XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

HERTHA URQUIZA BARACHO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Thiago Allisson Cardoso de Jesus; Hertha Urquiza Baracho; Renata Almeida da Costa.– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-525-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Ambiência de riscos, incertezas e paradoxos, a contemporaneidade brasileira é marcada pela efervescência de diversos paradigmas e teorias, influências notáveis para as políticas criminais, (re)dimensionadas a partir de interesses e racionalidades, alguns declarados e outros implícitos, que se desdobram na forma como o Estado, estrutura-estruturante, lida com os problemas penais aqui experimentados, compatibilizando-se com os preceitos constitucionais e de base garantista-humanitária.

Nessa senda, afigura-se a presente obra coletiva como instrumento fecundo para publicização de pesquisas científicas, reunindo os artigos submetidos e aprovados ao Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II para apresentação no XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado no período de 15 a 17 de novembro de 2017, na linda Ilha de São Luís, no Estado do Maranhão, com esmero organizado a partir da cooperação entre a Universidade Federal do Maranhão e a Universidade Ceuma, com o tema "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça".

Na pauta, a dogmática jurídica-penal, as necessárias reflexões zetéticas bem como a reflexividade garantista para (re)pensar institutos, discutir tendências, analisar o processamento criminal como expressão da mão forte do Estado e discutir (in) compatibilidades com a Constituição nessas quase três décadas de construção permanente de um dito Estado Democrático de Direito para o Brasil, marcado por históricas desigualdades sociais, estruturais e veladas.

Nesse sentido, as discussões, no viés do gênero, acerca do direito ao próprio corpo e a tutela penal do aborto; os paradigmas penais e o instituto visionário da Criminal Compliance; a relevância do planejamento familiar como instrumento de prevenção às práticas abortivas; as análises acerca dos descompassos na efetivação de um Direito Penal Juvenil no que refere-se à instrumentalização cível na fase recursal a partir de pesquisas empíricas realizadas; as contextualmente situadas reflexões acerca da força normativa da Constituição e o arcabouço jurídico-fundamental como centro (e núcleo irradiante) do Ordenamento Jurídico Penal bem como o contributo da obra de Vives Antón para as novas percepções (e concepções) sobre a conduta humana, aplicando-se as diversas expressões das ciências penais corroboraram, indubitavelmente, com a diversidade e profundidade dos temas – e dilemas – aqui tão bem enfrentado.

Por conseguinte, as necessárias inferências acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal na mitigação do Estado de Inocência, considerando sua historicidade e o núcleo essencial da garantia fundamental em comento; a (in)efetividade da tutela penal ante os discursos do ódio; as questões controvertidas acerca da audiência de custódia no Brasil; a negação ontológica e as incompatibilidades constitucionais a partir da teoria e adoção do Direito Penal do Inimigo; os descompassos entre a teoria de Luigi Ferrajolli e a lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro; e as considerações a respeito da dignidade humana a partir de Ronald Dworkin para o contexto do Direito Penal fomentaram as discussões de uma tarde tão fecunda da reunião desse Grupo de Trabalho.

Ademais, contributos sobre as nuances do plágio como ofensa ao direito moral do autor, cuja proposta de descriminalização é analisada sob a luz dos princípios da intervenção mínima e da adequação social; as análises acerca da aplicabilidade da Teoria das Janelas Quebradas como um meio para o controle da criminalidade no Brasil; e as discussões sobre os ciberataques na atualidade e os limites do poder punitivo na tipificação de crimes informáticos.

Em suspense, também, questões sobre a Criminologia Cultural e as concepções relacionais entre crime e cultura na dicotomia da teoria do consenso e do conflito; a (in)visibilidade do cárcere feminino; os efeitos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional para o caso brasileiro a partir da ADPF 347.

Reunindo pesquisadores por excelência, vinculados às diversas Instituições de Ensino Superior - públicas e privadas, nacionais e estrangeiras; a presente obra que ora apresentamos demonstra a qualidade da pesquisa jurídica no Brasil bem como a audácia, o rigor científico e a vivacidade de seus autores em enfrentar temas necessárias para compreender, reflexivamente, os tempos atuais.

De fato, pesquisar exige cuidados, sobretudo quando a pesquisa chega ao seu ápice! É nesse momento, então, que precisamos deixá-la ir, sem apegos e sem vaidades, inserindo-a no mundo concreto, real, carente de discussões, no qual a Academia, por meio de lutas e resistências, cumprirá o seu desiderato!

Avante!

