CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO: UMA ANÁLISE DO ART. 20 DA LEI 7.716/89 SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

Hate speech criminalization and freedom of speech: an analysis of the art. 20 of Law 7,716/89 from the perspective of the legal good theory

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 145/2018 | p. 531 - 569 | Jul / 2018
DTR\2018\17989

Tatiana Badaró
Doutoranda em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012). Professora de Direito e Processo Penal. Advogada criminalista em Belo Horizonte/MG. tatianambadaro@gmail.com

Área do Direito: Penal; Direitos Humanos
Resumo: O presente artigo toma parte na discussão sobre a admissibilidade da proibição dos discursos de ódio diante das exigências de liberdade de expressão e tolerância política nas atuais sociedades democráticas. Pretende-se contribuir para esse debate a partir da análise da criminalização dos discursos de ódio sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. Primeiramente, este trabalho estabelece uma definição preliminar de discurso de ódio e apresenta dois modelos opostos de restrição da liberdade de expressão (norte-americano e alemão), indicando o caminho tomado pelo direito brasileiro. Em seguida, investiga, com enfoque especial no tipo penal definido pelo art. 20 da Lei 7.716/89, os autênticos bens jurídico-penais atingidos pelos discursos de ódio. A partir desse ponto, busca analisar a estrutura típica fornecida por tal dispositivo, a fim de estabelecer critérios de aplicação aptos a evitar uma excessiva restrição à liberdade de expressão.

Palavras-chave: Discurso de ódio – Liberdade de expressão – Teoria do bem jurídico – criminalização – Lei 7 - 716/89
Abstract: This article takes part in the discussion about the admissibility of the prohibition of hate speech considering the demands of free speech and political tolerance in today's democratic societies. It is intended to contribute to this debate by analyzing the criminalization of hate speech from the perspective of the legal good theory. First, this work establishes a preliminary definition of hate speech and presents two opposing freedom of speech limitation models (American and German), indicating the path taken by Brazilian law. It then investigates, centering the attention on the art. 20 of the Law 7,716/89, the authentic legal goods affected by hate speech. From this point, it seeks to analyze the structure of the crime's legal definition provided by such device, in order to establish application criteria capable of avoiding an excessive restriction on freedom of speech.

Keywords: Hate speech – Freedom of speech – legal good theory – criminalization – Law 7,716/89
Sumário:

1 Introdução - 2 Discurso de ódio: definição preliminar - 3 Modelos de proibição do discurso de ódio - 4 Restrições à liberdade de expressão no Direito Penal brasileiro - 5 As palavras podem ferir? - 6 Se, quando e como o discurso de ódio ofende bens jurídico-penais - 7 Conclusões - 8 Referências bibliográficas

1 Introdução

No[1] dia 22 de maio de 2017, um atentado terrorista na cidade Manchester, Inglaterra, matou 22 pessoas e deixou mais de 50 feridas. No mesmo dia da tragédia, uma internauta postou o seguinte comentário em sua página no Facebook: "Só lamento que

tenha sido em Manchester e não na Bahia. Seria lindo ver aquela gente nojenta e escurinha da Bahia explodindo"[2].

Após as eleições de 2010, a vitória de Dilma Rousseff com ampla vantagem no Nordeste foi seguida pela publicação por uma estudante de Direito, no Twitter, da mensagem: "Nordestino não é gente. Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado!" [3]. O resultado das eleições de 2014 também acarretou uma avalanche de comentários de ódio contra nordestinos nas redes sociais[4].

Durante o debate das eleições de 2014, um dos candidatos à presidência, questionado sobre suas propostas para a efetivação dos direitos da população LGBT, respondeu que "Aparelho excretor não reproduz" e, também, equiparou homossexualidade a pedofilia e doença mental, bem como convocou a "maioria" a ter coragem para enfrentar "essa minoria"[5].

Em evento no Clube Hebraica do Rio de Janeiro, no dia 03 de abril de 2017, um deputado federal afirmou em seu discurso: "Eu fui num quilombo. O afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas. Não fazem nada. Eu acho que nem para procriador ele serve mais. Mais de R$ 1 bilhão por ano é gasto com eles"[6].

No mesmo ritmo em que avançam os movimentos políticos e sociais pela afirmação dos direitos de grupos minoritários, cresce sistematicamente a visibilidade de discursos que incitam o ódio e a discriminação contra negros, índios, mulheres, homossexuais, transexuais, muçulmanos etc. De fato, a internet contribuiu para elevar a níveis antes inimagináveis o alcance e a propagação dos discursos que perpetuam estigmas contra minorias sociais[7].

Nesse contexto, os mesmos grupos minoritários que, por tantas vezes ao longo da história, socorreram-se à liberdade de expressão para reivindicar direitos passam a incluir em suas pautas demandas pela restrição dos usos abusivos dessa liberdade[8]. Um exemplo disso são as vozes dentro do movimento feminista que, nos últimos tempos, lançaram-se no combate à pornografia por considerar que ela incentiva a opressão e a violência contra mulheres[9]. Ocorre que proibir os discursos de ódio, principalmente com o emprego do Direito Penal, torna-se uma questão especialmente complexa e polêmica quando confrontada com as exigências de liberdade de expressão e de tolerância em um Estado Democrático de Direito.

A liberdade de externar a consciência individual no espaço público, manifestando ideias e opiniões, é um direito fundamental essencial a qualquer democracia. A partir da livre expressão do pensamento, os seres humanos desenvolvem a sua personalidade e exercem a sua autonomia. Ademais, a participação democrática dos cidadãos na arena política depende de condições adequadas ao livre embate entre as diferentes concepções de mundo. Para isso, os cidadãos não podem ter receio de sofrer punições pelo simples fato de assumirem determinada posição em um debate político.

Por outro lado, a tolerância também é uma exigência da democracia. A noção de tolerância política envolve a aceitação da participação política dos grupos aos quais nos opomos, permitindo que eles expressem ideias das quais discordamos[10]. De fato, não é necessário exigir tolerância entre os que pensam igual, e sim entre os que pensam diferente.

Diante disso, os debates acerca da proibição dos discursos de ódio expõem dilemas envolvendo o denominado "paradoxo da democracia". Uma democracia deve, obrigatoriamente, conviver com os discursos antidemocráticos? Deve tolerar que os intolerantes digam absolutamente qualquer coisa? A liberdade de expressão compreende a liberdade de insultar, humilhar, depreciar e propagar o ódio contra outras pessoas?

O presente artigo pretende contribuir para esse debate, analisando a incriminação dos discursos de ódio a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico. Para tanto, após estabelecer uma definição preliminar de discurso de ódio, apresentam-se os modelos de

restrição desses discursos adotados pela legislação e jurisprudência nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil. Em seguida, investiga-se, com enfoque especial no tipo penal definido pelo art. 20 da Lei 7.716/89, se os discursos de ódio ofendem autênticos bens jurídico-penais. A partir da identificação dos bens jurídicos ofendidos, busca-se estudar a estrutura típica do dispositivo em questão, a fim de estabelecer critérios de aplicação aptos a evitar uma excessiva restrição à liberdade de expressão[11].

2 Discurso de ódio: definição preliminar

O discurso de ódio, expressão traduzida do inglês hate speech, envolve "uma série de falas e dimensões excludentes, reflexos de preconceitos que vão se sobrepondo no decorrer da história" [12]. Essas diversas falas podem ser definidas a partir de três critérios: conteúdo da mensagem; uso típico e consequências.

a) Conteúdo da mensagem: Com base no primeiro critério, o discurso de ódio é aquele que expressa intensa antipatia por um grupo, ou por indivíduo a ele pertencente, quando esse grupo costuma ser distinguido em razão de determinadas características. Nessa linha, hate speech designa 'manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivada por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física, mental e orientação sexual' [13]. Para Simpson, um discurso será considerado de ódio sempre que transmitir desprezo por um grupo ou indivíduo baseado na sua identidade, independentemente de como é usado e de quais sejam os seus efeitos[14].

b) Uso típico do discurso: Conforme o segundo critério, discurso de ódio é aquele utilizado para difamar[15], incentivar, promover, propagar e justificar o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo e qualquer outra forma de ódio fundada na intolerância[16], bem como para atacar e subordinar outras pessoas, desqualificando-as como detentores de direitos[17]. Assim, 'esse discurso se caracteriza por incitar a discriminação contra pessoas que partilham de uma característica identitária comum'[18]. Brugger explica que o discurso de ódio possui dois usos típicos: insultar a vítima e incitar os demais a discriminá-la. Abrange, portanto, palavras, símbolos e gestos 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 a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas'[19].

c) Consequências do discurso: Segundo o terceiro critério, o discurso de ódio pode ser identificado por suas consequências deletérias para os indivíduos alvo do ataque. Nessa definição, o conceito compreende formas de expressão que provocam sentimentos de estresse, ansiedade, medo, humilhação, dor, vergonha e perda de dignidade em suas vítimas.

A expressão pode se referir a qualquer ato comunicativo verbal ou simbólico, incluindo insultos, apelidos raciais, retratações bestiais, epítetos, atos de assédio e perseguição, bem como alguns discursos políticos e religiosos extremistas, afirmações sobre a periculosidade de determinados grupos e convocações de unidade contra o grupo odiado [20]. Compreende, ainda, o uso de certos 'símbolos de ódio' (hate symbols), como suásticas e cruzes em chamas, e a proibição ou a exclusão dos grupos em determinados espaços por meio, por exemplo, de placas com os dizeres "apenas brancos" e "judeus não são bem-vindos"[21].

Na visão de Yong[22], essas definições de hate speech são demasiado amplas, pois abarcam diferentes tipos de discursos que causam diferentes tipos de dano. O autor identifica quatro categorias de discursos de ódio: 1) discriminação direcionada (insultos ou intimidação contra indivíduos determinados em razão de sua base identitária); 2) discriminação difusa (idêntica à hipótese anterior, porém contra indivíduos indeterminados); 3) defesa política organizada em prol de políticas de exclusão e/ou de eliminação (sustentação pública de políticas de limpeza étnica e repatriação forçada, por exemplo) e 4) outras assertivas de fato ou de valor que constituem um juízo adverso

sobre um grupo identitário definido (falas pejorativas que associem certos grupos raciais ou religiosos à criminalidade e à doença, por exemplo). Para Yong, o discurso (1) não está coberto pela liberdade de expressão e deve ser proibido; (2) e (3) estão cobertos, mas não protegidos, podendo ser restringidos e (4) está coberto e protegido, devendo ser livre.

Rosenfeld[23] diferencia o discurso de ódio em forma, cujo conteúdo discriminatório é evidente, do discurso de ódio em substância. Este último diz respeito a declarações ou mensagens codificadas que, embora concebidas para transmitir intenso desprezo, não veiculam insultos de forma explícita, como é o caso da negação do Holocausto. Segundo o autor, no bojo desse tipo de discurso, mostra-se problemático delimitar a fronteira entre o debate erudito, científico ou político e o fomento velado ao ódio racial. Por isso, é mais fácil justificar a proibição do discurso de ódio em forma, ainda que esse também não seja sempre utilizado de forma degradante que legitime a sua repressão.

