

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO  
CONPEDI**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E  
CONSTITUIÇÃO I**

**CLOVIS ALBERTO VOLPE FILHO**

**LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO**

**THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS**

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. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Clovis Alberto Volpe Filho; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-737-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I**

---

#### **Apresentação**

Em uma tarde de Sábado, em pleno dia 24 de junho, por ocasião das festividades de São João no início do inverno brasileiro, o Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I reuniu-se, em breve, porém produtivo intervalo no arrasta-pé, com o escopo de debater temas modernos e interdisciplinares das Ciências Penais, que resultou na confirmação de que o Conpedi é hoje uma associação que contempla grandes profissionais, docentes e acadêmicos do direito. Com grande capacidade crítica, os estudiosos de ecléticos temas do universo do direito e do processo penal, corroboraram o sucesso dos eventos remotos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Diversas Instituições, de norte a sul do país, estiveram representadas nos debates, culminando com um livro, de consulta imprescindível, que é composto dos seguintes artigos/capítulos, ora apresentados por título, autoria e síntese.

O texto “Justiça restaurativa: conjugação da eficiência penal com a finalidade retributiva da pena”, escrito por Carlos Augusto Machado De Brito e Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, analisa a inovação da justiça restaurativa e promove um resumo histórico sobre o direito penal e a sua evolução até os dias atuais, com a ideia da constitucionalização do direito penal e a inserção das garantias. Para além disso, identifica os movimentos evolutivos do sistema penal e suas velocidades, colocando o desenrolar da importância da atuação da vítima para a resolutividade da lei penal. Ainda, o texto faz o cotejo da necessidade de um direito penal eficiente, mas sem deixar de lado a observância da finalidade retributiva do direito penal, e ressalta a importância do papel da vítima na justiça restaurativa, em especial nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher objetivando a busca do cumprimento da função retributiva da pena conjugada com a eficiência do direito penal.

O trabalho “Justiça restaurativa: aplicabilidade prática no judiciário brasileiro”, de autoria de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Allan Vítor Corrêa de Carvalho e Mariana Soares de Moraes Silva, aborda a temática da Justiça Restaurativa concebida por Howard Zehr, e em quais âmbitos do judiciário brasileiro suas práticas poderiam ser adotadas a fim de melhorar a cultura de não somente punir e prender, no intuito de desafogar o judiciário e diminuir a superlotação dos presídios. Com os resultados obtidos, os autores revelaram que há diversos estudos acerca da implantação de práticas restaurativas em diversos âmbitos do judiciário

brasileiro, como nas varas de violência doméstica, infância e juventude e delegacias de polícia, mas que o grande obstáculo para uniformização das práticas consiste na ausência de normatização sobre o assunto.

O texto “Lei Maria da Penha: extensão do bem jurídico protegido e a transexualidade”, dos autores Marcela Da Silva Pereira e Antônio Carlos da Ponte, revela que, diante do contexto cultural e histórico vivenciado, grupos feministas se rebelaram contra a limitação de direitos, exigindo que estes fossem iguais aos dos homens; lutaram também por sua autonomia e liberdade, para que não houvesse mais sua submissão e dependência, inclusive quanto ao seu papel social, a uma figura masculina. Conceitos, como família, tiveram que ser revistos diante das mudanças nas relações interpessoais, de forma que o Direito estava se tornando um limitador da proteção e se via em desconformidade com a realidade vivida. O conceito mulher, prematuramente visto como sexo feminino, conceito biológico, mostrou-se insuficiente, devendo ser ampliado para assegurar a proteção do gênero, bem jurídico da lei 11.340/06. Dados apontam que a vulnerabilidade em razão do gênero feminino consiste em tema que exige uma maior atenção e cuidado, bem como uma política e garantias mais eficientes, tratando-se de problemática que clama atenção. Não diferente da situação dos transexuais, do gênero feminino, os quais, através das estatísticas, percebe-se que são alvos constantemente violados, vistos a margem da proteção. Revelam os autores que os Tribunais vêm decidindo pela ampliação do conceito, entendendo pelo gênero, além do sexo feminino, para que se possa alcançar situações diferentes ou até mesmo próximas, mas com o mesmo intuito e bem jurídico.

O intitulado “Mandados de criminalização e a tutela penal dos bens jurídicos difusos”, dos autores Antônio Carlos da Ponte e Cíntia Marangoni, discorre sobre a teoria dos mandados constitucionais de criminalização e suas implicações na proteção penal aos interesses difusos, diante do crescimento desta espécie de bens jurídicos universais, a partir do fenômeno da globalização e da sociedade pós-moderna. Com efeito, os bens jurídicos penais difusos devem ser tutelados por meio de instrumentos diversos dos utilizados no combate à criminalidade comum (que ataca bens jurídicos individuais), notadamente porque sua eventual lesão tem a capacidade de atingir um número indeterminado de pessoas e causar danos irreversíveis à sociedade. Para tanto, aborda-se o princípio da proporcionalidade (pelo viés da proibição da proteção deficiente) e a necessidade de reformas legislativas condizentes com a criminalidade contemporânea.

“Maternidade no cárcere privado: uma análise acerca do desenvolvimento adequado da criança a partir da teoria do apego”, com autoria de Jéssica Cindy Kempfer e Isadora Malaggi, busca analisar se o ambiente prisional é o mais adequado para a criança conviver

com a mãe no pós-parto, a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional. Diante disso, com o objetivo de concluir, através da teoria do apego e do atual sistema carcerário, o ambiente adequado para a criança, indaga-se a seguinte questão: a partir da teoria do apego e das atuais estruturas e instalações do sistema prisional, é possível afirmar juridicamente que, durante o tempo estabelecido na legislação, o convívio no pós-parto do filho com a mãe no ambiente prisional é o mais adequado? Desta forma, para responder à referida pergunta, é contextualizado o cárcere feminino no Brasil e o aumento significativo do encarceramento feminino. Ressalta-se, ainda, a maternidade e a teoria do apego, apresentando a importância do vínculo da criança com a figura de apego. Por fim, busca realizar de forma específica as relações entre mãe e filho com base na teoria do apego e as divergências frente ao ambiente prisional adequado. Como resultado final, o artigo externa que o ambiente prisional não é o lugar mais adequado para criança conviver com a mãe.

“Necropolítica e ressocialização no sistema prisional: impactos no direito à educação do apenado”, de Flavia De Paiva Medeiros De Oliveira e Drielly Cinthya Alves Nogueira, externa que o sistema prisional brasileiro ampara-se na punição e ressocialização do apenado, em que devem ser respeitados os princípios constitucionais de cumprimento da pena. No entanto, as prisões brasileiras estão permeadas por estruturas inadequadas e regimes disciplinares diferenciados que constantemente ferem a dignidade das pessoas privadas de liberdade e impedem a ressocialização. Assim, o artigo objetivou analisar a relação do conceito de necropolítica com o direito à educação do apenado no contexto prisional brasileiro. Para tanto, utilizou o conceito de necropolítica de Achille Mbembe na tentativa de problematizar o racismo e a política de morte do Estado brasileiro para com a população carcerária. Ao final, concluiu-se que, em uma análise necropolítica, não existiria uma coincidência na formatação da população carcerária e das motivações para a negação de seus direitos dentro e fora do contexto prisional brasileiro, inclusive no direito à educação como processo de ressocialização do apenado.

