

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO

BRUNA SANSEVERINO

**Discurso de ódio criminalizado e lesividade do bem jurídico penal tutelado**  
*Estudo com base nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos e nos  
julgados do Superior Tribunal de Justiça*

São Paulo  
2023

BRUNA SANSEVERINO

**Discurso de ódio criminalizado e lesividade do bem jurídico penal tutelado**  
*Estudo com base nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça*

Versão original

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia.

Orientação: Professora Associada Doutora Helena Regina Lobo da Costa.

São Paulo

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo na publicação (CIP)  
Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sanseverino, Bruna.

Discurso de ódio criminalizado e lesividade do bem jurídico penal tutelado: Estudo com base nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça/ Bruna Sanseverino; orientadora: Professora Associada Helena Regina Lobo da Costa; São Paulo, 2023.

224 f.

Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito Penal. 2. Crimes de ódio 3. Discurso de ódio 4. Princípio da legalidade 4. Princípio da proteção de bens jurídicos 5. Sistema Interamericano de Direitos Humanos 6. Sistema Europeu de Direitos Humanos 7. Superior Tribunal de Justiça.

SANSEVERINO, Bruna. *Discurso de ódio criminalizado e lesividade do bem jurídico penal tutelado*: Estudo com base nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Professor(a) Dr(a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Professor(a) Dr(a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

Professor(a) Dr(a): \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_

*Ao Chico,*

*Por tudo, sempre.*

*Aos meus pais e à minha irmã,*

*Meus fiéis escudeiros.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, à Professora Helena Lobo da Costa, que me inspira, guia e orienta desde antes do meu ingresso no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, quando frequentei suas aulas, ministradas ao lado da Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, como aluna especial. A semente deste trabalho foi plantada naquelas aulas. Durante o período em que fui orientada pela Professora Helena, tive o privilégio de ter suas leituras atentas e preocupadas, sua incrível disponibilidade e seus ensinamentos valiosos. Mais do que isso, em momentos pessoais difíceis, ela me acolheu e me encorajou a seguir em frente. Por tudo, sou imensamente grata.

Agradeço também à Professora Mariângela Gama de Magalhães Gomes, que, apesar de não ser formalmente minha orientadora, exerceu papel fundamental de orientação acadêmica. Além das mencionadas aulas de que participei como aluna especial, a disciplina de Direito Penal e Direitos Humanos está no coração deste estudo. Também, a sua participação na minha banca de qualificação, as suas contribuições mesmo depois dela, os livros com que me presenteou e o carinhoso incentivo foram essenciais para o trabalho que apresento hoje.

Não teria sido possível a realização deste estudo sem o apoio e a compreensão de José Carlos Dias, Luis Francisco Carvalho Filho, Theo Dias, Elaine Angel, Maurício Araújo e Francisco Queiroz, a quem tenho o privilégio e a honra de chamar de sócios. Agradeço pela parceria e ensinamentos de todos os dias que há oito anos me fazem ser quem eu sou.

Agradeço ao Philippe Nascimento que, apesar de ter deixado a sala ao lado, sempre se faz presente. Por ter trilhado o caminho à frente de mim e ter me auxiliado ao longo de todo o percurso. Agradeço também ao Luiz Guilherme Pretti, que, nos 40 do segundo tempo, apareceu de Londres e me ajudou com o inglês.

Ao Chico, meu mais profundo obrigada. Esse foi um projeto vivido a dois, do começo ao fim. Agradeço pela leitura cuidadosa e afiada de cada linha, pelas contribuições essenciais para o resultado. Pelo tempo abdicado, pelos finais de semana dispensados e férias pela metade. Pelo incentivo e companheirismo irrestritos. Por sempre me fazer acreditar no melhor de mim.

Agradeço, por fim, à minha família e aos meus amigos, que compreenderam minhas ausências e torceram por mim.

*It matters how judges decide cases. It matters most to people unlucky or litigious or wicked or saintly enough to find themselves in court.*

(Ronald Dworkin, Law's Empire)

## RESUMO

SANSEVERINO, Bruna. *Discurso de ódio criminalizado e lesividade do bem jurídico penal tutelado*: Estudo com base nos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos e nos julgados do Superior Tribunal de Justiça. 2023. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O presente trabalho dedica-se, centralmente, à investigação do bem jurídico tutelado pela tipificação do discurso de ódio, bem como dos critérios dogmáticos que permitem a constatação de sua necessária lesividade para incidência da norma incriminadora. Inicialmente, realiza-se aproximação teórica aos conceitos de discurso de ódio, crimes de ódio e discurso de ódio criminalizado, que servirá como introdução ao tema de estudo. Em seguida, é abordado o princípio da legalidade, seu sentido original e como deve ser interpretado na atualidade, tendo em vista a inevitável e necessária introdução de termos normativos na legislação penal e, em especial, da norma que criminaliza o discurso de ódio. Após, o estudo volta-se à defesa da adoção de uma teoria pessoal do bem jurídico, à apresentação de suas premissas, à determinação do reconhecimento como centro valorativo do discurso de ódio criminalizado e ao estabelecimento de critérios para aferição da lesividade do discurso de ódio enquanto delito de perigo abstrato. Por fim, os parâmetros dogmáticos desenvolvidos servem de guia para análise crítica dos critérios adotados, na prática, pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos e pelo Superior Tribunal de Justiça para configuração do discurso de ódio criminalmente relevante.

**Palavras-chaves:** Direito Penal; discurso de ódio; crimes de ódio; legalidade; bem jurídico; reconhecimento; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Sistema Europeu de Direitos Humanos; Superior Tribunal de Justiça.



## ABSTRACT

SANSEVERINO, Bruna. *The hate speech crime and the harm principle: An analysis based on the Inter-American Human Rights System, on the European Human Rights System and on the Brazilian Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça)*. Dissertation. (Masters) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

This study investigates hate speech as a crime and the dogmatic criteria that would allow its configuration in accordance to an outlined definition of the harm principle. As an introduction to what will be further explored, this work first defines the terms ‘hate crimes’, ‘hate speech’ and ‘hate speech crime’. Second, it defines the principle of legality, analyzing its original meaning and how it should be currently interpreted, foreseeing the inevitability and necessary introduction of normative concepts in criminal law, particularly, in the law that criminalizes hate speech. It then defends the adoption of the harm principle theory, by introducing its main characteristics, defends the concept of ‘recognition’ as the object protected by the crime of hate speech, and develops a theory with specific parameters to identify the harm caused by hate speech, whilst seen as crime of abstract danger. Finally, it explores how the dogmatic parameters developed here shall be used to critically analyze how the norm has been currently adopted by the Inter-American Human Rights System, the European Court of Human Rights, and the Brazilian Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça) to criminalize hate speech and if it abides with the harm principle’s definition.

**Keywords:** Criminal law; hate speech; hate speech; legality; harm; Recognition; Inter-American Human Rights System; European Court of Human Rights; Brazilian Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça).

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO.....  | 10  |
| 1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL AO DISCURSO DE ÓDIO.....  | 15  |
| 2 LEGALIDADE E NORMATIVISMO NO DIREITO PENAL.....  | 31  |
| 2.1 Origem e sentido atual do princípio da legalidade .....  | 31  |
| 2.2 Métodos legislativos: conceitos normativos, indeterminados, cláusulas gerais e o artigo 20 da Lei 7.716/1989 ..... | 41  |
| 3 LESIVIDADE DO BEM JURÍDICO E LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL   | 51  |
| 3.1 A função do Direito Penal como a proteção de bens jurídicos .....  | 51  |
| 3.1.2 Alcance da teoria do bem jurídico e respostas a críticas.....  | 55  |
| 3.2 O objeto de proteção do crime de discurso de ódio .....  | 59  |
| 3.2.1 Reconhecimento .....   | 75  |
| 3.3 Lesividade do bem jurídico e dogmática penal .....   | 88  |
| 3.3.1 Afetação do bem jurídico como critério necessário à configuração típica .....                                    | 89  |
| 3.3.2 Crimes de perigo abstrato e afetação do bem jurídico .....   | 92  |
| 3.4 Conclusão intermediária: o limitado campo de intervenção penal legítima nos crimes de discurso de ódio .....       | 112 |
| 4 ANÁLISE COMPARATIVA DE CRITÉRIOS.....  | 118 |
| 4.1 Metodologia adotada e justificativa.....   | 118 |
| 4.2 Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....  | 121 |
| 4.3 Sistema Europeu de Direitos Humanos .....  | 131 |
| 4.4 Superior Tribunal de Justiça .....   | 158 |
| 4.4.1 Habeas Corpus nº 388.051/RJ e Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 424.402/RJ.....                              | 159 |
| 4.4.2 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.826.160/PR.....   | 162 |
| 4.4.3 Recurso Especial nº 157805/DF.....   | 164 |
| 4.4.4 Conflito de competência nº 146.983/RJ .....  | 166 |
| 4.4.5 Recurso Especial nº 1.569.850/RN e Recurso Especial nº 1.580.395/DF .....  | 171 |
| 4.4.6 Habeas Corpus nº 15.155/RS .....   | 175 |
| 4.4.7 Recurso Especial nº 911.183/SC .....   | 178 |
| 4.4.8 Habeas Corpus nº 144.387 – ES.....   | 182 |
| 4.4.9 Conflito de Competência nº 163.420/PR .....  | 185 |
| 4.4.10 Habeas Corpus nº 118.382/CE .....   | 187 |
| 4.4.11 Recurso em Habeas Corpus nº 117.539/PR .....  | 187 |
| 4.4.12 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 753.219/DF .....   | 189 |
| 4.4.13 Recurso em Habeas Corpus nº 50.435/DF .....   | 190 |

|  |     |
|--|-----|
| 4.4.14 Recurso em Habeas Corpus nº 19.166/RJ .....                 | 192 |
| 4.4.15 Recurso em Habeas Corpus nº 18.620/PR .....                 | 194 |
| 4.4.16 Ação Penal nº 612/DF .....                                  | 196 |
| 4.4.17 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.329.080/SP ..... | 199 |
| 4.4.18 O que se extrai das decisões do STJ.....                    | 200 |
| 4.5 Reflexões sobre os critérios adotados .....                    | 203 |
| CONCLUSÃO.....   | 210 |
| REFERÊNCIAS .....  | 214 |
| Lista de casos .....   | 222 |

## INTRODUÇÃO

O termo “discurso de ódio” é bastante popular nos contextos criminológico, político, filosófico e social. Em cada um deles, adquirirá contornos distintos, correspondentes aos limites e objetivos que carregam cada um desses campos do conhecimento e da vida.

O fenômeno social do discurso de ódio, naturalmente, pode ser mais largo do que a sua delimitação jurídica e, principalmente, jurídico-penal. Este estudo volta-se ao discurso de ódio enquanto manifestação criminalmente relevante e, portanto, de um recorte dentro do grande fenômeno que se abarca sob o rótulo conceitual.

As graves consequências que podem acompanhar condutas motivadas pelo ódio, como segregações e extermínios, despertam o interesse pela punição em estágios prévios à lesão concretizada. A criminalização do discurso de ódio, nessa ótica, recai sobre ato precedente a condutas xenófobas, racistas, violentas etc.<sup>1</sup>

O ataque proferido pelo discurso de ódio distingue-se das clássicas modalidades de afetação a bens jurídicos, como a violência, a incitação à violência, a ameaça ou a coação<sup>2</sup>, sendo necessário que se delimite com clareza o núcleo protegido pela norma. Trata-se de antecipação do direito penal, tendo em vista os moldes para os quais foi classicamente concebido.