O hate speech pode estar presente nas falas, nos diálogos e mesmo no próprio vocabulário[24]. Porém, segundo Waldron[25], os discursos de ódio que devem nos preocupar são aqueles que, por qualquer meio de divulgação, tornam-se parte do meio visível em que vivemos. Para o autor, o discurso só se torna particularmente danoso, produzindo efeitos duradouros, quando continua a ressoar mesmo após a "morte" da palavra dita.

Com efeito, o discurso de ódio é composto por dois elementos básicos: discriminação e externalidade. Trata-se, portanto, de "manifestação segrecionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor"[26]. Os atingidos são referidos como inferiores ou, nas palavras de Waldron, como indignos da mesma cidadania dos emissores dessa manifestação.

Diante disso, opta-se por definir discurso de ódio, em um primeiro momento, como o discurso que incentiva o ódio, o preconceito e a discriminação contra minorias sociais vulneráveis em razão de cor, etnia, religião, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, procedência nacional ou regional etc.[27]. Por conseguinte, o conceito abarca toda forma de expressão, verbal ou simbólica, que visa humilhar, depreciar, excluir ou oprimir determinados grupos sociais hipossuficientes.

A noção de discurso de ódio se inclui em uma categoria mais ampla que é a dos crimes de ódio, que faz referência a todas aquelas condutas criminosas, violentas ou não, motivadas por racismo, xenofobia, machismo, homofobia, transfobia etc. Os hate crimes se caracterizam pela eleição da vítima, local ou objetivo da infração em razão de sua, real ou aparente, conexão, simpatia, filiação, apoio ou pertencimento a um grupo identitário[28].

Ressalta-se que o discurso de ódio não se confunde com o discurso meramente inconveniente, "que veicula opinião minoritária, oposicionista ou ideologicamente oposta à de um grupo ou de uma maioria"[29]. Os discursos que aqui nos interessam são aqueles que, por seu conteúdo, opõem-se "às bases do sistema democrático e pluralista idealizado e forjado pela Constituição da República"[30].

3 Modelos de proibição do discurso de ódio

3.1 Estados Unidos

A liberdade de expressão, garantida pela primeira emenda à Constituição, é tida pela jurisprudência dos Estados Unidos como um direito fundamental quase que absoluto e hierarquicamente superior aos demais[31]. Como resultado, as leis penais norte-americanas tendem a proibir apenas a calúnia e a difamação contra indivíduos determinados, não punindo a injúria nem as ofensas praticadas contra grupos identitários[32].

Para os tribunais norte-americanos, só podem ser punidos os discursos políticos[33] que produzam um risco iminente de dano à ordem e à paz pública, isto é, que sejam capazes de conduzir a uma imediata reação violenta da audiência (fighting words)[34]. Há uma diferenciação entre o discurso que incita a violência e o discurso que incita o ódio e a discriminação, de forma que apenas o primeiro pode ser proibido[35].

Portanto, todo discurso político que não constitui um claro e concreto perigo de violência está incluído no âmbito do legítimo exercício da liberdade de expressão. Além desse parâmetro, as restrições mais facilmente admitidas são aquelas consideradas "neutras", ou seja, não relacionadas ao conteúdo do discurso, mas a circunstâncias de tempo, lugar e forma[36].

A fundamentação filosófica desse posicionamento pode ser encontrada na obra On Liberty, na qual o pensador inglês Stuart Mill defende a liberdade de expressão como meio de atingir a verdade. Os argumentos de Mill, de matriz liberal e utilitarista, podem ser assim sistematizados: a) como o ser humano é falível, não é possível afirmar de antemão, com absoluta certeza, a falsidade de uma ideia para excluí-la do debate; b) deve-se permitir que mesmo as ideias falsas sejam defendidas, como uma forma de testar e fortalecer as ideias verdadeiras e c) não é recomendável confiar aos governos o poder de suprir ideias do debate público, ainda que com o aval da vontade da maioria[37].

Daí que a doutrina norte-americana da liberdade de expressão defende a promoção de um "mercado livre de ideias", no qual qualquer ideia, por mais odiosa e extremista, pode ser livremente debatida. Nessa visão, o discurso de ódio só pode ser combatido com mais discurso, não sendo proveitoso inviabilizá-lo ou relegá-lo à invisibilidade por meio de proibições[38]. Assim, o que se deve fazer perante os discursos intolerantes e antidemocráticos é permitir que venham à esfera pública para que, aos serem confrontados com outros discursos mais racionais, percam a sua força persuasiva.

Essas diretrizes, aplicadas até as últimas consequências pelas Cortes norte-americanas, levaram à declaração de inconstitucionalidade de leis que criminalizavam as mensagens de ódio e produziram alguns precedentes importantes:

Em 1969, a Suprema Corte norte-americana reverteu a condenação por apologia ao crime de líder da Ku Klux Klan em Ohio que organizou um encontro, transmitido ao público pela televisão, no qual pessoas encapuzadas queimavam cruzes e proferiam discursos contra negros e judeus. Na filmagem, o referido líder afirma que 'os crioulos (nigger) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel', além de dizer que, se a raça caucasiana continuasse a ser prejudicada, a Ku Klux Klan iria se vingar[39].

Em 1978, a Suprema Corte de Illinois autorizou e assegurou proteção policial para uma passeata organizada pelo Partido Nacional-Socialista da América, em que as pessoas usariam uniformes militares nazistas e portariam bandeiras com suásticas. A passeata ocorreria no município de Skokie, no subúrbio de Chicago, cuja maioria da população era formada por judeus e sobreviventes do Holocausto[40].

Em 2011, a Suprema Corte manteve decisão em desfavor do pai de um fuzileiro morto durante a ocupação do Iraque, que pedia indenização em razão de um piquete realizado pela Westboro Baptist Church em frente ao local em que o filho era velado. O grupo religioso afirmava em seu ato que a culpa pela morte de soldados é dos Estados Unidos e das forças armadas que atraíram a ira de Deus ao tolerarem a homossexualidade[41].

Apesar de amplamente majoritária, a tese que concede proteção constitucional ao discurso de ódio não é unânime nos Estados Unidos, sendo questionada pelos autores conhecidos como outsiders (Catharine Mackinnon, Mary Matsuda, Richard Delgado, Charles Lawrence, dentre outros)[42]. Esses autores, de maneira geral, trazem para o debate a preocupação em compatibilizar a liberdade de expressão com o princípio da igualdade, previsto pela 14ª Emenda da Constituição americana.

3.2 Alemanha

A memória recente do Holocausto, que teve como um de seus fatores a propaganda oficial de ódio contra judeus, ciganos e outras minorias, fez com que a Alemanha engajasse sua legislação e jurisprudência no sentido de coibir e punir o discurso de ódio[43-44].

A liberdade de expressão está consagrada no art. 5.1 da Lei Fundamental alemã e, apesar de sua inegável importância, é tida como um direito fundamental como qualquer outro, não preponderando, no plano abstrato, sobre os demais. Assim, os tribunais alemães estão atentos à necessidade de ponderar a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, empregando o princípio da proporcionalidade à luz da centralidade conferida pela ordem jurídica à dignidade da pessoa humana[45].

Nessa linha, o Tribunal constitucional alemão desenvolveu as seguintes regras de ponderação a serem aplicadas nos casos concretos: a) caso haja manifestação de opinião que constitua insulto, o direito da personalidade prevalecerá; b) caso haja afirmação de fato, a liberdade de expressão não prevalecerá sobre o direito à personalidade se a afirmação for falsa e c) mesmo no caso em que a informação de fato seja verdadeira, há que se considerar o interesse público pela divulgação da informação[46].

O Código Penal alemão (StGB) pune em seu § 185, com pena de prisão de até um ano ou multa, o insulto coletivo ou difamação de grupos, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) o grupo atacado deve ser um grupo pequeno; b) as características desse grupo devem diferir das do público em geral; c) o ataque deve ser dirigido a todos os membros do grupo e não a seus membros individualmente e d) o ataque deve se fundar em característica inalterável ou atribuída pelo público em geral e não pelo próprio grupo (p. ex. étnicas, raciais, físicas, mentais etc.)[47].

Já o § 130 do Código Penal tipifica a incitação ao ódio contra setores da população, especialmente contra grupos identificados pela nacionalidade, raça, religião ou origem étnica, e a proposição de medidas violentas ou arbitrárias contra eles. A pena é de prisão de três meses a cinco anos. A doutrina indica como bem jurídico protegido a "paz pública", aduzindo que o objetivo do dispositivo é evitar um clima favorável a crimes de ódio[48]. Contudo, a configuração do tipo penal não depende do perigo claro e iminente de dano, como ocorre nos Estados Unidos, satisfazendo-se com o perigo abstrato[49].

O § 130.3, por sua vez, pune com pena de prisão de até cinco anos ou multa o discurso que promova a denominada "mentira de Auschwitz", isto é, a aprovação, negação ou minimização, em público ou em reunião e de forma capaz de perturbar a paz pública, do genocídio cometido sob o Nacional Socialismo[50]. Brugger diferencia a modalidade "simples" do delito, que se reduz à afirmação de que o Holocausto não ocorreu ou de que não ocorreu na magnitude relatada, e a modalidade "qualificada", em que a negação é "acompanhada por conclusões normativas adicionais ou por chamamentos à ação"[51]. Conforme observa Rosenfeld, a criminalização da negação do Holocausto "simples" desperta polêmicas envolvendo a adequada diferenciação entre opinião e fato, bem como em relação aos limites da liberdade acadêmica e científica[52].

Com efeito, Estados Unidos e Alemanha adotam modelos diametralmente opostos no que diz respeito à proibição do discurso de ódio. Essa diferença pode ser atribuída, em parte, ao reconhecimento, pela doutrina constitucional alemã, da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Nessa visão, os direitos e garantias constitucionais, inclusive o direito à igualdade, vinculariam não apenas o Estado, mas também, ainda que em menor medida, os particulares. Para o pensamento norte-americano, alheio a essa ideia, apenas a discriminação e o preconceito que se tornam política oficial de Estado violam a Constituição, sendo indiferentes quando praticados pelos particulares[53].

Nota-se que o modelo norte-americano é isolado no cenário internacional, tendo em

vista que a proibição do hate speech é admitida na grande maioria dos países. Assim, países como Canadá, França, Espanha e Inglaterra, entre vários outros, possuem leis que, de alguma maneira, criminalizam discursos de ódio[54].