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Ceuma/ UEMA/ PGCCrim-PUCRS)

Profª.Dra. Hertha Urquiza Baracho (UNIPÊ)

Profª Dra. Renata Almeida da Costa (UNILASSALLE)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DISCURSO DE ÓDIO E CARÊNCIA DE TUTELA PENAL NO BRASIL

SPEECH OF HATRED AND LACK OF CRIMINAL PROTECTION IN BRAZIL

Ana Carolina Bueno Ferrer
Cleide Marcia da Silva Araujo Secca

Resumo

O presente artigo tem como objetivo a reflexão acerca do tratamento dado ao discurso de ódio pelo direito penal brasileiro. Buscou-se definir o conceito ideal de discurso de ódio, assim como analisar algumas das leis vigentes que o criminalizam. O resultado foi a constatação de que a lei dá tratamento diferenciado a crimes semelhantes, dependendo do tipo de preconceito que é demonstrado através do discurso. Conclui-se que a falta de técnica legislativa e o engessamento da legislação que trata os crimes de ódio no Brasil constituem grandes óbices ao efetivo combate ao tratamento discriminatório idealizado pela Constituição de 88.

Palavras-chave: Discurso, Discurso de ódio, Carência de tutela penal, Discriminação, Legislação penal

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to reflect on the treatment given to hate speech by Brazilian criminal law. It was sought to define the ideal concept of hate speech, as well as to analyze some of the current laws that criminalize it. The result was the finding that the law gives differential treatment to similar crimes, depending on the type of prejudice that's demonstrated through the speech. It's concluded that the lack of legislative technique and the enactment of legislation that treats hate crimes in Brazil constitute great obstacles to the effective combat of the discriminatory treatment idealized by the Constitution 88.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Speech, Hate speech, Lack of criminal protection, Discrimination, Criminal law

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende analisar o tratamento dado aos crimes de ódio no Brasil. Para tanto, buscou-se os conceitos doutrinários acerca do discurso de ódio, a legislação existente quanto ao tema e, consequentemente, as incongruências legislativas, que acabam por levar algumas formas deste discurso à carência de tutela penal em nosso ordenamento jurídico.

Inicialmente, buscou-se definir o que seria discurso, ressaltando-se seu caráter constitutivo e capacidade de criar e modificar realidades sociais. Num segundo momento, considerando que não há unanimidade no que tange ao conceito de discurso de ódio, foram abordados os conceitos doutrinários acerca da definição de *hate speech*, tanto de autores brasileiros como na doutrina estrangeira, chegando-se ao que se entende pelo conceito ideal de discurso de ódio.

Passou-se, então, ao exame da legislação constitucional e infraconstitucional pátrias no que tange à tipificação penal desses tipos de conduta e a comparação entre essas diversas leis sobre o tema, as quais não possuem unidade quanto às hipóteses em que os tipos de preconceito merecem ou não a proteção do direito penal.

O resultado sugere, portanto, que algumas formas de discurso de ódio são criminalizadas como crime de preconceito, equiparado ao racismo, e outras apenas na forma de contravenção penal, enquanto certas formas somente podem ser caracterizadas como injúria por preconceito, modalidade de crime contra a honra.

Abordou-se, especificamente, a questão dos crimes de preconceito contra os homossexuais, os quais não se encontram tipificados em nenhum dos diplomas legais examinados, caracterizando a ausência de proteção pelo Estado deste grupo politicamente minoritário.

Algumas modalidades de discriminação, portanto, sequer encontram amparo legal em nosso ordenamento jurídico, apesar de gozarem de nítida e elevada dignidade penal. Isso demonstra, pois, que há incongruências legislativas no que tange à criminalização do discurso de ódio no Brasil, uma vez que a própria legislação possui lacunas que vão de encontro ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil previsto constitucionalmente de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Por fim, observa-se que a vedação ao tratamento discriminatório e ao asseguramento ao direito de igualdade e à dignidade humana, previstos nos artigos 1º, inciso III e 3º IV da Constituição Federal Brasileira, bem como o repúdio ao terrorismo e ao racismo, previsto no art. 4º IV, constituem verdadeiros mandados constitucionais de criminalização, e que a falta de tutela penal de crimes desse tipo levam à carência de tutela penal e, consequente, à inefetividade do direito penal nesse aspecto.

1. O DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio é uma modalidade de discurso consistente na manifestação de ideias motivadas pelo preconceito e de cunho intolerante às diferenças, buscando a discriminação de determinados indivíduos ou grupos sociais, considerados inferiores pelos emissores de tal discurso.

Antes de entrarmos, portanto, no debate sobre o conceito do discurso de ódio, oportuno iniciar esta análise com o que seria discurso.

1.1 O discurso

Não há um consenso do que seja discurso nos estudos lingüísticos. Em perspectivas puramente estruturalistas, a noção de discurso é a de um conglomerado de palavras ou sentenças; o sujeito do discurso é um reprodutor de um sistema lingüístico e um decodificador de uma mensagem, e a língua é uma estrutura invariável. Nesse caso, discurso se confunde com texto.