Por conta disso, uma das grandes dificuldades que envolvem a delimitação da figura típica do discurso de ódio é justificar que a punição não recai pela simples forma de ser do sujeito, ainda que ela seja reprovável do ponto vista moral e social, mas sim pela real afetação a interesse indispensável ao autodesenvolvimento humano.

Não se pode abandonar a noção de que a função primordial do direito penal continua (e deve continuar) a ser a proteção de bens jurídicos. Conforme bem ponderam Alaor Leite e Adriano Teixeira: “No Direito Penal, não se trata de cultivar obediência – à moda do célebre chapéu de Glebler –, nem de exigir genuflexão incondicional a valores constitucionais abstratos, mas de proteger bens jurídicos.”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación. *Polít. Crim.* Vol. 9, n. 18, dez., 2014. p. 389.

<sup>2</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro. Consulta para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, set./2020. p. 9.

<sup>3</sup> LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 9.

A antecipação da esfera de intervenção penal para criminalizar o discurso deve vir acompanhada da constatação de resquício mínimo de lesividade, para que não se admita arbitrária criminalização das liberdades comunicativas<sup>4</sup>.

O discurso de ódio representa conflito com a democracia. Ao propagar ideias de intolerância, nega seus valores, enquanto, ao mesmo tempo, a sua proibição atinge o direito à liberdade de expressão, essencial ao funcionamento do sistema democrático.

Na análise do campo discursivo, há situações de clara impossibilidade de intervenção penal, protegidas pelo direito fundamental à liberdade de expressão, sem que haja afetação a bem jurídico. O presente estudo pretende compreender os critérios adotados para que se delimite a incidência do direito penal nas chamadas ‘zonas cinzentas’, em que a proteção absoluta das liberdades comunicativas levanta desconfiança, sem perder de vista a necessária lesividade do bem jurídico.

O adiantamento das barreiras da intervenção penal que atinge o exercício da liberdade de expressão deve ser dogmaticamente respaldado pelos freios e garantias de um direito penal centrado na figura do indivíduo. Conforme pondera Clara Moura Masiero:

A grande dificuldade está, justamente, em distinguir as condutas que, de fato, geram dano ao bem jurídico protegido pela criminalização ao ódio, das condutas que representam meras ofensas a valores e sentimentos identitários, culturais, religiosos. Esta dificuldade se agrava quando se trata de crimes de ódio que não produzem violência física, os chamados discursos de ódio<sup>5</sup>.

A discussão sobre os limites da liberdade de expressão e da intervenção estatal como solução à propagação de palavras de ódio é objeto de longo debate jusfilosófico. Diferentes posturas teóricas sobre mecanismos e limites para proteção de valores como a ordem democrática, a liberdade de expressão e a dignidade humana, faz com que existam controvertidas posições sobre como o sistema jurídico deve responder ao problema.

O presente estudo não se presta a investigar justificativas filosóficas para a criminalização do discurso de ódio. Não se pretende explorar conflitos entre princípios constitucionais, seja para justificar a existência ou a abolição da criminalização ou, ainda, determinar sua extensão.

---

<sup>4</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, n. 14-02 – ISSN 16950194, p. 19.

<sup>5</sup> MASIERO, Clara Moura. *Direito penal antidiscriminatório: movimentos sociais e os crimes de ódio no Brasil*. Florianópolis: Emais, 2021. p. 35 e 36.

Este também não é um trabalho de política criminal. O objetivo não é o de explorar quais seriam os melhores mecanismos para lidar com o problema social e se a criminalização estaria entre eles. Da mesma forma, não se pretende investigar quais seriam as técnicas legislativas mais adequadas para tratar do assunto e ponderar sobre eventual reforma na lei brasileira.

O foco está na necessidade de afetação do bem jurídico para imposição de punição criminal. Parte-se de uma realidade posta, qual seja, da existência da norma penal no ordenamento jurídico brasileiro, para, a partir dela, analisar a legitimidade da fundamentação de decisões judiciais, com vistas ao princípio da lesividade do bem jurídico.

Trata-se de estudo inserido no campo da dogmática jurídico-penal. O objetivo está na investigação de critérios que permitem a punição para, com base nisso, entender se os Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e o Superior Tribunal de Justiça obedecem-nos satisfatoriamente.

A dogmática situa-se “entre a lei e o caso concreto”<sup>6</sup>. Conforme explica Helena Regina Lobo da Costa: “deve a dogmática dedicar-se a buscar soluções sistematicamente orientadas para casos concretos, com base na lei, oferecendo segurança e controlabilidade na aplicação do direito”<sup>7</sup>.

É justamente isso que se pretende: fornecer parâmetros para análise de casos concretos envolvendo o discurso de ódio criminalizado, tendo em vista a necessidade de afetação do bem jurídico para punição criminal.

Não se trata da adoção de uma dogmática “cega” ou valorativamente neutra, muito pelo contrário, o objetivo é explorar soluções de justiça, voltadas à primordial necessidade de proteção do indivíduo.

Também não se pretende investigar todos os critérios dogmáticos que envolvem a aplicação da norma penal do discurso de ódio, mas tão somente aqueles relativos aos limites impostos pelo princípio da proteção de bens jurídicos.

Por ser o discurso de ódio conceito carregado de vagueza e amplitude, é necessário que se realize exercício valorativo capaz de preenchê-lo de conteúdo, que, por sua vez, corresponda às legítimas possibilidades de intervenção do poder punitivo estatal.

---

<sup>6</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Processo penal humanista*. Belo Horizonte: D’Placido, 2019. p. 113.

<sup>7</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. Ampliação dos acordos processuais penais..., cit., p. 112.

A exigência de justificação racional das decisões judiciais é imprescindível e não basta a atribuição de qualquer significado à norma. A interpretação da linguagem deve estar em consonância com as normas e freios criminalizatórios do nosso sistema de garantias legais e constitucionais<sup>8</sup>.

O exercício de atribuição de significado ao conteúdo do artigo 20 da Lei 7.716/1989 (que criminaliza o discurso de ódio) deve levar em consideração os limites interpretativos impostos pelo princípio da lesividade do bem jurídico.

Nesse sentido, o interesse do estudo não está voltado apenas à solução fornecida pelos magistrados aos casos concretos, ou seja, de atribuição ou não de responsabilidade penal, mas, principalmente, ao caminho dogmático percorrido para tanto. O foco está no processo de justificação das decisões que, em última análise, é o elemento essencial para o controle social do decidido.

Admite-se, como premissa, a possibilidade de existência de decisões judiciais com soluções distintas, desde que transparente o percurso argumentativo, dentro das possibilidades fornecidas pela norma e pelos princípios regentes do nosso sistema jurídico, em especial, o da necessária ofensividade.

O estudo não se presta, portanto, a fornecer solução definitiva, fechada, sobre os cenários em que seria legítima a intervenção criminal. O objetivo é o de traçar panorama dogmático que sirva como guia de reflexão sobre a argumentação desenvolvida pelos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Para que se atinjam os fins pretendidos, o trabalho está dividido em quatro grandes partes.

A primeira propõe-se a realizar aproximação conceitual ao discurso de ódio, a fim de que se tenham delineadas as linhas teóricas do tema de estudo. Serão diferenciados os conceitos de crimes de ódio, discurso de ódio e discurso de ódio criminalizado. Não se pretende chegar a uma definição acabada, mas tão somente estabelecer premissas conceituais básicas que servirão de referencial mínimo para a análise a ser desenvolvida.

O segundo capítulo destina-se à compreensão do princípio da legalidade, suas origens e seu sentido na atualidade. O discurso de ódio foi criminalizado pela utilização de técnicas legislativas que carregam abertura semântica das palavras. O objetivo será entender como deve

---

<sup>8</sup> MENKE, Fabio. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. Porto Alegre: UFRGS, 2004. p. 6, 11 E 12. *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 50 | p. 9 | Abr / 2004; e *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* | vol. 4 | p. 107 | abr / 2011 DTR\2004\878.

se dar a sua interpretação diante das necessidades de uma complexa realidade social, sem que se perca de vista o respeito ao princípio da legalidade.

O terceiro capítulo trata da teoria do bem jurídico, da defesa de sua adoção, do estabelecimento das premissas de uma teoria pessoal do bem jurídico e da legitimidade de crimes com diferentes graus de lesividade. Serão explorados possíveis objetos de tutela do crime de discurso de ódio, bem como demonstrada a sua ilegitimidade frente às bases da teoria anteriormente delineadas. O conceito de reconhecimento aparece como centro valorativo dotado de dignidade para que seja elencado como bem jurídico da norma criminalizadora do discurso de ódio. Serão abordados critérios para aferição de lesividade do discurso de ódio enquanto crime de perigo abstrato.

No quarto e último capítulo, a partir do arcabouço teórico desenvolvido, serão analisados comparativamente critérios adotados, na prática, para configuração do discurso de ódio punível, com foco na necessidade de constatação de lesividade da conduta. Serão abordados os parâmetros estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos e pelo Superior Tribunal de Justiça, para, ao final, refletir sobre sua obediência ao princípio da proteção de bens jurídicos.



## 1 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL AO DISCURSO DE ÓDIO

O termo “ódio” não aparece na legislação brasileira, incluída a que versa sobre matéria penal. O artigo 20 da Lei 7.716/1989, contudo, criminaliza o que se convencionou chamar de discurso de ódio.

O conceito de discurso de ódio, conforme pontuam Clarissa Piterman Gross e Ronaldo Porto Macedo Jr. “na linguagem jurídica corrente, é utilizado de forma fluida e semanticamente aberta”<sup>9</sup>, de modo que é necessário que se realize ao menos uma aproximação teórica inicial para delineá-lo.

Não há qualquer pretensão de esgotamento do tema e nem se pretende chegar a uma definição acabada. O objetivo é o de se estabelecer um referencial conceitual mínimo e que será aprofundado ao longo do trabalho, com vistas ao imperativo da lesividade do bem jurídico para imposição de punição criminal.

Após a Segunda Guerra Mundial e a partir das experiências dela decorrentes, o conceito de “ódio” passou a exercer função unificadora e abarcar diferentes fenômenos sociais, tais como o racismo, o antissemitismo, a homofobia, entre outros<sup>10</sup>. Nesse contexto, estabeleceram-se as expressões “crimes ou delitos de ódio” e “discurso de ódio”<sup>11</sup>.

Atualmente, os termos “delitos de ódio” e “discurso de ódio” têm cada vez ganhado mais espaço e relevância nos âmbitos social e midiático<sup>12</sup>. É preciso delimitá-los e distingui-los.

Não há definição unívoca sobre o que constituem os chamados delitos de ódio<sup>13</sup>. Trata-se de termo valorativo, abstrato e amplo, que não é facilmente concretizado apenas pelo auxílio das regras da semântica<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> GROSS, Clarissa Piterman; MACEDO JR., Ronaldo Porto. Crítica Metodológica: a insuficiência da linguagem e do esquema mental prevalente no campo da liberdade de expressão no Brasil. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 133.

<sup>10</sup> DADICO, Claudia Maria. *Crimes de Ódio: diálogos entre a filosofia, a política e o direito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 117.

<sup>11</sup> DADICO, Claudia Maria. Op. cit., p. 117.

<sup>12</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 23.

<sup>13</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los <<delitos de odio>> en el sistema penal español. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 57.

<sup>14</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 147.

De modo geral, crimes de ódio podem ser caracterizados como infrações penais que possuem especial motivação de intolerância em relação ao outro, ao diferente<sup>15</sup>. Nota-se a existência de dois componentes nucleares: (i) um delito-base, que, em tese, pode ser um crime qualquer e; (ii) a motivação de ódio ou discriminação<sup>16</sup>.

