por óbvio, fora dele também) e se solucionam, na maioria das vezes, as divergências doutrinárias que permeiam as questões controvertidas que a ele chegam, na exata medida em que é obrigado a decidir. Neste sentido,

[...] o juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturaram sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. [...] é então ao juiz que se recorre para a salvação (GARAPON, 2001, p. 27).

O Estado-Juiz, para o senso comum, é quem mais facilmente está associado à promoção dos direitos fundamentais, sobretudo da dignidade da pessoa humana, na exata medida em que é visto como uma entidade que torna o direito eficaz, de modo a restabelecer o *status quo ante*, quando a ordem jurídica é violada. Logo, se a atuação do Judiciário, para fazer o direito “socialmente eficaz”, for impotente ou não adequada à lei legítima e justamente estabelecida, a sociedade corre o risco de precipitar-se na anarquia (BOBBIO, 1997, p. 169). Neste campo, ressalta-se que as decisões do Poder Judiciário têm efeito prático de servir de paradigma para as decisões futuras, em especial agora com a força vinculante dos precedentes judiciais.

Seguindo o que em outro trabalho se sustentou, o precedente judicial é uma decisão da qual advém um parâmetro interpretativo sobre uma questão de direito que serve de orientação para decisões futuras (SONNENSTRAHL FILHO, 2016, p. 612). A ideia que decorre do respeito aos precedentes é, basicamente, garantir a coerência das decisões judiciais e, assim, do próprio Poder Judiciário (SONNENSTRAHL FILHO, 2016, p. 613). Mesmo que haja

diferentes sentidos e classificações para os precedentes judiciais, interessa aqui destacar apenas sua divisão entre precedentes persuasivos e vinculantes. Esta classificação guarda estreita relação com a função das Cortes Supremas e das Cortes Superiores no Brasil. Acerca disto, segue-se o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 548):

[...] a fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária cortes voltadas à justiça do caso concreto (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa e do direito aplicável no caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência, das cortes voltadas à unidade do direito (as chamadas Cortes Supremas – STF e STJ), cuja função é interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso País.

Note-se que não existem outros órgãos judiciais que reanalisem as decisões das Cortes de Vértice, mas apenas elas próprias. Portanto, elas formam decisões legitimamente definitivas e, contanto que nela seja firmada uma *ratio decidendi* (mesmas razões de decidir de todos ou da maioria), também um precedente judicial vinculante às próprias Cortes Supremas, às Cortes Superiores e aos Magistrados de Primeira Instância (SONNENSTRAHL FILHO, 2016, p. 613-614). Por outro lado, porque as decisões das Cortes Superiores (TRF, TJ, TRT e TRE) podem ser revistas e modificadas pelas Cortes Supremas (STJ e STF), seus precedentes judiciais terão força meramente persuasiva a própria Corte prolatora e aos Magistrados do Primeiro Grau a elas submetidos (SONNENSTRAHL FILHO, 2016, p. 614).

A relevância desta brevíssima explicação sobre precedentes judiciais consiste em justificar o porquê de ter-se escolhido examinar apenas a jurisprudência (que poderá conter precedentes) das Cortes Supremas acerca do tema em estudo (a punição criminal dos discursos de ódio publicados na rede internet, mais especificamente, nas redes sociais). É dizer: diante da complexidade e dos desdobramentos que o tema é capaz de gerar, é preciso averiguar casos em que já se tenha dado a derradeira interpretação jurídica, porque é sobre eles que paira maior segurança jurídica acerca do direito aplicável. Ademais, sabendo-se que as decisões das Cortes Supremas vinculam (ou deveriam vincular) as decisões dos demais Tribunais e Juizes do país, consegue-se rapidamente chegar ao padrão decisório destes casos, poupando tempo de pesquisa com decisões que, uma vez chegando nestas instâncias, seriam alteradas.

Não basta viver-se formalmente no Estado Democrático de Direito, visto que ele tem “um conteúdo de transformação da realidade” (MORAIS; NASCIMENTO; 2009, p. 162). É, então, preciso que suas entidades ratifiquem este *status* e, no que tange aos discursos de ódio, não se mostrem indiferentes e/ou descompromissadas com a exigência ética do respeito às

diferenças e a proteção da dignidade humana. Neste sentido, cumpre averiguar se existe atuação do Poder Judiciário em face destas demandas que são potencializadas pela sociedade em rede e, em existindo, ante a proveniência das jurisprudências, emitir um juízo de valor ponderado sobre se, afinal de contas, as conclusões a que se chegou no subcapítulo anterior são ou não coadunadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

Assim, realizou-se, em novembro de 2018, pesquisa das jurisprudências em matéria penal disponibilizadas nos sites do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O marco temporal inicial para a pesquisa foi o ano de 2003, em razão de que data deste ano a conclusão do julgamento do *Habeas Corpus* 82.424/RS, conhecido como Caso Ellwanger, o qual é considerado unanimemente pela doutrina como um julgamento histórico do STF no que tange ao enfrentamento dos temas liberdade de expressão *versus* direito à igualdade; e discriminação racial. Os conjuntos de argumentos utilizados para pesquisa foram bastante específicos e variados, a fim de encontrar um maior número de casos.

Foram pesquisados os seguintes conjuntos de argumentos: i) discurso de ódio e rede social e penal; ii) discurso de ódio e internet e penal; iii) discurso de ódio e facebook e penal; iv) discurso de ódio e facebook e penal; v) discurso de ódio e twitter e penal; vi) discurso de ódio e orkut e penal; vii) discurso odiento e rede social e penal; viii) discurso odiento e internet e penal; ix) discurso odiento e facebook e penal; x) discurso odiento e twitter e penal; xi) discurso odiento e orkut e penal; xii) hate speech e rede social e penal; xiii) hate speech e internet e penal; xiv) hate speech e facebook e penal; xv) hate speech e twitter e penal; xvi) hate speech e orkut e penal; xvii) discriminação e rede social e penal; xviii) discriminação e internet e penal; xix) discriminação e facebook e penal; xx) discriminação e twitter e penal; xxi) discriminação e orkut e penal; xxii) preconceito e rede social e penal; xxiii) preconceito e internet e penal; xiv) preconceito e facebook e penal; xv) preconceito e twitter e penal; xvi) preconceito e orkut e penal; xvii) racismo e rede social e penal; xviii) racismo e internet e penal; xxix) racismo e facebook e penal; xxx) racismo e twitter e penal; xxxi) racismo e orkut e penal; xxxii) intolerância e rede social e penal; xxxiii) intolerância e internet e penal; xxxiv) intolerância e facebook e penal; xxxv) intolerância e twitter e penal; xxxvi) intolerância e orkut e penal.

Com estes argumentos de busca, em termos meramente quantitativos, no sítio do STF, foram encontrados 85 resultados variados; e, no sítio do STJ, 79 resultados também variados. Saliente-se, desde logo, que mesmo se tendo colocado “penal” como argumento de busca para afastar os casos cíveis, ainda assim, alguns foram encontrados. Os resultados do STF foram: ACO 1687, 1780, 2201, 2677, 2695, 2697, 2708, 2787; ADI 4439 e 4815; ADPF 130; AgRE

940429, 983531, 988601, 1002615, 1081818, 1106747; AI 853522; EmbDcl 126835, 121283; HC 90187-5, 134682, 82424-2, 109676, 112091, 117213, 120347, 130104, 136379, 142583, 148604, 155059, 157310, 159501 e 159966; Inq 1458, 1458-3, 1480, 3590, 3706, 3862, 3862-2 e 3932; MedCautHC 107827, 98656, 112486 e 121283; MedCautRCl 18638 e 22328; MedCautRHC 134682; MI 4733/DF; MS 35512; Pet 2421, 3494, 4553, 5108, 5660, 5705, 5722, 5735, 5827, 6322, 7417; Rcl 15887; RE 898450, 534031, 626510, 638565, 792691 e 1053961; RHC 135825 e 146303; ROC em HC 134.682; e Informativos 294, 304, 314, 318, 321, 497, 544, 831, 712, 754, 893 e 913. Os resultados do STJ foram: AI 861631, 1241018 e 981057; AgREsp 230095, 294727, 359289, 528097, 670578, 686965, 753219, 973184, 1037793, 1066313, 1078652, 1083986, 1088910, 1187050, 1225823; AgRg AgREsp 686965; AgRg EmbDclREsp 1625554; AgRg HC 424.402; AgRg na Pet no AgREsp 753.219; AgRg no AgREsp 753.219; AgRg no HC 143147; AgRg no REsp 1329080; CC 156740, 110493, 116926, 121431, 128484, 138116, 142158 e 153451; EmbDcl nos EmbDcl no AgRg na Pet no AgREsp 753219; EmbDiv no REsp 1311947; HC 402054, 424402, 15155, 49578, 118382, 137248, 143147, 144387, 169181, 217530, 246011, 249746, 275531, 358492, 360107, 371723, 388051, 389918; Pet no AgREsp 753219; Pet no HC 252465 e 358492; RE no REsp 911183; RE nos EmbDcl no AgRg na Pet no AgREsp 686965; REsp 1580395, 911183, 1311947, 1323303, 1329080, 1349737, 1569850, 1579529, 1580395 e 1638467; RHC 35121, 19166, 50435, 73756, 77502, 79436, 85932; RO no HC 169181 e 388051; RO no AgRG no HC 143147; RO no AgRg no HC 371723.

O objetivo da pesquisa era, então, ratificando o acima exposto, encontrar (e posteriormente analisar) jurisprudências (e, quiçá, precedentes) que denotassem os posicionamentos firmados pelas Cortes Supremas no que tange à repressão aos discursos de ódio publicados em redes sociais, permitindo, primeiramente, averiguar se o entendimento judicial eventualmente vigente vai ao encontro ou de encontro às conclusões antes expostas quanto aos discursos de ódio e sua diferenciação do crime de discriminação. Simultaneamente, com a delimitação quanto ao local de execução, isto é, nas redes sociais, principal meio de interação social na internet, como foi alhures referido, visava-se confirmar, a partir dos casos práticos, que, de fato, atitudes discriminatórias e odientas também não são toleradas dentro no ambiente cibernético, sendo, portanto, alcançadas também pelo Direito Penal.

Ocorre que, ao perscrutar qualitativamente todos os resultados mencionados, constatou-se que nenhum deles atendia satisfatoriamente o padrão de decisão buscada (decisão penal em que houvesse o enfrentamento meritório – interpretação do direito – de caso envolvendo ou discurso de ódio ou crime de preconceito praticado em redes sociais). Decorre disto a afirmação

de que os resultados encontrados trataram-se de “falsos positivos”, pois eles ou não possuíam qualquer relação com o objeto de pesquisa ou, embora o tangenciando, não preenchiam todos os requisitos buscados. Detalha-se:

Refere-se como o primeiro tipo de falso positivo aqueles resultados que apontaram julgados que, sem nexos com a pesquisa, traziam em seu texto citações ou i) dos argumentos buscados, mas de forma esparsa e descontextualizada; ou ii) de jurisprudências que continham referências aos argumentos também de maneira esparsa e descontextualizada; ou, ainda, iii) de jurisprudências de alguma forma pertinentes à pesquisa, mas inseridas para confirmar tese do caso concreto desconexo com a pesquisa. Aponta-se como segundo tipo de falso positivo aqueles resultados que indicaram julgados onde ou i) os fatos jurídicos, embora fossem relevantes, não aconteceram em redes sociais e, às vezes, sequer no ambiente cibernético; ou, ii) quando os fatos guardavam consonância com a busca, o pedido insculpido no caso não se relacionavam com seu mérito (exemplo: início ou não de execução provisória da pena, reconhecimento ou não de prescrição em caso de injúria racial, *et cetera*); ou, por fim, iii) quando o questionamento jurídico guardava relação com os fatos que eram de interesse para o objeto de pesquisa, havia escusas de ordem meramente processual das Cortes Supremas para não apreciar o caso.

Incluem-se naquele primeiro grupo de falsos resultados positivos os seguintes julgados do STJ: AgREsp 1187050; CC 121431; EmbDiv em REsp 1311947; HC 143147, 137248, 144387, 15155, 1579529, 169181, 217530, 249746, 275531, 360107, 371723 e 118382; REsp 1311947, 1323303, 1329080, 1349737 e 911183; RHC 19166, 73756, 77502, 85932 e 79436; RO no HC 169181; RO no AgRg no HC 143147, 371723 e 388051; AI 1241018 e 981057; AgREsp 230095, 359289, 294727, 670578 e 686965; Pet no HC 252465 e 358492; RE no REsp 911183; e RE nos EDcl no AgRg na Pet no AgREsp 686965. No mesmo grupo, no que refere ao STF, incluem-se os seguintes: ACO 1687 e 2201; ADI 4439; ADI 4815; ADPF 130; AgRE 940429; HC 117213, 136379, 148604, 157.310 e 159.966; MedCautHC 107827 e 98656; MedCautRCl 18.638 e 22.328; MS 35512; Pet 2421, 5108, 5705, 5735, 6322 e 7417; Rcl 15887; RE 898.450, 626510 e 638565; RHC 135825.