4 Restrições à liberdade de expressão no Direito Penal brasileiro

No Brasil, as restrições penais à liberdade de expressão não são uma novidade trazida pela temática da criminalização do discurso de ódio, conforme demonstram os tipos penais de incitação ao crime (art. 286 do CP), apologia de crime ou criminoso (art. 287 do CP), induzimento ou instigação ao uso indevido de droga[55] (art. 33, § 2º, da Lei 11.343/2006), induzimento ou instigação ao suicídio (art. 122 do CP), divulgação de segredo e violação de segredo profissional (art. 153 e 154 do CP), divulgação de fato inverídico em propaganda eleitoral (art. 323 do Código Eleitoral), ultraje a culto (art. 208 do CP), ato, escrito ou objeto obsceno (art. 233 e 234 do CP), desacato[56] (art. 331 do CP), calúnia (art. 138 do CP e art. 324 do Código Eleitoral), difamação (art. 139 do CP e art. 325 do Código Eleitoral) e injúria (art. 140 do CP e art. 326 do Código Eleitoral), entre outros.

De forma mais evidente, a Lei 7.170/1983, última a definir, no período da ditadura militar, os crimes contra a Segurança Nacional, proibia a propaganda pública de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa, de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social e de guerra (art. 22). Previa como crime, ainda, a incitação à subversão da ordem política ou social, à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis e à luta com violência entre as classes sociais (ar. 23)[57].

O Brasil é signatário de documentos internacionais que recomendam a restrição da liberdade de expressão com vistas a combater os discursos de incitação ao ódio e à discriminação. Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece a todos o direito à proteção legal contra qualquer incitamento à discriminação (art. 7º) e contra ofensas a sua honra e reputação (art. 12). A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto 65.810/1969, estabelece o compromisso de que os Estados-partes declarem delitos puníveis por lei a difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais e qualquer incitamento à discriminação racial (art. IV, a). Já a Convenção Americana de Direitos Humanos dispõe que "A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência". A mesma disposição consta do art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto 592/1992.

A Constituição brasileira assegura a livre manifestação do pensamento e a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, incisos IV e IX), mas também garante a inviolabilidade da honra, imagem e privacidade das pessoas (art. 5º, inciso X). Por outro lado, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, inciso III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como seu objetivo (art. 3º, inciso IV). Além de garantir o direito à igualdade (art. 5º, caput), dispõe que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, inciso XLI) e que "a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5º, inciso XLII).

Por certo, as recomendações de incriminação extraídas das convenções internacionais e do texto constitucional, ainda que formuladas semanticamente como mandados, não obrigam o legislador ordinário a criminalizar o discurso de ódio[58]. Afinal, cabe ao legislador os juízos de necessidade e utilidade da intervenção penal, não tendo a Constituição e as cartas internacionais de direitos a função de regular a conduta dos indivíduos. Todavia, os dispositivos supracitados indicam a possibilidade, em tese, de

uma responsabilização a posteriori em concreto, inclusive criminal, pelos excessos e abusos no exercício da liberdade de expressão, vendando-se a censura prévia em abstrato (art. 220, § 2º, CR)[59].

De fato, o direito brasileiro se afasta do modelo norte-americano, alinhando-se aos vários países que punem determinados discursos de ódio. Uma demonstração disso é a Lei 9.459/1997 que acrescentou o § 3º ao art. 140 do Código Penal, instituindo a figura da injúria qualificada, cuja pena é de reclusão de um a três anos e multa[60]. O crime consiste em ofender a honra subjetiva de uma pessoa determinada, utilizando-se de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa[61] ou portadora de deficiência. O Supremo Tribunal Federal, provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade desse dispositivo, entendeu que o repúdio ao discurso de ódio está em conformidade com os limites impostos à liberdade de expressão pelos princípios da igualdade e da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas[62].

Mais relevante para os fins deste trabalho é o art. 20, caput, da Lei 7.716/1989, com redação dada pela Lei 9.459/97, que tipifica: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião[63] ou procedência nacional". A pena prevista é de reclusão de um a três anos e multa e, diferentemente do crime de injúria qualificada, os dizeres não precisam ser dirigidos a uma pessoa determinada[64]. O § 1º do referido artigo pune, com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa, a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Por fim, o § 2º prevê modalidade qualificada do crime previsto no caput, quando praticado por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, punido com pena de dois a cinco anos de reclusão e multa[65].

No ano de 2003, o Supremo Tribunal Federal julgou o Habeas Corpus 82.424/RS referente ao conhecido "caso Ellwanger". O escritor e editor gaúcho, Siegfried Ellwanger, foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89 por ter distribuído livros, escritos por autores nacionais e estrangeiros, que divulgavam mensagens antissemitas. Na oportunidade, o STF manteve a condenação de Ellwanger, aduzindo que "O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra"[66]. Embora o Brasil não criminalize, como na Alemanha, a simples negação, minimização ou aprovação do Holocausto, a Corte brasileira entendeu que há crime quando a revisão histórica é utilizada para "incutir ódio, discriminação e distinção em relação a categorias de pessoas"[67].

O Projeto de Lei 122/2006, apelidado de "Projeto de Criminalização da Homofobia"[68], pretendia alterar o art. 140, § 3º, do Código Penal e a Lei 7.716/89 para incluir a discriminação e o preconceito de gênero, orientação sexual e identidade de gênero[69]. Criticado pela bancada religiosa no Congresso, por supostamente violar as liberdades de expressão e religiosa, o projeto acabou apensado ao Projeto de Novo Código Penal (PLS 236/2012). Tramita, atualmente, na Câmara dos Deputados, projeto que visa definir os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos voltados a coibi-los (PL 7.582/2014)[70].

Em relação ao art. 20, caput, da Lei 7.716, a redação atual, ao falar em procedência nacional e não em origem como o art. 140, § 3º, do Código Penal, exclui o preconceito e a discriminação em razão de procedência regional. Apesar disso, nos recentes episódios de discursos de ódio contra os nordestinos em geral, o Ministério Público tem oferecido denúncia e o Poder Judiciário tem condenado pela prática desse crime. Ocorre que a aplicação do dispositivo a esses casos configura, a toda evidência, analogia in malam partem.

Observa-se, ainda, que o art. 20, caput, da Lei 7.716/89, em contraste com as legislações de outros países e as convenções internacionais, não utiliza o termo ódio e

sim os termos discriminação e preconceito. Sabe-se que o preconceito é uma opinião ou ideia preconcebida, que pode, em alguns casos, resultar em aversão irracional a algo ou alguém. Como preconceito alude a uma predisposição psíquica, Silva afirma que apenas a discriminação pode ser proibida, porquanto constitui uma prática ofensiva ao direito à igualdade. Assim, a discriminação, diferentemente do preconceito, "por se manifestar em uma conduta, ou na vontade exteriorizada do homem, projetada no mundo, pode ser regulada pelo direito".[71]

Em verdade, o tipo penal em questão é excessivamente abrangente, aberto e vago, abarcando as mais diversas condutas que, na Alemanha, estão distribuídas em, pelo menos, três tipos penais próprios. Ademais, a presença, ao lado de "induzir" e "incitar", do verbo-núcleo "praticar" faz, em um primeiro momento, com que o dispositivo alcance todas as condutas incriminadas pelos demais tipos legais elencados do art. 3º ao 14 da lei[72]. Por isso, esse tipo penal é tratado como figura subsidiária ou residual[73], o que não afasta por completo os problemas decorrentes da sua amplitude.

5 As palavras podem ferir?

Há um antigo provérbio infantil em inglês que diz: "Paus e pedras podem quebrar meus ossos, mas palavras jamais vão me ferir"[74]. A concepção de que os discursos de ódio não prejudicam ninguém tem como consequência incluí-los na categoria das meras imoralidades, das quais o Direito não pode se ocupar[75]. No estágio atual, não é mais tarefa do Direito, e sim da Moral, tornar as pessoas melhores e afastá-las do mal.

Na visão de Butler, as palavras podem nos ferir porque somos seres linguísticos que precisam da linguagem para existir. Para a autora, a vulnerabilidade do ser humano diante da linguagem é uma consequência de sua própria constituição linguística.[76] A linguagem é uma prática social cotidiana que conforma de diferentes formas a realidade em que as pessoas vivem. Por conseguinte, o discurso não é apenas representação da realidade, mas também construção, reprodução e desconstrução dessa realidade, inclusive no que toca às estruturas sociais de dominação e subordinação[77].

Nesse quadro, Foucault não vê o discurso como o "elemento transparente ou neutro em que a política se pacifica", mas como o instrumento de poder por meio do qual a política exerce, de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes[78]. Segundo o autor, a história ensina que o "discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou sistemas de dominação, mas aquilo por que e pelo que se luta, o poder do qual queremos nos apoderar"[79].

Na análise de Austin[80], o ato de fala não se reduz à enunciação de palavras com significado. Para além desse caráter locutório, o ato de fala também pode revelar, desde que presentes as condições adequadas, dimensões ilocutórias e perlocutórias. A dimensão ilocutória se manifesta quando o enunciado se realiza pela fala, isto é, o próprio ato de fala já concretiza um agir (prometer, informar, ameaçar etc.). A dimensão perlocutória ou performativa, por sua vez, vincula-se aos efeitos da fala sobre a audiência (convencer, induzir, instigar, ofender etc.). As dimensões ilocutória e perlocutória demonstram que os discursos são capazes de agir sobre o mundo.

Por certo, a linguagem é veículo de definição de identidades e diferenças na sociedade, o que evidencia o poder que os discursos têm de estigmatizar, excluir e oprimir. Daí serem as palavras capazes de exercer diretamente um tipo pouco visível de violência, a dita simbólica[81]. A identificação dessa violência nas sociedades multiculturais de hoje exige que se compreenda o contexto histórico e social em que ela se desenvolve, bem como que se dê voz a suas vítimas e se faça ouvir os relatos de suas experiências[82].

Para Waldron[83], a "poluição ambiental" produzida pelos discursos de ódio atinge a garantia que deve ser dada a todos os cidadãos de uma "sociedade bem ordenada", conforme definição emprestada do filósofo John Rawls, de que o seu status de dignidade está assegurado. Com efeito, esses discursos perpetuam as hierarquias sociais baseadas na identidade ao reforçar a convicção de que as posições subalternas historicamente

atribuídas a determinadas minorias se mantêm válidas e aplicáveis. Por isso, o autor defende que é preciso "limpar" o ódio visível na esfera pública, a fim de garantir que os grupos vulneráveis sigam suas vidas livres do medo, da discriminação e da humilhação.

Por outro lado, Eribon destaca que há um continuum linguístico e social entre o discurso de ódio e as práticas de discriminação: "entre o insulto 'negro imundo' e as leis que proíbem os casamentos inter-raciais nos Estados Unidos nos anos sessenta há uma continuidade perfeita e evidente"[84] (tradução nossa). A mesma relação pode ser feita, por exemplo, entre os discursos higienistas que promulgavam que os negros eram transmissores de doenças e os banheiros de uso exclusivo da população branca, tão comuns no segregacionismo norte-americano e no apartheid sul-africano. De fato, a escravidão, o segregacionismo, a perseguição contra ciganos e judeus, o apedrejamento de mulheres e homossexuais pelo talibã etc., antes de serem práticas consolidadas, foram também uma ideia defendida[85].