Na definição do dicionário Aurélio, o discurso seria:

> Fala, oratória. 2 - Prática, sermão, oração. 3 - Conjunto ordenado de frases, ditas em público ou escritas. 4 - Discernimento. 5 - Uso de razão. 6 - Raciocínio. 7 - Palavreado.

No entanto, na década de 60, o estudo da língua por ela mesma, até então vigente, começa a se desestabilizar a partir de novas propostas teóricas. Surge a preocupação com o funcionamento da linguagem em uso, introduzem-se componentes pragmáticos e a dimensão social começa a fazer parte do estudo da língua com o objetivo de combater a perspectiva estruturalista que vigorava. Esse limiar dá lugar ao surgimento de diferentes práticas sob o rótulo de análise de discurso (MELO, 2009).

Em A Ordem do Discurso, Foucault (1970) analisa a formação e manutenção dos discursos baseando-se nos tensionamentos de poder e controle social. Segundo ele, mais importante que o conteúdo dos discursos, é o papel que eles desempenham na ordenação do mundo: um discurso dominante tem o poder de determinar o que é aceito ou não numa sociedade, independentemente da qualidade do que ele legitima. O discurso dominante não está comprometido com uma verdade absoluta e universal. Pelo contrário, é ele que produz a verdade que legitima um certo campo de enunciados e marginaliza outros - num processo que o autor chama de partilha da verdade.

Portanto, haverá sempre um desnível entre os discursos; haverá sempre um discurso constrangendo os demais a se restringirem à verdade que ele estabelece. Logo, não importa a substância daquilo que um discurso profere, e sim o seu posicionamento nessa malha de tensões sociais.

Catharine Mackinnon, ao analisar a pornografia como discurso, afirma que os discursos pornográficos não são só palavras. Ela caracteriza a pornografia como uma prática discursiva complexa que produz efeitos na realidade, produz ações. Para a autora, a pornografia é perigosa na medida em que suas palavras e imagens produzem danos na forma de ações. Palavras funcionam no sentido de providenciar atitudes, ações e comportamentos (MACKINNON, 1996, p.25).

Com efeito, o que a autora quer dizer e não se pode negar, é que esse tipo de discurso pornográfico acaba por criar efetivamente uma cultura pornográfica, em que os padrões estabelecidos no discurso acabam por ser repetidos nos lares dos indivíduos em sociedade, repetindo-se, consequentemente, as situações de violência e subjugação da mulher em relação ao homem.

Essa forma de discurso seria, portanto, uma prática política de manutenção de desigualdades, pautada no primado da dominação masculina, uma vez que realiza a padronização dos comportamentos sexuais dos gêneros, ditando como os homens e mulheres devem exercer sua sexualidade e interagirem sexualmente.

Portanto, embora não haja consenso entre os vários estudiosos sobre o significado do termo discurso, há em comum entre todas as correntes (obviamente excetuando-se as perspectivas unicamente estruturalistas) a análise não focalizada somente no funcionamento lingüístico, e sim na relação que o sujeito e esse funcionamento estabelecem reciprocamente. Ou seja, o objeto de estudo de qualquer análise do discurso não se trata tão somente da língua,

mas o que há por meio dela: relações de poder, institucionalização de identidades sociais, processos de inconsciência ideológica, enfim, diversas manifestações humanas.

Independente de definições teóricas, portanto, é importante que o discurso seja reconhecido por sua natureza constitutiva, sua capacidade de criar e modificar realidades. De ditar comportamentos e ações e influenciar efetivamente em nossa realidade social.

1.2 Discurso de ódio

O discurso de ódio constitui uma modalidade de discurso de espectro negativo, que tem por escopo exteriorizar a raiva, o ódio e a intolerância, de forma a incitar ou encorajar a violência, a humilhação, a hostilização, a discriminação e a opressão de uma pessoa ou um grupo de pessoas, pertencentes à determinada categoria social, em razão de sua raça, gênero, idade, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual e outras características que as possam diferenciar da maioria dominante (RIBEIRO, COSTA, 2015, p. 198).

No entanto, não há unanimidade no que tange ao conceito de discurso de ódio, havendo várias definições sobre o tema, as quais serão explicitadas de forma breve nas próximas linhas.

Para Daniel Sarmento (2006, p.02) são manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, motivadas por preconceitos ligados à etnia, religião, gênero, deficiência física ou mental e orientação sexual, dentre outros fatores – tema que, no Direito Comparado, é normalmente estudado sob o rótulo de “hate speech”.

Winfried Brugger, por sua vez, apresenta uma série de verbos nucleares capazes de descrever o fenômeno de forma mais abrangente, tanto com relação aos seus efeitos imediatos como mediatos, ao afirmar que

> De acordo com a maioria de suas definições, o discurso de ódio refere-se a palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER: 2009, pg. 118).

