Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Renan de Araujo de Souza

A tutela penal dos discursos potencialmente ofensivos

Rio de Janeiro

2015

Renan de Araujo de Souza

A tutela penal dos discursos potencialmente ofensivos

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Orientadora: Profa. Dra. Patricia Mothé Glioche Béze

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S729 Souza, Renan de Araujo de.
A tutela penal dos discursos potencialmente ofensivos / Renan de Araujo de Souza. – 2015.
143 f.

Orientador: Profa. Dra. Patrícia Mothé Glioche Bezé.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. Tutela - Teses. 3.Liberdade de expressão - Teses. I. Béze, Patrícia Mothé Glioche. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.21

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Renan de Araujo de Souza

A tutela penal dos discursos potencialmente ofensivos

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Penal.

Aprovada em 21 de agosto de 2015.

Banca Examinadora:

_____

Profa. Dra. Patrícia Mothé Glioche Béze (Orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Jorge Luis Fortes Pinheiro Câmara

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profa. Dra. Cinthia Rodrigues Menescal Palhares

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2015

DEDICATÓRIA

À minha esposa, Lucilia, minha vida e meu porto seguro.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por tudo.

A minha esposa, Lucilia (de quem furtei preciosas horas de atenção), pela compreensão e apoio durante mais esta jornada.

A meus pais, Rita e Antônio, pelos valores a mim transmitidos, que moldaram meu caráter.

A minha irmã, Raquel, pela amizade de sempre.

A Carlos, Marlene, Giovana, Alessandra e Ramon, por terem me recebido de braços abertos na família.

A meus colegas da Defensoria Pública da União, que suportaram meus processos durante os 60 dias de licença para elaboração desta dissertação.

À professora Patricia Glioche, pelo suporte e atenção a mim dispensados durante a elaboração deste trabalho, e ao professor Jorge Câmara, pela pronta disposição em participar da banca de qualificação e da banca examinadora.

RESUMO

SOUZA, Renan de Araujo. *A tutela penal dos discursos potencialmente ofensivos.* 2015. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O presente trabalho tem como ponto de partida os problemas que podem advir do exercício potencialmente danoso da liberdade de expressão. Desta forma, foram estabelecidas, inicialmente, as premissas sobre as quais se deve fundamentar o Direito Penal no seio de um Estado Democrático de Direito. Posteriormente, foram analisados os contornos do bem jurídico limitado pela eventual intervenção penal, bem como as características e principais formas de manifestação do problema, tendo sido estabelecido, ainda, um panorama do tratamento jurídico-penal conferido ao problema nos Estados Unidos, na Alemanha, na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Brasil. Da análise restou comprovado que há uma tendência majoritária à admissibilidade da intervenção penal sobre o problema, limitando discursos potencialmente danosos como forma de promover uma sociedade mais pluralista e tolerante. Partindo-se desta constatação, buscou-se elaborar uma proposta dogmática que possa servir como mecanismo de limitação do poder punitivo, estabelecendo-se critérios minimamente satisfatórios para a aferição da potencialidade lesiva de um discurso. Por fim, apresentou-se uma análise crítica a respeito de tais processos criminalizatórios, já que constituem mera tentativa de promoção de minha exposição valores por meio do Direito Penal, o que não poderia ser admitido num Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Funções do direito penal. Proteção de bens jurídicos. Crimes de perigo abstrato. Liberdade de expressão. *Hate speech.* Estado social. Pluralismo.

ABSTRACT

SOUZA, Renan de Araujo. *The criminal protection of potentially offensive Speeches.*2015. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

This paper takes as its starting point the problems that can arise from the potentially offensive exercise of freedom of expression. Thus it was established, initially, the assumptions on which to base the criminal law within a democratic state of law. Subsequently, were analyzed the outlines of the legal interest limited by possible criminal intervention, as well as the characteristics and main manifestations of the problem were analyzed, having been established also an overview of the criminal treatment given to the problem in the United States, in the Germany, in the European Court of Human Rights, and Brazil. The analysis proved that there is a majority trend to the admissibility of criminal intervention on the problem, by limiting potentially harmful speeches in order to promote a more pluralistic and tolerant society. Starting from this finding, we sought to develop a dogmatic proposal that can serve as a limitation mechanism of punitive power, settling minimally satisfactory criteria for measuring the harmful potential of a speech. Finally, was presented a critical analysis regarding such criminalization processes, since they are mere attempt to promote values through criminal law, which could not be accepted in a democratic state of law.

Keywords: Functions of criminal law. Protection of legal interests. Abstract danger crime. Freedom of expression. *Hate speech*. Social State. Pluralism.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO ……..……..	10
1	**O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**	13
1.1	**Função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito – a exclusiva proteção de bens jurídicos**	13
1.1.1	O surgimento do conceito de bem jurídico no contexto pós-iluminista – Feuerbach e Birnbaum	13
1.1.2	O normativismo de Binding e a visão de bem jurídico como realidade empírica pré-normativa de Von Liszt – da legitimação cega ao poder limitador	16
1.1.3	O declínio da visão crítica de bem jurídico no começo do século XX e sua reafirmação na segunda metade do século	19
1.2	**A intervenção penal mínima como exigência democrática**	23
1.3	**Os fins da pena criminal no Estado Democrático de Direito**.....	26
1.3.1	As teorias retributivas e a pena como imperativo categórico de justiça	26
1.3.2	As teorias preventivas (ou relativas) da pena	29
1.3.3	Teorias mistas (ou unificadoras)	31
1.3.4	A deslegitimação: a teoria agnóstica negativa da pena criminal	32
1.4	**Conclusão**	34
2	**O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS VALORES DEMOCRÁTICOS**	36
2.1	**Raízes históricas da liberdade de expressão: o início do processo de positivação no mundo e o reconhecimento nas Constituições brasileiras**.....	36
2.2	**A concepção da liberdade de expressão como direito fundamental do Homem e sua justificativa**	40
2.2.1	Conceito de liberdade de expressão	40
2.2.2	Os fundamentos da liberdade de expressão e sua justificativa	43
2.3	**A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e nos principais diplomas normativos internacionais**	48
2.4	**O exercício potencialmente danoso da liberdade de expressão: um conceito de *hate speech***	53
2.4.1	O ódio original e suas transformações históricas	53

2.4.2 O conceito de discurso de ódio nos diplomas normativos internacionais 56
2.5 **Principais formas de discurso de ódio** 58
2.5.1 O antissemitismo 58
2.5.2 O racismo 61
2.5.3 O fundamentalismo religioso 65
2.5.3.1 O caso brasileiro: a intolerância religiosa organizada e o Estado laico 69
2.6 **Conclusão** 76
3 **PANORAMA DO TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AO*HATESPEECH*** 77
.....
3.1 **A Liberdade de expressão e o discurso de ódio nos Estados Unidos - a teoria libertária e a visão da liberdade de expressão como direito preferencial** 77
3.2 **O *hate speech* na Europa** 81
3.2.1 O *hatespeech* na Alemanha e a preservação dos valores democráticos – a ideia de democracia militante (*streitbare demokratie*) 82
3.2.2 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a consolidação da proteção aos receptores da mensagem 86
3.2.2.1 Caso Pavel Ivanov *vs.* Rússia 86
3.2.2.2 Caso Jersild *vs.* Dinamarca 87
3.2.2.3 Caso Lehideux and Isorni vs. França 88
3.2.2.4 Conclusão 90
3.3 **O discurso de ódio no Brasil** 91
3.3.1 A tipificação legal das condutas consideradas como discurso de ódio 91
3.3.2 O Supremo Tribunal Federal e o *hate speech* – o caso *Ellwanger* 94
3.4 **Conclusão**..... 98
4 **A DOGMÁTICA PANEL COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO – POR UMA TEORIA DOS CRIMES DE EXPRESSÃO**..... 100
4.1 **Tipos penais de lesão e tipos penais de perigo**..... 100
4.1.1 Crimes de perigo e as modernas discussões a respeito da dispensabilidade de uma ofensa ao bem jurídico..... 101
4.1.1.1 As teses afirmativas 103

4.1.1.2 As teses críticas e as teses intermediárias 105
4.1.1.3 Posicionamento 110
4.2 **Os discursos potencialmente ofensivos como crimes de perigo abstrato**..... 111
4.2.1 Critérios para a aferição da potencialidade lesiva de um discurso 117
4.2.1.1 Discursos ideologicamente antidemocráticos que possam ofender a dignidade e a honra subjetiva dos receptores 117
4.2.1.2 Discursos ideologicamente antidemocráticos capazes de estimular a prática de atos de hostilidade ou violência contra determinados grupos sociais 121
5 **CRÍTICA: A ILEGITIMIDADE E INEFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AO CONFLITO** 125
5.1 **Introdução**..... 125
5.2 **O Direito Penal como panaceia da sociedade contemporânea**..... 125
5.3 **A democracia punitiva, a ascensão da esquerda criminalizante e o abandono da *ultima ratio*** 126
5.3.1 O caso brasileiro – As pautas de criminalização da homofobia..... 130
5.4 **A ineficácia da pena criminal: uma proposta simbólica para problemas reais** 135
5.5 **Proposta**..... 142
CONCLUSÃO 146
REFERÊNCIAS 149

INTRODUÇÃO

O efetivo respeito às liberdades individuais (e não apenas sua positivação) é um dos pilares na construção de modelos de Estados democráticos. Outro dos diversos pilares que sustentam tais modelos de Estado é a busca pela promoção de uma sociedade plural e livre de manifestações de intolerância de qualquer ordem, seja com a finalidade de garantir a segurança ou a dignidade das pessoas.

À liberdade de expressão – fundamento de toda e qualquer sociedade democrática – neste contexto, reiteradamente são impostos limites que se baseiam, em síntese, na impossibilidade de tutela da manifestação de ódio, ou intolerância.

Neste trabalho buscar-se-á analisar os principais aspectos do direito fundamental à liberdade de expressão, e a possibilidade (ou não) de sua restrição no que tange aos discursos potencialmente ofensivos.

Para tanto, partir-se-á da ideia central de que a intervenção estatal por meio do sistema penal gera, inexoravelmente, uma violação a um bem jurídico, quase sempre com a pretensão de proteção de outros bens jurídicos. Desta forma, por uma questão de razoabilidade, a limitação de direitos operada pela criminalização de uma conduta deve corresponder à (pretensa) salvaguarda de outros direitos de igual ou superior relevância, ainda que a história seja pródiga em exemplos que indiquem a falência do sistema.

Não se pretende, naturalmente, legitimar ou deslegitimar o sistema punitivo que tem no Direito Penal o seu carro-chefe. O objetivo é, em síntese, analisar como o Direito Penal intervém sobre a liberdade de expressão na hipótese de confronto deste direito com outros direitos, como os direitos da personalidade, notadamente em relação aos discursos potencialmente ofensivos, grosso modo, considerados "discursos de ódio", e realizar uma análise crítica acerca da legitimidade desta intervenção.

O primeiro capítulo terá por finalidade estabelecer as bases sobre as quais se deve estruturar o Direito Penal no Estado Democrático de Direito, notadamente no que se refere às funções do Direito Penal e às finalidades da pena criminal.

A intervenção penal será analisada, ainda, sob a ótica da vedação à instrumentalização ou coisificação do Homem, de forma que a criminalização de determinada conduta somente será legítima se tiver como objetivo a proteção de outros seres humanos. A intervenção penal do Estado é *sempre* uma violação a um bem jurídico (liberdade individual), que somente pode ser admitida como legítima quando absolutamente indispensável à proteção de outros bens jurídicos.

Se o Estado se vale do Direito Penal como mero mecanismo condicionador de comportamentos, sem ter o ser humano com fim último de seu agir, inicia-se o processo de coisificação do Homem, que passa a não ser mais fim, e sim um meio para a obtenção de padrões de comportamento desejáveis ou, o que talvez seja pior, padrões de pensamento desejáveis.

O segundo capítulo terá por finalidade analisar as raízes históricas e as bases axiológicas e estruturais dos direitos relacionados à liberdade de expressão, realizando-se um apanhado geral sobre o tratamento dispensado a estes direitos nos diplomas normativos internacionais e na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Ainda no segundo capítulo, será realizada uma análise acerca das formas mais frequentes de utilização potencialmente ofensiva da liberdade de expressão. Posteriormente, buscar-se-á obter um conceito de *hate speech*, de modo a delimitar, de forma precisa, o conflito social que desafia a intervenção penal.

Posteriormente, no terceiro capítulo, será traçado um breve panorama do tratamento jurídico-penal dispensado aos discursos potencialmente ofensivos (no mais das vezes denominados "discursos de ódio" ou *hate speech*) nos Estados Unidos, na Alemanha, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e no Brasil.

Serão analisados não só os contornos da tutela penal no plano legislativo, mas também, e principalmente, o entendimento jurisprudencial firmado por cada uma das Cortes Superiores, em casos considerados paradigmáticos[1].

O quarto capítulo será destinado à análise dos aspectos dogmáticos que envolvem o processo de criminalização dos discursos potencialmente ofensivos. Considerando-se que o poder punitivo é um fenômeno real, faz-se necessário traçar parâmetros mínimos para que a intervenção penal, caso ocorra, seja a menos invasiva possível.Neste capítulo será dedicada especial atenção ao princípio da ofensividade, com o intuito de se verificar a compatibilidade de tais processos criminalizatórios com a necessidade de que a limitação provocada pelo Direito Penal vise a proteger outros bens jurídicos de uma ofensa, ainda que meramente potencial. Assim, será necessário analisar em que condições um discurso ofensivo terá algum

[1] À guisa de exemplo, é possível citar o clássico caso *Ellwanger*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (HC 82.424/RS). O caso citado é paradigmático no Brasil, embora a discussão travada na Suprema Corte não tenha se desenvolvido sobre a temática aqui levantada, e esta é uma das críticas à decisão. O cerne da questão girou em torno da possibilidade de se considerar os judeus como uma raça, para fins de aplicação do caráter imprescritível conferido pela Constituição ao delito de racismo, o que teria relevância na hipótese. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424.NUME.+OU+82424.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa32ac4> Acesso em 24.11.2013.

potencial lesivo, estabelecendo-se parâmetros minimamente satisfatórios para a aferição desta potencialidade.

O quinto capítulo, por sua vez, se destinará a uma análise crítica acerca de tais processos criminalizatórios, cujas bases vão desde a delimitação do contexto social em que emergem – o fortalecimento de uma esquerda organizada, que reivindica uma intervenção cada vez maior do Estado – até a análise da capacidade que o Direito Penal possui de cumprir o que promete.

Assim, não basta estar o Homem alocado no centro do movimento criminalizante, pois deve ser respondida outra pergunta: a sanção penal é meio hábil à consecução de tal finalidade? Neste sentido, buscar-se-á compreender não o que o sistema penal pode oferecer, *in abstracto*, ou o que ele promete oferecer, mas, sim, o que ele efetivamente oferece.

Por fim, será realizada uma síntese geral da pesquisa, com o objetivo de traçar um panorama do tratamento jurídico-penal dispensado aos discursos potencialmente ofensivos em cada sistema jurídico estudado, e concluir se este tratamento representa um modelo de intervenção penal legítima, propondo-se soluções, caso necessário.

1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 Função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito – a exclusiva proteção de bens jurídicos

1.1.1 O surgimento do conceito de bem jurídico no contexto pós-iluminista – Feuerbach e Birnbaum

O Estado, enquanto entidade criada com a finalidade de proteger o indivíduo, necessita regulamentar a vida em sociedade, inclusive estabelecendo medidas extremas para que seja alcançado o ideal de paz social[2], fazendo-o, muitas das vezes, por meio do direito penal.

Contudo, quando o Estado se vale desta poderosa ferramenta, ele estará, invariavelmente, limitando direitos, motivo pelo qual a intervenção jurídico-penal só se legitima quando a conduta restringida seja capaz de lesar ou expor a perigo de lesão algum bem ou valor especialmente relevante para o indivíduo ou para a comunidade, e desde que esta lesão não seja considerada tolerável[3].

Mas esta compreensão antropocêntrica do direito penal somente aflorou no século XIX, como decorrência de um processo de racionalização da vida como um todo, base axiológica do iluminismo, cujas ideias se contrapunham à mundivisão teológica de outrora e de então, que via no crime um atentado à divindade – e, posteriormente, ao soberano, como representação terrena de Deus[4] – e a pena, uma forma de restabelecer, com o divino, o elo rompido pelo infrator[5].

---

[2] MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Buenos Aires: Ed. B de F., 2001. p. 88-89.

[3] Tal concepção se baseia na ideia de que o direito penal é, ontologicamente, um mal, e sua aplicação pressupõe a ideia de "mal menor". O direito penal se justifica, a despeito de ser um mal, por pretender evitar um "mal maior". Nas palavras de Santiago MIR PUIG: *"Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos. Ello es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global: el que parte de la necesidad de postular un uso lo más restrictivo posible del Derecho penal. Supone la concepción del Derecho penal Como un mal menor que sólo es admisible en la medida en que resulte del todo necesario."* MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, 1994. p. 159.

[4] HORMAZÁBAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Editorial Jurídico Conosur, 1992. p. 14.

[5] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

Assim, considerando-se o contexto histórico dos séculos XVIII e XIX, de afronta ao autoritarismo dos Estados absolutistas, é possível afirmar que a noção de delito como ofensa ao indivíduo e não como ofensa ao soberano bebeu das águas que jorravam da fonte do iluminismo[6]. O crime passou, então, a ser visto como violação ao contato social.[78]

As ideias mais rudimentares sobre as quais posteriormente se desenvolveria a noção de bem jurídico foram elaboradas por Anselm Von Feuerbach[9]. Para ele o delito era compreendido como uma violação a um direito subjetivo do ofendido, obstruído em sua liberdade individual. Assim, o delito era concebido como uma violação a uma liberdade individual e não como mera violação à norma[10].

A despeito de suas relevantes contribuições, a tese de Feuerbach continha uma incongruência aparentemente insanável: ao mesmo tempo em que buscava limitar o *ius puniendi* do Estado àquelas excepcionais hipóteses de violação a direitos subjetivos, implicitamente conferia ao Estado o poder de estabelecer liberdades, já que a violação a um direito subjetivo corresponderia a uma violação a uma liberdade reconhecida pelo direito. Assim, a tese de Feuerbach endossava uma visão contextual de liberdade[11], em contraposição à liberdade natural inerente ao Homem.

---

[6] Importante frisar que a simples criação de uma noção de bem jurídico-penal não necessariamente servirá como limite ao *ius puniendi* do Estado, senão quando a interpretação que se dá ao conceito de bem jurídico possua um viés crítico, e não meramente hermenêutico, de ratificação da vontade soberana do legislador. Nas palavras de Juarez Tavares: "Embora os regimes autoritários, por seu turno, se tenham manifestado contra a noção de bem jurídico, considerando-a um estorvo aos seus fins políticos, nem sempre tem ficado muito claro se esta noção efetivamente os prejudica nesse desiderato. Como todo conceito, o de bem jurídico só pode servir a uma autêntica teoria democrática do injusto, à medida que corresponda aos seus fins limitativos e não aos propósitos punitivos." TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 185.

[7] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*... op. cit., p. 27.

[8] Nas palavras de Hernan Hormazabal: *"En términos generales, la consideración material del delito como una lesión de un derecho, no es más que la expresión de la teoria del contrato social en el Derecho penal: los Hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse e sociedad confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado. El Estado se erige como garante de las condiciones de vida en común".* HORMAZÁBAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico*... op. cit., p. 13.

[9]TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 183.

[10] ROCCO, Arturo. *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal:* Contribución a las teorias generales del delito y de la pena. Buenos Aires: Ed. B de F., 2013. p. 20.

[11] HORMAZÁBAL MALAREE, op. cit., p. 18-19.

Contudo, não obstante as críticas a elas direcionadas, as ideias de Feuerbach[12] foram fundamentais para a posterior construção do conceito de bem jurídico, por J. M. F. Birnbaum[13].

Para Birnbaum, o direito penal estaria materialmente limitado a intervir nas liberdades individuais apenas para pretender tutelar um determinado *bem*, individual ou coletivo, de relevante interesse para o indivíduo ou para a sociedade[14], respectivamente. Abandona-se, assim, a ideia de violação ao direito como legitimação à resposta penal, proposta por Feuerbach, numa transposição de bases normativas para bases naturalistas, daí porque alguns se referem a Birnbaum como um *jusracionalista naturalista*.[15]

A contribuição de Feuerbach, contudo, reside no fato de ter iniciado o processo de *subjetivização* da finalidade da norma penal. A norma penal não mais tinha por finalidade proteger uma violação ao poder do soberano, concretizada pela violação ao ordenamento jurídico, mas, sim, proteger o indivíduo, punindo a violação a seus direitos[16]. Este entendimento carregava consigo, inclusive, o reconhecimento implícito de que o centro de poder não reside no Estado, mas no Homem.[17]

---

[12] As ideias de Feuerbach foram criticadas por dois fatores primordiais: Em primeiro lugar, partia de uma premissa normativa, ou seja, considerava o crime como a violação a um direito subjetivo, logo, a conduta criminosa dependeria do reconhecimento formal do Estado sobre a existência do bem do ofendido. Em segundo lugar, não seria correto falar-se em crime como a conduta que viola um direito subjetivo, posto que o direito não desapareceria em razão da ofensa ilegítima levada a cabo pelo infrator. O direito subjetivo à liberdade individual não estaria sendo expropriado da vítima quando da prática do crime de sequestro, mas apenas o gozo momentâneo deste direito. ROCCO, Arturo. *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal*:... op. cit., p. 39-40 e HORMAZÁBAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico*... op. cit., p. 27-28.

[13] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Op. cit., 2002. p. 182.

[14] Birnbaum dividia os delitos em "delitos de lesão natural", quando violassem bens inerentes à condição humana e "delitos de lesão social", quando afetassem bens relacionados ao desenvolvimento histórico da sociedade burguesa. SPORLEDER, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 49-50. No mesmo sentido, HORMAZÁBAL MALAREE, op. cit., p. 28.

[15] HORMAZÁBAL MALAREE,op. cit., p. 19.

[16] Juarez Tavares assevera, contudo, que o intento de Birnbaum não era, primeiramente, desenvolver a teoria de Feuerbach, mas de encontrar uma solução para os problemas que estas ideias criaram para a legitimação de diversos tipos penais então vigentes, notadamente aqueles dotados de alto grau de abstração, como os crimes contra a religião ou contra a comunidade, o que só poderia ser justificado mediante a construção de um conceito em que estes valores pudessem ser inseridos para legitimar a criminalização de condutas a eles atentatórias, que seria a noção de bem jurídico. TAVARES, Op. cit., p. 184-185.

[17] Conforme asseverou John Locke: "A sociedade política só existe onde os homens concordaram em desistir de seus poderes naturais e erigir uma autoridade comum para decidir disputas epunir ofensores. Isso só pode ser realizado por acordo e consentimento. Liberdade não significa que um homem possa fazerexatamente o que lhe agrada, sem consideração a qualquer lei,pois 'a liberdade natural do homem é ser livre de qualquer poder superior na Terra, e de não depender do desejo ou da autoridade legislativa do homem, mas ter apenas a lei da naturezapara regulamentá-lo', enquanto sob governo um homem é livre quando tem 'um regulamento

1.1.2 O normativismo de Binding e a visão de bem jurídico como realidade empírica pré-normativa de Von Liszt – da legitimação cega ao poder limitador

Não obstante a importância da ideia de bem jurídico-penal, sua concepção, seus contornos e sua função nem sempre foram – e ainda não são – unanimidade na comunidade jurídica.

Após a absorção de algumas ideias de Feuerbach por Birnbaum, com a consequente criação da noção rudimentar de bem jurídico – a primeira limitação material ao *ius puniendi*[18] calcada em bens –, diversas correntes doutrinárias se formaram.

Inicialmente, no final do século XIX, a ideia de bem jurídico foi desenvolvida sobre a premissa de que todo tipo penal deveria estar alicerçado num antecedente causal. Este antecedente, contudo, variou de acordo com cada uma das correntes positivistas. Nas palavras de Juarez Tavares, o antecedente "poderá ser a vontade do Estado, ou da autoridade, como no positivismo jurídico propriamente dito, ou condições de vida, como no positivismo sociológico"[19].

Assim, o positivismo jurídico desenvolveu uma visão meramente formalista do processo criminalizatório, considerando o bem jurídico como derivado da lei. Não se perquiria, portanto, as bases ônticas da estruturação de um determinado bem jurídico. Bem jurídico-penal seria aquilo que o Estado havia escolhido para (pretender) proteger por meio da norma penal incriminadora. O representante mais evidente deste positivismo jurídico é Karl Binding[20], para quem o bem jurídico seria "tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica"[21] e, por isso, receberia a proteção jurídico-penal do Estado.

---

determinado para guiá-lo,comum a todos daquela sociedade, e criado pelo poder legislativo nela erigido'. A essência da liberdade política, na verdade,é que um homem não deverá estar 'sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem'". LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil:* Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Ed. Vozes, 1994. p. 18.

[18] Nilo Batista fala em *potentia puniendi*,pois é um poder, não um direito. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011. tomo I, p. 240.

[19]TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*...op. cit., p. 187.

[20]Ibidem, p. 187.

[21] ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito.* Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. p. 65.

Essa concepção normativa e acrítica de bem jurídico não está dissociada de uma perspectiva histórica na qual se insere, de desilusão ou desprendimento às teorias jusnaturalistas e ascensão do positivismo como teoria predominante no Direito, como um todo[22].

Portanto, é possível afirmar que Binding desenvolveu uma teoria de bem jurídico capaz apenas de legitimar a escolha do legislador[23], ou seja, dar ares de democrática a uma escolha que poderia ser autoritária, ao argumento de que caberia ao Estado a escolha dos bens jurídicos passíveis de tutela penal, mas ao mesmo tempo era absolutamente incapaz de (ou não vocacionada para) utilizar o bem jurídico como "deslegitimador" do processo de criminalização primária.

Nas palavras de Hernan Hormazabal:

> *El Derecho penal debe entrar a proteger objetos del mundo exterior, cosas concretas, valores concretos. No se trata ahora de evitar conductas perturbadoras de las condiciones de vida en común, sino de proteger "bienes jurídicos" cuya mayor o menor extensión puede ser fijada arbitrariamente por el legislador. El bien jurídico, de esa forma, en el Estado positivista es el resultado de un liberalismo vacío de contenido, que sólo ha quedado reducido a la expresión formal de sus principios ideológicos.*[24]

Esta visão positivista do conceito de bem jurídico confundia o objeto de proteção do direito penal com o próprio direito positivado, num discurso capaz de legitimar qualquer arbitrariedade estatal, já que conferia ao Estado o poder de ser a própria fonte de legitimação de sua intervenção. Neste sistema o indivíduo se encontrava numa posição de submissão total frente ao Estado, a quem incumbia, legitimamente, todas as etapas do processo criminalizatório, da seleção de bens jurídicos à criação da norma e sua aplicação, tudo conforme suas razões de políticacriminal, sem que o indivíduo dispusesse de qualquer mecanismo de defesa frente a eventuais arbitrariedades[25].

---

[22] Ibidem, p. 64.

[23] Como assevera Santiago Mir Puig, ao discorrer sobre a inexistência de uma função limitadora no conceito de bem jurídico formulado por Binding: *"La concepción de BINDING, que constiuiría la base de una de las constantes doctrinales hasta la actualidad, ni siquiera pretendia atribuir al bien jurídico tal función: para BINDING, el bien jurídico es creado por el derecho, que elige los objetos que en opinión del legislador merecen protección."* MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal.* Ed. B de F. Montevideo – Buenos Aires, 2003. p. 113.

[24] HORMAZÁBAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico...* op. cit., p. 36.

[25] Ibidem, p. 46.

Foi com Franz Von Liszt, porém, influenciado por Ihering[26], que surgiu o primeiro modelo teórico de crítica à opção legislativa criminalizadora. O bem jurídico, portanto, deixou de ser visto por um aspecto normativo-formal legitimante, passando a desempenhar papel de *limitação* (e não mais legitimação) à criminalização. Se para Binding e os positivistas jurídicos a legitimação da norma estava no bem jurídico, que se encontrava na norma (numa tautologia conveniente), para Liszt a legitimação da norma estava no bem jurídico, que não se encontrava na norma, *mas fora dela*[27].

Nas palavras de Manuel da Costa Andrade:

> O que fundamentalmente está em causa na construção de Liszt é a problematização da própria legitimidade da norma penal. Uma questão cuja resposta só poderá, segundo o autor, encontrar-se a partir da dimensão teleológica da norma, do seu fim, isto é, numa sede exterior à própria norma. Uma resposta que, para além disso, terá de estar sempre em consonância com o postulado segundo o qual 'todo o direito existe por causa do homem.[28]

Assim, como se vê, Liszt buscava a legitimação para a criação da norma penal em algo alheio a ela, algo que pudesse, inclusive, limitá-la, já que a congruência entre bem jurídico e vontade legislativa, pugnada por Binding, foi derrubada. Não era, pois, o Direito quem criava o bem jurídico, mas a vida, que concedia valores e criava necessidades de proteção a estes valores. Nas palavras do autor:

> É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, inviolabilidade do domicilio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitraria do poder publico. A necessidade origina a protecção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao numero e quanto ao género.[29]

Dessa forma, a partir da formulação de Liszt, passou a ser possível a distinção, ainda que não com estes termos, entre tipicidade formal, como violação à norma e tipicidade

---

[26]TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*... op. cit., p. 187. HORMAZÁBAL MALAREE, Hernan.*Bien jurídico*... op. cit., p. 49.

[27] Como bem ressalta MIR PUIG: "*VON LISZT sí persiguió un concepto material de bien jurídico que sirviese de frontera máxima de lo punible. Ello creía poder se conseguir trasladando el bien jurídico a un momento prévio al Derecho positivo, concretamente al de la realidad social. Ésta, y no el legislador, debía decidir qué objetos merecen protección penal. El bien jurídico es el interés de la vida, que el Derecho no crea sino que se encuentra y eleva a categoria jurídica.".* MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*... op. cit., p. 113.

[28] ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo*.. .op. cit., p. 66-67.

[29] LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão.* Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. BRIGUIET & C. – Editores, 1899. p. 94.

material[30], assim compreendida a efetiva ofensa ao bem juridicamente protegido. A definição de delito como mera conduta proibida pelo direito sob ameaça de pena não correspondia, portanto, à sua essência, mas apenas ao seu aspecto externo, formal. O conceito *essencial* (ou material) de crime passava, necessariamente, pela análise dos fins da norma penal[31], que seria a manutenção de boas condições de existência social. A definição das condutas que ameaçam as boas condições de existência social[32] restava, ainda, a cargo do legislador, que deveria, contudo, orientar-se pelos fins previamente estabelecidos.

1.1.3 O declínio da visão crítica de bem jurídico no começo do século XX e sua reafirmação na segunda metade do século

Após as contribuições de Liszt, o conceito de bem jurídico passou por diversas interpretações que, quase sempre, esvaziavam sua função limitadora do poder punitivo do Estado.[33]

Dentre as diversas teorias que surgiram a partir do início do século XX, destacam-se as concepções metodológica e funcionalista-sistêmica de bem jurídico.

O conceito metodológico de bem jurídico foi responsável por empreender um retrocesso na escala evolutiva da ideia de bem jurídico como fator de limitação punitiva.

Influenciadas pelo neokantismo[34], as teorias que propunham um conceito metodológico de bem jurídico defendiam um retorno à compreensão da norma penal de acordo com sua finalidade. Essa interpretação teleológica da norma não tinha qualquer relação com os fins do direito penal, mas com aquilo que o legislador pretendia obter com a criação da norma.

Naturalmente, este conceito metodológico de bem jurídico também se afigurou como uma legitimação acrítica à atividade legiferante do Estado[35]. Para os defensores desta corrente

---

[30] HORMAZÁBAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico*... op. cit., p. 49.

[31] Ibidem, p. 50.

[32] De fato, a proposta de Liszt, embora valorosa, mantinha sem solução o problema da escolha dos bens (ou "interesses da vida", nas palavras de Liszt) que deveriam receber a proteção (ou pretensão de proteção) por meio do direito penal. Como afirma Mir Puig, Liszt deixava a definição do "punível" e do "não punível" aos valores dominantes. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*... op. cit., p. 114. No mesmo sentido, BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*. Bogotá: Ed. Temis S.A., 1996: p. 10.

[33] SPORLEDER, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal*... op. cit., p. 65.

[34]Ibidem,p. 66. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*... op. cit., p. 33-34.

[35] Ibidem, p. 34-35.

de pensamento, dentre eles Mezger[36] e Honig[37], o bem jurídico seria o valor externado por meio da norma, ou seja, aquilo que a norma buscava proteger. O bem jurídico deixava, portanto, de possuir caráter de legitimação negativa[38] (e, portanto, de limitação à atividade punitiva) e passava a possuir exclusivo caráter hermenêutico que, ao fim e ao cabo, se esforçava por legitimar a criminalização, ao invés de criticá-la. Como afirma Jorge de Figueiredo Dias:

> Reagindo decididamente contra a compreensão legalista e positivista do direito, e acentuando nele a vertente teleológica imposta pela especificidade do mundo jurídico como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser e, por isso, como entidade referencial da realidade a específicos valores jurídicos, esta concepção faz dos bens jurídicos meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir "o sentido e o fim dos preceitos penais singulares" (Honig), "meras abreviaturas do pensamento teleológico" que os penetra (Grünhut), em suma, expressões da *ratiolegis* que lhes preside (Schwinge).[39]

A diferença entre as concepções neokantistas de bem jurídico e a concepção positivista-sociológica de Liszt residia no fato de que, enquanto Liszt buscava retirar o fundamento do bem jurídico na realidade existente (mundo do ser), os neokantistas entendiam o bem jurídico como uma afirmação do mundo do "dever-ser" sobre o mundo do "ser", ou seja, o bem jurídico não se fundamentava nos valores que são socialmente relevantes, mas naqueles valores que *deveriam ser* relevantes para a sociedade, com base em premissas axiológicas superiores.

Disso resultava que não havia margem para críticas à criminalização de uma conduta, sob o argumento de ausência de lesão ao bem jurídico (entendido como valor no mundo do "ser"), já que toda conduta incriminada representaria uma violação ao bem jurídico, entendido pelos neokantistas como um valor extraído do mundo do "dever-ser", algo que transcenderia o

---

[36] "*El bien jurídico objeto de protección [...] Es una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la sínteses realizada en ideas de lo que el tipo abarca em conjunto de acuerdo con su sentido. El bien jurídico evidencia, com ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal."* MEZGER, Edmund. *Derecho Penal, parte general.* Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958. p. 155-156.

[37] Ibidem, p. 156.

[38] Nilo Batista utiliza o termo "limitativo-redutor", que parece mais adequado. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2010. tomo II, p. 216.

[39] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*.São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 64, *apud* SPORLEDER, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal*... op. cit., p. 67.

social, em bases meramente espirituais[40]. Se o bem jurídico se confundia com o próprio fim da norma, a violação à norma se confundiria com a violação ao bem jurídico.

O funcionalismo-sistêmico de Günther Jakobs, por sua vez, não vinculou a norma penal à proteção de bens (valores), mas à reafirmação da vigência da norma[41]. As sociedades comportam inúmeras relações complexas, que são superiores e transcendentes ao indivíduo, que deve, portanto, aprender a integrar-se ao sistema. Esta funcionalidade-sistêmica depende de mecanismos de controle para reafirmar sua validade, daí a necessidade de um instrumento poderoso como o Direito Penal. A sociedade necessitaria desta expectativa de reafirmação da vigência da norma em caso de violação à regra de conduta, como forma de estabilização das relações sociais e reafirmação da ordem jurídica, capaz de manter a confiança no sistema, por meio da preservação da chamada "expectativa normativa". Nas palavras de Jakobs:

> *Las cosas son distintas en el mundo social: en la medida en que las personas se hallan vinculadas através de normas − de acuerdo con la concepción moderna, es presupuesto de ello también la capacidad de cumplir normas −, se dirige a ellas la expectativa de que su conducta será conforme a la norma; pero esta expectativa, que se denomina expectativa normativa, en caso de defraudación no es abandonada, es decir, no se lleva a cabo el aprendizaje, sino que se mantiene la expectativa, planteando la conducta errónea del infractor de la norma como causa decisiva de la defraudación. En un ejemplo: quien sufre lesiones corporales sin razón alguna no se contenta con ser más precavido en el futuro, sino que insistirá en su Derecho a no ser lesionado, es decir, identificará al autor como causa de su defraudación, exigiendo que éste sea penado, y eso significa: que se confirme su expectativa.*[42]

A tese funcionalista-sistêmica de Jakobs, portanto, promove um retorno ao mais estrito positivismo, que talvez nem mesmo Binding tenha imaginado.

De outra banda, Amelung buscou criar um conceito sociológico de bem jurídico, de forma que a finalidade da norma penal não seria concretizar expectativas normativas, mas garantir boas condições de convivência social[43]. Assim, se para Jakobs a norma protegia o ordenamento jurídico e as expectativas normativas que sobre ele estão depositadas, para

---

[40] Nas palavras de MIR PUIG: *"los neokantianos, que constituyeron la doctrina dominante a partir de los años veinte, continuaron en certa forma el planteamiento de VON LISZT, al remitir a una realidade externa al Derecho positivo. Pero, en lugar de acudir al terreno de lo social, se traslado el problema al mundo espiritual de los valores"*. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*... op. cit., p. 114.

[41] Nas palavras de JAKOBS: "*La pena debe ser entendida como una contradicción de la desautorización de la norma, ya preconfigura el resultado que se obtendrá en este punto: la pena no assegura bienes jurídicos, y mucho menos aún los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato."* JAKOBS, Günther. *La normativización de la dogmática jurídico-penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2003. p. 59.

[42] JAKOBS, Günther. *La normativización de la dogmática jurídico*... op. cit.,p. 49-50.

[43] ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo*...op. cit., p. 102.

Amelung a norma penal deve proteger a sociedade, de forma que a ideia de bem jurídico, para ele, está alicerçada no conceito de *danosidade social* da conduta[44] (ao contrário da danosidade normativa de Jakobs), como um "imperativo constitucional em matéria de criminalização".[45]

Em linhas gerais, para Jakobs, a norma penal deveria servir para manter o *saudável funcionamento do sistema normativo*, enquanto para Amelung a norma penal tinha por fim manter o *saudável funcionamento do sistema social*.

Dessa forma, Amelung propunha um retorno ao conceito crítico de bem jurídico, já que via a legitimação (limitação) da norma em bases sociológicas e, portanto, pré-normativas. Nesse sentido, criticava duramente as construções teóricas acerca do conceito de bem jurídico, que para ele apenas legitimariam toda e qualquer opção legislativa[46].

Amelung, assim, acabou por ressuscitar boa parte da construção teórica de Von Liszt, inclusive incorrendo seu raciocínio no mesmo problema: a ausência de critérios seguros para a determinação do que seria socialmente danoso o suficiente para merecer a tutela penal[47].

Welzel[48], por sua vez, não abandonou a ideia de bem jurídico como finalidade do direito penal, mas defendia que esta não poderia ser sua única finalidade, sob pena de incorrer-se em excessiva valorização do desvalor do resultado, em detrimento do desvalor da conduta. Assim, para Welzel, o Estado poderia criminalizar condutas que atentassem contra valores éticos e sociais, e isso reforçaria ainda a sua função de proteção de bens jurídicos[49].

Nas precisas lições de Juarez Tavares[50]:

> Na concepção ontológica de WELZEL, o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, tal como no neokantismo, mas se vê substituído, em

---

[44] Ibidem, p. 96-97.

[45] Ibidem, p. 97.

[46] Ibidem.

[47] Amelung se referia à existência de bases estruturais prévias capazes de definir a danosidade social de um comportamento: "*La respuesta de la pregunta referente a qué es lo que en una sociedad debe tenerse por socialmente danoso no queda reservada, ciertamente, al puro arbitrio, pero la dañosidad social concreta de un fenómeno social sólo puede definirse en forma relativa, con referencia a decisiones estructurales previas*"" AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutzder Gesellschafí*, 1972, p. 368, *apud*, BACIGALUPO,Enrique. *Manual*... op. cit.,p. 10.

[48] WELZEL, Hans. *Derecho penal, parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958. p. 5-8.

[49] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal.* Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1989. p. 100-101.

[50] TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*... op. cit., p. 191.

> grau de preferência pelos chamados valores ético-sociais. [...] A origem das determinações ou proibições é encontrada num axiomático dever incondicional transcendente, ao estilo kantiano do imperativo categórico, mas vinculado ao sentido que deve dar à ação humana.

Dessa forma, é possível estabelecer que, para Welzel, a proteção de bens jurídicos deveria ser compreendida como uma mera justificação para que o Estado pudesse, por meio do direito penal, levar a cabo sua finalidade primeira que seria a proteção de valores ético-sociais[51].

A partir da segunda metade do século XX, a discussão a respeito do conceito de bem jurídico e sua importância para o direito penal passou a tomar um rumo diferente, notadamente em razão do surgimento de uma chamada "sociedade de risco"[52], na qual se buscava (e ainda se busca) cada vez mais a antecipação da tutela penal, criminalizando-se condutas que, apenas em abstrato, representavam um risco de lesão ao bem jurídico.

Essa proliferação dos chamados "crimes de perigo abstrato"[53] fomentou inúmeras discussões, notadamente a respeito da existência de um novo papel do direito penal frente a uma sociedade com contornos absolutamente diferentes daqueles em que o conceito de bem jurídico fora desenvolvido, o que será aprofundado mais adiante.

Assim, e de forma a sintetizar o que até aqui, viu-se, a menos que se adote uma teoria funcionalista-sistêmica como a de Jakobs, é possível estabelecer, com algum grau de certeza, que a função do Direito Penal num Estado Democrático de Direito só pode ser a de exclusiva proteção de bens jurídicos.[54]

1.2 **A intervenção penal mínima como exigência democrática**

---

[51] HASSEMER, Winfried;. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción*...op. cit., p. 102.

[52] Ulrich Beck afirma que a sociedade de risco surge de um processo de transformação das sociedades industriais, que ocorre de forma não intencional e não percebida, no curso de uma dinâmica de modernização autônoma que passou a produzir e legitimar perigos que não podia controlar. Para o autor, se na sociedade industrial a distribuição dos "bens" gera o conflito, na sociedade de risco a questão reside em saber como distribuir os "riscos" (ou males) inerentes à atividade humana. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. Jesus Alborés Rey. Madrid: Ed. Siglo Veintiuno, 2002. p. 113-115.

[53] Conforme assevere José Cerezo Mir, citando a obra de Beck, esta transformação social gerou *"una gran repercusión en el Derecho penal, en el que se apreciaria un menoscabo de los princípios básicos del Derecho penal liberal, en aras de la Función preventiva frente a los nuevos riesgos (en el empleo de la energia nuclear, en la indústria química, para el médio ambiente, en la utilización de las técnicas derivadas de los progresos de la genética). Se habla, en este sentido, de un Derecho penal del riesgo."* CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, nº 10, p. 54, 2002.

[54] PIERANGELI, José Henrique;. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 90.

A função de exclusiva proteção de bens jurídicos, a despeito de indispensável, não é capaz de estabelecer, por si só, os contornos de um Direito Penal que corresponda a um modelo de Estado Democrático de Direito.[55] De fato, a noção de afetação ao bem jurídico como limite ao poder punitivo é um avanço do qual a dogmática não pode abrir mão[56], mas era necessário mais, sob pena de se legitimar a criminalização de qualquer conduta que afete um bem jurídico.

Essa possibilidade de legitimação da criminalização de qualquer conduta ofensiva a bens jurídicos não poderia ser admitida, na medida em que "a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade",[57] de forma que sua utilização deve ser limitada.