Nas palavras de Juan Luis Fuentes Osorio: “*Los <<delitos de odio>> se refieren inicialmente a delitos clásicos agravados por la motivación del sujeto activo y/o por la selección discriminatória del sujeto pasivo*”<sup>17</sup>.

Conforme esclarece Alfredo Abadias Selma, a vítima é escolhida por conta de características que a fazem membro de determinado grupo e que o autor considera, com base em estereótipos e preconceitos, que deve por isso possuir menos direitos<sup>18</sup>. Essa é a motivação nos crimes de ódio.

Para fins de esclarecimento conceitual, utiliza-se a definição de estereótipo desenvolvida por Jody Armour, para quem, esse deve ser entendido como a concepção acerca de certos grupos constituída na infância, quando ainda não foi desenvolvida a possibilidade reflexiva sobre a veracidade da informação adquirida. Os estereótipos constituem respostas automáticas e não conscientes com relação aos grupos sociais. Nas palavras do autor:

Este artigo define estereótipos como aprendidas associações internas com relação a grupos sociais e que são governadas por processos cognitivos automáticos.

[...]

Estereótipos consistem em conjuntos de associações aprendidas com relação a grupos e características, sedimentados nas memórias das crianças desde pequenas, antes que tenham capacidades cognitivas de decidir racionalmente acerca da aceitação pessoal dos estereótipos<sup>19 20</sup>.

<sup>15</sup> MARTIN HERRERA, David. Libertad de Expresión: ¿Derecho Ilimitado Según el TEDH? Del Discurso de Odio al Crimen de Odio. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Publico*. ISSN 0423-4847, vol. 62, n. 2, 2014. p. 15.

<sup>16</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los <<delitos de odio>> en el sistema penal español. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 58.

<sup>17</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 2.

<sup>18</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 115.

<sup>19</sup> ARMOUR, Jody. Stereotypes and Prejudice: Helping Legal Decisionmakers Break the Prejudice Habit. *California Law Review*, vol. 83, 1995. p. 733 e 741.

<sup>20</sup> Tradução livre, do orginial: “*The Article defines stereotypes as well-learned internal associations about social groups that are governed by automatic cognitive processes. [...] Stereotypes consist of well learned sets of associations among groups and traits established in children's memories at an early age, before they have cognitive skills to decide rationally upon the personal acceptability of the stereotypes*”.

O preconceito, por sua vez, é formado por um conjunto de crenças pessoais e conscientes. Deve haver o endosso, a aceitação da veracidade de determinada concepção formada por um estereótipo social. O preconceito é a aceitação consciente da noção estereotipada:

Em contraste, o preconceito consiste em crenças pessoais depreciativas. Como aponta Anthony R. Pratkanis, crenças são proposições que as pessoas endossam e aceitam como verdade. Portanto, crenças pessoais preconceituosas são ‘o endosso e a aceitação do conteúdo negativo de um estereótipo cultural’<sup>21 22</sup>.

A motivação nos crimes de ódio, portanto, pode existir tanto pelo mecanismo consciente (preconceito), quanto pelo mecanismo inconsciente (estigma)<sup>23</sup>. O fato é que o que move o autor é o intuito discriminatório, de trato diferenciado por conta da constatação de características identitárias<sup>24</sup>. Conforme aponta Clara Moura Masiero, a noção de discriminação “[...] designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes diferenciadas relacionadas ao preconceito”<sup>25</sup>.

Trata-se de figura que é crime, somada à especial motivação. Nesse sentido, conforme apontam James Jacobs e Kimberly Potter, trata-se de uma “recriminalização” ou de um “aumento de punição” de um crime quando os motivos espelhem manifestação de preconceito legalmente estabelecida como relevante<sup>26</sup>.

A Organização para Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) definiu os delitos de ódio como qualquer infração penal, motivada pela animosidade contra grupos sociais identificados por características de grupo:

---

<sup>21</sup> ARMOUR, Jody. Stereotypes and Prejudice: Helping Legal Decisionmakers Break the Prejudice Habit. *California Law Review*, vol. 83, 1995. p. 742.

<sup>22</sup> Tradução livre, do original: “*In contrast, prejudice consists of derogatory personal beliefs. As Anthony R. Pratkanis points out, beliefs are propositions that people endorse and accept as being true. Thus prejudiced personal beliefs are the "endorse and acceptance of the content of a negative cultural stereotype"*”.

<sup>23</sup> O objetivo deste estudo não é o de realizar análise aprofundada sobre as possíveis definições de preconceitos e estereótipos e nem se ignora a complexidade do tema. O que se pretende aqui não é desenvolver pormenorizadamente a discussão, mas apenas apresentar delimitação conceitual que sirva como referência para compreensão do tema. Para um breve panorama sobre a teoria do preconceito, consultar: JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1998. Capítulo 2.

<sup>24</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019. p. 461.

<sup>25</sup> MASIERO, Clara Moura. *Direito penal antidiscriminatório: movimentos sociais e os crimes de ódio no Brasil*. Florianópolis: Emais, 2021. p. 29.

<sup>26</sup> JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*. Op. cit., capítulo 2.

*Los delitos de odio son delitos en los que la motivación del autor es una característica que identifica a la víctima como miembro de un grupo hacia el que el delincuente siente alguna animosidad.*

[...]

(A) *Cualquier infracción penal, incluyendo las infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su real o percibida conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B.*

(B) *Um grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su "raza" real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar<sup>27</sup>.*

Apesar de a definição transcrita ser passível de críticas por ser dotada de imprecisões, ou de que se considere que deva ser aperfeiçoada com critérios restritivos, importa que, por conta de sua significativa amplitude, ela serve como um bom ponto de partida para identificação dos mencionados elementos básicos que caracterizam os delitos de odio<sup>28</sup>.

Como dito, os delitos de odio são constituídos por um crime-base, que pode ser de diversas naturezas, como injúrias, ameaças, lesões corporais, danos à propriedade, delitos contra a vida, ou outra conduta tipificada na lei penal<sup>29</sup>.

Não existe, portanto, um crime de odio, mas crimes plurais, que compõem uma classe de delitos heterogênea<sup>30</sup>.

Conforme pontua Patricia Laurenzo Copello, trata-se de categoria ampla que abarca diversos tipos de crimes, que vão desde aqueles que são de extrema gravidade, a exemplo de genocídios e limpezas étnicas, até agressões e violações consideradas de baixa intensidade<sup>31</sup>. O elemento comum reside na animosidade contra grupos que se formam por características identitárias<sup>32</sup>. São atos de discriminação baseados em estereótipos e preconceitos<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> OSCE. *Materiales Didácticos n° 5: La Lucha contra los Delitos de Odio en Europa*. Madri, 2005. p. 10 e 11.

<sup>28</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madri: Dykinson, 2019. p. 460.

<sup>29</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 114.

<sup>30</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 151.

<sup>31</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madri: Dykinson, 2019. p. 459 e 460.

<sup>32</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio, cit., p. 461.

<sup>33</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio, cit., p. 461.

Algumas legislações, a exemplo da espanhola, possuem uma agravante genérica, consistente na motivação discriminatória, e que se aplica a qualquer crime do ordenamento<sup>34</sup>. O artigo 24.4 do Código Penal Espanhol prevê:

**Artículo 22.**

*Son circunstancias agravantes:*

[...]

*4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta*<sup>35</sup>.

A partir dessa cláusula, qualquer delito pode ser convertido como sendo ‘de ódio’ quando constatado que cometido por motivos de discriminação<sup>36</sup>.

A legislação brasileira não possui a figura da agravante genérica. Os delitos de ódio estão espalhados pelo ordenamento, quando há previsão específica da especial motivação. A título de exemplo, pode-se mencionar a injúria racial (artigo 140, § 3º, do Código Penal), a lesão corporal praticada por razões da condição do sexo feminino (artigo 129, § 13, do Código Penal), o feminicídio (artigo 121, § 2º, VI, do Código Penal), entre outros.

Entendida em sentido amplo, a categoria dos delitos de ódio abarcará também condutas discriminatórias que, por si só, não seriam crime, mas que se decide criminalizar<sup>37</sup>. Nessa linha, na nossa legislação, estão os crimes da Lei nº 7.716/1989, como o de obstar emprego por motivos de discriminação ou preconceito (artigo 4º).

<sup>34</sup> Para uma visão crítica sobre a inserção da agravante genérica discriminatória no ordenamento jurídico espanhol e a tendência de a aplicar em qualquer conduta que se constate um ânimo aversivo por parte do autor, consultar: TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Aplicación de la agravante genérica antidiscriminatoria por motivos de ideología vs agravante de odio ideológico (art. 22.4 CP). In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 91 e ss.

<sup>35</sup> ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Legislación consolidada. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>. Acesso em: 26 out. 2022.

<sup>36</sup> TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Aplicación de la agravante genérica antidiscriminatoria por motivos de ideología vs agravante de odio ideológico (art. 22.4 CP). In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 93.

<sup>37</sup> GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *Los delitos de odio*: Artículos 510 y 22.4º CP 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 25.

Em suma, nos delitos de ódio, a conduta criminalizada é tida como mais grave porque sua motivação advém da característica do grupo selecionado<sup>38</sup>. A partir da motivação discriminatória, porém, outros critérios podem ser adicionados para que se delimite o alcance dos tipos penais.

A título de exemplo, autores como Patricia Laurenzo Copello<sup>39</sup>, Patricia Tapia Ballesteros<sup>40</sup> e Alfredo Abadías Selma<sup>41</sup> entendem que não basta a existência de características identitárias, mas que a conduta deve se dirigir a um coletivo socialmente excluído ou vulnerável. Também, é possível que se afirme que o pertencimento da vítima ao grupo vulnerável poderia ser real ou apenas percebido pelo autor do fato, sendo relevante apenas que tenha sido escolhida por tal razão<sup>42</sup>.

O já mencionado material didático elaborado pela Organização para Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), por sua vez, afirma que a categoria dos delitos de ódio poderá abarcar condutas que tenham como motivação fatores religiosos, étnicos, de gênero ou, ainda, qualquer outra característica identitária de grupo<sup>43</sup>, de modo a tornar a categoria delituosa bastante extensa.

Mais restrito, o artigo 1º da Lei 7.716/1989, que introduz os delitos de ódio no Brasil, prevê a punição de “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional”. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26<sup>44</sup>, estendeu o alcance dos tipos penais da Lei 7.716/1989 também para ofensas com motivação homofóbica e transfóbica.

O fato é que a definição dos delitos de ódio não é estanque e pode ser alargada ou restringida a depender da redação das normas criminalizadoras e do alcance interpretativo que se atribua a elas. Nas ilustrativas palavras de James Jacobs e Kimberly Potter: “[...] nós

<sup>38</sup> CHAIMOVICH, Mariana. A Atuação do Poder Legislativo Brasileiro na Definição do Conceito de “Discurso de Ódio”. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 449.

<sup>39</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019. p. 462.

<sup>40</sup> TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Aplicación de la agravante genérica antidiscriminatoria por motivos de ideología vs agravante de odio ideológico (art. 22.4 CP). In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 94.

<sup>41</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 113.

<sup>42</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Op. cit., p. 113.

<sup>43</sup> OSCE. *Materiales Didácticos nº 5: La Lucha contra los Delitos de Odio en Europa*. Madrid, 2005. p. 10.

<sup>44</sup> BRASIL. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.2019.

podemos fazer dos crimes de ódio um problema tão grande ou tão pequeno quanto desejarmos ao manipularmos a sua definição”<sup>45</sup> <sup>46</sup>.