De acordo com Meyer-Pflug (2009, p. 97), o discurso de ódio consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias. Para a autora, trata-se de uma apologia abstrata ao ódio, pois representa o desprezo e a discriminação a determinados grupos de pessoas com certas características, crenças, qualidades ou estão na mesma condição social,

econômica, como, por exemplo, os ciganos, nordestinos, negros, judeus, árabes, islâmicos, homossexuais, mulheres, entre outros.

No conceito de Meyer-Pflug, a concepção de incitação à discriminação é o elemento imprescindível para a identificação deste discurso. A autora, conforme exposto acima, classifica o discurso de ódio como uma "apologia abstrata".

Conceito bem amplo é fornecido por Schafer, Leivas e Santos os quais, em seu trabalho sobre o discurso de ódio no âmbito parlamentar, afirmam que o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição (2005, pp. 149/150).

Silva (2011, p. 447) apresenta a seguinte definição:

> O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, 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. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade. A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar.

É importante, nesse caminho, destacar a necessidade de analisar os elementos de discriminação e externalidade do discurso de ódio e visualizar a posição daqueles que protagonizam este fenômeno – de um lado, os opressores, e do outro, os atingidos pelo conteúdo da fala repugnante.

O preconceito pode ser entendido como o conceito, opinião, sentimento ou juízo antecipado, formado pela pessoa antes de possuir ou formar dados e elementos adequados

para formar um conceito ou uma opinião, independentemente de qualquer razão. O preconceito seria, então, um julgamento precipitado, baseado em crenças estereotipadas, invariavelmente injusto e provocador de aversão a determinadas pessoas, grupos ou situações.

Na verdade, o preconceito em si, aquele não exteriorizado, que está somente na cabeça do indivíduo, não pode e não deve ser punido, na medida em que a qualquer ser humano é assegurada a liberdade de pensamento. A questão se modifica a partir do momento em que ocorre a exteriorização do preconceito, a discriminação.

Pode-se observar a partir da análise dos conceitos apresentados pelos diversos autores mencionados, que todas as definições do discurso de ódio têm em comum a existência da palavra "discriminação".

De acordo com o dicionário Aurélio a discriminação seria:

> Ato ou efeito de discriminar.
> Ato de colocar algo ou alguém de parte.
> Tratamento desigual ou injusto dado a uma pessoa ou grupo, com base em preconceitos de alguma ordem, notadamente sexual, religioso, étnico, etc.

Baseado em tal definição, pode-se afirmar que o objetivo da discriminação é diferenciar, distinguir determinados grupos de outros, separando-os na sociedade. A discriminação é realizada em face de determinados grupos no sentido de afirmar sua inferioridade em relação a outros grupos, e dessa forma rebaixá-los, segregá-los do que seria o ideal de sociedade (de acordo com os emissores do discurso).

Discriminar, então, significa negar igualdade, na medida em que a diferenciação realizada possui por escopo afirmar uma superioridade de um grupo sobre outro.

Desta forma, de acordo com a análise realizada, o discurso de ódio pode ser classificado como uma manifestação ofensiva, raivosa e intolerante em face de determinadas pessoas ou grupos sociais, em razão de seu pertencimento a determinado segmento social, evidenciado em características tais como a raça, o gênero, a sexualidade, a etnia, a nacionalidade, a filiação política, a filiação religiosa, entre outras, com o objetivo de exteriorizar preconceitos e incitar discriminações.

Até aqui, portanto, observa-se que o discurso de ódio é modalidade de discurso e que o discurso não pode ser visto como inofensivo, e sim de acordo com os efeitos maléficos que podem causar em seus destinatários.

As manifestações de ódio e intolerância tendem a provocar diversos sentimentos negativos nas suas vítimas – como angústia, revolta, medo, vergonha. Ademais, elas criam um ambiente social que reforça o preconceito, mesmo entre indivíduos equilibrados que provavelmente nunca chegariam ao ponto de expressarem de forma violenta contra minorias. A repetição, por exemplo, de afirmações como a de que os judeus são traiçoeiros, os índios são preguiçosos ou de que os homossexuais masculinos são fúteis e devassos, acaba afetando a percepção que a maioria das pessoas tem dos integrantes destes grupos, reforçando estigmas e estereótipos negativos e estimulando discriminações. (SARMENTO, 2006, p. 42).

Não raro se ouvem expressões no trânsito como "tinha que ser mulher!", ou "baianada", referindo-se à forma de condução de veículo automotor por indivíduos oriundos do Estado da Bahia. Muito comuns também são as piadas racistas referentes aos negros e aquelas que se referem aos portugueses como indivíduos com inteligência reduzida.