Era necessário, portanto, estabelecer um viés *subsidiário* ao Direito Penal, de forma que ao Estado só fosse possível dele se valer quando indispensável à proteção de bens jurídicos extremamente relevantes para a sociedade e quando não fosse possível a solução do conflito por outros ramos do Direito.

Nesse contexto, construiu-se a ideia de Direito Penal como *ultima ratio*, ou seja, como última hipótese para a tutela de um conflito social[58], passando-se a compreender o Direito Penal como detentor de um caráter subsidiário[59] e fragmentário[60].

Por caráter subsidiário compreende-se a noção de que o Direito Penal representa um, e apenas um, dos mecanismos jurídicos à disposição do Estado para a solução de conflitos. Desta forma, e por se tratar da ferramenta mais invasiva, sua utilização deve ficar restrita às hipóteses em que não seja possível aos demais ramos do Direito a regulamentação do conflito. Nas palavras de Roxin:

> *De lo dicho hasta ahora de desprende y a que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la*

[55] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*... op. cit.,p. 77.

[56] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., p. 228.

[57] PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*... op. cit., p. 74.

[58] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 13-14.

[59]BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... op. cit., p. 54.

[60] Ibidem, p. 55.

> *última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros médios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. – . Por ello se denomina a la pena como la "ultima ratio de la política social" y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos.*[61]

Já o viés fragmentário do Direito Penal está relacionado à sua exclusiva aptidão para a regulamentação de condutas que ofendam gravemente bens jurídicos de especial relevância para a sociedade.[62]

Pode-se definir a noção de intervenção penal mínima, portanto, como aquela que "orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. "[63]

Desta forma, toda criminalização que se destine à proteção de bens jurídicos de pouca relevância, a condutas que não ofendam gravemente bens jurídicos relevantes, ou que se mostre desnecessária, diante da possibilidade de utilização de meios menos invasivos, atentará contra o postulado da intervenção penal mínima. Por sua vez, um Direito Penal que não respeite o postulado da intervenção penal mínima atentará contra o modelo de Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Luiz Régis Prado:

> Aparece ele [o postulado da intervenção penal mínima] como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi*, e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado Democrático de Direito. O uso excessivo da sanção criminal (inflação penal) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa.[64]

Contudo, deve-se frisar que a insuficiência de outros ramos do Direito não conduz, automaticamente, à legitimidade da tutela penal, tampouco é possível estabelecer esta legitimidade tendo como foco, apenas, o bem jurídico pretensamente tutelado. Nesse sentido, impõe-se a realização de um processo de ponderação entre a necessidade de proteção e a perda da liberdade que ocorre com a criminalização de uma conduta, ou seja, uma análise não só do bem jurídico *tutelado*, mas também do bem jurídico *limitado* pela norma penal.[65]

---

[61] ROXIN, Claus. *Derecho penal…* op. cit., p. 65.

[62] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...* op. cit., p. 77.

[63]BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...* op. cit., p. 54.

[64] PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição...* op. cit., p. 86.

[65] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal...* op. cit., p. 378.

1.3 **Os fins da pena criminal no Estado Democrático de Direito**

A pena criminal é, antes de qualquer coisa, um castigo[66]. Um mal que se aflige a alguém por ter praticado um delito[67]. O conceito, porém, não se confunde com os *fins* da pena, ou suas finalidades.

Durante séculos buscou-se construir teorias que fossem capazes de fundamentar filosófica e juridicamente a aplicação da pena. Se a pena é a imposição de um mal a alguém, sua aplicação dependerá de alguma finalidade que a legitime.

Basicamente três teorias se consagraram a este respeito: retributiva (ou absoluta), preventiva (relativa) e mista (unificadora).

Dessa forma, e sem pretensão de discorrer exaustivamente sobre o tema, buscar-se-á analisar brevemente cada uma das teorias elaboradas acerca dos fins da pena criminal.

1.3.1 As teorias retributivas e a pena como imperativo categórico de justiça

Para as teorias retributivas a finalidade da pena se esgota na aplicação do castigo ao infrator. A violação ao ordenamento jurídico, enquanto escolha livre do indivíduo, importa em abuso no exercício desta liberdade e, portanto, merece ser reprovada, como imperativo de justiça ou de moral[68]. Os maiores expoentes filosóficos desta corrente foram Kant e Hegel.

Não obstante as diferenças filosóficas entre ambos, os autores viam a pena como a materialização da Justiça, independentemente de outras funções que poderia, reflexamente, vir a ter.

Para Immanuel Kant a pena seria um imperativo categórico de justiça[69] e, ademais, não poderia ter uma finalidade social, pois isto consistiria em redução do homem à condição

---

[66] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., p. 99.

[67] MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*... op. cit., p. 49.

[68] BACIGALUPO, Enrique. *Manual*... op. cit., p. 12.

[69] No exemplo clássico do filósofo alemão, mesmo na hipótese de uma determinada sociedade se diluir (como no caso de todos os habitantes de uma ilha resolverem abandonar o local e se dispersar pelo mundo), o último homicida que restasse na prisão deveria cumprir sua pena de morte, ou seja, ser executado, ainda que isso não trouxesse qualquer vantagem para aquela sociedade (que não mais existirá num futuro próximo), como forma de evitar que a injustiça gerada pela ausência de punição recaia sobre os ombros do corpo social. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Ed. Edipro, 2003. p. 176.

de "coisa", num odioso processo de transformação do ser humano (um fim em si mesmo) em um mero "meio". Nas palavras de Santiago Mir Puig:

> *Para KANT la pena no podia servir a la protección de la sociedad ni, portanto, a la prevención de delitos, porque ello supondría que se castiga al delincuente en beneficio de la sociedad, lo que encerraría una instrumentalización inadmisible del individuo, concebido como "fin en sí mismo".*[70]

Para Hegel, conforme assevera Mir Puig, somente a pena justa era capaz de dar ao ser humano o tratamento de "Homem", de diferenciá-lo dos animais, por responsabilizá-lo por suas escolhas enquanto ser racional. A pena, pois, seria um "direito" para o infrator.[71]

Contudo, Hegel via certo fim social na pena, pois esta teria a finalidade de restabelecer a quebra da vontade geral (representada pela norma) pela vontade especial do delinquente[72]. A dissonância entre estas vontades (da sociedade e do infrator) deveria ser rechaçada por meio da negação da negação, consistente em valorar negativamente a conduta desviante como forma de reafirmar a validade da norma[73].

Para os retribucionistas a pena tem por essência a promoção de um ideal de justiça retributiva, o que não impede que alcance eventuais outros fins sociais, como a neutralização ou ressocialização do delinquente, a prevenção de novos delitos, e outros. Estes, porém, nunca serão a *essência* da pena criminal[74]. A pena é, portanto, o mero castigo justo pelo mal injusto. Na fórmula de Sêneca, "*punitur, quiapeccatum est*"[75] (punido porque pecou).

O retribucionismo possui um viés negativo e um viés positivo. Pelo viés negativo, é injusto punir o inocente. De outra banda, é justo punir o culpado. A pena, assim, se impõe – negativa ou positivamente, por questão de justiça[76].

---

[70] MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*. Barcelona: Bosch, 1982.p. 26.

[71] Ibidem,p. 27.

[72] De quem Jakobs, séculos depois, provavelmente beberia da fonte para estruturar seu funcionalismo-sistêmico, embora Jakobs entenda que a pena possui uma *finalidade* social, que é a de alimentar as legítimas expectativas normativas dos indivíduos, consistente na certeza de que a lei é soberana e, uma vez violada, as consequências serão inevitáveis. JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Madrid: Ed. Civitas, 2004. p. 66-67.

[73] MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*... op. cit., p. 50.

[74] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, p. 45.

[75] DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal, Parte Geral*. Curitiba: Ed. Lumen Juris, 2008. p. 461-462.

[76] GRECO, Luís. A ilha de Kant. In: GRECO, Luis (Org.). *Direito penal como crítica da pena*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012. p. 275.

Luís Greco assevera que há certa assimetria entre os dois prismas do retribucionismo, já que seria mais injusto punir o inocente do que deixar de punir o culpado. A proibição da punição do inocente seria, portanto, uma vedação absoluta, pois evitaria o odioso processo de instrumentalização do homem. Admitir a possibilidade de punição do inocente quando socialmente útil a medida seria algo como entender que o ser humano só deveria ser respeitado quando isso fosse socialmente conveniente[77]. Assim, conclui o autor, um dos maiores problemas do retribucionismo é não conseguir explicar satisfatoriamente as razões da assimetria entre as injustiças (punir o inocente e não punir o culpado), bem como não conseguir adequar-se a um regime jurídico-social que preza pela exclusiva proteção de bens jurídicos como função do direito penal, já que propõe a punição mesmo sem que haja possibilidade de qualquer ganho social[78].

Juarez Cirino dos Santos, por sua vez, esclarece que quatro são os fatores que explicam a sobrevivência do ideal retributivo da pena criminal nas sociedades contemporâneas[79]: (i) A psicologia popular, regida pelo talião, seria fator fundamental, pois constitui elemento inerente aos seres "zoológicos". (ii) A tradição religiosa de origem judaico-cristã, que representa a justiça divina na forma de retribuição. Isso, inclusive, seria preponderante para a formação desta pré-disposição ao retribucionismo. (iii) A filosofia ocidental é eminentemente retributiva (cita os já mencionados Kant e Hegel). (iv) Por fim, o discurso retributivo estaria consagrado nas leis penais, contribuindo por perpetuar esta visão dos fins da pena.

Se, por um lado, a pena é vista como retribuição pelo mal causado, por outro não se pode negar que sua natureza e extensão deveriam guardar uma noção de *igualdade* ou proporção em relação à conduta, sob pena de castigar demais ou castigar aquém do necessário. Esta ideia de proporcionalidade vem desde o Talião, e sua proporcionalidade fática (olho por olho...), mas foi paulatinamente sendo lapidada até a construção de uma *proporcionalidade normativa*[80], que desvincula o mal da pena à mesma natureza do mal causado, embora formule critérios para um castigo considerado justo.

---

[77] Ibidem, p. 275-276.

[78] Ibidem, p. 279.

[79] DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*... Op. cit., p. 462-463.

[80] Ibidem, p. 46.

Tais alicerces das teorias retributivas foram fundamentais para o desenvolvimento da ideia de *culpa* como pressuposto e como limite à aplicação da pena. Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

> [...] se o que está em causa é o tratar o homem segundo a sua liberdade e a sua dignidade pessoais, então isso conduz diretamente ao princípio da culpa como máxima de todo o direito penal humano, democrático e civilizado; ao princípio segundo o qual não pode haver pena sem culpa e a medida da pena não pode em caso algum ultrapassar a medida da culpa. Aqui reside justamente o mérito das doutrinas absolutas: qualquer que seja o seu valor ou desvalor como teorização dos fins das penas, a concepção retributiva teve – histórica e materialmente – o mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena e, deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa.[81]

A pena, portanto, para as teorias absolutas (ou exclusivamente retribucionistas), é um fim em si mesmo, que não se volta ao futuro, à obtenção de algum proveito social[82], mas à mera realização de um ideal de Justiça que lhe é inerente[83].

1.3.2 As teorias preventivas (ou relativas) da pena

As teorias relativas também enxergam a pena como um mal necessário, mas divergem das teorias absolutas em relação aos fundamentos da necessidade da pena. Enquanto para as teorias absolutas a pena é um mal necessário por si só, em relação a um ideal de Justiça retributiva, para as teorias relativas a pena é um mal necessário *a uma certa finalidade extrínseca*, que consiste na obtenção da paz social por meio da "profilaxia criminal".[84]

Tais teorias se dividem em doutrinas da *prevenção geral* e da *prevenção especial.*

A primeira está relacionada à ideia de que a pena (em potencial e em concreto) é um instrumento capaz de atuar psicologicamente sobre os membros de uma determinada comunidade, compelindo-os a não praticarem o comportamento criminalizado, bem como reforçando as expectativas normativas que os indivíduos depositam na ordem jurídica.[85]

---

[81] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral*... op. cit.,p. 46-47.

[82] BUSTOS RAMIREZ, Juan. (Org.).*Prevención y teoría de la pena*.Santiago do Chile: Ed. ConoSur, 1995.p. 21.

[83] DIAS, op. cit., p. 48-49.

[84] Ibidem, p. 49.

[85] HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus; NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires-Montevideo: Ed. B. de F., 2004. p. 15.

Essa doutrina da prevenção geral possui duas ramificações. A primeira é a ideia de *prevenção geral negativa*, que consiste, basicamente, na contramotivação psicológica produzida pela ameaça de pena[86]. Ou seja, os indivíduos sentir-se-iam coagidos psicologicamente a não praticar a conduta descrita na norma penal, já que sua prática acarretaria mais prejuízos que vantagens.

Por outro lado, existe um viés positivo da prevenção geral, também conhecido como *prevenção geral positiva*[87]. Segundo esta linha de pensamento, a pena serve não apenas para intimidar, mas para reforçar a confiança no ordenamento jurídico[88], alimentando as expectativas normativas, como diria Jakobs.

As teorias da prevenção especial (ou individual), por sua vez, concebem a pena como instrumento de profilaxia criminal especificamente direcionada ao infrator, como forma de evitar a reincidência[89]. Duas vertentes se formaram em relação a esta doutrina dos fins da pena: *prevenção especial negativa* e *prevenção especial positiva*.

A primeira delas está relacionada à neutralização do delinquente, por meio da segregação, e à sua intimidação, para que não volte a praticar os mesmos atos que o levaram a receber a sanção criminal. A segunda visa à modificação interna do infrator, à sua reforma moral, de maneira que passe a aderir aos mesmos valores que fundamentam a norma penal, no que se denominou ressocialização.[90]

A prevenção especial (ou individual) se depara com diversos problemas de ordem prática. O primeiro diz respeito à legitimidade que o Estado possui (ou não possui) para interferir na liberdade de autodeterminação da pessoa. Não caberia, portanto, ao Estado, proceder a uma reforma moral do indivíduo, que possui liberdade para determinar-se de acordo com seus próprios valores morais, que não necessariamente serão os mesmos eleitos pela sociedade e dignos de proteção jurídico-penal.[91]

---

[86] ROXIN, Claus. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1997. tomo I, p. 91.
[87] Ibidem.

[88] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral*... op. cit., p. 51.

[89] ROXIN, op. cit.,p. 85.

[90] Importante ressaltar, segundo Roxin, a influência de Liszt e o seu "Programa de Marburgo", no qual propõe que a prevenção especial seja realizada de forma diferente a depender da "espécie" de infrator: ao delinquente habitual, sua neutralização; ao delinquente ocasional, sua intimação; por fim, ao corrigível, a correção. ROXIN,op. cit., p. 86.

[91] Zaffaroni, antes de adotar um discurso absolutamente deslegitimante da pena e do direito penal, asseverava que tal imposição moral não seria jamais, uma virtude, já que a virtude é a liberdade, e a liberdade de eleição interna por meio da própria consciência, ou seja, a ação autêntica. Nas palavras do mestre argentino: *"La*

Dessa maneira, a legitimidade da intervenção penal, aqui, como prevenção especial, consistiria apenas em evitar a reincidência por meio da coação psicológica, ou seja, pela ameaça de sanção, ainda que se possa disponibilizar ao infrator os instrumentos considerados necessários e hábeis à adequação moral do desviante, sem poder, contudo, impor a ele uma reforma moral ilegítima[92] e, em boa parte dos casos, inviável.

Além desse problema, a prevenção especial também careceria de legitimidade como finalidade única da pena quando o infrator não necessitasse de qualquer ressocialização, ou quando esta fosse considerada impossível. No primeiro caso conduziria à ausência de pena e, no outro, a uma pena mais gravosa do que a conduta do infrator admitiria, inclusive com a possibilidade – inadmissível – de prisão perpétua.

1.3.3 Teorias mistas (ou unificadoras)

Considerando a mais variada gama de críticas formuladas a cada uma das teorias apresentadas, natural supor-se que os embates ideológicos travados entre defensores de umas e outras acabaram por redundar na criação de teorias *ecléticas* (mistas ou unificadoras), que defendem a combinação de ambos os aspectos (retribuição e prevenção) para a moldura de uma teoria dos fins da pena. A retribuição é admitida, mas a serviço da sociedade[93].

Dentro dessa nova composição teorética, duas correntes se formaram. Uma, considerada mais conservadora, enxergava na retribuição o fundamento da pena, sendo as finalidades preventivas meros coadjuvantes[94].

No outro extremo, os que concebiam a prevenção de delitos (por parte da generalidade e do próprio delinquente) como a finalidade da pena criminal, tendo como pressuposto e limite a retribuição justa pelo mal causado.

Essa última corrente foi considerada progressista[95], já que colocava a pena no patamar considerado ideal num Estado Democrático de Direito, que tem no direito penal a função de

---

libertad no puede ser entendida como una externa posibilidad de hacer cualquier cosa, sino como la interna elección auténtica por el ser sí mismo de cada quien, y en ello radica la virtud: la acción auténtica es la acción virtuosa, la acción inauténtica, en que el hombre se deja arrastrar cómodamente por el mundo a1 que está lanzado, es la acción inmoral. La libertad es la virtud y la inautenticidad es la 'caída'. La decisión corresponde a la conciencia, no al derecho penal, que sólo puede tratar de garantizar la expresión externa de la decisión de la conciencia." ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 1987. tomo II, p. 440.

[92] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral*... op. cit., p. 56.

[93] MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*... op. cit., p. 59.

[94] Esta, segundo Mir Puig, foi a postura adotada pelo Projeto Ministerial de reforma do Código Penal Alemão, de 1962. Ibidem, p. 60.

exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos. A retribuição, pois, não é mais finalidade da pena, e sim *pressuposto* e *limite*.

Existe, ainda, uma terceira teoria eclética, mas que não incluiu – e não inclui – a retribuição dentre os fins da pena. Tal teoria é conhecida como *teoria da prevenção integral*, e possui adeptos como Roxin e Jorge de Figueiredo Dias.[96]Para estes autores a pena possui caráter *exclusivamente* preventivo. Contudo, as necessidades de prevenção geral e especial não podem deixar ao arbítrio do Estado a fixação da natureza e dos limites da pena a ser imposta ao delinquente, motivo pelo qual é necessário recorrer à ideia de *culpa* como pressuposto da pena e, ao mesmo tempo, como seu limite.

Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

> A culpa é com efeito – e não pode deixar de ser – pressuposto da pena e limite inultrapassável da sua medida. A medida da pena pode porém ser fixada abaixo desse limite máximo, se tal se tornar necessário à luz de exigências de prevenção especial e a tanto não se opuserem as exigências mínimas de prevenção geral sob a forma das necessidades irrenunciáveis de tutela do ordenamento jurídico.[97]

As teorias unificadas dos fins da pena criminal encontram-se consagradas, tanto nas legislações quanto na literatura penal contemporânea[98], embora haja diferenças de ênfase entre cada uma delas, que ora dão maior importância à retribuição, ora centralizam na prevenção os fins primordiais da pena.

1.3.4 A deslegitimação: a teoria agnóstica negativa da pena criminal

As teorias até aqui analisadas, cada qual à sua maneira, legitimaram a intervenção penal e, por via de consequência, a própria pena criminal, seja como imperativo de justiça retributiva, seja como mecanismo de profilaxia criminal, ou ambas.

---

[95] E foi a adotada pelos autores do "Projeto Alternativo" de Código Alemão, conforme assevera Mir Puig. MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*... op. cit., p. 60.

[96] Esta é a tese adotada por Jorge de Figueiredo Dias. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral*... op. cit.,p. 61-62. No mesmo sentido, Roxin, que defende uma teoria exclusivamente preventiva dos fins da pena, rechaçando qualquer caráter retributivo, embora considere necessária a utilização de um dos elementos da retribuição como limite à pena: a noção de culpa como limite à pena. ROXIN, Claus. *Derecho penal*... op. cit., p. 99.

[97] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal, parte geral*... op. cit., p. 63.

[98] DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal*... op. cit., p. 470.

Contudo, nem só de apologia vive o Direito Penal. Durante a segunda metade do século XX algumas teorias da pena surgiram com a finalidade de denunciar a *falácia* política que é o sistema punitivo e, portanto, deslegitimar a pena criminal.

Segundo Geder Luiz Rocha Gomes:

> As teorias deslegitimadoras da pena fincam sua fundamentação nas correntes político-criminais representadas pelo abolicionismo penal liderado por Louk Hulsman, Nils Christie, Sebastian Scheerer e outros, defendendo a posição da substituição pura e simples do direito penal por outras formas de controle que solucionem os conflitos sociais de maneira menos drástica e traumática e mais econômica e eficiente.[99]

Na América Latina em geral, e no Brasil em particular, a teoria agnóstica da pena é aquela que possui maior destaque como estrutura teórica de deslegitimação do poder punitivo, e foi desenvolvida principalmente por Nilo Batista e Zaffaroni.[100]

Para os autores, a pena criminal é a materialização do poder punitivo sobre os indivíduos, agindo de forma seletiva sobre determinados grupos vulneráveis e promovendo a reprodução e perpetuação das estruturas sociais verticais por meio do estado de polícia, assim entendido como aquele regido pela decisão do governante[101]. Desta forma, o exercício do poder punitivo, por meio da pena, nada mais é que a manifestação do estado de polícia dentro de um Estado que se pretende democrático de Direito.[102]

Conforme asseveram os autores, o Estado de Direito e o Estado de polícia coexistem dentro de toda organização política "institucionalizada em forma de Estado", de maneira que em todos eles será possível encontrar elementos de um e de outro, ora com tendência à manutenção das estruturas punitivas vigentes (estado de polícia) ora com tendência à limitação do exercício deste poder por meio da horizontalização e da efetiva solução dos conflitos pelos meios menos invasivos.[103]

Nesse sentido, impossível justificar-se uma teoria que atribua à pena qualquer finalidade positiva, de maneira que somente a partir de uma teoria que *negue as funções*

---

[99] GOMES, Geder Luiz Rocha. A substituição da Prisão: legitimidade e adequação. *Jus Podivm*. Salvador, p. 44, 2008.

[100] A este respeito, BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., tomo I, p. 97-100.

[101] Ibidem,p. 93.

[102] BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 94.

[103] Ibidem,p. 95.

manifestas da pena seria possível delimitar o horizonte do direito penal.[104] Esta seria, portanto, a *teoria agnóstica (ou negativa) da pena.*

Para essa teoria não se pode construir um conceito de pena com base em suas funções manifestas, já que falsas, tampouco com base em suas funções ocultas, pois desconhecidas. O conceito, portanto, só pode ser obtido por meio da realidade fática, por meio de bases ônticas, do mundo do ser[105]. Com base nestes elementos, a pena só poderia ser conceituada como "uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes."[106]

A teoria é, portanto, agnóstica, pois confessa que não dispõe de mecanismos para conhecer todas as funções *latentes* da pena enquanto braço do estado de polícia, e negativa, na medida em que nega à pena qualquer função positiva, fundamentada nas bases ônticas que estruturam o conceito.[107]

A despeito da relevância da teoria, seria impossível discorrer longamente sobre o tema, dada a pontualidade da teoria da pena em relação ao presente trabalho, mas pode-se sintetizá-la como o modelo teórico que, com base em dados *reais*, nega à pena qualquer função positiva, bem como assume a impossibilidade de conhecer as funções ocultas da pena.

1.4 **Conclusão**

De tudo o que até aqui foi exposto, é possível afirmar que, num Estado verdadeiramente Democrático de Direito, existem princípios que devem nortear o processo de criminalização de determinada conduta e a imposição de pena.

Esses princípios estão relacionados à importância do bem ou valor que se pretende proteger, bem como à insuficiência de outros ramos do Direito para fornecer uma solução satisfatória para problema.

Em apertada síntese, portanto, para se adequar às exigências de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve intervir apenas quando sua atuação se destine à

---

[104] Ibidem, p. 98.

[105] Ibidem, p. 99.

[106] Ibidem.

[107] Ibidem.

prevenção de ofensas graves a bens jurídicos extremamente relevantes que não possam ser protegidos por outras formas menos invasivas de atuação do Direito.

Estabelecidas as premissas necessárias, impõe-se agora delimitar o problema, o que envolve a análise dos contornos do bem jurídico que se pretende *limitar* – a liberdade de expressão – por meio do Direito Penal, bem como a magnitude e características do uso potencialmente danoso desta liberdade, como primeiro passo para a determinação da legitimidade, ou não, da intervenção penal.

2 O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS VALORES DEMOCRÁTICOS

2.1 Raízes históricas da liberdade de expressão: o início do processo de positivação no mundo e o reconhecimento nas Constituições anteriores

"Todos têm o direito à liberdade de opinião e de expressão. Este direito inclui a liberdade para ter opiniões sem interferência e para procurar, receber e dar informação e ideias através de qualquer meio de comunicação e sem importar as fronteiras."[108]

Esta é a redação do art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Como se vê, a qualidade de direito fundamental conferida à liberdade de pensamento e expressão parece indiscutível.

Embora o reconhecimento deste direito fundamental nas Constituições e Cartas Internacionais tenha sido relativamente tardio[109], existem embriões históricos, como a *Areopagítica*[110], de John Milton (1644), que constituiu um ensaio dirigido ao parlamento inglês, defendendo a liberdade de expressão, bem como o *English Bill of Rights*, de 1689.[111]

Posteriormente, diversos diplomas passaram a garantir este direito[112], como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o *Bill of Rights* americano e o Pacto dos Direitos Civis e Políticos.

O iluminismo – que teve seu ápice na Revolução Francesa, de 1789 – possibilitou a afirmação dos direitos fundamentais do Homem, dentre eles o direito à liberdade de

---

[108] UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf> Acesso em 04.04.2015.

[109] Na França, o reconhecimento constitucional da liberdade de expressão ocorreu em 1791, embora já houvesse sido prevista na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Contudo, somente em 1793, com a Constituição Jacobina, é que este direito foi efetivamente reconhecido, já que a Constituição de 1791 permitia a censura prévia. CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie:* Análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. p. 11.

[110] MILTON, John. *Areopagítica* – Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Trad. de Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Ed. Topbooks, 1999.

[111] COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. p. 53.

[112] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão...* op. cit., p. 11.

expressão, que logo em seguida viria a ser efetivamente reconhecido e positivado nos diplomas constitucionais dos principais Estados europeus e nos Estados Unidos[113].

No Brasil, o reconhecimento constitucional da liberdade de expressão ocorreu já na primeira Constituição do país, a de 1824, outorgada por D. Pedro I, que previa em seu art. 179, inciso IV[114]:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)
> (...)
> IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Como se vê, o texto da Constituição Imperial não previa apenas a liberdade de pensamento, mas a liberdade para comunicar o pensamento, o que evidencia o respeito à liberdade de expressão enquanto materialização ou exteriorização do próprio *ser*.

A Constituição de 1891, por sua vez, já sob o pálio republicano, manteve o mesmo teor de sua antecessora, tendo incluído a vedação do anonimato entre os requisitos para a tutela da liberdade de pensamento[115]:

> Art.72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)
> § 12. Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa ou pela tribuna, sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar. Não é permittido o anonymato. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

Embora esta seja a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 03, de 1926, o texto original não previa de forma diferente.[116]

A Constituição de 1934, porém, em nítido retrocesso democrático, estabeleceu a possibilidade de censura, ainda que apenas em relação a espetáculos e diversões públicas[117]:

---

[113] Ibidem.

[114] BRASIL. Constituição (1824). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 31.03.2015.

[115] Idem. Constituição (1891). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 31.03.2015.

[116] Ibidem, art. 72.

> Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)
> 9) Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social.

Observa-se, porém, a despeito do já mencionado retrocesso, a primeira menção à restrição da liberdade de expressão em relação a discursos potencialmente ofensivos, quando o texto proíbe a *"(...) propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social"*.

Cumpre frisar que, a despeito do que possa parecer numa análise *prima facie*, o referido dispositivo da Constituição de 1934 não vedava, em absoluto, a propaganda de guerra ou processos violentos, mas apenas aquelas que tivessem como finalidade a subversão da ordem política ou social. Admissível imaginar, assim, que a finalidade da norma fosse mais a de frear os movimentos revolucionários da época[118] do que proteger direitos individuais.

Pela primeira vez, contudo, uma Carta Política brasileira reconheceu o direito à liberdade religiosa – uma das manifestações da liberdade de expressão – utilizando os termos *"(...)É inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)"*. A Constituição de 1824, a despeito de franquear aos súditos a escolha de sua religião, vedava o culto fora do ambiente doméstico, à exceção da liturgia católica apostólica romana, religião oficial[119]. A de 1891 permitia o livre exercício do culto religioso, inclusive em locais públicos, mas jamais se valeu do termo "liberdade de consciência e de crença"[120].

Do ponto de vista gramatical, e até mesmo sob o prisma estritamente jurídico, a observação é de pouca ou nenhuma relevância, já que, ao fim e ao cabo, todas elas garantiam

---

[117] BRASIL. Constituição (1934). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> Acesso em 31.03.2015.

[118] SANTOS, Roberto Sousa. *História do Brasil República.* Aracaju: Ed. Unit. Aracaju, 2011. p. 60-62.

[119] A Constituição de 1824 assim previa, em seu art. 5º: "Art. 5º A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo". BRASIL.Constituição (1824), art. 5º.

[120] A Constituição de 1891 previa a liberdade de culto em seu art. 72, § 3º. *In verbis*: "Art. 72 (...) § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)".
BRASIL.Constituição (1891), art. 72, parágrafo 3º. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 31.03.2015.

ao indivíduo o direito de manifestar sua crença, com as restrições já referidas sobre a Constituição Imperial.

Contudo, simbolicamente, a utilização do termo "liberdade de consciência e de crença" é particularmente louvável, na medida em que se reconhece, ainda que de forma implícita, que a livre escolha da religião, a liberdade de culto e demais direitos a eles correlatos são manifestações umbilicalmente ligadas à liberdade de pensamento e à liberdade de expressão, como uma de suas vertentes[121].

Especial atenção foi conferida à liberdade de expressão pela Constituição de 1937. Na verdade, o texto constitucional apresentava diversas ressalvas que a Lei poderia estabelecer para o legítimo exercício do direito à liberdade de expressão[122]:

> 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. (*Vide* Decreto nº 10.358, de 1942.)
> A lei pode prescrever:
> a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;
> b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;
> c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

As restrições não chegam a surpreender, dado o fato de que o Brasil se encontrava sob a vigência de uma ditadura, o denominado Estado Novo, de Vargas. Aliás, chama a atenção a utilização frequente de termos genéricos como *bons costumes*, *bem-estar do povo* e outros, que conferiam ao legislador a mais ampla margem de discricionariedade[123].

---

[121] Como assevera Weingartner Neto: "Em síntese, a liberdade religiosa consagra-se como um corolário da liberdade de consciência – a tutelar juridicamente qualquer opção que o indivíduo tome em matéria religiosa, mesmo a rejeição (a crença é apenas uma das alternativas possíveis que se colocam ao sujeito. Não é por acaso, assim, que muitos casos de objeção de consciência (talvez a maioria) originam-se de motivações de índole religiosa [...]." WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007. p. 79. No mesmo sentido, DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*... op. cit., p. 247-251.

[122] BRASIL.Constituição (1937).
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm> Acesso em 31.03.2015.

[123] Com relação à liberdade de expressão no Estado Novo, mais especificamente em relação à liberdade de informação, por meio da Imprensa, é necessário lembrar que em dezembro de 1939 o controle estatal sobre a imprensa se tornou ainda mais evidente, com a criação do Departamento de Imprensa e Propaganda, por meio do Decreto-Lei nº 1.949, de 30 de dezembro de 1939. O art. 11 do referido Decreto-Lei é capaz de sintetizar a finalidade da criação do DIP: "Art. 11. É passivel de punição a publicação de notícias ou comentários falsos, tendenciosos ou de intuito provocador, induzindo ao desrespeito e descrédito do país, suas instituições, esferas ou autoridades representativas do poder público, classes armadas ou quando visem criar conflitos sociais, de classe ou antagonismos regionais."

As Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (considerada uma nova Constituição), também mantiveram a liberdade de expressão em seus textos, ainda que com as restrições inerentes a cada um dos momentos políticos em que foram promulgadas.[124]

A Constituição de 1988, inaugurando uma nova ordem democrática no país, trouxe em seu bojo diversas disposições referentes à liberdade de expressão e seus consectários, como a liberdade de crença e a liberdade de pesquisa científica, conforme se verá mais à frente.

2.2 **A concepção da liberdade de expressão como direito fundamental do homem e sua justificativa**

2.2.1 Conceito de liberdade de expressão

Na clássica divisão dos Direitos Humanos em gerações, o direito fundamental à liberdade de expressão pode ser classificado como sendo um direito de primeira geração[125], cabendo ao Estado respeitá-lo e protegê-lo em face de eventuais ameaças. Uma incumbência meramente negativa.

Conceitualmente, a liberdade de expressão pode ser definida como o direito à livre manifestação de ideias, opiniões, posições, pensamentos, seja de interesse público ou não, seja

---

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.949, de 30 de dezembro de 1939. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1949.htm> Acesso em 1º.04.2015.

[124] As Constituições de 1946 e 1967 estabeleciam ser livre a manifestação do pensamento, sem sujeição à censura, exceto quanto a espetáculos e diversões públicas, e estabelecia a responsabilidade pelos abusos cometidos, bem como o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não dependia de licença. Não era admitida, porém, a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe. A Constituição de 1969 (ou Emenda Constitucional, caso se prefira) manteve a mesma estrutura da previsão, agregando a vedação às *"publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes"*, que pode ser considerada como um retrato do momento histórico – Ditadura militar – em que está inserida.
BRASIL.Constituição (1946), art. 141, § 5º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 02.04.2015.
BRASIL.Constituição (1967), art. 150, § 8º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em 02.04.2015.
BRASIL. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, art. 153, § 8º. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em 02.04.2015.

[125] Para Ingo Sarlet, tais direitos fundamentais de primeira geração "[...] encontram suas raízes especialmente na doutrina Iluminista e Jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras constituições escritas no mundo". SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 11ª ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012. p. 46.

dotada de importância e valor ou não[126], através de qualquer meio de exposição, seja ele público ou privado, não podendo este direito ser molestado ou inquietado por ninguém.

José Afonso da Silva assevera que a liberdade de manifestação do pensamento é decorrência lógica da própria liberdade de pensamento. Com efeito, a mera garantia da liberdade de pensar não permitiria ao indivíduo exercer plenamente toda sua potencialidade enquanto ser humano, já que a liberdade de pensar deve pressupor, também, a liberdade para externar o pensamento, mesmo porque o Estado não disporia de meios para controlar o que se pensa, apenas o que se *externaliza*, de forma que a garantia da liberdade de pensamento implica, necessariamente, a liberdade para exteriorizá-lo. Em suas palavras:

> Nestes termos, ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente. É que, no seu sentido interno, como pura consciência, como pura crença, mera opinião, a liberdade de pensamento é plenamente reconhecida, mas não cria problema maior.[127]

Importante notar que a liberdade de manifestação do pensamento, ou liberdade de pensamento, engloba diversas espécies de liberdade, como a liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade de crença e a liberdade de expressão cultural, intelectual, artística e científica.

A *liberdade de opinião* visa a garantir ao indivíduo o direito de ter e externar sua opinião, a forma de pensar de sua escolha, seja ela de que natureza for e em relação a quaisquer fatos.[128]

A *liberdade de informação*, por outro lado, pressupõe o dever do emissor para com a verdade, já que não se trata de mera opinião pessoal e, de outro lado, a própria Constituição assegura o direito à informação, assim compreendido como o direito coletivo, pertencente à sociedade como um todo, de receber informação.[129]

A *liberdade de crença*, por sua vez, compreende a liberdade conferida ao indivíduo para ter e para não ter uma crença, bem como para externar sua crença ou sua descrença, conforme assevera José Afonso da Silva:

---

[126] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360.

[127] DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003. p. 240.

[128] Ibidem, p. 240.

[129] Ibidem, p. 244-245.

> Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. [130]

A *liberdade de expressão da atividade cultural, intelectual, artística, científica e de comunicação* é bem definida nas palavras de Dirley Cunha Júnior:

> [...] A liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação tem fundamento na liberdade de pensamento, da qual é uma decorrência lógica. Enquanto o direito de opinião consiste na liberdade de manifestação do pensamento, ou seja, de externar juízos, conceitos, convicções e conclusões sobre alguma coisa, o direito de expressão é o direito de manifestação das sensações, sentimentos ou criatividade do indivíduo, tais como a pintura, a música, o teatro, a fotografia, etc.[131]

Com a devida licença, um adendo pode ser feito à definição do autor. Em relação à liberdade de expressão da atividade científica e de comunicação, afigura-se necessário estabelecer a veracidade, ou ao menos a pretensão de veracidade, como pressuposto para o exercício legítimo de tal liberdade.[132]

Isso porque a ciência se relaciona com o direito à educação e com o direito à informação, de maneira que o indivíduo não teria ampla liberdade para externar como verdade aquilo que se reveste da condição de mero juízo de valor. Desta forma, no legítimo exercício da atividade científica e de comunicação o indivíduo somente teria margem para exercer a liberdade de opinião quando fundamentado nos fatos que são objeto de sua pesquisa.

---

[130] Importante também ressaltar que a liberdade religiosa é um gênero que abrange a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa, todas garantidas pela Constituição da República Federativa de 1988. José Afonso da Silva, ao tratar da liberdade religiosa, assevera que: "Ela se inclui entre as liberdades espirituais. Sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento. Mas, sem dúvida, é de conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita. Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) e a liberdade de organização religiosa. Todas estas estão garantidas na Constituição." Ibidem, p. 247.

[131] CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2012. p. 705.

[132] Conforme assevera Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, ao tratar da liberdade de expressão e da liberdade de informação, deve ser feita "[...] uma distinção importante entre os dois institutos: a veracidade e a imparcialidade da informação. E é, justamente, em razão dessa distinção fundamental que se deve pensar em um direito de informação que seja distinto em sua natureza da liberdade de expressão." CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999. p. 24.

2.2.2 Os fundamentos da liberdade de expressão e sua justificativa

A liberdade de expressão é um direito fundamental que possui dupla dimensão, no entendimento de Jónatas Machado, uma dimensão substantiva e uma dimensão instrumental[133].

Em sua *dimensão substantiva*, ou moral, a liberdade de expressão é encarada como um valor em si mesmo, não relacionada a qualquer outro valor. Um verdadeiro direito moral de se ouvir o que se quer e de se falar o que se pensa, algo intrínseco à própria natureza humana.

Em sua *dimensão instrumental*, a liberdade de expressão teria sua justificativa na busca da proteção de outros valores, e não uma justificativa moral intrínseca.

Tendo como base essa divisão dual, entende-se que a *liberdade de expressão em sentido estrito* estaria relacionada à dimensão substantiva da liberdade de expressão, pois não estaria condicionada à verdade, mas seria mera garantia conferida ao indivíduo com a finalidade de permitir sua autossatisfação pessoal de externar seus pensamentos[134].

Por outro lado, a *liberdade de informação* retiraria seu fundamento axiológico na dimensão instrumental da liberdade de expressão, mais especificamente na finalidade da busca pela verdade. Assim, a liberdade de expressão *lato sensu*, na modalidade *liberdade de informação*, não prescindiria da verdade para que fosse exercida de forma legítima.

Essa divisão entre liberdade de expressão em sentido estrito e liberdade de informação possui grande relevância, na medida em que se pode entender, ainda que de forma implícita, que a liberdade de expressão em sentido estrito não precisa, necessariamente, possuir uma função instrumental, ou seja, a liberdade de expressão em sentido estrito seria um fim em si mesmo.

Contudo, a despeito de se tratar de um fim em si mesmo, a liberdade de expressão em sentido estrito pode (e não deve), por via oblíqua, se transformar em mecanismo de proteção e alcance de outros valores relevantes para a sociedade.

---

[133] MACHADO, Jónatas E. M.Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 65. Coimbra: Coimbra Editora, p. 417, 2002.

[134] Nos dizeres de Cláudio Chequer: "A liberdade de informação exige uma divulgação verdadeira sobre fato de relevância pública e, portanto, capaz de oferecer interesse para a reta conformação de uma opinião pública livre, requisito básico de toda sociedade democrática; ao passo que a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamentos, ideias, opiniões ou juízos de valor, não se presta, por sua natureza abstrata, a uma demonstração de sua exatidão, fazendo com que aquele que a exercita não precise demonstrar a prova da veracidade de sua manifestação." CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão...* op. cit., p. 12-13.

Embora a finalidade primeira da liberdade de expressão em sentido estrito seja a garantia da autossatisfação individual, isso não impede que seu exercício seja útil a outros fins, como a busca pela verdade, a criação de um mercado livre de ideias ou a garantia da democracia.

Essa teoria foi denominada *assuring individual selffulfillment*, e conta com adeptos como Dworkin, Baker e Redish.[135]Para estes autores, segundo Cláudio Chequer, a liberdade de expressão em sentido estrito possuiria apenas uma dimensão substantiva[136], ou seja, retiraria seu fundamento de validade não no bem que ela possa trazer para a sociedade, mas nela própria, enquanto mecanismo de realização do indivíduo.

Existem, porém, aqueles que defendem a existência de uma dimensão instrumental que fundamenta a liberdade de expressão, não sendo meras consequências úteis do seu exercício.

Os adeptos dessa forma de pensar apontam diversas finalidades ao direito fundamental à liberdade de expressão (em sentido estrito), como a busca da verdade, o mercado livre de ideias e a preservação dos valores democráticos.

John Stuart Mill[137], um dos primeiros teóricos do conceito de *Busca da verdade*, defendia que as ideias deveriam circular livremente, desde que não houvesse incitação à violência. Para ele a liberdade de expressão não poderia ser silenciada, eis que se for correta, a sociedade estaria privada da verdade; se for errada, poderá haver nela uma parcela de verdade; e se de fato for totalmente equivocada, ao menos terá servido como antítese necessária ao debate que promove a verdade.

Já Oliver Wendell Holmes[138], que era Juiz da Suprema Corte Americana, entendia apenas que as ideias deveriam circular livremente. Para ele isso garantiria um "mercado livre

---

[135] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão...* op. cit., p. 18.

[136] Nas palavras de Cláudio Chequer: "Diferentemente das outras teorias, que consideram importante a liberdade de expressão para a descoberta da verdade ou para a manutenção da democracia, essa análise racional não é consequencialista, embora possa ser defendida em termos utilitários. Essa teoria estima a liberdade de expressão como um valor intrínseco, um bem independente, um fim; alternativamente, seu exercício pode ser considerado como condutor para o desenvolvimento de indivíduos mais reflexivos e maduros e, portanto, beneficiar toda a sociedade." CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão...* op. cit., p. 19.

[137] MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ed. Ticknor and Fields, 1863. p. 101-102.

[138] Sintetizando o pensamento de HOLMES numa frase, proferida no seu voto no caso *Abrams vs. United States*: "o melhor teste da verdade é o poder do pensamento de se tornar aceito na competição do mercado." Apud CALEARI, Antonio Isoldi. *Malleus Holoficarum:* o estatuto jurídico-penal da revisão histórica na formado *jus puniendi versus animus revidere*. São Paulo: Ed. Chiado, 2011. p. 196.

de ideias" (*free marketplace of ideas*), em que a oferta e a demanda de ideias criariam um debate competitivo e, portanto, mais democrático e plural.