Já no segundo grupo, incluem-se os seguintes julgados do STJ: AgRg nos EDcl no REsp 1625554; AgRg na Pet no AgREsp 753219, Pet no AgREsp 753219, EDcl nos EDcl no AgRg na Pet no AgREsp 753219; AgRg no AgREsp 753219; AgREsp 753219; AgRg no HC 424402 e 143147; AgRg no REsp 1329080; CC 156740, CC 110493, 116926, 128484, 138116, 142158 e 153451; AI 861.631; HC 402054, 424402, 49578, 50435, 358492, 388051 e 389918; REsp 1569850 e 1580395; RHC 35121. Igualmente, neste segundo grupo, no caso do STF, incluem-

se os seguintes julgados: ACO 1780, 2677, 2695, 2697, 2708 e 2787; AgRE 983531, 988601, 1002615, 1081818 e 1106747; AI 853522; EmbDcl no AgRg no HC 126835; EmbDcl no HC 121283; HC 90.187-5, 134.682, 82.424-2, 109676, 112091, 120347, 130104, 142583, 155059 e 159501; Inq 1458-3, 3706, 3862 e 3932; 1458, 1480, 3590; MedCautHC 112.486 e 121.283; MedCautRHC 134.682; MI 4733/DF; Pet 3494, 4553, 5660, 5722 e 5827; RE 534031, 792691 e 1053961; ROC em HC 134.682; RHC 146303 e Informativos 294, 304, 314, 318, 321, 497, 544, 831, 712, 754, 893 e 913.

Assim, a conclusão preliminar é que, por enquanto, não há precedente fixado nas Cortes Supremas sobre a adequada (e merecida) punição de discursos de ódio publicados em redes sociais (e fora dela). Por outro lado, entende-se que esta, mesmo que correta, seria uma conclusão muito simplória, metódica e desatenta à toda a riqueza de casos que se logrou êxito em encontrar. Diante disto, sabendo-se que houve casos onde as temáticas buscadas estavam presentes, mas não foram enfrentadas pelas razões antes expostas, decidiu-se compulsar mais uma vez todos os casos e pinçar, com o fito de aprimorar a conclusão, aqueles que traziam fatos praticados, pelo menos, no ambiente cibernético e sobre os quais as Cortes Supremas fizeram considerações jurídicas incidentais (*obiter dicta*) sobre discurso de ódio. Entre os casos do STJ, foram escolhidos 04: REsp n.º 1.569.850, REsp 1.580.395, RHC n.º 35.121 e RHC n.º 50.435. De outro lado, escolheu-se 01 entre os casos do STF: RHC n.º 146.303.

Inicia-se pelo REsp n.º 1569850/RN. Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal (MPF), a fim de ver reconhecida a autorização para quebra de sigilo de dados cadastrais de pessoa (nome não indicado) que teria postado em redes sociais mensagens de cunho racista (BRASIL, 2018b, p. 01-02). As frases teriam sido “Ebola, olha com carinho para o Nordeste” e “E aí tudo graças aos flagelados nordestinos que vivem de bolsa esmola” (BRASIL, 2018b, p. 03). Para o MPF, as postagens traduziriam o discurso de ódio, em que fica patente o preconceito em relação aos nordestinos (BRASIL, 2018b, p. 03). O Tribunal *a quo* teria entendido que as frases publicadas pelo representado, no Facebook, não eram hábeis a configurar o delito do art. 20 da Lei 7.716/89, indeferindo a quebra de sigilo pela suposta atipicidade (BRASIL, 2018b, p. 02-03). Para este Tribunal,

[...] apesar de os autores das mensagens terem-nas direcionado ao Nordeste, não se observa como seria possível inferir o objetivo de inferiorizá-lo em relação às outras regiões do país. O que se extrai dos textos das mensagens [...] é uma “praga” no sentido de que, sendo responsável pela reeleição da Sra. Dilma Rousseff deveriam os nordestinos ser (sic) assolados pelo Ebola. Reconheço que a frase em apreço [...] contém apelo moralmente reprovável. Não enxergo, entretanto, a tipicidade que pretende o Órgão Ministerial conferir-lhe.

O Tribunal de piso, segundo se acredita, errou ao não deferir o pedido. É, pois, clarividente o discurso preconceituoso do sujeito ativo. No que se refere às postagens, entende-se que elas são hábeis a consubstanciar o crime de discriminação por procedência nacional (artigo 20 da Lei 7.716/89), mas não o discurso de ódio, que seria punido como incitação ao crime (artigo 286 do CP). Quem atribui a um povo a pecha de “flagelado” que vive de “esmola” e que merece fenecer vítima de moléstia sabidamente gravíssima apenas em razão de sua procedência nacional (nordestina), inequivocamente, considera-o diferente, inferior e indigno a ponto de dever ser eliminado. Com isto, o agente preenche os 03 requisitos cumulativos necessários para que haja uma discriminação criminosa: o requisito cognitivo (constatação da diferença), o requisito valorativo (assenta relação de superioridade do emissor e inferioridade da vítima) e, por fim, o requisito que ora se chama de “consequencial-dominador” (o agente supõe ser legítimo que o superior domine, explore, escravize, elimine, suprima ou reduza direitos fundamentais do ser que considera inferior).

Por outro lado, não há que se falar na ocorrência de discurso de ódio típico/legal/arranjado/alinhado/sistematizado. No subcapítulo anterior, afirmou-se que, à míngua de punição própria ao discurso de ódio, utiliza-se, subsidiariamente ou, como diria Nelson Hungria, “soldado de reserva”, com o escopo de não permitir que a prática odienta fique impune, os delitos de incitação e apologia ao crime (artigos 286 e 287 do CP). Para tanto, deve o agente incitar ou apoiar a prática de crime (sendo irrelevante para a tipicidade das condutas que estas se deem em função de preconceito do agente e se volte contra pessoa ou grupo). Neste contexto, rememora-se que o artigo 132 do CP pune a prática de expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. Logo, no caso concreto, se o agente tivesse incitado, por preconceito em relação à procedência nacional, que alguém infectado com o patógeno ou com possibilidade de espalhá-lo (exemplo: cientista que tem o vírus isolado para estudo) fosse ao nordeste para disseminá-lo, causando um surto da doença, não há dúvida, de que estaria praticando um discurso odiento típico, passível de ser punido na forma do artigo 286 do CP.

Indo mais longe: se a incitação fosse levada a cabo e mortes ocorressem, sendo a conduta do autor do discurso de ódio determinante para o alastramento da doença, responderia ele pelos homicídios (artigo 121 do CP) na forma do artigo 70, segunda parte, do CP (concurso formal impróprio, na medida em que inegável que por uma única conduta – transmitir ou infiltrar o vírus em alguém – há o desígnio autônomo de infectar mais pessoas e causar, assim, mais mortes). Contudo, verdade seja dita, o sujeito ativo não fez sequer algo parecido com isto. Ainda que ele tivesse manifestado seu ânimo de que a população nordestina padecesse de ebola, não

incitou e nem apoiou que outrem expusesse a vida ou a saúde do povo nordestino àquele perigo. Logo, ratificando o que primeiro foi dito, não houve discurso de ódio no caso concreto.

No recurso ao STJ, o MPF argumentou que a norma constante no artigo 20 da Lei 7.716/89 visaria impedir a propagação do discurso de ódio – *hate speech* – contra grupo social específico que tenha em comum relação jurídica ligada à raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, sendo ínsita à conduta penal que as ofensas não sejam individualmente direcionadas (BRASIL, 2018b, p. 03). A questão cingir-se-ia em saber se as ofensas se encaixariam no tipo de induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional (BRASIL, 2018b, p. 03).

Julgando o caso, o relator, Ministro Sebastião Reis Júnior, afirmou que “as frases publicadas assentariam suposta inferioridade” das pessoas oriundas do nordeste do Brasil, o que, em tese, levaria a crer que o recorrido “pode ter praticado preconceito de procedência nacional, permitindo a movimentação do aparato persecutório estatal” (BRASIL, 2018b, p. 05). No ponto, o relator destacou que a CADH (BRASIL, 1992b) dispôs no artigo 13.5 que “a lei deve proibir toda [...] apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” (BRASIL, 2018b, p. 05). Além disto, destacou que não se aplicaria ao caso o princípio da insignificância<sup>104</sup>, pois

[...] a forma como estruturado o tipo penal e o bem jurídico tutelado são determinantes na incidência ou não do princípio [...]. O caso em apreço [...] trata do delito descrito no art. 20, §2º, da Lei 7.716/89, que tutela bens jurídicos caríssimos ao ordenamento jurídico, a saber, a igualdade e, concomitantemente, o pluralismo, bem como a paz pública [...]. Tais valores decorrem de expresso mandamento constitucional criminalizante, bem como de princípios sobre os quais o Estado Democrático de Direito se funda, além de se constituírem objetivos aos quais se persegue [...]. O tipo penal em discussão tutela, assim, bens jurídicos que, ao meu sentir, não comportam flexibilização, sob pena de negação integral de tais valores. Além disso, o tipo está estruturado de forma abstrata, formulado em sentença que, com o fim de antecipar processo de preconceito generalizado, culminando em violência física e risco à incolumidade pública, impôs comando penal para reafirmar os valores e permitir a supressão de atos de fomento à violência (BRASIL, 2018b, p. 07-08).

Com isto, sustentou a presença de potencialidade lesiva, em tese, da conduta, bem como sua tipicidade, visto a criminalização do *hate speech*. Por tais razões, entendeu que estaria preenchido o primeiro requisito previsto no artigo 22, parágrafo único, inciso I, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) para quebrar o sigilo de dados e, deste modo, deu provimento ao recurso especial, determinando a baixa dos autos à origem para aferição dos demais requisitos (BRASIL, 2018b, p. 09). O posicionamento foi acolhido por outros dois

---

<sup>104</sup> Cujos requisitos cumulativos, de longa data conhecidos, são i) a mínima ofensividade da conduta do agente, ii) a nenhuma periculosidade social da ação, iii) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e iv) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (fulcro no HC 98.152 do STF, de lavra do Ministro Celso de Mello).

Ministros (Rogério Schietti e Antônio Saldanha Palheiro), formando maioria de votos. Restaram vencidos os Ministros Maria Thereza Moura e Nefi Cordeiro. Este último (BRASIL, 2018b, p. 10), divergindo do relator, votou pela atipicidade da conduta, pois

na legislação brasileira, não há criminalização do discurso de ódio (*hate speech*). Temos, na legislação, a exigência, para a caracterização do preconceito, da restrição a direitos. E, na fala que é transcrita aqui, vejo apenas o discurso de ódio, manifestações altamente reprováveis numa sociedade que pretende ser igualitária, mas que não restringe direitos a ninguém.

Tanto no pedido Ministério Público Federal, quanto na decisão do relator o crime de discriminação/preconceito em razão de procedência nacional foi considerado sinônimo de propagação de discurso de ódio/*hate speech*, o que se considera um erro conceitual. Ora, mesmo sendo certa a capitulação da conduta feita pelo MPF, tratou-se de discriminação por procedência nacional e não de discurso de ódio, como assinalado. Como dito no primeiro subcapítulo, embora pertençam ao gênero discurso preconceituoso, tratam-se de espécies cujos requisitos de concretização são distintos. O voto divergente apontou para a inexistência de criminalização específica do discurso de ódio, mas se limitou a isto, não atentando-se à possibilidade de puni-lo como incitação ou apologia ao crime e, pior, tampouco à flagrante ocorrência de discriminação por procedência nacional.

Aliás, sobre esta última conclusão do Ministro, retoricamente questiona-se: o que pode ter o sujeito ativo em mente senão o pensamento (diga-se logo: absurdo) de que, por ser superior, pode subjugar tão indignamente povo de local diverso do seu, almejando que sucumba por vírus tão letal<sup>105</sup>? Realmente, a manifestação não restringe direitos do povo vítima, mas tampouco isto é necessário para caracterizar a conduta do artigo 20 da Lei 7.716/89. Como visto, o terceiro requisito para a formação da discriminação criminosa contenta-se com a mera externalização do agente no sentido crer ser possível eliminar um povo, submetendo-o à moléstia grave. Então, pensa-se não ter sustentação a ideia de que se trataria de fato atípico a manifestação objeto de análise aqui.

A decisão de afastar a aplicação do princípio da insignificância, ante a ausência de mínima ofensividade da conduta, afirmando sua potencialidade lesiva foi acertada. Acrescente-se, ademais, que se crê que o crime de preconceito também não passa no quesito “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” para aplicação do princípio da insignificância. É, ao contrário, altamente reprovável que, em uma sociedade democrática que se pretende justa e pluralista, alguém possa despejar sua discriminação em face de outrem sem que nenhuma

---

<sup>105</sup> Consigne-se que a taxa de mortalidade do vírus ebola gira em torno de 90%. Significa que a cada 10 pessoas infectadas, 09 não sobrevivem.

consequência decorra disto. Afora isto, entende que é louvável a consideração do STJ pela Convenção Americana de Direitos Humanos, invocando-a como argumento para não se tolerar a discriminação e, assim, autorizar a quebra de sigilo requerida. Portanto, em síntese, mesmo merecendo reparos de ordem técnica, a decisão majoritária do STJ foi correta.