É claro que não é qualquer discurso que pode ser considerado discurso de ódio, sendo necessário que haja a intenção de discriminar, o sentimento de ódio de um indivíduo contra outro indivíduo ou determinado grupo de indivíduos com características semelhantes, motivados por preconceito. No entanto, o que aqui se ressalta é que é necessário que seja levada em conta a natureza constitutiva do discurso e sua capacidade de criar e transformar realidades sociais, privando determinados indivíduos do direito fundamental à igualdade e à dignidade.

A discriminação de seres humanos provoca consequências nefastas, por vezes extremamente dolorosas, implicando, inclusive, como a História já demonstrou, em perda de milhares de vidas. Na verdade o discurso de ódio é repetido pelas maiorias (políticas) contra as minorias (políticas) gerando um ciclo vicioso de ódio, que se inicia no discurso e termina com atos de violência, terror e morte.

Por tais razões, qualquer forma discriminatória contra seres humanos deveria ser coibida com veemência pelo ordenamento jurídico em todos os níveis, pois pode gerar lesões tanto físicas quanto morais, provocando um sentimento incalculável de revolta e de injustiça. Nesse cenário, cremos que o direito penal deve estar sempre presente. A discriminação do ser humano em qualquer nível é grave o suficiente para justificar e legitimar a intervenção desse ramo jurídico, o mais contundente em matéria de punição.

Considerando, portanto, a grave danosidade social deste tipo de conduta e, consequentemente, sua elevada dignidade penal, entende-se pela necessidade de tutela penal, de tal forma que face a tais condutas se possa impor constitucionalmente a criminalização.

Passamos, portanto, à análise do ordenamento jurídico brasileiro quanto à criminalização do discurso de ódio, que se inicia pela Carta Magna, passando à legislação infraconstitucional.

2. O DISCURSO DE ÓDIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

A sociedade brasileira tem como um de seus principais pilares a dignidade do ser humano e sua pacífica convivência no meio social. Assim, a Constituição Federal, em diversos dispositivos, estabelece a necessidade de se coibir qualquer forma de discriminação, estabelecendo como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) e como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inciso IV). A Constituição de 88 tem, portanto, um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito.

Este mesmo compromisso constitucional igualitário, ainda se revela no artigo 5º, em que o princípio da igualdade se apresenta logo no *caput*, afirmando que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Já no inciso I, o princípio da igualdade é reafirmado, mas dessa vez em relação ao gênero, ao prever que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição.

Mais à frente, o constituinte foi expresso ao determinar que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais" (inciso XLI) e que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (inciso XLII).

Tais dispositivos constituem verdadeiros mandados constitucionais de criminalização, vez que o próprio texto constitucional determina de forma expressa a proteção desses bens jurídicos pelo direito penal.

Segundo Cleber Masson (2010), os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral. É preciso, portanto, atenção do legislador para atender fielmente os mandamentos constitucionais, protegendo de forma eficaz e proporcional os direitos fundamentais do ser humano, seja mediante a não incriminação de determinadas condutas irrelevantes, seja com a tipificação dos comportamentos constitucionalmente considerados inaceitáveis para os indivíduos e para a sociedade.

Ademais, os direitos fundamentais contidos na Constituição da República constituem um sistema, cuja unidade de sentido repousa no princípio da dignidade humana. Ou seja, a dignidade humana se faz presente não somente como limite para as ações do Estado, mas também como fonte das relações privadas, fundamentando obrigações negativas e positivas para os indivíduos em suas relações em sociedade, no que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais é, portanto, a aplicação das liberdades públicas nas relações travadas somente entre particulares (BULOS, 2010, p. 530). Isso significa que, em caso de colisões de direitos fundamentais, a ponderação de interesses deve ser realizada sempre em atenção à dignidade humana.

Justamente por isso, o discurso de ódio em conflito com a liberdade de expressão deve ser criminalizado, uma vez que, na ponderação de interesses, a dignidade humana deve sempre prevalecer.

A Constituição federal, no inciso XLI do art. 5º, ainda impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no caso Ellwanger (STF, HC 82.424/RS), no sentido da constitucionalidade da punição de manifestações de antissemitismo. Tratava-se de ação penal por crime de discriminação racial proposta contra Siegfried Ellwanger, o qual publicou livros com conteúdo antissemita e que negavam a ocorrência do Holocausto. Na ocasião, o STF afirmou que o conceito de raça deve ser cultural, inclusive porque, do ponto de vista estritamente biológico, sequer é possível falar-se

em diversas raças humanas, em razão da desprezível diferença genética existente entre os indivíduos integrantes de diversos grupos étnicos.