Assim, tanto Stuart Mill quanto Holmes defendiam, ainda que não explicitamente, uma finalidade instrumental necessária à liberdade de expressão, que seria a de permitir o avanço do conhecimento da humanidade, possibilitando, assim, a descoberta da verdade, no que se convencionou chamar de teoria da *advancing knowledge and discovering truth*.[139]

Dentre os adeptos da justificativa instrumentalista há, ainda, quem defenda que a liberdade de expressão se fundamenta na busca pela preservação de valores democráticos, como Daniel Sarmento[140], Owen Fiss[141] e Meiklejohn[142]. Assim, para estes autores, discursos que não contribuam para a manutenção da democracia ou que atentem contra valores democráticos não poderiam ser objeto de tutela do Estado, o que evidencia a adoção de uma forma de pensar atrelada à ideia de democracia militante (*streitbare demokratie*), que adiante será analisada e que, atualmente, é a doutrina mais aceita na Alemanha.

Outros são contra a restrição de discursos intolerantes, como Richard Posner[143]. Para ele, tal limitação cria uma cultura de hipersensibilidade por parte dos grupos estigmatizados, que podem se sentir atingidos por discursos que, no mais das vezes, não são verdadeiramente ofensivos, reduzindo o espaço para o livre debate de assuntos que poderiam ser mais amplamente deliberados.

Daniel Sarmento afirma[144] que há, ainda, quem sustente que a tentativa de proibição dos discursos *potencialmente ofensivos*, ao invés de resultar no fim destas ideias ou dos males que delas decorrem, resultaria numa maior difusão das mesmas, que ganhariam força em razão de sua maior publicidade e repercussão. O autor, contudo, rechaça a tese, afirmando que

---

[139] CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão*... op. cit.,p. 21-22.

[140] SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão*... op. cit.,p. 82-83.

[141]FISS, Owen. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

[142] Segundo afirma Júlio César Casarin Barroso Silva, Meiklejohn defendia uma análise dupla da liberdade de expressão, que poderia se dividir em discurso político e discurso privado, sendo aquele digno de uma proteção maior que este, já que indispensável à formação do autogoverno coletivo. SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e liberdade de expressão.Tese de Doutorado apresentada na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. p. 116-119.

[143] POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Ed. WMF, Martins Fontes, 2011. p. 65.

[144] SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, ano I, nº 4, p. 91, 2006.

a proibição e a punição seriam formas simbólicas para expressar o repúdio do Estado ao conteúdo da mensagem, sob pena de transmitir uma imagem de apologia ao discurso.[145]

Porém, a tentativa de silenciar os que adotam tais formas de pensar (pois o verdadeiro silenciamento é utópico) pode se configurar como um desserviço à democracia, na medida em que o debate público de ideias acabaria por deslegitimar as ideias erradas (ou, ao menos, infundadas), enquanto a privação do debate poderia gerar a proliferação descontrolada do discurso num submundo de difícil acesso ao Estado e, por isso mesmo, sua difusão sem qualquer contraponto ideológico, facilitando, assim, sua assimilação pelos ouvintes.

Esse paternalismo estatal excessivo pode configurar uma violência não só ao emissor da ideia, mas ao potencial receptor do discurso, já que este seria privado da possibilidade de receber novas ideias e formar sua opinião. Nas palavras de Dworkin: "O Estado insulta seus cidadãos e nega a eles sua responsabilidade moral, quando decreta que não pode confiar neles para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou ofensivas."[146]

Ademais, a proteção de discursos contramajoritários e potencialmente ofensivos (que não se confunde com um juízo de valor positivo, por parte do Estado) possibilita que as pessoas exercitem sua tolerância e autocontrole emocional ao terem de conviver com manifestações contrárias às suas, no que Lee C. Bollinger chamou de *self-restraint*, ou autocontenção[147].

Nas palavras de Daniel Sarmento:

> Segundo Bollinger, a liberdade de expressão demarca um domínio em que as pessoas são obrigadas a tolerar manifestações e idéias que muitas vezes abominam, exercitando com isso, a sua capacidade de autocontrole emocional. Trata-se, portanto, de uma espécie de treinamento, em que a capacidade de tolerância é desenvolvida para ser aplicada também em outras esferas das relações humanas em que não há os mesmos limites jurídicos.[148]

---

[145] "Na verdade, quando o Estado se omite diante de uma manifestação pública de ódio ou desrespeito contra minorias – ou até age para protegê-las, proporcionando, por exemplo, escolta policial para assegurar o exercício da liberdade de expressão de racistas e neonazistas, como tem ocorrido algumas vezes nos Estados Unidos –, o sinal que se transmite para o público e para as vítimas é o de que ele não vê nada de errado na conduta do ofensor. A dor e a sensação de abandono dos alvos destas manifestações tende a ser amplificada, e o símbolo que fica – e todos sabemos da importância dos símbolos na vida social – é o de um Estado cúmplice da barbárie." SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit., p. 92.

[146]DWORKIN, Ronald. Why Speech Must be Free. In: *Freedom's Law:* The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 200, apud SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit., p. 86.

[147]BOLLINGER, Lee. C. *The Tolerant Society:* Freedom of Speech and Extremist Speech in America. New York: Oxford University Press, 1986, apud SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit.,p. 88.

[148] SARMENTO, op. cit., p. 89.

Em sentido contrário, Daniel Sarmento discorda da proteção a tais discursos como forma de exercício da tolerância pelos receptores, afirmando que isso geraria uma distribuição desigual deste ônus social. Nas palavras do autor:

> Ademais, é, no mínimo, muito duvidoso que a liberação do *hatespeech* produza um incremento geral da tolerância e da auto-contenção na sociedade. Resultado muito mais provável da licenciosidade estatal neste caso é a disseminação do preconceito contra minorias estigmatizadas e a geração de um ambiente de hostilidade e desarmonia entre os diversos grupos que compõem a coletividade.[149]

Contudo, é possível sustentar que a distribuição do ônus não seria desigual, eis que as ideias do grupo supostamente "ofendido" também restariam preservadas e protegidas pelo Estado, e acaso ocorressem distorções no "livre" mercado de ideias, caberia ao Estado atuar positivamente para, tomando partido, assumir sua posição de endosso às ideias democráticas em contraposição àquelas que ofendam os pilares de uma democracia.

Numa sociedade marcada pela existência de evidentes conflitos ideológicos entre os mais diversos grupos, defensores de pensamentos absolutamente antagônicos, é plausível pensar que a manifestação de um deles, na defesa de seu modo de pensar, por certo poderá repercutir negativamente na esfera jurídica do outro. Muitas vezes, inclusive, a manifestação será ácida ao ponto de ferir os sentimentos mais íntimos de alguns dos receptores.

Partindo-se da premissa de que as palavras ferem (e de fato podem ferir), resta saber se isso, por si só, é suficiente para restringir o exercício do direito[150].

Ainda que se possa considerar como irracionais e descabidas as ideias de determinado grupo, isso não lhes retira ou restringe, *a priori*, o direito de expressá-las. Pretender colocar um filtro nestas ideias, selecionando o que pode e o que não pode ser livremente expressado parece uma demonstração clara do que seria a verdadeira intolerância.

Ressalte-se, ainda, que a liberdade de expressão é decorrência da ideia de democracia e, ao mesmo tempo, instrumento para sua consolidação, já que esta é o que se pode conceber

---

[149] SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit.,p. 89.

[150] Atento a estas questões e à necessidade de se construir uma sociedade efetivamente pluralista (assim entendida aquela que preserva, inclusive e principalmente, a opinião contramajoritária), Bilbao Ubillos assevera que a existência de uma conexão entre a tolerância e a liberdade de expressão é evidente, na medida em que a primeira consiste na disposição em conviver com crenças e atitudes que se desaprova por convicção própria, e a segunda consiste no direito de cada um expor opiniões que podem desagradar profundamente a outros, inclusive a imensa maioria. Nas palavras do referido autor: *"Muchas veces las palavras y las ideas hieren, hacen daño y esto forma parte del juego. Es una incomodidad que tenemos que asumir. Es parte del precio que hay que pagar por vivir en una democracia."* BILBAO UBILLOS, Juan María. La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:La endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. UNED. *Revista de Derecho Político*, p. 21, 2008.

como um governo de opinião ou um governo através da discussão e, neste sentido, a liberdade de expressão plena é "*conditio sine qua non* de seu correto funcionamento"[151].

A despeito dos reflexos negativos que a livre circulação de ideias pode gerar, o fato é que ela, mesmo com suas imperfeições, permite que sejam alcançadas as finalidades do direito à liberdade de expressão, dentre elas a preservação dos valores democráticos, já que a democracia

> consiste num processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social[152].

Dessa forma, é possível concluir que, embora existam divergências teóricas a respeito da justificativa do direito à liberdade de expressão, é unânime que se trata de um direito fundamental do Homem e, como tal, deve ser interpretado de forma a garantir-lhe a máxima efetividade,[153] de maneira que a restrição somente poderia ser admitida em caso de risco[154] não tolerável de dano a algum bem jurídico socialmente relevante.

2.3 **A liberdade de expressão na Constituição Federal de 1988 e nos principais diplomas normativos internacionais**

No Brasil, atualmente, o direito fundamental à liberdade de expressão encontra-se assegurado no art. 5º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece ser "(...) livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato". [155]

---

[151] MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...* op. cit., p. 261.

[152] CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2012. p. 289.

[153] "Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. " CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1993. p. 227.

[154]John Rawls defende uma Teoria da Justiça mais igual e pluralista, na qual a liberdade de expressão só possa ser restringida quando a conduta se afigure como uma ameaça real às Instituições democráticas.RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 216-220, apud SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit.,p. 88.

[155] BRASIL. Constituição (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 02.04.2015.

Entretanto, seria deveras simplista resumir a este dispositivo o tratamento dispensado pela Carta Magna à proteção da liberdade de expressão. A liberdade de expressão se manifesta nas mais diversas searas da vida, e por esta razão é possível encontrar a tutela à liberdade de expressão em inúmeras outras passagens do texto constitucional.

O art. 5º, em seu inciso VI, assim dispõe: "Art. 5º (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (...)".[156]

Como se viu, a liberdade de crença é uma das vertentes da liberdade de expressão. Nesse sentido, e seguindo o exemplo da Constituição de 1934, a Constituição de 1988 utiliza a expressão "(...) é inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)". Percebe-se, ainda, a proteção ao livre exercício dos cultos religiosos e a proteção, na forma da lei, aos locais dos referidos cultos e suas liturgias. O direito fundamental ao exercício do culto religioso é consectário lógico do direito de crença, e "consiste na possibilidade de participar ou não, individual ou coletivamente, nos referidos atos de culto, imunes a quaisquer pressões estatais."[157]

Além disso, diferentemente do que algumas Constituições passadas prescreveram, a liberdade de consciência e de crença, hoje, não está submetida a qualquer regramento, nem deve respeito à moral, tampouco aos bons costumes[158], o que evidencia um respeito ainda maior pela *liberdade de expressão religiosa*.

Continuando, o constituinte originário garantiu a liberdade artística, intelectual, científica e de comunicação, incondicionada à censura ou licença: "Art. 5º (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...)".[159]

Particularmente em relação à liberdade de expressão da atividade científica, a Constituição reservou dois incisos de especial relevância, em seu art. 206:

---

[156] BRASIL. Constituição (1988), art. 5º, VI.

[157] WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* op. cit., p. 122.

[158] Como ocorria na Constituição de 1824, que estabelecia que ninguém poderia ser perseguido por motivo de religião, "uma vez que respeite a do Estado, e não offenda [sic] a Moral Publica." BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824, art. 179, V.

[159] BRASIL. Constituição (1988)... op. cit., art. 5º, IX.

> Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: (...)
> II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
> III – pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;[160]

Sem grande esforço é possível perceber que a Carta Política conferiu especial proteção à liberdade de pesquisa científica, não estabelecendo qualquer restrição ao exercício deste direito. Além disso, a Constituição buscou proteger não só o emissor, garantindo o direito de *expor ideias*, mas também o receptor, ao estabelecer o direito de *receber ideias*, quando cita a "liberdade de aprender" e o "pluralismo de ideias".

No plano internacional, diversos são os diplomas normativos que tutelam o direito à liberdade de expressão.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, mais conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, dedica o seu art. 13 à liberdade de pensamento e expressão:

> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
> 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
> a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
> b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
> 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.
> 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
> 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.[161]

A regulamentação é, em essência, bastante semelhante ao que prevê a Constituição brasileira. O item 5, contudo, não encontra correspondente no texto constitucional, embora

[160] Ibidem, art. 206.

[161] BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Anexo: Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 13. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em 02.04.2015.

haja tipo penal específico na legislação infraconstitucional criminalizando a prática, o induzimento ou a instigação ao preconceito e à discriminação, bem como a fabricação e distribuição de material relacionado ao Nazismo, *com a finalidade de divulgar esta forma de pensar*[162].

Da leitura do texto Convencional pode-se verificar a mesma natureza *ambivalente* que fora conferida à liberdade de expressão na Constituição Federal. Num primeiro momento, a liberdade de expressão se afigura como o direito de *exprimir* informações, ideias, pensamentos e opiniões. Por outro lado, como outra face da mesma moeda, encontra-se o direito de *receber* as mesmas informações, ideias, pensamentos opiniões.

Nos dizeres de García Ramírez:

> *[...] En los términos del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, interpretado por la Corte Interamericana, la libertad de expresión se analiza en dos dimensiones, que se reclaman y sustentan mutuamente. Por una parte, existe la llamada dimensión individual, que asegura la posibilidad de utilizar cualquier medio idóneo para difundir el pensamento propio y llevarlo al conocimiento de los demás. Los receptores potenciales o actuales del mensaje tienen, a su vez, el Derecho de recibirlo: derecho que concreta la dimensión social de la libertad de expresión. Ambas dimensiones deben ser protegidas simultáneamente. Cada una adquiere sentido y plenitud en función de la otra.*[163]

Assim, não se deve considerar a liberdade de expressão apenas pelo prisma do emissor, mas também sob a ótica do receptor, de forma a compreender ambas as vertentes da liberdade de expressão como complementares, já que uma fundamenta e confere sentido à outra.

Na Europa, o diploma de maior relevância a tratar sobre o tema é a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que disciplina a matéria em seus artigos 9º e 10. *In verbis*:

---

[162]Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15.05.1997.)
Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15.05.1997.)
§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15.05.1997.)
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15.05.1997.)
BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm> Acesso em 03.03.2015.

[163] GONZA, Alejandra; GARCÍA RAMIREZ, Sergio. *La Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México D.F.: Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007. p. 18.

> Art. 9º (...)
> 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
> 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.
> Art. 10 (...)
> 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
> 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.[164]

Da leitura do texto percebe-se que a Convenção Europeia procurou delinear de forma mais específica os contornos do exercício legítimo da liberdade de expressão, ao estabelecer valores, fins últimos que o Estado deve perseguir, e cuja proteção legitimaria a restrição pontual à liberdade de expressão.

A rigor, numa sociedade pretensamente democrática, o exercício de quaisquer direitos deve estar submetido aos limites estritamente necessários à preservação das demais liberdades individuais e da própria democracia, e isso se aplica, inclusive, à liberdade de expressão, cujo exercício pode, eventualmente, conflitar com outros valores de índole constitucional.

Dessa forma, uma vez estabelecido que a liberdade de expressão é um direito fundamental do Homem, assim reconhecida interna e internacionalmente, e que o Direito Penal é um instrumento extremamente invasivo, cuja intervenção deve ficar restrita a hipóteses excepcionais[165], antes de se proceder à análise da legitimidade da intervenção penal será necessário delimitar o problema, analisando quais são as principais formas, históricas e

[164] BRASIL. Decreto nº 678, arts. 9º e 10.

[165] Dado o caráter fragmentário e o subsidiário do Direito Penal, que evidenciam a necessidade de uma intervenção penal mínima.

contemporâneas, de discursos ofensivos (comumente chamados de discursos *de ódio* ou *hate speech*[166]) e suas características, o que será realizado adiante.

2.4 **O exercício potencialmente danoso da liberdade de expressão: um conceito de *hate speech***

2.4.1 O ódio original e suas transformações históricas

O termo discurso designa a exposição metódica de uma ideia, ou ideias, publicamente, relativas a determinado assunto. [167]

Contudo, a definição meramente gramatical não é capaz de traduzir, satisfatoriamente, o significado de discurso que aqui se trabalha. O conceito de discurso que interessa é o filosófico, ou seja, não a exposição das ideias, mas o próprio arcabouço ideológico que fundamenta a externalização da ideologia. Nesse sentido, o falante, aquele que externaliza as ideias, não é agente do discurso, mas apenas o seu suporte, já que não determina o discurso, mas por ele é determinado. O discurso preexiste, sendo apenas externalizado pontualmente pelo orador. [168]

O ódio, por sua vez, demanda maior comprometimento em sua análise.

Gramaticalmente é possível definir o ódio como sendo a paixão que impele a praticar ou desejar o mal ao outro, ou a aversão a determinada pessoa, atitude, coisa etc. [169]

O primeiro registro histórico de ódio pode ser encontrado na Bíblia. Caim, invejoso pelo tratamento dispensado por Deus ao sacrifício oferecido por seu irmão, Abel, passa a

---

[166] SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit.,p. 55.

[167] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.* Curitiba: Ed. Positivo, 2010. p. 258.

[168] "O indivíduo não fala e não pensa o que quer, mas o que a realidade impõe que ele pense e fale. Poderiam objetar: essas concepções não são muito restritivas? Afinal, sendo o homem um 'animal racional', organiza seu discurso como quer para exprimir o que quiser. Deve-se contestar essa liberdade absoluta do ser humano, pois, como já mostramos, sendo ele produto de relações sociais, age, reage, pensa e fala, na maior parte das vezes, como os membros de seu grupo social. Além disso, as idéias que tem à disposição para tematizar seu discurso são aquelas veiculadas na sociedade em que vive." FIORIN, José Luiz. *Linguagem e Ideologia*. São Paulo: Ed. Ática, 2005. p. 43-44.

[169] FERREIRA, op. cit.

invejá-lo[170]. Desta inveja deriva um ódio figadal que conduz ao primeiro crime de que sem tem notícia, o assassinato de Abel por seu irmão Caim.

De forma bastante elucidativa, Liiceanu assevera que:

> No Final da avaliação dos dois sacrifícios, desaparece o semelhante e Caim percebe Abel mais como diferente (já pela inveja que cresce nele), depois como oposto a ele (e digno de ser odiado), no fim, como inimigo, como um seu concorrente absoluto diante de Deus e, portanto, como digno de ser morto.[171]

O exemplo bíblico fornece alguns elementos de identificação do ódio em seu estado puro ou natural. Inicialmente, pode-se verificar que o processo psíquico de formação do sentimento de ódio passa, inevitavelmente, pela descaracterização do outro como semelhante. O outro deve ser diferente para que possa ser odiado. Assim, a eleição de caracteres discriminatórios é etapa primeira do surgimento do ódio natural.[172]

Esse distanciamento só se dá por meio de um processo comparativo entre o "eu" e o "outro". Se o outro não difere do "eu", odiá-lo é odiar a si próprio. Daí porque a necessidade de que o outro, objeto do ódio, seja diferente.[173]

A diferença, por si só (ou a própria busca pela diferença), não seria um problema. A busca pelo reconhecimento da diferença entre os diversos seres doadores de sentido – os Homens – nada mais é que uma tentativa de definição do próprio "ser". Deste processo comparativo é possível reconhecer no outro a superioridade, a igualdade e a inferioridade. Nas palavras de Liiceanu:

> A essas duas situações existenciais de "distanciamento" correspondem apenas dois modos de resolução emocional: ou admiro-o como igual a mim ou superior a mim, e termino por amá-lo; ou invejo-o fundamental e profundamente e termino por odiá-lo. O encontro com o igual ou o superior termina ou no amor, passando pela admiração, ou no ódio, passando pela inveja. Apenas dentro desses parâmetros do Dasein é que o Mitsein pode proliferar o ódio, e apenas somente quando a agulha do caminho de ferro do distanciamento não nos orienta emocionalmente, desde o começo, em direção ao amor. Dito de outro modo, não se põe o problema do ódio enquanto o outro é avaliado como inferior. Em Para além do bem e do mal (§ 173),

---

[170] Segundo consta no livro do Gênesis, Caim era lavrador e Abel era pastor de ovelhas, e cada um ofereceu a Deus conforme seu ofício: Caim os frutos da terra cultivada e Abel os primogênitos de suas ovelhas. Deus, porém, agradou-se apenas da oferta de Abel, o que teria gerado a ira de Caim, pela inveja. BÍBLIA. *Português. Bíblia sagrada grande.* Trad. João Ferreira de Almeida. Livro do Gênesis, capítulo 4, versículos 3-5, p. 8.

[171] LIICEANU, Gabriel. *Do ódio*. Trad. de Elpídio Mário Dantas Fonseca – Campinas/SP. *Vide* editorial. 2014. p. 43.

[172] Ibidem, p. 43.

[173] Ibidem.

> Nietzsche exprimiu isso exata e lapidarmente: "Não podes odiar enquanto não dás dois caracóis por alguém. Para o odiares, tens de considerá-lo igual a ti ou maior do que tu.[174]

No exemplo bíblico, Caim vislumbrou no outro, Abel, a superioridade (e, portanto, diferença) reconhecida por Deus em razão do apreço pelo sacrifício oferecido por este, o que o conduziu à inveja e, por fim, ao ódio mortal.

Entretanto, este ódio original, bárbaro e estritamente passional, possui diversas limitações.

Inicialmente, o ódio espontâneo e pessoal é limitado, pois só atinge seu ápice com a destruição do objeto[175], com a aniquilação do outro. Daí porque o ápice do ódio é, também, o seu fim. Além disso, o ódio original carece de uma justificativa moral. Trata-se de um ódio psiquicamente justificado, mas social e moralmente condenável. Nas palavras de Liiceanu, "[...] Mas porque sonha o mal para o outro, sem ter nenhum fundamento no seu ato diante dele, este 'ódio de partida' é, em sua essência, profundamente imoral. É imoral, precisamente à medida que não tem nenhuma justificação moral".[176]

Assim, enquanto injustificado e imoral, o ódio original é uma ferramenta de destruição pontual, de pouco alcance. Contudo, seria possível transformar o ódio em verdadeira arma de destruição em massa? A resposta é positiva.

Porém, para que o ódio pudesse romper as barreiras levantadas por suas limitações naturais seria necessário conferir-lhe justificativa moral, retirar-lhe o manto sombrio do pecado. Assim, descobriu-se que o ódio poderia ser "cientificizado", explicado, argumentado, sistematizado, organizado e, portanto, justificado. Em outras palavras, transformado numa ideologia. Uma das características deste ódio é a impessoalidade do objeto. Já não se odeia mais um determinado indivíduo (ou indivíduos), por ser de tal ou qual maneira, ou por ter agido de certo modo, mas uma coletividade, pela sua condição ou comportamento[177].

---

[174] LIICEANU, op. cit.,p. 27.

[175] Ibidem, p. 46.

[176] Ibidem, p. 19.

[177] "Quando dizemos que o ódio se tornou impessoal, dizemos de fato duas coisas. A primeira, o que odeia tem em vista o sujeito do ódio. Já não se odeia a um único, mas se odeia em grupo". (...) "Odeia-se a alguém como: odeias alguém como burguês, como hebreu, como cigano, como intelectual como islamita, como americano, como húngaro etc.
Em conclusão, o ódio tornou-se impessoal à medida que nem o que odeia é uma pessoa isolada (mas membro de um grupo, de uma organização, de um partido, de um 'movimento' etc.) nem o que é odiado é isolado, mas pertence a uma categoria (de classe, de raça, de nação, de religião)." Ibidem, p. 53-55.

Dessa maneira, o ódio que se discute no plano da proteção aos Direitos Humanos não é aquele ódio natural, puro, inerente à condição humana. O ódio que se discute e se busca extirpar da sociedade é o ódio intelectualizado, o ódio organizado como ideologia e que, exatamente por se afigurar como algo pretensamente científico[178], é combustível para o exercício dos mais diversos atos de violação aos Direitos Humanos.

2.4.2 O conceito de discurso de ódio nos diplomas normativos internacionais

Malgrado sua utilização em larga escala, não existe uma definição clara sobre o que seria considerado como *hate speech*.

Embora existam diversos diplomas legais, notadamente no plano internacional, regulamentando o exercício do direito à liberdade de expressão, bem como estabelecendo diretrizes legislativas a serem seguidas pelos Estados-partes – em âmbito doméstico – para a repressão aos discursos de ódio, nenhum deles é capaz de definir o termo satisfatoriamente.

Dentre as definições mais precisas encontra-se aquela estabelecida pelo *Council of Europe's Committee of Ministers* (Comitê de Ministros do Conselho da Europa), que por meio de sua recomendação 97 (20), definiu o discurso de ódio como:

> *[...] the term "hate speech" shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.*[179]

Anne Webber assevera que, embora o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não tenha se manifestado acerca do discurso homofóbico, por sua natureza ele estaria abarcado pela definição supramencionada[180].

---

[178] Como asseverado por Julien Benda, tal modelo teorético se mostra como "uma rede de doutrinas" que não passa de "organização intelectual dos ódios políticos". BENDA, Julien. *A traição dos intelectuais.* Bucareste: Ed. Humanitas, 1993. p. 53 apudLIICEANU, Gabriel. *Do ódio...* op. cit., p. 55.

[179] Em tradução livre, segundo o Conselho, o termo representaria "toda forma de expressão que propague, incite, promova ou justifique o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo: intolerância expressa pelo nacionalismo e etnocentrismo agressivos, discriminação e hostilidade contra minorias, migrantes e pessoas de origem imigrante." WEBBER, Anne. *Manual On Hate Speech.* Council of Europe Publishing, 2009. p. 03. Disponível em: <http://book.coe.int/ftp/3342.pdf> Acesso em 30.05.2015.

[180] Ibidem,p. 04.

Além dessa definição mais específica do que seria discurso de ódio, outros diplomas fornecem elementos que podem conduzir a uma interpretação sistemática do conceito de *hate speech*.

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que os Estados-membros devem adotar medidas internas de forma a proibir a propaganda em favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, desde que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência[181]. Este seria, pois, o núcleo do conceito de "discurso de ódio" segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, embora não se afigure como um conceito taxativo, sendo absolutamente razoável incluir outras formas de discurso de ódio, desde que inseridas no mesmo contexto.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos não estabelece um conceito de *hate speech* – daí porque a necessidade de o Comitê de Ministros do Conselho da Europa elaborar normas de caráter interpretativo, mas é capaz de fornecer elementos restritivos ao conceito. Em seu art. 10º.2 a Convenção estabelece que o exercício da liberdade de expressão:

> [...] pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem [...]

Assim, *acontrario sensu*, pelo menos de acordo com o texto da Convenção Europeia, os discursos de incitação ao ódio somente são passíveis de repressão quando constituam violação (concreta ou potencial) àqueles bens jurídicos ali enumerados.

Assim, o discurso que meramente contenha elementos discriminatórios, mas que não apresente concreta potencialidade lesiva estaria fora do âmbito do conceito de *hate speech* (ou pelo menos fora de um conceito de discurso de ódio digno de repressão), já que a simples irracionalidade ou a teratologia do conteúdo do discurso não seriam condições capazes de, isoladamente, limitar a liberdade de expressão.

Poder-se-ia argumentar que a Convenção proíbe, em seu art. 14, a discriminação de qualquer natureza e, portanto, o discurso discriminatório, por si só, carregaria elementos suficientes para que seja limitado ou proibido pelos Estados-partes. Contudo, não se pode

[181] "Art. 13 (...) 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência."BRASIL. Decreto nº 678.

olvidar que o art. 14 se destina à proteção dos indivíduos em relação ao exercício dos direitos ali previstos contra as ingerências ilegais eventualmente realizadas pelo Estado.

Em síntese, não há no referido dispositivo (art. 14 da Convenção) uma proibição a que o particular adote um discurso discriminatório. Proíbe-se que os Estados-partes adotem posturas discriminatórias, assegurando a alguns, e não a outros, o exercício daqueles direitos e liberdades.

Além desses diplomas internacionais gerais, no âmbito do sistema internacional especial de proteção aos Direitos Humanos também é possível encontrar elementos capazes de subsidiar a construção de um conceito unitário de *hate speech*.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 592/92, dirige aos Estados-partes a obrigação de proibir "qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência."[182]

Percebe-se, mais uma vez, que houve nítida intenção em restringir apenas aqueles discursos que se apresentem como *alavancas diretas* para atos concretos de discriminação, violência ou hostilidade.

Dessa forma, é possível afirmar que três elementos são indispensáveis à caracterização de um discurso como *hate speech*: a) caráter discriminatório do discurso, de qualquer natureza; b) intencionalidade do emissor; e c) concreto potencial de ofensa à honra, à vida ou à integridade física dos destinatários.

2.5 **Principais formas de discurso de ódio**

2.5.1 O antissemitismo

O antissemitismo pode ser definido como o sentimento de ódio, preconceito ou aversão ao povo judeu, sua cultura ou religião, manifestado por meio de hostilidades ou não. Historicamente, atribui-se a Wilhelm Marr a primeira utilização do termo, já em 1873[183]. O

[182] "Art. 20 (...) 2. Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência." BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em 14.06.2015.

[183]WIEVIORKA, Michel. *Antissemitismo explicado aos jovens*. Trad. de Joel Ghivelder. 1. ed. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2014. p. 22.

termo foi utilizado como um eufemismo para o então utilizado *judenhass*, que em alemão significa ódio aos Judeus.

O termo antissemita, de forma literal, significa a conjunção do prefixo "anti", originário do grego, que contém a noção de contrariedade ou oposição, e da palavra "semita", que designa os descendentes de Sem, filho de Noé[184].

Contudo, tanto árabes quanto judeus são descendentes de Sem, de maneira que a expressão "semita" se aplica a ambos, indistintamente. No entanto, no desenrolar da história consolidou-se a utilização da palavra apenas para referir-se ao povo judeu.

Ainda sobre a origem do antissemitismo, Michel Wieviorka descreve que:

> Para compreender este vocabulário e por que se fala de "antissemitismo" é preciso fazer um desvio para a filologia, a disciplina científica que estuda as línguas e suas origens. No século XIX, sábios começaram a construir a ideia de que teria havido no passado, de um lado, as línguas semíticas e os povos semitas (incluindo judeus e árabes), cujo território original se situado do lado do Oriente, e, de outra parte, as línguas e os povos arianos, ancestrais dos europeus. Ao longo do século XIX este debate se manteve vivo, fosse para dizer de onde vinham essas línguas "semíticas" ou como elas se diversificaram e se localizaram, fosse para determinar a oposição com outras famílias de línguas, começando com a língua "ariana". Aqueles que defendiam a ideia de uma origem ariana para os povos da Europa se opunham aos semitas. Nas trocas de pontos de vista que se diziam científicos, certos sábios se proclamavam antissemitas.

A origem do antissemitismo remonta à Idade Média[185], pois é possível afirmar que, desde aquela época, os judeus figuravam como alvos de hostilidade e preconceito. Embora ainda não se pudesse falar em antissemitismo propriamente dito, é possível reconhecer aí o embrião do pensamento antissemita, que somente viria a ser consolidado em meados do século XIX. No entanto, é preciso diferenciar o antissemitismo do *antijudaísmo*.

Com o surgimento do cristianismo e sua posterior adoção pelo Império Romano, desenvolveu-se em quase toda a Europa (em maior ou menor escala, a depender das especificidades de cada país) um discurso antijudaísta, na medida em que condenava os judeus por terem, supostamente, "assassinado Deus" – na pessoa de Jesus Cristo[186].

---

[184]Ibidem, p. 29.

[185] A definição da origem do antissemitismo dependeria de uma análise do conceito de antissemitismo. Caso se entenda o antissemitismo como qualquer registro de desprezo e ódio ao povo judeu seria possível afirmar que já no Egito antigo havia antissemitismo. LAZARE, Bernard. *El antisemitismo:* su historia y sus causas. Edición Original: Año 1894 Edición Electrónica: 2011. p. 18-19.

[186] "A partir de então, os cristãos sempre desenvolverão a ideia de que os judeus são culpados pela morte de Jesus ou, em todo caso, culpados por terem contribuído para tanto. No seio da Igreja informa-se aos cristãos, em ensinamentos religiosos, que os judeus são o povo 'deicida', um povo que matou Deus, e isto é repetido para eles nos sermões. Assim se difunde, através dos séculos, que tal povo é odioso, que deve ser humilhado. Tal

O antijudaísmo, portanto, não bebe da mesma fonte que as teorias racistas, pois não visa à desqualificação de uma raça, em razão de suas condições genéticas ou biológicas, mas à condenação de um grupo étnico-religioso em razão de um determinado evento histórico. De resto, assemelham-se pela generalização de seu discurso.[187]

A definição do que viria a ser o povo judeu não está relacionada, necessariamente, ao judaísmo, ou ao fato de determinado indivíduo possuir ancestrais judeus, pois

> [...] há diferentes maneiras de se sentir judeu ou de definir a judeidade, o fato de se sentir judeu: pode-se ser judeu no sentido religioso, adepto do judaísmo; existem também judeus ateus, ou agnósticos, que se recusam a serem identificados com uma religião, mas que se sentem, contudo, parte do povo judeu.[188]

Contudo, a despeito dessa imensa gama de possibilidades de caracterização de um indivíduo como judeu, a doutrina antissemita fez e faz questão de definir o povo judeu como uma raça, com caracteres físicos e biológicos próprios.

A definição do povo judeu como sendo uma raça serviu aos propósitos racistas dos antissemitas. Isto porque as teorias racistas são, em essência, deterministas, ou seja, partem da premissa de que tal ou qual grupamento humano é inferior (ou superior) em decorrência de circunstâncias imutáveis, inerentes à sua própria condição.[189]

Ainda que se tenha atribuído características morais e sociais negativas aos judeus (*e.g.*,ganância), para os antissemitas estas características seriam decorrência lógica daqueles caracteres biológicos negativos, e não um mero desvio pontual de determinado indivíduo.

Feita esta breve introdução histórica, é necessário retornar à análise do surgimento e expansão do antissemitismo a partir do século XIX, momento em que encontrou uma Europa fragmentada e em processo de formação das nações contemporâneas. Neste contexto, a junção das ideias pretensamente científicas[190] dos teóricos racistas com o discurso de pureza nacionalista criou um terreno fértil para a expansão do ódio aos judeus.

---

pensamento impregnou profundamente todo o cristianismo até os anos 1960. É o que um historiador francês, Jules Isaac, chamou de 'ensinamento do desprezo', em meados do século XX". WIEVIORKA, Michel. *Antissemitismo...* op. cit., p. 39.

[187] Ibidem, p. 28-37.

[188]WIEVIORKA, Michel. *Antissemitismo...* op. cit., p. 24-25.

[189] COCA, Juan; R. VALERO MATAS, Jesús A. *Exclusión "científica" del otro.* Madrid: Ediciones de la Torre, 2012. p. 8-9.

[190] Wieviorka traz um importante registro de 1941, do jornal parisiense *L'Illustration*,que citava os caracteres biológicos do povo judeu: "Em uma sala, encontramos os elementos de um estudo morfológico dos judeus. Uma enorme cabeça representando o tipo clássico do judeu sustenta, em cada uma de suas partes, chifres que remetem

Como se sabe, desde a diáspora os judeus passaram a se estabelecer em diversos países, notadamente da Europa ocidental. Como a Europa ocidental era eminentemente cristã, todos estes países encontravam-se familiarizados com a ideia de ódio aos judeus[191], proveniente do discurso antijudaísta deicida que se desenvolveu desde os primórdios do cristianismo. Embora o antijudaísmo e o antissemitismo constituam ideologias diversas, é muito mais simples difundir um discurso de ódio nestas circunstâncias do que iniciar todo um novo processo de crucificação em face de um novo povo.

O principal centro de desenvolvimento do discurso antissemita foi a Alemanha. Em reconstrução no primeiro pós-guerra, o discurso nacionalista foi facilmente difundido, bem como a teoria racista de superioridade da raça ariana. Neste diapasão, diversas minorias foram alvos de hostilidades, tendo os judeus como centro do discurso.

Dessa forma, o antissemitismo foi um dos pilares da ideologia nazista levada a cabo por Adolf Hitler, tendo culminado com a morte de milhões de judeus antes e durante a Segunda Guerra Mundial[192].

2.5.2 O racismo

O racismo fundamenta-se na ideia de que determinadas raças são superiores a outras[193]. Desta ideia central podem decorrer atitudes segregacionistas e genocidas.

---

a conhecidos cartazes. 1) Orelhas grandes, maciças e de abano. 2) Boca carnuda, lábios espessos, lábio inferior proeminente. 3) Nariz acentuadamente adunco, flácido e com narinas grandes. 4) Fenda nasolabial. Traços pouco marcados... É um discurso de puro ódio." WIEVIORKA, Michel. *Antissemitismo...* op. cit., p. 30-31.

[191] Hanna Arendt, porém, ressalta que os judeus não tiveram o discernimento necessário para reconhecerem o potencial genocida do antissemitismo, tendo, inclusive, o antissemitismo sido visto por alguns como um instrumento de preservação da identidade e da unidade do povo judeu. Nas palavras da autora: "Nessas condições, os judeus que se preocupavam com a sobrevivência do seu povo descobriram, num curioso e desesperado erro de interpretação, a ideia consoladora de que o antissemitismo, afinal de contas, podia ser um excelente meio de manter o povo unido, de sorte que na existência de antissemitismo 'eterno' estaria a eterna garantia da existência judaica. Essa atitude decerto supersticiosa, relacionada com a fé em sua 'eleição' por Deus e com a esperança messiânica, era fortalecida pelo real fato de ter sido a hostilidade cristã, para os judeus, autêntico fator que, durante muitos séculos, desempenhava o papel do poderoso agente preservador, espiritual e político." ARENDT, Hanna. *As origens do totalitarismo*. Trad. de Roberto Raposo. Ed. Cia. de Bolso, 2010. p. 36-37.

[192] Importante ressaltar que o maior número judeus mortos eram provenientes da Polônia, país em que representavam quase 10% da população (cerca de três milhões, no total). Destes, cerca de 90% foram exterminados pelo regime Nazista. WIEVIORKA, Michel. *Antissemitismo...* op. cit., p. 52-53.

[193] Dentre os racistas clássicos, havia uma divisão básica entre monogenistas e poligenistas. Os primeiros acreditavam que somente havia uma raça, a raça humana. Dividiam-se em *"adamitas"* (que acreditavam na mitologia bíblica de Adão e Eva) e *racionais* (que consideravam a raça humana como um desenvolvimento da natureza, algo semelhante ao que posteriormente seria conhecido como evolucionismo). Consideravam que as diferenças existentes entre os humanos (cor da pele, morfologia corporal etc.) eram resultado de adaptações

A despeito da larga utilização do termo "raça", a expressão carece de precisão, como bem assevera Josiane Pilau Bornia:

> Como todos os homens que habitam o planeta, hoje, descendem de ancestrais comuns, sendo, portanto, parentes biológicos, só existe uma raça: a raça humana. Uma variante dessa definição é a que diz ser raça a reserva de milhares de genes transmitidos hereditariamente – o indivíduo que tiver acesso àquela reserva pertence a uma raça.
> Quando se quer referir a seres humanos deve-se substituir o termo raça por grupos étnicos, que se revela mais apropriado desde o início do século XX. A palavra etnia, cuja origem etimológica é *ethnos*, espelha a ideia de reunião de indivíduos que partilham uma mesma cultura.[194]

Como consectário lógico da ideologia racista, os racistas, como regra, defendem a perpetuação da raça superior, de forma que é repudiada qualquer forma de mestiçagem, já que consistiria em verdadeira degeneração da raça e das características que a tornam superior às demais e, por isso mesmo, conferem a ela o direito de dominar ou subjugar as demais.[195]

Como não há qualquer fundamento científico a embasar a teoria de superioridade de uma determinada raça (ou etnia) sobre as demais, todo discurso racista é irracional, pois se baseia no equivocado pressuposto de que determinadas características físicas e biológicas definem a superioridade ou a inferioridade de uma raça ou etnia.

Como é de conhecimento comum, o racismo subsidiou ideologicamente diversas práticas antidemocráticas, notadamente a escravidão, sistema perverso que vigorou formalmente no Brasil até 1888 (com a licença poética histórica, já que os primeiros negros só chegaram em meados do século XVI) e persiste, materialmente, até os dias atuais.

Aliás, o caso brasileiro é bastante peculiar. O mito da miscigenação foi e ainda é fundamento de manutenção de circunstâncias sociais que só fazem perpetuar um racismo velado e não fundamentado em questões biológicas, mas que é apto a permear a opinião pública e manter o negro nas mesmas condições de inferioridade social de outrora.

Como bem assevera Carlos Gadea:

---

ambientais. Entretanto, apesar de considerarem os humanos como pertencente a uma só raça (humana), entendiam que as diversas transformações ocorridas em razão de fatores ambientais produziriam humanos superiores e humanos inferiores. Os poligenistas, por sua vez, criam na existência de diversas "raças" entre os Homens. Dividiam-se em *neotradicionalistas* e *mosaicistas*. Os primeiros criam na criação do Homem por Deus. Contudo, entendiam que o mito da criação de Adão e Eva era relativo à criação do povo judeu, e que outras raças haviam sido criadas da mesma forma. Os mosaicistas, a seu turno, acreditavam que somente haveria uma "raça" propriamente dita, mas com várias "espécies humanas". COCA, Juan, R. VALERO MATAS, Jesús A. *Exclusión "científica"...* op. cit., p. 23-30.

[194] BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e direito penal.* Curitiba: Editora Juruá, 2008. p. 71.

[195] BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito...* op. cit., p. 70.

> No Brasil, por exemplo, a problemática apresentada pela população negra se tem consolidado a partir da constatação de que a denominada "democracia racial" (Azevedo, 1975) deu sustento ideológico e político à existência de "barreiras de cor" e de segregações raciais na configuração da moderna nação brasileira.
> (...)
> Sendo assim, tanto a tonalidade de pele quanto outras formas figuradas da linguagem "naturalizaram" grandes desigualdades sociais e legitimaram práticas discriminatórias que, aos poucos, foram comprometendo a autoimagem brasileira de democracia racial (Guimarães, 2005, p. 40).[196]

Em outras palavras, o racismo contemporâneo está fundamentado exatamente na pretensa existência de uma igualdade, e não na diferença. Se os teóricos do século XIX pretendiam segregar com base na diferença, os teóricos contemporâneos (propositalmente ou não) o fazem pelo reconhecimento de uma igualdade social inexistente, que permite a manutenção do *status quo*.

Adotando-se esta forma de pensar, passaria a ser possível preservar mecanismos institucionais capazes de "manter os negros em situação de inferioridade social, sem que se tornasse necessário que os preconceitos racistas se manifestassem e sem ser necessária uma ideologia racista para legitimar a exclusão e a discriminação"[197].

O raciocínio racista é, de fato, incoerente. Por séculos se reconhece a diferença entre duas "raças", procedendo-se à mutilação cultural e à exploração da força de trabalho de uma delas. Quando, enfim, por questões políticas e econômicas, se decide dar fim ao processo segregacionista, o racista simplesmente se esquece dos séculos de exploração e, baseado numa democracia racial carente de fundamento, defende que "todos possuem as mesmas oportunidades", quando basta um simples "teste do pescoço" para jogar por terra esta teoria[198].

Por fim, é importante notar que a *discriminação racial* não se confunde com o racismo. O *racismo* é uma forma de pensar baseada na premissa, cientificamente

---

[196] GADEA, Carlos A. *Negritude e pós-africanidade:* Críticas das relações sociais contemporâneas. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013. p. 65-66.

[197] GADEA, Carlos A. *Negritude e pós-africanidade...* op. cit., p. 67.