O REsp nº. 1580395 também se refere a recurso interposto pelo MPF com o objetivo de ver reconhecido o preenchimento do primeiro requisito autorizador para a quebra de sigilo telemático de pessoa denominada “A.R.” (BRASIL, 2018c, p. 01-02). No caso em tela, usuária do Twitter publicou “esses nordestinos, pardos, bugres, índios acham que tem (sic) moral, cambada de feios. Não é à toa que não gosto desse tipo de raça” (BRASIL, 2018c, p. 04). O MPF sustenta que o acórdão recorrido teria negado vigência ao artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89, já que a conduta da usuária da rede social teria aptidão, em tese, para configurar o crime de preconceito (BRASIL, 2018c, p. 02).

Portanto, ao relator, mais uma vez o Ministro Sebastião Reis Júnior, a questão posta em debate cingir-se-ia em aferir se postagem realizada em rede social teria potencialidade lesiva para configurar o delito em comento (BRASIL, 2018c, p. 04). As razões de decidir do relator, o qual foi acompanhado, novamente, pelos Ministros Rogério Schietti e Antonio Saldanha Palheiro, foram as mesmas do julgado anterior. São elas bem sintetizadas no seguinte trecho:

[...] entendo assistir razão ao Ministério Público e o faço com apoio em dois pressupostos básicos: a sua tipicidade em tese da conduta, dada a criminalização do *hate speech*, e a incompatibilidade do princípio da insignificância, tendo em vista a tutela eficiente dos bens jurídicos protegidos e a estrutura abstrata do tipo em epígrafe (BRASIL, 2018c, p. 04).

A fim de evitar a tautologia, não serão repetidos os argumentos jurídicos e as críticas a questões técnicas. Entretanto, entende-se que, aqui, nem a decisão majoritária foi correta e tampouco servem para refutá-la as razões suscitadas nos votos divergentes dos Ministros Nefi Cordeiro e Maria Thereza Moura – que também foram as mesmas do REsp anterior. Quando se examina a publicação, não se retira dela a ocorrência nem de discurso de ódio típico ou atípico e nem de discurso preconceituoso criminoso (aquele do artigo 20 da Lei 7.716 em sua forma qualificada, constante no §2º).

Acompanhe-se: não se vislumbra a ocorrência de discurso de ódio, neste caso, porque a autora não incitou, conclamou, induziu, instigou, defendeu, apoiou e nem promoveu o ódio, a intolerância, a hostilidade, a violência e nem a prática de crime por parte de terceiros contra as coletividades que citou. Igualmente, não se verifica o crime de preconceito porque, apesar de terem sido preenchidos os requisitos cognitivo e valorativo da discriminação, a autora não manifestou pensamento no sentido de considerar legítima qualquer forma de dominação,

exploração, escravização, eliminação supressão ou redução de direitos fundamentais dos grupos mencionados.

A conduta é totalmente atípica neste caso? Não. Cogita-se que, na primeira parte (“esses nordestinos, pardos, bugres, índios acham que tem (sic) moral, cambada de feios”), há concretizado o delito de injúria racial, que é processado mediante representação do ofendido. Diz-se, em regra, que o crime de injúria racial precisa de destinatário certo. Pensa-se, contudo, que quem se arrisca a tachar genericamente populações diversas, em função disto, como imorais e feias, ofendendo-lhes a dignidade e o decoro, destina estas qualificações negativas não só ao grupo, mas também a cada um de seus membros. Assim, crê-se não haver óbice para que algum dos membros dos povos ofendidos fizesse representação criminal para que a autora fosse processada por injúria racial (artigo 140, §3º, do CP), ante a ausência do elemento “consequencial-dominador”, que concretizaria a discriminação punida pelo artigo 20 da Lei 7.716/89.

Por outro lado, a segunda parte da mensagem publicada no Twitter (“Não é à toa que não gosto desse tipo de raça”) pensa-se estar protegida pela liberdade de expressão. Se a ninguém é dado o direito de ofender a dignidade e o decoro de outrem, a ninguém é dado o direito de impor quem ou o que é ou não belo; e nem quem ou o que se deve ou não gostar. Desta maneira, mesmo sendo muito reprovável e infeliz o comentário da autora, porque fulcrado em preconceitos injustificáveis, é seu direito gostar ou não dos povos citados, contanto que não obste, de qualquer forma, seus direitos, hipótese que a faria incidir em ilicitude penal. Por tudo isto, acredita-se que a decisão do STJ, se não houve representação de nenhuma vítima, pertencente a um dos grupos ofendidos (e, salvo melhor juízo, não houve, tanto que sequer é mencionado), não foi acertada em dar provimento ao recurso, porque é tecnicamente flagrante a atipicidade da conduta no que se refere ao delito do artigo 20 da Lei 7.716/89.

Chega-se ao RHC n.º 35.121. Este caso foi pinçado em razão de que, de todos os casos averiguados, era o que continha as publicações mais chocantes, apresentando um macabro conjunto de múltiplas discriminações (típicas e outras, lamentavelmente, atípicas) e discursos de ódio criminosos, e, pior, praticado por um agente outrora já condenado por fatos similares<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> “M.V.S.M” é a sigla do nome de Marcelo Valle Silveira Mello. Compulsando o livro de Pedro Augusto Zaniolo (2012, p. 214) encontra-se a seguinte referência: “Por unanimidade dos votos, a 2ª Turma Criminal do TJDF condenuou Marcelo Valle Silveira Mello à pena de 01 ano e 02 meses de reclusão em regime inicialmente aberto, mais 07 dias-multa, pela prática do crime de racismo contra negros no Orkut, ao defender o seu posicionamento contrário ao sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília (UnB). Segundo o Ministério Público do DF, Marcelo ofendeu os negros chamando-os de burros, macacos subdesenvolvidos, ladrões, vagabundos, malandros, sujos e pobres, entre outros comentários de cunho racista. Quanto à prática de racismo em si, entendeu o relator que, de fato, a conduta de Marcelo se amolda ao crime de racismo, previsto no art. 20 da Lei 7.716/89. Apesar de a Constituição Federal assegurar a livre manifestação do pensamento, esse direito não pode ser utilizado para

Trata-se de um recurso em *habeas corpus* que visa a obtenção da ordem para revogar a prisão preventiva do réu M.V.S.M sob os argumentos de que i) o paciente não teria responsabilidade pelo conteúdo publicado na internet, sendo mero fornecedor de hospedagem de sites; e ii) não subsistiriam as razões que ensejaram a segregação cautelar (BRASIL, 2013, p. 12). Cita-se abaixo 03 pequenos excertos, a título de exemplo, de alguns dos absurdos que eram postados no sítio “www.silviokoerich.org”, ao que tudo indica, pelo paciente e seu comparsa. Referindo-se a mulheres, o paciente (e seu comparsa) teriam postado o seguinte:

Está na hora de deixar o ódio fluir. [...] Se você recebe o desprezo, devolva com o ódio. Mate uma vadia, faça um favor à sociedade. [...] Como ser humano, digo claramente, eu desprezo a mulher. Mulheres não são pessoas, [...] são depósito de esperma. Por mim, a crise mundial poderia ser resolvida com a comercialização de mulheres (BRASIL, 2013, p. 03).

É indubitável que o(s) sujeito(s) ativo(s) praticaram vários dos núcleos do conceito de discurso de ódio enunciado no primeiro subcapítulo e, simultaneamente, incitaram a discriminação às mulheres. Sabe-se que as mulheres são grupo majoritário, porém vulnerável. Todavia, lamentavelmente, o gênero não está contemplado entre as espécies de discriminação puníveis pelo artigo 20 da Lei 7.716/89. Por outro lado, nos limites de análise do trabalho, pelo discurso de ódio, pensa-se ser possível punir o(s) autor(es) pela incitação ao crime (“mate uma vadia”), bem como, seguindo a mesma lógica exposta anteriormente, pelas injúrias, desde que pelo menos uma das ofendidas ingresse com queixa-crime em face do(s) autor(es). Vale dizer, aliás, que considerando se tratar de texto que, por diversas vezes, ratifica a incitação do ódio a mulheres e as injúria, pensa-se ser justa e necessária a fixação da pena-base, quando e se for o caso de condenação, o que, honestamente, parece ser o óbvio neste caso, em patamar bastante além do mínimo legal. Referindo-se aos negros, foram feitas as seguintes ignóbeis afirmações:

Seja a lei, mate um negro hoje. Os negros são uma raça que não tem nada a acrescentar a (sic) sociedade. [...] Pegue uma arma e atire em vários pretos. Brinque de tiro ao alvo. Já fiz isso muito. [...] Negros só servem para sujar o nosso país. Essas desgraças onde estão trazem pobreza, violência e medo ao homem branco de bem. [...] vou [...] te ensinar a matar um preto sem deixar vestígios. Vou inclusive mostrar a arma que deve usar, como portá-la, como e onde matá-los e onde esconder o corpo. [...] Se cada branco matar pelo menos 25 negros por semana o nosso país vai se tornar um de primeiro mundo (BRASIL, 2013, p. 03-04).

---

acobertar a prática de conduta criminosa: “A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível. Dessa forma, caso uma manifestação seja racista, não há que se falar em liberdade de expressão, uma vez que esta conduta é criminosa, apta, portanto a ensejar a responsabilização criminal do autor”, assegurou. [...] Referência: 2005.01.1.076701-6”. O comparsa de Marcelo na empreitada criminosa ora em análise referido como “E.E.R.” é Emerson Eduardo Rodrigues.

Novamente, salta aos olhos o discurso de ódio e, agora sim, também o crime de preconceito na manifestação. Apenas as duas primeiras sentenças são suficientes para tornar o(s) autor(es) do texto incurso nas sanções do artigo 286 do CP e do artigo 20, *caput*, combinado com seu §2º, da Lei 7.716/89. Igualmente ao caso anterior, verificando-se a repetição das incitações ao ódio e ao preconceito criminoso em face de negros, grupo majoritário e vulnerável no Brasil, quando se for sancionar as condutas, é recomendável elevar a pena-base para além do mínimo legal. Quanto aos homossexuais, em outra abjeta manifestação, foi publicado no sítio eletrônico mencionado o que segue:

Agora estamos dispostos a recrutar pessoas para destruição de gays e ataques [...]. Agora queremos mostrar resultados, faremos planos de ataques, mostrar que não ficamos só no texto [...]. [...] Nossos objetivos é (sic) simples e claro, reunir pessoas com ideias em comum, nosso objetivo é fazer ataques em paradas gays, contra manifestos gays, matar políticos como Jean Wyllys [...], os inimigos vamos espancá-los e torturá-los. Atacar influentes do STF e STJ na causa gays (sic) e do movimento esquerdista, ou seja (sic) cortar o mau (sic) pela raiz também, pois é de lá que vem esses projetos de lei nojentos anti-família e por aí vai (BRASIL, 2013, p. 05).

Neste último exemplo de atestado de ignorância do(s) autor(es), também se percebe com muita facilidade o preenchimento dos três requisitos para configuração da discriminação criminosa, bem como da prática de discurso de ódio. É de conhecimento público que homossexuais (e transexuais) são grupo vulnerável e minoritário em função de sua orientação sexual. Entrementes, assim como o caso da discriminação de gênero, a discriminação por orientação sexual não é reprimida pelo artigo 20 da Lei 7.716/89<sup>107</sup>. De outro giro, nos limites de análise do trabalho, pelo discurso de ódio contra homossexuais, pensa-se ser possível punir o(s) autor(es) pela incitação ao crime (artigo 286 do CP).

Frente a tais expressões, a Ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE), relatora do caso, afirmou sobre o primeiro argumento da Defesa que “a apuração da inocência ou não do paciente é matéria que demandaria profundo exame do contexto fático-probatório, incompatível com a via eleita, caracterizada pelo rito célere e, conseqüentemente, pelo estreito alcance cognitivo” (BRASIL, 2013, p. 12). Já com relação ao segundo argumento, que poderia ensejar a libertação do paciente, a Ministra afirmou que

Os elementos constantes dos autos denotam apologia a condutas radicais e extremamente violentas, norteadas por ódio específico direcionado a cor da pele, conduta sexual e gênero, bem como publicação de material de conteúdo pornográfico contendo crianças e apologia à pedofilia. Tendo por base somente o material

<sup>107</sup> Reforçando posicionamento anteriormente referido, não se tem dúvida de que a homo-transfobia deve ser criminalizada, mas pela via adequada que é a legislativa, seja por meio de alteração na Lei 7.716/89, seja por meio de criação de novel legislação que verse a respeito do tema. Todavia, não se crê possível, como parece estar se encaminhando o STF na ADI 26 e no MI 4733, abranger orientações sexuais no conceito de raça, punindo a homo-transfobia como se forma de racismo fosse.

colacionado pelo magistrado singular, que ressalva ser uma pequena parte do todo, há incitação de espancamento, tortura e homicídio de autoridades públicas do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, manual de extermínio, com dicas de como matar negros – aos quais se refere como animais, sujos, macacos etc – e homossexuais, bem como texto indicando táticas para seduzir e estuprar meninas menores de idade e garantir a impunidade [...] Diante de tais fatos, resta evidente a personalidade extremamente perigosa do recorrente, sendo patente a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública (BRASIL, 2013, p. 14-15).