Ato contínuo, superada a questão da caracterização dos indivíduos judeus como raça, levantou-se a questão da possibilidade de incidência do tipo penal do racismo em contraposição à garantia penal da liberdade de expressão. Neste ponto, entendeu a Corte que deveriam prevalecer a igualdade e a dignidade humana das vítimas da manifestação racista, nesse caso, o povo judeu, sendo a condenação adequada para a "salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reine a tolerância.

3. O TRATAMENTO AO *HATE SPEECH* NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Sem pretensão de esgotamento de todos os dispositivos legais existentes sobre o tema, passa-se a análise daqueles que se entendem como os diplomas legais mais relevantes no que tange à tipificação penal do discurso de ódio no Brasil.

3.1 – A Lei 7.716/89

A Lei 7.716/89 é intitulada como aquela que "define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor". Tal título, contudo, parece insuficiente aos propósitos da Lei, visto que já em seu artigo 1º e depois em diversos outros, os tipos penais fazem menção à raça, cor, etnia, religião e procedência nacional.

Independente, no entanto, da intitulação dada à lei, importante frisar, *ab initium*, que o referido diploma legal é insuficiente no que tange ao efetivo combate constitucional a qualquer tipo de preconceito e discriminação, conforme visto no tópico anterior e previsto no artigo 5º XLI da Constituição Federal, já que o legislador não inseriu na esfera de proteção da norma outras formas de discriminação, limitando o alcance da lei somente aos casos de preconceito relativo à raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, olvidando-se de inúmeros outros tipos de discriminação que seriam possíveis.

Desta sorte, o discurso de ódio baseado, por exemplo, na orientação sexual - a homofobia, não será abarcado pela lei. Da mesma forma, qualquer preconceito baseado no gênero, no estado civil, na condição de idoso, na orientação política (como hoje se vê a dicotomia esquerda/direita nas redes sociais), não será abrangido pela lei 7.716/89.

Não obstante, especificamente quanto ao discurso expresso de ódio, aquele em que o agente exterioriza seu pensamento para induzir ou incitar a discriminação, este está previsto

no artigo 20 da lei 7.716/89, sendo oportuno transcrevê-lo de forma a facilitar posterior comparação aos demais dispositivos legais que serão mencionados:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
>
> Pena: reclusão de um a três anos e multa.
>
> § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.
>
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.
>
> § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:
>
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Observa-se, portanto, que a lei prevê três verbos nucleares – praticar, induzir e incitar – que caracterizam três ações positivas, e as motivações para a discriminação e/ou preconceito, sendo a raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Importante ressaltar que a lei prevê um especial fim de agir, sendo necessário o dolo de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito, e não unicamente de ofender o destinatário do discurso, o que caracterizaria crime contra a honra, conforme se verá a seguir.

3.2 – A injúria por preconceito, artigo 140, §3º do Código Penal

O artigo 140, §3º do Código Penal, traz a figura da injúria qualificada pela conotação preconceituosa:

> Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
>
> Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
>
> § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência
>
> Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Cuida-se, portanto, de crime contra a honra, em que o agente deseja ofender a honra subjetiva da vítima e, para tanto, utiliza-se de elementos relacionados à raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência, diversamente do

que ocorre com o artigo 20 da Lei 7.716/898, em que o dolo do agente é de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito.

Nesse caso, o agente não tem o dolo de segregar, de demonstrar uma falsa superioridade sobre todos os indivíduos pertencentes a um grupo, mas sim de ofender determinada pessoa atingindo o seu âmago, ou seja, a percepção que ela tem de si mesma, seus valores, seus atributos.

Quanto às formas de preconceito, observa-se que na lei 7716/89, se refere à raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, enquanto o crime de injúria por preconceito prevê as hipóteses de raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

Isso demonstra que, caso se trate de pessoa idosa ou portadora de deficiência, e o discurso seja dirigido a todos os integrantes do grupo, com o fim de discriminação e segregação, ou seja, uma conduta em tese mais gravosa, vez que o discurso se destina a todo um grupo considerado "inferior", ela será atípica, já que somente há previsão de injúria por preconceito e não dos crimes previstos na Lei 7.716/89.

3.3 – A Lei 7.437/85

A Lei 7.437/85 traz formas de discriminação em razão de raça, cor, sexo ou estado civil, que constituem contravenções penais.

Muitos tipos penais previstos nesta lei são idênticos ou quase idênticos aos previstos na lei 7.716/89. No que toca à discriminação de raça e cor, os tipos penais desta lei se encontram derrogados em razão do critério cronológico, uma vez que a Lei 7.716 é posterior à lei ora comentada. Entretanto, os tipos penais permanecem em vigor quando se tratar de discriminação em razão do sexo ou estado civil.