[198] O chamado "teste do pescoço" é uma técnica informal de avaliação do grau de segregação racial de uma determinada sociedade. Consiste em virar-se para um determinado ambiente (daí o termo "teste do pescoço") e analisar quantos negros estão desempenhando funções consideradas "de elite" (compradores numa joalheria, médicos num Hospital, alunos de uma escolha particular conceituada e outros), quantos estão desempenhando funções consideradas "subordinadas" (serviços pesados, de baixa remuneração etc.) e quantos brancos encontram-se nas mesmas circunstâncias. Quanto mais equilibrado é o número de negros e brancos em cada posição, mais igualitária é aquela comunidade.

demonstrável ou não, de que determinados indivíduos são superiores a outros pelo fato de pertencerem a determinada "raça".[199]

A discriminação[200] racial, por sua vez, é a prática de atos concretos, de exclusão, segregação e afins, fundamentados na ideologia racista, como forma de privar determinados indivíduos do exercício de direitos e liberdades em igualdade de condições com os demais membros do corpo social.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, de 1965, em seu art. 1º, conceitua discriminação racial como:

> [...] toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.[201]

Da leitura do texto é possível verificar que o referido diploma normativo trata como discriminação racial não apenas aquela baseada na "raça" (a despeito da imprecisão do termo), mas também aquela que se funda na descendência, na cor, na origem nacional ou étnica do indivíduo.

Verifica-se, portanto, que o racismo constituiu um discurso ideologicamente antidemocrático (já que anti-isonômico) que serviu de fundamento para a violação dos Direitos Humanos durante grande parte da História, e cujos reflexos são percebidos ainda nos dias atuais, motivo pelo qual é admissível que seja considerado como uma das formas de exercício potencialmente danoso da liberdade de expressão.

---

[199] COCA, Juan;, R. VALERO MATAS, Jesús A. *Exclusión "científica"...* op. cit., p. 6-7.

[200] Discriminar é o mesmo que diferenciar, dar tratamento diferenciado, segregar, tendo como base quaisquer fatores, inclusive o preconceito de raça e cor (ideologia racista). NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014. p. 260.

[201] A citada convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 65.810. BRASIL. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969.
Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> Acesso em 16.06.2015.

2.5.3 O fundamentalismo religioso

Desde os primórdios da humanidade que a atividade religiosa do Homem se manifesta. Acredita-se que os paleantropídeos já possuíam crenças e realizavam certos tipos de rituais religiosos, embora seja praticamente impossível decifrar seu conteúdo[202].

Contudo, somente a partir dos povos mesopotâmicos é que se pode obter não só a confirmação da existência de caracteres religiosos, mas também seu conteúdo[203]. Como desenvolvimento do culto à natureza, as religiões mesopotâmicas desenvolveram um emaranhado complexo de crenças sobre os questionamentos inerentes ao Homem, como a criação, a morte etc.

Prosseguindo no curso da história, as grandes civilizações da antiguidade (como Grécia, Egito e outras, inclusive na Ásia) não abandonaram o instrumento de ligação do Homem com o Divino. Estas sociedades eram essencialmente politeístas, ou seja, acreditavam na existência de vários deuses. Este paradigma só viria a ser derrubado pelos Hebreus, que foram os responsáveis pela formação da primeira religião monoteísta da história da humanidade: o judaísmo, que vê em Javé (*Iahweh*) o único Deus.[204]

Depois do Judaísmo, e como derivação deste, surgiu o Cristianismo, que se consolidou como a principal religião do mundo ocidental, formando, juntamente com o Judaísmo e com o Islamismo, as três religiões monoteístas mais representativas do mundo moderno.[205]

A despeito de todas as diferenças históricas entre cada uma das religiões, todas elas foram e são dotadas de caracteres discriminatórios, eis que a existência do sagrado pressupõe a existência do profano, como a luz pressupõe a existência das trevas.

Ainda sobre a dicotomia entre sagrado e profano, Mircea Eliade aduz que "[...] o sagrado e o profano constituem duas modalidades de ser no Mundo, duas situações existenciais assumidas pelo homem ao longo da sua história."[206]

---

[202] ELIADE, Mircea. *História das crenças e das ideias religiosa*s. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010. p. 19.

[203] Ibidem, p. 66.

[204] Ibidem, p. 123.

[205] A este respeito, é de relevo a análise do Relatório 2010 sobre a Liberdade Religiosa no Mundo, elaborado pela Fundação AIS. FUNDAÇÃO AIS. *Relatório 2010 Sobre a Liberdade Religiosa no Mundo*. Lisboa, 2010. p. 420. Disponível em <http://www.fundacao-ais.pt/uploads/documentos/rapporto-2010-portoghese.pdf>.

[206] ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano.* São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1992. p. 20.

Assim, toda religião tem vocação para a discriminação, e isso não é, por si só, um problema. Contudo, num cenário como este, em que transitam pensamentos diversos, por vezes divergentes, é razoável imaginar que a coexistência harmoniosa entre os indivíduos possa restar ameaçada. Este conflito pode se dar entre membros de confissões religiosas diversas e entre membros de determinada confissão religiosa e indivíduos não pertencentes a qualquer religião.

A grande questão reside não em eliminar as diferenças, mas em saber como evitar que estas diferenças se transformem em combustível para a violação dos direitos de outros grupos, igualmente merecedores de respeito à diferença, e para tanto é necessário distinguir as duas formas por meio das quais o fundamentalismo religioso pode se manifestar.

O termo fundamentalismo, especificamente, acredita-se tenha surgido nos Estados Unidos, no início do século XX, num contexto do protestantismo evangélico[207]. Do ponto de vista conceitual, pode ser concebido como o fenômeno consistente no apego a um sistema de crenças e valores extremamente rígidos e infalíveis, extraídos de uma interpretação, no mais das vezes, literal de determinados livros sagrados[208].

Weingartner Neto aponta quatro pilares do fundamentalismo religioso, que, pela clareza meridiana do escólio, se transcreve:

> [...] Importa reter algumas características ancilares do fundamentalismo religioso:
> (i) a recusa à mediação hermenêutica na leitura dos textos fundantes (daí o resvalo, não infrequente, das grandes religiões do livro, nas revelações monoteístas do judaísmo, do cristianismo e do Islã), que são tratados, em maior ou menor grau, com boa dose de literalismo;
> (ii) sua natureza reativa à modernidade (aspecto regressivo), sem descurar que, num certo sentido, os movimentos fundamentalistas miram questões centrais da sociedade atual (dão nome à crise da modernidade);
> (iii) o caráter identitário e, nalguns casos, a tendência totalizante dos movimentos concretos, a abarcar toda a vida social;
> (iv) o cariz monista de um discurso salvífico com pretensão monopolista de verdade, no mais das vezes acompanhado de um componente fanático perceptível em traços psicológicos.[209]

[207] Nas palavras de Jayme Weingartner Neto: "O nascimento da expressão fundamentalismo tem uma origem muito circunstanciada, no entorno religioso concreto do protestantismo evangélico, com local e data determináveis: os Estados Unidos do início do século XX. Talvez seja até mais pontuável, remetendo-se ao editorial de um jornal de Nova Iorque (1920), *Watchman-Examiner*), em que o articulista e editor Curtis Lee Laws sugere e deseja que as pessoas que seguem apegadas aos 'grandes fundamentos' (*Fundamentals*) – e pelos quais estão dispostas a lutar – sejam chamadas *Fundamentalists*". WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* Op. cit., p. 51.

[208] Ibidem.

[209] WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* op. cit., p. 52-53.

Contudo, a despeito do que possa parecer numa primeira análise, o fundamentalismo religioso pode, ou não, ser uma ameaça ao desenvolvimento de uma sociedade democrática. Para tanto, é necessário distinguir o fundamentalismo religioso como crença (passivo) do fundamentalismo religioso como militância (ativo), ou simplesmente *fundamentalismo-crença* e *fundamentalismo-militante*[210].

O primeiro é meramente hermenêutico, tolerável numa sociedade que se pretenda plural e democrática, o que abarca, inclusive, a proteção ao proselitismo religioso. O segundo se constitui como afronta aos valores democráticos, já que ultrapassa os limites da liberdade religiosa e, portanto, não pode ser tolerado.[211]

Infelizmente, durante séculos foi possível presenciar diversos episódios de perseguição religiosa, notadamente nos Estados teocráticos, em que a simbiose entre Igreja e Estado constituiu verdadeira ferramenta a serviço da intolerância. A religião não se restringia ao espaço privado da liberdade de crença de cada um, mas adentrava ao espaço público[212], e da pior forma possível.

Durante a Idade Média, na Europa, centenas de milhares de hereges foram mortos, ou forçados a converterem-se ao Cristianismo, pura e simplesmente por discordarem, em algum momento, dos dogmas ou das práticas da Igreja Católica, ou por serem suspeitos disso.

Como bem assevera Isidro Cisneros[213]:

> *La intolerancia nació con la creación de las religiones de Estado cuando la lógica imperial estableció una ideologia única que era necesario imponer bajo el emblema de la cruz y de la espada. Es el momento de la Inquisición.*
> *A lo largo de la historia encontramos diversas "modalidades" de intolerancia, cada una com sus respectivas justificaciones y argumentaciones teóricas. Apareció así una institución jurídica que se convirtió en el prototipo intolerante para la eliminación del disenso: la inquisición. El nacimiento del Santo Oficio como corte de justicia y tribunal fundado por la Iglesia católica romana como un intento para suprimir y erradicar la herejía ocurrió en la primera mitad del siglo XIII con Domenico di Caleruega, posterior santo Domingo de Guzmán, y primer Inquisitor general en Roma después del Concilio de Letrán (1215). Le siguieron la Inquisición de Tolouse, Francia, en 1233. Cinco años después fue abierta otra corte de justicia en Aragón, España. Surgieron otras en Alemania, Portugal y Holanda. La tortura se ha usado desde siempre, pero adquirió un estatus legal cuando fue autorizada por el papa Inocencio en 1252, con el objetivo de obtener la confesión del detenido. Este modelo presupone la formulación de prejuicios simbólicos y subjetivos en donde la*

[210] Ibidem, p. 53.

[211] Ibidem, p. 54.

[212] Ibidem, p. 79.

[213] CISNEROS, Isidro H. *Formas modernas de la intolerancia:* De la discriminación al genocidio.México D.F.: Ed. Oceano, 2004. p. 32-33.

> *sospecha y la delación son lo más importante. En el método inquisitorial la intolerancia encontró el medio más oportuno para concretarse.*

Além desses, diversos outros exemplos de intolerância religiosa podem ser citados, como o conflito entre protestantes e católicos na Irlanda do Norte, a "eterna" guerra entre palestinos e israelenses, que possui um fundo religioso inafastável, dentre outros.

Como se disse, a mera existência de posições ideológicas ou religiosas antagônicas não é um mal, de *per si*. O mal decorre da incapacidade de ver no outro um ser merecedor do mesmo respeito, que resta potencializado quando aqueles que assumem tal condição (de intolerantes) são os mesmos encarregados de dirigir o próprio Estado.

No mundo contemporâneo, o fundamentalismo religioso mais evidente e representativo está relacionado a determinados grupos islâmicos, sendo o Estado Islâmico o principal deles.

O Estado Islâmico empreende a *jihad* ofensiva[214], que é aquela voltada à expansão do Islã por meio de uma ofensiva armada contra aqueles que se oponham à criação do Califado. Nesta "guerra santa", milhares de pessoas são mortas diretamente, por resistirem às ideias do grupo, ou indiretamente, como consequência da atividade bélica empreendida.

Outro grupo fundamentalista islâmico contemporâneo é o *Boko Haram*, que atua na Nigéria, e tem como foco a aplicação da Charia (ou *Shariah*), a Legislação Islâmica, para todo o país. A Nigéria se divide, basicamente, em "sul cristão" e "norte muçulmano". O grupo armado promove diversos atos terroristas com o intuito de compelir o Governo a implantar a Charia em toda a Nigéria.[215]

Importante notar que a condição de opressor ou oprimido varia de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar. Os católicos, que durante séculos empreenderam uma verdadeira perseguição aos opositores de seus dogmas, hoje são perseguidos em diversas partes do mundo, principalmente nos países em que vigora um regime teocrático islâmico fundamentalista, como o Irã. [216]

---

[214] Como ensina Loretta Napoleoni, "existem dois tipos de jihad: a jihad maior, que é quase exclusivamente espiritual, ou seja, que envolve a luta cotidiana de cada um dos fiéis contra as tentações do mundo, e a jihadmenor, a luta material contra um inimigo." Segue a autora diferenciando, ainda, duas espécies de jihad menor: defensiva e ofensiva: "A primeira obrigava todos os membros da comunidade a pegar em armas contra o inimigo para salvaguardar o Islã. A conclamação para o desencadear da jihad ofensiva, por outro lado, podia ser feita somente pelo Califa, o governador da comunidade. Seu objetivo era o de expansão do Islã, e não o de protegê-lo." NAPOLEONI, Loretta. *A fênix islamista:* O Estado Islâmico e a reconfiguração do Oriente Médio. Trad. de Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2015. p. 97.

[215] FUNDAÇÃO AIS. *Relatório 2010 sobre a Liberdade Religiosa...* op. cit., p. 420.

[216] Ibidem, p. 264-269.

Da mesma forma, seguidores do Islã são alvo de perseguição em determinados lugares, notadamente por conta do ódio que se desenvolveu no Ocidente após os atentados do 11 de setembro. Nos Estados Unidos, na Inglaterra e em alguns outros países europeus já se fala em uma espécie de "islamofobia", que parte da premissa equivocada de que todo muçulmano é fundamentalista-militante e conivente com os atos terroristas praticados por uma minoria[217].

Naturalmente que existem diversos outros casos de *hate speech* alimentados pelo fundamentalismo religioso. Contudo, uma análise mais aprofundada da intolerância religiosa no mundo fugiria ao escopo da pesquisa, de maneira que se faz necessário trazer, desde já, o centro da discussão para a realidade brasileira, para que se possa compreender as especificidades do conflito local.

2.5.4 O caso brasileiro: a intolerância religiosa organizada e o Estado laico

Na realidade brasileira o fundamentalismo religioso-militante é empreendido, principalmente, por setores do Cristianismo (católicos e evangélicos) que visam à implantação, no espaço público, de valores inerentes à religião Cristã, e que deveriam estar restritos à esfera privada.

A "Bancada da Bíblia", como ficou conhecida no Congresso Nacional brasileiro, é formada por alguns parlamentares ligados a setores religiosos, principalmente evangélicos[218].

São dois, basicamente, os supostos alvos do fundamentalismo religioso-militante no Brasil contemporâneo: a) as religiões e cultos afro-brasileiros (candomblé, umbanda etc.); b) a diversidade sexual.

O ataque às religiões afro-brasileiras e seus respectivos praticantes, por conta de uma possível e indesejável associação com o racismo, permanece restrito à esfera privada. A Igreja estigmatiza e considera como "seguidores do Diabo" todos aqueles que professam uma religião associada à cultura africana.[219]

---

[217] NUSSBAUM, Martha C. *La nueva intolerancia religiosa*. Barcelona: Ed. Espasa Libros, 2013. p. 16-24.

[218] Atualmente, na Câmara dos Deputados, a Bancada evangélica é composta por 74 deputados federais. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ELEICOES-2014/476128-BANCADA-EVANGELICA-TERA-74-DEPUTADOS-EM-2015.html> Acesso em 18.06.2015.

[219] Jayme Weingartner cita a decisão proferida em desfavor da Igreja Universal do Reino de Deus em Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal em razão da publicação da Obra: *Orixás, Caboclos e Guias, deuses ou demônios*, de autoria de Edir Macedo, na qual havia, segundo o MPF, conteúdo discriminatório e

No Brasil, cuja formação sociocultural se deu pela conjugação de diversos grupos étnicos (basicamente europeus, africanos e índios), o eurocentrismo sempre prevaleceu, de forma que os valores provenientes do velho mundo (aí incluída a religião) foram erigidos a uma posição de superioridade em relação àqueles provenientes dos grupos minoritários, como os negros, que até mesmo por sua posição de submissão durante quase quatro séculos, se viram despidos do direito de desenvolver suas práticas culturais, professar sua fé e exercer livremente o direito de culto – de resto, inexistente para estes indivíduos.

Mesmo após a abolição da escravidão, em 1888, diversas normas restringiam as práticas culturais afro-brasileiras, como a capoeira[220], sempre associadas a valores negativos, como o ócio, a malícia, a bandidagem, a insurgência. Basicamente, a função da lei penal e das instâncias de controle foi, durante muito tempo, institucionalizar os interesses do branco e imolar a cultura e a mente do negro[221].

Como bem assevera Maurício Azevedo de Araújo:

> Percebemos os efeitos sócio-jurídicos do dispositivo de racialidade/biopoder sobre as práticas culturais e religiosas de origem africana na constatação que, junto com os princípios liberais de igualdade e liberdade da Constituição de 1891, surgiram diversos instrumentos legais que representavam o sentido racista dos legisladores pátrios. O Código Penal de 1890 fixava como práticas criminosas a mendicância, a capoeiragem, o espiritismo e o curandeirismo, estes últimos servindo de fundamentação legal para a repressão ao Candomblé.[222]

Tais medidas constituíam formas veladas de racismo, que se já não mais era admitido livremente nos mesmos moldes do século XIX – e, portanto, das teorias racistas clássicas, ao menos poderia ser exercido por meio da mutilação cultural e espiritual do negro.

---

preconceituoso contra as religiões de matriz africana. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* op. cit., p. 302-304.

[220] O art. 402 do Código Criminal de 1890 assim dispunha: "Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal: Pena: de prisão cellular por dous a seis mezes.". BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049> Acesso em 13.07.2015.

[221]SILVA JR., Hédio. Do racismo legal ao princípio da ação afirmativa: a lei como obstáculo e como instrumento dos direitos e interesses do povo negro. In: GUIMARÃES, A. S. A. *Tirando as máscaras:* ensaiossobreracismo no Brasil. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000. p. 359-360.

[222] DE ARÁUJO, Maurício Azevedo. Do combate ao racismo à afirmação da alteridade negra: As religiões de matriz africana e a luta por reconhecimento jurídico – repensando a tolerância e a liberdade religiosa em uma sociedade multicultural. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2007. p. 24. Disponível em <http://www.aatr.org.br/site/uploads/publicacoes/do_combate_ao_racismo.pdf> Acesso em 19.06.2015.

Esse processo de esterilização do negro enquanto indivíduo pertencente a uma identidade cultural própria – e rica – tem seu ápice no sincretismo religioso com a Igreja Católica. O exercício das religiões afro-brasileiras só seria socialmente tolerado quando ultrapassado o necessário processo de "branqueamento" de seus caracteres. Nas palavras de Maurício de Azevedo Araújo:

> O sincretismo religioso exerceu papel preponderante na tentativa assimilacionista das religiões de matriz africana, elas só poderiam adentrar na esfera pública se aceitassem as regras de convivência tolerante determinadas pelo modelo cristão-ocidental hegemônico no Brasil. Ademais, o sincretismo constituía uma das facetas da biopolítica de branqueamento, agora sob a égide da exaltação mestiça do país por meio do argumento da facilidade de interação e fusão dos símbolos religiosos do catolicismo e o Candomblé foi fundamentada e consolidada a imagem falseada de que no Brasil não existiria conflito religioso.[223]

Esse suposto convívio harmonioso entre as religiões europeias e as religiões de matriz africana nada mais fez que esconder, por décadas, o racismo existente no Brasil, sob a falsa ideia de uma democracia racial plena. Assim, durante toda a formação da sociedade brasileira a cultura negra foi reduzida a uma condição de inferioridade, explícita ou velada.

Atualmente, a Constituição Federal garante a liberdade de crença e de culto, tanto no espaço privado quanto no espaço público. Do ponto de vista formal, muita coisa mudou. Estado e Igreja não mais se encontram no mesmo plano.[224]

Do ponto de vista material, porém, a desvalorização das manifestações culturais e religiosas de origem africana permanece quase inalterada. Diversos fatores contribuem para esta situação, mas o fator que interessa aos propósitos aqui definidos é o fundamentalismo religioso-militante praticado por alguns setores protestantes – notadamente os neopentecostais.

As igrejas evangélicas neopentecostais representam grande parte dos evangélicos no Brasil, e uma fatia também considerável de toda a população brasileira[225]. Os conflitos ideológicos entre evangélicos e adeptos das religiões afro-brasileiras são diversos. Enquanto a

---

[223] Ibidem,p. 36.

[224] WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* op. cit., p. 122.

[225] Como narra Jayme Weingartner Neto: "No início do século XX, começam a chegar as igrejas pentecostais e seu crescimento, a partir dos anos 50, tornou-as amplamente majoritárias entre os protestantes brasileiros. Recentemente, o movimento passou a diferenciar-se em dois tipos: os pentecostais'clássicos' e os neopentecostais. Simplesmente, as formas de vida religiosa que mais crescem no Brasil são, em primeiro lugar, as igrejas protestantes pentecostais, as que mais crescem são aquelas que já se convencionou chamar de neopentecostais". WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* op. cit., p. 120-121.

diferença reside no exclusivo plano da crença religiosa não há problema, eis que a Constituição garante a todos – e não apenas às minorias – o direito de crer naquilo que se quer, e não naquilo que parece razoável, racional ou científico. Disso decorre, inclusive, o direito de doutrinar seus fiéis de acordo com seus valores religiosos, ainda que isso implique, por vezes, certo repúdio a esta ou àquela religião.

Além disso, o Direito Constitucional à liberdade religiosa protege, inclusive, o proselitismo religioso, como manifestação do direito de não só crer, mas de expressar a fé e tentar alcançar a adesão dos não crentes.[226]

O grande problema surge quando este repúdio à crença do outro (frise-se, natural, pois quase todas as religiões defendem sua visão de mundo universalista) *passa à esfera dos atos concretos para a limitação do direito de crença alheia*. Estes podem variar de meras manifestações públicas difamatórias, da organização política fundamentalista, até atos extremos, como a violência aos fiéis e aos locais de culto.[227]

No que tange à intolerância religiosa em relação à diversidade sexual, o problema é ainda mais complexo, pois envolve a participação de atores políticos neste cenário conflitivo.

Historicamente o Cristianismo sempre pregou a sacralidade da relação sexual praticada entre homem e mulher, no seio do casamento, em detrimento de todas as demais formas de relação sexual, sejam elas de que natureza forem (heterossexual ou homossexual).[228]

---

[226] No mesmo sentido, André Ramos Tavares, para quem não se pode esperar das religiões um discurso "politicamente correto", reconhecendo os demais discursos religiosos como "igualmente corretos", eis que as religiões, em regra, são universalistas. TAVARES, André Ramos. O Direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Disponível em <http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html> Acesso em 27.06.2015.

[227] Um dos casos de maior repercussão foi o chamado "caso Mãe Gilda". Em síntese, a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) publicou, em 1999, a edição nº 390 do periódico *Folha Universal*, em cuja capa fora estampada uma foto não autorizada da babalorixá Gildásia dos Santos, conhecida como "Mãe Gilda", e os termos: "MACUMBEIROS CHARLATÕES LESAM O BOLSO E A VIDA DOS CLIENTES". Com a saúde fragilizada, a mãe de santo entrou em processo de depressão e veio a falecer pouco tempo depois. A família ajuizou ação pleiteando a condenação da IURD ao pagamento de indenização por danos morais. A IURD foi condenada nas instâncias ordinárias e o caso chegou ao STJ, que reconheceu a ofensa e o dever de indenizar, reduzindo o montante ao valor de R$ 145.250,00. O caso, inclusive, gerou a promulgação da Lei nº 11.635/07, que em seu art. 1º estabelece o dia 21 de janeiro (dia do falecimento de "mãe Gilda") como o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. BRASIL. Lei nº 11.635, de 27 de dezembro de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11635.htm> Acesso em 20.07.2015.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 913131/BA. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=913131&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO> Acesso em 20.07.2015.
DE ARÁUJO, Maurício Azevedo. *Do combate ao racismo...* op. cit., p. 71-72.

[228] A este respeito, conferir: Declaração Doutrinária da Convenção Batista Brasileira, p. 13. Disponível em <http://portaldaprimeira.org.br/primeirabatista/wp-content/uploads/2014/02/declaracao-doutrinaria-cbb.pdf> Acesso em 20.07.2015.

Assim, para os Cristãos, o ato sexual realizado fora dos limites do casamento entre homem e mulher é um ato naturalmente impuro, pecaminoso e digno de reprovação, que desagrada a Deus e, de acordo com muitas doutrinas, capaz de conduzir o praticante ao suplício infernal por toda a eternidade.[229]

Esta concepção, goste-se ou não, é albergada pela liberdade de crença pois, como já dito, a discriminação entre puro e impuro, sagrado e profano, é inerente a todas as religiões na história da humanidade.

A comunidade de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais (LGBT), apoiada por parte da opinião pública, acena com certo repúdio a estas manifestações religiosas, ao argumento de que seriam manifestações homofóbicas e que teriam por finalidade disseminar o ódio contra homossexuais e outros indivíduos que possuam orientação sexual diversa e que, portanto, deveriam ser reprimidas pelo Estado, por se constituírem em ameaça à democracia.

Essa tensão ideológica não parece ofender a democracia. Pelo contrário. A ofensa à democracia está selada quando se pretende censurar uma determinada crença, pelo simples fato de contrariar os interesses de determinado grupamento social.

Nas palavras de Jónatas Machado:

> Há, rondando o discurso do ódio, um "irreprimível impulso censório", quando seria possível alcançar um ponto de equilíbrio: é tão legítimo feministas radicais e comunidades homossexuais "apelidarem as hierarquias eclesiásticas de misóginas e homofóbicas, como estas insistirem no sacerdócio patriarcal e afirmarem o caráter pecaminoso da homossexualidade".
> Observa Jónatas que valorar e proscrever qualquer das opiniões em confronto "implicaria a existência de um sistema de censura", de tendência expansiva, razão pela qual uma "doutrina de restrição do discurso a partir do ódio" (*hate speech; hate crimes*), em nome de uma "moralmente correta política do amor", tem que ser objeto da maior precaução, sob pena da "nova liberdade de expressão" confundir-se com a "velha censura".[230]

Assim, não parece que o *fundamentalismo-crença* possa ser uma ameaça à democracia. A argumentação de que o conteúdo de tais discursos fundamentalistas não encontra amparo científico e "contraria a marcha evolutiva da humanidade", beira a esquizofrenia, já que pretende que o discurso religioso seja adequado aos valores democráticos, quase que numa tentativa de impor à crença religiosa o respeito à moral e aos

---

No mesmo sentido, VATICANO. Código de Direito Canônico, cânone nº 1096. Disponível em <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf> Acesso em 20.07.2015.

[229] KEMP, Jaime. *Eu amo você:* namoro, noivado, casamento e sexo. São Paulo: Editora Hagnos, 2005. p. 31-37.

[230] WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* op. cit., p. 309-310.

bons costumes – ainda que não haja uma definição minimamente satisfatória para tais conceitos. Pretender obrigar tais pessoas a distorcerem sua fé, e a considerarem como pura uma prática que assim não enxergam, é o que se pode considerar como verdadeiro exercício de intolerância.

Mas *se o fundamentalismo-crença não merece qualquer censura*, o mesmo não se pode dizer em relação ao fundamentalismo-militante, capaz de romper as barreiras do mero plano religioso e adentrar ao espaço público na forma de violação aos Direitos Humanos.[231] Se a mutilação da esfera privada de religiosidade pela racionalidade científica é detestável, com tanto mais razão a contaminação dos espaços públicos pela irracionalidade da fé deve ser rechaçada.

O que não se mostra legítima, portanto, é a pretensão de transformar o Estado numa extensão da Igreja, a serviço dos interesses religiosos. O Estado deve proteger os interesses religiosos, mas na exata medida em que seja necessário para a garantia do respeito e da promoção do direito fundamental à liberdade de crença e seus consectários.

Quando o Estado passa a ser utilizado como ferramenta para que a Igreja institucionalize suas irracionalidades privadas é sinal de que algo deve ser feito. E o problema é que isso aconteceu – e acontece – no Brasil, por meio de um fundamentalismo religioso-militante exercido por alguns parlamentares, que representa um risco à concessão e manutenção de determinados direitos civis a grupos minoritários, notadamente a comunidade LGBT.[232]

---

[231] No Brasil, o ápice da discussão a respeito do fundamentalismo religioso se deu em virtude do Projeto de Lei nº 122/06, que foi batizado de "Lei anti-homofobia". O referido projeto de Lei, basicamente, visava a alteração da Lei nº 7.716/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça e cor, de forma a incluir, também, a discriminação decorrente de preconceitos relacionados à orientação sexual do indivíduo, bem como a prática de atos de induzimento ou incitação à discriminação ou preconceito contra estas pessoas. Grupos religiosos contestaram algumas partes do projeto, sob o fundamento de que se estaria instaurando uma "ditadura gay", ou "mordaça gay".
BRASIL. PLC 122/06. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1> Acesso em 18.06.2015.

[232] Vale destacar, a título de exemplo, que após o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo (cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em 19.06.2015), foi apresentado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei denominado "Estatuto da Família". Dentre outras medidas, o referido projeto prevê, em seu artigo 2º, que a entidade familiar será definida como o "núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes."BRASIL. Projeto de Lei nº 6.583/2013. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013 > Acesso em 19.06.2015.
O Projeto de Lei possui diversas disposições louváveis, mas para o propósito aqui delineado importa o conceito de entidade familiar. A importância da família para toda e qualquer sociedade é inegável. Uma família bem

Como dito alhures, deve ser garantido a todos o direito de crer naquilo que se quer crer, e não naquilo que parece razoável ou cientificamente comprovado. Caso contrário, como justificar a proteção ao Cristianismo? Sim, pois não parece científico crer que o Espírito Santo fecundou uma virgem que, nove meses depois daria à luz um menino que, aos 33 anos morreria numa cruz para ressuscitar ao terceiro dia, remindo os pecados da humanidade. De fato, não é nada científico, e não precisa ser. Se os Cristãos querem acreditar que duas pessoas do mesmo sexo não podem formar uma família, isso deve ser tolerado, e inclusive deve ser tolerado que expressem seu repúdio ao entendimento científico.

Da mesma forma, aqueles que repudiam tal entendimento devem ter o direito de se expressar, de criticar, e até mesmo repudiar a fé Cristã. Parece duro, e é. A democracia não se constrói pela modulação das diferenças, para que se tornem palatáveis. Ela se constrói pela capacidade de suportar as diferenças[233], mesmo que intragáveis.

No entanto, e como já fora adiantado, *a tentativa de reduzir, mutilar ou extinguir direitos fundamentais não encontra amparo constitucional, seja qual for a justificativ*a. Se dentro da esfera da religiosidade estrita não há qualquer filtro à circulação de ideias, no momento em que se pretende transferir para a esfera pública determinados valores religiosos é necessário distinguir os valores democráticos daqueles que são uma ameaça à democracia.[234]

Verifica-se, portanto, que a organização política de determinados grupos religiosos no Brasil pode ser considerada uma ameaça democrática, não ontológica, mas circunstancial, já

---

estruturada é capaz de preparar os indivíduos para as relações interpessoais que irão se desenvolver no seio comunitário. Assim, a proteção à família é medida mais que salutar.
No entanto, a restrição do conceito de família para apenas aqueles núcleos formados entre homem e mulher é retrocesso dos mais abjetos. Não há quaisquer evidências científicas que apontem para a impossibilidade de formação de um núcleo familiar saudável entre pessoas do mesmo sexo.
Trata-se, portanto, de evidente exercício de fundamentalismo-militante.

[233] "A democracia pressupõe o reconhecimento da pluralidade da condição humana, ou seja, um mundo comum no qual a formação da identidade não admite o esmagamento do outro. Ela é feita no reconhecimento da diferença, na convivência com o outro." FARIAS, José Fernando de Castro. Os desafios da democracia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 03, p. 408, 2004.

[234] Importante ressaltar que a existência de um Estado laico não impede a absorção, pelo Estado, de valores religiosos. Não se deve confundir *laicidade* com *laicismo*. Nas palavras de Jayme Weingartner: "Não significa, todavia, é bom que se advirta, o abraçar uma concepção vincadamente laicista. Adota-se, aqui, com Jónatas Machado, a distinção usual na doutrina europeia, que distingue 'laicismo' de 'laicidade', esta última vista como 'atitude de neutralidade benevolente por parte dos poderes públicos, respeitadora do religioso', em que o Estado se abstém de 'tomar posição sobre o problema da verdade religiosa', ao passo que a primeira pode definir-se como filosofia global, de exasperado racionalismo antropológico que 'exclui qualquer referência a uma verdade transcendente alicerçadas na revelação' – radicado no republicanismo europeu, o laicismo pretendia um corte revolucionário com o antigo regime, a superar não só a tradição política como também o quadro epistemológico, num programa de desmantelar os alicerces da unidade político-religiosa e substituí-los por 'estruturas emancipatórias'". WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição...* op. cit., p. 146-147.

que ultrapassa os limites do tolerável ao pretender contaminar o Estado com determinados valores religiosos que são verdadeiras ofensas aos Direitos Fundamentais de certos grupos.

Esses atos políticos concretos são desenvolvidos a partir do fundamentalismo-crença outrora definido. Resta saber (e aqui se encontra o ponto central) se o fundamentalismo-crença deve ser coibido (na qualidade de *hate speech*) pelo simples fato de subsidiar alguns atos antidemocráticos ou se o Estado deve, como mediador das liberdades, distinguir o mero *discurso religioso fundado em valores discriminatórios* da odiosa *militância política discriminatória baseada em fundamentalismo religioso.*

2.6 **Conclusão**

Consoante o que até aqui se expôs, foi possível identificar a magnitude do direito à liberdade de expressão, um bem jurídico elevado à condição de direito fundamental do Homem, bem como os inúmeros problemas que podem advir do exercício deste direito.

Uma vez identificada a existência de um conflito social de monumental importância, como este, impõe-se a pergunta: o que o Estado pode (e deve) fazer para solucionar ou minimizar o problema? Dentre as possíveis respostas, certamente, estará aquela que aponta o Direito Penal como solução.

Antes, porém, da análise crítica a respeito da legitimidade da intervenção penal, e dos eventuais limites desta atuação, é importante traçar um breve panorama do tratamento jurídico dispensado ao conflito entre liberdade de expressão e *hate speech* no Brasil e em outras democracias, para que se possa conhecer os diferentes parâmetros utilizados para a defesa de cada uma das formas de pensar, o que passará a ser realizado.

3 PANORAMA DO TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO *HATE SPEECH*

3.1 A liberdade de expressão e o discurso de ódionos Estados Unidos −a teoria libertária e a visão da liberdade de expressão como direito preferencial

Nos Estados Unidos desenvolveu-se uma cultura de proteção ao direito constitucional à liberdade de expressão, que, embora reconhecido desde a primeira emenda, em 1791, começou a receber os contornos atuais somente após a Primeira Guerra Mundial.

Nas palavras de Daniel Sarmento:

> [...] Após um início titubeante, a jurisprudência constitucional americana foi expandindo e fortalecendo a proteção do *freespeech*, que é hoje certamente o mais valorizado e protegido direito fundamental no sistema jurídico dos Estados Unidos, sendo considerado uma "liberdade preferencial", à qual se atribuiu um peso superior na ponderação com outros direitos, como privacidade, reputação e igualdade.[235]

Construída sobre os pilares do mercado livre de ideias (*free marketplace of ideias*) e da autodeterminação democrática, a jurisprudência estadunidense vê a plena liberdade de expressão individual como pressuposto estruturante de uma sociedade democrática.[236]

Como mecanismo de regulação desse livre mercado de ideias, surgiu nos Estados Unidos a *fairness doctrine*. Tal doutrina visava a assegurar que emissoras de rádio e televisão contribuíssem para o interesse público, destinando parte de sua programação a questões de interesse coletivo, notadamente a "apresentação de pontos de vista diversificados e conflitantes, visando, com isso, a proporcionar ao público o acesso a versões e opiniões variadas sobre temas relevantes para a coletividade."[237]

Embora questionada judicialmente, a *fairness doctrine* foi legitimada pela jurisprudência americana, sob o argumento de que, por se tratar de um serviço licenciado pelo poder público, as empresas de mídia teriam o dever social de transmitir informações e posições diversas sobre temas controvertidos de interesse geral[238].

---

[235] SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, p. 4, 2007.

[236] "Nesta linha, formou-se firme jurisprudência nos Estados Unidos no sentido da proteção constitucional das mais tenebrosas manifestações de intolerância e ódio voltadas contra minorias [...]". Ibidem,p. 57.

[237] Ibidem, p. 6.

[238] Ibidem, p. 7.

A despeito das críticas à doutrina, bem como às restrições a ela impostas (não se aplicava à mídia escrita, por exemplo), o fato é que a *fairness doctrine* foi abandonada em meados dos anos 1980, com a ascensão do neoliberalismo por meio da eleição do Presidente Reagan.[239]

Contudo, como se pode perceber, a *fairness doctrine* (a despeito de sua curta duração) não representou uma tentativa do Estado em conter o *hate speech*, mas tãosomente de regulamentar a liberdade de expressão como instrumento do direito à informação.[240]

A liberdade de expressão individual, enquanto direito fundamental do Homem, salvo raríssimas exceções, não foi e não é alvo de restrição pelo Estado americano, que consolidou uma teia interpretativo-jurisprudencial absolutamente protetiva, inclusive em relação a discursos potencialmente ofensivos, como o racismo e o antissemitismo.

Atualmente, a jurisprudência americana protege quase todas as formas de expressão, de maneira muito mais ampla do que todos os demais países ditos democráticos, inclusive não tendo havido a ratificação, pelos Estados Unidos, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, de 1968.[241]

Contudo, nem sempre foi assim.

Até o início do século XX a Suprema Corte estadunidense se valia do princípio da tendência nociva (*Bad tendency test*) para delimitar a legitimidade da repressão a discursos ofensivos. Consistia, basicamente, em reprimir determinado discurso quando pudesse ofender determinadas pessoas ou incitar, concreta ou abstratamente, atos violentos. Tal princípio foi utilizado em diversas oportunidades, como no caso *Patterson v. Colorado (205 U.S. 454)*[242], de 1907[243].

---

[239] Ibidem,p. 8-9.

[240] "Em 1969, a Suprema Corte norte-americana foi chamada a pronunciar-se sobre a constitucionalidade da *fairness doctrine* no julgamento do caso *Red Lion Broadcasting Co. vs. Federal Communications Comission*. Alegara-se, no caso, que a doutrina em questão violaria a 1ª Emenda, por restringir o direito das emissoras e veicularem em suas programações aquilo que desejassem. A Suprema Corte, em decisão proferida por unanimidade e redigida pelo Justice White, rechaçou o argumento. Segundo a Corte, a escassez das ondas eletromagnéticas utilizadas pelo rádio e pela televisão legitimava a conduta da FCC de exigir que as emissoras licenciadas veiculassem nas suas programações pontos de vista divergentes dos seus. As emissoras, segundo o Tribunal, atuavam como agentes fiduciários da sociedade em geral, e, por isso, mais relevante do que a sua liberdade era o direito do público de ter amplo acesso a informações e a posições variadas sobre temas controvertidos." SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo...* op. cit., p. 7.

[241] FALLON JR., Richard H. *The dynamic Constitution:* an introduction to American constitutional law. 8. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. p. 32.

[242] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Patterson v. Colorado (205 U.S. 454).*Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/205/454> Acesso em 15.06.2015.

Posteriormente o *Bad tendency test* foi substituído pelo *Clear and present danger test* (em tradução livre, "princípio do perigo claro e presente"), adotado a partir do caso *Schenck v. United States (249 U.S. 47)*, em 1919[244]. Segundo o novo entendimento, um discurso somente seria passível de restrição quando pudesse causar um perigo claro e presente de dano.

Sobre a adoção do *clear and presente test*,Owen Fiss assevera que:

> A localização precisa dessa linha demarcatória tem variado de tempos em tempos, de Corte para Corte, e até mesmo de Juiz para Juiz, mas sua posição sempre refletiu uma ponderação de dois interesses em conflito – o valor da liberdade de expressão *versus* os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação (os assim chamados contravalores). Por vezes a acomodação dos interesses conflitantes foi alcançada pela promulgação de uma relação de categorias de discurso que podem se sujeitar à regulação. Por exemplo, tem-se permitido que o Estado regule "palavras de incitação à luta" (*fightingwords*), mas não a "defesa genérica de idéias" (*general advocacy of ideas*). Em outros casos, a Corte se engajou num mais aberto e explícito processo de sopesamento do interesse estatal contra a liberdade de expressão. A regra que permite ao Estado suprir o discurso que gere um "perigo iminente e manifesto" (*clear and present danger*) a um vital interesse estatal poderia ser o melhor exemplo dessa abordagem.[245]

O *standard* permaneceu até 1969, quando a Suprema Corte procedeu a um dos julgamentos mais paradigmáticos em termos de liberdade de expressão e *hate speech*, que foi o caso *Brandenburg v. Ohio (395 U.S. 444)*.[246]

Clarence Brandenburg, um líder da Ku Klux Klan na área rural de Ohio, convidou um repórter de uma emissora de TV para cobrir um evento da organização, em 1964.

O evento ocorreu em julho de 1964, e nele foram proferidas diversas expressões ofensivas a negros e judeus, acusando os Poderes constituídos (Congresso, Presidência e Suprema Corte) de reprimir a raça branca (caucasiana). Nele era possível ver 12 membros da Ku Klux Klan armados e encapuzados, embora Brandenburg não estivesse portando armas.

---

[243] Thomas Patterson, editor de um jornal, fora condenado por publicar diversos artigos e charges criticando as decisões da Suprema Corte do estado do Colorado. Segundo Anthony Lewis, tal princípio importava verdadeira ausência de proteção à liberdade de expressão. LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos:* uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. de Rosana Nucci. São Paulo: Ed. Aracati, 2011. p. 40.

[244] Sobre o caso, importante ressaltar que ele se deu em tempo de guerra. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Schenck v. United States (249 U.S. 47)*. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>.

[245] FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão:* estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005. p. 33-34.

[246] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Brandenburg v. Ohio (395 U.S. 444).*Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444> Acesso em 17.06.2015.

Brandenburg foi acusado pelo estado de Ohio de ter violado o *Ohio's Criminal Syndicalism Statute*. Tal Estatuto considerava ilegal qualquer defesa pública de atos de violência, terrorismo ou sabotagem como forma de obtenção de reformas políticas ou sindicais.

O acusado, então, fora condenado em primeira instância. A condenação foi mantida em segunda instância, de forma que Brandenburg recorreu à Suprema Corte Americana.

A Suprema Corte não só reverteu a decisão condenatória como firmou o entendimento, compilando diversos precedentes, de que a liberdade de expressão não poderia ser restringida pelo simples fato de se tratar de um discurso belicoso (*fighting words*). Além disso, a defesa de um discurso violento somente poderia ser restringida quando se afigurasse como uma incitação real a uma ação iminente (*Imminent Lawless Action Test*).

Basicamente são dois os pressupostos para a restrição do *hate speech*, segundo a orientação firmada no caso *Brandenburg* (posteriormente denominada *Brandenburg test*,ante a importância da decisão): o discurso deve estar direcionado a produzir ações violentas ou incitar a sua produção (*fighting words*) num contexto de violência iminente (a), bem como deve ser hábil a produzir ou incitá-las (b).[247]

Como se pode ver, o primeiro dos pressupostos para a restrição ao *hate speech* é a intencionalidade do agente. Não bastaria, portanto, que o discurso fosse meramente hábil a desencadear uma iminente ação violenta, mas também deveria ser direcionado a tal intento.

A linha tênue que separa a legitimidade da ilegitimidade do *hate speech*, aqui, passa necessariamente pela noção de *dolo* e *perigo concreto de lesão*.