No mesmo sentido, Mackinnon explica que a discriminação é criada e aplicada a partir das palavras, uma vez que a hierarquia social não existe senão incorporada em significados e expressa pela comunicação[86]. A autora questiona a lógica em punir uma ofensa quando dirigida contra um indivíduo, mas não quando dirigida contra um grande grupo de pessoas[87]. Afinal, não há diferença entre um cartaz escrito nigger die em um local público e um bilhete enviado a uma pessoa negra com os mesmos dizeres que justifique o primeiro ser considerado liberdade de expressão política e o segundo crime de ameaça.

Segundo Matsuda[88], os discursos de ódio, sejam dirigidos a pessoas determinadas ou indeterminadas, destroem a autoestima e o autorrespeito das suas vítimas, que acabam, ainda que inconscientemente, tomando os repetidos insultos como verdadeiros. Isso leva a um sentimento de impotência diante da agressão, tornando mais difícil para as vítimas confrontar de maneira igual e equilibrada os emissores das mensagens de ódio.

Por isso, Fiss chama a atenção para o efeito silenciador que o discurso de ódio exerce sobre grupos que, tradicionalmente, já são vulneráveis. O autor defende a necessidade de silenciar a voz de alguns, especificamente daqueles que estão inibindo o debate público, para que possam ser ouvidas as vozes dos outros[89]. A omissão do Estado nesse tocante, em uma sociedade marcada pela subalternização e opressão de determinados grupos, constitui postura em favor da manutenção dos privilégios dos grupos hegemônicos[90].

Os privilégios e as desvantagens sociais afetam a acessibilidade dos indivíduos aos debates públicos, de forma que a capacidade das vozes de serem ouvidas e o seu potencial de convencimento estão sujeitos a critérios desiguais que nada tem a ver com a qualidade dos argumentos. Logo, o "mercado livre de ideias" de que tanto falam autores como Dworkin é um modelo ideal e abstrato que não se verifica na realidade concreta ou, pelo menos, não para as minorias historicamente vulneráveis. Por outro lado, ainda que se verificasse, será que as experiências práticas justificam o otimismo em confiar cegamente que a racionalidade e as melhores ideias prevaleceriam nesse livre mercado?

A dimensão perlocutória ou performativa dos discursos de ódio não pode ser desprezada, tendo em vista a relação entre a sua difusão e as estatísticas de crimes de ódio. De fato, os discursos racistas são uma forma de propaganda que visa insensibilizar e persuadir consumidores, sobretudo em períodos de crise econômica, a comprar um produto que, pelo menos nos Estados Unidos, ainda pode ser livremente vendido: o ódio racial[91]. Conforme assevera Prates, "Não precisamos ir até o Holocausto judaico para comprovarmos o poder perverso que as palavras podem desvelar", bastando lembrar o caso de Ruanda, em que a difusão de ódio contra a etnia Tutsi, por meio de jornal, rádio e televisão, foi assimilada a tal nível pelos Hutus que incitou um verdadeiro genocídio[92].

Nesse cenário, não faz sentido insistir na prevalência da liberdade de expressão daqueles

que proferem discursos de ódio, em detrimento dos interesses daqueles que são atacados, sob o argumento de que esse é o preço que se deve pagar para viver uma democracia. Há que se ter em mente que tais "custos da democracia" estão distribuídos de maneira desigual na sociedade, não sendo justo exigir que as minorias continuem a carregar o pesado fardo da manutenção da tolerância ilimitada[93].

6 Se, quando e como o discurso de ódio ofende bens jurídico-penais

Como visto acima, os discursos de ódio não são "apenas palavras", mas já constituem um agir capaz de ferir tanto quanto "paus e pedras", o que justifica certas restrições, nesse âmbito, à liberdade de expressão. A questão que agora se coloca é se o Direito Penal pode, ao menos em tese, jogar algum papel nessa restrição. A resposta a essa questão passa, em nosso sistema jurídico, pela identificação dos bens jurídicos[94] ofendidos pelo discurso de ódio.

Conforme explicita Sarmento, "as manifestações de ódio, preconceito e intolerância tendem a provocar uma babel de sentimentos negativos nas suas vítimas – angústia, revolta, medo, vergonha"[95]. Todavia, por essa perspectiva, o tema da criminalização do discurso de ódio reascende a antiga polêmica sobre se o Direito Penal deve se ocupar do menoscabo a sentimentos[96]. Ainda na década de 1970, a dogmática alemã foi responsável por assentar o entendimento de que "meros sentimentos" não constituem bens jurídico-penais, uma vez que não caberia ao Direito Penal afastar dos cidadãos as emoções negativas[97].

Segundo Roxin, o único sentimento passível de tutela penal é o sentimento de segurança. Assim, o crime de incitação ao ódio e à discriminação de parcelas da população, por razões étnicas, religiosas ou de orientação sexual, justifica-se por ser "tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade livre de medo"[98]. Contudo, uma proteção penal de sentimentos que vá além dessas balizas é incompatível com uma sociedade multicultural e tolerante.

Para H rnle, a grande maioria dos crimes produz nas pessoas reações psicológicas desagradáveis (frustração, decepção, ressentimento etc.), mas apenas em relação àqueles delitos nos quais não é possível vislumbrar violação a direitos de terceiros é que se pode afirmar que a proibição penal se volta exclusivamente à tutela de sentimentos[99]. Assim, para a autora, a incitação a medidas violentas ou arbitrárias contra partes da população (tipificado, como visto, pelo § 130 do Código Penal alemão) expõe a perigo bens jurídicos como a vida, a liberdade e a propriedade dos grupos visados[100]. Porém, a criminalização da utilização de símbolos nazistas e da negação do Holocausto (§ 86a e § 130.3 do Código Penal alemão) serve apenas a evitar a indignação e a comoção social decorrentes da quebra de "tabus modernos" da sociedade alemã[101]. H rnle afirma que tais condutas, em geral, praticadas por pessoas isoladas ou por grupos e movimentos parcamente organizados, não podem ser legitimamente tipificadas com base na alegação de que produzem um longínquo perigo indireto para o Estado Democrático de Direito[102].

Na visão de Feinberg, o uso público de símbolos do nazismo e da K.K.K, apesar de não causar danos permanentes aos interesses de outras pessoas, é conduta apta a incutir estados mentais indesejados, tais como medo, ansiedade, vergonha e incômodo. Tais símbolos insultam, afrontam, ameaçam e incitam a violência, pois estão ligados a atrocidades cometidas na História recente. Logo, a proibição penal da suástica e da cruz em chamas, por exemplo, não viola a liberdade de expressão, uma vez que são utilizadas não com o propósito de participação no debate democrático, mas de chocar, ofender, aterrorizar e intimidar, inexistindo qualquer valor social em permiti-los[103].

Roxin afirma que a incriminação da negação ou minimização do genocídio cometido durante o regime nazista é meramente simbólica e ilegítima, porquanto não serve à proteção de bens jurídicos. O autor define como simbólicas as leis que "não são necessárias para a convivência pacífica", mas perseguem fins extrapenais, por exemplo, tranquilizar o eleitorado e criar uma boa imagem do Estado. Assim, a "negação total ou

parcial de fatos históricos que não supõem uma aprovação do delito não prejudica a vida em comum das pessoas vivas, sobretudo porque os fatos já estão provados e sua realidade histórica é geralmente reconhecida"[104].

Deve-se evitar classificar os discursos de ódio como crimes contra a paz pública, como o faz o Código Penal alemão. A doutrina define a paz pública como o sentimento de segurança coletiva, ou seja, a avaliação subjetiva de um número indeterminado de pessoas acerca da segurança jurídica geral numa dada sociedade. Nessa conceituação, a paz pública é uma abstração impalpável e alheia aos dados da realidade, apta, portanto, a embasar a criminalização de condutas completamente inofensivas do ponto de vista objetivo[105].

Com efeito, a proibição penal de condutas que afetam apenas sentimentos é expediente inadmissível, fazendo-se necessário investigar a existência de bens jurídico-penais subjacentes a cada uma das figuras típicas que, à primeira vista, aparentam estar voltadas à tutela de sentimentos[106]. Portanto, caso não se identifique, para além do mero sentimento, a presença de ofensa a um autêntico bem jurídico-penal, a criminalização da conduta é infundada. Em geral, noções abstratas e imprecisas como paz pública, ordem pública e segurança pública ocultam por trás de si autênticos bens jurídicos individuais[107].

De antemão, salienta-se que a dignidade humana não pode ser indicada como o bem jurídico ofendido pelas mais variadas modalidades de discursos de ódio. A dignidade humana não constitui, em si mesma, um bem jurídico-penal, mas é o fim último do sistema jurídico em um Estado Democrático de Direito e o fundamento da ordem constitucional brasileira[108]. Desse modo, a dignidade humana integra, em tese, a ratio legis das normas jurídicas e do Direito como um todo e tem como função orientar a postulação dos bens jurídico-penais, não podendo ser confundida com o bem jurídico ofendido pela conduta criminosa. Além disso, considerando a amplitude da noção e a dificuldade de conceituar, em concreto, o que se entende por dignidade humana, há o risco de que o recurso à expressão seja banalizado, convertendo-se em mero instrumento retórico apto a justificar toda e qualquer incriminação.

A nosso ver, condutas tipificadas pelo art. 20 da Lei 7.716/89 afetam bens jurídicos concretos de "pessoas de carne e osso", podendo-se identificar como bens ofendidos:

Honra[109]: O discurso de ódio atinge a honra subjetiva, no que se refere à autoestima pessoal, dos membros de grupos sociais historicamente fragilizados. De uma forma muito semelhante ao que ocorre com práticas como o bullying, os insultos contra minorias vulneráveis podem causar dor e sofrimento mental, bem como 'desencadear verdadeiras crises de identidade em suas vítimas'[110]. Certo é que 'a autoestima é um bem absolutamente fundamental para o indivíduo, que se conecta não só ao seu bem-estar psíquico, mas à sua própria capacidade de eleger e de perseguir autonomamente os seus planos de vida'[111]. Além disso, a honra objetiva dos indivíduos também é ofendida, pois a repetição dos insultos 'acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas têm dos integrantes destes grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos'[112]. Assim, ofendem esse bem jurídico-penal, falas como: 'índios são preguiçosos e inúteis', 'muçulmanos são terroristas', 'quilombolas são animais que não servem nem para procriar', 'nordestino não é gente' e 'homossexuais são doentes e pedófilos', sendo que as duas últimas não estão tipificadas pelo art. 20 da Lei 7.716/89. Nota-se que as condutas abarcadas pela previsão da lei específica se diferenciam das abarcadas pelo art. 140, § 3º, do Código Penal por se dirigirem contra a honra de pessoas indeterminadas. O art. 140, § 3º, do Código Penal exige a produção de um dano efetivo para o bem jurídico de pessoa determinada. Já o art. 20 da Lei 7.716/89 se satisfaz com a produção de um perigo de dano para bem jurídico individual de uma pluralidade de pessoas indeterminadas, ou seja, trata-se do que se denomina de crime de perigo comum. Nesse caso específico, como o resultado de perigo não foi inserido pelo legislador como elemento expresso do tipo penal, estamos diante de crime de perigo abstrato e não concreto. Essa análise revela a desproporcionalidade entre as

penas fixadas para os dois delitos em questão: um crime de dano e um crime de perigo abstrato punidos com pena idêntica, a despeito da diferença na gravidade dos resultados exigidos por cada tipo penal[113]. Ressalta-se que, naqueles casos em que um mesmo insulto que utiliza elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem, além de causar dano à honra da pessoa determinada a que é dirigido, também reflete nas honras individuais dos demais membros do grupo identitário, haverá concurso formal entre os crimes previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal e art. 20 da Lei 7.716/89. Isso porque o dano sofrido por um dos membros do grupo identitário não exaure o potencial lesivo da conduta proibida, o que afasta os princípios do concurso aparente de normas e determina a aplicação do concurso de crimes[114].