O conceito de delito de ódio não pode ser equiparado ou confundido com o de discurso de ódio (enquanto mensagem de ódio)<sup>47</sup>. O último refere-se a um fenômeno mais amplo e, muitas vezes, prévio ao primeiro<sup>48</sup>. É metodologicamente equivocada, nesse sentido, a interpretação conceitual do discurso de ódio a partir do referencial dos delitos de ódio<sup>49</sup>.

A Recomendação 97 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 1997 sobre o discurso de ódio, que teve como objetivo estabelecer diretrizes aos Estados Membros para tratamento do problema e que foi responsável por cunhar o termo no contexto europeu<sup>50</sup> estabelece que:

[...] o termo ‘hate speech’ deve ser entendido como referente a todas as formas de expressão que disseminam, incitam, promovem ou justificam o ódio racial, a xenofobia, o antissemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância [...] <sup>51</sup>.

A definição da Recomendação acima transcrita é útil pois, além de ser pioneira na consolidação conceitual, é ampla e ilustrativa.

A Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância do Conselho da Europa, em sua Recomendação Geral de Políticas nº 15, que versa sobre o combate ao discurso de ódio, define-o nos seguintes termos:

O discurso de ódio é, como visto, relativo a diversas formas de expressão dirigidas contra uma pessoa ou um grupo de pessoas em razão de características pessoais ou do *status* da pessoa ou do grupo de pessoas e a

<sup>45</sup> JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

<sup>46</sup> Tradução livre, do original: “*In other words, we can make the hate crime problem as small or large as we desire by manipulating the definition*”.

<sup>47</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 154.

<sup>48</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 24.

<sup>49</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 117.

<sup>50</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los <<delitos de odio>> en el sistema penal español. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 55.

<sup>51</sup> Tradução livre, do original: “[...] *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 [...]*”. (COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. Recommendation n. R (97) 20 of The Committee of Ministers to Member States on “hate speech”. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680505d5b>. Acesso em: 26 out. 2022).

resposta contra ele não implica necessariamente a imposição de sanção penal<sup>52</sup>.

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) publicou documento denominado ‘Countering Online Hate Speech’, no qual, a partir da análise de diversas definições de discurso de ódio, concluiu que:

Na legislação nacional e internacional, o termo discurso de ódio refere-se a expressões que de incitação a danos (particularmente, discriminação, hostilidade ou violência), baseadas na identificação do alvo com certo grupo social ou demográfico. Ele pode incluir, mas não se limita a, discursos que defendam, ameacem ou encorajem atos violentos. Para alguns, contudo, o conceito estende-se também para expressões que colaborem com a criação de um clima de preconceito e intolerância, diante da presunção de que isso possa desencadear discriminação, hostilidade e ataques violentos<sup>53</sup>.

Da mesma maneira do que foi dito com relação aos delitos de ódio, a partir de uma definição genérica, critérios podem ser adicionados para refinar, restringir ou alargar o conceito de discurso de ódio. Nesse sentido, destaca-se a definição desenvolvida no âmbito do Centro de Pesquisa e Inovação da Faculdade de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas:

Discurso de ódio é aquele que avalia negativamente um grupo vulnerável ou um indivíduo enquanto membro de um grupo vulnerável, a fim de estabelecer que ele é menos digno de direitos, oportunidades, ou recursos do que outros grupos ou indivíduos membros de outros grupos, e, conseqüentemente, legitimar a prática de discriminação ou violência<sup>54 55</sup>.

---

<sup>52</sup> Tradução livre, do original: “*Hate speech is, as has been seen, concerned with various forms of expression directed against a person or group of persons on the ground of the personal characteristics or status of the person or group of persons and action against it does not necessarily entail the imposition of criminal sanctions.*” (COUNCIL OF EUROPE. European Commission against Racism and Intolerance. *General Policy Recommendation n. 15 on Combating Hate Speech*. Disponível em: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>. Acesso em: 26 out. 2022).

<sup>53</sup> Tradução livre, do original: “*In national and international legislation, hate speech refers to expressions that advocate incitement to harm (particularly, discrimination, hostility or violence) based upon the target’s being identified with a certain social or demographic group. It may include, but is not limited to, speech that advocates, threatens, or encourages violent acts. For some, however, the concept extends also to expressions that foster a climate of prejudice and intolerance on the assumption that this may fuel targeted discrimination, hostility and violent attacks.*” (UNESCO. Unesdoc digital Library. *Countering Online Hate Speech*. Paris, 2015. p. 10. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>. Acesso em: 26 out. 2022).

<sup>54</sup> GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil*. Relatório unificado de pesquisa. São Paulo: CEPI-FGV Direito SP, 2020. Disponível em: <https://fgv.academia.edu/fgvcepi>. Acesso em: 10 jan. 2023.

<sup>55</sup> Para uma visão crítica sobre a conceituação de discurso de ódio nesses moldes e a partir das variáveis utilizadas na pesquisa, consultar: GROSS, Clarissa Piterman; MACEDO JR., Ronaldo Porto. Crítica Metodológica: a insuficiência da linguagem e do esquema mental prevalente no campo da liberdade de expressão no Brasil. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 131 e ss.



Rafael Alcácer Guirao, por sua vez, conceitua o discurso de ódio como “[...] *toda expresión de hostilidad contra personas o grupos identificados por determinadas características protegidas, por motivos discriminatórios, y dirigidos a una audiencia más o menos amplia e indeterminada*”<sup>56 57</sup>.

Bhikhu Parekh aponta que o discurso de ódio “expressa, encoraja, fomenta ou incita o ódio contra um grupo de indivíduos, identificados por uma ou mais características como raça, etnia, gênero, religião, nacionalidade e orientação sexual”<sup>58</sup>. Para o autor, o discurso de ódio caracteriza-se por possuir três traços essenciais: (i) é dirigido contra um indivíduo ou grupo de indivíduos por conta de traços arbitrários e normativamente irrelevantes; (ii) ele estigmatiza o grupo alvo ao atribuí-lo características indesejáveis e; (iii) por conta disso, o grupo alvo é visto como uma presença indesejável e um objeto de hostilização legítima.

Há quem delimite os grupos de indivíduos com relação aos quais o discurso de ódio poderia se dirigir, como faz Winfried Brugger. Segundo o autor, a fala de cunho discriminatório deve necessariamente ter relação com raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião<sup>59</sup>.

Para os fins deste estudo, mais importante do que explorar cada um dos desenvolvimentos conceituais possíveis e sua adequação/conveniência, é realizar uma aproximação teórica inicial que permita a apreensão do tema de estudo para a posterior análise da interpretação e da aplicação da lei brasileira e das convenções internacionais de direitos humanos, à luz do princípio da proteção de bens jurídicos.

Um discurso, por si só, não é crime, de modo que, uma vez que se retire as características que lhe conferem o elemento “odioso”, não há delito. Assim, os discursos de ódio não possuem a primeira característica dos delitos de ódio, qual seja, a de ser constituído por um crime-base. Se eliminamos a motivação ou o conteúdo de ódio, não há delito penal<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio*: Discurso intolerante y protección penal de minorías. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 31.

<sup>57</sup> Registre-se que o autor rechaça a utilização do termo discurso de ódio para fins jurídicos, tendo em vista suas indeterminação e imprecisão, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio...*, cit., p. 28.

<sup>58</sup> Tradução livre, do original: “*Hate speech expresses, encourages, stirs up, or incites hatred against a group of individuals distinguished by a particular feature or set of features such as race, ethnicity, gender, religion, nationality and sexual orientation*”. (PAREKH, Bhikhu. Is There a Case for Banning Hate Speech? *In*: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulations and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 40 e 41).

<sup>59</sup> BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, vol. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

<sup>60</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 154.

Mais do que isso, conforme se extrai das definições acima transcritas, o discurso, ainda que caracterizado como sendo efetivamente de ódio, não será necessariamente crime<sup>61</sup>.

Nesse ponto, portanto, reside a principal diferença com relação aos delitos de ódio. Nem sempre um discurso de ódio será um delito de ódio. Há discursos de ódio que são reprováveis desde uma perspectiva social ou jurídica, mas extrapenal, e que não configuram conduta criminalmente típica<sup>62</sup>.

Nem tudo aquilo que recebe o título de discurso de ódio deve ser excluído do âmbito de proteção da liberdade de expressão e, muito, menos, deve ser automaticamente considerado merecedor de sanção penal<sup>63</sup>.

A criminalização do discurso de ódio implica limitação do direito fundamental à liberdade de expressão, motivo pelo qual deve ser efetivada de modo cuidadoso e mais restritivo possível. Daniel Sarmiento aponta, nesse sentido:

E daí vem a grande indagação que envolve o nosso tema: até que ponto é possível restringir a liberdade de expressão para proteger direitos fundamentais de grupos estigmatizados, sem deslizar na “rampa escorregadia” (*slipery slope*) que pode levar à submissão do exercício deste direito às ortodoxias morais ou políticas de ocasião?<sup>64</sup>

Devido ao caráter fragmentário do direito penal, os tipos não podem incidir sobre todas as condutas incluídas nos fenômenos sociais que se encaixam sob o rótulo do discurso de ódio, mas apenas aquelas que carreguem maior gravidade<sup>65</sup>. Estas, integrarão também os delitos de ódio.

Nesse sentido, “discurso de ódio” seria o gênero e os delitos de ódio que se materializam por meio do discurso, comporiam uma espécie desse gênero<sup>66</sup>. Dentro do discurso de ódio enquanto gênero, portanto, haverá uma parcela que merece especial reprovação e poderá ser

---

<sup>61</sup> CHAIMOVICH, Mariana. A Atuação do Poder Legislativo Brasileiro na Definição do Conceito de “Discurso de Ódio”. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 449.

<sup>62</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 116.

<sup>63</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 35.

<sup>64</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do ‘Hate Speech’. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 4.

<sup>65</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 26.

<sup>66</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 24.

legitimamente criminalizada<sup>67</sup>. O discurso de ódio criminalizado é delito de ódio cometido por meio de palavras e expressões.

O foco deste estudo está justamente na investigação dos critérios de interpretação da norma criminalizadora que autorizam a imposição de responsabilidade penal. O objetivo é o de estabelecer os critérios dogmáticos de interpretação e aplicação da normativa, de modo a limitar as possibilidades de imposição de punição criminal pela manifestação de ódio, a fim de se atender aos parâmetros impostos por um direito penal garantista.

Há quem defenda que o discurso de ódio seria classificado como delito de ódio enquanto manifestação do que se denomina delito de opinião<sup>68</sup>. A utilização desse termo no âmbito jurídico e técnico-penal, contudo, deve ser rechaçada. A opinião não pode, sob qualquer hipótese, ser criminalizada no contexto de um Estado Democrático de Direito, que tem como premissa do Direito Penal a mínima intervenção e a necessária proteção de bens jurídicos<sup>69</sup>.

Pastora García Álvarez pondera que a origem da confusão conceitual entre os conceitos de delitos de ódio e de discurso de ódio reside em postura expansionista penal que pretende a criminalização de qualquer conduta que possa ser alocada sob o rótulo do último, o que desencadeia inegável conflito com o exercício do direito à liberdade de expressão<sup>70</sup>.