Nota-se, portanto, mais uma situação bastante incongruente de nossa legislação, já que a mesma conduta, por exemplo, de recusar a acesso ou negar hospedagem em hotel, caso seja por preconceito de raça ou cor, será crime de "racismo", previsto na Lei 7.716/89, imprescritível, com pena de reclusão cominada de 3 a 5 anos. Por outro lado, se a mesma conduta for motivada por preconceito referente a sexo ou estado civil, será tratada como simples contravenção penal da Lei 7.437/85, cuja pena seria de prisão simples e varia de três meses a um ano e multa.

Tem-se, portanto, duas condutas idênticas, duas formas de discurso de ódio, cuja motivação seria unicamente o preconceito puro em relação a determinado segmento social, tratadas de forma totalmente diferentes por nosso ordenamento jurídico.

4. A CARÊNCIA DE TUTELA PENAL

Conforme os exemplos já retro citados há diversas hipóteses de discurso de ódio não criminalizadas pela nossa legislação, ou criminalizadas de maneira insuficiente, afrontando diretamente o mandado constitucional do artigo 5º, inciso XLI da CRFB/88.

São as formas de preconceito previstas em cada lei em comento:

a. Lei 7.716 - raça, cor, etnia, religião e procedência nacional
b. Lei 7.437 - raça, cor, sexo ou estado civil
c. Art. 140, §3º do Código penal - raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência

Observa-se, portanto, que não há unidade do que tange aos dispositivos legais de quais segmentos sociais seriam ou não passíveis de serem vítimas dos crimes de ódio. Raça e cor, acertadamente, estão presentes em todas as previsões legais, no entanto, o preconceito em relação ao sexo e ao estado civil, apenas pode ser tipificado como contravenção penal.

Trata-se de erro grave em nossa legislação, uma vez que condutas praticamente idênticas, diversas somente quanto ao tipo de preconceito, são tratadas de forma totalmente diferente pelo nosso ordenamento jurídico. Isso agride profundamente o princípio da proporcionalidade e da isonomia, já que previstas punições diversas para crimes semelhantes.

Por outro lado, o crime de injúria por preconceito, caso em que a ofensa se direciona a determinado indivíduo, não engloba as hipóteses de sexo ou estado civil, representando mais uma carência de tutela penal.

Situação ainda mais grave é a dos homossexuais em situação de violência e discriminação no Brasil, uma vez que nenhum dos dispositivos legais mencionados tutela esse tipo de preconceito.

No Brasil há um movimento forte, especialmente encabeçado por militares e líderes cristãos (católicos e evangélicos) que prega um “combate à homossexualidade”, um combate aos pecadores, aos doentes, aos anormais, aos “frescos”. Dizem que padecem de

“gayzite”/“gayzismo”, que isso é algo do mal, do capeta, dos esquerdopatas, que é falta de coro, de moral, de vergonha na cara. Os mais fundamentalistas dizem que dá nojo ver um homem com outro homem, que isso é repugnante, e que deveriam matar todos, que são doentes que transmitem HIV. Já os mais moderados dizem que “se quiserem fazer isso em suas casas tudo bem, mas não na frente das pessoas”, como se os gays também não fossem pessoas. (SANTOS, 2016).

Schafer, Leivas e Santos (2015, p. 150), em seu trabalho sobre o discurso de ódio na esfera parlamentar, demonstram clara situação em que o discurso de ódio proferido e disseminado em rede social pelo pastor e deputado Marcos Feliciano restou impune. Tratava-se de uma publicação no twitter que dizia:

> “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam (SIC) ao ódio, ao crime, a (SIC) rejeição”

O STF, na ocasião, considerou o fato atípico, apesar de ter identificado a presença do discurso de ódio, denominado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso como *hate speech*. No entanto, acertadamente, o Ministro considerou que seria “razoável que o princípio da dignidade humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio (...) mas a verdade é que essa lei não existe” (Brasil, 2014).

Este é apenas um exemplo de vários outros em que manifestações expressas de ódio não são punidas pela Justiça brasileira, evidenciando grave violação aos direitos humanos no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essa breve análise, pode-se afirmar que o discurso de ódio é uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior/inferior, através do qual o emissor manifesta discriminação, ou seja, o desprezo por pessoas que compartilham de alguma característica que as torna componentes de um grupo politicamente minoritário.

A partir de sua externalização, o discurso está apto para produzir seus efeitos nocivos, quais sejam: as violações a direitos fundamentais. Através do discurso de ódio é atacada não somente a dignidade daquele para o qual o discurso foi direcionado, mas a dignidade de todo um grupo social. Mesmo que um indivíduo tenha sido diretamente atingido, aqueles que compartilham a característica ensejadora da discriminação compartilham a situação de violação.