Liberdade: O discurso de ódio, muitas vezes, intimida os indivíduos atacados, fazendo com que eles não se sintam seguros o suficiente para se manifestar livremente na esfera pública. Logo, o potencial que esses discursos têm de silenciar suas vítimas perante uma situação de opressão é contraproducente para o livre desenvolvimento do debate democrático. De fato, falas como 'lésbicas merecem ser estupradas' e o uso da suástica nazista em defesa do antissemitismo ofendem o bem jurídico-penal liberdade psíquica (liberdade de escolher fazer, deixar fazer ou deixar de fazer), assim como se dá com o crime de ameaça. Afinal, ao incutir medo nas mulheres homossexuais e na comunidade judaica, tais condutas podem lhes obstruir o livre exercício da autonomia e o desenvolvimento da personalidade na esfera pública. Apesar disso, como já dito, o discurso de ódio contra lésbicas é atípico e o uso da suástica nazista com o fim de divulgar o nazismo é tipificado pelo art. 20, § 1º, da Lei 7.716/89. Observa-se que o crime de ameaça (art. 147 do Código Penal) se diferencia do crime do art. 20 da Lei 7.716/89 pelo fato da fala ameaçadora se direcionar a uma pessoa determinada e não a uma pluralidade de pessoas indeterminadas provenientes de um grupo identitário vulnerável. Essa comparação, mais uma vez, revela a falta de razoabilidade do legislador na previsão de penas: o crime de ameaça, que é de dano à liberdade psíquica, é punido com pena de 1 a 6 meses ou multa, consideravelmente inferior às penas do art. 20 da Lei 7.716/89, que alcança condutas que expõem a perigo abstrato a liberdade psíquica de pessoas indeterminados. Aqui cabem as mesmas considerações feitas acima a respeito da possibilidade de concurso de crimes. O discurso de ódio também pode revestir a estrutura de uma incitação ao crime e à violência, como ocorre com a já referida fala 'Faça um favor a SP: mate um nordestino afogado'[115]. A incitação de pessoas indeterminadas à prática de crime de ódio por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional configura o crime do artigo 20 da Lei 7.716/89[116]. O bem jurídico afetado dependerá do tipo de crime incitado, podendo ser a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio etc. A previsão da lei extravagante afasta a aplicação do art. 286 do Código Penal, que tipifica a incitação ao crime, punida com pena de três a seis meses ou multa. Apesar da discrepância entre as penas, ambos os crimes são de perigo abstrato, mais especificamente de preparação[117]. O crime do Código Penal, diferentemente da incitação ou instigação à crime de ódio, reserva-se apenas às hipóteses de incitação pública à prática de crime determinado e não genérico[118].

Igualdade: Os discursos de ódio podem incentivar e estimular que outras pessoas também discriminem os integrantes do grupo social atacado, frustrando as pretensões de constituição de uma sociedade mais igualitária e livre do preconceito. Por certo, tais falas promovem o desprezo pelas suas vítimas e potencializam o seu ostracismo social. Ademais, a constante desumanização e ridicularização de minorias insensibiliza a população, gradualmente, perante situações de grave violação a direitos fundamentais desses grupos. Com efeito, os discursos de ódio 'criam um ambiente que reforça o preconceito, mesmo entre indivíduos equilibrados que provavelmente nunca chegariam ao ponto de expressarem-se de forma violenta contra minorias'[119]. Assim, da mesma forma que as condutas descritas nos artigos 1º ao 13 da Lei 7.716/89, a indução ou incitação de pessoas indeterminadas à prática de condutas descritas nesses tipos ofende o bem jurídico-penal individual 'igualdade', titularizado por uma pluralidade de pessoas indeterminadas pertencentes a determinado grupo identitário. É o caso, por exemplo, de declarações que instiguem estabelecimentos educacionais privados a não admitirem

alunos e alunas transexuais nem a contratarem professores homossexuais. Tais condutas, embora ofensivas, não estão tipificadas pela Lei 7.716/89 por ausência de referência à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. No entanto, as mesmas declarações, caso dirigidas contra refugiados haitianos, por exemplo, incidiriam na previsão legal, por se tratar de discriminação por procedência nacional. Observa-se que, também em relação às condutas que afetam o bem jurídico 'igualdade', o art. 20 da Lei 7.716/89 se estrutura sob a forma de delito de preparação[120]. Os crimes de preparação descrevem condutas que, não obstante incapazes de gerar, sozinhas, dano efetivo ou perigo concreto de dano para o bem jurídico, podem servir de base para a prática de fatos ofensivos a bens jurídicos[121]. De fato, as condutas voltadas direta e mediatamente a determinar ou instigar outras pessoas a praticar condutas ofensivas, em razão de seu claro caráter de contribuição delitiva, produzem um perigo proibido de dano a bens jurídicos. Todavia, verifica-se, mais uma vez, a desproporcionalidade das penas previstas pelo legislador, uma vez que ao crime de perigo e preparatório previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89 é cominada pena idêntica à prevista para condutas danosas, situadas em fases mais avançadas do iter criminis. Daí que, por exemplo, aquele que incita à criação de elevadores separados para negros e brancos nos edifícios e aquele que impede uma pessoa negra de utilizar o elevador social (art. 11) estão sujeitos à mesma pena restritiva de liberdade.

A tipificação do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, como de qualquer crime de perigo abstrato, depende de dois requisitos: 1) idoneidade da conduta para causar dano ao bem jurídico e 2) não insignificância dessa possibilidade de dano ao bem jurídico. Ademais, deve-se ter em conta, para a definição do que seria um "risco não insignificante", que quanto mais grave o possível dano, menos provável ele precisa ser; e quanto mais provável o dano, menos grave ele precisa ser.[122]

Tais requisitos devem ser averiguados conforme as circunstâncias do caso concreto, levando-se em consideração, principalmente, o sujeito que profere o discurso, o lugar em que é proferido, o meio pelo qual foi difundido, o grupo atacado pelo discurso, a audiência à qual ele se destina e o contexto histórico, social e cultural que circundam o ato de fato. Logo, por exemplo, um mesmo discurso pode se apresentar como apto a incitar à discriminação quando proferido perante uma audiência composta por crianças e adolescentes, mas não quando proferido perante pessoas maiores e capazes de refletir criticamente a respeito das ideias expostas.

Além disso, a vulnerabilidade fática do grupo identitário atacado pelo discurso de ódio é indispensável ao reconhecimento da periculosidade não insignificante de dano aos bens jurídicos acima identificados[123]. Isso porque o efeito silenciador, intimidador e perpetuador de hierarquias sociais é, praticamente, exclusivo do discurso de ódio contra minorias, que também se apresenta potencialmente mais danoso à autoestima das suas vítimas.

Por outro lado, é preciso ter em conta a distinção entre discurso de ódio e discurso meramente censurável, isto é, aquele discurso que, embora reprovável, intolerante e preconceituoso, não se volta preponderantemente a incitar ao ódio e à discriminação contra grupos hipossuficientes. Dessa forma, por exemplo, os discursos ultrajantes e depreciativos que se apresentam idôneos a transmitir uma ideia relevante ao exercício da liberdade de expressão política, científica, artística ou religiosa devem, em princípio, serem tolerados. A intervenção penal deve se reservar àqueles casos em que sequer se pode falar em autêntico discurso, entendido como diálogo intersubjetivo, pois o propósito de promover o medo, a violência psicológica e a discriminação predomina sobre eventual conteúdo comunicativo da mensagem.

No mais, destaca-se que a ofensividade a bens jurídico-penais, apesar de condição necessária, não é por si só suficiente para justificar a proibição penal de um discurso. Aliás, a incriminação visa atingir apenas os casos mais graves de uso abusivo e injustificado da liberdade de expressão e não todos os casos em que há perigo de dano a bens jurídicos. Por isso, cabe à doutrina estabelecer, a partir da análise dos casos

concretos, critérios extras aptos a orientar e delimitar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/89.

7 Conclusões

O Direito penal brasileiro, afastando-se do modelo norte-americano, alinha-se a países como a Alemanha ao criminalizar determinadas modalidades de discurso de ódio. Daí que aquele que emite ou propaga esse tipo de discurso pode estar sujeito à responsabilização penal, bem como à civil e administrativa. A ordem constitucional brasileira, conquanto não obrigue que se proíba toda e qualquer mensagem "odiosa", impede que discursos que incitem ao ódio, à violência e à discriminação contra grupos identitários sejam incluídos no espectro da liberdade de expressão protegida.

Nesse quadro, o art. 20 da Lei 7.716/89 introduz tipo penal pluriofensivo, que alcança discursos preconceituosos e discriminatórios que ofendem, principalmente, algum desses três bens jurídico-penais: honra, liberdade psíquica e igualdade. Nos casos de incitação à prática de crime de ódio, o bem jurídico ofendido dependerá do tipo de crime incitado, podendo ser a vida, a liberdade, a integridade física, o patrimônio etc.

Para a configuração da figura típica, é necessária a exposição a perigo de dano dos bens jurídicos individuais pertencentes a uma pluralidade de pessoas indeterminadas, provenientes do grupo identitário objeto de ataque. Trata-se de crime de perigo comum e abstrato, sendo que, em alguns casos, estrutura-se como crime de preparação. Essa característica é importante para distingui-lo de outros crimes como os previstos pelo art. 140, § 3º, e art. 147, ambos do Código Penal.

O tipo penal em questão merece algumas críticas. Em primeiro lugar, o legislador errou em congregar sob uma mesma espécie típica gama tão diversa de condutas. O mais adequado seria desmembrar a figura criminosa em mais de um tipo penal, conforme o bem jurídico especificamente atingido, de forma semelhante ao feito pelo legislador alemão. Com isso, a descrição das condutas proibidas poderia ser aprimorada do ponto de vista da taxatividade, delimitando-se melhor o alcance de cada tipo penal, e as penas cominadas poderiam ser adequadas à gravidade de cada violação ao bem jurídico. De fato, o legislador não observou o princípio da proporcionalidade ao fixar para crime de perigo abstrato pena igual ou até mais severa do que a prevista para crimes de dano contra o mesmo bem jurídico.