Já o artigo “O crime de lavagem de dinheiro nas transferências de atletas de futebol e a implementação preventiva de programas de criminal compliance em clubes brasileiros”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e João Menezes Canna Brasil Filho, examina os impactos concernentes à implantação de programas de criminal compliance com foco de prevenção à lavagem de capitais, principalmente em transferências de atletas de clubes brasileiros de futebol. Inicialmente, aborda-se o fenômeno da globalização no mercado futebolístico, corresponsável pela multiplicação de investimentos internos e externos no esporte, o qual determina o incremento do risco do cometimento do delito de lavagem de capitais. Assim, discute-se ferramentas de governança utilizadas por entidades relacionadas

ao esporte com o fito de coibir essas práticas criminosas, bem como as especificidades oriundas da instituição de programas de criminal compliance dentro de clubes de futebol, com características distintas de empresas de outros ramos, salientando a independência de um sistema de compliance como atributo essencial para elevar o êxito na prevenção desses delitos. Destaca-se, ainda, que o texto analisa os deveres de compliance que precisam ser observados por agentes envolvidos no setor e identificados na legislação vigente, tendo em vista a alta vulnerabilidade das operações nacionais e transnacionais envolvendo transações de atletas, particularmente em relação ao delito de lavagem de dinheiro.

Na sequência, Bruna Vidal da Rocha, Dani Rudnick e Tatiane Lemos Nascente apresentaram o texto "Reflexões históricas acerca do Tribunal do Júri", reiterando a historicidade e abordando, a partir de critérios delineados, a relevância e os aspectos controvertidos que envolvem o tribunal popular.

O artigo Educação no sistema prisional como efetivação da cidadania para os encarcerados no Estado da Paraíba, de autoria de Rômulo Rhemo Braga, Mariana Morais Silva e Allan Vitor de Carvalho, traz à baila os postulados fundamentais para a dignidade humano por meio do direito à educação efetivado no cárcere, por meio de importante estudo de caso.

A temática do poder probatório do juiz penal foi analisada por Américo Bedê Freire Junior e Vanessa Maria Feletti; e o ambiente prisional brasileiro como locus de violações de direitos humanos e apropriado para a estruturação das facções criminosas foi abordado por Luan Fernando Dias e Maria Aparecida Lucca Caovilla.

A provisoriedade da prisão e a morosidade judicial como violação de direitos fundamentais foi o objeto de análise do texto de autoria de Débora Simões Pereira; e o protocolo para a higidez do reconhecimento de pessoas como dimensão estruturante do procedimento probatório foi alvo da abordagem feita por Eduardo Garcia Albuquerque.

Seguindo a mesma toada, Luciano Santos Lopes e Pedro Afonso Figueiredo analisou a teoria da cegueira deliberada aplicada aos crimes tributários, com ênfase em suas repercussões e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Luciana Machado Teixeira Fabel e Lélío Braga Calhau apresentaram e trouxeram para a pauta as discussões sobre os desafios opostos ao Direito Penal pelo ESG, Greenwashing e pelos programas de integridade.

Sem dúvidas, aqui uma grande obra que é produto de construção coletiva, oriunda de diversos bancos acadêmicos e profissionais desse país marcada por novas discussões, intensas transferências de tecnologias e práticas de inovação que, em muito, redimensionam a

ciência do Direito, a dogmática jurídica-penal e a produção do conhecimento científico na área desse já tradicional grupo de trabalho.

Convidamos, pois, à leitura; cumprimentando, todos e todas, pelo êxito de mais um GT em um encontro virtual do CONPEDI.

Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder Escola Superior/MG

Professor Doutor Clovis Alberto Volpe Filho

Faculdade Dr. Francisco Maeda/Faculdade de Direito de Franca

Professor Doutor Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão, Universidade Ceuma e Universidade de Salamanca.

# **SOBRE A REPRESSÃO AO DISCURSO DE ÓDIO NA INTERNET FACE AOS POSTULADOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO PENAL: UMA CONCILIAÇÃO (IM)POSSÍVEL?**

## **ABOUT THE REPRESSION OF HATE SPEECH ON THE INTERNET IN CONFRONTATION WITH THE FOUNDATIONAL POSTULATES OF CRIMINAL LAW: AN (IM)POSSIBLE CONCILIATION?**

**Aline De Almeida Silva Sousa <sup>1</sup>**

### **Resumo**

O presente estudo intenta refletir sobre como as estratégias de combate ao discurso de ódio na internet são (in)compatíveis com alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal, de forma contextualmente adequada e sem olvidar as intenções materiais dos princípios e as novidades oferecidas pela sociedade informacional. Para a realização deste estudo, primeiramente, discute-se as razões fundamentais para a repressão criminal do discurso de ódio, de forma dialética e em confronto o seu posicionamento contrário, que tende a não aceitar grandes restrições à liberdade de expressão, presente, especialmente, no contexto estadunidense. Em um segundo momento, aponta-se as legislações nacionais, tratados internacionais e decisões judiciais que combatem o discurso de ódio. Por fim, reflete-se sobre como algumas das táticas de repressão ao discurso de ódio na internet são (in)compatíveis com alguns dos princípios fundamentais para o Direito Penal. Para a realização da pesquisa, realizou-se a revisão da bibliografia mais relevante na área, considerando especialmente os posicionamentos em confronto de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin no que diz respeito à criminalização do discurso de ódio, bem como a revisão documental das leis, tratados e jurisprudências pertinentes.

**Palavras-chave:** Discurso de ódio, Direito penal, Liberdade de expressão, Internet, Redes sociais

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present study aims to examine the compatibility of strategies to combat hate speech on the internet with some of the fundamental principles of Criminal Law in a contextually appropriate manner, while also considering the material intentions of these principles and the novelties offered by the informational society. To achieve this, the study first discusses the fundamental reasons for criminal repression of hate speech, and debates this position dialectically in opposition to those who do not accept major restrictions on freedom of expression, particularly within the context of the US. Secondly, the study highlights national laws, international treaties, and judicial decisions that combat hate speech. Finally, it reflects on how some of the tactics for repressing hate speech on the internet may (or may not) be

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra (UC).

compatible with certain fundamental principles of Criminal Law. To conduct this research, a review of relevant literature in the field was undertaken, with particular attention paid to the opposing positions of Jeremy Waldron and Ronald Dworkin regarding the criminalization of hate speech, as well as a review of relevant laws, treaties, and jurisprudence.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Hate speech, Criminal law, Freedom of expression, Internet, Social networks

## Introdução

Os espaços para o exercício do direito à liberdade de expressão foram amplificados de forma sem precedentes a partir do advento da *Internet*, que revolucionou a comunicação social, não só em virtude da instantaneidade, mas da própria dinâmica cultural proporcionada pelas redes sociais que fornecem oportunidades para interações massivas entre usuários. Tais interações, por vezes, podem ganhar proporções “virais”, ou seja, podem ser disseminadas exponencialmente.

Por esta razão, é compreensível que os limites para o exercício da liberdade de expressão sejam redimensionados através de regulamentações jurídicas, ainda mais em virtude do aumento abismal do alcance dos chamados “discursos de ódios”, que não só ganharam mais oportunidades de serem evocados, como podem impulsionado por táticas algorítmicas computacionais, o que pode incluir a estratégia de captação de atenção por viés confirmatório, responsável pela formação do “efeito bolha”, ou seja, através do direcionamentos de conteúdos que sejam concordantes com a visão de mundo do usuário, a fim de prender a sua atenção por mais tempo, o que produz a sensação de os seus pensamentos são “os” corretos, na medida em que são mitigadas as situações de confronto com ideias contrárias. Estas ferramentas proporcionam um terreno bastante fértil para a polarização e intolerância às dissidências, o que consequentemente pode desencadear mensagens de ódio (NUNO, 2017, p. 275-276).