Outro julgamento relevante se deu no caso *National Socialist Part v. Skokie (434 U.S. 1327).* [248] Em 1977, integrantes de um grupo neonazista pretendiam realizar uma passeata em Skokie, uma localidade próxima a Chicago, na qual vivia um grande número de judeus, incluindo alguns sobreviventes do Holocausto.

A municipalidade tentou proibir a manifestação, mas a Corte estadual e a Suprema Corte decidiram em favor do Partido Nazista[249]. Curiosamente, os neonazistas preferiram

---

[247] CHEMERINSKI, Erwin. *Constitutional law:* principles and policies. 3. ed. Nova Iorque: Ed. Aspen Publishers, 2006. p. 999.

[248] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *National Socialist Part v. Skokie (434 U.S. 1327).*Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/434/1327>.

[249]MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 176. Ainda, SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais, Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010. p. 214.

realizar a passeata em Chicago, distante do local originalmente pretendido. Segundo assevera Rosenfeld, o caso colocou em xeque o *Brandenburg test,* já que haveria dificuldade de delimitação do conceito de "incitação iminente à violência".[250]

Posteriormente, no caso *R.A.V. v. City of St. Paul (505 U.S. 377),* a Suprema Corte voltou a se manifestar sobre os limites do *hate speech*. Em síntese, jovens extremistas brancos queimaram uma cruz no gramado de uma família negra. A cruz em chamas é um dos símbolos da Ku Klux Klan. Assim, a queima da cruz tinha a intenção de ofender os destinatários da mensagem[251].

O Tribunal local rejeitou a acusação, mas a Corte estadual condenou os jovens com base numa lei local que proibia a ostentação de símbolos desta natureza, como a cruz em chamas e a suástica, capazes de despertar raiva e ressentimento em outras pessoas por motivo de raça, religião, sexo etc.

A Suprema Corte reverteu a condenação, por nove votos a zero, ao argumento de que a primeira emenda impede o governo de proibir qualquer discurso pelo simples fato de com ele não concordar. Ademais, alegou a Suprema Corte que a lei local era inconstitucional, já que anti-isonômica, pois não abarcava todas as formas de discriminação.

Como se vê, a jurisprudência norte-americana é sólida no sentido de proteger, em detrimento de outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão, admitindo sua restrição apenas nos casos em que a manifestação seja intencionalmente dirigida a provocar ou incitar a prática iminente de atos violentos, bem como seja hábil a provocar a sua provável ocorrência.

3.2 **O *hatespeech*na Europa**

Em lado diametralmente oposto ao entendimento consolidado nos Estados Unidos, os Tribunais europeus, notadamente o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Tribunal Constitucional alemão, reconhecem a liberdade de expressão como um direito fundamental e inalienável do Homem, mas num eventual conflito com outros valores democráticos, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, tendem a privilegiar estes em detrimento daquele.

---

[250]ROSENFELD, Michael. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. In: Cardoso Law School. *Working Paper Series* nº 41, p. 55, 2001.

[251] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *R.A.V. v. City of St. Paul*. 22 de junho de 1992. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377> Acesso em 17.06.2015.

As principais contribuições para a análise do tratamento dispensado ao *hate speech* na Europa provêm de decisões do Tribunal Constitucional Alemão e, principalmente, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que serão analisadas adiante.

3.2.1 O *hate speech*na Alemanha e a preservação dos valores democráticos – a ideia de democracia militante (*streitbare demokratie*)

A Lei Fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, estabelece a liberdade de expressão como um direito fundamental do indivíduo, garantindo a todos o "direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral"[252].

Contudo, a jurisprudência alemã se consolidou no sentido de que a liberdade de expressão não poderia abarcar manifestações contrárias aos pilares democráticos[253], que se constituíssem como ofensas reais ou potenciais à igualdade, à liberdade e à dignidade da pessoa humana[254].

Ao contrário dos Estados Unidos, país em que a liberdade de expressão foi utilizada, historicamente, como instrumento libertário em face do Estado, na Alemanha as cicatrizes do regime nazista ainda são evidentes. A liberdade de expressão serviu como mecanismo de extermínio de grupos vulneráveis, notadamente os judeus, de forma que o trauma histórico repercute na forma pela qual se interpretam as liberdades fundamentais.[255]

---

[252] ALEMANHA. Constituição (1949), art. 5º, (i). Disponível em <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Acesso em 15.07.2015.

[253] "Ademais, a visão germânica sobre a liberdade de expressão não a concebe como um simples direito negativo em face do Poder Público. Pelo contrário, a jurisprudência constitucional alemã já se manifestou no sentido de que o Estado tem, por exemplo, o dever de agir positivamente, editando a legislação necessária para corrigir o mercado e promover o pluralismo de idéias no âmbito da televisão, a fim de garantir ao público o acesso a uma ampla gama de informações e pontos de vista. Não bastasse, o entendimento da Corte Constitucional alemã é no sentido de que a liberdade de expressão, como valor objetivo da ordem constitucional alemã, também se irradia para as relações entre particulares, não se circunscrevendo à esfera das relações públicas entre cidadãos e Estado". SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão*... op. cit., p. 71.

[254] A Lei fundamental de Bonn estabelece a Dignidade da Pessoa Humana em seu art. 1º, (i): "A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público." ALEMANHA. Op. cit., art. 1º, (i).

[255] "

. *Es*

10 del Convenio Europeo de Derechos humanos." BILBAO UBILLOS, Juan María. La negación de un genocido no es una conducta punible. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 85, p. 304, 2009.

O papel de neutralidade do Estado, tão propalado nos Estados Unidos, não é bem aceito na Alemanha, que vê no Estado um agente transformador, capaz de agir positivamente para promover os valores democráticos, como a igualdade material e a já citada dignidade da pessoa humana.[256]

Esse "agir positivo" do Estado inclui a limitação de discursos considerados antidemocráticos, bem como a promoção, pelo Estado, dos ideais democráticos, como forma de garantia do pluralismo de ideias. Este viés paternalista alemão gerou o conceito de democracia militante (*streitbare demokratie*). Em síntese, caberia ao Estado atuar positivamente para privar a democracia daqueles que com ela não possam ou não queiram conviver[257].

Os discursos "problemáticos", assim, são vistos não como manifestações democráticas, mas como ameaças à democracia, o que justifica sua restrição pelo Estado. Neste contexto, o Tribunal Constitucional Alemão possui alguns julgados paradigmáticos.

O caso *Lüth*[258] talvez seja o mais relevante da história do Tribunal Constitucional Alemão. Curiosamente, o caso, que serviria de fundamento para diversas outras decisões restritivas à liberdade de expressão, terminou com uma decisão favorável à liberdade de expressão. Isso não significa, porém, que o Caso *Lüth* tenha se transformado em paradigma de interpretação preferencial à liberdade de expressão. O que dá ares de *standard* ao caso é a noção de que os direitos fundamentais devem ser aplicados não apenas nas relações entre Estado-indivíduo, mas também nas relações entre particulares[259], além da formação das ideias de (i) eficácia irradiante dos valores constitucionais e de (ii) necessidade de ponderação de interesses em cada caso.

No citado caso, o emissor do discurso, Eric Lüth (judeu) incitava a população a boicotar o filme "Amada Imortal", produzido por Veit Harlan, já que este teria inegável ligação com o recém-derrubado regime nazista. Veit Harlan, de fato, foi responsável por

---

[256] "Pode-se dizer, de forma muito resumida, que a liberdade de expressão na Alemanha não é tida apenas como um direito individual daqueles que se exprimem, mas também como um valor objetivo da ordem jurídica democrática, cujas garantia e promoção muitas vezes requerem ações estatais positivas". SARMENTO, Daniel. *Liberdade de expressão, pluralismo...* op. cit.,p. 12.

[257] SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit.,p. 71-72.

[258] ALEMANHA. Tribunal Constitucional. BVerfGE 7, 198. Decisão disponível, traduzida para o espanhol, no sítio eletrônico da Universidade de Palermo, Argentina. <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf> Acesso em 18.06.2015 <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>.

[259] SARMENTO, op. cit., p. 72.

ajudar a propagar a doutrina nazista, por meio do filme *"Jud Suss"*, encomendado por Joseph Goebbels, então Ministro da propaganda nazista.[260]

Os empresários de Harlan ajuizaram demanda em face de Lüth, com base no Código Civil alemão, alegando que sua conduta era contrária à moral e aos costumes e gerava dano aos produtores.

Lüth foi condenado em todas as esferas, tendo recorrido ao Tribunal Constitucional Alemão.

Ao apreciar o caso, o Tribunal Constitucional decidiu que a colisão de interesses no caso deveria ser solucionada dando-se preferência à solução que mais representasse a promoção dos direitos fundamentais. Assim, deu provimento ao recurso, reformando a condenação de Lüth[261].

A jurisprudência alemã, depois dessa decisão, consolidou-se no sentido de que caberia ao Estado empreender uma atuação efetiva sobre o "mercado de ideias", de forma a garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados também na esfera privada, o que conduziu a um entendimento que rechaça a possibilidade de proteção a discursos de ódio ou intolerância (*hate speech*), já que caberia aos particulares, também, o respeito aos valores democráticos.[262]

Como decorrência dessa negativa de proteção ao *hate speech*, a legislação alemã prevê a criminalização de diversas condutas a ele relacionadas, que vão desde a perturbação da paz pública pela incitação ao ódio fundado em preconceito até a simples negação de um fato histórico (o Holocausto).[263]

---

[260] GUEDES, Neviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. Artigo disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>.

[261]MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*... op. cit.,p. 176.

[262] SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão*... op. cit., p. 75.

[263] O art. 130 do Código Penal Alemão criminaliza a incitação ao ódio contra qualquer parcela da população, ou a exortação à prática de atos violentos contra qualquer parcela da população. O § 3º do referido artigo pune a mera conduta de, publicamente, aprovar, negar ou minimizar um ato genocida cometido durante o Nazismo (conduta que ficou conhecida como *Holocaust denial*). A pena, neste último caso, varia de três meses a cinco anos de privação da liberdade. Disponível em <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf>.
Winfried Brugger assevera, contudo, que a conduta de ofender a dignidade de determinados grupos, desde que se trate de uma ofensa específica e aplicável a todos os membros de um pequeno grupo, em razão de características não existentes nos demais membros da sociedade, pode configurar o crime de injúria, previsto no art. 185 do CP alemão. BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso de ódio. *Revista de Direito Público* nº 15, p. 127, jan.-fev.-mar. 2007.

A decisão mais relevante da Corte Constitucional alemã, no que tange especificamente ao *hate speech*, ocorreu no caso envolvendo o historiador David Irving[264]. Irving pretendia participar de um congresso na Alemanha, e a Corte da Baviera condicionou a autorização de sua participação ao compromisso de que este não negasse a ocorrência do Holocausto, já que Irving era conhecido por suas teses negacionistas. A Corte sustentou que a negação do Holocausto seria conduta penalmente tipificada na legislação alemã, e que, portanto, haveria violação a uma lei local que proibia reuniões destinadas à violação da lei penal.

Ao apreciar o caso, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que a liberdade de expressão poderia, neste caso, ser restringida, já que o Holocausto era um fato, e não uma manifestação de opinião, motivo pelo qual informações inverídicas sobre fatos não constituiriam fator de promoção de um debate sadio para a formação da opinião pública.[265] Este foi um dos casos que ajudaram a traçar o paradigma atual da jurisprudência alemã, que veda qualquer forma de negação ou revisão do Holocausto (*Holocaust denial*).[266]

No mesmo ano, porém, o Tribunal Constitucional entendeu que, se a negação do Holocausto era proibida, a expressão de opinião a respeito do fato não poderia ser censurada. Nesse sentido, decidiu como inconstitucional a inclusão do livro *Verdade para a Alemanha: A Questão da Culpa sobre a 2ª Guerra Mundial* em uma lista de livros considerados pelo Governo como perigosos ou imorais. O livro não negava a ocorrência do Holocausto, mas atribuía aos adversários alemães a culpa pela Segunda Guerra.[267]

Verifica-se, dessa forma, que a jurisprudência alemã possui forte inclinação pelo respeito à liberdade de expressão, mas entende que esta pode ser restringida quando o discurso puder afetar a dignidade dos receptores da mensagem, como ocorreria na hipótese de negação do Holocausto. Como afirma Daniel Sarmento: "A metodologia empregada para solucionar as colisões de direitos é sempre a ponderação de interesses, realizada sobre o

---

[264] ALEMANHA. Tribunal Constitucional. 90 BVerfGE 241. Disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html> Acesso em 17.07.2015.

[265] SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit., p. 73.

[266] Além da Alemanha, outros 11 países europeus criminalizam a mera negação do Holocausto. São eles: Áustria, França, Suíça, Bélgica, Luxemburgo, Portugal, Polônia, República Checa, Romênia, Eslovênia e Chipre. BILBAO UBILLOS, Juan María. La negación de un genocido no es una conducta punible. Op. cit., p. 304.

[267] ALEMANHA. Tribunal Constitucional. 90 BVerfGE 1 (1994). Disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090001.html> Acesso em 17.07.2015.
SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit., p. 73-74.

background de um sistema axiológico em cujo centro está o princípio da dignidade humana.”[268]

3.2.2 O Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a consolidação da proteção aos receptores da mensagem

Encarregado de analisar, no caso concreto, eventuais violações à Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) é pródigo em decisões relativas a conflitos envolvendo a liberdade de expressão.

Dentre os julgamentos já realizados, os casos *Pavel Ivanov vs. Rússia, Jersild vs. Dinamarca* e *Lehideux and Isorni vs. França*são, talvez, os mais relevantes.

Assim, adiante serão analisados estes três *leading cases*, capazes de traçar um perfil da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos em relação aos discursos potencialmente ofensivos.

3.2.2.1 Caso Pavel Ivanov *vs.* Rússia[269]

Pavel Petrovich Ivanov, cidadão russo, era proprietário e editor do jornal *RusskoyeVeche*. Em 2003, Pavel foi julgado por, supostamente, promover a incitação pública ao ódio étnico, racial e religioso através do uso da mídia de massa. Segundo consta na acusação, Pavel, por meio de uma série de publicações em seu jornal, incitava o povo a promover a exclusão dos judeus da vida social, alegando que as atividades desenvolvidas por estes eram as responsáveis pelos problemas sociais, econômicos e políticos do país.

Pavel foi condenado à pena pecuniária e à proibição do exercício de atividade jornalística, por um período de três anos. A Corte Regional manteve a condenação, mas derrubou a pena de restrição de atividade jornalística, eis que havia sido incluída no Código Penal somente após os fatos imputados.

Pavel recorreu à CEDH, alegando violação aos arts. 13 e 14 da Convenção.

A Corte entendeu que o recurso não poderia ser admitido, eis que a condenação de um nacional, por um dos Estados-partes, em razão da prática de discursos segregacionistas não

[268] SARMENTO, op. cit., p. 75.

[269] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Application nº 35222/04 by Pavel IVANOV against Russia. Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-79619> Acesso em 18.06.2015.

configuraria violação ao art. 14 da Convenção (proibição de discriminação), já que a proibição de não discriminação não se aplicaria a casos tais, posto que são devidas as intervenções do Estado como forma de proteção dos valores democráticos.

Importante frisar que, neste julgamento, a Corte firmou entendimento de que o art. 14 da Convenção, que veda a discriminação por motivos diversos (opinião política, religião, raça, sexo etc.), somente tem razão de existir quando a discriminação impede o indivíduo de exercer legitimamente qualquer um dos direitos assegurados na Convenção – dentre os quais não se encontra o direito de ofender, considerando abuso de direito, na forma do art. 17 da própria Convenção.

Assim, a Corte definiu que o art. 14 não impede que os Estados-partes limitem a liberdade de expressão em determinados casos, não havendo que se falar em "discriminação" nestes casos, já que a análise da conveniência e necessidade de restrição ao direito não constitui discriminação sancionável pela Corte.

3.2.2.2 Caso Jersild *vs.* Dinamarca[270]

Jens Olaf Jersild, de nacionalidade dinamarquesa, era jornalista e residia em Copenhagen, Dinamarca, sendo responsável por um programa de televisão local, conhecido como um programa sério e destinado a um público bem informado, acostumado a lidar com uma ampla gama de questões sociais e políticas, incluindo xenofobia, imigração e refugiados.

Em 31 de maio de 1985 um jornal local publicou um artigo descrevendo as atitudes racistas de um grupo de jovens, que se autodenominavam "Greenjackets" (ou "jaquetas verdes"). Considerando a relevância da questão, os editores do *Sunday News Magazine* (do qual Jersild fazia parte) decidiram fazer um documentário sobre os Greenjackets. Durante a entrevista, que foi realizada por Jersild, os Greenjackets fizeram colocações abusivas e depreciativas sobre os imigrantes e grupos étnicos diversos na Dinamarca. Nas declarações os negros foram comparados a símios, bem como foram proferidas diversas outras ofensas a grupos étnicos estrangeiros, como iugoslavos e turcos.

As autoridades locais entenderam que Jersild havia sido cúmplice das manifestações odiosas, de forma que instauraram processo-crime em face deste e dos três membros dos "Greenjackets"[271].

---

[270] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *CASE OF JERSILD v. DENMARK* (Application no. 15890/89). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57891> Acesso em 18.06.2015.

Jersild foi condenado pelas instâncias judiciais dinamarquesas[272], de forma que recorreu à Corte Europeia de Direitos Humanos (ou Tribunal Europeu de Direitos Humanos). Ele alegara que a condenação violaria o art. 10º, I, da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, que dispõe:

> Art. 10º 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

A Corte, por doze votos a sete, reconheceu a existência de violação à liberdade de expressão, porquanto o público também teria interesse em ser informado da existência de atitudes sociais notoriamente nocivas, ainda que soem desagradáveis. Além disso, o programa teria sido transmitido num contexto de um debate público útil à democracia, não tendo havido qualquer intenção de incitação ao ódio ou à violência.

3.2.2.3 Caso Lehideux and Isorni *vs.* França[273]

Marie-François Lehideux and Jacques Isorni foram acusados de violar a Lei de Imprensa[274] francesa, em razão de publicação de texto no jornal *LeMonde*, em 13 de julho de 1984, exaltando a memória e os feitos do Marechal Pétain. Os autores foram acusados de

---

[271] Fora imputada a Jersild a conduta prevista no art. 266 do Código Penal dinamarquês, que, em síntese, proibia qualquer pessoa de, publicamente ou com a intenção de disseminar a ideia para um círculo de pessoas, fazer qualquer declaração, ameaçadora, insultuosa ou degradante contra um grupo de pessoas por causa de sua raça, cor, origem, crença, nacionalidade ou etnia, prevendo pena de multa ou de prisão simples ou prisão por um período não superior a dois anos.

[272] Jersild fora condenado pelo Tribunal da Cidade, em abril de 1987. O Tribunal considerou que Jersild tinha conhecimento da ideologia racista do grupo, e ainda assim se predispôs a transmitir, por horas, a entrevista, sendo, portanto, complacente com as manifestações de ódio ali externadas. A decisão fora mantida pela Corte Regional, em junho de 1988, por cinco votos a um. A Suprema Corte da Dinamarca, por quatro votos a um, negou provimento à apelação de Jersild, em fevereiro de 1989, ao argumento de que o possível interesse público sobre o tema não justificaria o privilégio da liberdade de expressão, no caso, em detrimento do direito à não discriminação.
UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Op. cit., p. 10-11.

[273] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Case of Lehideux and Isorni *v.* France. (55/1997/839/1045). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58245> Acesso em 18.06.2015.

[274] Os réus foram acusados de violar a seção 24 (3) da Lei de Liberdade de Imprensa da França, de 1881. Ibidem, p. 06.

enaltecer os feitos criminosos do Marechal, numa espécie de defesa pública dos crimes praticados por este (e que o conduziram à sentença capital, em 15 de agosto de 1945[275]).

Os acusados rejeitaram a ideia de apologia aos crimes praticados por Pétain, mas ressaltaram que, de fato, pretendiam enaltecer a memória do Marechal e seus grandes feitos pela França.

O Ministério Público, em alegações finais, manifestou-se pelo não prosseguimento da acusação, o que não foi aceito pelo Juiz da instrução, que submeteu os acusados a julgamento perante o Tribunal Penal, por entender que houvera, de fato, defesa pública de crimes de "colaboração com o inimigo"[276].

A Corte Criminal de Paris julgou o caso em 1986, considerando os acusados inocentes, sublinhando que há décadas a opinião pública se dividia sobre o tema e que o simples fato de ter havido sentença condenatória transitada em julgado não impediria, de forma alguma, que eventuais simpatizantes do condenado criticassem a decisão. Ademais, somente parte do texto se referia ao período da II Guerra Mundial e às condutas de Pétain neste período.

Em janeiro de 1990, porém, Lehideux e Isorni foram condenados pelo Tribunal de Apelação de Paris, que entendeu que, de fato, houvera apologia aos crimes praticados por Pétain, ainda que implicitamente. O Tribunal de Cassação manteve as condenações, em novembro de 1993.

Lehideux e Isorni apelaram à Corte Europeia de Direitos Humanos em maio de 1994, alegando violação aos artigos 6º, 7º e 10º (ausência de um processo equitativo, violação ao princípio da legalidade e restrição indevida à liberdade de expressão, respectivamente) da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

A Corte declarou admissível a apelação apenas em relação a uma suposta violação ao art. 10º (Violação à liberdade de expressão), submetendo o caso a julgamento.

---

[275] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Case of Lehideux…* cit., p. 04.

[276] Vale ressaltar trecho extraído da decisão da CEDH, que narra a fundamentação da decisão do Juiz da instrução: *"The investigating judge observed: 'a public defence means a speech or text which tends to defend or vindicate a doctrine or an action'. He noted that the applicants had presented Marshal Pétain's policy during the period 1940 to 1944 in a favourable light, crediting him with endeavours and actions to protect France and its people, whereas the same events had been the subject of lengthy, detailed reasoning in the judgment of the High Court of Justice convicting Marshal Pétain. He therefore considered that the part of the published text referring to the 1940–45 period incorporated, developed and glorified the grounds of defence submitted by Pétain at his trial before the High Court of Justice and therefore amounted to a 'justification of the actions and policies of Marshal Pétain, convicted under Articles 75 and 87 of the Criminal Code' then in force."* Em síntese, para o magistrado, o texto dos acusados não se resumia a enaltecer a pessoa do Marechal e suas boas obras para o país, mas a, explicitamente, defender os atos por ele praticados entre 1940 e 1944, e que já teriam sido objeto de avaliação judicial, declarando-se a culpa de Pétain.

O Governo francês defendeu, junto à CEDH, que a condenação não poderia ser revertida porque a liberdade de expressão, prevista no art. 10º da Convenção, deveria ser interpretada sistematicamente com o art. 17, que determina a impossibilidade de tutela do abuso de direito. Pela relevância, transcreve-se:

> Art. 17. Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.

A Corte, ao julgar o caso, consignou alguns pontos que hoje podem ser considerados corolários de sua jurisprudência: (i) A manifestação de apoio a uma versão de fatos históricos polêmicos não constitui, em tese, um abuso da liberdade de expressão; (ii) essa teoria não se aplica aos fatos históricos evidentemente comprovados (*clearly established historical facts*), como o Holocausto; (iii) os Estados-Partes podem, legitimamente, restringir a liberdade de expressão nos "limites do necessário para a preservação de uma sociedade democrática"; (iv) a CEDH é competente para decidir, em última instância, se uma limitação à liberdade de expressão ocorreu legitimamente no contexto de uma "necessidade social imperiosa" (*pressing social need*).

No mérito da causa a Corte decidiu (em setembro de 1998), por 15 votos a seis, pela efetiva existência de violação à liberdade de expressão, consagrada no art. 10 da Convenção.[277]

3.2.2.4 Conclusão

Pela análise dos três casos citados, pode-se concluir que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos adota uma interpretação instrumental da liberdade de expressão, pois considera legítimas as intervenções penais realizadas pelos Estados-Partes sobre a liberdade de expressão como forma de preservação ou promoção dos valores democráticos.

Contudo, importante frisar o entendimento adotado pela Corte quanto à mera manifestação de adesão a uma determinada versão de fatos históricos, considerada como legítimo exercício da liberdade de expressão, salvo quanto àqueles fatos considerados como historicamente comprovados.

---

[277] UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. Case of Lehideux and Isorni *v.* France… cit.

É possível identificar, assim, uma postura mais próxima daquela que é adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão, e diametralmente oposta àquela que se adota nos Estados Unidos.

3.3 **O discurso de ódio no Brasil**

3.3.1 A tipificação legal das condutas consideradas como discurso de ódio

A Constituição Federal de 1988 estabelece como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana[278], e como um de seus objetivos a promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."[279]

Nesse sentido, estabeleceu que a legislação infraconstitucional deveria considerar a *prática do racismo* como crime inafiançável e imprescritível[280]: "Art. 5º [...]XLII − a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (...)".[281]

Dessa forma, passou-se a discutir se a Lei Afonso Arinos[282], então vigente, teria sido recepcionada pela Constituição Federal, já que estabelecia a prática do racismo como mera contravenção penal, o que confrontava com a previsão constitucional.[283] A discussão,

---

[278] BRASIL. Constituição (1988) Art. 1º, III.

[279] Ibidem, art. 3º, IV.

[280] São duras as críticas realizadas pela literatura nacional a respeito da previsão constitucional de imprescritibilidade do crime de racismo, já que seria medida absolutamente contrária aos pilares democráticos e ao respeito aos seres humanos. Nesse sentido, por todos, SHECAIRA, Sérgio Salomão et al. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. Racismo.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 413.

[281] Ibidem, art. 5º, XLII.

[282] O primeiro embrião histórico de utilização do Direito Penal como resposta estatal para atos discriminatórios, no Brasil, foi a Lei nº 1.390/51, denominada "Lei Afonso Arinos". Tal diploma legislativo incluiu no ordenamento jurídico brasileiro os primeiros tipos penais (considerados como contravenções penais) derivados de uma ideologia racista.
A Lei *não possuía nenhum tipo penal específico para os atos de mera externalização do pensamento*, pois todos os tipos penais da Lei nº 1.390/51 puniam a *discriminação* baseada em preconceito de raça e cor, motivo pelo qual não será objeto de estudo mais aprofundado. Entretanto, pode ser considerada como a primeira forma de intervenção do Direito Penal brasileiro sobre atos discriminatórios derivados de uma ideologia antidemocrática. Posteriormente, foi alterada pela Lei nº 7.437/85, que incluiu novas formas de discriminação e estendendo os efeitos da Lei às discriminações decorrentes de *sexo* e *estado civil*. SILVA, Katia Elenise Oliveira Silva. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 29-30.

[283] SILVA, Katia Elenise Oliveira Silva. *O papel do Direito Penal...* op. cit.,p. 52-53.

contudo, durou pouco, já que no ano seguinte foi promulgada a Lei nº 7.716/89, que se passará a analisar.

A Lei nº 7.716/89 criminaliza diversas condutas "resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional"[284]. Contudo, as condutas discriminatórias estabelecidas na Lei nº 7.716/89 fogem ao escopo do presente trabalho, que visa à análise da criminalização da *mera externalização do pensamento*, sem que haja a prática de quaisquer atos de discriminação (como impedimento de acesso a locais públicos, estabelecimentos de ensino e outros).

Assim, o tipo penal que mais se amolda à ideia de criminalização do discurso de ódio é o previsto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, que assim dispõe:

> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> § 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. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> § 2º Se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)
> Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Este tipo penal não figurava na redação original da Lei, tendo sido incluído pela Lei nº 8.081/90, e posteriormente foi alterado pela Lei nº 9.459/97, já que inicialmente criminalizava apenas as condutas que fossem praticadas "[...] pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza".[285]

A figura típica prevista no *caput* é semelhante àquela criminalizada pelo art. 130, §3º, do Código Penal Alemão, pois visa à prevenção da incitação à prática de atos discriminatórios ou preconceituosos[286], como forma de proteção à personalidade e à dignidade da pessoa

---

[284] BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, art. 1º.

[285] BRASIL. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm#art1.

[286] É necessário que o agente tenha a intenção de menosprezar raça ou etnia, ficando afastado o delito quando se tratar de mera narrativa de fatos (*animus narrandi*). BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014. p. 783.

humana. [287] Contudo, a despeito do que consta no § 1º (que criminaliza a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação de símbolos ou propaganda que utilizem a cruz suástica com a finalidade de divulgação do Nazismo), não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer tipo penal que criminalize a simples negação de um fato histórico, como o Holocausto.[288]

A redação do tipo penal é extremamente vaga, o que pode atentar contra o princípio da taxatividade da lei penal[289]. Com efeito, são punidas as condutas de *praticar, induzir ou incitar*. Em se tratando da *prática* de discriminação, deve-se compreender que o tipo penal só terá aplicação quando não configurar qualquer das condutas discriminatórias previstas nos artigos 3º a 14 da Lei.[290]

O induzimento ou a incitação à prática de atos discriminatórios, por sua vez, somente poderia configurar este delito na hipótese de não se tratar de induzimento ou incitação direta a qualquer prática discriminatória, caso contrário ter-se-ia uma modalidade de participação moral no crime de outrem, e não o referido delito.[291]

Além disso, este tipo penal não deve ser confundido com a injúria qualificada, prevista no art. 140, §3º, do Código Penal. Na injúria qualificada o agente se dirige a pessoa determinada e, dolosamente, ofende a honra subjetiva da vítima, empregando termos discriminatórios ou preconceituosos.[292]

O racismo e as demais ideologias a ele relacionadas, porém, não são uma prática, mas uma forma de pensar, podendo ser definidos como "o pensamento voltado à existência de divisão dentre os seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita [...]. "[293]

---

[287] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*... op. cit.,p. 781.

[288] Há, contudo, um projeto de Lei com tal finalidade. Trata-se do PL nº 987/2007, que pretende alterar o § 2º do art. 20 da Lei nº 7.716/89 para incluir a negação do Holocausto como crime. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=58CB6A136822D532009DB80F56704976.proposicoesWeb1?codteor=458520&filename=PL+987/2007> Acesso em 24.07.2015.

[289] Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis*... op. cit., p. 291.

[290] Ibidem, p. 292.

[291] NUCCI, op. cit., p. 292.

[292] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006. p. 278.

[293] NUCCI, op. cit., p. 266.

Uma prática racista (ou homofóbica, xenófoba, antissemita e quaisquer outras), portanto, só poderia ocorrer por meio: (a) da externalização do pensamento racista; (b) da prática de atos discriminatórios baseados numa ideologia racista.

A criminalização da prática de atos discriminatórios, como se viu, não é objeto do presente estudo. O que se busca aqui é, tãosomente, verificar as formas de utilização do Direito Penal como mecanismo de controle de *ideias*.

Dessa forma, a maior relevância para o estudo do tratamento dispensado ao discurso de ódio no Brasil encontra-se no julgamento do *Habeas Corpus* 82424, conhecido como Caso Ellwanger, que adiante será analisado.

3.3.2 O Supremo Tribunal Federal e o *hate speech*– o Caso *Ellwanger*[294]

Nem sempre o discurso de ódio se apresenta de maneira explícita. É possível – e até provável – que seja maquiado de forma a transmitir, subliminarmente, determinada mensagem.

O caso *Ellwanger* é paradigmático no Brasil, embora a Suprema Corte não tenha se pronunciado, em definitivo, sobre a temática aqui levantada. O cerne da questão girou em torno da possibilidade de se considerar os judeus como uma raça, para fins de aplicação do caráter imprescritível conferido pela Constituição ao delito de racismo, o que teria relevância na hipótese.

O acusado, Siegfried Ellwanger, fora denunciado por ter, na qualidade de escritor e sócio da empresa "Revisão Editora Ltda.", editado, distribuído e vendido ao público em geral obras supostamente antissemitas de sua autoria (*Holocausto Judeu ou Alemão?* – Nos bastidores da mentira do século) e da autoria de escritores nacionais e estrangeiros.

Ellwanger foi absolvido em primeira instância, mas posteriormente foi condenado a dois anos de reclusão, com aplicação de sursis, como incurso nas penas do art. 20 da Lei nº 7.716/89, que diz: "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. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)[295]."

---

[294] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424. Dados obtidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424.NUME.+OU+82424.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa32ac4> Acesso em 16.06.2015.

[295] BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Dados obtidos no sítio eletrônico da Presidência da República: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm> Acesso em 13.06.2015.

Segundo a denúncia, a pretexto de rediscutir um fato histórico, as obras sustentavam mensagens antissemitas, racistas e discriminatórias, com a finalidade de incitar a discriminação racial, semeando o ódio e o preconceito contra o povo de origem judaica.

O STF apreciou a matéria no julgamento de *Habeas Corpus*, em que a defesa apenas sustentava a tese de que a conduta não se amoldaria ao delito de racismo, considerado imprescritível, nos termos do art. 5º, XLII, da Constituição Federal. Caso não fosse considerado como racismo, o crime estaria prescrito.

No que tange ao mérito do HC, a Corte entendeu, por maioria, que a discriminação contra os judeus caracterizaria o delito de racismo, tendo o relator, Ministro Moreira Alves, sido voto vencido quanto a este ponto.

O Ministro Moreira Alves, em seu voto, sustentou que os judeus constituem um povo, não uma raça[296], na concepção racista em que sempre foi utilizada. Inclusive, citou o contexto histórico da inclusão, na Constituição de 1988, da imprescritibilidade do racismo. Segundo o Ministro, o racismo na realidade brasileira constituiu-se, sempre, no antagonismo entre brancos e negros. Assim, a *mens legis* da norma constitucional seria, invariavelmente, atingir os atos de racismo contra os negros[297].

O Ministro-relator sustentou, por fim, que a Constituição Federal não esclareceu de forma satisfatória em que condições o racismo estaria configurado, motivo pelo qual deveria ser adotada interpretação restritiva, já que a imprescritibilidade é medida de exceção no ordenamento jurídico pátrio. Assim, a despeito dos horrores praticados contra os judeus na história da Humanidade, o antissemitismo não seria um problema histórico recorrente na cultura brasileira, inapto, portanto, a desafiar a aplicação de cláusula de imprescritibilidade.

Em sentido oposto, o Ministro Maurício Corrêa – que posteriormente seria designado relator para o acórdão, já que o relator original restou vencido – sustentou que os judeus podem ser considerados como "raça" para estes fins. O Ministro defendeu que, ao fim e ao cabo, não há "raças", mas apenas a raça humana. Por este motivo, adotando-se a interpretação "restritiva" do conceito de raça, nenhum crime poderia ser considerado como racismo.

Ademais, prosseguiu em seu voto, a ideia de raça surgiu exatamente com propósitos racistas. Desta maneira, não faria o menor sentido absolver um racista utilizando-se do argumento científico de que não existem raças.

---

[296] Subsidiado por renomados antropólogos judeus, frise-se.

[297] BRASIL. Supremo Tribunal Federal cit., fls. 538-540.

O Ministro Maurício Corrêa foi seguido por praticamente todos os ministros da Corte, à exceção dos Ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto e do outrora relator, Ministro Moreira Alves.

Alguns votos, no entanto, merecem destaque.

Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, em seus votos, transitaram – ainda que rapidamente – pela seara dos limites à liberdade de expressão. Para ambos a liberdade de expressão abarcaria, sim, o revisionismo ou negacionismo histórico (no caso, a negação do holocausto). Contudo, na hipótese concreta, o autor não teria tido propósito científico, mas meramente racista, motivo pelo qual não se poderia cogitar o recurso à liberdade de expressão[298].

O Ministro Cezar Peluso seguiu a mesma linha dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, no sentido de que o revisionismo histórico não é condenável, sendo albergado pela liberdade de expressão e pela liberdade de pesquisa científica. Contudo, no caso, o autor teria ultrapassado estes limites ao, na verdade, pretender transmitir uma ideologia antissemita disfarçada por contornos pretensamente científicos[299].

O Ministro Carlos Ayres Britto proferiu aquele que talvez tenha sido o voto mais detalhado do julgamento. O ministro defendeu, inicialmente, que o STF deveria conceder a ordem de ofício, posto que as condutas praticadas seriam atípicas, já que não havia provas de que teriam sido praticadas depois da vigência da Lei nº 8.081/90. Segundo o ministro, a denúncia narrava condutas dos anos 1989 e 1990 sem, contudo, apontar os meses em que foram praticadas. Logo, não se poderia presumir que tivessem sido praticadas após o mês de setembro de 1990 (mês em que a lei entrou em vigor)[300]. O Ministro, assim, concedia a ordem para declarar a atipicidade do fato. Os demais ministros votaram, na questão de ordem, por negar o *habeas corpus* de ofício.

Por fim, o Ministro Ayres Britto, que afirmou ter lido e relido as obras publicadas por Ellwanger, entendeu que não havia intuito racista, mas meramente científico, ainda que externado por meio de um raciocínio cansativo, pouco crível e, até certo ponto, "quixotesco"[301].

---

[298] BRASIL. Supremo Tribunal Federal cit., fls. 628/629 e 670.

[299] Ibidem, fls. 760.

[300] A Lei nº 8.081/90, conforme se viu, incluiu o art. 20 na Lei nº 7.716/89, tipo penal imputado a Ellwanger.

[301] BRASIL. Supremo Tribunal Federal cit., fls. 845-846.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio, que também concedia a ordem, ressaltou que, numa sociedade democrática, a liberdade de expressão é o seu maior pilar, de forma que sua restrição somente deve ocorrer em hipóteses raríssimas. Para o Ministro, a divulgação de um modo de pensar, de uma nova forma de interpretar "verdades" históricas, longe de constituir ofensa à democracia, é instrumento para seu aprimoramento. Nas palavras do Ministro:

> [...] Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por consequência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade.[302]

Seguiu o Ministro defendendo que, a despeito de o livro possuir caráter científico, deixa transparecer o autor uma certa ideologia preconceituosa em relação aos judeus. Contudo, isso não seria motivo suficiente para restringir a liberdade de expressão, já que não caberia ao Estado calar os irracionais, mas deixar à sociedade a tarefa de refutar a ideia, por meio do livre debate. Conforme asseverou em seu voto:

> Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação de violência, mas que expõe a versão de um fato histórico – versão esta, é bom frisar, que pessoalmente considero deturpada, incorreta e ideológica –, transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?
> O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de ideia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa ideia [...]. O combate deve basear-se em critérios justos limpos, no confronto de ideias. Parafraseando Voltaire, citado pelo ministro Carlos Britto, afirmo: não concordo com o que o paciente escreveu, mas defendo o direito que ele tem de divulgar o que pensa. Não é a condenação do paciente por esta Corte – considerado o crime de racismo – a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado torna-se mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos.[303]

O ministro consignou, por fim, o mesmo que já havia sido levantado pelo Ministro Carlos Ayres Britto: a Constituição Federal, brasileira e para os brasileiros, voltada à regulamentação dos problemas do país, *erigiu o racismo contra o negro como imprescritível*, eis que este é o problema histórico a merecer tamanha repressão – excepcionalíssima. A

[302] Ibidem, fls.876.

[303] BRASIL. Supremo Tribunal Federalcit., fls. 888-889.

entender de forma diversa, partindo de uma interpretação do art. 20 da Lei nº 7.716/89, o intérprete estaria interpretando a Constituição tendo como base os valores estabelecidos em lei ordinária, em verdadeira inversão de valores.

Como se percebe, a despeito de a Corte ter negado a ordem, mantendo a condenação de Ellwanger, pela imprescritibilidade do delito, valorosas contribuições pontuais foram oferecidas por alguns ministros – tanto do lado dos que negaram a ordem como daqueles que a concederam.

Contudo, embora o cerne da questão tenha sido outro, mais simplório e menos interessante para o propósito aqui estabelecido, pode-se sintetizar as principais linhas de pensamento adotadas pelos Ministros, como um todo, ainda que com ligeiras divergências: a) a prática de racismo, considerada crime imprescritível pela Constituição Federal, não estaria restrita à discriminação racial contra os negros; b) a liberdade de expressão é um direito fundamental do Homem, que, por não ser absoluto, deve ser ponderado com eventuais outros direitos fundamentais em situações de aparente conflito; c) o revisionismo histórico (e o negacionismo histórico) constitui situações albergadas pela liberdade de expressão, a desafiar a proteção estatal, desde que não se caracterizem como meros pretextos pseudocientíficos para a ofensa à honra de determinados grupos, ou para a incitação à discriminação e à violência.

3.4 **Conclusão**

Uma vez estabelecido o cenário atual do tratamento dispensado aos conflitos envolvendo a liberdade de expressão, impõe-se reconhecer que, a despeito do entendimento liberal estadunidense, as democracias contemporâneas tendem a limitar a liberdade de expressão no que tange aos chamados “discursos de ódio”, ou de forma mais genérica, aos discursos potencialmente ofensivos, já que nem sempre se poderá falar em ódio propriamente dito.

Prevalece, portanto, a ideia de democracia militante, de um Estado Social que não se limita a abster-se de intervir nas liberdades individuais, mas que atua positivamente para promover os valores fundamentais de uma democracia, como, por exemplo, a igualdade material.

Assim, como se viu, a utilização do Direito Penal para a regulamentação deste conflito social é fenômeno real e cada vez mais recorrente, por meio da criminalização de condutas

que vão desde a incitação à violência por motivo de ódio até a mera negação de um fato histórico.

Nesse contexto, apenas tecer críticas à criminalização, como um todo, sem apontar possíveis soluções para o problema, seria transitar entre a "crítica autoparalisante" e o "solipsismo jurídico-penal", como bem ressalta Luís Greco[304], já que "hinos de lamento nunca são escutados por muito tempo"[305]. Por esta razão é que se tentará estabelecer ao menos um esboço do que possa ser considerada uma "teoria dos delitos de expressão", hábil a ser utilizada como limite interpretativo ao poder punitivo.

[304] GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011. p. 42-46.

[305]"Os juízes, em cujas mesas há pilhas de processos, têm de saber como o direito positivo deve ser aplicado. Se a doutrina do direito penal se ocupa apenas da crítica, mas nunca dos detalhes do trabalho dogmático, a prática acabará recorrendo ou às suas próprias rotinas internas, ou aos apologetas. Também o legislador será o último que buscará orientação de uma doutrina que apenas lhe diz que tudo o que não pode ser deduzido dos escritos de Kant é inaceitável. A crítica acaba, assim, por paralisar-se a si mesma, porque ela fecha todos os caminhos para realizar suas propostas." Ibidem, p. 49.

4 A DOGMÁTICA PENAL COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO – POR UMA TEORIA DOS CRIMES DE EXPRESSÃO

4.1 Tipos penais de lesão e tipos penais de perigo

Tipos penais de dano (ou de lesão) são considerados aqueles que exigem, para sua consumação, a superveniência de um resultado naturalístico consistente na efetiva lesão ao bem jurídico pretensamente tutelado pela norma penal.[306] Tipos penais de perigo, por sua vez, são aqueles que dispensam a efetiva ocorrência da lesão ao bem jurídico, e podem ser classificados em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Nas palavras de Roxin:

> *Según que el objeto de la acción del tipo deba ser danado o sólo puesto en peligro en su integridad, se distingue entre delitos de lesión y de peligro. En los delitos de lesión, que constituyen la mayor parte de los tipos, el objeto de la acción ha de ser realmente danado para que haya un hecho consumado; así sucede en los delitos de homicídio (§§ 211ss.), en los delitos de lesiones (§§ 223ss.), en los daños (§ 303), etc. En cambio, en los delitos de peligro el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa para el objeto de la acción. Entre los mismos la división más importante es la de delitos de peligro concreto y abstracto.*[307]

Doutrinariamente, tipos penais de perigo concreto são aqueles que exigem, para sua configuração, a efetiva ocorrência de uma situação de risco de dano ao bem jurídico[308]. Os tipos de perigo abstrato, por sua vez, são aqueles que dispensam qualquer avaliação *ex post facto* acerca da criação, pela conduta, de uma eventual situação concreta de risco de dano ao bem jurídico pretensamente tutelado pela norma[309].