Além disso, mostra-se necessária uma atualização das categorias de discurso preconceituoso e discriminatório previstas pelo tipo penal. Assim, ao lado dos elementos de raça, cor, etnia e religião, deveriam ser incluídos gênero, orientação sexual e identidade de gênero. A elementar "procedência nacional" deveria ser substituída pelo termo origem, a fim de também abarcar a procedência regional. Por outro lado, o legislador acertou ao excluir da incriminação o discurso de ódio em razão de ideologia política, pois, em contextos de crise política como o atual, poderia levar a uma hipercriminalização com riscos de instrumentalização do aparato penal para fins de censura e perseguição política.

Por fim, verifica-se que a excessiva amplitude típica do art. 20 da Lei 7.716/89 deve ser corrigida a partir de critérios aptos a orientar a sua aplicação concreta. Há que se analisar, com base nas circunstâncias do caso concreto, se o discurso emitido possui idoneidade para produzir um perigo não insignificante de dano a bens jurídicos. A vulnerabilidade fática do grupo minoritário "odiado" é o primeiro e mais importante dado a ser considerado.

Ademais, o aplicador deve considerar se a mensagem, conquanto preconceituosa e discriminatório, possui algum valor social que a fundamente enquanto exercício da liberdade de expressão. Logo, recomenda-se cautela, por exemplo, na proibição penal de livros, filmes, músicas, peças de teatro e pesquisas científicas, em relação aos quais se mostram mais adequadas outras medidas de restrição ou controle (notas explicativas,

classificação etária etc.). O controle penal, também nesse âmbito, deve ser a ultima ratio.

8 Referências bibliográficas

ALCALÁ, Carmen Quesada. La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n. 30, 2015.

AUSTIN, John L. How to do things with words. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Revista Fórum de Ciências Criminais. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan.-jun. 2015. p. 53-72.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista Direito Público. Brasília, n. 15, jan.-fev.-mar. 2007. p. 117-136.

BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. Madrid: Sintesis, 2009.

BUZEL, Michael; SCHMIDT, Juana; STOLLE, Peer. Primera sesión. Teoría del bien jurídico y harm principle. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 99, 2012. p. 187-211.

DELGADO, Richard. Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling. Harvard Civil Rights Liberties Law Review, v. 17, 1982. p. 133-181.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ERIBON, Didier. Identidades: reflexiones sobre la cuestión gay. Trad. José Miguel Marcén. Barcelona: Bellaterra, 2000.

ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 19, v. 91, jul.-ago. 2011. p. 392-409.

FEINBERG, Joel. Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law. v. 1. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law. v. 2. New York: Oxford University Press, 1985.

FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. Aula inaugural no Collège de France,

pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GRECO, Luís. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, abr.-jun. 2004. p. 89-147.

HARELL, Allison. The limits of tolerance in diverse societies: hate speech and political tolerance norms among youth. Canadian Journal of Political Science, 43:2, jun. 2010. p. 407-432.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do concurso aparente de normas penais. 2006. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Revista Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p-79-92, jan.-jun. 1996.

LAWRENCE III, Charles R. If the hollers let him go: regulating racist speech on campus. Duke Law Journal, v. 1990, n. 3, jun. 1990. p. 431-483.

LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos. Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LOEWY, Arnold H. A dialogue of hate speech. Florida State University Law Review. Florida, v. 36, issue 1, article 4, 2008. p. 67-78.

MACKINNON, Catharine. Only words. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech: considering the victim's story. In: CRENSHAW, Kimberlè Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. Words that wound. Critical race theory. Assaultive Speech, and the First Amendment. Boulder: Westview Press, 1993.

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

MILL, John Stuart. On Liberty and Other Writings. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica de teor ético-discursiva a novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ORDEIG, Gimbernat. Presentación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

PETERSEN, Michael; SLOTHUUS, Rune; STUBAGER, Rune; TOGEBY, Lise. Freedom for all? The strength and limits of political tolerance. British Journal of Political Science, v. 41, issue 03, jul. 2011. p. 581-597.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. v. 3. Parte Especial – Arts. 250 a 359-H. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam. 2015. 346f. Tese (Doutorado em Direito). Belo Horizonte: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2015.

PRESTES, Érika Aparecida. A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Revista Pensamiento Constitucional. Lima, v. 11, n. 11, 2005. p. 153-198.

ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Dos tipos plurissubjetivos. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação: análise jurídico-penal da Lei 7.716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Disponível em: [www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-spe

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um silêncio incômodo – Crítica à incriminação do discurso de ódio. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 52, jan.-jun. 2008. p. 163-194.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV. São Paulo, 7 (2), jul., dez. 2011. p. 445-468.

SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm, and hate speech. Law and philosophy, 32, 2013.

SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for this party. Party Politics, v. 21(1), march, 2015. p. 115-130.

VAN DIJK, Teun A. Discurso e poder. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002.

VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). Direito criminal contemporâneo. Brasília: Kiron, 2012.

WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, v. 123, 2010. p. 1597-1655.

YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? Res Publica, v. 17, 2011. p. 385-403.

---

1 Artigo escrito para a disciplina Temas de direito político: Liberdade de expressão, (in)tolerância e propaganda eleitoral, do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Agradeço ao Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira e aos colegas da disciplina pelos debates, críticas e sugestões. Agradeço à amiga Profa. Flávia Siqueira pelo auxílio na revisão e aprimoramento do texto final.

2 Disponível em: [http://g1.globo.com/bahia/noticia/mp-investiga-internauta-que-fez-post-lamentando-que-ataque-de-m Acesso em: 27.05.2017.

3 A estudante foi denunciada pelo crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/89 e condenada a 1 ano, 5 meses e 15 dias de prisão. Disponível em: [https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/05/16/justica-condena-universitaria-por-preconce Acesso em: 27.05.2017.

4 Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,apos-reeleicao-de-dilma-eleitores-do-nordeste-sao-ata Acesso em: 27.05.2017. Além das mensagens de ódio contra nordestinos, as eleições de 2014 e o processo de impeachment em 2015 foram marcados por mensagens de misoginia contra a Presidente Dilma.

5 "Aparelho excretor não reproduz (...). Vamos acabar com essa historinha. Eu vi agora o santo padre, o papa, expurgar – fez muito bem – do Vaticano um pedófilo. Então, gente, vamos ter coragem. Nós somos maioria, vamos enfrentar essa minoria. Vamos enfrentá-los. (...) o mais importante é que esses que têm esses problemas realmente sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas bem longe da gente, bem longe mesmo porque aqui não dá". Disponível em: [http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/levy-fidelix-e-condenado-em-r-25-mil-por-declara Acesso em: 27.05.2017.

6 Disponível em: [http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/mpf-processa-bolsonaro-por-ofensas-a-populacao-negra-em Acesso em: 27.05.2017.

7 Sobre o tema: [http://epoca.globo.com/tecnologia/experiencias-digitais/noticia/2017/02/ha-um-aumento-sistematico- Acesso em: 27.05.2017.

8 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. Disponível em: [www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-spe Acesso em: 27.05.2017. Tais grupos correspondem ao que Sánchez denomina de "gestores atípicos da moral" (SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62), enquanto Karam fala em "esquerda punitiva" (KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. Revista Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan.-jun. 1996. p-79-92).

9 Vide, por exemplo, os trabalhos da jurista e ativista feminista Catharine Mackinnon.

10 Sobre o conceito de tolerância política: HARELL, Allison. The limits of tolerance in diverse societies: hate speech and political tolerance norms among youth. Canadian

Journal of Political Science, 43:2, june, 2010. p. 407-432; PETERSEN, Michael; SLOTHUUS, Rune; STUBAGER, Rune; TOGEBY, Lise. Freedom for all? The strength and limits of political tolerance. British Journal of Political Science, v. 41, issue 3, jul. 2011. p. 581-597.

11 Ressalta-se que o artigo não tem como objetivo examinar a eficácia da criminalização do discurso de ódio no combate ao preconceito e à discriminação. Com efeito, há pesquisas que indicam que as condenações criminais por incitação ao ódio aumentaram a popularidade de alguns políticos (SPANJE, Joost van; VREESE, Claes de. The good, the bad and the voter: the impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for this party. Party Politics, v. 21(1), march, 2015. p. 115-130). Para uma crítica à eficiência da proibição penal do discurso de ódio, Cf. SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um silêncio incômodo – Crítica à incriminação do discurso de ódio. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, n. 52, jan.-jun., 2008. p. 163-194.

12 PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam. 2015. 346f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, 2015. p. 91.

13 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "hate speech".

14 SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm, and hate speech. Law and Philosophy, 32, 2013. p. 701.

15 Waldron entende o discurso de ódio como difamação de um grupo (group libel) (WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate. 2009 Oliver Wendell Holmes Lectures, v. 123, 2010. p. 1609).

16 Vide o conceito fornecido pela Recomendação n. 97 (20) do Comitê de Ministros do Conselho da Europa sobre Discurso de Ódio, registrado em: ALCALÁ, Carmen Quesada. La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. Revista Electrónica de Estudios Internacionales, n. 30, 2015.

17 MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 97.

18 SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. Revista Direito GV. São Paulo, 7 (2), jul.-dez. 2011. p. 446.

19 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. Revista Direito Público. Brasília, n. 15, jan.-fev.-mar., 2007. p. 118.

20 SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm, and hate speech, cit., p. 701-702; WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate, cit., p. 1600.

21 SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm, and hate speech, cit., p. 701-702; WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate, cit., p. 1600.

22 YONG, Caleb. Does freedom of speech include hate speech? Res Publica, v. 17, 2011. p. 394-402.

23 ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. Revista Pensamiento Constitucional. Lima, v. 11, n. 11, 2005. p. 158.

24 É o caso de vocábulos como nigger, viado e traveco. Nota-se que, atualmente, alguns movimentos sociais têm optado por reagir a essa forma de discurso de ódio por meio da ressignificação de alguns vocábulos. Um exemplo disso é a "marcha das vadias" (slutwalk), protesto feminista organizado em diversos países desde 2011. Sobre o tema, Cf. PRESTES, Érika Aparecida. A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil. 2014. 219 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

25 WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate, cit., p. 1600.

26 SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira, cit., p. 447.

27 Há quem critique a enumeração das características que motivam as manifestações de intolerância, argumentando que, apesar de haver os casos mais graves e recorrentes, não se pode limitar o discurso de ódio apenas a esses casos (SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira, cit., p. 448). Registra-se que a enumeração já foi declarada inconstitucional nos Estados Unidos, como se vê em R.A.V vs. City of St. Paul, 505 U.S. 377 (1992). Contudo, no que toca ao Direito Penal, a enumeração é importante do ponto de vista da taxatividade e para excluir do âmbito da incriminação discursos que, ainda que intolerantes, não servem à promoção da discriminação contra grupos vulneráveis (veja-se, por exemplo, os discursos intolerantes propagados entre torcidas de times de futebol rivais).