Embora os fundamentos para a criminalização dos discursos intoleráveis tenham raízes antiquíssimas, o atual contexto cibernético não deixa de exigir novas estratégias de combate, que necessitam contar com diversos atores e medidas alternativas para que os danos decorrentes sejam prevenidos e punidos. Por essa razão, o presente estudo tem o intuito de refletir sobre *como as táticas de repressão ao discurso de ódio na internet se demonstram (in)compatíveis com alguns dos postulados fundamentais do Direito Penal*, a fim de ponderar sobre uma (im)possível interpretação conciliatória que consiga oferecer respostas contextualmente adequadas.

Para a realização deste estudo, primeiramente, discute-se o principal fundamento para a criminalização do discurso de ódio, embora em confronto o seu posicionamento contrário, que tende a não aceitar “grandes” restrições à liberdade de expressão. Tal discussão é realizada principalmente com a interlocução de Jeremy Waldron e Ronald Dworkin. Em um segundo momento, descreve-se as legislações que criminalizam os discursos de ódio, bem como algumas decisões, tanto no plano internacional como alguns exemplos nacionais; e ainda, de

que forma as empresas de Tecnologia da Informação, especialmente as plataformas de redes sociais, possuem responsabilidades neste combate. Por fim, pondera-se sobre como algumas das estratégias para a repressão ao discurso de ódio são (in)compatíveis com alguns dos princípios fundamentais do Direito Penal, adotando uma perspectiva que pretende adequar a intenção material dos princípios com a especificidade do contexto atual.

Importa mencionar que o presente estudo realiza a revisão bibliográfica de grandes referências no debate sobre regulamentação do discurso de ódio, bem como a revisão documental de legislações nacionais e internacionais, incluindo algumas jurisprudências, através de uma metodologia de pesquisa hipotético-dedutiva.

### 1. **Fundamentos para a criminalização do discurso de ódio:** a difícil conformação prática entre a liberdade de expressão e a dignidade humana.

Embora não exista unidade conceitual sobre o que se convencionou chamar de “discurso de ódio”, compreende-se, após a análise de algumas propostas, que se trata de um tipo discurso abominável, que nega ou inferioriza incisivamente o valor/*status* de uma pessoa enquanto sujeito livre e igual na sociedade, em virtude de fazer parte de determinado grupo social caracterizado por raça, religião, nacionalidade, origem, etnia, gênero, orientação sexual, deficiência física ou psíquica, práticas culturais ou outras qualidades que sejam utilizadas para justificar difamação de grupo, desvalorização e discursos discriminatórios negadores de direitos. (LAPOUTRE, 2017, p. 853); (GROSS, 2017, p. 23); (BRUGGER, 2007, p. 117-118).

Entretanto, antes de continuar, importa acentuar a diferença entre os «atos discriminatórios» e os «atos discursivos discriminatórios», uma vez que, para os primeiros, há em diversos países legislações que criminalizam a discriminação no acesso a locais públicos, à repartições, no acesso a elevadores, em postos de trabalho e em locais privados por motivação de raça, gênero, classe, religião e entre outras (GROSS, 2017, p. 46); já para os segundos, importa discutir o fundamento que convoca a intervenção do direito penal, bem como a sua contraposição geral, se é que se pode reduzir o debate nesses termos. Ainda, Jeremy Waldron (2012, p. 35) traça a diferença entre crimes de ódio, que possuem a clara motivação discriminatória, e o discurso de ódio, que não necessariamente precisam partir de uma intenção discriminatória porquanto são definidos pelo “dano/efeito” que causam na sociedade, o que, por acaso, diverge de algumas disposições legislativas, como demonstra o tópico seguinte.

Mas afinal de contas, que tipo de “dano” pode afinal decorrer de um discurso? Jeremy Waldron acredita que o discurso de ódio promove, ainda que indiretamente, danos à dignidade dos endereçados em virtude da desvalorização do seus *status* de cidadãos na sociedade através de difamação de grupo, o que gera uma sensação de insegurança e suscetibilidade para violência, o que é um obstáculo para a realização de aspectos fundamentais da vida. Isto porque o discurso de ódio revive pesadelos antigos da nossa sociedade, como a escravidão e o Holocausto, por exemplo, e é responsável pela preparação de um ambiente ameaçador à paz social e aos bens públicos, atuando através de um envenenamento lento e gradual injetado por cada palavra de ódio dita, corrompendo a mentalidade das pessoas contra pessoas integrantes dos grupos já referidos (WALDRON, 2012, p. 1-40).

A dignidade, nesta perspectiva, é compreendida enquanto um *status* de boa reputação enquanto cidadão membro da sociedade e em cumprimento dos seus deveres, e está intrinsecamente vinculada às noções de segurança e garantia de possibilidade de realização dos aspectos essenciais da vida, sem ser alvo de discriminações e humilhações no seu dia a dia. A garantia de realização individual em uma sociedade pacífica e harmoniosa é fundamental para a dignidade, não só enquanto *status* de boa posição social, mas enquanto valor normativo que impõe a exigência de respeito ao outro e ao Estado. Convoca-se, portanto, a compreensão da dignidade também enquanto *rank*, ou melhor, enquanto um *high-rank-status*, que é impositiva de deferência, respeito, reconhecimento, autocontrole, elevação e distinção de todos os seres humanos em relação às demais criaturas. Trata-se de uma qualidade normativa distintiva que implica respeito e reconhecimento essencialmente, proibindo qualquer tratamento degradante ou humilhante. Contudo, importa acentuar que a noção de dignidade enquanto *rank* em Waldron diverge da perspectiva do Antigo Regime, na medida em que é aplicada de forma geral e universalizante para todo e qualquer ser humano igualmente, de forma não discriminatória. (WALDRON, 2009, p. 22ss).

É claro que isto não se confunde com a obrigação de “estimar” todas as pessoas, ou seja, não existe a obrigação de avaliar positivamente todas as diferenças presentes nas sociedades plurais, o que seria, de fato, impossível. A dignidade determina apenas o «respeito enquanto reconhecimento», de forma invariável e irrecusável, perante a autonomia, ao autocontrole e aos direitos subjetivos de cada um (WALDRON, 2012, p. 60). Por essa razão, o jusfilósofo clarifica que a necessidade de normas regulamentadoras para o discurso de ódio se justifica apenas para a proteção da dignidade, e não para proteger os “sentimentos das pessoas”. Portanto, a “mera ofensa”, determinada a partir da subjetividade individual de cada um, não é

o objeto de repressão das legislações proibitórias do discurso de ódio (WALDRON, 2009, p. 106-108), considerando que muitas das nossas convicções manifestadas, protegidas pelo direito à liberdade de expressão em uma sociedade democrática, podem ser ofensivas para diferentes perspectivas de vida boa.