Isto porque o modo como a sociedade enxerga as pessoas é um componente importante da forma como elas mesmas se reconhecem. Por isso, projetar sobre o outro um estereótipo negativo ou humilhante pode em realidade ditar a forma como essa pessoa será vista dentro da sociedade por seus pares. A falta de reconhecimento social tende a conduzir a uma perda de auto-estima pessoal, ou seja a uma perda de possibilidade de se autoconhecer e reconhecer como parte integrante da sociedade, atingindo diretamente os direitos fundamentais da liberdade, igualdade e, sobretudo, da dignidade humana.

Por isso, dessa manifestação pública preconceituosa advêm graves danos e, por conseguinte, a necessidade de intervenção de instâncias com poder de controle, dentre elas, o Direito Penal. Justamente em razão desta grande danosidade social, a Constituição Federal previu expressamente a vedação ao tratamento discriminatório e o asseguramento ao direito de igualdade e à dignidade humana, conforme os artigos 1º, inciso III e 3º IV, bem como o repúdio ao terrorismo e ao racismo, previsto no art. 4º IV. Tais dispositivos constituem verdadeiros mandados constitucionais de criminalização e qualquer ausência de dispositivo legal nesse sentido pode ser considerada omissão inconstitucional.

No entanto, muitos dos discursos proferidos com essa finalidade não encontram tipificação legal, pois no Brasil é concedido tratamento legal específico a apenas alguns tipos de discursos de ódio, conforme visto no decorrer deste trabalho. Além disso, mesmo entre as formas de preconceito que encontram amparo legal, há tratamento diferenciado para situações semelhantes, o que mais uma vez caracteriza a tutela deficiente a determinados grupos minoritários vítimas de discriminação.

Portanto, em que pese a Constituição de 88 ter um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito, a falta de técnica legislativa e o engessamento da legislação que trata os crimes de ódio no Brasil constituem grandes óbices ao efetivo combate ao tratamento discriminatório, caracterizando efetiva carência de tutela penal.

Antes de tudo, seria necessário reconhecer que a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária” passa também pelo combate a discursos que infrinjam esse mandamento constitucional e aí sim, a partir daí, criar-se uma legislação que abranja toda e qualquer forma de discriminação, sendo essa a única forma para a sua efetiva superação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 3.590, Brasília, DF, DJ 206 do dia 31 de outubro de 2008. DJ 177 do dia 12 de setembro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424/RS, Brasília, DF, DJ do dia 19 de março de 2004.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso do ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano*. Direito Público. Porto Alegre, ano 4 n.15, p.117-136, jan/mar.2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo, Loyola, 1996.

HABIB, Gabriel. *Leis Penais Especiais Volume Único*. 9 Ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. Pp. 741-770.

HABIB, Gabriel. *Lei Antiterrorismo*: *Lei 12.360/2016*. Coordenador Gabriel Habib – Salvador: Juspodivm, 2017.

MACKINNON, Chatarine A. *Only Words.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

MASSON, CLEBER. T*eoria constitucional do Direito Penal e os mandados de criminalização*. Jornal carta Forense. São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222

MELO, Iran Ferreira de. *Análise do discurso e análise crítica do discurso: desdobramentos e intersecções.* Letra Magna, 2009. Disponível em: http://www.letramagna.com/adeacd.pdf. Acesso em 07/07/2017.

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

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Volume 1*. 7. ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. Pp. 251-283.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9ª. ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. Pp. 130-141.

PORTOCARRERO, Claudia Ribeiro. *Legislação penal especial para concursos*. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

RIBEIRO, Raisa Duarte da Silva Ribeiro; COSTA, Rodrigo de Souza. *Discurso de Ódio no Brasil: uma análise do HC 84.424/RS e seus reflexos. In Direitos Fundamentais* I. Florianópolis: CONPEDI, 2015

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. *Discurso de ódio e o massacre das minorias: o que Orlando nos disse sobre o Brasil*. Empório do Direito, 2016. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/discurso-de-odio/. Acesso em 18/07/2017.

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"*. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf. Acesso em 07/07/2017.

SCHÄFER, Gilberto, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, SANTOS, Rodrigo Hamilton dos. *Discurso de ódio : da abordagem conceitual ao discurso parlamentar*. Revista de informação legislativa, v. 52, n. 207, p. 143-158, jul./set. 2015. Disponível em: http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/515193

SILVA, Rosane Leal da et al. *Discurso do ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira*. Rev. direito GV, São Paulo, v.7, n. 2, p. 445-467, jul./dez. 2011.

Dicionário do Aurélio. Publicado em: 2016-09-24, revisado em: 2017-02-27. Disponível em: ‹https://dicionariodoaurelio.com/discurso›. Acesso em: 07 Jul. 2017