O fato é que o termo ‘discurso de ódio’ carrega sentido emocional e é frequentemente utilizado de maneira quase retórica a fim de persuadir a exclusão do debate público de manifestação que desagrade o interlocutor<sup>71</sup>. Com isso, acabam por serem incluídos sob esse rótulo desde discursos que representam verdadeiro perigo iminente até aqueles que seriam, no máximo, politicamente incorretos<sup>72</sup>. Nas palavras de Rafael Alcácer Guirao:

*Ello es así porque el ‘discurso de odio’ es un término cargado emocionalmente y utilizado, en muchas ocasiones, con una finalidad persuasiva, configurándose su ámbito de significado en función de las valoraciones e intenciones del hablante de censurar una determinada clase de discurso y excluirlo, de ese modo, de lo que se considera social o jurídicamente lícito<sup>73</sup>.*

<sup>67</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio...*, cit., p. 25.

<sup>68</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 148.

<sup>69</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit., p. 149.

<sup>70</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los <<delitos de odio>> en el sistema penal español. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 59.

<sup>71</sup> ÁLCACER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194, p. 13.

<sup>72</sup> ÁLCACER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político..., cit., p. 13.

<sup>73</sup> ÁLCACER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político..., cit., p. 13.

Ainda que o envolvimento emocional possa ser considerado manifestação humana normal, o fato é que prejudica a realização de uma análise jurídica de cunho racional<sup>74</sup>, necessária para atribuição de responsabilidade jurídico-penal.

A vagueza e a indeterminação conceituais, nesse sentido, podem abrir margem para que a negativa carga valorativa conceitual seja discricionariamente estendida, de modo a excluir ilegitimamente discursos que deveriam estar protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão<sup>75</sup>.

O problema está no ‘uso e abuso’ irrefletido e indiscriminado do termo, que pode servir para que se censure a fala de forma automática<sup>76</sup>. Trata-se, como pontua Rafael Alcácer Guirao, do uso retórico de um conceito emocionalmente carregado<sup>77</sup>.

A negativa carga valorativa faz com que ele seja usado como ‘cartada’ para acabar com qualquer discussão e declarar de plano a ilicitude de tudo aquilo que for considerado discurso de ódio<sup>78</sup>. Sob o guarda-chuva conceitual, o risco é de se admitir a exclusão do discurso do debate público e a sua criminalização sem que se desenvolva fundamentação válida para tanto.

Nesse sentido, Landa Gorostiza aponta para a existência de tendência, com enorme potencial expansivo, de se desnaturalizar o conceito de discurso de ódio, a fim de que ele sirva como rótulo “neutralizador de elementos do melhor direito”<sup>79</sup>.

O ponto é que não cabem afirmações retóricas sobre a existência de discurso de ódio a fim de que se conclua de forma imediata e pouco refletida pela tipicidade da conduta.

A própria definição sobre o que constitui o ‘ódio’ pode gerar imprecisões sobre as possibilidades de configuração delituosa.

Conforme problematiza Juan Luis Fuentes Osorio, a noção de ódio possui larga relevância à medida que ultrapassa a função descritiva para se tornar um critério “autorreferencial”, ou seja, é, ao mesmo tempo, a *ratio* do delito, que permite a sua criação e

---

<sup>74</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 113.

<sup>75</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 25.

<sup>76</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio...*, cit., p. 27.

<sup>77</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio...*, cit., p. 27.

<sup>78</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio...*, cit., p. 25.

<sup>79</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 130, nota de rodapé 197.

interpretação, e o objeto a partir do qual é construído o conceito de dano, que fundamenta a criminalização<sup>80</sup>. É o que o autor denomina de “ódio como delito”<sup>81</sup>.

Bhikhu Parekh esclarece que o ódio não é a mesma coisa que uma simples falta de respeito ou mesmo um desrespeito ou um desgosto ativos, mas sim que implica hostilidade, desprezo severo, um desejo de ferir ou destruir o outro<sup>82</sup>. Celso Lafer, por sua vez, pontua que:

A palavra ódio provém do latim *odium* e tem a acepção de aversão intensa, animosidade, que pode impulsionar a conduta humana. São múltiplos os fatores que motivam o ódio, que deita as suas raízes nas trevas do coração humano<sup>83</sup>.

O fato é que a noção de ódio remete a um sentimento interno do agente. Trata-se de conceito que possui o fator emotivo como elemento essencial de sua constituição<sup>84</sup>.

Os tipos penais, contudo, devem estar voltados à sanção de condutas exteriorizadas<sup>85</sup> e não de manifestações internas de cunho emocional.

Nesse sentido, e por evidente, o conceito linguístico de ódio extrapola os limites impostos pela lógica de um Direito Penal constitucionalmente limitado<sup>86</sup>. Os princípios da última *ratio* e da culpabilidade impedem a imposição de punição criminal com base em pensamentos, desejos, aversões ou antipatias<sup>87</sup>.

Além do mais, a pretensão de se focar a legitimidade da resposta punitiva em componentes emocionais do sujeito que pratica o ato e não nas consequências da conduta praticada, remonta à lógica de um inadmissível direito penal do autor<sup>88</sup>.

---

<sup>80</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 2.

<sup>81</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 2.

<sup>82</sup> PAREKH, Bhikhu. Is There a Case for Banning Hate Speech? In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulations and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 40.

<sup>83</sup> LAFER, Celso. A construção do conceito jurídico de discurso de ódio no Brasil. Prefácio. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 16.

<sup>84</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 3.

<sup>85</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 147.

<sup>86</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit., p. 148.

<sup>87</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit., p. 147.

<sup>88</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019. p. 463.

O sentimento de ódio não pode ser, sob qualquer hipótese, a característica essencial para configuração típica no marco de um Direito Penal inserido em um Estado Democrático de Direito e limitado pelos princípios da culpabilidade, da última *ratio* e da proteção de bens jurídicos<sup>89</sup>. Como pontua Sergio Cámara Arroyo:

*Debemos convenir, en suma, que lo característico de esta clase de delitos no es solamente el sentimiento de odio en sí en el que están inspirados o, al menos, éste no es –no debería ser e, incluso, no puede ser si hablamos de un Derecho penal de un Estado social democrático y de Derecho limitado por el principio de culpabilidad– el fundamento e su construcción conceptual y de su punibilidad<sup>90</sup>.*

O símbolo linguístico do ódio não descreve adequadamente a categoria dos delitos de ódio. Ainda que seja possível a constatação da existência de sentimento de desprezo com relação a um grupo ou a um indivíduo, a atitude interna do autor não pode determinar ou justificar a resposta punitiva estatal<sup>91</sup>.

Devido à inegável imprecisão terminológica, alguns autores propuseram a eliminação do uso do termo ódio ou a sua substituição. Rafael Alcácer Guirao entende que, por conta da intransponível ambiguidade, e que, a seu ver, reflete a indeterminação do próprio fenômeno que se pretende regular, o melhor seria prescindir de seu uso na seara jurídica<sup>92</sup>.

Patricia Laurenzo Copello sugere a substituição do termo ódio por discriminação, de modo que o foco não estaria mais nos sentimentos do autor, mas nas vítimas atingidas pela conduta<sup>93</sup>. O mesmo posicionamento é acompanhado por Juan Luis Fuentes Osorio<sup>94</sup> e Patricia Tapia Ballesteros<sup>95</sup>.

Ainda que defensáveis tais posições, o fato é que os termos “delitos de ódio” e “discurso de ódio” ainda são os mais usuais para designar a matéria, tanto na doutrina quanto na

<sup>89</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 151.

<sup>90</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit. p. 151.

<sup>91</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019. p. 462.

<sup>92</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 28.

<sup>93</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio, cit., p. 462.

<sup>94</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 4.

<sup>95</sup> TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Aplicación de la agravante genérica antidiscriminatoria por motivos de ideología vs agravante de odio ideológico (art. 22.4 CP). In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 94.

jurisprudência nacionais e internacionais. E, apesar de serem insatisfatórios, não há alternativa que se mostre como solução óbvia<sup>96</sup>. Por conta disso e, tendo em vista que, como aponta Sergio Cámara Arroyo, a linguagem deve exercer certa função simplificadora<sup>97</sup>, este estudo seguirá adotando-os.

O ponto principal é que o núcleo conceitual dos delitos de ódio e, portanto, também o do discurso de ódio penalmente relevante, deve ser perseguido de forma distinta do seu significado linguístico<sup>98</sup>. Conforme pontuam James Jacobs e Kimberly Potter, os crimes de ódio não são efetivamente sobre ódio<sup>99</sup>.

Devem estar fora do âmbito de proteção do Direito Penal fatos que não implicam afetação do bem jurídico protegido, seja em forma de lesão, seja em forma de geração de perigo<sup>100</sup>.

É necessário que se comprove que a sanção penal não recai sobre formas de ser (ou de sentir) do sujeito, mas sim, por conta do desvalor de sua conduta (e do resultado)<sup>101</sup>. Não é legítimo que se puna simplesmente ideologias ou formas de vida, sem a necessária constatação de lesão ou perigo a bem jurídico<sup>102</sup>.

A proibição do discurso de ódio não pode servir de censura do discurso politicamente divergente e silenciamento do dissidente, por não comungar dos mesmos valores compartilhados pela maioria<sup>103</sup>, ou funcionar como critério de “re-etiquetamento”<sup>104</sup>, do conteúdo moralmente permitido.

Nesse sentido, o foco do estudo estará na exploração das razões que permitem com que o discurso de ódio seja legitimamente considerado crime.

<sup>96</sup> PAREKH, Bhikhu. Is There a Case for Banning Hate Speech? In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulations and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 40.

<sup>97</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 146.

<sup>98</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit., p. 149.

<sup>99</sup> JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 9.

<sup>100</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 148.

<sup>101</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 2.

<sup>102</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit., p. 147.

<sup>103</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194, p. 29.

<sup>104</sup> Termo utilizado por MALIK, citado por: ZAMORA, Francisco J. Campos. ¿Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 41, 2018. p. 286.

A utilização da linguagem é fator determinante para delimitação do alcance da norma penal. No caso brasileiro, as circunstâncias criminalmente puníveis do discurso de ódio estão previstas no artigo 20 da Lei 7.716/1989:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.<sup>105</sup>

A simples leitura do texto legislativo, contudo, não é suficiente para que se extraiam de plano as possibilidades punitivas do discurso.

Conforme adverte Landa Gorostiza, o conceito final do que constitui o discurso de ódio, e, principalmente, o discurso de ódio criminalmente punível, somente poderá ser atingido por meio da prática jurídica e da reiterada aplicação da norma no caso concreto<sup>106</sup>. Cabe, portanto, compreender os limites da interpretação legal possível, com vistas aos princípios constitucionais que regem o direito penal, em especial, o da legalidade e o da necessária lesividade de bens jurídicos.

---

<sup>105</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm). Acesso em: 26 out. 2022.

<sup>106</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta “lege lata”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, edición digital, 2012. p. 331.



## 2 LEGALIDADE E NORMATIVISMO NO DIREITO PENAL

Tendo em vista que o alcance do comando punitivo está diretamente relacionado aos limites impostos pela letra da lei, é essencial que se esclareça como deve se dar a interpretação normativa de acordo com os ditames do princípio da legalidade, o que abrange tanto o seu sentido fundante, quanto os novos contornos que possui diante das demandas da atualidade.

### 2.1 Origem e sentido atual do princípio da legalidade

A legalidade é um princípio de caráter fundamentalmente político, capaz de exprimir e atribuir ao sistema penal seu necessário viés garantista<sup>107</sup>.

Historicamente, o princípio da legalidade surge como reflexo do movimento iluminista e instrumento de oposição à arbitrariedade do Antigo Regime<sup>108</sup>.

Durante a Idade Média, a incidência da punição estava sujeita a grande imprecisão e aleatoriedade. O direito penal baseava-se nas mais diversas fontes (costumes, direito feudal, direito romano), além de estar à mercê de caprichos pessoais dos juízes, que fundavam suas decisões não apenas nas normas e fatores objetivos do caso, mas nos mais diversos motivos de cunho pessoal<sup>109</sup>. Havia enorme insegurança sobre a configuração de figuras delitivas.