Foram omitidos os trechos que tocaram na questão do abuso e pornografia infantil por não serem objeto de pesquisa do trabalho. Percebe-se que, por parte do STJ, não houve o enfrentamento de mérito (e nem poderia haver), pois estaria se antecedendo à própria Primeira Instância. De qualquer modo, as conclusões da Ministra são irretocáveis. Menciona-se, por mais nojentos que sejam os comentários acima narrados, possivelmente o(s) agente(s) foi(ram) beneficiado(s) pela continuidade delitiva, de maneira que deve lhe(s) ter sido aplicada a pena, quanto aos fatos de interesse da pesquisa, a pena de uma incitação e uma discriminação exasperada entre 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços).

A fim de encontrar informações complementares sobre o desfecho do caso, realizou-se buscas na internet, logrando-se êxito em encontrá-las. A saber: i) Marcelo (e seu comparsa, Emerson) foram presos em razão dos fatos ora em análise em 2012, no âmbito da denominada Operação Intolerância; ii) em 2015, Marcelo recebeu indulto, tendo tido a pena extinta; iii) novamente em liberdade, Marcelo seguiu, com outros indivíduos, praticando crimes semelhantes aos antes referidos e outros ainda mais graves na internet, mais precisamente, na *deep web*; iv) em 10/05/2018, no âmbito da Operação Bravata, Marcelo foi novamente preso e processado por estes novos fatos criminosos, o que resultou, 07 meses depois, em uma condenação de 41 anos de prisão pelos crimes de associação criminosa, divulgação de pornografia infantil na internet, racismo, incitação ao cometimento de crimes, coação no curso do processo e terrorismo, sem direito de recorrer em liberdade (VIANNA; KANIAK, 2018; VIANNA; HISING, 2018)<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Lamentavelmente, ao que parece, o fruto nefando da discriminação e do ódio injustificado deste indivíduo (e de outros que com ele fazem coro) tem tido sobrevida no Brasil: conforme amplamente divulgado na mídia, em 14 de março de 2019, Guilherme Tauci Monteiro e Luiz Henrique de Castro, assassinaram 08 pessoas em Suzano/SP, sendo 07 delas mortas dentro da Escola Estadual Raul Brasil. Segundo investigações preliminares, os autores deste massacre usaram o site Dogolachan “para juntar dicas e fazer planos para o ataque” (ALVES, 2019). O referido sítio eletrônico foi criado por Marcelo na *dark net/deep web*, em 2013, sendo considerado o “maior fórum de propagação de ódio na internet brasileira” (ALVES, 2019). Ainda que Marcelo tenha sido preso em maio de 2018, a página continua ativa, tendo por administrador principal o usuário identificado como DPR (ALVES, 2019). Existem, ademais, informações de que o sítio também teria ligação com o Massacre de Realengo, quando Wellington Menezes de Oliveira invadiu uma escola e matou 12 crianças. Surpreende e entristece saber que os Órgãos Públicos competentes sabem da existência e do conteúdo do sítio e, aparentemente, ressaltados melhores juízos, não adotaram atitudes efetivas para coibir seu acesso e identificar os usuários.

O próximo julgado a ser verificado é o RHC n.º 50.435. O recorrente, Leonardo Lício do Couto, um membro da advocacia da união<sup>109</sup>, requereu o trancamento da ação penal contra ele movida pelo cometimento do crime de discriminação. Sustentou ele que a capitulação correta do ilícito seria injúria qualificada, a qual se processa mediante representação e que, uma vez ausente, conduziria à extinção de sua punibilidade (BRASIL, 2015b, p. 03-04). Referiu que o próprio STJ, quando proferiu decisão sobre a competência para julgamento do caso, teria consignado que as ofensas imputadas teriam se dirigido a pessoas determinadas, o que ensejaria, em tese, a desclassificação da conduta e a conseqüente extinção da punibilidade (BRASIL, 2015b, p. 03).

Compulsando os autos, verifica-se que, em data não informada, em fórum do jornal “CorreioWeb”, no tópico “Defensoria Pública DF – Nomeações”, o recorrente publicou os seguintes comentários (acompanhados da contextualização entre parênteses): “apesar de ser anti-semita, endosso a opinião do MOSSAD”; (após ser questionado pelo usuário Almeida Júnior, respondeu que) “na verdade, não sou apenas anti-semita. Sou skinhead. Odeio judeus, negros e, principalmente, nordestinos”; (no decorrer dos comentários, o acusado teria proferido a afirmação de que) “[...] Falo sério mesmo. Odeio a gentinha à qual me referi. O ARGÜI deve pertencer a um desses grupos que formam a escória da sociedade”; e (após comentário do usuário Almeida Júnior sobre a falta de coragem do recorrente, conhecido virtualmente como Jus\_leo, para eliminá-lo, o acusado disse) “um serviço à humanidade. Menos um mossoroense no mundo” (BRASIL, 2015b, p. 05). Por estas publicações, o Ministério Público entendeu estar concretizado o tipo penal previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89.

Apreciando o caso, o relator, Ministro Jorge Mussi, o qual foi acompanhado pela unanimidade de seus pares, Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) e Felix Fischer, afirmou que

Ainda que o órgão ministerial tenha mencionado ofensas que teriam sido dirigidas a determinadas pessoas com quem o recorrente dialogava no fórum virtual – no caso os usuários ARGÜI e Almeida Júnior -, o certo é que de acordo com a narrativa constante na peça vestibular o seu intuito não seria o de discriminá-las pontualmente, mas

---

<sup>109</sup> Sabe-se este dado porque o nome deste indivíduo apareceu muitas vezes nos resultados das pesquisas a partir dos argumentos. Em alguns dos recursos que interpôs, constou sua atividade. É ele o “campeão” em recursos que versam sobre os mesmos fatos objetos de pesquisa no STJ. Serve, segundo se acredita, para dar significado ao que se chama de “abuso do direito de defesa”, pois, aproveitando-se de brechas processuais, em apertada síntese, requereu vários pronunciamentos judiciais do STJ sobre questões processuais manifestamente improcedentes e outras já decididas (que com os novos recursos foram ratificadas). Permita-se um comentário de censura: é, pelo mínimo, lamentável que pessoa com pensamento tão execrável – e se afirma isto porque em nenhum dos recursos apresentados o autor negou que tenha sido ele o sujeito ativo das condutas – tenha a possibilidade de ocupar um cargo público de tamanha relevância como é o caso dos Advogados da União.

manifestar seu preconceito contra judeus, negros e nordestinos. [...] o simples fato desta Corte Superior de Justiça e o Supremo Tribunal Federal haverem asseverado, em decisões já proferidas na hipótese, que as condutas denunciadas foram dirigidas em caráter pessoal [...] não é suficiente para que se considere que teria praticado o crime previsto no artigo 140, §3º, do Código Penal (BRASIL, 2015b, p. 07; 09).

A afirmação do relator é precisa porque aponta que para a configuração, em tese, do delito de discriminação interessa o conteúdo material da manifestação e não o fato de ser ou não endereçada a pessoa certa e determinada. No julgado, ainda foi dito que, para analisar se o dolo do recorrente, isto é, se foi apenas de ofender alguns indivíduos fazendo uso de elemento racial ou coletividade de indivíduos a quem atribuiu um estigma, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, a qual seria providência incompatível com a via eleita (BRASIL, 2015b, p. 07; 09; 15). Entende-se que a decisão da Quinta Turma foi absolutamente correta. Acredita-se que, quando os Ministros concordaram em não se manifestar sobre o dolo do agente, prestigiaram o direito de defesa do réu no processo que, nas vias ordinárias, naquela época, a recém iniciavam. Isto porque o ânimo de preconceitualizar negros, judeus e nordestinos no caso concreto é gritante, de modo que declará-lo não demandaria percuciente análise probatória, mas, com certeza, prejudicaria pelo menos a dúvida quanto ao cabimento da tese defensiva ao Juízo Singular e ao TJDFT.

Ora, comumente, sabe-se que “antissemita” é quem hostiliza ou discrimina de forma negativa o povo judeu com base em motivos sócio-culturais (irracional) e “*skinhead*”, em sentido pejorativo, denomina supremacistas brancos que discriminam judeus e negros. Então, se o próprio recorrente, na publicação do fórum, autodenominou-se antissemita e *skinhead* “*brasilis*” (acrescentou-se este termo porque, além das habituais discriminações dos supremacistas, discrimina também o povo brasileiro que mora na região nordeste), é, por definição, pessoa racista, preconceituosa, o que, ainda que reprovável, não é crime – o delito é incitar, induzir ou praticar a discriminação. Contudo, o acusado passou a praticar o crime de discriminação quando publicou que falava sério sobre considerar negros, judeus e nordestinos gentalha, escória da sociedade, de modo que, por isto (o preconceito do emissor), seria um serviço à humanidade eliminar um mossoroense (quem mora em Mossoró, município do interior do Rio Grande do Norte)

Daí o porquê de afirmar-se que é inarredável a conclusão de que o recorrente preencheu os requisitos da discriminação criminosa. De outro giro, não se verificou a prática de discurso de ódio, visto que o sujeito só manifestou seu próprio preconceito, denotando sua insipiência, mas, por mais repugnantes que sejam suas publicações, não incitou, conclamou, induziu, instigou, defendeu, apoiou ou promoveu o ódio, intolerância, hostilidade, violência ou prática

de crime a terceiros contra os grupos que discriminou. Tanto são acuradas tais conclusões que, posteriormente, o caso voltou a análise do STJ (AgREsp 753.219 e os recursos que dele se seguiram), quando esgotadas as vias ordinárias, onde o recorrente neste caso foi condenado à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, mais 10 (dez) dias multa, pelo cometimento apenas do crime do artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89.

Por fim, chega-se RHC n.º 146.303 do STF. Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* em que é recorrente Tupirani da Hora Lopes, correu na Apelação n.º 0153479-93.2009.819.0001, oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (BRASIL, 2018d, p. 01). O recorrente requereu a concessão da ordem, entre outros pedidos, para trancar o processo penal em razão de atipicidade material ou por ausência de dolo específico (BRASIL, 2018d, p. 05). Conforme narra o recurso, o recorrente, na condição de pastor da “Igreja Pentecostal Geração Jesus Cristo”, teria praticado o crime de preconceito qualificado em razão de ter publicado em seu blog uma série de textos pregando o fim das diferentes Igrejas de Assembleia de Deus e, igualmente, a intolerância religiosa contra judeus, conforme se poderia comprovar a partir da análise dos anexos, os quais não estavam disponíveis (BRASIL, 2018d, p. 53-54). Entre outros impropérios, Tupirani referiu-se a outra religião como “prostituta espiritual”; tachou uma terceira de “assassina” e de “pilantragem e hipocrisia” (BRASIL, 2018d, 54-55).

No Supremo Tribunal Federal, discutiu-se se as manifestações do recorrente estavam ou não protegidas pelo direito de liberdade de expressão em sua faceta da liberdade de crença. Após longa discussão, os componentes da Segunda Turma julgaram, por maioria, que as manifestações configuravam abuso do direito de liberdade de expressão, sendo expressão lúdica de conduta hábil a concretizar o crime de preconceito religioso, punida pelo artigo 20 da Lei 7.716/89. Neste sentido foram os votos dos Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Celso de Mello, restando vencido o Ministro Edson Fachin. A fim de sintetizar o posicionamento majoritário, evitando-se a tautologia, cita-se trechos do voto do Ministro Celso de Mello, decano do STF. No que se refere ao direito de liberdade religiosa, asseverou:

Inquestionável, desse modo, que a liberdade religiosa qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão de ideias, pensamentos e convicções, em sede confessional, não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público ou por grupos antagônicos nem pode ser submetida a ilícitas interferências do Estado, de qualquer cidadão ou, ainda, de instituições da sociedade civil. [...] Resulta claro, pois, que o tratamento constitucional dispensado [...] à liberdade religiosa deslegitima qualquer medida individual ou governamental de intolerância e de desrespeito ao princípio básico que consagra o pluralismo de ideias. (BRASIL, 2018d, p. 62-63)

Apenas por este trecho já fica bem demarcado que haverá legítimo direito de liberdade religiosa enquanto houver o respeito às demais crenças divergentes. É, pois, correto, pelo que se depreende do voto do respeitável Ministro, que sempre que existir a pregação da intolerância ao direito do outro de professar sua fé e os rituais nela compreendidos, desde que, por óbvio, dentro de parâmetros de licitude, haverá abuso de liberdade de expressão, a qual poderá, dependendo do teor da manifestação, ser sancionada pelo Direito tanto Civil quanto Penal, sendo certo que não há de ser tolerado. Daí a irretocável conclusão posterior, que foi sustentada pelo Ministro também com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, mais precisamente, por seu artigo 13, §5º (o qual exclui do âmbito de proteção da liberdade de expressão toda propaganda e apologia ao ódio religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, à violência e/ou ao crime):

Irrecusável, contudo, que o direito de dissentir, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, não obstante a sua extração eminentemente constitucional, deslegitima-se quando a exteriorização atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral. É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão [...] É que pronunciamentos, como os de que trata este processo, que extravasam os limites da prática confessional, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo à intolerância e ao ódio público contra fiéis de outras denominações religiosas, não merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de expressão do pensamento, que não pode compreender, em seu âmbito de tutela, manifestações revestidas de ilicitude penal (BRASIL, 2018d, p. 65; 68-69).