Em um posicionamento contrário ao de Jeremy Waldron, Ronaldo Dworkin (2011, p. 369-379) vai em defesa de uma “limitação para a limitação” da liberdade e de expressão, combinando uma perspectivação negativa – para que não seja restringida senão para a proteção da vida, da segurança e das liberdades dos outros – com uma perspectivação positiva – abarcando a dimensão do autogoverno em uma democracia, dependente do acesso à informação e da participação em decisões coletivas. Nesse sentido, a censura à liberdade de expressão, além de prejudicar a independência na realização pessoal de cada um, também afeta o compartilhamento das diferentes opiniões políticas, ainda que bastante controversas, como as convicções racistas e antissemitas da Ku Klux Klan, por exemplo. Na realidade, Dworkin (2006, p. 1-3) chega mesmo a afirmar que ninguém tem o direito de não ser insultado ou ofendido, e se as minorias desejarem aprovar estatutos e leis antidiscriminatórias, deverão estar aptas a aguentar qualquer tipo de discurso repugnante na esfera política. Somente em uma sociedade na qual se permite insultar durante o debate público é que se pode aprovar leis e estatutos de forma democrática e legítima. Em suma, a liberdade de expressão é a própria condição da legitimidade de um governo democrático em virtude da participação cidadã, sendo justamente o que torna possível para as chamadas “minorias” opor suas ideias às “maiorias”.

A perspectiva de Ronald Dworkin ilustra bem o posicionamento jurídico estadunidense e a sua fé quase irrestrita na Primeira Emenda (ESTADOS UNIDOS DA AMERICA, 1791), isto porque no precedente *Watts v. United States* (1969), a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que a Primeira Emenda não protege «ameaças reais», o que inclui chamamentos diretos e críveis para atos de violência, embora isto não se confunda com uma “hipérbole política”, ou seja, com a linguagem intensa e agressiva da arena política que promete de forma não concretizável a realização de certos atos de violência. Como resume bem Winfried Brugger (2007, p. 118-127), os EUA permitem todas as formas de rudeza, “nivelando por baixo” as expressões, a fim de garantir que o mínimo de opiniões seja suprimido no “mercado de ideias” da democracia. Há a proteção prioritária da liberdade de expressão, inclusive de mensagens de ódio, em detrimento de outros valores como, como da igualdade, da honra e da civilidade.

Embora seja possível considerar a clareza do critério na sua apresentação de limites determináveis para a liberdade de expressão, não se pode olvidar que atos de violência decorrem de discursos discriminatórios e desvalorizadores da vida humana, ainda que de forma oblíqua e lenta, através da preparação de um ambiente hostil e violento para determinados grupos através da corrupção da mentalidade coletiva. Não se pode negar, por exemplo, que o Holocausto foi sustentado pela institucionalização da propaganda Nazista antisemita, que reproduzia uma narrativa maniqueísta e estigmatizante de Judeus, retratados sempre como “uma grande ameaça” e que estariam prestes a “violentar” a todos caso não fossem contidos (HERF, 2006, p. 216-217). Ainda, nos Estados Unidos da América, país marcado pela escravidão e pelo *Apartheid*, Tim Mardigan (2013, p. s.n.) explica que a mídia local da cidade de Tulsa teve grande contribuição para o *Tulsa Race Riot* de 1921, no qual a “*Black Wallstreet*” norte-americana foi destruída, com a morte de cerca de trezentas pessoas, na sua maioria negra. A ideologia da Ku Klux Klan era altamente disseminada pelo jornal *Tulsa Tribune* de Richard Lloyd Jones, que lançava notícias estigmatizantes, difamatórias e desvalorizadoras da condição humana de pessoas negras.

Não obstante, Rae Langdon (1993, p. 314-315), aponta que muitas pessoas que fazem parte de grupos historicamente oprimidos não se sentem seguras para manifestar posicionamentos na arena política, seja porque se sentem intimidadas e optam por não falar, seja porque acreditam que ninguém irá dar ouvidos, ou ainda porque reconhecem o risco da sua fala não provocar o efeito esperado. A possibilidade de participar na arena política depende da força política de cada agente. Portanto, pelas razões ora mencionadas é que a maioria das democracias ocidentais atualmente determinam punições criminais para o chamado “discurso de ódio”, com preocupações prioritárias em torno da dignidade, honra e igualdade (BRUGGER, 2007, p. 118).

## **2. A orientação para a criminalização do discurso de ódio na Internet em escala global.**

No contexto da União Europeia, a *Decisão-Quadro 2008/913/JAI*, do Conselho, de 28 de novembro de 2008, é um marco importante no combate, pelas vias do direito penal, contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Tomada ao abrigo do Tratado da União Europeia, trata-se de uma clara reafirmação de que o racismo e a xenofobia constituem violações graves aos princípios e valores fundamentais do Estado Democrático de Direito e da própria formação da União Europeia, isto porque os atos discursivos discriminatórios ameaçam

concretamente os grupos de pessoas alvos destes tipos de comportamento. Logo, a presente decisão intenciona que o direito penal intervenha para garantir que os Estados-Membros determinem sanções efetivas, proporcionais e convincentes, através de suas legislações nacionais, aplicáveis às pessoas singulares e coletivas que cometam tais infrações, ou que de algum modo sejam responsáveis pelas suas propagações.

O artigo 1º determina de forma bastante direta que os Estados-Membros devem garantir a punição de determinados atos cometidos de forma dolosa, incluindo a incitação pública à violência e ao ódio contra a pessoa ou grupo identificado por questões de raça, cor, religião, origem nacional ou étnica; bem como a negação e banalização grosseira pública de crimes contra a Humanidade, incluindo genocídio e crimes de guerra, tanto definidos nos termos do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, quanto pelo Estatuto do Tribunal Militar Internacional (CONSELHO DA EUROPA, p. 2008, p. 56).

Considerando a necessidade de prevenção à propagação viral destes discursos na *Internet*, justificou-se estabelecer o *Código de Conduta para Luta Contra os Discursos Ilegais de Incitação ao Ódio em Linha* em 2016 (COMISSÃO EUROPEIA, 2016), o qual foi subscrito por empresas de Tecnologia da Informação, incluindo a *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* e *YouTube*, que assumiram responsabilidades na promoção da liberdade de expressão na *internet*, o que inclui especialmente a repressão aos incitamentos ao ódio *online*, tomando como referência a Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho e as legislações nacionais que a acolhem. Vê-se, portanto, que as empresas de Tecnologia da Informação estão verdadeiramente na linha de frente contra a propagação dos discursos de ódio *online*, tornando-se responsáveis pela interceptação deste tipo de conteúdo após notificação válida, precisa e justificada. Tais plataformas estão autorizadas a examinar, eventualmente retirar ou impossibilitar acesso aos conteúdos odiosos, embora necessariamente sob autorização e em comunicação com os Estados-Membros.

Não obstante, importa alertar que a orientação para a intervenção do direito penal no combate aos *cibercrimes* não é exatamente nova ou inaugurada pelo Código de Conduta referido. Em 2003, foi sancionado o *Protocolo Adicional à Convenção sobre o Cibercrime* pelo Conselho (CONSELHO DA EUROPA, 2003) da Europa para que os países membros desenvolvessem respostas jurídicas adequadas, através de cooperação e harmonização das legislações nacionais, para reprimir propagandas de natureza racistas e xenófobas realizadas através dos sistemas informáticos, visto que tais sistemas oferecem níveis planetários e sem precedentes de liberdade de expressão. Contudo, o que o Código de Conduta de 2016 traz de

novidade é o compartilhamento (senão mesmo uma considerável transferência) da responsabilidade na repressão do discurso intolerável com as empresas de Tecnologia da Informação e com a própria sociedade civil, embora através de uma responsividade ativa (*counter speech*) e de outras medidas educativas (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, p. 1).