O contexto de arbitrariedade e insegurança jurídica foi o caldo desencadeador de radical mudança, perpetrada por pensadores do final do século XVII e do século XVIII, e que propiciou a subsequente “época das codificações”<sup>110</sup>.

Conforme ressalva Claus Roxin, contudo, politicamente, por trás do movimento da criação de códigos legislativos, o objetivo almejado não era necessariamente o de proteção dos indivíduos contra arbítrios estatais, mas sim o de que se garantisse aos déspotas esclarecidos a possibilidade de impor amplamente suas vontades, sem que os juízes pudessem ter significativo poder de interferência, o que exigia, portanto, a formulação de leis exatas<sup>111</sup>.

<sup>107</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10.

<sup>108</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 5.

<sup>109</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 5 e 6.

<sup>110</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 142.

<sup>111</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 142.

Tal objetivo, no entanto, coincidiu com as ideias liberais do Iluminismo que, diante de cenário de completa intangibilidade dos motivos que levavam à punição criminal, pregou pela limitação do poder do julgador<sup>112</sup>.

O movimento iluminista, ao colocar a proteção do indivíduo em posição de centralidade, entende que apenas a lei é capaz de servir como garantia de preservação da liberdade individual e de tratamento igualitário perante a norma penal<sup>113</sup>. Pode-se dizer que a lei assume, nesses termos, “dupla função garantidora”: da liberdade e da igualdade<sup>114</sup>.

O pensamento iluminista pode ser bem sintetizado pela obra de Cesare Beccaria, que associa de forma direta a necessidade de criação de leis exatas e o fim da injustiça perpetrada por punições tiranas:

Quando as leis forem fixas e literais, quando só confiarem ao magistrado a missão de examinar os atos dos cidadãos, para decidir se tais atos são conformes ou contrários à lei escrita; quando, enfim, a regra do justo e do injusto, que deve dirigir em todos os seus atos o ignorante e o homem instruído, não for um motivo de controvérsia, mas simples questão de fato, então não mais se verão os cidadãos submetidos ao jugo de uma multidão de pequenos tiranos, tanto mais insuportáveis quanto menos é a distância entre o opressor e o oprimido; tanto mais cruéis quanto maior resistência encontram, porque a crueldade dos tiranos é proporcional, não às suas forças, mas aos obstáculos que se lhes opõem; tanto mais funestos quanto ninguém pode livrar-se do seu jugo, senão submetendo-se ao despotismo de um só<sup>115</sup>.

Da passagem transcrita, bastante ilustrativa, conclusões podem ser extraídas sobre o viés teórico iluminista e o entendimento da noção de legalidade enquanto proteção do indivíduo. As leis devem ser “fixas e literais”, a fim de que a função do magistrado limite-se à simples constatação objetiva de fatos, bem como dirigida e capaz de orientar a todos, “o ignorante” e o “homem instruído”, preservando, com isso, a noção de igualdade. Apenas assim seria possível prevenir atos de tirania<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 142.

<sup>113</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

<sup>114</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 8.

<sup>115</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 31.

<sup>116</sup> Ainda que a obra de Cesare Beccaria sirva como exemplo sintético que exprime a defesa da legalidade pelo movimento iluminista, Ana Elisa Bechara aponta, com razão, a existência de contradição, uma vez que o grande protagonismo conferido ao legislador, acaba, em última instância, por não desvincular a centralidade do poder da figura do Estado. Nesse sentido, BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 141.

A partir do giro teórico que coloca o indivíduo e a sua liberdade como centro do ordenamento jurídico, portanto, surge a necessidade de que se tenha previsibilidade da norma e segurança jurídica. O princípio da legalidade, nesses termos, representa o intuito de que se forneça universalidade, clareza e precisão às leis penais<sup>117</sup>.

Ainda que alguns dos pressupostos iluministas tenham mostrado-se irrealis (ou até indesejáveis), o fato é que a concepção atual do princípio da legalidade ainda guarda significativa relação com a sua origem, em especial, de centralidade da proteção da liberdade individual e de existência de uma atividade punitiva racional<sup>118</sup>. Nas palavras de Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

No centro de tudo continua o homem, e a própria existência do Estado de Direito continua se justificando para garantir ao homem o pleno exercício das suas liberdades. Mais do que um mero acidente histórico, portanto, a legalidade assume caráter de um verdadeiro princípio necessário para a construção de toda atividade jurídica punível que possa atualmente ser qualificada como jurídica e não como mero regime de força<sup>119</sup>.

O princípio da legalidade enquanto garantia é composto por três subprincípios: (i) reserva legal; (ii) taxatividade e; (iii) anterioridade da lei<sup>120</sup>. Essa divisão, contudo, deve ser entendida como sendo mais de cunho metodológico do que real, tendo em vista que esses subprincípios são “interligados e interdependentes”, não podendo ser plenamente concebidos de forma isolada<sup>121</sup>.

A reserva legal refere-se à legitimidade da fonte criadora da norma, ou seja, corresponde ao seu aspecto formal<sup>122</sup>. A possibilidade de punição deve estar prevista em lei, que, por sua vez, somente pode ser criada pelo Legislativo, enquanto poder democraticamente eleito, que representa a vontade popular<sup>123</sup>.

Tendo em vista o sentido previamente explorado da legalidade, a faceta formal é insuficiente para que o princípio possa efetivamente servir ao propósito de limitação da punição

---

<sup>117</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

<sup>118</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

<sup>119</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 8.

<sup>120</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 9.

<sup>121</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 9.

<sup>122</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 10.

<sup>123</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 11.

sob a ótica de garantia. É necessário que seja entendido, portanto, também em seu aspecto material<sup>124</sup>.

A concepção de taxatividade é a que se mostra mais relevante para fins do presente estudo e análise do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989. O objetivo é justamente o de explorar os limites legítimos de alcance da previsão típica e, portanto, em obediência ao princípio da legalidade dentro do marco do Estado Democrático de Direito.

A descrição precisa e clara dos comportamentos humanos sujeitos à punição criminal é a técnica por meio da qual se preserva a liberdade individual contra o arbítrio e a aleatoriedade<sup>125</sup>.

A obrigação de taxatividade da norma penal, como previamente apontado, conecta-se intimamente com a preservação da igualdade. A ausência de definição clara sobre os comportamentos puníveis abre espaço para decisões desiguais, baseadas em juízos de valor subjetivos, em detrimento de argumentos jurídicos de cunho racional<sup>126</sup>.

Disso, extrai-se também que a taxatividade é essencial para que seja possível a realização do controle das decisões judiciais. É impossível que os tribunais verifiquem a correta aplicação da lei pelas instâncias inferiores se a norma for obscura e não fornecer parâmetros confiáveis de análise. Sem que se tenham balizas concretas para controlar as decisões judiciais, o Direito converte-se em mero ‘ato de força’, em que prevalecerá a última palavra do tribunal superior e que, mesmo essa, poderá ser eternamente reformulada<sup>127</sup>.

Francesco Palazzo aponta que a obrigação de descrição taxativa possui dois sentidos distintos e complementares: um de teor político e outro de caráter “individualista-personalista”<sup>128</sup>

A face política da taxatividade relaciona-se com a separação de poderes e serve para intermediar e regular a relação entre legislativo e judiciário<sup>129</sup>. Nesse sentido, a formulação normativa determinada e precisa delimita semanticamente os possíveis espaços de atuação da liberdade interpretativa do juiz<sup>130</sup>. Tal limitação, nas palavras de Ana Elisa Bechara introduz

<sup>124</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 128.

<sup>125</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7.

<sup>126</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 14.

<sup>127</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 14.

<sup>128</sup> PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 487.

<sup>129</sup> PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 487.

<sup>130</sup> PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 487.

“um elemento de racionalização na teoria da legitimação do poder que, deixada a si mesma, tenderia a conduzir a resultados arbitrários”<sup>131</sup>.

Percebe-se, assim, justamente a artificialidade anteriormente apontada de desmembramento conceitual do princípio da legalidade em subprincípios, uma vez que a separação dos poderes foi também mencionada como representadora da ideia de reserva legal.

A face individualista-personalista da taxatividade, por sua vez, relaciona-se com a preservação da liberdade, tendo em vista a possibilidade de previsão das consequências das condutas individuais<sup>132</sup>. A existência de previsões normativas claras e identificáveis é essencial para que o sujeito possa autodeterminar-se e guiar suas atitudes a partir do conhecimento da possibilidade de punição<sup>133</sup>. A necessidade de se combater a obscuridade das leis, a fim de que os sujeitos possam calcular por si próprios as consequências de seus atos, é presente já na obra de Beccaria:

[...] o cidadão que não puder julgar por si mesmo as consequências que devem ter seus próprios atos sobre a sua liberdade e sobre seus bens, ficará na dependência de um pequeno número de homens depositários e intérpretes das leis<sup>134</sup>.

Posteriormente, Paul Johann Anselm von Feuerbach também fundamentou a necessidade de clareza das leis penais a partir do pressuposto da possibilidade de determinação psíquica do agente, tendo em vista que a existência de normas incompreensíveis não geraria seu necessário efeito intimidatório<sup>135</sup>. Não há como se exigir o cumprimento de uma determinação da qual não se pode ter conhecimento do efetivo conteúdo.

Se o comando punitivo possui a função de servir de guia psicológico do comportamento, por óbvio, a formulação legal deve ser conhecida e compreendida por seus destinatários<sup>136</sup>. O efeito preventivo da norma depende da cognição das condutas proibidas e das consequências penais correspondentes<sup>137</sup>. Trata-se, nesse sentido, de pressuposto lógico do referencial do indivíduo enquanto ser livre e racional<sup>138</sup>.

<sup>131</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 133.

<sup>132</sup> PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 487.

<sup>133</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p.132.

<sup>134</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 32.

<sup>135</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 8.

<sup>136</sup> PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal, cit., p. 487 e 488.

<sup>137</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 131.

<sup>138</sup> PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 487.

Nesse sentido, o princípio da legalidade está relacionado também com a noção de anterioridade da norma penal, uma vez que não é possível que exerça sua necessária função diretiva se for imposta posteriormente ao fato sob análise<sup>139</sup>.

A possibilidade de compreensão do comando punitivo e da realização de um consequente “cálculo das decisões judiciais” é reflexo de um ordenamento jurídico centrado na figura do indivíduo e mecanismo pelo qual se preserva a dignidade humana<sup>140</sup>.

Dessa forma, como aponta Sergio Moccia, uma tipificação cuidadosa da conduta vincula-se com a finalidade político-criminal da teoria da função da pena, entendida enquanto integração social<sup>141</sup>.

A exigência de certeza do direito, portanto, está intimamente relacionada à noção de culpabilidade. A atribuição de culpa e a constatação da possibilidade de orientação da conduta dependem de conhecimento do comando punitivo. Nesse sentido, também é possível afirmar que quanto mais grave for a consequência jurídica, mais intensa deve ser a obrigação de taxatividade da norma<sup>142</sup>.

Ao mesmo tempo, tanto maior será a confiança dos indivíduos nas instituições, quanto mais puderem identificar quais serão as condutas proibidas e as respectivas consequências advindas de seu cometimento. Conforme pontua Chiavelli Facenda Falavigno, o efetivo conhecimento do comando legal está diretamente relacionado ao fortalecimento do Estado de Direito e da confiança de seu destinatário no poder público<sup>143</sup>.