Vê-se que não foi diretamente ventilada a questão da ocorrência ou não de discurso de ódio no caso concreto, mas é fato que a discussão bem poderia ter sido suscitada, na medida em que, permanentemente, tangenciou o voto do decano (e também dos outros Ministros que com ele fizeram coro à maioria). Veja-se, então, que o STF não diferenciou se as publicações do agente se tratavam de pura discriminação ou se continham, além disto (ou apenas), discurso de ódio. Concorde a lógica adotada pela Segunda Turma, uma vez confirmada que as condutas do recorrente se inculpem entre as hipóteses de abuso de liberdade de expressão, diante do teor de suas publicações, reconhece-se a tipicidade, em tese (porque o caso ainda estaria nas vias ordinárias), do crime de discriminação religiosa qualificada, cuja punição se dá por meio do artigo 20, *caput*, na forma do §2º, da Lei 7.716/89.

De outra banda, é deveras interessante salientar que o posicionamento pela restrição à liberdade de expressão em detrimento do direito de respeito à diferença religiosa, um dos ângulos do direito à igualdade, vai, precisamente, ao encontro do que foi sustentado no subcapítulo 1.2. Aliás, vale destacar ainda que o modo de decidir do Supremo Tribunal Federal

(retirando o âmbito de proteção da liberdade de expressão o discurso odioso religioso) parece se aproximar bastante dos entendimentos jurídicos esboçados nas jurisprudências do Tribunal Constitucional Alemão e se afastar dos precedentes da Suprema Corte dos EUA (MEYER-PLUG, 2009, p. 130-148; 173-183; CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 89-149). É que enquanto aquelas apontam a uma maior limitação ao direito de liberdade de expressão, esta, no que se refere ao mesmo assunto, é historicamente reconhecida por suas decisões no sentido de dar-lhe mais ampla cobertura (MEYER-PLUG, 2009, p. 130-148; 173-183; CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 89-149). Melhor elucidando:

Prevê a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA) que [o] “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech [...]*” (EUA, 1789)<sup>110</sup>. Em atenção a esta norma constitucional proibitiva, com o fito de implementá-la, no transcorrer do tempo, a Suprema Corte dos EUA tem desempenhado papel significativo ao pautar suas decisões pelo princípio da neutralidade, segundo o qual é vedado ao Estado regulamentar manifestações de opinião tendo em vista seu conteúdo, cabendo à sociedade a escolha de quais pontos de vista devem prevalecer e quais devem ser descartados (MEYER-PFLUG, 2009, p. 138). Isto, porém, não significa que o direito de liberdade de expressão possa, nos EUA, ser exercido ilimitadamente. Não. Trata-se, em realidade, de restringir as hipóteses de sua regulamentação a situações muito excepcionais.

Neste caso, limitações são permitidas quando os conteúdos da expressão do pensamento tiverem força para desencadear ações ilegais iminentes e potenciais (“*iminent Lawless action*”) (MEYER-PFLUG, 2009, p. 137; 139; 141; CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 95). No geral, portanto, o conteúdo do discurso é livre, não podendo o Estado nele se imiscuir<sup>111</sup>. Esta noção foi adotada pela Suprema Corte dos EUA a partir do julgamento do caso *Brandenburg vs.*

---

<sup>110</sup> A Constituição dos Estados Unidos da América foi escrita em 1787 e ratificada em 1788, tendo entrado em operação em 1789. Entretanto, é sabido que as primeiras emendas, como esta que se citou, foram aprovadas em 1791. Não obstante, como a citação é do documento que a encerra, referiu-se com a data por meio do qual o texto principal foi aprovado. Em tradução livre: o Congresso não elaborará nenhuma lei a respeito do estabelecimento de religião ou proibindo seu exercício ou, ainda, [proibindo] a liberdade de expressão.

<sup>111</sup> Neste sentido, rememora-se o caso *Skokie vs. Partido Nacional Socialista*: a Suprema Corte de Illinois proibiu que membros do Partido Nacional Socialista, no bairro Skokie, em Chicago, cujos moradores eram, em sua maioria judeus, muitos dos quais sobreviventes do Holocausto, marchassem e distribuíssem panfletos ou materiais incitando ou promovendo o ódio contra judeus ou pessoas de qualquer fé, ancestralidade ou raça (EUA, 1977, p. 43). A Suprema Corte dos EUA “levou em consideração o fato de que a excessiva demora para o julgamento do apelo, de acordo com a previsão da Corte Estadual, consistia em negativa de jurisdição”, motivo pelo qual, “por motivos processuais, concedeu o *certiorary* para permitir a realização da manifestação enquanto não fosse julgado o recurso na esfera estadual” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 104). Vê-se, então, que não foi levado em conta pela Suprema Corte dos EUA o quadro fático que envolvia o pedido, algo que, mesmo sem atentar-se às normas vigentes, moralmente, indicaria, segundo se pensa, o indeferimento do pedido.

Ohio<sup>112</sup>, em 1969, nos seguintes termos: “constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action” (EUA, 1969, p. 447)<sup>113</sup>. É dizer: a manifestação do pensamento, nos EUA, como regra, só será considerada ilícita se as palavras configurarem palavras de luta (*“fighting words”*), sendo que, do contrário, prevalecerá o princípio da neutralidade (MEYER-PFLUG, 2009, p. 142).

Totalmente diferente é a situação da Alemanha – a começar pela quantidade de artigos da Constituição: ao passo que a dos EUA possui apenas 07 artigos e 27 emendas, a Lei Fundamental de Bonn tem 146 artigos. Para além de diferenças numéricas, que guardam relação com o modelo de constituição que cada um segue, no que toca ao direito de liberdade de expressão, também se verificam distinções. Por um lado, a Constituição dos EUA, basicamente, reconhece o direito a partir de restrição ao Estado para legislar sobre a matéria (EUA, 1789). Por outro, a Lei Maior da Alemanha, sistematicamente, começa por reconhecer, de forma explícita, o direito de liberdade, traçar suas limitações e estabelecer o meio legítimo pelo qual poderá ser moderado (a lei) (ALEMANHA, 1949). Só depois disto, trata do direito de liberdade de expressão (que, como subespécie daquele, submete-se às mesmas restrições) e ratifica que ele unicamente poderá ser reprimido por violação ao direito à honra e nas hipóteses previstas na lei (ALEMANHA, 1949).

Neste sentido, cuide-se que o artigo 2º (alínea 1) da Lei Fundamental alemã assegura o direito individual de livremente desenvolver a personalidade e, ao mesmo tempo, condiciona-o a não violação da ordem constitucional, da lei moral e/ou dos direitos dos outros

---

<sup>112</sup> Conforme narra o próprio caso, um homem telefonou aos repórteres da estação de televisão de Cincinnati para comparecer a uma manifestação (*“rally”*) da Ku Klux Klan que aconteceria em uma fazenda no Condado de Hamilton (EUA, 1969, p. 445). Com a cooperação dos organizadores, o repórter e o *“cameraman”* compareceram ao encontro e filmaram os eventos. Um dos filmes mostrava 12 sujeitos encapuzados em torno de uma cruz de madeira que foi queimada (EUA, 1969, p. 445). As palavras ditas durante a cena não são bem compreensíveis, mas frases dispersas e depreciativas contra negros e judeus puderam ser entendidas (EUA, 1969, p. 446). Em certo momento, o réu, naquele momento, diante da Suprema Corte dos EUA, apelante, aparecia fazendo o seguinte discurso: *“Personally, I beleve the nigger should be returned to Africa, the Jew returned to Israel”* (particularmente, eu acredito que os negros deveriam voltar para a África e os Judeus retornar para Israel) (EUA, 1969, p. 447). Pelo fato, punido por uma lei estadual (Ohio’s Criminal Syndicalism Act) o réu havia sido, nas instâncias ordinárias, condenado a 10 anos de prisão e multa de US\$1.000,00. Com este posicionamento não concordou a Suprema Corte Americana: *“decidiu-se reverter a condenação do fazendeiro, uma vez que suas palavras, apesar de moralmente reprováveis e repulsivas, não se configuravam em palavras de luta (Fighting words), até mesmo pelo contexto em que foram proferidas”* (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 98

<sup>113</sup> Em tradução livre: a garantia constitucional da liberdade de expressão e imprensa não permite ao Estado proibir ou proscriver a defesa do uso da força ou da violação da lei, exceto quando tal advocacia for dirigida a incitar ou produzir ação ilegal, iminente e provável.

(ALEMANHA, 1949)<sup>114</sup>. Adiante, na segunda alínea do mesmo artigo, declara o direito de liberdade (que é um direito de personalidade, como antes já referido) e positiva que ele só poderá ser restringido com base em lei (ALEMANHA, 1949)<sup>115</sup>. Por fim, no que se refere especificamente à liberdade de expressão (e informação), a Constituição trata no artigo 5º, alíneas 1 e 2, que

*(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. [...] (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre (ALEMANHA, 1949)<sup>116</sup>.*

Imbuído com estas diretrizes normativas, conforme, aliás, brevemente assinalou-se no subcapítulo 1.2, o Tribunal Constitucional alemão “[...] tem entendido [...] que as proibições ao discurso do ódio são fundamentadas nos próprios limites impostos pela constituição alemã ao exercício da liberdade de expressão” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 175). Desta forma, pode-se afirmar que o Tribunal Constitucional Federal, quando diante de casos que envolvem discurso de ódio, que atacam, em última análise, a integridade da comunidade, tem, pelo mínimo, tendência a “reforçar as ideias de dignidade e honra, em detrimento da liberdade de expressão” (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 129).

Exemplo notável disto ocorreu no denominado caso “Auschwitz Lie” ou “David Irving” (BverfGE 90, 241) (ALEMANHA, 1994). Neste caso, apreciando reclamação do Partido Nacional Democrático da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht* declarou a constitucionalidade de decisão da administração pública municipal (a qual havia sido antes ratificada pelo *Bundesverwaltungsgerichts* – Tribunal Administrativo Federal) no sentido de limitar afirmações<sup>117</sup> que poderiam ser feitas durante palestra do autor revisionista David Irving,

<sup>114</sup> Diz o artigo 2º, item 1: “*Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt*” (ALEMANHA, 1949).

<sup>115</sup> O trecho referido refere-se à seguinte parte do o artigo 2º, item 2: “[...] *Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werde*” (ALEMANHA, 1949).

<sup>116</sup> Em tradução livre: “(1) Todos têm direito de livremente expressar e divulgar sua opinião em palavra, escrito e ilustração, bem como de poder informar-se livremente por meio de fontes acessíveis. (2) Estes direitos encontram sua limitação pelas disposições das leis gerais, pelas leis que protegem os jovens e pelo direito à honra pessoal”.

<sup>117</sup> Conforme refere a própria decisão, a cidade de Munique, tendo o prognóstico de que haveria o cometimento de crimes na assembleia, recorreu ao apelante (Partido Nacional Democrático da Alemanha) para que, na qualidade de organizador, adotasse medidas apropriadas para que não fossem proferidos discursos que negassem ou colocassem em dúvida a perseguição aos judeus durante o Terceiro Reich. Ademais, dever-se-ia, no início do evento, salientar a possibilidade de responsabilização penal (§§ 130 (amotinamento do povo), 185 (injúria) e 189 (denegrir a honra dos mortos) na forma do 194 (regras procedimentais) do Código Penal Alemão – *Strafgesetzbuch*) por tais discursos; parar qualquer discurso neste sentido e, se necessário suspender ou encerrar a reunião em razão disto. Tradução livre e parcial do seguinte excerto: “*Die Landeshauptstadt München legte der Beschwerdeführerin als Veranstalterin auf, durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, daß in der Versammlung über die Verfolgung der Juden im Dritten Reich insoweit nicht gesprochen wird, als diese*

sob pena de criminalização de condutas (injúria, amotinamento, *et cetera*), sem prejuízo de, prematuramente, determinar-se a suspensão ou encerramento do ato (ALEMANHA, 1994, p. 01-02). Isto porque, para o Tribunal, negar o Holocausto seria um ataque inquestionável à dignidade dos judeus que vivem na Alemanha (ALEMANHA, 1994, p. 10)<sup>118</sup>.