Os tipos penais relacionados ao discurso de ódio, *de lege lata* e de *lege ferenda*, estão vocacionados a integrar o grupo dos crimes de perigo abstrato, já que nestes se criminaliza a conduta de exposição de ideias preconceituosas ou discriminatórias, sem que haja necessidade

---

[306]BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... op. cit.,p. 282.

[307] ROXIN, Claus. *Derecho penal*... op. cit., p. 335-336.

[308]BITENCOURT, op. cit., p. 282.

[309]*Ibidem*. René Ariel Dotti utiliza o termo "crimes de perigo presumido" para a se referir a estes delitos. DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 415-416.

de comprovação da efetiva ofensa à dignidade dos receptores da mensagem ou a efetiva criação de um risco de desencadeamento de atos violentos contra estas pessoas.

Assim, exemplificativamente, no caso Ellwanger, o tipo penal do art. 20 da Lei nº 7.716/89 foi interpretado como crime de perigo abstrato, na medida em que se definiu como desnecessária qualquer análise da eventual existência de uma situação concreta de perigo de dano, consistente no risco de ofensa à honra dos judeus ou no risco de adoção das ideias antissemitas pelos demais membros da sociedade. Entendeu-se, portanto, que este risco era presumido.

Antes, porém, de adentrar ao estudo específico do *hate speech* como tipo penal de perigo abstrato, é necessário estabelecer o panorama atual da dogmática penal em relação à admissibilidade dos crimes de perigo abstrato.

4.1.1 Crimes de perigo e as modernas discussões a respeito da dispensabilidade de uma ofensa ao bem jurídico

O Direito Penal, como sabido, é o instrumento mais invasivo de que dispõe o Estado para regulamentar as atividades em sociedade. Por meio dele, o Estado intervém na liberdade individual dos cidadãos, de duas formas: (i) Inicialmente, por meio da imposição de um dever de agir conforme o Direito (seja por meio de um "fazer" ou de um "não fazer"); (ii) depois, em caso de descumprimento do mandamento inicial, pela sanção inerente a todo tipo penal (preceito secundário da norma penal).

Assim, é possível traçar um paralelo entre os modelos de crimes e os modelos de Estado. Um Estado cujo modelo de crime seja, invariavelmente, uma ofensa a um bem jurídico, tenderá a ser reconhecido como um Estado Democrático. Por outro lado, um Estado que adota como conceito de crime a conduta que simplesmente viola os deveres impostos pelo Estado, desprovida deste conceito a necessidade de um mínimo aspecto material consistente nos fins protetivos da norma penal, caminhará a passos largos para o seu reconhecimento como Estado autoritário. [310]

Isso porque o primeiro modelo de Estado está calcado no princípio da ofensividade, projeção ideológica inerente à própria noção de Estado Democrático, que tem como

[310] HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?. In: HEFENDEHL (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007. p. 103.

fundamento axiológico o comprometimento do Estado com os direitos e garantias do indivíduo.[311]

De fato, numa sociedade pretensamente democrática a limitação das liberdades individuais não pode estar vinculada à mera "vontade do Estado". Nas palavras de Hassemer: "A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido".[312]

Isso significa, portanto, que num Estado Democrático de Direito tamanha intervenção só se justificaria em casos excepcionais, quando estritamente necessário à manutenção ou promoção de uma convivência pacífica entre os indivíduos. Assim, a penalização de um determinado comportamento, de uma determinada conduta, necessita de "uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador".[313]

Essa mundivisão jurídico-penal, que vê no bem jurídico um critério de limitação à empreitada criminalizante, é amplamente aceita pela literatura penal.[314]

Contudo, considerando-se as transformações provocadas pela sociedade pós-industrial, ganharam corpo as discussões a respeito do conceito de bem jurídico e, em certos casos, sobre sua eventual dispensabilidade diante das novas demandas sociais.[315]Assim, modernamente trava-se respeitável discussão no que tange à legitimidade da existência de tipos penais que não exigem uma ofensa (por lesão ou perigo concreto de lesão) a qualquer bem jurídico[316], principalmente em razão da proliferação de tipos penais que não visam a proteção de um bem

---

[311] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal:* Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009. p. 67.

[312] HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten... op. cit., p. 103.

[313] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Trad. De André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013. p. 11.

[314] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007. p. 96-97; BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro...* op. cit.,tomo I. p. 215; DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal...* op. cit., p. 27; DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal...* op. cit.,p. 140-141; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição...* op. cit., p. 40-41; BACIGALUPO, Enrique. *Manual...* op. cit., p. 8.

[315] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014. p. 255.

[316] Luis Greco afirma que existem, basicamente, quatro grandes pilares centrais da discussão envolvendo as diversas teorias do bem jurídico: a existência de conceitos imprecisos sobre "bem jurídico-penal", o solipsismo jurídico-penal (não há preocupação com o tratamento que as condutas receberão fora do Direito Penal), o caráter excessivamente abstrato da discussão e a divisão dos críticos em "apologetas" do sistema e "autoparalisantes" (por criticarem praticamente tudo, fechando os caminhos para as próprias propostas de solução). GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal...* op. cit., p. 39-50.

jurídico individual, num processo gradual de transpersonalização do direito penal[317], conferindo ao indivíduo uma posição periférica, com vistas à criminalização de condutas que não lesionem diretamente qualquer pessoa.

Adiante se fará uma breve análise do panorama atual das discussões que envolvem o bem jurídico como limitador do poder punitivo na sociedade contemporânea, em especial com relação à legitimidade da criação de tipos penais de perigo abstrato, já que nestes a justificativa se encontra na mera periculosidade potencial da conduta.

4.1.1.1 As teses afirmativas

Para os defensores desta forma de pensar a dogmática penal tradicional seria um instrumento obsoleto, incapaz de dar cabo das novas demandas criminalizantes que emergem no contexto de uma sociedade de risco.

Conforme assevera Luís Greco, Günther Stratenwerth vê o direito penal como ultrapassado, calcado em figuras dogmáticas obsoletas, que não mais seriam capazes de dar uma resposta satisfatória aos novos problemas inerentes a uma sociedade que se transformou, motivo pelo qual o direito penal – e sua dogmática – deveriam acompanhar estas transformações[318].

Enquanto grande parte da doutrina vê o Direito Penal como *ultima ratio*,legitimando sua intervenção apenas quando indispensável à manutenção de boas condições de vida em sociedade, por meio da exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos de grande relevância, o autor alemão enxerga a questão por um prisma diferente: em havendo uma chance mínima de o Direito Penal ajudar, de alguma forma, a melhorar a vida na Terra, estaria legitimada a intervenção jurídico-penal.

Segundo Luís Greco, Kuhlen propôs uma espécie de relativismo democrático. O autor defendia que as críticas formuladas pela escola de Frankfurt – capitaneada por Hassemer – nada mais seriam do que demonstração de uma certa arrogância do jurista, que partiria da premissa equivocada (ou pelo menos não demonstrável) de que possuiria uma capacidade maior de formular juízos críticos acerca dos problemas sociais e das possíveis soluções.[319] Entendia, ainda, como legítima a tipificação de crimes de perigo, posto que o direito penal

---

[317] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit.,tomo I, p. 226.
[318] GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal*... op. cit., p. 10.

[319] Ibidem, p. 12.

não só estaria autorizado, mas obrigado a intervir nos novos problemas, nem que para isso fosse necessário proceder-se à criação de uma nova estrutura dogmática capaz de dar cabo da tarefa.[320]

Tiedmann, por sua vez, vê no direito penal uma função de "pioneirismo". Para ele o direito penal poderia e deveria colaborar para a construção ou sedimentação de novos valores na sociedade. O autor defende, ainda, a relativização da ideia de direito penal como *ultima ratio*. Como salienta Luís Greco, o entendimento de Tiedmann se fundamenta na premissa de que "face à densa rede de controle e sanções administrativas, nem sempre se pode dizer que a pena será a intervenção estatal mais gravosa."[321]

Urs Kindhauser tentou compatibilizar a dogmática dos crimes de perigo abstrato com a ideia de proteção ao bem jurídico e propôs que os tipos penais de perigo abstrato tivessem um bem jurídico próprio: a segurança[322].

Nas palavras de Kindhauser:

> *Más importante y fundamental que estos problemas técnicos es la cuestion de la fundamentación del injusto de los delitos de peligro, pues todos los delitos de peligro tienen el elemento negativo común de que su injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico. Solamente cuando se haya aclarado si los delitos de peligro tienen un contenido autónomo de injusto frente a los delitos de lesión, merece la pena responder a la pregunta técnica de si este injusto se puede subdividir en otras formas específicas de delito. Por esta razón, en las siguientes consideraciones me concentraré en la posibilidad de fundamentar un injusto autónomo de peligro.*[323]

Assim, para Kindhauser os delitos de perigo não seriam, na verdade, delitos estruturalmente construídos sob a premissa de que a prática das condutas ali incriminadas gerariam uma situação de *risco* de lesão a um determinado bem jurídico, mas deveriam ser interpretados sob o prisma da *efetiva lesão* a um bem jurídico próprio, que é a segurança, em suas mais variadas formas.

Dessa maneira, o crime de falso testemunho, por exemplo[324], não seria um crime de "perigo de dano" à administração da Justiça, pela possibilidade de dar causa a uma sentença

---

[320] Ibidem, p. 13.

[321] Ibidem, p. 5-6.

[322] KINDHAUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. In: *Dret. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, p. 14, 2009.

[323] KINDHAUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. In: *Dret. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, p. 3, 2009.

[324] Ibidem,p. 17.

equivocada, mas um delito que lesionaria, desde já, um bem jurídico, que seria a segurança depositada pelos indivíduos na administração da Justiça. Assim, os delitos de perigo *não seriam puníveis por poderem desencadear uma situação de dano ao bem jurídico*, mas por causarem o próprio dano, consistente em *lesão à segurança* (por causarem insegurança), gerando prejuízo social.

4.1.1.2 As teses críticas e as teses intermediárias

As teorias que se desenvolveram sobre o pilar da dispensabilidade de ofensa (por lesão ou perigo concreto de lesão) ao bem jurídico são alvo de críticas de renomados estudiosos, notadamente na doutrina alemã, como Hassemer e Naucke. A Escola de Frankfurt[325], como ficou conhecida, buscou defender a ideia de que um Direito Penal inserido num Estado Democrático de Direito não poderia prescindir de um conceito material limitador do poder punitivo, que seria o bem jurídico-penal.

Winfried Hassemer adota uma noção personalista de bem jurídico, entendido como o interesse humano digno de proteção penal. Os bens de caráter supraindividual devem ser capazes de ser direcionados à proteção do ser humano individualmente considerado[326], no que se denominou *teoria monista-personalista* do conceito de bem jurídico.

O Direito Penal moderno, na visão de Hassemer, se afasta do modelo ideal, que corresponderia à intervenção exclusiva sobre condutas que lesionem ou exponham a perigo concreto de lesão o bem jurídico[327].

Ainda sobre a "evolução" do Direito Penal, Hassemer traça, basicamente, quatro críticas: a) a proliferação de bens jurídicos vagos, sem referência individual; b) a criação de diversos crimes de perigo abstrato – que intervêm na liberdade individual sem que nenhum mal ocorra ou esteja prestes a ocorrer; c) o aumento das cifras negras, decorrentes da incapacidade de o direito penal lidar com tais problemas; d) a perda da identidade do direito penal, que se torna cada vez mais simbólico, prometendo o que não tem condições de cumprir.[328]

---

[325] Luís Greco alerta para o perigo de se utilizar este termo, já que dentre os professores de Frankfurt existem "notáveis divergências". GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal...* op. cit., p. 15.

[326] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y sociedad:* Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal. Trad. De Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita.Bogotá: Ed. Temis, 1999. p. 33.

[327] HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...* op. cit., p. 72.

Diante disso, propõe algumas soluções:[329]

1) Direito de intervenção – uma espécie de meio-termo entre o direito penal e o direito privado, destinado a tutelar estes "novos problemas".

2) A volta do direito penal ao seu modelo tradicional e ideal num estado de direito, tendo o bem jurídico individual como limitador à sua intervenção.

A despeito das valorosas e ponderadas observações de Hassemer, quanto à criação de um "ramo autônomo" do direito para cuidar destes problemas contemporâneos não há elementos que permitam afirmar que as soluções propostas pelo "direito de intervenção" sejam menos gravosas que aquelas estabelecidas pelo direito penal.

Conforme assevera Luís Greco, Wolfgang Naucke também pode ser considerado crítico da tendência mundial de proliferação dos crimes de perigo abstrato. O autor alemão defende que se deve formular uma dogmática penal capaz de fornecer subsídios universais para legitimar a criação de tipos penais, numa espécie de imperativo categórico do direito penal, restrito àquelas condutas absolutamente violadoras da liberdade ou da dignidade de outros indivíduos, e desde que dolosamente praticadas, não abrindo espaço para delitos culposos ou omissivos.[330]

Além das teorias afirmativas e das teorias críticas, existem também defensores de teses intermediárias a respeito da legitimidade dos delitos de perigo abstrato. Pela relevância, podem-se destacar as contribuições de *Roxin*, *Schünemann* e *Wohlers*.

Para Claus Roxin, o Direito Penal só intervém legitimamente quando visa à proteção de bens jurídicos, seja criminalizando a própria lesão ao bem jurídico, seja criminalizando a exposição do bem jurídico a um perigo concreto de lesão. Defende, ainda, que essa necessidade deriva da função social do Direito Penal, que consiste, em síntese, em garantir a coexistência pacífica dos indivíduos, e desde que isso não possa ser feito de forma menos invasiva – leia-se, por outros ramos do Direito[331].

A lógica roxiniana é contratualista e simples: os indivíduos transferem ao Estado apenas o direito de intervir em suas liberdades individuais quando seja estritamente necessário

---

[328] Essa é a principal crítica formulada por Peter-Alexis Albrecht, para quem tal concepção de direito penal faz apenas alguns indivíduos como bodes expiatórios, e ao invés de resolver o problema acaba por agravá-lo, já que se propõe como solução, mas uma solução irrealizável. P.-A. Albrecht. KritV, 1988. p. 197, apud GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal...* op. cit., p. 22.

[329] HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y sociedad...* op. cit., p. 32-33.

[330] GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal...* op. cit., p. 18-19.

[331] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos...* op. cit., p. 16-17.

para a obtenção da perseguida coexistência pacífica, e isso deve ser feito, primordialmente, pelos meios menos invasivos.[332]

De fato, o raciocínio segue uma lógica de difícil refutação. A liberdade de agir não pertence, originalmente, ao Estado. Assim, este não tem o poder de "conferir liberdades" ao indivíduo, discricionariamente, pois não as têm originalmente. A liberdade individual pertence originalmente ao indivíduo, por sua própria condição de ser humano, de forma que cabe ao Estado intervir para restringir esta liberdade somente quando estritamente necessário, já que nem toda violação ao contrato social deve ser objeto do Direito Penal. A violação ao contrato social é apenas um dos requisitos.[333]

Assim, pode-se dizer que Roxin defende uma teoria da *proteção subsidiária de bens jurídicos* como finalidade do sistema jurídico-penal e, portanto, a legitimidade de determinada norma penal incriminadora deverá ser avaliada a partir deste prisma.[334]

Isso não significa, necessariamente, que os bens jurídicos sempre serão entregues ao legislador pela realidade fática, mas muitas vezes deverão ser por ele criados. A criação de bens jurídico-penais, por sua vez, deve estar atrelada aos fins do Direito penal. Desta maneira, o autor divide o conceito de bens jurídicos em: (i) circunstâncias reais dadas (bens dotados de especial relevância social, como a vida, a integridade física, o patrimônio etc.); e (ii) finalidades necessárias (estas seriam criações legislativas cuja finalidade seria a obtenção de "uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos").[335] Disso resulta o entendimento de que o conceito de bem jurídico não se restringe apenas aos bens jurídicos individuais, mas também aos coletivos (ou bens jurídicos da "generalidade").

Dessa maneira, Roxin buscou traçar um *conceito crítico de bem jurídico*, destinado a impor limites ao legislador, em contraponto ao *conceito metódico de bem jurídico*, que se constitui em mera formalidade legitimadora da opção legislativa, no qual se busca apenas entender o que pretendeu a norma tutelar, numa espécie de interpretação teleológica[336].

---

[332] ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006. p. 32-33.

[333] Ibidem, p. 35.

[334] GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal*... op. cit., p. 37.

[335] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos*... op. cit., p. 18-19.

[336]ROXIN, Claus. *Estudos*... op. cit., p. 36-37.

Contudo, a necessidade de ofensa a um bem jurídico é mero *limitador* do poder punitivo[337], incapaz, portanto, de determinar quando a criminalização será legítima (mas apenas quando será, necessariamente, ilegítima). Assim, faz-se necessário estabelecer parâmetros para que a criminalização não seja mero exercício de poder, e Roxin estabelece nove premissas básicas.[338]

Da análise dessas nove premissas é possível concluir que Roxin vê a pretensão de proteção do bem jurídico como uma finalidade do direito penal, embora não haja uma rejeição absoluta aos delitos de perigo abstrato, que devem ser analisados casualmente, a fim de que se verifique o grau de abstração da conduta tipificada e seu potencial lesivo ao bem jurídico[339], de forma a garantir que a intervenção penal seja proporcional (adequada, necessária e proporcional *strictosensu*), permitindo a proteção de interesses sociais constitucionalmente garantidos sem que haja uma limitação indevida da esfera de liberdade do indivíduo.[340]

Bernd Schünemann[341], a seu turno, desenvolveu uma concepção iluminista de bem jurídico, baseada no contrato social, que não conjuga apenas os indivíduos "atuais", mas também as gerações futuras, o que justificaria, por si só, a tutela penal do meio ambiente, por exemplo. Tece críticas aos partidários da dispensabilidade do bem jurídico, que para ele é um

---

[337] Hassemer afirma que o estabelecimento do paradigma do bem jurídico não deve ser interpretado como um "mandado de criminalização", de forma a legitimar a atividade do legislador de criminalizar qualquer conduta que atente contra um bem jurídico. A noção de bem jurídico possui um viés negativo, ou seja, ela não impõe a criminalização de condutas que ofendam um bem jurídico, mas limita a impõe ao legislador um limite negativo: não criminalizar condutas que não ofendam bens jurídicos. HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten... op. cit.,p. 98.

[338] (i) São inadmissíveis as normas incriminadoras meramente ideológicas (motivação ideológica) ou que atentem severamente contra os direitos humanos. (ii) A simples transcrição do objetivo da lei não é fundamento do bem jurídico. (iii) Os meros atentados à moral não justificam a criação de um tipo incriminado, salvo se se constituírem como ameaças à liberdade e à segurança de outros indivíduos. (iv) Um atentado à dignidade humana não é, por si só, uma justificativa. (v) A proteção de sentimentos somente pode justificar-se como proteção de bem jurídico-penal quando se esteja diante de ameaça. (vi) A autolesão consciente (suicídio, por exemplo), bem como seu estímulo (induzimento, instigação) ou qualquer outra forma de participação em tais condutas não justificam a intervenção do Direito penal. (vii) Leis penais simbólicas não seriam legítimas, pois não buscam a proteção de bens jurídicos. (viii) O Direito Penal não deve se prestar a regulamentar tabus. Desta maneira, a criminalização do incesto ou da prostituição, por exemplo, seriam medidas de intervenção ilegítima. (ix) Os bens jurídicos dotados de alto grau de abstração não são aptos a justificar a criação de normas penais, devendo ser devidamente especificados de modo que se possa estabelecer um raciocínio minimamente válido sobre a relação entre o bem jurídico alegado, os fins da norma e sua capacidade de alcançá-lo. ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos*... op. cit.,p. 20-25.

[339] Ibidem,p. 81.

[340] Ibidem,p. 22-23.

[341] SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

imperativo axiológico do contrato social e da Constituição, mas rechaça a ideia de bem jurídico como algo estritamente individualista.[342]

Segundo Luís Greco, Schünemann concorda com Tiedmann no que tange à necessidade de rever a questão do Direito Penal como *ultima ratio*, ao argumento de que nem sempre a solução ao Direito Penal será melhor que o próprio Direito Penal. Legitima, ainda, os tipos de perigo abstrato, mas não negligencia uma análise cuidadosa de cada um deles, para evitar ingerências desnecessárias do direito penal sobre as liberdades individuais[343].

Wolfgang Wohlers, por fim, critica a tentativa de deslegitimar a opção legislativa por criminalizar tal ou qual comportamento[344], entendendo que o caminho a ser seguido é estabelecer uma "teoria dos crimes de perigo abstrato", dividindo-os em três grupos:

a) *Delitos de ação concretamente perigosa*[345] – aqueles que proíbem uma conduta capaz de desencadear uma ação perigosa ao bem jurídico e não mais controlável pelo agente, e que não depende de uma outra conduta (do próprio ou de terceiros) para que o bem jurídico seja lesado ou posto em perigo, como, por exemplo, dirigir embriagado.

b) *Delitos de cumulação*[346] – comportamentos individualmente insignificantes, mas que, uma vez adotados por grande número de pessoas passam a colocar em perigo o bem jurídico[347]. A noção de cumulação, porém, deve se basear em expectativas realistas.

c) *Delitos de preparação*[348] – comportamentos não lesivos ao bem jurídico, mas que criam uma situação de perigo a que o próprio agente, ou terceira pessoa, venha a cometer uma ação que viole o bem jurídico.

Nesse sentido, ao tratar especificamente dos delitos de perigo abstrato, defende o abandono da terminologia "crimes de perigo abstrato" e a adoção do termo "crimes de

---

[342] GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal*... op. cit., p. 28-29.

[343] Ibidem, p. 27-30.

[344] *Ibidem*, p. 33.

[345] HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*... op. cit., p. 289.

[346] Ibidem, p. 289.

[347] "Onde iríamos parar se todos fizéssemos o mesmo". Trata-se de frase de HERZOG, apud D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade*... op. cit.,p. 119. Fábio D'Ávila, porém, critica a ideia de delitos de acumulação, pois entende que não se poderia conceber uma ofensa que transcenda a relação entre a conduta e o bem jurídico tutelado, mas que dependa de uma hipotética reiteração por terceiros.

[348] HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del bien jurídico y estructura del delito*... op. cit., p. 288.

potencial lesivo". Quando se adota o termo "perigo abstrato" há, implícita, a presunção de exposição do bem jurídico à situação de perigo. Contudo, o termo "potencial lesivo" indica que a conduta incriminada é, num juízo de valor prévio, capaz de expor o bem a esta situação de perigo de dano. Porém, nada impediria que se demonstrasse, no caso concreto, a completa ausência de potencial ofensivo da conduta.

4.1.1.3 Posicionamento

Como se verifica, há grande celeuma doutrinária a respeito da legitimidade da intervenção penal sobre condutas que não lesionem ou exponham um bem jurídico a risco concreto de lesão.[349] Contudo, é possível afirmar que majoritariamente se entende que a criminalização de uma conduta depende de algo mais que a mera discricionariedade legislativa, ou seja, depende de um substrato axiológico externo que a legitime.

As bases que servem de alicerce para a análise crítica dos tipos penais variam em diversos aspectos, a depender da teoria adotada, mas também é possível afirmar, com boa dose de segurança, que os valores e interesses cuja necessidade de proteção seja capaz de desafiar a intervenção penal encontram-se estampados na Constituição Federal, já que traduz os valores fundamentais de uma determinada sociedade[350], num dado contexto histórico. Tudo isso agregado a uma característica deveras importante: a positivação destes valores, seu reconhecimento formal pelo Estado, o que confere maior segurança jurídica.

De fato, se a visão metodológica de bem jurídico o reduz a uma função meramente hermenêutica, um conceito crítico deve apontar soluções relativamente seguras, sob pena de conferir ao legislador o mesmo poder discricionário, travestido de legitimidade axiológica. Desta forma, é somente da Constituição, assim entendida como um conjunto de valores que estruturam uma sociedade, que o legislador pode extrair a matéria-prima para o processo de criminalização.

Isso não significará, por certo, que todo bem ou valor constitucionalmente assegurado deverá ser protegido pela norma penal. Significa, apenas, que toda e qualquer criminalização que não corresponda à pretensão de tutela de um destes valores fundamentais não será legítima. Para que se possa falar em legitimidade da criminalização de uma conduta será

---

[349] ROXIN, Claus. *Estudos*... op. cit., p. 53.

[350] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. São Paulo: Ed. RT 2013. p. 137. No mesmo sentido, PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*... op. cit., p. 50-51.

necessário, ainda, extrair-se uma solução proporcional entre a liberdade individual restringida[351], de um lado, e o bem que se pretende proteger, de outro. Por proporcionalidade compreenda-se a solução que seja adequada, necessária e estritamente proporcional, em razão da proibição do excesso. [352]

Dessa maneira, proporcionalidade e bem jurídico não se excluem, mas se complementam. Este como pressuposto material-valorativo de limitação da atividade punitiva; aquela como indicador da legitimidade da opção legislativa, *caso a caso*.[353]

Assim, especificamente em relação aos tipos penais de perigo (e principalmente em relação aos tipos de perigo abstrato), é necessário criar parâmetros seguros capazes de estabelecer em que circunstâncias uma intervenção penal será dotada de legitimidade, já que se trata de um processo de antecipação da tutela penal para momentos cada vez mais distantes da efetiva lesão ao bem jurídico.

4.2 **Os discursos potencialmente ofensivos como crimes de perigo abstrato**

Os discursos potencialmente ofensivos somente podem ser analisados por dois prismas: (i) como ofensa à honra subjetiva dos receptores da mensagem; (ii) como elemento potencialmente desencadeador de atos concretos de violência ou de violação aos direitos de terceiros.

Com relação ao primeiro, duas opções se apresentam: (i) considera-se a norma como um crime de *lesão*; (ii) considera-se a norma como um crime de *perigo* (abstrato ou concreto).

Contudo, ao entender que se trata de delito de lesão (por ofensa à honra subjetiva dos receptores da mensagem) a norma penal que criminaliza um discurso, alguns problemas se apresentam de imediato, como a definição dos sujeitos passivos da conduta e o elemento subjetivo do delito. A opção por esta hipótese é supérflua, já que, em sendo possível individualizar os sujeitos passivos do delito, e sendo dolosa a ofensa, se teria um ordinário crime de injúria, ainda que múltiplo, e a limitação à liberdade desde já estaria legitimada[354].

---

[351] ROXIN, Claus. *Estudos...* op. cit., p. 70.

[352] SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão...* op. cit., p. 100-101.

[353] Ibidem, p. 102-103.

[354] Importante notar que, em relação aos crimes contra a honra, a própria Constituição Federal parece ter realizado uma "ponderação prévia", facilitando o trabalho do legislador, ao dispor, em seu art. 5º, X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação." Daí é possível extrair a interpretação de que as violações a

Assim, e considerando que, no mais das vezes, os discursos de ódio não são direcionados a uma pessoa específica, mas a grupos determinados ou determináveis[355], eventuais normas penais destinadas a reprimir o discurso terão vocação para compor o grupo dos crimes de perigo.

Isso porque a preocupação do legislador é prevenir eventuais danos que possam resultar da conduta do agente. Estes danos podem ser de ordem interna em relação às pessoas ofendidas (que seriam violadas em sua honra subjetiva), bem como podem ser de ordem externa, pela estigmatização social de um determinado grupo.

Em relação à segunda hipótese (prevenção de atos concretos de violência ou de violação aos direitos de terceiros) a solução não é diferente, pois se o tipo penal criminaliza a exposição de ideias que *podem* desencadear, abstratamente, atos de hostilidade ou violência contra terceiros, necessariamente estará buscando *prevenir* a ocorrência de uma lesão, antecipando-se à causação do mal. Neste sentido, os tipos penais cuja finalidade seja a limitação da liberdade de expressão como forma de *prevenção* de atos de violência ou hostilidade devem ser considerados como crimes de perigo.

Dessa forma, concluindo-se por se tratarem de crimes de perigo (em ambos os casos), o dolo do agente deve estar voltado à exposição do bem jurídico ao risco de dano (situação de perigo)[356], que é o resultado jurídico que integra o tipo.[357]

Assim, exemplificativamente, quando alguém discursa em público defendendo a inferioridade moral dos homossexuais, será necessário comprovar, apenas, sua intenção em criar a situação de risco, ou seja, o dolo de proferir o discurso publicamente, independentemente da efetiva comprovação de que as palavras tenham chegado ao conhecimento de algum grupo de homossexuais, causando-lhes dor e depreciação em sua honra subjetiva, motivo pelo qual se diferencia, estruturalmente, do crime de injúria.

---

estes bens jurídicos somente deveriam ser tuteladas pelo direito civil, por meio de eventual reparação dos danos causados, afastando, portanto, a possibilidade de utilização do direito penal para estes fins.

[355] No caso *Ellwanger*,por exemplo, o discurso (a despeito da discussão sobre sua natureza) era direcionado aos judeus, como um todo.

[356]HUNGRIA, Nelson. p. 33, *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... op. cit.,p. 282.

[357] O perigo, conforme assevera René Ariel Dotti, deve ser aferido por meio de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade. Nas palavras do autor: "O perigo é a probabilidade de um evento temido. O perigo não passa de uma especificação do dano: é o dano potencial, não o efetivo. Sob a perspectiva do Direito Penal, o perigo pode ser definido como a probabilidade de um evento temido. (...) A probabilidade distingue-se da mera possibilidade, ou seja, um fenômeno de maior amplitude no campo do acontecimento futuro." DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*... op. cit., p. 415.

Da mesma forma, quando alguém incita a população a hostilizar o povo judeu, será necessário verificar, apenas, a intenção de praticar a conduta, independentemente da comprovação de que algum ato de hostilidade chegou a ser praticado em razão deste discurso antissemita.

A criminalização dos discursos potencialmente ofensivos, portanto, deve-se ao fato de que eles *são capazes* de expor o bem jurídico a uma situação de *perigo* de dano. Caso se entenda que são crimes de perigo concreto, a efetiva ocorrência da situação de perigo deve ser demonstrada; por outro lado, entendendo-se que são crimes de perigo abstrato, dispensa-se a efetiva demonstração da ocorrência da situação de perigo no caso concreto, o que não exime o aplicador da norma de verificar se o discurso tinha, ao menos, potencial para expor o bem jurídico a esta situação de perigo.[358]

Naturalmente, uma vez definido que as condutas criminalizáveis como *hate speech* devem ser consideradas tipos penais de perigo, necessário se faz enquadrar tais condutas numa das espécies: tipos penais de perigo abstrato ou tipos penais de perigo concreto.

Adotando-se a linha de pensamento seguida pela jurisprudência estadunidense, não haveria dificuldade em se estabelecer que as limitações à liberdade de expressão deveriam ser, necessariamente, realizadas exclusivamente por meio de tipos penais de perigo concreto, já que fundamentada na ideia de "incitação real a uma ação iminente" (*Imminent Lawless Action Test*).

Lado outro, a construção hermenêutica formulada pela Corte Europeia de Direitos Humanos está fundamentada na mera possibilidade de que, da conduta, sobrevenham danos à sociedade – seja em razão da violação potencial à dignidade de determinados grupos, seja em razão da possibilidade de servir como alavanca direta à prática de atos concretos de violência ou hostilidade. Assim, razoável concluir que se trata de uma compreensão acolhedora da ideia de tipo penal de perigo abstrato.

O mesmo se pode dizer sobre o entendimento delineado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Ellwanger. A Suprema Corte brasileira, fundamentada no *potencial discriminatório do discurso*, capaz de disseminar um ideal antidemocrático ou ofender a dignidade do povo judeu (risco abstratamente considerado), concluiu pela punibilidade da conduta. Pode-se dizer, assim, que ao menos no Brasil a tendência é o reconhecimento de que os discursos potencialmente ofensivos consistiriam em *crimes de perigo abstrato*. Ademais, a própria redação do tipo penal inscrito no art. 20 da Lei nº 7.716,

[358] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato...* op. cit., p. 168-169.

de 1989,[359] não exige qualquer consideração a respeito da efetiva exposição do bem jurídico[360] a uma situação concreta de risco de dano.

Contudo, como já dito, os tipos penais de perigo abstrato não dispensam a prova da *potencial lesividade* da conduta. Tais tipos penais estão baseados numa premissa inerente à sociedade contemporânea: a antecipação da tutela penal ou, em outras palavras, a criminalização de condutas que se encontram cada vez mais longe do resultado que se pretende evitar[361], como forma de resposta simbólica disfarçada de pretensa proteção.

O Direito Penal, agora, não se destina mais a evitar um mal por meio da proibição de condutas destinadas à sua realização, mas por meio da proibição de condutas que sejam capazes de criar um risco de ocorrência deste mal[362]. Exemplificativamente, a criminalização, em tempos modernos, não se destina apenas à agressão física contra judeus (crime de lesão), mas ao discurso que considera os judeus como raça inferior, já que pode dar causa a atos de violência baseados na ideologia antissemita (crime de perigo).

O problema dessa concepção reside em estabelecer um limite na escala evolutiva da conduta, a partir do qual se possa afirmar, com segurança, que o bem jurídico esteve sob ameaça (ainda que potencial) de dano. Se por um lado não se exige que este risco ocorra, por outro é necessário comprovar que era possível (ou provável) que viesse a ocorrer. Tal demonstração não é mera exigência de uma dogmática "obsoleta", mas concretização do princípio da ofensividade[363].

Assim, deve ser analisado, em cada caso, se esta periculosidade potencial que integra o tipo penal incriminador restou configurada ou se a conduta é inábil a expor o bem jurídico a um risco de dano, a uma situação de perigo. Segundo Pierpaolo Bottini, esta tarefa não deve

---

[359] BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*... op. cit., p. 782.

[360] O termo "bem jurídico", aqui, não está sendo aplicado sob o prisma crítico, mas apenas sob o viés metodológico, como referência à justificativa fornecida pelo legislador para a criminalização de determinada conduta.

[361] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*... op. cit.,p. 67.

[362] Nas palavras de Pierpaolo Bottini: "Neste contexto, o direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos. O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independente de suas consequências concretas." BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*... op. cit., p. 68.

[363] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., tomo I,p. 225-226. No mesmo sentido, D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade*... op. cit., p. 111.

levar em consideração apenas a probabilidade estatística de que a situação de perigo ocorra, mas a magnitude dos riscos que podem dela advir. Nas palavras do autor:

> Como instituto de um sistema penal aberto e funcional, o risco de um comportamento não pode ser verificado nem definido aprioristicamente, mas apenas dentro do contexto social em que se produz. Logo, a constatação do risco penalmente relevante não se resume à mera probabilidade estatística da produção do resultado, mas deve levar em consideração, ainda, a sua não admissibilidade pela comunidade que o suporta.[364]

Nesse sentido, a conduta *criminalizável* deve ser apta a provocar uma ofensa ao bem jurídico, ainda que esta ofensa não ocorra efetivamente – por lesão ou exposição a perigo de lesão. Nas palavras de Nilo Batista, "é inegável a absoluta irracionalidade de pretender-se punir a ação que não ofende – por lesão ou por exposição a perigo – ninguém."[365]

De fato, se a conduta proibida não é capaz, sequer em tese, de colocar o bem jurídico numa situação de risco de dano, qual a razão de sua existência? Se a análise deve recair exclusivamente sobre o desvalor da conduta, qual seria a razão, por exemplo, para a impunibilidade do crime impossível, já que o desvalor da conduta é o mesmo da tentativa punível?[366]

A solução passa pela análise da realidade fática que cerca cada um dos eventuais tipos penais que se venha a criar. Imagine-se que, numa "Parada gay", um sujeito distribua panfletos aos participantes, defendendo a restrição de determinados direitos civis à comunidade LGBT, como o casamento homoafetivo, a adoção de crianças, dentre outros, por considerar que um casal homossexual não é capaz de constituir uma família.

Nesse específico contexto, a conduta do agente é muito provavelmente incapaz de produzir qualquer resultado (exposição do bem jurídico a risco). Isso porque os destinatários imediatos da mensagem ou são membros da comunidade LGBT ou são simpatizantes, e a probabilidade de serem influenciados por tais declarações é ínfima, quando não inexistente.

Por outro lado, imagine-se que o mesmo sujeito utilize um carro de som para proferir discurso homofóbico, pugnando pela restrição de direitos fundamentais aos homossexuais, em frente a uma escola de ensino fundamental. Neste caso específico, a potencialidade lesiva do

---

[364] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*... op. cit., p. 170-171.

[365] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., tomo I, p. 215.

[366] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... op. cit., p. 542.

discurso é evidente. Crianças são seres em formação e, como tal, estão sujeitas a maior influência ideológica.

Outro exemplo pode deixar mais clara a noção de ofensividade como limitador à punibilidade nos crimes de perigo abstrato. Imagine-se que uma determinada norma penal estabeleça como crime trafegar, na direção de veículo automotor, em velocidade superior a 30km/h em frente a escolas de ensino fundamental. A pergunta que se deve fazer é: a norma se aplica quando a escola estiver em período de férias escolares? A norma deve ser aplicada quando alguém trafega, nesta localidade, em velocidade superior à permitida, mas durante a madrugada?

Para responder a essas perguntas é necessário perquirir o fim da norma – que necessariamente deve ser a proteção de bens jurídicos, individuais ou coletivos. A finalidade da norma, no último exemplo, parece ser a proteção da integridade física das crianças que ali estudam. Desta maneira, criminaliza-se a conduta citada por apresentar *potencial* de exposição do bem jurídico a um risco de dano. Não se exige que o sujeito tenha conduzido o veículo no horário de saída ou de entrada dos turnos, colocando em efetivo perigo de dano centenas de crianças que se encontravam na porta da escola. Não se trata de crime de perigo concreto.

Porém, se não se exige a efetiva situação de perigo de dano, exige-se ao menos que essa situação *pudesse ocorrer*. Desta forma, aquele que pratica a conduta incriminada durante o horário escolar, em dias letivos, está praticando uma conduta que contém potencial para expor o bem jurídico a risco de dano, pois é possível que, a qualquer momento do dia, alguma criança esteja circulando pelos arredores do local.

Contudo, esse potencial de exposição a risco desaparece por completo quando, há muito, não há atividade escolar – seja em razão de férias ou do horário de funcionamento do estabelecimento de ensino.

Poder-se-ia argumentar que o risco não desapareceria por completo, pois nada impediria que alguma criança estivesse a transitar pelos arredores da localidade, ainda que durante o período de férias. De fato, esta possibilidade existiria, mas o risco aqui não se apresentaria de forma maior ou menor que em todos os demais pontos do município. Ao entender desta forma, o aplicador chegaria à inevitável – e odiosa – conclusão de que a norma deveria ser aplicada em todas as ruas da cidade (já que sempre poderia haver uma criança transitando pelo local).

Assim, a única conclusão que parece aceitável é aquela que estabelece o tipo penal de perigo abstrato como a *conduta idônea a produzir um risco não insignificante*[367] *de exposição do bem jurídico a perigo de dano, inexistente em outras atividades não criminalizadas, ou existentes em menor escala.*

4.2.1 Critérios para a aferição da potencialidade lesiva de um discurso

Feitas essas considerações, impõe-se verificar quando, e em que circunstâncias, um discurso, uma mera exposição de ideias, será capaz de criar uma situação de exposição do bem jurídico a um risco de dano que não seja tolerado pela sociedade em relação a outras condutas não submetidas à tutela penal.

Serão analisadas as duas hipóteses de criminalização dos discursos potencialmente ofensivos: (a) tipos penais destinados a proteger a honra subjetiva e a dignidade dos receptores; (b) tipos penais destinados a proteger a paz social e a segurança pública.

4.2.1.1 Discursos ideologicamente antidemocráticos que possam ofender a dignidade e a honra subjetiva dos receptores

Por discursos ideologicamente antidemocráticos serão compreendidos todos aqueles que se baseiam em critérios racistas ou que, por qualquer forma, pregam a desigualdade entre os indivíduos por questões de raça, cor, etnia, orientação sexual, procedência nacional e outros caracteres semelhantes.

Partindo-se de uma concepção de democracia militante[368], na qual o Estado teria o direito de reprimir os discursos que atentassem contra os valores democráticos, seria possível a criminalização de discursos baseados exclusivamente em ideologias que pregam a diferença entre os indivíduos – já que a igualdade entre os homens é um direito fundamental reconhecido interna e internacionalmente.

---

[367] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade...* op. cit., p. 113.

[368] Ao falar sobre democracia militante, BILBAO UBILLOS a caracteriza como: *"Un modelo basado en la idea de que el Estado debe defender la democracia de sus enemigos, que no aceptan las reglas de juego democrático y pretenden subvertirlas. No puede haber libertad para los enemigos de la libertad."* BILBAO UBILLOS. Juan María. *La negación del Holocausto...* op. cit., p. 21.

Essa é uma concepção de Direito Penal que aqui não se defende, mas que não pode ser ignorada. Desta forma, não sendo possível frear a marcha criminalizante, ao menos se faz possível apresentar parâmetros mínimos para que ela ocorra de forma menos irracional.

Em relação aos tipos penais que visam à proteção da honra e da dignidade dos receptores (como, por exemplo, o art. 130 do Código Penal alemão, que criminaliza a negação do Holocausto[369]), por visarem à proteção dos sentimentos dos receptores (autoestima, respeito próprio etc.), devem ser analisados sob três prismas diferentes para que se possa verificar a existência de um potencial lesivo no discurso: (i) a posição social do grupo receptor e do emissor da mensagem; (ii) o meio utilizado para a propagação do discurso; e (iii) o próprio conteúdo do discurso.

Quanto ao primeiro, grupos historicamente estigmatizados e socialmente excluídos têm maiores chances de sofrer alguma violação decorrente de um discurso antidemocrático.[370] De fato, um discurso racista proferido por um branco contra a comunidade negra em qualquer dos estados do sul dos Estados Unidos tem um elevado potencial danoso, já que os negros, historicamente, foram alvos de diversas hostilidades perpetradas pelos brancos, como a escravidão e, mesmo após o fim desta, pela segregação racial que permeou a sociedade americana por muitos anos, fazendo com que, até hoje, alguns reflexos deste ideal racista ainda se verifiquem naquele país. O mesmo se pode dizer em relação a diversos outros países, como o Brasil, ainda que o mito da miscigenação, aqui, tenha conduzido boa parte da opinião pública a acreditar que se vive numa democracia racial.

Por outro lado, nessas mesmas circunstâncias, um discurso antidemocrático proferido por um negro, contra a "comunidade branca", apresentaria um baixíssimo – quando não inexistente – risco de exposição do bem jurídico a perigo de dano.

Saliente-se que não se está a legitimar ou endossar qualquer dos discursos – seja o racismo negro, seja o racismo branco. O que se está a analisar é o potencial de exposição do bem jurídico a um risco de dano, tãosomente. Ambos os discursos são contracientíficos, antidemocráticos e merecem todo o repúdio do Estado e da sociedade.

Entretanto, o repúdio a uma conduta não possui base axiológica suficiente para legitimar a intervenção jurídico-penal por parte do Estado. Se assim o fosse, todas as condutas socialmente reprováveis ou imorais[371] deveriam ser alvo de tutela penal, em verdadeira

---

[369] Este tipo penal ficou conhecido como "mentira de Auschwitz". ROXIN, Claus. *Estudos*... op. cit., p. 50.

[370] SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de expressão*... op. cit.,p. 93.