A legalidade enquanto determinação da norma que prevê o comando punitivo, portanto, deve ser tida como instrumento necessário para um Direito Penal garantista, voltado à proteção da liberdade do indivíduo. Como bem sintetiza Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Ao assegurar a certeza da lei, afasta-se o arbítrio do juiz, impedindo que ele venha a punir casos não expressamente previstos pela lei; quanto maior é a certeza, menor o subjetivismo, ideológico ou pessoal do juiz. Além disso, assegura-se também a fragmentariedade do direito penal, a igualdade jurídica dos cidadãos, a culpabilidade (que pressupõe a possibilidade de conhecimento da norma) e, portanto, também a prevenção geral, a possibilidade para os

<sup>139</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

<sup>140</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 17 e 18.

<sup>141</sup> MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: Función de la pena y sistemática teleológica*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2003. p. 127.

<sup>142</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 15.

<sup>143</sup> FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 34.

cidadãos de conhecer aquilo que é e o que não é penalmente vetado e conscientemente decidir o próprio comportamento<sup>144</sup>.

A necessidade de descrição taxativa das condutas delitivas, em suma, surge como reflexo de um contexto histórico de ampliação da tutela dos direitos do indivíduo, mais especificamente, com foco nas liberdades individuais e nos direitos de personalidade, que, por sua vez, constituem o centro valorativo do pacto social democrático. É o que conclui Sergio Moccia:

De fato, na medida em que a tutela dos direitos individuais se impõe como processo histórico, os limites àqueles atribuíveis são delineados com extremo rigor. A busca por um complexo de regras confiável, porque compreensível, e o privilégio das perspectivas subjetivas na definição dos títulos de responsabilidade, em uma palavra, a visão garantista que caracteriza, ou deveria, o sistema penal, representa uma consequência direta do fato de que o sistema, por princípio, orienta-se para incidir, de forma notável, por sobre direitos de liberdade e personalidade individual que, por definição, estão no ápice dos valores sobre os quais se funda o pacto social da democracia<sup>145</sup>.

A tipicidade é o meio pelo qual o princípio da legalidade (e a taxatividade) traduz-se tecnicamente, a fim de limitar o arbítrio de governantes e aplicadores do direito, enquanto comando comunicativo para os destinatários da norma<sup>146</sup>. Sobre a relação entre legalidade e tipicidade, Chiavelli Facenda Falavigno destaca que “a descrição exata da conduta típica da norma é essencial para a própria existência do crime<sup>147</sup>”.

Os tipos penais representam um recorte da realidade ao qual é atribuído sentido valorado (da proibição) e, justamente por isso, devem exprimir de forma clara a quais comportamentos estão dirigidos<sup>148</sup>. A norma penal traduz, nesse sentido, não apenas uma determinação, mas, antes, “o sentido valorativo da proibição” e é justamente por isso que deve haver descrição taxativa dos elementos delitivos<sup>149</sup>.

Isso não significa dizer que o modelo estrito iluminista deva ser entendido como possível ou desejável. A consideração de necessidade de clareza e determinação das normas penais não é o mesmo que admitir que toda a realidade pode ser abarcada de forma objetiva por

<sup>144</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.

<sup>145</sup> MOCCIA, Sergio. A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 408.

<sup>146</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 18.

<sup>147</sup> FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 172.

<sup>148</sup> FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Op. cit., p. 172.

<sup>149</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 132.

uma descrição exaustiva e de aplicação autoevidente ao caso concreto<sup>150</sup>. A pretensão de esgotamento descritivo da realidade por meio de uma narrativa legislativa absoluta é irreal<sup>151</sup>.

De plano, destaca-se que o ilícito é constituído como expressão do uso da linguagem, que, por sua natureza, não poderá ser blindada de imprecisões ou ambiguidades. Juarez Tavares aponta nesse sentido que: “A conduta injusta, assim, não será entendida como produto de uma pessoa, mas simplesmente como um acontecimento simbolicamente reproduzido por meio da linguagem”<sup>152</sup>.

Tanto a linguagem legislativa, quanto a linguagem comum serão inevitavelmente dotadas de imprecisões, de modo que nem sempre refletirão de forma clara os dados a que se referem, gerando falta de correspondência exata entre o texto e a realidade<sup>153</sup>. Nos termos em que pontua Mariângela Gama de Magalhães Gomes: “Não há expressões absolutamente precisas e lúcidas, nem definições infalíveis e completas”<sup>154</sup>.

A lei penal possui a função de valorar determinado recorte da realidade social, enquanto eleito como relevante para incidência da regulação de acordo com o programa da norma<sup>155</sup>. Ou, nas palavras de Miguel Reale Jr.: “[...] tipo penal como estrutura não é uma construção arbitrária, livre, mas decorre do real, submetido a uma valoração”<sup>156</sup>.

Assim, o Direito Penal não está voltado apenas ao estudo e entendimento das normas jurídicas, mas refere-se a e projeta-se sobre uma realidade empírica, fática<sup>157</sup>. A compreensão do injusto, portanto, dependerá da análise dos dados empíricos da realidade confrontados com as disposições normativas que determinam os espaços de incidência da proibição no âmbito penal<sup>158</sup>. Nas palavras de Ana Elisa Bechara:

A compreensão do injusto penal não deriva, assim, da natureza das coisas, tampouco exclusivamente da lei, mas sim da coordenação de sentido entre esta e os comportamentos humanos concretamente praticados<sup>159</sup>.

---

<sup>150</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 26.

<sup>151</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 26.

<sup>152</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 118.

<sup>153</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 32.

<sup>154</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 33 e 34.

<sup>155</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 36.

<sup>156</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135.

<sup>157</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 69.

<sup>158</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 36.

<sup>159</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 36.



Além, portanto, das dificuldades provenientes da carência de exatidão inerente à linguagem, o tipo penal está condicionado também no que se refere ao seu suporte fático, externo à norma<sup>160</sup>.

A compreensão do ilícito, por outro lado, não ocorre pela mera comparação objetiva entre a norma abstrata e a realidade empírica. Por se tratar de planos distintos, é necessário que, por meio dos processos de subsunção e imputação, seja atribuído um sentido negativamente valorado àquela realidade. É essencial para o sucesso dessa função, portanto, a existência de um modelo abstrato compreensível e que este, por sua vez, dirija-se a interesses sociais fundamentais concretos<sup>161</sup>.

A partir da constatação de que a norma não pode ser entendida e aplicada de forma desconectada de determinado contexto político-social, afasta-se da concepção meramente descritiva e dedutiva do positivismo<sup>162</sup>.

A noção de determinação absoluta das leis encontra obstáculos que não podem ser ignorados ou transpassados. A norma escrita é dotada de imprecisões decorrentes das próprias limitações do uso da linguagem, razão pela qual seria irreal esperar a ausência de ambiguidades e inexatidões<sup>163</sup>. Também, os comandos punitivos frequentemente conterão termos técnicos que não terão seu sentido extraído de forma óbvia da realidade, mas dependerão de referência a um sistema valorativo externo<sup>164</sup>. Para completar, a complexidade da realidade social sobre a qual recairá a norma torna impraticável a existência de uma descrição exaustiva e fechada<sup>165</sup>.

Assim, a exigência de previsão taxativa será tida como excessiva se representar a imposição de obrigações ao legislador que não possam ser efetivamente cumpridas ou satisfeitas<sup>166</sup>.

O fato é que a adoção de um sistema jurídico que se diz valorativamente neutro implica, ao final, abertura de espaço para arbitrariedade, uma vez que retira a necessidade de fundamentação racional de existência da norma, bastando a vontade estatal para sua imposição<sup>167</sup>. No mesmo sentido, excluindo-se a possibilidade de valoração e blindando-se o

---

<sup>160</sup> SCHUNEMANN, Bernd. Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 287.

<sup>161</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 36.

<sup>162</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 36 e 52.

<sup>163</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 137.

<sup>164</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 137.

<sup>165</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 137.

<sup>166</sup> PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 486.

<sup>167</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 40.

sistema penal para a realidade social, abre-se margem para uma “dogmática cega” ou “dogmática sem consequências”<sup>168</sup>.

A adoção de um tecnicismo radical, sem que se reflita sobre os princípios fundamentais e as relações concretas existenciais, acaba por conferir, nas palavras de Sergio Moccia, uma “característica quase exotérica” à dogmática penal<sup>169</sup>.

Essa noção, portanto, exige que, caso uma aplicação dogmática correta do direito acarrete solução injusta, essa deve ser revista com foco no sentido fundante do princípio da legalidade, ou seja, de um sistema jurídico protetor do indivíduo, a fim de que se reflita sobre a possibilidade de diferente desfecho jurídico<sup>170</sup>.

Com isso, o tipo penal assume faceta viva, de constante revisão pelo exercício valorativo, que se volta à necessidade de contextualização social do delito e respeito ao indivíduo, sem que isso acarrete perda de segurança jurídica<sup>171</sup>. Como ensina Ana Elisa Bechara:

Com isso, desconstrói-se o delito como verdade absoluta, apriorística, no âmbito de uma concepção estática e artificial de justiça que não raras vezes esconde decisões ideológicas arbitrárias ou autoritárias, para retomá-la agora sob uma perspectiva democrática, permitindo-se sua valoração sempre renovada, em conformidade com as inúmeras possibilidades e limitações normativas<sup>172</sup>.

A abertura da dogmática penal para a possibilidade de valoração social representa abertura do direito para as necessidades reais de justiça material<sup>173</sup>. O foco deve estar sempre no respeito ao indivíduo no contexto de um Estado democrático<sup>174</sup>. A legalidade assume, nesses termos, perspectiva material e democrática<sup>175</sup>, para além de seu mero sentido formalista. É a partir desses pressupostos que deve ser entendido o comando normativo do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

<sup>168</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 49.

<sup>169</sup> MOCCIA, Sergio. A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 414.

<sup>170</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 132.

<sup>171</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 124 e 125.

<sup>172</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 124 e 125.

<sup>173</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 39.

<sup>174</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 87.

<sup>175</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 140.

## 2.2 Métodos legislativos: conceitos normativos, indeterminados, cláusulas gerais e o artigo 20 da Lei 7.716/1989

O crescente aumento da complexidade social observado nas sociedades modernas pós-industriais surte efeitos também no direito penal<sup>176</sup>. O que não poderia ser diferente, uma vez que a norma penal deve abarcar e recair sobre um recorte social, de modo que suas características, por óbvio, irão influenciar os contornos da norma. Assim, a fim de efetivamente cumprir sua necessária função de regular determinados campos sociais, a lei acaba por também carregar e espelhar a complexidade deles derivada<sup>177</sup>.

Nesse contexto, a exigência de que a norma possua clareza e precisão absolutas, com previsões minuciosas e detalhistas, seria contradição frente à dinâmica social da realidade atual<sup>178</sup>. Mais do que isso, pode-se dizer que, em uma sociedade marcada pelo pluralismo social e pela diversidade de grupos e cultural, bem como pelos avanços tecnológicos modernos, o direito penal deve carregar necessariamente certo grau de flexibilidade e adaptação a fim de que possa efetivamente cumprir os objetivos a que se propõe. Conforme esclarece Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

Isso tem grande valia na atualidade, quando o pluralismo social, marcado pela diversidade de grupos étnicos, religiosos, culturais ou ideológicos relacionado à complexidade das sociedades industriais científico-tecnológicas, implica que, quanto maiores forem as variedades e a contínua diferenciação dos modos de vida e dos comportamentos, tanto mais inútil será a pretensão de submeter as múltiplas formas do ilícito a uma caústica descritiva; e o pluralismo ideológico e cultural, caracterizador das sociedades abertas, recusa, por sua vez, a rígida definição dos critérios jurídicos incapazes de assimilarem a diversidade e as nuances das intencionalidades relevantes na sua aplicação concreta<sup>179</sup>.