Aparentemente, a decisão não foi suficiente a reprimir novas condutas, pois, no mesmo período, Günther Deckert, líder do Partido Nacional Democrata, organizou palestra com Freud Leuchter, especialista na construção de câmaras de gás para as cadeias norte-americanas, o qual negaria que judeus tivessem sido assassinados em câmaras de gás, porque, supostamente, à época, a Alemanha não teria tecnologia para tanto (MEYER-PFLUG, 2009, p. 181). Assim, Deckert foi processado e “absolvido em primeira instância, mas em sede de recurso foi condenado a 01 (um) ano de prisão (com *sursis*) e multa de pequeno valor, por entender-se que ele era simpatizante do nazismo e insultou a memória do povo judeu” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 181). Ao analisar a questão, o Tribunal Constitucional alemão terminou por proferir decisão em que proibiu “as teorias revisionistas, pois elas não se encontram protegidas pela liberdade de expressão” (MEYER-PFLUG, 2009, p. 181).

Como decorrência destes julgamentos, ou melhor, sob a influência deles, o Parlamento da Alemanha, em 1995, alterou-se o §130 do *Strafgesetzbuch* (Código Penal Alemão), incluindo nele as alíneas 3 e 4 (MEYER-PFLUG, 2009, p. 181; CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 143). Com elas, houve a tipificação do endossamento, glorificação ou justificação da violência e do despotismo do nacional-socialismo (nazismo) – pena de prisão até 03 (três) anos ou multa –, bem como a negação, aprovação ou banalização de ato cometido sob sua vigência – pena de até 05 (cinco) anos ou multa – que, em público ou em reunião, perturbe a paz pública de maneira a violar a dignidade das vítimas<sup>119</sup>. Pronunciando-se a respeito destas alíneas anos

---

*Verfolgung gezeugnet oder bezweifelt wird. Sie hat insbesondere zu Beginn der Veranstaltung auf die Strafbarkeit derartiger Redebeiträge (§§ 130, 185, 189, 194 StGB) hinzuweisen, eventuelle einschlägige Redebeiträge sofort zu unterbinden und gegebenenfalls die Versammlung zu unterbrechen oder aufzulösen bzw. von ihrem Hausrecht Gebrauch zu machen. [...] Auf diesem Hintergrund sei die Prognose gerechtfertigt, daß es auf der Versammlung zu Straftaten kommen werde”* (ALEMANHA, 1994, p. 02).

<sup>118</sup> Citando trecho da decisão do *Bundesverwaltungsgerichts* com a qual o *Bundesverfassungsgericht* pareceu fazer coro, referindo-se à negação do Holocausto: “Quem tenta negar estes eventos nega a cada um deles [judeus] este valor pessoal ao qual eles têm direito. Para as vítimas, isto significa a manutenção/permanência da discriminação em face do grupo de humano ao qual pertencem, bem como contra sua própria pessoa” (Tradução livre de: “*Wer jene Vorgänge zu leugnen versucht, spricht jedem einzelnen von ihnen diese persönliche Geltung ab, auf die sie Anspruch haben. Für den Betroffenen bedeutet das die Fortsetzung der Diskriminierung der Menschengruppe, der er zugehört und mit ihr seiner eigenen Person*”) (ALEMANHA, 1994, p. 09).

<sup>119</sup> No Código Penal consta “§130 – *Volksverhetzung*: (3) *wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.* (4) *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung*

mais tarde, no caso Hess (BVerfGE 124, 300-347)<sup>120</sup> o Tribunal Constitucional alemão afirmou serem eles inerentes aos dispositivos constitucionais que versam sobre a limitação da liberdade de expressão (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 144). Vê-se, assim, mais uma vez, a preferência do referido tribunal pela promoção da dignidade humana e da igualdade em detrimento da liberdade de manifestação do pensamento.

Esclarecido o ponto acima afirmado acerca do sentido das decisões das Cortes Supremas estrangeiras, ratifica-se, agora com bem mais propriedade, o porquê de considerar-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil guardam maior similitude decisional com o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Para muito além da mesma cultura jurídica (*civil law*), ambas as Cortes entendem, ao que tudo indica, ser indispensável, para bem tutelar a convivência harmônica em sociedade, a intervenção judicial punitiva de condutas abusivas da regra geral que é o exercício desimpedido da liberdade de expressão, demarcando com clareza a esfera do lícito e do ilícito. Isto, de forma alguma, desmerece as decisões da Suprema Corte dos EUA. Trata-se apenas de uma verificação fática.

Deve-se fazer uma anotação derradeira válida para todas estas Cortes: nenhuma delas atentou-se ao fato de que existem diferenças entre o discurso preconceituoso, discurso odioso e discurso preconceituoso-odioso (que reúne ambas as anteriores). Acaso tivesse havido tal diferenciação, por tudo o que se expôs, há razões suficientes para concluir que os Tribunais Supremos do Brasil e da Alemanha continuariam a tachar todos eles com a pecha de ilicitude que ora já assinalam ter, atentando-se às especificidades de cada país para puni-los. Entrementes, crê-se que poderia haver sorte diversa aos casos eventualmente ocorridos nos EUA.

Conforme se escreveu logo acima, as manifestações do pensamento, neste último país somente sofrem restrições se seu conteúdo for capaz de desencadear ações ilegais iminentes e

---

*den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt”.*

<sup>120</sup> Em 2005, o Partido Nacional Democrata (mais uma vez) manifestou desejo de realizar uma reunião que passaria a ser anual em homenagem a Rudolf Hess, um deputado nazista e assessor direto de Adolf Hitler entre 1933-1941, o qual foi condenado no Tribunal de Nuremberg a prisão perpétua. O Partido planejou que o lema da reunião seria, naquele ano, “Sua Honra era Mais que Liberdade (*“In diesem Jahr sollte die geplante Veranstaltung zusätzlich das Motto tragen „Seine Ehre galt ihm mehr als die Freiheit“*) (ALEMANHA, 2009, p. 03). Contudo, as autoridades públicas proibiram a reunião (ou ratificaram a proibição, negando medidas provisórias requeridas pelo Partido) e quaisquer formas alternativas de evento com alusão a Hess, tanto a céu aberto como em espaços fechados na área urbana da cidade de Wunsiedel (*“[...] verbot das Landratsamt unter Anordnung der sofortigen Vollziehung die Veranstaltung sowie jede Form von Ersatzveranstaltungen sowohl unter freiem Himmel als auch in geschlossenen Räumen im Bereich des Stadtgebiets Wunsiedel. Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz blieben durch alle Instanzen erfolglos”*) (ALEMANHA, 2009, p. 03).

potenciais. Ora, discursos preconceituosos são abomináveis, repugnantes, mas, em regra, não incitam, estimulam, *et cetera* ao ódio, à violência e/ou ao cometimento de crime contra os grupos preconceitualizados; já os discursos de ódio, inequivocamente, sim. É mais: sua finalidade, como se afirmou, é justamente esta. Logo, pensa-se que, acaso a Suprema Corte dos EUA adotasse a mesma classificação que neste trabalho foi feita, restariam considerados como abarcados pelo direito de liberdade de expressão os discursos preconceituosos e, por outro lado, sancionados como ilícitos os discursos de ódio.

Feitas todas estas observações, retorna-se para o desenlace sobre, especificamente, a análise das jurisprudências das Cortes Supremas brasileiras acerca do tema objeto de pesquisa. Na medida em que apresentadas as jurisprudências brasileiras selecionadas, nota-se que, realmente, nenhuma delas atendeu satisfatoriamente aos resultados que se buscava, mas, algumas delas, aproximaram-se. Neste sentido, é possível afinar a conclusão alhures exposta: hodiernamente tanto STJ quanto STF ainda não têm precedente judicial fixado acerca, especificamente, do discurso de ódio, sobretudo no que se refere àqueles publicados em redes sociais que detêm a peculiaridade de, mais facilmente, atingirem as vítimas difusamente. Entrementes, após encontrar e averiguar sortida jurisprudência do STJ e STF, a partir dos argumentos antes referidos, examinou-se com maior minúcia os resultados que mais se aproximaram do objeto de pesquisa.

Com isto, denotou-se que, nos casos em que ambas as Cortes Supremas têm tido a oportunidade de debater sobre discursos de ódio propriamente ditos, têm-lhe tratado como se fosse uma outra face do discurso preconceituoso, a despeito de existirem, como demonstrado ao longo do trabalho, diferenças jus-conceituais entre eles. Consequentemente, houve casos em que os sujeitos ativos foram punidos a menos do que deveriam e outros em que foram punidos a mais do que deveriam, conforme as possibilidades punitivas da legislação atualmente em vigência. Esclarece-se:

Nos casos em que o agente praticou discurso de ódio, incitando crime contra coletividades, e discurso preconceituoso, mas foi processado e condenado apenas por crime de discriminação, foi sancionado para menos do que deveria, porque poderia ter respondido também pela incitação ao crime. Já, por exemplo, nos casos em que o agente só praticou discurso de ódio, incitando terceiros a praticar crime em desfavor dos grupos vítimas tutelados pelo artigo 20 da Lei 7.716/89, mas foi processado e condenado por este crime, em vez do delito de incitação ao crime, foi punido para mais do que a lei previu para estes casos. Naturalmente, trata-se de uma anomalia legislativa passível de ter a constitucionalidade contestada por violação ao princípio da proporcionalidade das penas, face a diferenciação entre discursos ora

proposta, onde a manifestação odienta é mais grave que a manifestação preconceituosa, bem como diante da falta de tipo penal que propriamente puna o discurso odiento.

## CONCLUSÃO

Ao realizar-se um apanhado histórico, pôde-se verificar que as presenças da intolerância e do ódio têm sido constantes em várias sociedades. Contudo, enquanto no passado ocorriam em prol da sobrevivência dos grupos, contemporaneamente reconhece-se como causa a incapacidade de alguns, enquanto indivíduos ou membros de determinado grupo, em enxergar no outro, por suas naturais diferenças de cunho intelecto-sócio-cultural (heterogeneidade social), sua qualidade de pessoa, digna de igual respeito e consideração. Como subproduto disto, em uma fase mais aguda da discriminação, a propagação do ódio. Tratando-se de um fenômeno verificado em diferentes sociedades, intentou-se, tomando por base os principais tratados internacionais e a doutrina específica, propor um conceito genérico de discurso de ódio, assim como, aproveitando-se do ensejo, averiguar os principais aspectos e classificações que o permeiem.

Deduziu-se que o discurso de ódio viola o direito à igualdade e, reflexamente, o direito à dignidade. Após aprofundado estudo teórico-legislativo neste sentido, defluiu-se que seria possível definir discurso de ódio como toda expressão, (linguística, gestual ou simbólica), que, com potencialidade lesiva e fulcrada em preconceito(s) do sujeito ativo, incitasse, conclamasse, induzisse, instigasse, defendesse, apoiasse ou promovesse o ódio, a intolerância, a hostilidade, a violência ou a prática de crime por parte de terceiros contra coletividades de indivíduos (ou membro desta) que detenha característica que a particularize, em dada sociedade, intimidando-os. O conceito foi analisado minuciosamente, verificando-se, ao final, que era compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Discutiu-se se o discurso odioso faria parte do âmbito de proteção do direito de liberdade de expressão, que protege a livre formação de vontade deliberativa na sociedade democrática. Sopesou-se, ainda, este direito com o direito à igualdade quanto ao tema em estudo, asseverando-se que, face as consequências sociais que gera, o primeiro cede espaço ao segundo, a fim de fazer prevalecer a convivência harmônica em sociedade. Daí o porquê de ter-se afirmado que a publicação, por qualquer meio, de discursos de ódio para a finalidade (entre outras) de incitação da violência e do crime contra grupos vítima (ou vítima do grupo), diante da manifesta vontade que tem de impor condutas anti-igualitárias de ódio e não de estímulo à comunicação de múltiplas ideias, não está protegida pela liberdade de expressão. Consequentemente, foi ele inserido entre as hipóteses em que resta configurado abuso no exercício do direito, como, aliás, os tratados internacionais analisados indicam que seja.

Esclarecida a ilicitude genérica do discurso de ódio, passou-se a averiguar em quais situações ele seria penalmente relevante, ou seja, ilícito criminal. Para bem examinar esta situação, foram repisados os princípios que norteiam o direito penal, explicado o sistema penal de base e ratificadas as funções da pena, dando-se especial atenção, quanto a estas últimas, para a função reparadora à vítima, que confirmam o ânimo do Estado de recompor sua dignidade. Embasando a proteção penal da igualdade, bem jurídico de máxima relevância, salientou-se aspectos relativos ao direito à diferença, o qual faz parte do direito à igualdade. Destacou-se que mesmo estigmatizações perpetradas no ambiente cibernético não escapam da tutela do direito, de maneira que os palcos principais das manifestações odiantas, quais sejam, as diferentes redes sociais, não eram território livre para elas, submetendo seus autores às sanções penais previstas em lei.