28 ALCALÁ, Carmen Quesada. La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española.

29 SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um silêncio incômodo – Crítica à incriminação do discurso de ódio, cit., p. 167.

30 SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um silêncio incômodo – Crítica à incriminação do discurso de ódio, cit., p. 167.

31 Cf. LEWIS, Anthony. Liberdade para as ideias que odiamos. Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. Diferentemente de Constituições como a brasileira e a alemã, a Constituição norte-americana, além de trazer a liberdade de expressão como o primeiro direito a ser elencado, não prevê limitações explícitas à liberdade de expressão (BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 123).

32 Aqui os termos calúnia, difamação e injúria são utilizados no sentido atribuído pela legislação brasileira (artigos 138, 139 e 140 do Código Penal).

33 A referência é o discurso político lato sensu, cuja tutela constitucional nos Estados Unidos é reforçada. Registra-se que outros discursos recebem uma proteção menos intensa (por exemplo, a propaganda comercial) ou são considerados fora do alcance da primeira emenda (por exemplo, as obscenidades) (SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech).

34 Chaplinsky vs. New Hhampshire, 315 U.S. 568 (1942). Destaca-se que, sob a categoria fighting words, só podem ser incluídos os dizeres proferidos durante um diálogo cara a cara (LOEWY, Arnold H. A dialogue of hate speech. Florida State University Law Review. Florida, v. 36, issue 1, article 4, 2008. p. 68).

35 ROSENFELD, Michel. El discurso del ódio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo, cit., p. 167.

36 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech.

37 MILL, John Stuart. On Liberty and Other Writings. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. Para Dworkin, o Estado que visa impedir que as pessoas sejam expostas a opiniões e convicções consideradas perigosas ou ofensivas é paternalista, pois está negando a responsabilidade moral de seus cidadãos (DWORKIN, Ronald. The moral reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 200).

38 Nessa linha: DWORKIN, Ronald. The moral reading of the American Constitution. Essa argumentação está presente no voto minoritário do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus n. 82.424/RS (vide item 4 infra).

39 Brandemburg vs. Ohio, 395 U.S. 444 (1969). Esse julgamento contrariou precedente anterior, de 1952, no qual a Suprema Corte manteve a condenação por difamação coletiva (group libel) de indivíduo que distribuiu panfletos em Chicago nos quais acusava os negros de serem responsáveis por estupros, roubos e outros crimes, convocando os brancos a se unirem contra os negros e evitarem a miscigenação racial (Beauharnais vc. Illinois, 343 U.S. 250 (1952)).

40 Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America, 373 N.E.2d 21 (1978).

41 Snyder vs. Phelps, 562 U.S. 443 (2011).

42 Os argumentos dos referidos autores serão apresentados no tópico 5 (infra).

43 LOEWY, Arnold H. A dialogue of hate speech, cit., p. 74.

44 Em janeiro de 2018, entrou em vigor, na Alemanha, a Lei conhecida como NetzDG, que obriga as plataformas de internet (Facebook, Twitter, Google etc.) a excluir conteúdos ofensivos, no prazo de 24 horas depois de recebida a notificação, e a bloquear os usuários responsáveis. As plataformas podem ser multadas em até 50 milhões de euros pelo descumprimento da nova legislação. Uma parlamentar do partido de extrema direita Alternative für Deutschland (AfD) já teve suas contas no Facebook e no Twitter bloqueadas com base na NetzDG. (Disponível em: [www.dw.com/pt-br/lei-contra-discurso-de-%C3%B3dio-na-internet-entra-em-vigor-na-alemanha/a-41
Acesso em: 27.01.2018).

45 ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo, cit., p. 179.

46 90 BVerGE 241. 248 F. (1994); 93 BVerfGE 266. 294 (1995). Em relação à regra "c", interessante citar o caso Lebach (35 BVerfGE 202. 245 (1973)), em que a Corte Constitucional proibiu a exibição de programa de televisão que reconstituiria um crime ocorrido há muito tempo. Entendeu-se que não havia interesse público atual no debate do caso, sendo que a exibição do programa inviabilizaria a ressocialização do culpado que sairia em breve da prisão.

47 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 127. No caso Tucholski I (93 BVerfGE 266. 300 f. (1995)), o Tribunal Constitucional alemão anulou a condenação de um professor de ciências sociais, pacifista que se opunha à participação da Alemanha na Guerra do Golfo em 1991, que havia sido processado pelo crime do § 185 do StGB por exibir, no para-choque de seu veículo, um adesivo com os dizeres "os soldados são assassinos". A Corte entendeu que se tratava de crítica à atuação das instituições em matéria de

interesse público, estando constitucionalmente protegida.

48 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 128-129.

49 Trata-se de crime de preparação, conforme se definirá na sequência.

50 Em 1994, o Tribunal Constitucional chancelou a decisão do governo alemão de exigir, como requisito para autorizar uma reunião pública em que discursaria David Irving, historiador revisionista britânico, que não se proferisse discurso de negação do Holocausto (90 BVerfGE 241-255 (1994)).

51 BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano, cit., p. 128-129. Registra-se que o uso de símbolos nazistas é tipificado pelo § 86a.

52 ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo, cit., p. 183. A negação do Holocausto "simples" se enquadra no que Rosenfeld denomina "discurso de ódio em substância".

53 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. A noção de eficácia horizontal dos direitos fundamentais também é influente na doutrina e jurisprudência brasileiras: "As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados." (STF, RE 201819, rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2ª T. , j. 11.10.2005, DJ 27.10.2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

54 Sobre o tema, Cf.: ALCALÁ, Carmen Quesada. La Labor del Tribunal Europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española. Vide o art. 510 do Código Penal espanhol: "1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. 2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía."

55 O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADIn 4.274 para dar interpretação conforme a Constituição a esse dispositivo, dele excluindo as manifestações de opinião e os debates a respeito da legalização do uso de drogas, como a denominada "marcha da maconha". (ADI 4274, rel. Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, j. 23.11.2011, Acórdão Eletrônico DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012 RTJ VOL-00222-01 PP-00146).

56 Em dezembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de controle de convencionalidade, afastou a tipificação penal do desacato por violação ao art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica que garante a liberdade de expressão. O precedente ressalta que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se manifestou no sentido de que as leis de desacato silenciam críticas ao poder público e criam injustificada desigualdade entre os agentes do Estado e os particulares. (STJ, REsp

1640084/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T. , j. 15.12.2016, DJe 01.02.2017). Contudo, no mês de maio de 2017, a Terceira Seção do STJ alterou esse entendimento e manteve a tipificação do crime de desacato, afirmando que a CIDH não possui precedente sobre o crime de desacato atrelado ao Brasil e que a própria Corte já declarou que a liberdade de expressão não é um direito absoluto (STJ, HC 379.269/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, rel. p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, 3ª T. Seção, j. 24.05.2017, DJe 30.06.2017).

57 Nos períodos ditatoriais, esse tipo de incriminação, constante das diversas leis de Segurança Nacional, foi empregado na perseguição aos opositores do regime e aos partidários de ideologias políticas ligadas ao comunismo. Em caso julgado no ano de 1967, o Supremo Tribunal Federal trancou processo a que respondia um advogado, denunciado perante a Justiça Militar por ter proferido, pelo rádio, discurso em que teria manifestado "seu descontentamento pela vitória da revolução de março de 1964" e provocado animosidade contra as Forças Armadas. A Corte entendeu que, como o discurso supostamente subversivo foi proferido em campanha eleitoral, eventuais excessos da liberdade de expressão só poderiam ser punidos nos termos do Código Eleitoral e não da Lei de Segurança Nacional, sob pena de impossibilitar candidaturas oposicionistas. (STF, HC 44161, rel. Min. Victor Nunes, 1ª T. , j. 21.08.1967, DJ 11.09.1967 PP-02776 EMENT VOL-00701-02 PP-00772).

58 Sobre o tema: BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 124-134.

59 PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam, cit., p. 12.

60 Viana critica a introdução do crime previsto no art. 140, § 3º, no Código Penal e não na Lei 7.716/89, pois tal opção legislativa afastou a imprescritibilidade e a inafiançabilidade do crime (VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). Direito criminal contemporâneo. Brasília: Kiron, 2012. p. 114).

61 Acrescentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

62 "A Lei n. 9.459/97 acrescentou o § 3º ao artigo 140 do Código Penal, dispondo sobre o tipo qualificado de injúria, que tem como escopo a proteção do indivíduo contra a exposição a ofensas ou humilhações, pois não seria possível acolher a liberdade que fira direito alheio, mormente a honra subjetiva. 2. O legislador ordinário atentou para a necessidade de assegurar a prevalência dos princípios da igualdade, da inviolabilidade da honra e da imagem das pessoas para, considerados os limites da liberdade de expressão, coibir qualquer manifestação preconceituosa e discriminatória que atinja valores da sociedade brasileira, como o da harmonia inter-racial, com repúdio ao discurso de ódio." (STF, HC 109676, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T. j. 11.06.2013, Processo Eletrônico DJe-158 DIVULG 13-08-2013 PUBLIC 14-08-2013).

63 Waldron explica que cumpre às leis que criminalizam o discurso de ódio contra minorias religiosas reprimir aviltamentos à dignidade e à reputação dos membros do grupo religioso e não críticas às suas crenças e convicções. Assim, por exemplo, deve-se proibir discursos islamofóbicos que sustentem que todos os muçulmanos são terroristas, mas não blasfêmias contra Maomé. Todavia, o autor reconhece que essa distinção nem sempre é simples nos casos concretos, conforme demonstra a polêmica envolvendo as charges em que o profeta Maomé é retratado com bombas e explosivos. (WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate, cit., p. 1612).

64 SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação: análise jurídico-penal da Lei n. 7716/89 e aspectos correlatos. São Paulo: Max Limonad, 2001.

p. 126.

65 O art. 20 foi acrescentado à Lei n. 7.716/89 pela Lei n. 8.081/90. A redação original punia, com pena de reclusão de dois a cinco anos, as condutas descritas no caput apenas quando praticadas pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, que, com a nova redação, tornou-se a modalidade qualificada.

66 HC 82424, Relator(a): Min. Moreira Alves, rel. p/ Acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17.09.2003, DJ 19.03.2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Nesse julgamento, prevaleceu o entendimento de que o antissemitismo é uma forma de racismo e, por consequência, imprescritível. Para uma análise mais profunda do julgado, Cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: Uma crítica de teor ético-discursiva a novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424-2-RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Constituição e crise política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

67 Em sentido oposto, o Ministro Marco Aurélio, em seu voto vencido, sustentou que a versão deturpada, incorreta e ideológica de um fato histórico constante dos livros do denunciado não tem capacidade de produzir discriminação e preconceito contra o povo judeu, tendo em vista que o Brasil não possui histórico de antissemitismo.