No âmbito das Nações Unidas, foi implementado *The Rabat Plan of Action* em 2012, para a proibição da propagação do ódio nacional, racial e religioso, que constitui incitamento à discriminação, hostilidade ou violência, a fim de clarificar a compreensão das medidas legislativas, das práticas judicativas e das políticas realizadas em torno do discurso de ódio, embora respeitando o direito à liberdade de expressão. Nesse sentido, diferentes tipos de expressões foram sistematizados, o que contribui para elaborar medidas diferenciadas, sancionatórias ou não, em torno de cada uma. Portanto, é possível identificar que existem: i) expressões que constituem uma ofensa criminal; ii) expressões que não são criminalmente puníveis, mas que podem suscitar sanções cíveis ou administrativas; iii) expressões que não suscitam qualquer tipo de sanção penal, cível ou administrativa, mas que ainda atingem questões de tolerância, civilidade e respeito (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012). Logo, para facilitar a identificação na prática do que é o “incitamento real”, diferenciando-o das críticas ou de outros discursos protegidos pela liberdade de expressão, no âmbito deste plano, foi desenvolvido uma espécie de teste, o *Rabat Threshold Test (2020)*, para fornecer critérios de avaliação do tipo de discurso em causa. Logo, o teste propõe levar em consideração: a) o contexto da declaração, podendo ser social ou político; b) o *status* do falante; c) a intenção de incitar a audiência contra determinado grupo alvo; d) o conteúdo e a forma do discurso; e) a extensão da disseminação da fala; e f) a probabilidade do dano, incluindo a sua iminência (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2020).

Não se pode esquecer também do *United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech* de 2019, que pretende fornecer para as Nações Unidas o espaço e as ferramentas necessárias para lidar com o *hate speech*, em conciliação com o direito à liberdade de expressão. Desta feita, os principais objetivos do referido plano consistem em: i) enriquecer os esforços das Nações Unidas para lidar com as causas e com os propagadores do discurso de ódio; ii) fornecer respostas efetivas ao impacto do discurso de ódio nas sociedades. Para isto, dentre alguns dos principais comprometimentos, inclui-se: a) o monitoramento e análise do discurso de ódio, incluindo a análise de dados das principais tendências; o engajamento com a mídia tradicional e a nova, a fim de propagar valores de tolerância, não-discriminação, pluralismo e a liberdade de opinião; b) o uso de tecnologias, o que é importante para conter a disseminação do

discurso de ódio nas mídias sociais, contando com o suporte ativo das empresas de tecnologia;

c) o aproveitamento de parcerias, incluindo os setores de tecnologia, considerando que as principais medidas para combater o discurso de ódio não serão tomadas pela ONU, mas pelos diversos atores da sociedade, como governos, organizações regionais, empresas privadas, meios de comunicação, organizações religiosas e outras organizações civis (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Embora este teste forneça alguns critérios facilitadores para a identificação do discurso intolerável, a verdade é que as Nações Unidas propõem um nível de restrição do discurso mais brando do que o adotado pela União Europeia. Ora, a ONU fornece fundamentos para a restrição da liberdade de expressão através do art. 20º, nº 2, do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (1966) que determina que: “toda a propaganda a favor da guerra estará proibida por lei. Toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estará proibida por lei” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966). Contudo, o Relatório Anual das Nações Unidas de 2012 sobre a liberdade de opinião e expressão clarifica que:

Como tal, a defesa do ódio com base em motivos nacionais, raciais ou religiosos não é uma ofensa em si. Tal defesa torna-se uma ofensa apenas quando também constitui incitação à discriminação, hostilidade ou violência, ou quando o orador procura provocar reações por parte da audiência. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, tradução livre).

Nesse sentido, para as Nações Unidas, as restrições à liberdade de expressão não alcançariam as opiniões chamadas de negacionistas sobre fatos históricos, como a negação de genocídios e do Holocausto, por exemplo.

Já a União Europeia, através da *Convenção Europeia de Direitos do Homem* (1950) no seu artigo 10º n. 2, determina as responsabilidades decorrentes do direito à liberdade de expressão, admitindo regulamentações e restrições formais e sancionatórias para a promoção da segurança nacional, da defesa da ordem pública e da prevenção ao crime, bem como de outros componentes necessários em uma sociedade democrática. Não obstante, ainda há o artigo 17º que impõe a proibição do abuso de direito, considerando que nenhum dos artigos da convenção pode ser interpretado para restringir direitos de liberdades dos outros para além das hipóteses previstas (CONSELHO DA EUROPA, 1950). A questão é que a realização destas normas *in concreto*, considerando a atuação do *Tribunal Europeu de Direitos Humanos*, têm acolhido uma variedade de hipóteses para a restrição da liberdade de expressão que estão muito além do escopo determinado no âmbito das Nações Unidas. O levantamento de casos sobre *hate*

*speech* presentes na ficha técnica de janeiro de 2022 inclui casos de: negacionismo e revisionismo; condescendência a crimes de guerra; condescendência ao terrorismo; intolerância religiosa; insulto a oficiais do Estado; a demonstração de símbolos associada a movimentos ou entidades políticas; extremismo; ridicularização, difamação, denegrição, ou ameaça a pessoa ou a grupo de pessoas por certas características incluindo a sua orientação sexual e identidade de gênero; elogiar crimes ou criminosos; discurso de ódio e o respeito ao direito à privacidade; isto sem esquecer dos casos de ameaça à ordem democrática; ódio racial; ódio religioso; ódio étnico, etc. Ainda, o relatório clarifica que os portais virtuais que, por motivos comerciais, disponibilizam plataformas de comentários para usuários, assumem os “deveres e responsabilidades” associadas à liberdade de expressão de acordo com o artigo 10 n. 2 da Convenção, considerando o discurso de ódio comumente disseminado através destes comentários. (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, 2022).

Um dos casos mais distanciados do paradigma das Nações Unidas, e que provavelmente não seria detectado como discurso intolerável através do *Rabat Threshold Test* é o chamado *Nix v. Alemanha* (2018). Hans Burkhard Nix, cidadão alemão, recorreu ao TEDH com base no artigo 10 da CEDH, em defesa da sua liberdade de expressão, em razão de ter realizados postagens de fotos expositoras de símbolos nazistas, incluindo a foto de Heinrich Himmler usando uniforme da organização paramilitar *Schutzstaffel*, com uma suástica no seu braço, em seu *blog* pessoal. Por esta razão, Nix foi condenado criminalmente pelo Estado Alemão nos termos do artigo 86a do Código Criminal Alemão. Contudo, o aplicante afirmou que realizou a postagem para realizar uma crítica, para se referir às práticas interpretadas por ele como racistas, vindas da escola em que sua filha estudava, especificamente do setor de empregabilidade. A sua filha é alemã-nepalesa e recebia auxílio para imigrantes do governo e, por essa razão, segundo Hans Nix, estava a receber e-mails solicitando satisfações sobre as suas pretensões acadêmicas/profissionais, o que não acontecia normalmente com os demais estudantes. Para o aplicante, os e-mails intencionavam direcionar a sua filha para empregos de baixos salários, geralmente atribuídos para imigrantes. Diante deste fato, o TEDH julgou a aplicação inadmissível, embora tenha reconhecido que a intenção de Nix não era a de promover propaganda nazista. A Corte de origem fundamentou que o uso crítico de símbolos deve deixar evidente a oposição à ideologia nazista, o que, em tese, não teria sido feito por Nix. Em suma, a crítica em si não eximiu o aplicante da responsabilidade criminal prevista no 86a do Código Criminal Alemão pelo “uso de símbolos de organizações inconstitucionais”, a não ser que

tivesse, de forma clara e evidente, demonstrado a oposição ao nazismo (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