No ponto, elucidou-se que, lamentavelmente, não há tipo penal específico para sancionar as práticas odiantas, o que, porém, não se confunde com ausência de possibilidade de punir os agentes por tais condutas. Neste sentido, propôs-se como alternativa a utilização dos delitos de incitação e apologia ao crime, quando o discurso de ódio incitar o crime ou apoiá-lo contra os grupos vítimas, fazendo-se as devidas críticas. Para além disto, se um discurso de ódio for publicado juntamente com um discurso preconceituoso/discriminatório, o agente há de responder também pelo delito do artigo 20 da Lei 7.716/89, artigo 96, §1º, da Lei 10.741/03 ou artigo 88 da Lei 13.146/15, caso o preconceito tenha se dado, respectivamente, em função de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, idade avançada ou deficiência.

Apresentou-se interpretação sobre o que configura discriminação penalmente relevante. Criticou-se a falta de proteção penal a outros grupos que são vítimas de discurso discriminatório/preconceituoso e/ou odioso e, na mesma oportunidade, abordou-se a polêmica doutrinária envolvendo os termos “raça” e “racismo”, posicionando-se sobre isto. Defendeu-se também que, apesar destas falhas e controvérsias, a lei penal deve ser adequadamente aplicada, afastando interpretações às avessas e contrárias às construções teórico-dogmáticas (muitas vezes seculares) deste ramo do direito. Por fim, fez-se distinção entre o delito de discriminação e o delito de injúria racial. Por tudo isto, entende-se que ficou bem traçado o limite de entendimento do discurso de ódio como prática que abusa do exercício da liberdade de expressão, sendo ilícito, e que, frente à legislação penal brasileira, tem apenas algumas hipóteses como penalmente relevante – em que pese, frise-se, considerar ser digna de punição todas as suas formas criminalmente relevantes.

Assentados estes aspectos jus-conceituais, passou-se a verificar a jurisprudência das Cortes Supremas do Brasil, a quem incumbe dar a última interpretação sobre o direito posto,

acerca da punição dos discursos de ódio publicados em redes sociais, local onde, ordinariamente, tem-se notícia de que as práticas em estudo mais ocorrem, a fim de perscrutar se ratificam ou não as conclusões a que se chegou no estudo. Feita vasta pesquisa jurisprudencial a partir de múltiplos conjuntos de argumentos, verificou-se que não há precedente fixado nas Cortes Supremas sobre a adequada (e merecida) punição de discursos de ódio publicados em redes sociais (e fora dela). A despeito disto, há algumas jurisprudências nestas Cortes de Vértice que, incidentalmente, enfrentam a questão objeto de pesquisa. Com isto, pôde-se constatar que elas têm tratado o discurso de ódio como se fosse sinônimo de discurso preconceituoso *stricto sensu*.

Deste modo, conclui-se que, apesar de ratificarem a ilicitude genérica e penal (em algumas hipóteses) do discurso de ódio, não coadunam, por razões não explicitadas nos julgados, a ideia ora defendida de que o discurso de ódio é mais grave que o discurso discriminatório/preconceituoso (*stricto sensu*), tendo diferenças substanciais deste último. Em análise comparativa breve entre Cortes Constitucionais, a partir de jurisprudência, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, no que se refere à restrição da liberdade de expressão, em caso de discurso discriminatório (que foi assinalado como sinônimo de discurso de ódio), tende a decidir de forma aproximada ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, tomando como razões de decidir a promoção da dignidade humana, o direito à igualdade e à harmonia (paz) social. Destarte, o STF afasta-se do modo de decidir da Suprema Corte dos EUA sobre o tema, conforme se assinalou. Portanto, encerrando a resolução do problema, tem-se que as Cortes Supremas do Brasil têm jurisprudência (não precedente) que contrasta parcialmente com as conclusões teóricas a que se chegou.

Por fim, entende-se que este trabalho cumpriu com seus objetivos, tendo em vista que, acredita-se, com a devida profundidade, conseguiu desvelar e propor soluções aos problemas atinentes à temática dos discursos de ódio nos termos em que foram propostos na introdução.

## REFERÊNCIAS

ALCORÃO. 5ª Surata - A Mesa Servida. 82. Português. **Alcorão Sagrado**. Disponível em: <[http://www.islambrasil.com/kuran\\_txt/5.htm](http://www.islambrasil.com/kuran_txt/5.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

ALEMANHA. **Tribunal Constitucional Alemão**. Caso da Ajuda para Investimento (BVerfGE 4, 7). Julgamento sobre as queixas constitucionais de várias empresas contra o Ato Federal sobre o auxílio para o investimento da economia industrial de 07 de janeiro de 1952, modificado pelas Leis de 22 de agosto de 1952 e 30 de março de 1953. Decisão: o exame do caso não revelou inconstitucionalidade, de modo que as denúncias constitucionais devem ser rejeitadas como infundadas. 20 de Julho de 1954. Disponível em: <<https://opiniojuris.de/entscheidung/818>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federal da Alemanha**. Bonn, NW. 23 mai. 1949. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/gg/index.html>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Constitucional Federal**. Caso Auschwitz Lie/Irving (BVerfGE 90, 241 – 254). A queixa constitucional foi rejeitada. O Tribunal Constitucional Federal declarou a constitucionalidade das proibições impostas aos queixosos. 13 abril de 1994. Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1994/04/rs19940413\\_1bvr002394.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/1994/04/rs19940413_1bvr002394.html)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Constitucional Federal**. Caso Hess (BVerfGE 124, 300 - 347). A seção 130 (4) do Código Penal Alemão, mesmo não sendo uma lei geral, também é compatível com o artigo 5 (1) e (2) da Lei Fundamental. 04 novembro de 2009. Disponível em: <[https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20091104\\_1bvr215008.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20091104_1bvr215008.html)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

ALVES, Renato. Site Extremista de Brasília Deu Dicas a Autores de Massacre em Suzano. **Estado de Minas**. Belo Horizonte, 14 mar. 2019. Disponível em: <[https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/03/14/interna\\_nacional,1037879/site-de-extremista-de-brasilia-deu-dicas-a-autores-de-massacre-em-suza.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/03/14/interna_nacional,1037879/site-de-extremista-de-brasilia-deu-dicas-a-autores-de-massacre-em-suza.shtml)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Questão da Diversidade e a Constituição de 1988. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 18-26.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal**. 21. reimp. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e Estigmas – Um Estudo sobre os Preconceitos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BACIGALUPO, Enrique. **Direito Penal** – Parte Geral. Tradução André Estefan. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de Expressão *versus* Direitos da Personalidade. Colisão de Direitos Fundamentais e Critérios de Ponderação. In: BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional** – Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005, p. 79-129.

BBC News. **Entertainment Star Wars: Lucas Strikes back**. 14 jul. 1999. Disponível em: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/entertainment/394542.stm>>. Acesso em: 21 set. 2018.

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaios sobre a Liberdade**. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BÍBLIA. Livro de Números. 12, 1-5. Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/nm/12>>. Acesso em: 21 set. 2018a).

\_\_\_\_\_. Evangelho de São Lucas. 10, 30-37. Português. **Bíblia Sagrada**. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/lc/10>>. Acesso em: 21 set. 2018b).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** – parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 11. ed. rev. aum. São Paulo: Atlas, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória** – De Senectute e outros escritos autobiográficos. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

\_\_\_\_\_. **Elogio da Serenidade**. São Paulo: UNESP, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12. ed. v. 2. Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 2004

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 19.841 de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Coleção de Leis do Brasil de 1945**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.350 de 03 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jul. 1951. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L1390.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 314 de 13 de março de 1967. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 mar. 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-314-13-marco-1967-366980-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 65.810 de 08 de dezembro de 1969 Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 dez. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D65810.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.170 de 14 de dezembro de 1983. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 1983. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7170.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.437 de 20 de dezembro de 1985. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7437.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7437.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.716 de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 jan. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jun. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 592 de 06 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 1992a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº. 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 nov. 1992b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 82.424-2/RS. Habeas Corpus. Publicação de livros: anti-semitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência Constitucional. Liberdade de Expressão. Limites. Ordem denegada. Ministro: Maurício Corrêa. 17 de setembro de 2003a. In: **Informativo nº 321 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 03 out. 2003b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico 2010. **Censo 2010: número de católicos cai e aumenta o de evangélicos, espíritas e sem religião**. 29 jun. 2012. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=2170&t=censo-2010-numero-catolicos-cai-aumenta-evangelicos-espíritas-sem-religiao&view=noticia>>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 35.121/PR. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Prisão preventiva. Manutenção. Crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponibilização de pornografia infantil. Excesso de prazo. Inexistência. Atipicidade da conduta. Análise incompatível com a via eleita. Ministra: Marilza Maynard. 21 de março de 2013. In: **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=27620051&num\\_registro=201300041582&data=20130321](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=27620051&num_registro=201300041582&data=20130321)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm)>. Acesso em: 23 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 06 jul. 2015a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 50.435/DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Racismo (artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89). Desclassificação para o crime de injúria racial (artigo 140, §3º, do Código Penal). Necessidade de avaliação do dolo do acusado. Matéria que depende do exame de matéria fático-probatória. Impossibilidade na via eleita. Desprovisionamento do reclamo. Ministro: Jorge Mussi. 03 de fevereiro de 2015b. In: **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201402019341&dt\\_publicacao=03/02/2015](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402019341&dt_publicacao=03/02/2015)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº. 134.682/BA. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Direito Penal. Crime de Racismo Religioso. Inépcia da Denúncia. Inocorrência. Imprescritibilidade. Previsão Constitucional Expressa. Livro. Publicação. Proselitismo como núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa. Trancamento da ação penal. Ministro: Edson Fachin. 29 de agosto de 2017. In: **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Índios do Brasil. **Quem são**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em: 21 set. 2018a.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.569.850/RN. Recurso Especial. Penal. Art. 20, §2º, da Lei n. 7.716/89. Ausência de potencialidade lesiva. Adequação Típica formal e material em tese da conduta. Juízo de inferioridade de coletividades. Princípio da Insignificância. Bens Jurídicos Tutelados. Igualdade, diversidade e paz pública. Incompatibilidade. Tipo penal de perigo abstrato. Ministro: Sebastião Reis Júnior. 11 de junho de 2018b. In: **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705673&num\\_registro=201503026950&data=20180611&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705673&num_registro=201503026950&data=20180611&formato=PDF)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.580.395/DF. Recurso Especial. Penal. Art. 20, §2º, da Lei n. 7.716/89. Ausência de potencialidade lesiva. Adequação Típica formal e material em tese da conduta. Juízo de inferioridade de coletividades. Princípio da Insignificância. Bens Jurídicos Tutelados. Igualdade, diversidade e paz pública. Incompatibilidade. Tipo penal de perigo abstrato. Ministro: Sebastião Reis Júnior. 11 de junho de 2018c. In: **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705674&num\\_registro=201501194320&data=20180611&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1705674&num_registro=201501194320&data=20180611&formato=PDF)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 146.303. Recurso ordinário em habeas corpus. Denúncia. Princípio da correlação. Observância. Trancamento da ação penal. Descabimento. Liberdade de manifestação religiosa. Limites excedidos. Recurso ordinário não provido. Ministro Relator: Edson Fachin. Ministro Relator para o Acórdão: Dias Toffoli. 06 de março de 2018d. In: **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º 26/DF. Ação cujo requerente pretende, em síntese, ver reconhecido que a homo-transfobia se enquadram no conceito ontológico constitucional de racismo nos termos do HC 82.424/RS; a declaração de mora inconstitucional do Congresso Nacional na criminalização da homo-transfobia; fixação de prazo razoável para tanto; responsabilização civil do Estado para indenizar vítimas. Relator: Ministro Celso de Mello. In: **sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 27 fev. 2019a.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 4.733/DF. Mandado de Injunção cujo impetrante é a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT. Requer o reconhecimento do direito subjetivo à legislação que criminalize a homo-transfobia. Relator: Ministro Edson Fachin. In: **sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em: 27 fev. 2019b.

BRAVO, Álvaro Sánchez. **A Nova Sociedade Tecnológica: da inclusão ao controle social. A Europ@ é exemplo?**. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

BRITO, Auriney. **Direito Penal Informático**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou Tutela do Discurso de Ódio? Uma Controvérsia entre a Alemanha e os EUA.** (?) jan./mar. 2007, p. 117-136. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/541/Direito%20Publico%20n152007\\_Winfried%20Brugger.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/541/Direito%20Publico%20n152007_Winfried%20Brugger.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 21 set. 2018.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3. ed. t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015a.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015b.