68 Para uma análise crítica do PL 122/2006, Cf. CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 99, 2012. p. 187-211. O autor entende que o direito penal deve se limita a intervir nos casos de "condutas violentas praticadas contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestir e trangêneros motivadas por preconceito ou discriminação" (CARVALHO, Salo. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer, cit., p. 205).

69 O Supremo Tribunal Federal rejeitou denúncia contra deputado evangélico que publicara na rede social Twitter mensagem de conteúdo homofóbico, por não estar o fato previsto em lei como crime. O argumento da imunidade parlamentar já havia sido afastado em razão da ausência de elo entre a mensagem veiculada e o desempenho do cargo eletivo. (STF, Inq 3590, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T. , j. 12.08.2014, Acórdão Eletrônico DJe-177 DIVULG 11-09-2014 PUBLIC 12.09.2014).

70 PRESTES, Érika Aparecida. A criminalização do discurso de ódio homofóbico no Brasil, cit., p. 175-176.

71 SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 116.

72 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 327.

73 SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. Um silêncio incômodo – Crítica à incriminação do discurso de ódio, cit., p. 188.

74 Tradução livre de "Sticks and stones may break my bones, but words will never hurt me".

75 Cf.: FEINBERG, Joel. Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1984. v. 1.

76 BUTLER, Judith. Lenguaje, poder e identidad. Madrid: Sintesis, 2009. p. 16.

77 VAN DIJK, Teun A. Discurso e poder. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2002. p. 56 e 133.

78 FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 9.

79 FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso, cit., p. 10.

80 AUSTIN, John L. How to do things with words. Cambridge: Harvard University Press, 1975.

81 BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989. p. 15.

82 Nesse sentido: DELGADO, Richard. Words that wound: a tort action for racial insults, epithets, and name-calling. Harvard Civil Rights Liberties Law Review, v. 17, 1982. p. 146.

83 WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate, cit., p. 1620. Para uma crítica a essa visão: SIMPSON, Robert Mark. Dignity, harm and hate speech, cit., p. 717-726.

84 "(…) entre el insulto 'sucio negro' y las leyes que prohibían los matrimonios interraciales en Estados Unidos hasta los años sesenta hay una continuidad perfecta y evidente" (ERIBON, Didier. Identidades: reflexiones sobre la cuestión gay. Trad. José Miguel Marcén. Barcelona: Bellaterra, 2000. p. 58).

85 LAWRENCE III, Charles R. If the hollers let him go: regulating racist speech on campus. Duke Law Journal, v. 1990, n. 3, jun. 1990. p. 443.

86 "Social inequality is substantially created and enforced – that is, done – through words and images. Social hierarchy cannot and does not exist without being embodied in meanings and expressed in communications". MACKINNON, Catharine. Only words. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p 13.

87 MACKINNON, Catharine. Only words, cit., p. 52.

88 MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech: considering the victim's story. In: CRENSHAW, Kimberlè Williams; DELGADO, Richard; LAWRENCE III, Charles R.; MATSUDA, Mari J. Words that wound. Critical race theory. Assaultive Speech, and the First Amendment. Boulder: Westview Press, 1993. p. 25.

89 FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 30-33. De maneira diversa, Dworkin sustenta que a afirmação de que o discurso racista "cala" as minorias raciais possui força empírica incerta e que não parece razoável supor que a livre circulação de opiniões política, mesmo as psicologicamente danosas, ofenda a igualdade (DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 515).

90 FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública, cit., p. 130. Fiss critica a visão de que a ausência de regulamentação representa necessariamente mais liberdade e que qualquer intervenção do Estado significa censura. Para o autor, o Estado pode ser um opressor, mas pode ser também uma fonte de liberdade (FISS, Owen. A ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública, cit., p. 28).

91 PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado

Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam, cit., p. 132. Como negar, por exemplo, que a agressão de um jovem norte-americano de origem chinesa em Detroit por outros jovens que, durante a violência, gritavam que ele era o culpado por estarem desempregados esteja relacionada com a propagada antiasiática que ocorria nas indústrias automobilísticas da cidade? O exemplo é de Matsuda, citado por PRATES, Ibid., p. 134.

92 PRATES, Francisco de Castilho. As fronteiras da liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito: o desafio de falas que oprimem, de discursos que silenciam, cit., p. 134.

93 LAWRENCE III, Charles R. If he hollers let him go: regulating racist speech on campus, cit., passim.

94 Sobre a noção de bem jurídico-penal: BADARÓ, Tatiana. Bens jurídico-penais supraindividuais.

95 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech.

96 Cf. BADARÓ, Tatiana. Bens jurídico-penais supraindividuais, cit., p. 191-195.

97 HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 384.

98 ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 22.

99 HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 384. Para a autora, os crimes contra a honra e de ameaça, por exemplo, são autênticos delitos contra sentimentos. Entretanto, deve-se reconhecer que, mais do que provocar um sentimento de insegurança, o crime de ameaça também atinge o bem jurídico-penal liberdade, no que toca especificamente à liberdade psíquica. Da mesma forma, para além da perturbação de sentimentos, a honra se apresenta como um bem inerente ao reconhecimento de direitos da personalidade.

100 HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 388-389.

101 HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 391-392.

102 HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 397-398.

103 FEINBERG, Joel. Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1985. v. 2. p. 90-93. Para o autor, a incriminação desse tipo de conduta se justifica com base no offense principle e não no harm principle, que fundamenta a maioria dos crimes.

104 "La negación total o parcial de hechos históricos que no supone una aprobación del delito no perjudica la vida en común de las personas vivas, sobre todo porque estos hechos se han probado y su realidad histórica es generalmente reconocida" (ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 451). Na mesma linha, Ordeig sustenta que a "mentira de Auschwitz" ofende tão somente o "sentimento de escândalo", que não pode ser alçado à categoria de bem jurídico-penal, uma vez que a Lei Fundamental alemã ampara as liberdades de expressão e opinião mesmo daqueles que estão "errados" (ORDEIG, Enrique Gimbernat. Presentación. In:

HEFENDEHL, Roland (Org.). La teoría del bien jurídico, cit., p. 21). Bunzel, Schmidt e Stolle concordam que a negação do Holocausto não se justifica pela Constituição, tratando-se de delito que só foi recepcionado em razão de compromissos internacionais (BUZEL, Michael; SCHMIDT, Juana; STOLLE, Peer. Primera sesión. Teoría del bien jurídico y harm principle. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). La teoría del bien jurídico, cit., p. 423).

105 HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 387 et seq; BADARÓ, Tatiana. Bens jurídico-penais supraindividuais, cit., p. 192-193. Waldron também critica essa tendência na doutrina norte-americana: "public order is a complicated idea, and preventing fighting or violence from breaking out – that very narrow sense of keeping the peace – is only one of its dimensions. Public order might also comprise society's interest in maintaining among us a proper sense of one another's social or legal status." (WALDRON, Jeremy. Dignity and defamation: the visibility of hate, cit., p. 1604). Os crimes contra a paz pública correspondem aos que, na Itália, são denominados crimes contra a ordem pública. A doutrina italiana diferencia a ordem pública em sentido normativo ou ideal da ordem pública em sentido material (Cf. SALES, Sheila Jorge Selim de. Dos tipos plurissubjetivos. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 124-125). A noção de ordem pública em sentido normativo é extremamente formalista e a de ordem pública em sentido material se confunde com o sentimento de tranquilidade e segurança coletiva.

106 BADARÓ, Tatiana. Bens jurídico-penais supraindividuais, cit., p. 194.

107 ESTELLITA, Heloisa; GRECO, Luís. Empresa, quadrilha (art. 288 do CP) e organização criminosa. Uma análise sob a luz do bem jurídico tutelado. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 19, v. 91, p. 400. Salienta-se que desvelar essa ocultação é essencial para explicitar as estruturas delitivas empregadas pelo legislador (BADARÓ, Tatiana. Bens jurídico-penais supraindividuais, cit., p. 194).

108 No mesmo sentido: BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005). Revista Fórum de Ciências Criminais. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jan.-jun., 2015. p. 55-56.

109 Não se adentrará aqui na polêmica sobre se a honra carece de tutela pelo direito penal ou se deve ser protegida apenas no âmbito civil, que já conta com o instituto da reparação pelo dano moral. Para os fins do presente artigo, é suficiente a constatação de que a honra constitui um bem jurídico-penal do ponto de vista de uma teoria pessoal.

110 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech. No mesmo sentido: MATSUDA, Mari J. Public response to racist speech: considering the victim's story, cit., p. 17-51.

111 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech.

112 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech.

113 Cf. GRECO, Luís. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, abr.-jun. 2004. p. 114.

114 HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do concurso aparente de normas penais. 2006. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito)., Belo Horizonte: Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2006. p. 150-151.

115 Como já dito, tendo em vista que o art. 20, caput, da Lei 7.716/89 se refere apenas à "procedência nacional" e não a origem como faz o art. 140, § 3º, do Código Penal, o discurso de ódio por procedência regional não está tipificado em lei, sendo que as

punições penais que vem ocorrendo nesses casos afetam o princípio da legalidade, mais especificamente a violação da analogia in malam partem.

116 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. v. 3. Parte Especial – Arts. 250 a 359-H. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 212-213.

117 Falaremos sobre essa categoria mais adiante.

118 PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, cit., p. 211.

119 SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech.

120 Em seu trabalho, Waldron parece caracterizar o discurso de ódio como crime de acumulação, por entender que tais discursos aumentam o preconceito visível na sociedade.

121 HIRSCH, Andrew Von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). La teoría del bien jurídico, cit., p. 290-291. A respeito dos crimes de preparação em: BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual, cit., p. 267-275. A incitação a medidas violentas ou arbitrárias contra partes da população, tipificada pelo art. § 130.1, do Código Penal alemão, também é crime de preparação. Sobre essa controversa modalidade de crime de perigo abstrato, Hörnle explica que: "Las expresiones instigadoras de la generalidad pueden originar peligros para la vida, la salud, la propiedad, etc. de los miembros de una parte determinada de la población si otras personas se sienten aludidas por la incitación. Con tales delitos de peligro se amplía considerablemente la punibilidad, adelantándola, ya que para la aparición de una lesión o de un peligro concreto para víctimas concretas es preciso un paso intermedio: las personas incitadas por el agitador deben realizar los hechos punibles como resultado de su decisión responsable. Sin embargo, la imputación de estos peligros es posible porque, como en todas las incitaciones explícitas, el agitador no puede ampararse en que tenía confianza en la conducta conforme a derecho del sujeto al que incitó." (HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el STGB, cit., p. 389).

122 BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual, cit., p. 258.

123 Na mesma linha, Sarmento afirma que "deve haver uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros de grupos hegemônicos quando ataquem estas minorias". (SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do hate speech).