O Estado Alemão assume um alto grau de responsabilidade na prevenção do discurso de ódio, em virtude do histórico da violência sustentada pela propaganda nazista, que era inclusive institucionalizada e autorizadora do genocídio, do antissemitismo, do racismo e de outras formas de desvalorização da vida e da dignidade humana. Trata-se, numa compreensão bastante derridiana, de uma responsabilidade infinita diante da memória e da própria compreensão do conceito de responsabilidade; da responsabilidade diante da história das instituições e do(s) conceito(s) de justiça, que mantêm o seu rastro no presente e nas projeções de um futuro/talvez orientador das decisões ético-político-jurídicas (DERRIDA, 1992, p. 21ss). No entanto, vê-se que a autoridade estatal para restringir a liberdade de expressão também se torna cada vez mais amplificada, o que pode inviabilizar críticas e subversões às autoridades e às instituições, bem como a transformação da ordem institucionalizada. Não obstante, tal fundamentação ainda subestima a capacidade interpretativa da audiência para a compreensão de mensagens críticas irônicas.

No contexto das américas, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (1969), em seu art. 13 n. 5 proíbe toda e qualquer propaganda em favor da guerra, a apologia ao ódio nacional, racial, religioso, bem como a incitação à violência (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969), o que é uma clara restrição ao discurso de ódio. Não obstante, para análise deste tipo de discurso, leva-se em consideração o contexto e a ponderação dos possíveis direitos envolvidos e ainda, visa permitir apenas as restrições necessárias para a sustentabilidade de uma sociedade democrática, logo, qualquer restrição, pela teste tripartite, deve: i) ser definida por lei formal ou material, de forma precisa e clara; ii) deve ser realizada para orientar os objetivos da Convenção; iii) deve ser necessária para a sociedade democrática e estritamente proporcional e idônea para o cumprimento das finalidades e objetivos buscados (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009).

No Brasil, há também uma orientação para a repressão ao discurso de ódio, tendo em vista o seu potencial de corrupção da mentalidade social na promoção de um ambiente discriminatório e hostil para as minorias político-econômicas. Há, por exemplo, a Lei de nº 7.716/89, a conhecida “Lei do Racismo” que estabelece o crime de incitação à discriminação por motivos de raça, bem como outras condutas previstas no art. 20 (BRASIL, 1989). Não obstante, há a previsão do crime de injúria com elementos referentes à religião ou à condição

da pessoa idosa art. 140 do §3º Código Penal. Ademais, se o crime for cometido através do uso de redes sociais e da rede mundial de computadores, aplica-se o triplo da pena, nos termos do art. 141 §2º (BRASIL, 1940). A jurisprudência pátria também tem ampliado, por vias de interpretação analógica, extensiva, bem como por outras reflexões hermenêuticas, como a ponderação alexyana por exemplo, formas de restrição ao discurso discriminatório de maneira cada vez mais ampla, e não atingindo apenas questões de raça, mas de etnia, religião, gênero, afetividade, entre outras. (GROSS, 2017, p. 59-73).

### **3. Analisando as táticas de repressão ao discurso de ódio na *internet* à luz dos postulados fundamentais do direito penal: uma conciliação (im)possível?**

A criminalização do discurso de ódio é por si mesma objeto de controvérsia, e a situação se torna ainda mais complicada quando acrescentamos as peculiaridades exigidas pelo contexto do ciberespaço. Isto porque a censura penal do discurso de ódio depende da atuação “na linha de frente” das empresas de Tecnologia da Informação, o que parece fragilizar profundamente o postulado fundamental do sistema penal, o *jus puniendi* criminal do Estado, o qual determina que o Estado detém com exclusividade a titularidade do poder de punir criminalmente, conforme afirma Nuno Brandão (2020, p. 77). Na prática, como vimos, são estas empresas que analisam e determinam prontamente o discurso intolerável, o que em certas ocasiões depende do diálogo direto com o usuário evocador do discurso, com o intuito de avaliar a sua intenção. Contudo, não se pode negar que esta atuação é realizada em conjunto com os Estados-Membros e, na hipótese destas empresas não cumprirem as responsabilidades que lhe foram atribuídas, elas próprias sofrerão punições. Trata-se de uma parcial delegação para o setor privado das funções jurídico-estatais, tanto para a restrição da liberdade de expressão, muitas vezes de forma bem mais intensa do que fazem os Estados, como para a atuação na censura penal ao chamado “discurso de ódio”.

No entanto, se pensarmos em como colocar na prática o combate à difusão massiva do discurso de ódio nas redes sociais, talvez não chegássemos à conclusões diferentes das mencionadas, embora sempre atentando para a necessidade de uma comunicação cada vez mais amplificada e otimizada entre empresas e estados. Ora, nos termos de Castanheira Neves, o direito é uma solução prática para o problema da convivência humana, que possui como a sua condição fundamental (embora sem esquecer das outras) a «condição ética», que se consubstancia no reconhecimento recíproco de cada ser humano como Pessoa, na sua inviolável

dignidade. Nesta perspectiva, a dignidade está vinculada de forma indispensável ao «princípio da igualdade», materialmente fundado; ao «princípio da liberdade», que não deixa de contar com a segurança; mas que também vem calibrado com o «princípio da responsabilidade», perante o outro, à comunidade e à humanidade como um todo. As delimitações destes princípios não serão determinadas em *abstracto*, mas apenas contextualmente de acordo com as disponibilidades histórico-sociais, e de forma adequada ao problema concreto (NEVES, 2013, p. 54).

Ainda, a determinação das liberdades e responsabilidades dos diferentes atores sociais dependem notadamente do «o princípio do mínimo» - vez que é fundamental para estabelecer os “limites aos limites” à liberdade, considerando que só serão legítimas as restrições na realização pessoal de cada um na medida em que forem necessárias para a convivência e realização pessoal de todos –, e do «o princípio da formalização» - que conta com a institucionalização formal dos limites a serem traçados. (NEVES, 1995, p. 416).

Portanto, considerando que a *internet* amplificou de forma substancial os espaços de liberdade de expressão, conseqüentemente, novos limites e responsabilidades deverão ser traçados de forma adequada às circunstâncias práticas, desde que em respeito ao «princípio do mínimo» e ao «princípio da formalização», que naturalmente orienta para que toda e qualquer atitude restritiva de direitos realizada por estas empresas esteja submetida ao aval dos Estados, nos limites que lhes são por eles determinados.

Desta feita, identificando que o Estado isoladamente não dispõe de meios para combater o discurso de ódio *online*, é compreensível que compartilhe esta tarefa com diversos atores da sociedade, inclusive com as empresas privadas que possuem o maior monopólio de ferramentas para atuar no problema em causa. Portanto, desde que as empresas respeitem os limites atribuídos pelos Estados e atuem de forma submissa aos mesmos, o postulado da exclusividade estatal no *jus puniendi* criminal não restará prejudicado, mas sim adequado ao problema concreto.