CAMPOS, Ana Cristina. **Relatório da ONU aponta aumento do número de indígenas na América Latina**. 22 set. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2014-09/relatorio-da-onu-aponta-aumenta-do-numero-de-indigenas-na-america>>. Acesso em: 21 set. 2018.

CARLSON, Tucker. **Professor called "racist" by a student mob for objecting to a day without white people on campus. He now says the protesters have taken over**. Disponível em: <<https://twitter.com/TuckerCarlson/status/868270682278440961>>. Acesso em: 21 set. 2018.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, negócios e a sociedade**. Traduzido por Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O Discurso de Ódio na Jurisprudência Alemã, Americana e Brasileira – como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018

CAVALCANTE SEGUNDO, Antonio de Holanda Segundo. **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.

CHOREI muito, diz jovem negra vítima de racismo em foto no Facebook. 29 ago. 2014. **Portal G1**, 29 ago. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mg/zona-da>>

mata/noticia/2014/08/chorei-muito-diz-jovem-negra-vitima-de-racismo-em-foto-no-facebook.html>. Acesso em: 27 fev. 2019.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes – Limites e Perspectivas à Investigação Policial de Crimes Cibernéticos**. Curitiba: Juruá, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Especial – Volume Único**. 9. Ed. rev. atual. ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil. *In: A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e Direitos fundamentais constitucionais no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 230-264.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (DDHC). **Declara os Direitos Naturais, Inalienáveis e sagrados do Homem**. 26 ago. 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 21 set. 2018.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM (DADDH). **Declaração Americana de Direitos Humanos aprovada durante a IX Conferência Internacional Americana**. 30 abr. 1948. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 27 fev. 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O Direito Penal do Bem Jurídico como Princípio Jurídico-Constitucional à Luz da Jurisprudência Constitucional Portuguesa. *In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.). Direito Penal como Crítica da Pena – Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de Setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 249-261.

DISCURSO de ódio no Facebook reflete nos índices de crime de ódio, diz pesquisa. **Tecnologia – iG**, 22 ago. 2018. Disponível em: <<https://tecnologia.ig.com.br/2018-08-22/discurso-odio-facebook-refugiado.html>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EUA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Filadélfia, PA, 17 set. 1787. Disponível em:

<[https://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amendments](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amendments)>. Acesso em: 27 fev. 2019

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. National Socialist Party of America v. Skokie, 434 U. S. 1327 (1977). Petição para concessão de *certiorary* em face da Corte Suprema de Illinois. No. 76-1786. 14 de junho de 1977. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep4341327/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444 (1969) (*per curiam*). Apelação advinda da Suprema Corte de Ohio. 09 de junho de 1969. Disponível em: <<https://www.loc.gov/item/usrep395444/>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

FACEBOOK chega a 127 milhões de usuários mensais no Brasil. **Folha de São Paulo**, 18 jul. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/07/facebook-chega-a-127-milhoes-de-usuarios-mensais-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

FEMINISMO RADICAL. **Ódio aos Homens**. Disponível em: <<https://we.riseup.net/radfem/%C3%93dio-aos-homens>>. Acesso em: 21 set. 2018

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 8. ed. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior e Sérgio Cademortori. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A Proteção Jurídica da Pessoa com Deficiência como uma Questão de Direitos Humanos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 93-113.

FERREIRA FILHO, Paulo Gomes. Mensagens Racistas Postadas na Internet: interpretação constitucional e consequências processuais-penais. In: SILVA, Ângelo Roberto Ilha da (org.). **Crimes Cibernéticos**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 131-156.

FULLER, Greice Patrícia. O Meio Ambiente Hospitalar em face da Dignidade da Pessoa humana no Direito Ambiental Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, v. 26, 2011, p. 43-337.

\_\_\_\_\_. O Direito Criminal Difuso, a Dignidade da Pessoa Humana e a Mídia na Sociedade da Informação. In: **Anais do VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação**, São Paulo, 2014, p. 131-141.

FEMINISMO RADICAL. **Ódio aos Homens**. Disponível em: <<https://we.riseup.net/radfem/%C3%93dio-aos-homens>>. Acesso em: 21 set. 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes no Meio Ambiente Digital e a Sociedade da Informação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O Direito Humano à Segurança Pública e a Responsabilidade do Estado. In: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI em Uberlândia/MG**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 6.772-6.801. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0731460a8a5ce162>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

GARAPON, Antonie. **O Juiz e a Democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em Democracia – e a Justiça Será**. Tradução Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2001

GALINDO, Bruno. O Direito Antidiscriminatório entre a Forma e a Substância: igualdade material e proteção de grupos vulneráveis pelo reconhecimento da diferença. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.). **Direito à Diversidade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 43-60.

GEDIEL, José Antonio Peres. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Dos Códigos às Constituições: os Direitos Fundamentais da Personalidade. In: CONRADO, Marcelo. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coord.). **Direito Privado e Constituição**: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio. Curitiba: Juruá, 2009, p. 61-85.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Estudios de Derecho Penal**. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - parte geral**. v. 1. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUARAGNI, Fábio André. **As Teorias da Conduta em Direito Penal – um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 2. ed. 6. reimp. São Paulo: Editora 34, 2007.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SILVA, Nathália Ribeiro Leite. Análise Dogmática dos Mandamentos Constitucionais Criminalizadores e dos Princípios Constitucionais Penais. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; STAFFEN, Márcio Ricardo; RIBEIRO, Diaulas Costa (Coord.). **Direito Penal e Constituição**. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 08-28.

HASSEMER, Winfried. Punir no Estado de Direito. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.). **Direito Penal como Crítica da Pena – Estudos em Homenagem a Juarez Tavares**

por seu 70º Aniversário em 2 de Setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 335-344.

HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 26

MACEDO, Carla. **Misandria: as mulheres que odeiam os homens**. Disponível em: <<https://www.delas.pt/misandria-as-mulheres-que-odeiam-os-homens/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. **Crime Cibernético e Prova – A Investigação Criminal em Busca da Verdade**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2015.

MARTINS, Tom. **Afronazismo: a caixa de Pandora do ódio racial no Brasil**. Disponível em: <<https://sensoincomum.org/2018/03/07/afronazismo-caixa-pandora-odio-racial-brasil/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **O Novo Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MATSUURA, Sérgio. Brasil cultiva discurso de ódio nas redes sociais, mostra pesquisa. **O Globo**. Rio de Janeiro, 03 ago. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/brasil-cultiva-discurso-de-odio-nas-redes-sociais-mostra-pesquisa-19841017>>. Acesso em: 23 out. 2016.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 69-100.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro; CARCARÁ, Thiago Anastácio. Discurso de Ódio e Democracia: participação das minorias pela tolerância. *In*: LEISTER, Margareth; MORAIS, Fausto Santos de; SILVA, Juvêncio Borges da (Coord.). **Direitos Fundamentais e Democracia I**. Florianópolis : CONPEDI, 2014, p. 373-398.

MILL, John Stuart. **Ensaio sobre a Liberdade**. Tradução Rita de Cássia Gondim Neiva. São Paulo: Escala, 2006.

MORAIS, José Luis Bolsan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A (des)utopia da liberdade e igualdade: possibilidades de sentido para construção de jurisdições constitucionais democráticas. *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 182, abr./jun. 2009, p. 155-176. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194922>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal** – parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos – Volume Único**. 4. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Diversidade Cultural e a Efetivação dos Direitos Humanos. *In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coords.). Direito à Diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27-41.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. *In: Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas*. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 21 de set. 2018.

\_\_\_\_\_. Comitê de Direitos Humanos da ONU. Comentário Geral n.º 18 que trata do direito a não discriminação que, em conjunto com a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem qualquer discriminação, constitui um princípio básico e geral no que respeita à proteção dos direitos humanos. 37ª Sessão, 1989. *In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS*. Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas. **Compilação Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos** 1. ed. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2019, p. 31-33.

\_\_\_\_\_. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). **Declaração de Princípios sobre a Tolerância**. Aprovada pela Conferência Geral da UNESCO em sua 28ª Reunião em Paris, em 16 de novembro de 1995. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. In: **Resolução XXX, Ata Final, IX Conferência Internacional Americana em Bogotá.** (?) abr. 1948. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão. Aprovada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. In: **Sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** 16 a 27 out. 2000. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm)>. Acesso em: 21 set. 2018.

PIORE, Mary del; MÜLLER, Angélica. Prefácio. In: PIORE, Mary del; MÜLLER, Angélica. **História dos Crimes e da Violência no Brasil.** São Paulo: UNESP, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 75, n. 01. Porto Alegre: Magister, jan./mar. 2009. p. 107-113. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/6566>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Éricka Mendes de. **Curso de Direito Penal Brasileiro – parte geral.** v. 1. 15. ed. rev. atual. ref. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal – parte geral.** v. 1. 11. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2015

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27. ed. 11. tir. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito.** 20. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria Tridimensional do Direito - Teoria da Justiça - Fontes e Modelos do Direito.** Lisboa: Imprensa Nacional: Casa da Moeda, 2003.

RODRIGUES JR., Edson Beas. Solucionando o Conflito entre o Direito à Imagem e a Liberdade de Expressão: a contribuição da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 905. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 88-102.

ROSSETTO, Enio Luiz. **Teoria e Aplicação da Pena.** São Paulo: Atlas, 2014.

ROSSINI, Augusto. *Informática, Telemática e Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SANTOS, Christiano Jorge. **Crimes de Preconceito e de Discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Racismo e Injúria – Os Limites que Diferenciam as Duas Tipificações. *In: E-Gov – Portal de e-Governo, Inclusão Digital e Sociedade do Conhecimento*. Postado em 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11534-11534-1-PB.htm>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: \_\_\_\_\_ (Org.). Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Traduzido por Ingo Wolfgang Sarlet (*et al.*). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

SARMENTO, Daniel. **A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech”**. (?) 2006. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-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: 21 set. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

SHAKESPEARE, William. O Mercador de Veneza. *In: SHAKESPEARE, William. Teatro Completo*. v. 2. Tradução de Bárbara Heliodora. São Paulo: Nova Aguilar, 2016a, p. 495-591.

\_\_\_\_\_. Hamlet. *In: SHAKESPEARE, William. Teatro Completo*. v. 1. Tradução de Bárbara Heliodora. São Paulo: Nova Aguilar, 2016b, p. 349-511.

\_\_\_\_\_. Hamlet. *In: SHAKESPEARE, William. Obras Escolhidas*. Tradução de Millôr Fernandes. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 517-618.

\_\_\_\_\_. Romeu e Julieta. *In: SHAKESPEARE, William. Teatro Completo*. v. 1. Tradução de Bárbara Heliodora. São Paulo: Nova Aguilar, 2016b, p. 119-239.

SILVA, Alexandre Assunção e. **Liberdade de Expressão e Crimes de Opinião**. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, Davi André Costa. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 5 ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005

SONNENSTRAHL FILHO, Charles Moraes. Precedentes Judiciais Criminais: uma tendência para a unidade do sistema processual penal. *In: Anais do XII Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, Curitiba, 2016, p. 606-632.

STEVENS, George. **Nazi Concentration Camps**. 1945 (58min). Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=mdX82V2rPfo&has\\_verified=1](https://www.youtube.com/watch?v=mdX82V2rPfo&has_verified=1)>. Acesso em: 21 set. 2018).

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In: TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Hate Speech* e Liberdade de Expressão. *In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 281-303.

UNITED STATES HOLOCAUST MEMORIAL MUSEUM. **The Nuremberg Trials**. Disponível em: <<https://www.ushmm.org/collections/bibliography/nuremberg-trials>>. Acesso em: 21 set. 2018.

VIANNA, José; KANIAK, Thais. PF prende uma pessoa em operação contra racismo, ameaça, incitação e terrorismo praticados na internet. **Portal G1**. Paraná, 10 mai. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/pf-faz-operacao-contr-crimes-de-racismo-ameaca-e-incitacao-e-terrorismo-praticados-na-internet.ghtml>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

VIANNA, José; HISING, Ederson. **Homem é condenado a 41 anos de prisão por crimes como racismo, terrorismo e divulgação de pedofilia na internet**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/12/19/homem-e-condenado-a-41-anos-de-prisao-por-crimes-como-racismo-terrorismo-e-divulgacao-de-pedofilia-na-internet.ghtml>>. Acesso em: 27 fev. 2019.

VIERUCCI, Luisa. Hate Crimes. In: CASSESE, Antonio (Coord.) **International Criminal Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 340-341.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos Del Derecho Penal – Acción Significativa y Derechos Constitucionales**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VON LISZT, Franz. **Tratado de Direito Penal Alemão**. t. I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia., 1899.

VORMBAUM, Thomas. A Legislação Racial da Alemanha Nazista. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (Orgs.). **Direito Penal como Crítica da Pena – Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de Setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 731-744.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade** 3. ed. v. 1. Brasília: UNB, 1994.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes Modernos – O Impacto da Tecnologia no Direito**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2012.