[371] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos*... op. cit., p. 24.

violação ao princípio da *ultima ratio* e aos postulados da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Quanto ao segundo fator, relevante é a análise do meio utilizado pelo sujeito para proferir o discurso. Por meio entenda-se não apenas o instrumento material (discurso público ou privado, mídia impressa, falada etc.), mas também – e talvez principalmente, a proximidade do discurso com o receptor, em outros termos, a probabilidade de tal discurso atingir os receptores da mensagem, cuja honra subjetiva e dignidade se pretende proteger.

Como exemplo, é possível citar o próprio caso Ellwanger: o meio utilizado por Ellwanger – publicação de livros – era capaz de expor o bem jurídico a uma situação de perigo de dano? Considerando que se está abordando a criminalização sob a ótica da proteção à *honra subjetiva e à dignidade* dos receptores, a resposta parece negativa. Isso porque, em relação especificamente a este bem jurídico, ele só será exposto a uma situação de perigo de dano se os próprios destinatários da proteção – no caso, os judeus – se predispuserem a ler as obras do emissor[372]. Assim, é possível afirmar que o potencial lesivo da conduta de Ellwanger é mínimo, pelo menos em relação a este específico propósito da lei penal.

Situação diversa, contudo, ocorreria caso Ellwanger adquirisse 30 segundos em horário nobre na televisão brasileira e disparasse seus argumentos ideologicamente antissemitas. Nesta hipótese, poder-se-ia argumentar que bastaria mudar de canal. De fato, isto seria possível. Contudo, entender assim seria o mesmo que deslegitimar, *ex ante*,toda e qualquer criminalização de expressão, pois bastaria ao receptor não dar ouvidos ao emissor. A questão aqui não reside em saber se o receptor, de fato, recebeu a mensagem antidemocrática, mas saber se a conduta foi suficientemente capaz de expor o bem jurídico a um risco de perigo de dano e, neste caso, a resposta parece positiva.

Por último, mas não menos importante, a análise do conteúdo do discurso não pode ser negligenciada. O conceito de conteúdo engloba dois fatores: (a) a intenção do agente; (b) os termos empregados.

Com relação à intenção é preciso deixar claro que é indispensável o *animus injuriandi* do agente, consistente no intuito de violar os direitos da personalidade do grupo receptor. Desta forma, o *animus revidere* (revisionismo histórico, como no caso Ellwanger), por exemplo, não poderia configurar crime.

Por fim, deve ser verificado se os termos empregados pelo emissor da mensagem são: (i) explicitamente injuriosos; (ii) subliminarmente injuriosos; ou (iii) provavelmente não

[372] Este, inclusive, foi um dos argumentos utilizados pelo Ministro Marco Aurélio Mello em seu voto.

injuriosos. É explicitamente injurioso dizer que "judeus são seres inferiores e que não prestam para viver em sociedade". Lado outro, é subliminarmente injurioso dizer que "os judeus se valeram do sentimento mundial de comiseração despertado pela ocorrência do Holocausto para conduzir a opinião pública a apoiar Israel em detrimento da Palestina". Por fim, parece improvavelmente injurioso dizer que "o Holocausto ocorreu em escala menor do que aquela divulgada, e que não se destacou, de forma significativa, de outros atos genocidas na História".

Dessa forma, a análise do potencial de exposição do bem a uma situação de perigo, nestes casos, depende da conjugação destes três fatores. Quanto mais estigmatizado for o grupo, quanto mais invasivo for o meio utilizado, quanto mais evidente for a intenção e quanto mais explícita for a ofensa maior será a probabilidade de que o bem jurídico seja exposto a uma situação de perigo de dano.

De outra banda, restando caracterizada a baixa estigmatização histórico-social do grupo destinatário da mensagem, bem como a pouca invasividade do meio empregado, além da ausência de intenção e utilização de termos pouco ou nada injuriosos, é bastante provável que a conduta não tenha capacidade de, abstratamente, expor o bem jurídico a uma situação *intolerável*[373]de perigo de dano.

Essas considerações são dirigidas não apenas ao aplicador da norma penal, mas também ao próprio legislador. No primeiro caso, seria legítimo ao legislador criar tipos penais incriminadores, bem como ao aplicador da norma atestar a potencialidade lesiva da conduta. Na segunda hipótese, não seria lícito ao Estado criar o tipo penal, eis que, a princípio, não haveria potencial de exposição a perigo. Contudo, uma vez tipificada a conduta, cabe ao aplicador do Direito ponderar estes três fatores para que seja possível verificar se a conduta se amolda ao tipo penal, não por um viés meramente objetivo, mas sob uma perspectiva mais ampla, mais arejada, crítica, que veja no Direito Penal a finalidade de *exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos*[374].

[373] ROXIN, Claus. *Estudos*... op. cit., p. 71.

[374] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., tomo I, p. 226.

4.2.1.2 Discursos ideologicamente antidemocráticos capazes de estimular a prática de atos de hostilidade ou violência contra determinados grupos sociais

No que tange a esses discursos, eventual intervenção do Estado por meio do Direito Penal somente poderá ocorrer tendo em conta uma pretensa finalidade de tutela de dois bens jurídicos: a paz social e a segurança pública. Embora se esteja diante de bens jurídicos dotados de elevadíssimo grau de abstração[375], é possível estabelecer *parâmetros razoáveis* sobre os quais a tipificação destas condutas conseguirá esgueirar-se num mínimo de respeito aos valores democráticos de um Estado de Direito, dentre os quais se encontra a proteção do ser humano como finalidade essencial do Estado[376].

Mais uma vez, a potencialidade lesiva da conduta deve ser avaliada em dois planos: na criminalização primária e na criminalização secundária, ou seja, inicialmente pelo legislador, ao prescrever o tipo penal derivado de seu projeto punitivo e, depois, pelas instituições encarregadas de materializar o intento punitivo nas hipóteses em concreto.

Naturalmente que a análise da potencialidade lesiva da conduta será mais penosa na primeira etapa, exatamente porque pressupõe a verificação de uma série de fatores que, no mais das vezes, só se apresentam no caso concreto. Ademais, o legislador brasileiro não tem o hábito de se preocupar com os meandros do processo criminalizatório em relação aos tipos penais mais simples, o que conduz à legítima interpretação de que não há indícios de que vá se debruçar sobre os inúmeros caminhos punitivos que um tipo penal de tamanha abrangência pode seguir. Importam-se apenas em fazer partir o navio, como diria Radbruch[377].

Quando da criminalização secundária, porém, a verificação dos contornos ofensivos da conduta tende a se mostrar mais simples, posto que todos os elementos necessários – ou quase todos – estarão colocados à frente do aplicador da norma.

Em se tratando de tipos penais que criminalizem um discurso em razão de seu potencial desencadeador de conflitos − por conflitos entendam-se atos de hostilidade, discriminação e violência – é necessário perquirir a presença e a magnitude de dois fatores: (i) o potencial de adesão ao discurso; (ii) a magnitude dos danos que podem sobrevir.

---

[375] ROXIN, Claus. *Derecho penal…* op. cit., p. 25.

[376] Nas palavras de Nilo Batista e Zaffaroni, bens jurídicos seriam só "aqueles cuja lesão se concretiza em ataques lesivos a uma pessoa de carne e osso". BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit.,tomo I, p. 299.

[377] RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*, p. 210, apud BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., tomo I,p. 244-245.

Em relação ao primeiro fator (potencial de adesão ao discurso), não basta apenas determinar o meio utilizado pelo agente, mas diversos outros traços peculiares de cada caso: o histórico do conflito, a influência da pessoa do emissor, os termos empregados (eventual existência de *fighting words*) e outros.

Exemplificativamente, um discurso antissemita que pregue a violência aos judeus terá um relativo poder de adesão na Alemanha, ou em países com algum histórico de conflito social envolvendo os judeus. Da mesma forma, um discurso de incitação à violência contra os protestantes, proferido por um líder católico na Irlanda do Norte, terá um razoável poder de adesão.

Lado outro, um discurso que incite à violência contra os judeus, no Brasil, tenderá a não possuir qualquer potencial adesivo – ou, quando muito, um ínfimo poder de adesão – já que o Brasil não registra histórico de perseguição aos judeus. Da mesma forma, um discurso que incite à violência contra os católicos, ou contra os protestantes, não terá, *a priori*, potencialidade lesiva suficiente a desafiar a intervenção jurídico-penal do Estado.

A pessoa do emissor também deve ser alvo de análise. Não se trata, aqui, de um direito penal "do autor", pois não se está a julgar o sujeito ativo da conduta, mas o próprio fato – que ganhará contornos diversos a depender da pessoa de cada autor.

Imagine-se que um discurso de incitação à hostilidade contra protestantes, mesmo no Brasil, partisse de um alto líder da Igreja Católica, ou de um reconhecido parlamentar vinculado à bancada LGBT. Ou, por outro lado, que um discurso de incitação à hostilidade contra os homossexuais partisse de um líder evangélico de renome. Nestes casos, o potencial de adesão ao discurso muda, já que estas figuras desempenham inegável papel de liderança frente a um contingente humano de proporções incalculáveis. Um discurso aberrante proferido por um cidadão comum tende a ser rechaçado quase que instantaneamente, ao passo que o mesmo discurso, quando externalizado por meio de indivíduos de destaque numa determinada comunidade, pode facilmente se transformar em instrumento convocatório de massas.

A magnitude dos eventuais danos a que o bem jurídico pode restar exposto também é circunstância que deve ser levada em consideração em ambas as frentes (criminalização primária e criminalização secundária). Quanto mais graves forem os danos a que o bem jurídico possa eventualmente ser colocado em risco, menor será a tolerância à conduta. No

mesmo sentido, quanto menores os danos que posam derivar da exposição do bem a situação de perigo, maior deverá ser a tolerância à conduta[378].

Uma sociedade *de riscos*, que criminaliza condutas cada vez mais distantes da causação do mal, não pode eximir-se do dever de, ao menos, como respeito mínimo à condição de ser humano do indivíduo, perquirir quando, como e em que proporções este "mal" poderia ocorrer.[379]

Dessa forma, quando a criminalização não recai sobre o mal, mas sobre o *risco de mal*, a legitimidade da restrição à liberdade não consistirá apenas na finalidade de proteção do bem no que toca à causação do mal, mas na *probabilidade de concretização do mal*.

Nesse diapasão, só é possível admitir-se a limitação da liberdade quando haja *probabilidade relevante* de ocorrência do mal que se pretende evitar – ainda que não exista qualquer comprovação de que, de fato, o sistema penal previne alguma coisa.

A criminalização de uma conduta humana (a pretexto de ser abstratamente perigosa) quando a probabilidade de ocorrência do mal seja inexistente ou ínfima é exercício de autoritarismo inadmissível num Estado de Direito. Ademais, fundar-se-ia numa engenharia de gerenciamento de riscos pouco louvável: o Estado lesiona um direito para evitar um risco inexistente (ou pouco provável) de lesão a direitos.

Isso conduz à necessidade de criação de um conceito de *risco tolerável*[380], que permita estabelecer, com segurança, os limites de intervenção penal. Nem tudo o que gera risco deve ser proibido. Os riscos permeiam a sociedade e todas as relações interpessoais (e até mesmo unipessoais). Quando o investidor compra um imóvel, corre o risco de que este perca valor de mercado. Da mesma forma, o vendedor corre o risco de ver sua ex-propriedade se valorizar. Quando se dirige um automóvel corre-se o risco de se envolver num acidente automobilístico, mas nem por isso a conduta deve ser proibida. A questão reside em saber definir até que ponto

---

[378] Pierpaolo Bottini utiliza o exemplo da atividade nuclear, que, a despeito da baixa probabilidade de ocorrência de dano, é penalmente relevante, já que os danos são de tal magnitude que não podem ser tolerados pela sociedade. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato...* op. cit.,p. 171.

[379] Embora com um enfoque mais genérico, mas nesse mesmo sentido, Pierpaolo Bottini consigna que: "A gestão de riscos surge com o desenvolvimento das teorias da probabilidade e com a apresentação de modelos matemáticos que ofereceram instrumentos científicos para a mensuração de perigos e para definir estratégias de atuação do ser humano. Com isso, a sociedade pôde dispor de mecanismos adequados para embasar as discussões sobre a definição do risco e sua extensão em diversos setores." Ibidem, p. 42.

[380] "A segunda etapa no processo de gestão de riscos é a determinação do risco permitido, que consiste na opção entre permitir, e até incentivar, atividades arriscadas ou adotar medidas para sua restrição. A gestão compreende a estratégia utilizada para lidar com os riscos identificados na etapa anterior. Esta estratégia confronta os custos e os benefícios de uma atividade, diante de suas potenciais consequências, estabelece os patamares de risco tolerável e inibe a atuação fora deles, por meio dos instrumentos de que dispõe." Ibidem, p. 44.

o risco é tolerável numa determinada sociedade. Isso passa necessariamente pela análise do direito suprimido e das consequências do mal que se visa a evitar.

Como se vê, não há como fugir da noção de *proporcionalidade* para equacionar o problema. O sopesamento entre vantagens e desvantagens[381] da limitação da liberdade deve ser realizado para que se obtenha a solução que *proteja suficientemente limitando o mínimo possível.*

Se para o legislador essa definição de limites é árdua, inconveniente, inoportuna ou irrelevante, o que gera criminalizações sem nenhum critério, caberá à dogmática a tarefa de limitar, cientificamente, o ímpeto punitivo demonstrado pelo Estado-legislativo[382].

E essa tarefa deve ser desempenhada mediante a aplicação dos princípios materiais de limitação ao poder punitivo, inclusive por meio do reconhecimento, em certos casos, da insignificância penal da conduta objetivamente tipificada.

[381] "O gerenciamento de riscos busca definir os limites das atividades perigosas, ou seja, definir o risco permitido e equacionar interesses discrepantes defendidos pela sociedade, tanto em prol de um acréscimo das esferas de liberdade de atuação, quanto pela restrição das atividades arriscadas. A situação ideal perseguida pelo gerente de riscos será aquela na qual o nível de periculosidade do empreendimento está em um patamar aceitável em relação às necessidades a ele atreladas.". BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato...* op. cit., p. 44.

[382] Este ímpeto, conforme asseveram Nilo Batista e Zaffaroni, recebeu a alcunha de *nomorreia penal*,por Carrara. BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro...* op. cit., tomo I, p. 240.

5 CRÍTICA: A ILEGITIMIDADE E INEFICIÊNCIA DO DIREITO PENAL EM RELAÇÃO AO CONFLITO

5.1 Introdução

Conforme dito anteriormente, o estabelecimento de parâmetros dogmáticos mínimos para a criminalização dos discursos considerados potencialmente ofensivos é medida que se impõe diante de um cenário de expansão do Direito Penal. A criação de uma dogmática penal voltada a este seleto grupo de crimes está fundada, portanto, em necessidades reais de limitação de um poder punitivo também real, e não na compreensão de que se trata de uma intervenção penal legítima.

Dessa forma, é preciso não abandonar um viés crítico, capaz de questionar a legitimidade e a eficácia de tais processos criminalizatórios, o que se passará a fazer adiante.

5.2 O Direito Penal como panaceia da sociedade contemporânea

A expansão do direito penal na sociedade contemporânea é concebida como fruto do reconhecimento de que as sociedades pós-industriais criaram uma gama de atividades cuja regulamentação demanda uma releitura do direito penal[383] – frente a estas novas relações – ou, quiçá radicalmente, um novo direito penal.

Ao Estado compete, dessa forma, regulamentar o exercício de tais atividades, dado seu potencial lesivo. Pugna-se, assim, por um Direito Penal "moderno", cuja finalidade seria a gestão de riscos, por meio da criminalização de práticas consideradas abstratamente perigosas e, portanto, capazes de produzir dano, ainda que não pretendido pelo agente.[384]

A atividade concernente à expressão do pensamento, como se viu, não restou imune à intervenção penal, já que o Brasil e outras democracias criminalizam diversas formas de discursos potencialmente danosos. Em razão disso buscou-se, anteriormente, estabelecer padrões mínimos para que a criminalização de um discurso pudesse ser considerada admissível num Estado Democrático de Direito.

---

[383] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal.* Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Ed. Civitas, 1999. p. 21-22.

[384] Como é o caso da criminalização de condutas que possam causar lesão ao meio ambiente.

Contudo, não se pode fugir de uma análise crítica, de maneira que importa perquirir, agora, os aspectos relacionados à criminologia e à política criminal, notadamente as razões da eleição do Direito Penal como instrumento para a proteção de tais bens jurídicos, a conjuntura social que leva a tais processos criminalizatórios, bem como a eficácia do Direito Penal em relação a este nicho específico das relações sociais.

Obviamente que uma intervenção desnecessária e ineficaz conduzirá à inexorável interpretação de que também é ilegítima, na medida em que um dos pressupostos de qualquer criminalização é sua necessidade.

Contudo, a necessidade a que se refere, aqui, não é apenas aquela extraída de uma interpretação universalista *ex ante*, destinada a verificar se o bem jurídico necessita de proteção, mas a necessidade que se extrai da análise da capacidade que o direito penal *real* possui de "entregar o que promete", ou seja, de saber se o direito penal é capaz de protegê-lo.

5.3 **A "democracia punitiva", a ascensão da esquerda criminalizante e o abandono da *ultima ratio***

Mais que uma "sociedade de risco"[385], vive-se uma "sociedade do medo", em que a sensação de insegurança predomina.[386] Curiosamente, parece existir um descompasso entre o crescimento da sensação de insegurança e o crescimento efetivo de riscos incontroláveis ou de difícil controle. Aparentemente a sensação subjetiva da existência e magnitude dos riscos é superior à própria "existência objetiva" dos mesmos.[387]

Uma das causas de se "viver (ou sentir) o risco" é, provavelmente, a aceleração da vida em sociedade. As revoluções no campo dos transportes e da comunicação provocam uma sensação de ausência de domínio do curso causal dos acontecimentos, que gera o sentimento de impotência e, por conseguinte, insegurança.[388]

---

[385] Silva Sanchéz afirma que se convencionou chamar a sociedade pós-industrial de "sociedade de risco", tendo em conta o surgimento de novos riscos sociais como decorrência da evolução tecnológica. SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión...* op. cit., p. 22.

[386] Ibidem,p. 24.

[387] Ibidem, p. 25-26.

[388] Ibidem, p. 26.

As mídias de massa contribuem significativamente para a criação desta "sociedade do medo", ao fazer parecer "próximos" eventos que são, em verdade, distantes, gerando percepções equivocadas da realidade. Nas palavras de Jesús-Maria Silva Sanchez:

> *En todo caso, en lo que hace al Derecho penal, resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad con el modo de proceder de los medios de comunicación. Estos, por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la "sociedad de la información" y en el marco de una concepción del mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad em la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en general, a una sensación de impotência.*[389]

Diante dessa sensação geral de insegurança, o clamor por um Direito Penal mais presente[390] emerge rapidamente[391]. Se a expansão "racional" já é, por sua natureza, um mal, na medida em que constitui mais violência estatal, a expansão "irracional", ou seja, aquela baseada em pressupostos fáticos equivocados, como a sensação de insegurança injustificada, pode ser ainda mais perversa.

Essa sensação de insegurança, por sua vez, faz com que os indivíduos aceitem restrições cada vez maiores à liberdade individual, desde que sob a promessa de mais segurança.[392] Se outrora a fórmula era "menos Estado, mais liberdade", hoje se opera o inverso: "mais Estado, para mais segurança, ainda que implique menos liberdade".

A sociedade do medo ou da insegurança tende, portanto, a privilegiar a restrição da liberdade de agir, ao invés de prestigiar o atuar, o fazer, em todos os âmbitos sociais, tendo como consequência a "restrição progressiva das esferas de atuação arriscadas"[393]. Se não é

---

[389] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión...* op. cit., p. 27.

[390] STORTONI, Luigi. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Critica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo:* el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 13.

[391] Como a orientação cognitiva é cada vez mais distante, busca-se algo que possa supri-la, e a orientação normativa se apresenta para o posto, tendo o direito penal como seu carro chefe. SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión...* op. cit., p. 26.

[392] "O risco social, como vimos, parece disseminado por toda parte, transbordando os limites do controle racionalizado e maximizando os níveis de ansiedade da tensa rede de relações sociais. [...] Nesse ambiente em que os riscos devem ser reduzidos pela concretização do projeto moderno, os limites de uma ação governamental racional são de difícil definição, pois as ações se justificam funcionalmente na proteção de um 'bem maior'." MARINHO JUNIOR, Inezil Penna; FAYET JUNIOR, Ney. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. In: FAYET JUNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). *Ciências penais e sociedade complexa II*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009. p. 309.

[393] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión...* op. cit., p. 32-33.

possível ao indivíduo controlar o curso causal do universo, alguém tem que poder, e dessa tarefa fica incumbido o direito penal.

Isso não explica, por si só, o porquê da demanda social por uma expansão da intervenção necessariamente *penal*, já que poderia conduzir a uma demanda por mecanismos de controle genericamente considerados, e não necessariamente por meio do direito penal.[394] Contudo, essa fé no Direito Penal se dá pelo fato de que não existem outras opções, ou elas se mostram ineficientes ou desprestigiadas. Este resultado vai de encontro à exigência democrática de que o direito penal seja, por assim dizer, *mínimo*. Nos ensinamentos de Jesús-Maria Silva Sanchez:

> *El resultado es desalentador. Por un lado, porque la visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización, supone una expansión ad absurdum de la otrora ultima ratio. Pero sobre todo porque, además, tal expansión es inútil en buena medida, porque somete al Derecho penal a cargas que éste no puede soportar*.[395]

O que mais surpreende, porém, é que houve uma mudança sensível no que tange ao perfil dos atores da empreitada criminalizante, daqueles que hoje pugnam pela expansão do Direito Penal. Se outrora a gestão da moral[396] concentrava-se nas classes conservadoras dominantes, agora setores da esquerda historicamente libertária também clamam por mais punição, por uma expansão desenfreada do Direito Penal como mecanismo de regulação e proteção de seus interesses (cuja relevância democrática não está em questão, mas a forma pela qual se pretende a proteção). Na lição de Jesús-Maria Silva Sanchez:

> *Si tales "gestores" habían venido siendo tradicionalmente determinados estamentos burgueses-conservadores, hoy adquieren tanta o más relevancia en tal papel las organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos (contra los pequeños traficantes de drogas), pacifistas (contra la propagación de ideologías violentas) o antidiscriminatorias (contra ideologías racistas o sexistas, por ejemplo). Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses. En este punto, no parece prestarse demasiada atención al hecho de que tales demandas de criminalización, por cierto en buena medida atendidas, resulten inadecuadas, vulneratorias de principios generales del Derecho penal (así, las que se refieren a la criminalización de la pura expresión de ideas) o incluso contraproducentes*.[397]

---

[394] Ibidem, p. 44.

[395] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión*... op. cit., p. 45.

[396] Para utilizar a expressão de Silva Sanchez. Ibidem, p. 46.

[397] Ibidem, p. 47-48.

Esses novos processos de criminalização contaram com o apoio de boa parte da criminologia, até então, crítica[398]. Se antes havia o repúdio ao direito penal, visto como braço das classes poderosas (os *powerfull*), hoje se pugna por participação na escolha dos interesses que o direito penal vai tutelar. A deslegitimação da violência estatal deu lugar à legitimação conveniente, uma espécie de solipsismo classista. Não mais se questiona o poder punitivo, mas se pleiteia a possibilidade de fazer parte dele, em defesa de seus próprios interesses.[399]

Nas palavras de Sáez Valcárcel:

> *Esa paradoja política, movimientos alternativos que vinieron a confiar en el sistema penal y a propiciar su expansión, fue posible entre nosotros por el nuevo escenario que creó el ascenso de los partidos socialistas al poder en los países de la Europa del sur, y la apuesta por afirmar o imponer esos valores éticos desde arriba (...); (...) quienes antes luchaban por la restricción del sistema ahora promueven la criminalización de nuevas conductas, alejándose de programas más respetuosos con los derechos humanos, como los que propugnaban la intervención mínima.*[400]

Este comportamento da esquerda organizada[401] é, no mínimo, incongruente, já que por um lado deslegitima o direito penal como mecanismo de controle (seja pela defesa de uma corresponsabilidade social pelo crime ou pela ineficiência para resolver os problemas a ele confiados) e, por outro, busca se valer do mesmo instrumento como forma de repressão de condutas "antidemocráticas", como instrumento de transformação social.[402]

Pode-se dizer que se tem, aqui, um direito penal idêntico, mas com sinal trocado. Não se trata de um novo Direito Penal, mas do bom e velho Direito Penal, instrumento de repressão por excelência, um mal em si mesmo. A diferença, agora, é que se encontra maquiado por uma aparente pretensão democrática, por belas nomenclaturas, como democracia militante (ou *streitbare demokratie*), cuja função seria a defesa dos direitos

---

[398] Vera Malaguti cita a escola criminológica, derivada da criminologia crítica, denominada *realismo de esquerda*. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Ed. Revan, 2011. p. 104.

[399] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión*... op. cit., p. 49.

[400] VALCÁRCEL, Sáez. *El nuevo código: maximalismo penal*, «JD», 26, julio 1996, p. 3 y ss., 5, apud SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión*... op. cit., p. 50.

[401] Maria Lucia Karam utilizava, já em 1996, o termo "esquerda punitiva", ainda que sob o enfoque da exigência feita por esta classe política à repressão aos crimes do colarinho branco. KARAM, Maria Lucia. *A esquerda punitiva*. 1996. p. 79-81. Vale ressaltar, ainda, que uma ramificação da criminologia crítica aderiu parcialmente a este discurso punitivista, tendo sido denominado "criminologia realista de esquerda", defendendo, basicamente, que a mera crítica abstrata ao sistema punitivo, ainda que válida, nada mais faz do que perpetuar as relações de dominação então existentes, e que seria necessário, por essa razão, uma contraproposta, capaz de deslocar o *locus* punitivo do oprimido para o opressor. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia*... op. cit., loc. cit.

[402] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión*... op. cit., p. 52-53.

humanos, mas que, no mais das vezes, pode se configurar mesmo é como verdadeiro solipsismo social. Repressão, dominação e castigo estatal a serviço da democracia.

Para essa parcela, o Direito Penal não é mais um problema. Ele é um problema quando não tem por finalidade criminalizar condutas que a afetam de alguma maneira. Se assim o é, passa-se a perseguir, então, uma democracia punitiva, na qual todos possam exigir a sua criminalização, sob medida para seus interesses. Já que a violência penal existe, que seja "democratizada", que seja conferido a cada um o direito a um punhado da violência estatal. A cada um o seu quinhão da repressão.

5.3.1 O caso brasileiro – as pautas de criminalização da homofobia

Recentemente fora votada na Câmara dos Deputados, em primeiro turno, a proposta de Emenda Constitucional nº 171/93 (com a redação dada pela Emenda Aglutinativa nº 16), que altera o texto constitucional para permitir a responsabilização penal de adolescentes a partir dos 16 anos, em contraposição aos atuais 18 anos[403]. A proposta foi aprovada, por 323 votos favoráveis, contra 155 contrários (além de duas abstenções e quatro obstruções).

Partidos historicamente de esquerda encaminharam, em sua maioria, votação pela rejeição da proposta, enquanto partidos conservadores orientaram seus membros a votarem pela aprovação do texto. [404] Trata-se de um exemplo da postura não punitivista clássica da esquerda, que vê no Direito Penal uma opressão estatal que deve ser reservada apenas àqueles específicos casos que se apresentem como grave violação, concreta ou potencial, à harmoniosa coexistência social.

Contudo, quando o assunto é promover a democracia (embora o termo possa se ajustar a qualquer discurso), quando a criminalização é destinada à proteção de interesses de grupos vinculados social ou politicamente à esquerda, a postura crítica frente ao Direito Penal dá lugar a um discurso criminalizante. Exemplos não faltam.

---

[403] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>.

[404] Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/votacao/mostraVotacao.asp?ideVotacao=6437&tipo=partido>.

Com o arquivamento do PLC nº 122/06[405], que dispunha sobre crimes relacionados à *homofobia*, outro projeto de lei foi apresentado, o PL nº 7582/14[406]. Dentre os dispositivos, encontra-se o art. 5º, que criminaliza a conduta de:

> [...] praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito, por meio de discurso de ódio ou pela fabricação, comercialização, veiculação e distribuição de símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda, por qualquer meio, inclusive pelos meios de comunicação e pela internet, em razão de classe e origem social, condição de migrante, refugiado ou deslocado interno, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idade, religião, situação de rua e deficiência.

A pena prevista para quem praticar qualquer dessas condutas varia de um a *seis anos de prisão* (não se diferencia reclusão ou detenção no texto). Além disso, a pena deverá ser aumentada de "*um sexto a metade* se a ofensa incitar a prática de crime de ódio ou intolerância [...], ou a prática de qualquer outro crime (sic). "[407]

A pena, portanto, *pode chegar a nove anos de privação da liberdade* quando houver incitação à prática de qualquer ato de discriminação efetiva contra as pessoas que componham os grupos expressamente ali delineados. Assim, imagine-se o caso de alguém que, por meio de uma rede social, defenda que deve ser proibida a realização da "Parada Gay", por se tratar de "atentado aos valores da família". Esta pessoa estaria, pois, praticando o delito previsto no art. 5º do referido Projeto de Lei, inclusive com incidência da causa de aumento de pena prevista em seu parágrafo único, já que há incitação à prática de uma das condutas ali definidas como crime (proibição ou restrição à expressão e à manifestação de expressões de afetividade, identidade de gênero, expressão de gênero ou orientação sexual).[408]

Imagine-se, agora, um exemplo do outro lado do conflito. Imagine-se que uma pessoa publique em uma rede social a seguinte mensagem: "não aguento esses evangélicos neopentecostais, deveriam proibir essa gente de se reunir em público". Esta pessoa, da mesma forma, estaria praticando a mesma conduta criminosa anteriormente delineada (só que desta vez por motivo de preconceito religioso). A pena para ambas pode chegar, portanto, a nove anos de prisão.

---

[405] BRASIL. PLC nº 122/06. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1> Acesso em 18.06.2015.

[406] O Projeto ainda não foi submetido à votação, mas já tem parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=616270>.

[407] Art. 5º, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 7.582/2014.

[408] Art. 4º, VI, do Projeto de Lei nº 7.582/2014.

Apenas para se ter uma ideia da desproporcionalidade da previsão, o crime de lesão corporal grave tem pena máxima de cinco anos, e os crimes de "redução à condição análoga à de escravo" e de "tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual" contam com uma pena máxima de oito anos.[409]

Ou seja, para o Projeto de Lei 7.582/2014, reduzir alguém à condição análoga à de escravo é menos grave do que expor uma ideia preconceituosa em público. A curiosidade maior, e aqui reside o ponto nodal da questão, está no fato de que o referido Projeto de Lei é endossado por setores congressistas assumidamente de esquerda. [410]

Tais evidências apenas pulverizam a tese de que a criminalização dos "discursos de ódio" é um mecanismo de promoção dos valores democráticos. Trata-se, como sempre se tratou, de enxergar apenas os próprios interesses. A diferença da esquerda de ontem e da esquerda de hoje é que aquela não era suficientemente organizada[411] e não tinha poder político relevante, de forma que só restava a ela deslegitimar o sistema penal. A de hoje, por já ter alcançado determinado grau de organização e influência política, utiliza uma postura crítica seletiva: deslegitimação do direito penal *deles* e legitimação do *nosso* direito penal.

Essa esquerda punitiva ou criminalizante se constitui como o elo entre o interesse de determinados grupos sociais e o Estado. Para obter êxito em sua empreitada criminalizante, utiliza-se dos mais diversos mecanismos – já, há muito, conhecidos por todos – de pressão política, como a utilização da imprensa, de partidos políticos e da opinião pública. Nesse sentido, indispensável transcrever as lições de Paulo Bonavides, ao tratar dos grupos de pressão política:

> Os grupos querem a "decisão favorável" e não trepidam em empregar os meios mais variados para alcançar este fim. Aperfeiçoaram uma técnica de ação que compreende desde a simples persuasão até a corrupção e, se necessário, a

[409] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 129, § 2º, arts. 149 e 231.

[410] A autora do projeto de lei é a deputada Maria do Rosário, do PT-RS, uma das mais fervorosas opositoras da redução da maioridade penal.
A parlamentar supracitada, bem como outros parlamentares que seguem a mesma linha, se opuseram à redução da maioridade penal (e ainda se opõem), bravamente, inclusive utilizando-se de expedientes importantes, como a análise de estatísticas que demonstram a provável ineficiência da medida, audiências públicas com a participação de membros da sociedade civil e autoridades, cujo discurso se voltava à necessidade de menos pena e mais educação. Um discurso de esquerda da esquerda.
Porém, como se viu, esse mesmo discurso é abandonado por completo quando o assunto é a pretensa defesa de "valores democráticos". A educação agora ficou em segundo plano, o que se quer mesmo é limitar a liberdade de expressão daqueles que enxergam o mundo de uma maneira diferente. O universalismo moral como forma de promover o pluralismo, numa verdadeira *contraditio in terminis*.

[411] E esta organização é deveras importante para o êxito da empreitada criminalizante, conforme assevera Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 22. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015. p. 465-466.

> intimidação. O trabalho dos grupos tanto se faz de maneira direta e ostensiva como indireta e oculta. A pressão deles recai principalmente sobre a opinião pública, os partidos, os órgãos legislativos, o governo e a imprensa.
> A opinião pública é "preparada" e se for o caso "criada" para dar respaldo de legitimidade à pretensão do grupo, que esperava ver facilitada sua tarefa e por essa via indireta (apoio da opinião) lograr o deferimento dos favores impetrados junto dos poderes oficiais competentes.[412]

Como se disse, a tese da democracia militante, e da suposta existência de um nobre fim a justificar a violência institucional, cai por terra diante dos fatos, que só evidenciam a fragilidade da fundamentação axiológica de tais criminalizações, fundadas na "dignidade da pessoa humana".

Com isso não se pretende afirmar, é claro, que a dignidade da pessoa humana não exista, ou que não seja extensível a todos, o que seria um absurdo. Pretende-se deixar nítido, apenas, que a dignidade da pessoa humana, como qualquer outro bem jurídico, não é capaz de *conduzir* à criminalização, mas de apenas *limitar* a empreitada criminalizante[413]. Quase toda criminalização pode ser justificada com base na "dignidade da pessoa humana", o que revela a necessidade de algum outro parâmetro, dada a fragilidade da consideração isolada da importância do bem jurídico.[414]

Esse discurso de um Direito Penal voltado à democracia acaba por adotar a fórmula maquiavélica da justificação dos meios pelos fins: se o fim é nobre, o Direito Penal está legitimado. Esse relativismo é extremamente perigoso, na medida em que permite uma aplicação quase que irrestrita do Direito Penal.[415]

Contudo, negar legitimidade à *expansão* do direito penal proposta por determinados setores da esquerda não significa, nem de longe, negar legitimidade aos *valores* que estes setores buscam promover. O fim da homofobia, do racismo, do antissemitismo, e outros, são todos valores *legítimos* numa sociedade que se pretenda democrática. O que não parece legítimo é se valer do direito penal para *exclusivamente* promover estes valores. A utilização

---

[412] BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*... op. cit., p. 467.

[413] BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*... op. cit., p. 365.

[414] Nas precisas lições de Ana Elisa Bechara: "Tomados os direitos fundamentais expressos na Constituição, não se pode, portanto, transportá-los direta e necessariamente ao âmbito penal, como se a função deste último fosse de mero apêndice do Direito Constitucional [...]. Nesse sentido, o texto constitucional representa, como já verificado, apenas um marco referencial negativo a partir do qual se decide quais bens jurídicos devem ser penalmente protegidos e como se deve fazê-lo." Ibidem, p. 362.

[415] De fato, se o estupro é um mal, por que não pena de morte? Se o homicídio é um mal, por que não prisão perpétua? Se o discurso xenófobo é um mal, por que não a prisão? Naturalmente que existem limitações constitucionais em relação a estes exemplos, mas do ponto de vista estritamente axiológico, o raciocínio da *prima ratio* conduz a estas incongruências.

com esta finalidade exclusiva esbarra em entraves quase que insuperáveis, dentre os quais, à guisa de exemplo, a função de *exclusiva proteção subsidiária de bens jurídicos* atribuída ao direito penal. [416]

Assim, da mesma forma, toda e qualquer criminalização de uma conduta que se constitua em mera exposição de ideias será um instrumento de simbolismo penal, inadmissível num Estado Democrático de Direito.

Isso significaria, porém, que o Direito Penal não pode, de alguma forma, ser útil à promoção de tais valores democráticos? A resposta parece negativa. Não se pode confundir *utilidade* com *finalidade*. A finalidade do Direito Penal tem de ser aquilo que ele, por essência, deve perseguir. A finalidade do Direito Penal jamais poderá ser, portanto, promover valores, por mais caros, legítimos ou democráticos que sejam – ou possam parecer. O que não importa, contudo, na negação de um viés *utilitário* às pautas democráticas. Porém, a utilidade deve ser alcançada dentro, e não além, da finalidade primeira. Em resumo, seria tentar extrair algo de útil quando a criminalização fosse legítima, e não legitimar a criminalização em função de sua pretensa utilidade.

Voltando ao caso brasileiro contemporâneo, a pauta LGBT, de promoção de uma sociedade democrática, tolerante, despida de preconceitos relativos à orientação sexual e afins, é dotada de legitimidade incontestável, assim como o são os movimentos negros, feministas, ecologistas e outros. Se o Direito Penal *puder* ajudar de alguma maneira, sem que com isso se tenha que abandonar toda a construção criminológica deslegitimante até aqui empreendida, estar-se-á diante de um meio-termo aceitável. Por outro lado, qualquer substituição dos *fins* do Direito Penal por uma proposta meramente utilitarista deverá ser rechaçada.

Pode-se argumentar que a crítica às pautas criminalizantes levantadas pelos grupos social e historicamente vulneráveis culminaria na manutenção de uma estrutura social na qual o Direito Penal continua a proteger o topo da pirâmide em detrimento dos eternos marginalizados. Essa crítica, porém, não se atenta para o fato de que, a uma, não há qualquer

[416] Nesse mesmo sentido, Roxin critica a criminalização da negação do Holocausto na Alemanha, por se tratar de norma meramente simbólica. Nas palavras do autor: "O tipo da mentira de Auschwitz é, portanto, uma lei preponderantemente simbólica. Ele é desnecessário para a proteção de bens jurídicos, mas manifesta que a Alemanha é um país historicamente marcado, que não esconde e nem se cala a respeito dos crimes do nazismo, e que hoje representa uma sociedade pacífica e respeitadora das minorias. Trata-se de uma louvável disposição de ânimo. Mas sem a imprescindibilidade da intervenção para proteger bens jurídicos, o direito penal não é instrumento idôneo para a manifestação e consolidação de tal atitude. A verdade histórica enquanto tal deve conseguir se impor, sem ajuda do direito penal." ROXIN, Claus. *Estudos*... op. cit., p. 50.

garantia de que este novo Direito Penal vá punir os poderosos[417] e, a duas, que no contexto empírico-social não se pode depositar na lógica matemática do "negar-se a negação" a esperança de solução dos conflitos. À guisa de exemplo, o Estado, por meio da criminalização do aborto, nega valor à "negação da vida do embrião", como mecanismo para afirmar o valor da vida. Isso não impede, contudo, que anualmente centenas de mulheres morram em decorrência de abortos realizados clandestinamente.

Essa lógica simplista de criminalizar para *dar reconhecimentoformal* a um determinado valor, como se vê, não resolve o problema. Talvez sirva para trazer paz de espírito a alguns setores religiosos, no caso do aborto, ou para a comunidade negra, no caso do racismo. Há quase que uma catarse coletiva quando determinada conduta é tipificada criminalmente, como se o tipo penal representasse a porta da felicidade. Por outro lado, aqueles que ainda não conseguiram seu "quinhão punitivo" protestam publicamente por um lugar ao sol (*rectius*: por um lugar no Direito Penal), como se não existisse respeito estatal enquanto não atendidos. Algo como, parafraseando o brocardo latino[418], "o que não está no Direito Penal não está no mundo".

Obviamente que existem inúmeros grupos sociais em especial situação de vulnerabilidade, que em muitos casos derivam de mundivisões preconceituosas históricas, como o sexismo, a homofobia, o racismo etc., e seria perverso negar esta conjuntura social. Contudo, tão perverso quanto (ou talvez mais perverso) é conferir um reconhecimento formal incapaz de alterar as estruturas do problema ao mesmo passo em que anestesia os ânimos revolucionários da esquerda, escamoteando as verdadeiras vias de solução, como o faz o Direito Penal.

5.4 **A ineficácia da pena criminal: uma resposta simbólica para problemas reais**

Se a criminalização ampla e irrestrita de condutas que não lesionem (ou exponham a perigo de lesão) um bem jurídico é compreendida como "terror estatal"[419], a criminalização

[417] Basta observar os números da população carcerária no Brasil e a natureza dos delitos praticados para que se verifique, sem grande esforço, que na quase totalidade dos casos se trata da criminalidade clássica, ainda que existam normas penais, algumas até severas, criminalizando condutas típicas das classes dominantes, como os crimes de lavagem de capitais e contra o sistema financeiro.

[418] *"Quod non est in actis non est in mundo."*

[419] HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten... op. cit., p. 103.

que, a despeito de pretender tutelar um bem jurídico, não seja capaz de fazê-lo, deverá receber o mesmo tratamento.

Entendendo-se que a norma penal não pode limitar direitos individuais senão para proteger um bem jurídico, deve-se entender, também, que a mesma norma penal não pode limitar direitos individuais quando seja *absolutamente incapaz* de protegê-lo, por uma questão de pura lógica. Sim, pois pretender tutelar algo sem valor e pretender tutelar, de forma ineficiente, algo valoroso, são condutas que conduzem à mesma conclusão: limitação de liberdades individuais sem a correspondente proteção eficiente de qualquer bem jurídico.

No primeiro caso, não se tem uma justificativa *axiológica*. No segundo, porém, não há uma justificativa *fenomenológica*.

Há uma crença geral – teoreticamente denominada "função preventiva da pena criminal" – de que a criminalização de determinada conduta conduz à redução de sua ocorrência, já que a ameaça de pena seria capaz de dissuadir o indivíduo, bem como, uma vez praticada a conduta, a pena concretamente aplicada teria o condão de prevenir a prática de novos delitos pelo próprio apenado (prevenção especial) e pelos demais membros do corpo social (prevenção geral).

Contudo, essa é uma análise da pena criminal que parte daquilo que *se pretende* que ela seja, e não daquilo que ela *verdadeiramente é*. Pretende-se que a pena seja capaz de dissuadir os indivíduos, mas não necessariamente isso corresponderá à essência da pena enquanto fenômeno social[420].

Nas palavras de Jorge Câmara:

> -
>
> -
>
> do circundante sem uma reflexão quanto ao que sejam realmente as coisas que o compõem
> a que neles estabelecemos como fonte doadora destes sentidos. [421]

Mutatis mutandis, da mesma forma que se compreende o Direito Penal não pelo que ele efetivamente é, mas pelo que se deseja que ele seja, a pena é vista como a panaceia da

[420] E, como bem salientado pela teoria agnóstica negativa da pena, ela é absolutamente incapaz de impedir ou reparar lesões.

[421] CÂMARA, Jorge Luis. Para uma eidética do Direito Penal. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 6, nº 1, p. 1-151, p. 143, abr./set. 2013.

sociedade contemporânea, sem que haja necessidade de dizer que esta é uma compreensão absolutamente dissociada do objeto em si.

modifica-se em algo diverso."[422]

Assim, se a essência de um fenômeno é sua invariabilidade, pode-se entender a pena criminal como, essencialmente, o *castigo imposto ao infrator pelo descumprimento da norma*. Qualquer outro elemento que seja inserido na definição da pena consistirá em atitude natural, mas não fenomenológica.