Outro postulado fundamental que é desafiado pela criminalização do discurso de ódio é o princípio da legalidade criminal, que corresponde à exigência de que a produção e aplicação das normas penais estejam submetidas previamente ao monopólio da lei, criada pelos parlamentares representantes dos cidadãos, como uma espécie de “garantia democrática” de matriz moderno-iluminista. Este princípio ainda traz consigo duas outras características além das exigências de “*lex scripta*” e “*lex praevia*”, como a “*lex certa*”, o que implica descrever com certeza e determinação o tipo penal, delimitando de forma exata por meio da lei todos os

delitos e penas, na sua pretensão de não permitir tipos vagos ou indeterminados, e ainda a “*lex stricta*”, obrigando a realizar interpretações restritivas, impedindo interpretações extensivas ou analógicas *in malam partem* (RESTA, 2019, p. 27-28). Desta feita, considerando que parte dos tipos penais que descrevem as condutas comumente compreendidas como “discursos de ódio” não são dos mais exatos. Diferentes interpretações são comumente consubstanciadas perante os mesmos discursos, e com a abrangência dos tipos penais, isto se torna ainda um problema maior para as condições de comparabilidade entre os casos. Nestas circunstâncias, convicções sobre questões políticas ou éticas podem ser interpretadas como discurso de ódio para uns e, simultaneamente, como simples manifestações da liberdade de expressão para outros. Nesse sentido, uma solução possível que permite auxiliar a realização de interpretações restritivas, embora pragmaticamente responsáveis diante das consequências juridicamente previstas, é avaliar a presença dos critérios oferecidos pelo *Rabat Threshold Test* (2020), embora dando ênfase principalmente para dois: a intenção evidente de realizar a conduta descrita pelo tipo penal e a probabilidade de algum dano suceder do discurso.

Contudo, as condutas que não são evidentemente discriminatórias, incitadoras ou ameaçadoras são capazes de produzir danos relevantes o suficiente para chamarem atenção do direito penal? Por exemplo, as convicções negacionistas de fatos históricos, como genocídios e outros eventos, embora possa causar graves ofensas aos que sofreram as consequências devastadora desses atos, não nos oferecem uma ligação evidente, ou mesmo oblíqua com atos de violência decorrentes destas negações. Ou seja, a ofensa aos bens jurídicos mais importantes a serem protegidos pelo direito penal não está tão clara, o que demonstra uma certa afronta ao «princípio da lesividade ou da ofensa», que impede criminalizar certa conduta que não prejudica um bem juridicamente tutelado. É claro que se pode sempre recorrer ao princípio da dignidade para fundamentar tais criminalizações, ou à proteção da memória coletiva, mas a verdade é que certas convicções sobre fatos, ainda que ofensivas, não impedem terceiros de realizar aspectos essenciais da sua vida, diferente dos discursos discriminatórios que produzem uma sensação de insegurança e predisposição para violência. Consequentemente, há uma afronta ao «princípio da subsidiariedade do direito penal», no seu caráter de *ultima ratio* (NUNO, 2020, p. 75-76), uma vez que há outros meios para combater discursos negacionistas, como por exemplo, a prática de uma resposta ativa com intenção redirecionar os discursos negacionistas ou não intencionalmente odiosos para o espaço de deliberação democrática, a fim de encará-los como uma oportunidade para a transformação da mentalidade social por meio da educação, o que é chamado de *counterspeech*.

Maxime Lepoutre (2017, p. 854-860), na sua defesa pessimista do *counterpseech*, seguindo a sugestão do jornalista Joe Sacco, acredita que a sociedade deve tolerar tais discursos numa tentativa de entender os motivos por detrás deles, considerando que parte das pessoas que possuem tal “visão de mundo odiosa” são aquelas que se sentem mal representadas pelos partidos políticos com maior expressividade. Contudo, sabe-se que nem sempre os próprios cidadãos vítimas do discurso de ódio possuem meios suficientes para rebater tais ataques. Por essa razão, trata-se de uma defesa um pouco mais sofisticada do *counterpseech*, em acordo com Corey Brettschneider, porquanto é o Estado que deve assumir o dever de realizar esta tarefa, e isto pode ser feito de diversas maneiras para além da atuação de agentes estatais que evoquem posicionamentos em favor da promoção da dignidade humana, como através da irradiação da mensagem educativa nos espaços públicos, através da dedicatórias na construção de monumentos em homenagem à diversidade, da criação de feriados e inúmeras outras políticas públicas educativas. Trata-se de uma prática que encara o *hate speech* não simplesmente como um problema, mas como uma oportunidade de transformação da mentalidade “odiosa” através do debate público.

É claro que, em face do discurso evidentemente discriminatório, incitador e difamador direcionado aos chamados “grupos protegidos”, o *counterspeech* não é suficiente, considerando o vínculo que existe entre o discurso evocado e os danos à realização pessoal em diversas dimensões da vida humana, inclusive para a integridade física. Já quanto às convicções negacionistas sobre fatos históricos e as não evidentemente discriminatórias, as práticas de *counterspeech* seriam soluções mais adequadas ao problema e para a preservação dos postulados fundamentais do Direito Penal, que têm, essencialmente, também a intenção de impedir o autoritarismo estatal.

## **Conclusão**

A conformação prática entre a liberdade de expressão e a promoção da dignidade humana não pode ser totalmente pré-definida em abstrato, considerando que são os problemas concretos que convocam as soluções que lhes são adequadas. Contudo, sabe-se que os fundamentos para a criminalização de grande parte das modalidades de “discursos de ódio” são bastante necessários, visto que tais discursos são capazes de corromper a mentalidade coletiva em desfavor de certos grupos, qualificados por questões de raça, identidade gênero, sexo,

orientação sexual, doenças, deficiências, religião, práticas culturais ou qualquer outra característica que seja utilizada para desvalorizar o *status* de cidadão do outro na sociedade.

Tal discurso degradante e humilhante não apenas ofende o indivíduo em um nível subjetivo, mas cria um ambiente inseguro para a realização de aspectos essenciais da vida, o que gera desigualdades, discriminação e uma grande suscetibilidade para a ocorrência de atos de violência em desfavor dos destinatários. Contudo, a intenção de proteger a dignidade humana através da repressão legal ao discurso de ódio não se confunde com a tentativa de banimento dos discursos “meramente ofensivos” e “politicamente incorretos”, ou seja, daqueles confrontam negativamente a autoestima e/ou abalam os sentimentos das pessoas, embora não contribuam para a impedir a realização de aspectos essenciais da vida em sociedade.

É por essa razão que a maioria das democracias ocidentais, com exceção dos Estados Unidos, criminalizam várias das modalidades de discursos de ódio. Não obstante, no plano internacional há uma série de tratados e orientações que convocam a harmonização das atuações estatais para o combate deste tipo de discurso repugnante, e inclusive, compartilham as responsabilidades com outros atores, incluindo a sociedade civil organizada e empresas privadas, principalmente as de Tecnologia da Informação para a identificação destes discursos no ciberespaço.