Dizer, por exemplo, que a pena é o instrumento de que se vale o Estado para prevenir a prática de crimes é sentenciar com base numa atitude natural, jamais numa atitude fenomenológica, e isso contribui negativamente para o encobrimento dos reais problemas e limitações do sistema, já que toda cura pressupõe um correto diagnóstico[423].

Voltando aos discursos potencialmente ofensivos, resta saber se a pena criminal (em sua forma abstrata ou concreta), concebida em sua essência fenomênica e não em crenças teoréticas desprovidas de fundamentação empírica, é capaz de proteger o bem jurídico ameaçado pela conduta incriminada.

De fato, partindo-se da premissa legitimadora da intervenção penal – ainda que em hipóteses absolutamente restritas, deve-se analisar a natureza da conduta e o resultado cuja ocorrência se pretende evitar para poder-se definir a pretensa solução para o problema. E aí é necessário distinguir as funções declaradas das funções reais (latentes) de tais processos de criminalização.

Oficialmente, o que se afirma pretender com a criminalização de discursos antidemocráticos é evitar a violação da dignidade de determinados grupos (e sua honra subjetiva) ou, talvez a mais importante bandeira dos neopunitivistas, o desencadeamento de atos de hostilidade contra indivíduos pertencentes a grupos geralmente minoritários.

Regra geral, contudo, o que se pretende, *de fato*, evitar com a criminalização de discursos potencialmente ofensivos é a *proliferação das ideias contidas no discurso*. Assim, *e.g.*, se o discurso criminalizado contém manifestações discriminatórias aos judeus, pretende-

[422]CÂMARA, Jorge Luis. *Para uma eidética...* op. cit., p. 145.

[423]

. Trata-se, portanto, de estabelecer as bases p
ncia." Ibidem, p. 146.

se evitar que outras pessoas sejam influenciadas pelas ideias antissemitas. Essa é a finalidade real da norma penal incriminadora. Qualquer outra utilidade será mero efeito reflexo deste silenciamento forçado.

Sob o aspecto preventivo, único admissível no Estado de Direito, a pena criminal parece estar fadada ao insucesso.

Não há evidências empíricas de que a ameaça de pena irá impedir que os adeptos de determinada forma de pensar continuem a nutrir as referidas ideias. Isto porque o Estado não pode, e nem poderia, impedir os cidadãos de pensar de tal ou qual maneira. Poder-se-ia argumentar, entretanto, que a ameaça de pena geraria o medo da punição e, portanto, desestimularia a externalização das "ideias proibidas".

Contudo, também é bastante razoável imaginar que os adeptos dessas ideias apenas passariam a manifestá-las em ambientes menos propensos à fiscalização do Estado, como reuniões secretas, grupos virtuais fechados, e outros. As ideias, entretanto, permaneceriam circulando e, talvez, com maior força, já que não existiria qualquer contraponto ideológico, qualquer forma de crítica, já que a circulação se daria, apenas, entre aqueles que já possuem alguma inclinação para sua aceitação.

Além disso, a eventual condenação de algum dos membros do grupo poderia gerar uma espécie de martirização do condenado, reforçando as ideias que o próprio Estado pretende abolir. Isto porque, geralmente, estas ideias antidemocráticas se baseiam na premissa do "nós" contra "eles": Antissemitas e Judeus, homofóbicos e homossexuais, brancos e negros etc.[424]

Assim, pode-se dizer que a pena criminal, já inútil em relação aos crimes convencionais, encontra-se em xeque quando elevada à condição de solução suprema para problemas mais complexos.

Como conciliar, então, a exigência de uma intervenção penal mínima com a necessidade de alteração do *statusquo*, com a necessidade de garantir o respeito não só à classe dominante, mas também aos grupos historicamente vulneráveis? *O que fazer para frear a disseminação de tais ideias antidemocráticas?* O Estado deve atuar positivamente, promovendo os valores que reputa democráticos, sem que tenha de proibir quaisquer

[424] No mesmo sentido, Roxin questiona a eficácia da sanção penal em relação ao crime de negação do Holocausto: "A punição pode até mesmo servir para que os autores se elevem à categoria de mártires, declarando que se está a utilizar o direito penal para oprimir a verdade. A discussão pública de tais afirmações mentirosas as tornará inócuas com mais rapidez e segurança que a sua punição." ROXIN, Claus. *Estudos*... op. cit., p. 50.

manifestações em sentido contrário[425]. A ideia de democracia militante não se contrapõe à intervenção penal mínima.

O Estado social, aquele que atua positivamente para garantir direitos individuais, deve promover uma intervenção social profunda, capaz de efetivamente erradicar as ideologias contrárias à democracia. Essa expansão do Estado de Direito não implica, porém, expansão do Estado de Polícia. O Estado de Polícia confisca o problema, promete a solução por meio da pena criminal, ilude, mas não resolve.

A pena criminal não é nada mais do que aquilo que ela realmente é – mera resposta a uma conduta desviante, embora se pretenda que ela seja algo mais. Mas se a história mostra que a pena criminal não conseguiu impedir que os indivíduos *façam*, que razão haveria para crer que ela impedirá que os indivíduos *pensem*?

Argumentar-se-ia que a criminalização dos discursos potencialmente ofensivos não teria por finalidade impedir os indivíduos de *pensar*, mas de *expor o pensamento*. Contudo, se o Estado criminaliza o *expor o pensar*, fá-lo porque pretende que outros cidadãos não adotem a referida ideia, e não porque teme que outros também exponham o pensamento. O fim último da norma é evitar a proliferação da ideia, da forma de pensar supostamente antidemocrática e ofensiva. O alvo, portanto, é a ideia.

Assim, e partindo da premissa de que aqueles que adotam ideias antidemocráticas não podem se expressar, fica ainda mais difícil delimitar o problema, seja no aspecto qualitativo,

---

[425] Não há mérito na construção de uma sociedade pluralista por meio da força. O "consenso" ético deve ser obtido no plano das ideias, permitindo a cada um o exercício de sua autonomia moral, por imperativo d

-

consegue dar a estas perguntas. Com isto não quero dizer que a democracia seja um sistema fundado não sobre o consenso mas sobre o

sistema pode proclamar-se com justeza democrático. Por isto afirmo existir uma relação necessária entre democracia e dissenso, pois, repito, uma vez admitido que democracia significa consenso real e não fictício, a única possibilidade que temos de verifica

-lo se o impedirmos? Não pretendo abordar nessa ocasião o problema da dialética entre consenso e dissenso, e menos ainda o problema dos limites do dissenso, que existem e n

tipo."BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1997. p. 62-63.

seja no aspecto quantitativo. Quantos adotam tais ideias? Por que adotam? Qual o nível de internalização destas ideias no seio de determinada comunidade?

Todas essas questões se tornam difíceis de serem respondidas num ambiente em que a externalização do pensamento é criminalizada, o que prejudica a resolução do problema.[426]Seria o mesmo, *e.g.*, que pretender curar os dependentes químicos, mas, ao mesmo tempo, criminalizar a conduta de "assumir-se dependente químico"[427].

Embora a pena criminal esteja fadada ao insucesso no combate ao problema que se afigura (a adoção de discursos antidemocráticos no seio de um Estado Democrático de Direito), fato é que a pena criminal não se confunde com a prisão, embora esta seja a pena criminal por excelência há, pelo menos, 200 anos.

Aliás, curioso notar como a pena de prisão permanece prestigiada na sociedade contemporânea[428], mesmo havendo dados que possam atestar, cabalmente, seu rotundo

---

[426]Apenas a título ilustrativo, o consumo de tabaco no Brasil caiu cerca de 65% entre 1980 e 2010. Não houve, entretanto, no mesmo período, qualquer alteração na natureza jurídico-penal da conduta de "consumir tabaco", bem como na de comprar ou vender esta substância, que permanecem sendo indiferentes penais.
Por outro lado, o consumo de cocaína aumentou em mais de 100% em apenas seis anos, entre 2005 e 2011 (passando de 0,7% para 1,75% da população brasileira com idade entre 15 e 64 anos), segundo consta no Word Drug Report, o relatório mundial sobre drogas elaborado pela UNODC, agência da Nações Unidas para o combate ao uso de substâncias entorpecentes. Contudo, as condutas de consumir (*rectius*: posse de droga para uso próprio) e vender tais substâncias permanecem criminalizadas, tendo havido recrudescimento penal em relação a esta última, por intermédio da Lei 11.343/06.
<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/observatorio_controle_tabaco/site/home/dados_numeros/consumo_per_capita> Acesso em 12.11.2014, às 21h.
http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//noticias/2014/06/World_Drug_Report_2014_web_embargoed.pdf> Acesso em 12.11.2014, às 21:20h.
Destes dados pode-seconcluir, sem grande esforço, que a criminalização de uma determinada conduta não irá gerar, necessariamente, a redução de sua ocorrência. Mais que isso, pode-se concluir que é possível reduzir a incidência de determinadas condutas sem que, necessariamente, se proceda à sua criminalização.
A redução no consumo *per capita* de tabaco não é obra do acaso. O Estado investiu de forma severa em educação, limitou a publicidade do produto, bem como aplicou restrições ao consumo em ambientes públicos fechados.
Observe-se que a simples *superexposição* dos males do tabaco proporcionou o surgimento de uma geração de indivíduos mais propensa à rejeição da substância. Pode-se dizer, aqui, que o Estado foi inteligente e valeu-se de um mecanismo de *soft power* para conduzir seus cidadãos a adotarem determinado padrão de comportamento.
O Estado, ao adotar uma política menos *paternalista* em relação ao tabaco, possibilitou a criação de um espaço em que a sociedade pode, livremente, debater a respeito do produto e, por conseguinte, fazer a sua escolha. Os resultados mostram que "a melhor ideia" prevaleceu. De outro giro, com relação à cocaína e demais substâncias ilícitas, o Estado se fechou para o debate, sob um discurso meramente moralista, cerceando o livre fluxo de ideias e contribuindo para a manutenção de um sistema que não consegue reduzir o consumo destas substâncias e, como se não bastasse, ainda mata milhares de inocentes todos os anos em decorrência da guerra civil instalada, que gera um custo econômico na casa dos bilhões anuais.

[427] Que é, basicamente, o que sempre se operou em relação ao tratamento de dependentes de drogas ilícitas no Brasil, alijados do direito ao tratamento em razão da captura precoce pelas agências reguladoras do poder punitivo CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 242-244.

[428] Para a manutenção deste prestígio assevera Zaffaroni que é de fundamental importância a incrível capacidade do "saber jurídico" e da "comunicação de massa" de inventar uma realidade capaz de evitar a deslegitimação do Direito Penal, que seria óbvia pela mera percepção dos fatos. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*...op. cit., p. 42.

fracasso. No Brasil, à guisa de exemplo, existem dados que apontam para um patamar de reincidência superior a 85% em relação a egressos do sistema carcerário[429]. Um sistema que, atualmente, abriga mais de 600.000 mil presos.[430]

Para o século XVIII o cárcere pode ter sido – com alguma razão – considerado uma evolução, mas a manutenção deste sistema medievo (com a *licença histórica*) como centro do sistema punitivo não pode ser tolerada.

Se o cárcere não foi capaz de lidar satisfatoriamente com os anseios punitivos mais triviais (estupro, roubo, homicídio etc.), não há fundamento para que se o considere como a solução de um problema que se afigura como um desafio para a sociedade contemporânea, que são os conflitos ideológicos no bojo dos Estados democráticos. Problemas novos requerem soluções novas, não sendo razoável repetir-se a mesma fórmula já utilizada para situações distintas, notadamente quando esta fórmula não foi capaz, sequer, de dar cabo de sua tarefa primeira.

Embora não se defenda, aqui, a utilização do Direito Penal para a solução do problema, dada sua reconhecida incapacidade para solucionar qualquer conflito, uma vez escolhido para tal, resta minimizar os efeitos de sua nefasta atuação. Nesse sentido, a adoção de penas não privativas de liberdade seria medida salutar. Não se trata, também, de aplicação de uma pena restritiva de direitos objetivamente considerada, matematicamente aplicada e friamente executada.

Seguindo essa linha de pensamento, o ideal de justiça restaurativa pode representar uma ferramenta valiosa em busca de um sistema penal mais humanizado e que busca *compor* conflitos sociais ao invés de, tãosomente, castigar o infrator. Assim como indivíduos abandonam suas religiões e se convertem a outras, quando passam a entender que estas se adéquam melhor às suas necessidades espirituais, nada impede que aqueles que defendem ideias antidemocráticas passem a ver o mundo de outra forma.

Da mesma maneira que o infrator poderia exercer influência negativa sobre a sociedade ao externalizar suas ideias antidemocráticas, a "conversão" deste poderia

---

[429] GOMES, Geder Luiz Rocha. *A substituição da Prisão...* op. cit., p. 194.

[430] No Brasil, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população carcerária atingiu a monta de 607.731 presos, para 375.892 vagas, aí incluídos os presos provisórios, ou seja, aqueles sobre os quais não há sentença condenatória transitada em julgado – presumidamente inocentes, portanto. BRASIL. Ministério da Justiça. INFOPEN, junho de 2014. Brasília-DF, p. 11.
É de se ressaltar, ainda, que o conceito de "vaga" utilizado pelo Ministério da Justiça não corresponde àquele estabelecido na Lei de Execuções Penais, podendo ser apenas mais uma cama dentro de uma cela, mais um colchão ou, quem sabe, alguns centímetros quadrados no chão frio, onde possa ser despejado mais um corpo humano.

representar a maior propaganda contra o discurso considerado ofensivo. Por outro lado, a crucificação, o linchamento público do infrator apenas reforçaria os laços entre aqueles que adotam o discurso proibido, aumentando a sensação de perseguição ideológica.

O cerne da questão parece se encontrar aí: não se trata de pretender não tutelar a dignidade dos possíveis ofendidos ou os valores democráticos[431] (ou de endossar o discurso antidemocrático) mas pretender que isso seja feito de forma racional e inteligente, por meio de mecanismos outros que não o simples encarceramento do ofensor, medida cômoda, rápida, formal e, ao mesmo tempo, absolutamente inócua.

5.5 **Proposta**

Voltando ao ponto introdutório em que se defendeu um Estado que promova seus ideais democráticos ao invés de limitar a exposição de outros que com ele não se coadunem, é necessário propor ao menos um esboço, um ponto de partida para que se obtenha uma solução razoável, assim entendida aquela que alcance os melhores resultados limitando o mínimo possível de liberdades individuais.[432] Resumidamente, um Estado que seja suficientemente inerte, ou seja, que proteja de forma satisfatória o direito individual à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, diante da transposição dos limites tidos como toleráveis, seja suficientemente ativo, promovendo o discurso democrático que tem na igualdade material dos indivíduos um de seus corolários.

Inicialmente, defende-se a *não criminalização* de qualquer conduta relativa à mera *expressão de pensamento* não concretamente dirigida como ofensa a indivíduo ou indivíduos identificáveis.

Contudo, tendo em conta a marcha criminalizante empreendida contra os discursos antidemocráticos, seria utópico estabelecer uma proposta exclusivamente deslegitimadora da punição, de forma que se faz necessário propor alguns parâmetros mínimos para eventual

---

[431] Para WALDRON, a violação à dignidade (*indignity*) ocorreria quando a sociedade negasse a determinados indivíduos sua condição, posição social básica (por ele chamado de *basic social standing*), ou não lhes proporcionasse a certeza de que esta condição estaria protegida. A dignidade, portanto, seria esta condição social básica, que, uma vez preservada, implicaria a preservação da própria dignidade. Por outro lado, a mera ofensa aos sentimentos pessoais da vítima consistiria em mera *offense*. WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012. p. 175-176.

[432] O que Nilo Batista chamaria de princípio da proporcionalidade mínima. Nas palavras do autor: "Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado." BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... op. cit., p. 230

criminalização de discursos antidemocráticos. Assim, em relação aos discursos potencialmente ofensivos, a criminalização só poderia ser admitida em caso de *incitação a práticas discriminatórias ou atos de hostilidade que gerem situação de perigo concreto.*

Em relação aos discursos que se apresentem apenas como *abstratamente perigosos*, o potencial lesivo deveria ser verificado casualmente, de forma a comprovar-se a aptidão da conduta para, no caso concreto, gerar a situação de perigo de dano.

A criminalização não deve, jamais, se dirigir àqueles discursos que contenham mera exposição de ideias consideradas antidemocráticas, ou seja, que não se destinem a incitar a prática de quaisquer atos de hostilidade em face de outros indivíduos, o que inclui a mera negação de fatos históricos, as expressões de índole religiosa e as de caráter científico, ainda que desagradáveis aos ouvidos de quem quer que seja.

Além dessas considerações referentes à *limitação* à criminalização dos discursos, é preciso deixar consignado que em todos os casos se propõe a *não cominação de penas privativas de liberdade*. O deslocamento da pena privativa de liberdade do centro do sistema jurídico-penal para um *locus* periférico, abrindo espaço para outras modalidades punitivas, é medida que se impõe.

No ordenamento jurídico brasileiro, o legislador inovou quando retirou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade em relação aos condenados pelo delito de posse de substância entorpecente para uso próprio.[433] O espanto doutrinário foi tanto que houve certa dificuldade em classificar a "nova" infração penal, tendo havido quem entendesse que ocorrera a descriminalização da conduta, bem como outros que visualizaram a despenalização, o que apenas revela o apego mais que exagerado ao cárcere.

Contudo, esse mesmo ordenamento possui outras modalidades punitivas, lamentavelmente relegadas a uma posição marginal em relação à privação da liberdade. Basta lembrar que as penas restritivas de direitos são medidas excepcionais e substitutivas, não obstante o índice de reincidência em relação aos condenados que cumpriram tais penas seja infinitamente inferior ao dos egressos do sistema carcerário[434].

Mais especificamente ainda, dentre as penas restritivas de direitos encontram-se a *interdição temporária de direitos* e a *limitação de fim de semana*.[435] Tais espécies de pena

[433] BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, art. 28.

[434] E, embora isso não seja capaz de determinar, categoricamente, que a pena restritiva de direitos é mais hábil a evitar a reincidência, já que os pressupostos de sua aplicação já indicam um grupo de infratores menos pré-disposto a praticar novos crimes, bem como os delitos que admitem substituição da pena privativa de liberdade são, em regra, menos graves.

restritiva de direitos parecem ser a solução caseira "menos inadequada" aos discursos potencialmente ofensivos, *de lege lata*.

A primeira poderia representar uma forma de o Estado reforçar seu repúdio às ideias antidemocráticas perante a sociedade, impedindo que os condenados pela prática de tais delitos assumam cargo ou função pública, bem como mandatos eletivos. Assim, aqueles que eventualmente fossem condenados pela prática de tais delitos estariam formalmente impedidos de, de alguma forma, representar o Estado. É importante frisar que seria necessária uma reformulação das hipóteses de aplicação desta específica modalidade de interdição temporária de direitos, que atualmente só é aplicável na hipótese de crimes relacionados ao exercício da função pública.[436]

A segunda teria como finalidade abrir espaço ao Estado para que este promovesse o debate interno de ideias com o indivíduo, seja por meio de palestras ou outras atividades educativas[437], fazendo com que a pena deixe de lado seu papel (não declarado) meramente punitivo para delinear-se como instituto de transformação pessoal. O Estado não pretende *utilizar* o indivíduo em prol de um pretenso "bem comum", mas concebe o indivíduo como fim último da norma e busca, por isso, fornecer os subsídios para que o mesmo *se desenvolva* enquanto ser humano[438], além de possuir a vantagem de evitar o contato com o ambiente criminógeno do cárcere[439]. Somente pela transformação dos indivíduos pode-se alcançar a verdadeira transformação social, já que a sociedade não tem existência autônoma, nada mais sendo que a própria coexistência de todos os indivíduos.

Há, contudo, uma diferença sutil, mas importante: o Estado não *molda* o ser humano, faltar-lhe-ia legitimidade e capacidade para tanto. O Estado apenas pode disponibilizar ao ser humano os meios para que este, *sponte propria*, o faça, em respeito à autodeterminação individual, substrato da dignidade da pessoa humana.

---

[435] BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, art. 43, V e VI.

[436]BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... op. cit., p. 686.

[437] Como bem assevera Cezar Roberto Bitencourt, "Essa pena, dita restritiva, tem uma preocupação notadamente educativa, prevendo que durante o seu cumprimento o albergado poderá receber cursos, palestras ou, ainda, realizar quaisquer outras atividades educativas". BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*... op. cit., p. 679.

[438] Sem que possa, porém, obrigá-lo a esta transformação ou "emenda" moral, já que consistiria em invasão indevida à esfera de liberdade de consciência de cada indivíduo. Nas palavras de Nicolay Berdiaev: *"Yo reconozco libremente aquella verdad que me libera, pero ninguna autoridad del mundo puede imponérmela. No se me pude hacer libre a la fuerza"*. BERDIAEV, Nicolay, *Autobiografía espiritual*. Barcelona, 1957. p. 68-9, apud ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Tratado*... op. cit., p. 441.

[439]BITENCOURT, op. cit.,p. 678.

Por fim, como o que se pretende do Direito Penal, nesses casos, é um efeito simbólico de reconhecimento da violência sofrida por esses grupos, acolhe-se, aqui, a proposta de Salo de Carvalho quando este defende que o reconhecimento formal de uma situação histórico-social de vulnerabilidade não deve ser realizado por meio da *expansão punitiva*, o que não impede a utilização das normas penais *já existentes*. O autor defende que a utilização do Direito Penal para esta finalidade poderia se dar por meio da *nominação* de crimes cometidos por motivação ideológica[440], até mesmo com a aplicação de eventuais agravantes[441]. Assim, seria possível, sem expandir o já irracional e monstruoso sistema penal, dar a estes grupos o reconhecimento formal que almejam.

Exemplificativamente, ao invés de criminalizar a exposição de uma ideia homofóbica, expandindo indevidamente o Direito Penal, o Estado poderia criar uma forma majorada ou agravada de crimes violentos que *fossem praticados por motivação homofóbica*. Com isso, seria possível conciliar a exigência de um Direito Penal mínimo com o reconhecimento formal, pelo Estado, do repúdio às ideias homofóbicas.

Dessa forma, não seriam criados novos tipos penais em sua essência, não se ampliaria o aparato estatal para situações atualmente não previstas, não se estenderiam as garras das agências de controle do Estado de polícia, mas seria possível identificar os casos em que os crimes foram praticados por motivação ideológica (racista, sexista, homofóbica etc.), dando-se visibilidade[442] ao problema e suscitando, a cada ocorrência, o debate aberto na sociedade sobre os malefícios da manutenção de uma cultura impregnada por estes ideais antidemocráticos, e permitindo, quem sabe, a formação de uma sociedade efetivamente mais plural, mas que não seja, ao mesmo tempo, mais punitivista.

.

[440] Vale ressaltar que isso ocorreu recentemente em relação ao crime de feminicídio, incluído no Código Penal por meio da Lei nº 13.104/2015, embora tenha havido agravação da conduta, que passou a ser considerada como homicídio qualificado.

[441] O autor trabalha especificamente a questão da criminalização da homofobia. CARVALHO, Salo. *Crime e sociedade.* Sobre a criminalização da homofobia, p. 204-205.

[442] Ibidem,p. 204.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou delimitar os contornos da problemática que envolve a demanda criminalizatória de discursos contrários aos valores democráticos, partindo-se da premissa de que toda criminalização é, em si, uma violência, e como tal, só se justifica em hipóteses *excepcionais*.

Inicialmente, buscou-se estabelecer as bases sobre as quais se deve estruturar o Direito Penal no Estado Democrático de Direito, notadamente no que se refere às funções do Direito Penal, analisando-se o desenvolvimento da construção dogmática do conceito crítico de bem jurídico com tentativa de imposição de limites mínimos ao exercício do poder punitivo. Procurou-se, ainda, compreender quais as finalidades da pena criminal num Estado que se pretenda verdadeiramente Democrático de Direito.

Posteriormente, buscou-se registrar a natureza, a importância e a evolução histórica do direito que se pretende suprimir por meio da criminalização, *in casu*, a liberdade de expressão.

Salientou-se que a liberdade de expressão compreende toda uma gama de liberdades individuais que gozam de proteção constitucional, como a *liberdade de consciência, de crença e de religião*. Foram expostas, ainda, as teses que buscam uma justificativa filosófica para a liberdade de expressão, basicamente divididas em substancialistas e instrumentalistas.

Ainda no segundo capítulo foram analisados os aspectos relativos à consolidação da liberdade de expressão como direito fundamental do Homem e seu reconhecimento nos diplomas legislativos internacionais e nas cartas constitucionais brasileiras ao longo dos séculos XIX e XX.

Posteriormente, procurou-se estabelecer os principais ideais antidemocráticos capazes de macular uma sociedade que se pretenda plural, como o antissemitismo, o racismo e as discriminações oriundas do fundamentalismo religioso, como a homofobia e a intolerância religiosa. Tal análise teve por fundamento a delimitação dos efeitos deletérios que ideias antidemocráticas tiveram e ainda têm sobre a sociedade, e em especial sobre grupos historicamente marginalizados.

Em seguida, já no terceiro capítulo, analisou-se o tratamento jurisprudencial dispensado ao conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, nos Estados Unidos, na Alemanha, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e no Brasil. Da análise restou configurada a adoção de duas formas de pensar distintas: uma que prestigia a liberdade de expressão ao máximo possível, restringindo-a somente nos casos em que se

configure como incitação real a uma ação iminente (*Imminent Lawless Action Test*), que é a adotada pela jurisprudência estadunidense, e outra, baseada na ideia de democracia militante (*streitbare demokratie*), que defende a possibilidade de limitação da liberdade de expressão quando as ideias possam atentar contra os valores democráticos, que é a tese predominante na Alemanha e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ainda que este último tenha consignado que o *negacionismo histórico* não poderia ser obstado, por constituir legítimo exercício da liberdade de expressão – exceto em relação a fatos historicamente comprovados.

Adiante, já no quarto capítulo, pretendeu-se analisar a criminalização dos discursos potencialmente ofensivos pelo prisma da dogmática jurídico-penal, já que restou configurada, a despeito da discussão sobre o tema, certa tendência mundial pelo reconhecimento da legitimidade da criminalização do *hate speech*.

A partir daí, procurou-se extrair a natureza dos crimes relacionados à externalização de discursos potencialmente ofensivos, ou *hate speech*, consignando-se que, dada a inexistência de qualquer exigência de lesão ou perigo concreto de lesão, tais delitos deveriam enquadrar-se na categoria de delitos de perigo abstrato, como regra.

Partindo-se dessa constatação, e num cenário de opção pela via penal, que foge ao âmbito da academia, mas que deve por ela ser enfrentado, fez-se necessário estabelecer parâmetros minimamente satisfatórios para que a criminalização de discursos antidemocráticos possa ser considerada uma agressão menos ilegítima. Assim, definiu-se que a criminalização de discursos antidemocráticos, na qualidade de crimes de perigo abstrato, deveria incidir apenas nos casos em que a *conduta seja idônea a produzir um risco não insignificante de exposição do bem jurídico a perigo de dano, inexistente em outras atividades não criminalizadas, ou existente em menor escala.*

O potencial de exposição do bem jurídico a um risco não tolerável, por sua vez, conforme restou assentado, só poderia ser alcançado por meio da análise *in concreto* de cada situação, levando-se em consideração fatores como o histórico de vulnerabilidade do grupo social atingido, a posição do emissor da mensagem, os meios empregados, o potencial de adesão ao discurso e a magnitude dos eventuais danos que dele poderiam advir.

Por fim, após a análise dos aspectos dogmáticos que envolvem a criminalização do discurso antidemocrático, buscou-se desenvolver uma análise crítica acerca destes processos criminalizatórios, por meio da delimitação do panorama social que conduz a uma políticacriminal expansionista.

Restou assentado que, a despeito de suas raízes históricas libertárias, a própria esquerda passou a endossar um discurso punitivista, só que desta vez voltado às demandas

sociais ditas democráticas, como a defesa do meio ambiente e de grupos vulneráveis. Analisou-se o específico caso brasileiro e a empreitada pela criminalização da homofobia, mais especificamente a criminalização de discursos de conteúdo homofóbico, em tramitação no Congresso Nacional.

Posteriormente, desenvolveu-se uma análise com base na pena criminal e suas funções *reais*, tendo sido verificado que a pena criminal não tem a capacidade de conferir ao problema a solução que o Direito Penal promete e, portanto, a criminalização deste tipo de conduta tende a encobrir o problema, ao invés de resolvê-lo.

Diante desse quadro, propôs-se, ao final, a *não criminalização* de quaisquer condutas que se configurem como mera *expressão de pensamento* não concretamente dirigida como ofensa a indivíduo ou indivíduos identificáveis. Subsidiariamente, já se considerando a provável expansão criminalizante, defendeu-se a *não cominação de pena privativa de liberdade*, posto que demonstrado, no decorrer do trabalho, sua inaptidão para alcançar qualquer finalidade positiva num Estado Social e Democrático de Direito.

O presente trabalho não teve a pretensão de ser o ponto de chegada, mas o ponto de partida de uma discussão que deve ser levada adiante para que seja possível construir-se uma sociedade livre de preconceitos, mas espontaneamente livre, como manifestação autêntica de cada indivíduo, e não por meio da imposição moral criminalizadora. À esquerda compete desempenhar o seu papel histórico de luta pela afirmação dos direitos dos grupos vulneráveis – por meio da qual foram obtidas diversas conquistas – sem, contudo, ceder aos *encantos da sereia*, aos atrativos imediatistas e monofocais do poder punitivo, que expropria o problema, mas não confere a solução.

Como bem asseveram Nilo Batista e Eugénio Raúl Zaffaroni:

> Qualquer inovação social que se fizer em prol do desenvolvimento humano deverá enfrentar o sistema penal; todo conhecimento e todo pensamento abriu caminho confrontando-se com o poder punitivo. A história ensina que os avanços da dignidade humana sempre ocorreram em luta contra o poder punitivo.[443]

Um Estado verdadeiramente Democrático de Direito não suprime conflitos, mas os resolve. A criminalização de discursos antidemocráticos só escamoteia o problema, numa tentativa de imposição ético-social, de neutralização da "perigosa" alteridade, de homogeneização moral, cuja finalidade é transformar o indivíduo em verdadeira "laranja mecânica": orgânico por fora, mecânico por dentro.

---

[443] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*... Op. cit., tomo I, p. 99.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1949). Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Tribunal Constitucional. *BVerfGE 7, 198.* Apelante: Erich Lüth. Apelado: Veit Harlan.Hamburgo, 15 de janeiro de 1958. Decisão disponível, traduzida para o espanhol, no sítio eletrônico da Universidade de Palermo, Argentina. Disponível em: <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.

_____. Tribunal Constitucional. *BVerfGE 90, 241.* Apelante: David Irving. Apelado: Baviera. [S.l.], 11 de abril de 2000. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090241.html>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Tribunal Constitucional. *90 BVerfGE 1*, 1994. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv090001.html>. Acesso em: 17 jul. 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

ARENDT, Hanna. *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Ed. Cia. de Bolso, 2010.

BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal*. 3. reimpresión. Bogotá: Ed. Temis S.A., 1996.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 9. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Direito Penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2011. Tomo I.

_____. *Direito Penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2010. Tomo II.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Ed. Revan, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Tradução de Jesus Alborés Rey. Madrid: Ed. Siglo Veintiuno, 2002.

BILBAO UBILLOS, Juan María. La negación del Holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión. *Revista de Derecho político*, Madrid, p. 19-56, ago. 2008.

_____. La negación de un genocido no es una conducta punible. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madri, v. 29, n. 85, p. 299-352, jan./ abr. 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal* – Parte Geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia:* uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOLLINGER, Lee. C. *The Tolerant Society:* Freedom of Speech and Extremist Speech in America. New York: Oxford University Press, 1986.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e direito penal*. Curitiba: Ed. Juruá, 2008.

BORRILO, Daniel. *Homofobia:* história e crítica de um preconceito. Tradução de Guilherme Teixeira. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brazil*. Rio de Janeiro: Imperador D. Pedro I. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. Constituição (1891). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Congresso Nacional Constituinte, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro,DF: Congresso Nacional Constituinte, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF: Congresso Nacional Constituinte, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 31 mar. 2015.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF: Congresso Nacional Constituinte, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 02 abr. 2015.

_____. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *DO* de 07.07.1999, p. 8716. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em 14 jun. 2015.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Anexo: Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, art. 13. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *DO* de 09.11.1992, p. 15562. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 02 abr. 2015.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em 13 jul. 2015.

_____. Decreto-Lei nº 1.949, de 30 de dezembro de 1939. Dispõe sobre o exercício de atividades de imprensa e propaganda no território nacional e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1949.htm>. Acesso em 1º abr. 2015.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *DO* de 31.12.1940, p. 2391. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em 15 jun. 2015.

_____. Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836>. Acesso em 16 jun. 2015.

_____. Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. *DO* de 20.10.1969, p. 8865. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 02 abr. 2015.

_____. Lei nº 1.390, de 03 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de côr. *DOFC* de 10.07.1951, p. 0102171. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm>.

_____. Lei nº 7.437, de 20 de dezembro de 1985. Inclui, entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, dando nova redação à Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951 - Lei Afonso Arinos. *DOFC* de 23.12.1985, p. 0188572. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L7437.htm>.

_____. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *DOFC* de 06.01.1989, p. 0003691. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em 03 abr. 2015.

_____. Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *DO* de 14.05.1997, p. 9901. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9459.htm#art1>.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas − Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. *DOU* de 24.08.2006, p. 2. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 10 jul. 2015.

_____. Lei nº 11.635, de 27 de dezembro de 2007. Institui o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. *DOU* de 28.12.2007, p. 2. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11635.htm>. Acesso em 20 jul. 2015.

_____. Ministério da Justiça. INFOPEN, junho de 2014. Brasília-DF. Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 14 jul. 2015.

_____. Projeto de Emenda Constitucional nº 171/93. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>.

_____. Projeto de Lei da Câmara nº 122/06. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=45607&tp=1>. Acesso em 18 jun. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 987/2007. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=58CB6A136822D532009DB80F56704976.proposicoesWeb1?codteor=458520&filename=PL+987/2007>. Acesso em 24 jul. 2015.

_____. Projeto de Lei nº 6.583/2013. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013>. Acesso em 19 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em 19 jun. 2015.
_____. HC 82.424. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424.NUME.+OU+82424.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa32ac4>. Acesso em 16 jun. 2015.

BRAUDEL, Fernand. *Gramática das Civilizações.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção ao discurso de ódio. *Revista de DIREITO PÚBLICO*. Brasília, v. 1, nº 15, jan.-fev.-mar. 2007.

BUSTOS RAMÍRES, Juan (Org.). *Prevención y teoría de la pena.* Santiago de Chile: Ed. ConoSur, 1995.

CALEARI, Antonio Isoldi. *Malleus Holoficarum:* o estatuto jurídico-penal da revisão histórica na forma do *jus puniendi versus animus revidere*. São Paulo: Ed. Chiado, 2011.

CÂMARA, Jorge Luis F. P. Para uma eidética do Direito Penal. *Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito*. Rio de Janeiro, v. 6, nº 1, p. 1-151, abr./set. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2012.

CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de. *Direito de Informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1999.

CARVALHO, Salo. Crime e sociedade. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia *Queer*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCRIM*. São Paulo, nº 99, 2012.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2ª Época, nº 10, p. 47-72, 2002.

CHEMERINSKI, Erwin. *Constitutional law:* principles and policies. 3. ed. Nova Iorque: Ed. Aspen Publishers, 2006.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial prima facie:* Análise crítica e proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

CISNEROS, Isidro H. *Formas modernas de la intolerancia:* De la discriminación al genocidio. México D.F.: Ed. Oceano, 2004.

COCA, Juan; R. VALERO MATAS, Jesús A. *Exclusión "científica" del otro*. Madrid: Ediciones de la Torre, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos.* São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal:* Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

DE ARAÚJO, Maurício Azevedo. Do combate ao racismo à afirmação da alteridade negra: As religiões de matriz africana e a luta por reconhecimento jurídico – repensando a tolerância e a liberdade religiosa em uma sociedade multicultural. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2007.

DE LUCA, Tania Regina. *A revista do Brasil:* Um diagnóstico para a (N) ação. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. tomo I.

_____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal,* Parte Geral. Curitiba: Ed. Lumen Juris, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal,* Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

DWORKIN, Ronald. Why Speech Must be Free. In: *Freedom's Law:* The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ELIADE, Mircea. *História das crenças e das ideias religiosa*s. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2010.

_____. *O sagrado e o profano.* São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1992.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Brandenburg v. Ohio (395 U.S. 444).* Disponível em <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444>. Acesso em 17 jun. 2015.

_____. *National Socialist Part v. Skokie (434 U.S. 1327).* Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/434/1327>.

_____. *Patterson v. Colorado (205 U.S. 454).* Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/205/454>. Acesso em 15 jun. 2015.

_____. Suprema Corte. *R.A.V. v. City of St. Paul.* 22 de junho de 1992. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377>. Acesso em 17 jun. 2015.

_____. *Schenck v. United States (249 U.S. 47)*. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/249/47>.

FALLON JR., Richard H. *The dynamic Constitution:* an introduction to American constitutional law. 8. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007.

FARIAS, José Fernando de Castro. Os desafios da democracia. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 03, p. 399-423, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Curitiba: Ed. Positivo, 2010.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão:* estado, regulação e diversidade na esfera pública. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 2005.

FUNDAÇÃO AIS. Relatório 2010 Sobre a Liberdade Religiosa no Mundo. Lisboa, 2010. Disponível em <http://www.fundacao-ais.pt/uploads/documentos/rapporto-2010-portoghese.pdf>. Acesso em 23 jul. 2015.

GADEA, Carlos A. *Negritude e pós-africanidade: c*críticas das relações sociais contemporâneas. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013.

GALVÃO, Ronaldo Guimarães. *Uma Crônica para Gobineau.* Artigo disponível em <http://w3.ufsm.br/grpesqla/revista/dossie11/RevLitAut_art02.pdf>. Acesso em 15 jun. 2015.

GOMES, Geder Luiz Rocha. A substituição da Prisão: legitimidade e adequação. *Jus Podivm*, Salvador, 2008.

GONZA, Alejandra; GARCÍA RAMIREZ, Sergio. *La Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* México D.F: Ed. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007.

GRECO, Luís. A ilha de Kant. In:GRECO, Luís (Org.). *Direito penal como crítica da pena*. São Paulo: Ed. Marcial Pons, 2012.

_____. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

GUEDES, Neviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. Artigo disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>.

GUIMARÃES, A. S. A. *Tirando as máscaras:* ensaios sobre racismo no Brasil. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y sociedad:* Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita.Bogotá: Ed. Temis, 1999.

_____. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico* −¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de abalorios dogmático?.Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus;. NAUCKE, Wolfgang. *Principales problemas de la prevención general.* Buenos Aires-Montevideo: Ed. B. de F., 2004.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal.* Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 1989.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La teoría del bien jurídico.* Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007. p. 285-308.

HORMAZÁBAL MALAREE, Hernan. *Bien jurídico y estado social y democrático de Derecho*. Santiago de Chile: Ed. Editorial Jurídico Conosur, 1992.

JAKOBS, Günther. *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad.* 1. ed. Madrid: Ed. Civitas, 2004.

_____. *La normativización de la dogmática jurídico-penal.* Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijó Sánchez. 1. ed. Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2003.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Ed. Edipro, 2003.

KARAM, Maria Lucia. A esquerda punitiva. 1996. Artigo disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/> Acesso em 25 jun. 2015.

KEMP, Jaime. *Eu amo você:* namoro, noivado, casamento e sexo. São Paulo: Editora Hagnos, 2005.

KINDHAUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, 2009.

LAZARE, Bernard. *El antisemitismo:* su historia y sus causas. Edición Original: Año 1894; Edición Electrónica, 2011.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos:* uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Tradução de Rosana Nucci. São Paulo: Ed. Aracati, 2011.

LIICEANU, Gabriel. *Do ódio*. Tradução de Elpídio Mário Dantas Fonseca. Campinas: Vide editorial, 2014.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão.* Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil:* ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Ed. Vozes, 1994.

MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social. *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica* 65, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARINHO JUNIOR, Inezil Penna; FAYET JUNIOR, Ney. Complexidade, insegurança e globalização: repercussões no sistema penal contemporâneo. In: FAYET JUNIOR, Ney; MAYA, André Machado (Orgs.). *Ciências penais e sociedade complexa II*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito constitucional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal,* parte general. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ed. Ticknor and Fields, 1863.

MILTON, John. *Areopagítica* – Discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Trad. Raul de Sá Barbosa. Rio de Janeiro: Ed. Topbooks, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho.* Barcelona: Ed. Ariel, 1994.

_____. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

_____. *Introducción a las bases del Derecho penal.* 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Ed. B. de F., 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: Ed. B. de F., 2001.

NAPOLEONI, Loretta. *A fênix islamista:* O Estado Islâmico e a reconfiguração do Oriente Médio. Trad. Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais comentadas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

NUSSBAUM, Martha C. *La nueva intolerancia religiosa.* Barcelona: Ed. Espasa Libros, 2013.

ONU. Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio. 1948. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/legislacao/segurancapublica/convenca....crime_genocidio.pdf>.

POSNER, Richard. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Ed. WMF, Martins Fontes, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

ROCCO, Arturo. *El Objeto del Delito y de la Tutela Jurídica Penal:* Contribución a las teorías generales del delito y de la pena. Montevideo, Buenos Aires: Ed. B. de F., 2013.

ROSENFELD, Michael. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. In: CARDOSO LAW SCHOOL. *Working Paper Series* nº 41, 2001.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf> Acesso em 18 jun. 2015.

_____. *Derecho penal, parte general*. Madrid: Civitas, 1997. tomo I.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.* Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2013.

SANTOS, Roberto Sousa. *História do Brasil República.* Ed. Unit. Aracaju, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 11. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A Liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. In: *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, ano I, nº 4, 2006.

_____. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La teoría del bien jurídico.* Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático. Madrid: Editora Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

SHECAIRA, Sérgio Salomão *et al. Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. Racismo.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. Democracia e liberdade de expressão. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

SILVA, Katia Elenise Oliveira Silva. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. *La expansión del Derecho penal:* aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Ed. Civitas, 1999.

SPORLEDER, Paulo Vinicius. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

STORTONI, Luigi. Presentación. In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo:* el análisis crítico de la escuela de Frankfurt. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

TAVARES, André Ramos. O Direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. Disponível em <http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html>. Acesso em 19 jun. 2015.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal.* 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>.

UNIÃO EUROPEIA. Corte Europeia de Direitos Humanos. CASE OF JERSILD *v.* DENMARK (Application n. 15890/89). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57891>. Acesso em 18 jun. 2015.

_____. Case of Lehideux and Isorni *v.* France (55/1997/839/1045). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58245>. Acesso em 19 jun. 2015.

_____. Case of Pavel Ivanov *v.* Russia (Application n. 35222/04). Disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-79619>. Acesso em 18 jun. 2015.

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

WEBBER, Anne. *Manual on Hate Speech.*Council of Europe Publishing, 2009. Disponível em: <http://book.coe.int/ftp/3342.pdf>. Acesso em 30 maio 2015.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

WELZEL, Hans. *Derecho penal, parte general*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

WIEVIORKA, Michel. *Antissemitismo explicado aos jovens*. Trad. Joel Ghivelder. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Edições de Janeiro, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. 2. reimpresión. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 1998.

_____. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Ed. Ediar, 1987. tomo II.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2008.