No entanto, tais medidas não deixam de afetar vários postulados fundamentais do Direito Penal, que também pretendem garantir uma contenção do autoritarismo estatal e a participação democrática na tomada de decisão acerca dos bens jurídicos mais importantes. Nesse sentido, a exclusividade do *jus puniendi* criminal do Estado, para que não seja fragilizada em virtude da atuação proativa das empresas de Tecnologia da Informação no combate ao discurso de ódio, deve ser tida como fundamental para determinar dos limites formais e materiais propostos para a referida atuação, com a exigência de transparência na aplicação das medidas adotadas, o que depende de uma rápida e constante comunicação entre as empresas e instituições dos Estados-Membros.

Já a respeito do princípio da legalidade criminal, para a facilitação de uma interpretação restritiva, embora pragmaticamente responsável, necessita-se atentar para as circunstâncias *in concreto*, o que pode contar com um raciocínio voltado para a avaliação da intenção do falante, bem como para a probabilidade de o discurso perpetrar danos juridicamente relevantes, mesmo aqueles que contribuem de forma oblíqua e gradual para a preparação de um ambiente propício para a violência.

Por fim, acredita-se que a criminalização do discurso de ódio que realmente tenha o condão de trazer danos a dignidade humana é compatível com princípio da lesividade e com o caráter subsidiário do Direito Penal. Contudo, as convicções negacionistas sobre fatos históricos de genocídios ou guerras – assim como outras convicções que, embora possam ser ofensivas, não evidenciam uma relação, ainda que indireta, com a perpetração de danos para a realização pessoal de terceiros – podem ser alvos de outras práticas educativas, como as práticas de *counterspeech*, para que o direito penal mantenha a sua posição de último recurso.

## REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Nuno. O discurso de ódio em perspectiva penal. *In: Liberdade de Expressão, Liberdade de Imprensa e Discurso de Ódio*. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 3 de março de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, 1940. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).

BRASIL. **Lei de nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, 1989. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em 23 de abr. 2023.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou Proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano. **Revista Direito Público**, v. 4, n. 15, jan-fev-mar, pp. 117-136, 2007. Disponível em: [www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/134](http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/134). Acesso em: 10 de dez de 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em 21 de abril de 2023.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão**. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, 2009. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140519%20-%20PORT%20Unesco%20-%20Marco%20Juridico%20Interamericano%20sobre%20el%20Derecho%20a%20la%20Libertad%20de%20Expresion%20adjust.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2023.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos do Homem**, 1950. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em 12 de jan 2022.

CONSELHO DA EUROPA. **Protocolo adicional à Convenção sobre o Cibercrime relativo à incriminação de actos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos**. Strasbourg, 28 de janeiro de 2003. Disponível em: <https://rm.coe.int/16802ed8cd>. Acesso em: 10 de jan de 2022.

CONSELHO DA EUROPA. **Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho de 28 de Novembro de 2008**: relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Actos aprovados ao abrigo do Tratado UE, 2008. Disponível em: [eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=EM](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=EM). Acesso em 12 de jan de 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Código de Conduta para a Luta Contra Discursos Ilegais de Incitação ao Ódio em Linha**, 22 de junho de 2016. Disponível em: [webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:VEibHdwut0J:https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm%3Fdoc\\_id%3D42867+&cd=2&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:VEibHdwut0J:https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm%3Fdoc_id%3D42867+&cd=2&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br). Acesso em 12 de jun de 2022.

DERRIDA, Jacques. Force of Law: The Mystical Foundation of Authority. *In: Deconstruction and The Possibility of Justice*. New York: Routledge, 1992.

DWORKIN, Ronald. **“The right to ridicule.”** The New York Review of Books, Março, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **Constituição dos Estados Unidos da América**. Amendment I. 1791. Disponível em: [www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#amdt\\_2\\_\(1791\)](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_2_(1791)) . Acesso em 10 de jan. 2022.

GROSS, Clarissa Piterman. **Pode Dizer ou Não? Discurso de Ódio, Liberdade de Expressão e a Democracia Liberal Igualitária**. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

HERF, Jeffrey. **The Jewish Enemy: Nazi Propaganda During World War II and the Holocaust**. 1ª ed. Harvard University Press: Massachusetts, 2006.

LANGTON, Rae. Speech Acts and Unspeakable Acts. **Philosophy and Public Affairs**, v. 22, n. 4, p. 293-330, 1993. Disponível em: [www.jstor.org/stable/2265469?seq=1#metadata\\_info\\_tab\\_contents](http://www.jstor.org/stable/2265469?seq=1#metadata_info_tab_contents). Acesso 10 de jan de 2022, p. 314-315

LAPOUTRE Maxime. Hate Speech in Public Discourse: A Pessimistic Defense of Counterspeech. **Social Theory and Practice**. Vol. 43, nº 4, October, pp. 851-883, 2017, Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/26405309>. Acesso em 10 de dez 2021.

MARDIGAN, Tim. **Massacre, Destruction and the Tulsa Race Riot of 1921**. Thomas Dune Books: New York, 2013.

NEVES, A. Castanheira. **A Revolução e o Direito**. *In: Digesta*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, A. Castanheira. **O princípio da legalidade criminal: o seu problema jurídico e o seu critério dogmático**. *In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

NEVES, A. Castanheira. **Pessoa, direito e responsabilidade**. In: Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NEVES, A. Castanheira. O Direito como Validade. In: **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 39-76, jul./dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Político**, 1966. Disponível em: [https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2\\_pacto\\_direitos\\_civis\\_politicos.pdf](https://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf). Acesso em 12 de jan de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Freedom of expression. Vs incitement to hatred: OHCHR and The Rabat Plan of Action. Human Rights Office of the High Commissioner**, 2012. Disponível em: [www.ohchr.org/en/issues/freedomofopinion/articles19-20/pages/index.aspx](http://www.ohchr.org/en/issues/freedomofopinion/articles19-20/pages/index.aspx). Acesso em 12 de jan de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. (A/67/357)**, 2012. Disponível em: [www.digitallibrary.un.org/record/735838](http://www.digitallibrary.un.org/record/735838). Acesso em 20 de jan de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech**, 2019. Disponível em: [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action\\_plan\\_on\\_hate\\_speech\\_EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/advising-and-mobilizing/Action_plan_on_hate_speech_EN.pdf). Acesso em 12 de jan de 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The Rabat Threshold Test**, 2020. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat\\_threshold\\_test.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/SeminarRabat/Rabat_threshold_test.pdf). Acesso em 12 de jan de 2022.

RESTA, Davide. **El principio nullum crimen, nulla poena sine lege en el Derecho Penal Internacional**. En particular en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Tesis Doctoral. Línea de investigación: Derecho Internacional, de la Unión Europea y Comparado. Universidad de Granada, 2019.

SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **Watts v. United States**. 394 U.S. 705 (1969). Disponível em: [supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/](http://supreme.justia.com/cases/federal/us/394/705/). Acesso em: 11 de jan de 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Factsheet – Hate Speech**. January, 2022. Disponível em: [www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Hate\\_speech\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf). Acesso em 15 de jan de 2022.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Application no. 35285/16 Nix v. Germany**. Decision, Fifth Section, 2018. Disponível em: [hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-182241"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acesso em 12 de jan de 2022.

WALDRON, Jeremy. **Dignity and Rank**. In: **Dignity, Rank, and Rights**. The Tanner Lectures on Human Values. University of California, Berkeley, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Law, Dignity and Self-control.** *In: Dignity, Rank, and Rights.* The Tanner Lectures on Human Values. University of California, Berkeley, 2009.

WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech.** Cambridge: Harvard University Press, 2012.