Uma certa abertura do direito penal, inalcançável pela utilização de fórmulas exatas e descoladas da realidade, portanto, mostra-se necessária a fim de que possa acompanhar as transformações sociais<sup>180</sup>. Conforme expõe Chiavelli Fazenda Falavigno, a complexa

<sup>176</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 46.

<sup>177</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 46.

<sup>178</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 61.

<sup>179</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 60.

<sup>180</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 59.

realidade “exige cada vez mais o uso de conceitos vagos e indeterminados, em uma tentativa de emprestar à norma velocidade semelhante ao fato social”<sup>181</sup>.

Ainda que gere inevitável tensão com o princípio da legalidade, não há como se abrir mão de técnicas legislativas que permitam a adequação da norma à realidade, sob pena de se criar um ordenamento jurídico estagnado<sup>182</sup>.

Dessa forma, a lei penal contará com elementos linguísticos abertos, que possibilitem sua incidência em uma realidade plural e dinâmica<sup>183</sup>, sem que isso implique, contudo, conclusão de que se deve abandonar o mandamento do princípio da legalidade. Conforme pontua Ana Elisa Bechara:

Sendo, então, o modelo estrito irreal, o requisito de determinação não pode ser entendido como uma exclusão absoluta da ambiguidade ou de valorações, sendo possível, inclusive, que a norma penal contenha, ao lado dos elementos descritivos, elementos normativos e valorativos. Ainda assim, a busca da máxima determinação possível e da real vinculação do juiz ao teor da norma constitui um objetivo irrenunciável do Direito Penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito<sup>184</sup>.

A utilização de termos dotados de certa amplitude não representa o problema em si. A lei poderá ser tida como indeterminada, por outro lado, quando não for possível, diante de sua precária descrição, que se proceda à interpretação racional do comando normativo do legislador, de modo a gerar inevitável insegurança jurídica<sup>185</sup>.

Diferentes técnicas legislativas, que podem aparecer simultaneamente ou não, podem ser utilizadas de forma a dotar de amplitude e flexibilidade o tipo penal. Em especial, listam-se as cláusulas gerais, os conceitos indeterminados e os conceitos normativos.

A regulação do discurso de ódio pelo artigo 20 da Lei 7.716/1989 e a decorrente responsabilização penal foi feita pela escolha de utilização da técnica legislativa da cláusula geral.

Conforme a lição de Karl Engisch, a cláusula geral define-se por ser método de regulação que pretende abarcar inúmeras situações dentro de única formulação de hipótese legal, que, por conta de sua generalidade, é capaz de servir a tal função. Nas palavras do autor: “[...] havemos

<sup>181</sup> FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020. p. 169.

<sup>182</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 47.

<sup>183</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 3.

<sup>184</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 138.

<sup>185</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 140.

de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos”<sup>186</sup>.

A cláusula geral opõe-se à ideia de previsão casuística que, por sua vez, caracteriza-se por circunscrever “particulares grupos de casos na sua especificidade própria”<sup>187</sup>.

A partir de conceito de significativa amplitude, diversas situações podem ser inseridas no regime jurídico da cláusula geral. Não há uma lista, um rol definido de possibilidades de incidência, o que torna especialmente relevante a atividade do julgador.

Há quem aponte que as cláusulas gerais representariam caso extremo de indefinição normativa, de forma a inviabilizar a identificação do alcance da tutela<sup>188</sup>, argumentando, inclusive, serem absolutamente incompatíveis com o princípio da legalidade e os valores do Estado Democrático de Direito, uma vez que impediriam a realização de uma valoração objetiva por parte do intérprete<sup>189</sup>.

Para os fins deste estudo, porém, utiliza-se a definição contida na lição de Karl Engisch em que, como dito, não se trata de um conceito que representa a máxima indefinição conceitual, mas sim de modelo normativo que se opõe à previsão casuística. Para o autor, as cláusulas gerais não possuem estrutura metodológica própria e, portanto, o processo de pensamento a ser realizado para sua aplicação não é definido e dependerá de outras características que a delineiem<sup>190</sup>. Nas palavras de Engisch: “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio das técnicas legislativas”<sup>191</sup>.

Para criminalizar o discurso de ódio, a legislação brasileira faz referência a termos como “induzir”, “incitar”, “discriminação” e “preconceito” que possuem estrutura metodológica de conceitos normativos indeterminados. Por indeterminado entende-se: “[...] um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”<sup>192</sup>, enquanto normativo seria o conceito que exigiria um exercício valorativo de forma a possibilitar sua aplicação<sup>193</sup>.

<sup>186</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cap. VI: Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2014. p. 229.

<sup>187</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cap. VI: Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2014. p. 229.

<sup>188</sup> Nesse sentido, consultar: GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 53.

<sup>189</sup> Nesse sentido, consultar: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 241.

<sup>190</sup> ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 229.

<sup>191</sup> ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 233.

<sup>192</sup> ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 208.

<sup>193</sup> ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 213.

Ainda que possa haver cláusulas gerais compostas por conceitos determinados e descritivos, na grande maioria das vezes, de fato, tratar-se-ão, como no crime do art. 20 da Lei 7.716/1989, de conceitos indeterminados e normativos<sup>194</sup>.

Utilizando a definição ampla do termo, conforme classifica Frank Saliger, “normativo” pode ser entendido como aquilo que se refere a uma ordem de valores ou normas para definição de seu conteúdo. Contrapõe-se, assim, a um conceito que seja descritivo, fático<sup>195</sup>.

Em linhas gerais, há três correntes que se diferenciam por caracterizar os elementos normativos do tipo (i) a partir do referencial normativo; (ii) a partir do referencial valorativo e; (iii) por meio da filosofia analítica da linguagem<sup>196</sup>.

Para fins deste estudo, parte-se do referencial normativo, para o qual, conforme inicialmente delineou Karl Engisch, os conceitos normativos, diferentemente dos conceitos descritivos, (que se referem ao mundo ao real e, portanto, podem ser compreendidos pelos sentidos) possuem conteúdo apreensível apenas quando referenciados a um sistema normativo<sup>197</sup>.

É em sentido similar a classificação de Claus Roxin, para quem elementos normativos são aqueles “que somente podem ser representados e concebidos de acordo com o pressuposto lógico de uma norma”<sup>198</sup>. Ou, nas palavras de Ana Elisa Bechara: “aqueles cujo conteúdo remete a regras constitutivas (jurídicas ou extrajurídicas), as quais constituem o pressuposto dos fatos institucionais que designam”<sup>199</sup>.

Ainda, nos termos em que define Miguel Reale Jr., elementos normativos seriam aqueles de conteúdo variável, identificável a partir de normas jurídicas e extrajurídicas. O processo de cognição de elementos descritivos e normativos diferiria na medida em que os primeiros pertenceriam ao mundo físico, enquanto os últimos seriam provenientes do mundo cultural<sup>200</sup>.

São, portanto, conceitos que dependem de exercício valorativo do intérprete para atribuição de significado, ou, ainda, “conceitos carecidos de um preenchimento valorativo”<sup>201</sup>.

<sup>194</sup> ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 233.

<sup>195</sup> SALIGER, Frank. Limites da interpretação normativa em direito penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 589.

<sup>196</sup> Não há espaço para exploração minuciosa de cada uma delas, para aprofundamento do tema, consultar: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*, cap. 3.1: Origem e conceito dos elementos normativos do tipo. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.

<sup>197</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cap. VI: Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2001. p. 210.

<sup>198</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 307.

<sup>199</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 222.

<sup>200</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 143.

<sup>201</sup> ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 213.

O uso de elementos normativos pela lei serve para que se atinja não o comportamento naturalístico do agente, mas sim de modo a estabelecer o significado humano e social que a conduta deve exprimir para ser penalmente relevante<sup>202</sup>. Trata-se do reconhecimento do (des)valor que o comportamento comporta em uma situação histórica e social concreta. Assim, a partir da utilização de um conceito normativo, carente, portanto, de valoração, a mesma conduta naturalística poderá ser ou não considerada típica, a depender dos contextos social e histórico em que se insere<sup>203</sup>.

Fica claro que é justamente o que ocorre quando se refere a noções como a de discriminação ou preconceito, que não são empiricamente verificáveis, mas dependem de referência a um sistema valorativo, cultural, para que tenham seu significado inteiramente apreendido.

A escolha pela utilização de um termo normativo em detrimento de um termo descritivo deve advir de sua efetiva capacidade de abarcar a realidade sobre a qual pretende atribuir o sentido negativamente valorado<sup>204</sup>. Trata-se de opção com base na capacidade axiológica e empírica do conceito e não de que se busque a expansão desmedida das possibilidades punitivas pela utilização de termo dotado de irremediável amplitude. Nas palavras de Ana Elisa Bechara:

Desse modo, a opção pela eleição de conceitos de elementos normativos para a composição do tipo penal não deve buscar uma expansão das hipóteses de punição por meio da abertura conceitual da norma incriminadora sob a pretensa proteção do princípio da legalidade (aqui convertido em instrumento de habilitação do poder punitivo estatal), e sim a ampliação do próprio processo de valoração, dentro do alcance e dos limites do Direito Penal, para o fim de permitir a busca de respostas mais eficazes aos conflitos sociais, tendo sempre como referência fundamental o indivíduo e a defesa de sua liberdade contra intervenções ilegítimas do Estado<sup>205</sup>.

A indeterminação normativa, como anteriormente mencionado, é, em grande medida, fruto do próprio uso da linguagem, em relação ao qual não se pode esperar determinação absoluta ou interpretações descontextualizadas<sup>206</sup>. Dessa forma, até mesmo a aplicação de termos classificados como descritivos e, portanto, de significado aparentemente claro, frequentemente demandará a realização de um juízo histórico e valorativo<sup>207</sup>.

<sup>202</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 48.

<sup>203</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 48.

<sup>204</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 188.

<sup>205</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 188.

<sup>206</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 33.

<sup>207</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 34.

Ao mesmo tempo, há que se ponderar que o significado humano e social dos conceitos pode ser evidente, de modo a apresentar, inclusive, certa essência empírica<sup>208</sup>. A determinação (ou indeterminação) da norma é atributo de natureza quantitativa<sup>209</sup>.

Disso, extrai-se que o respeito à obrigação de descrição taxativa da norma não se refere à necessária utilização de termos descritivos em detrimento de elementos de caráter normativo. Termos descritivos podem também apresentar imprecisões inadmissíveis, enquanto elementos normativos sejam capazes de exprimir um significado apreensível<sup>210</sup>. Como pontua Mariângela Gama de Magalhães Gomes:

A simples existência de elementos normativos não significa, por si só, que as normas penais estejam em desacordo com o princípio da legalidade. Segundo Naucke, seriam inconstitucionais somente os casos mais extremos de não-decisão, ou seja, apenas aquelas formulações legais caracterizadas por uma grande indeterminação ou generalização, incapazes de esclarecer os respectivos fins ou o alcance do campo a regular; a mera remissão a um campo normativo extrajurídico não significa, necessariamente, que a norma seja indeterminada<sup>211</sup>.

A utilização de termos dotados de certa amplitude não representa o problema em si. A lei poderá ser tida como indeterminada, por outro lado, quando não for possível, diante de sua precária descrição, que se proceda à interpretação racional do comando normativo do legislador, de modo a gerar inevitável insegurança jurídica<sup>212</sup>.

Isso não significa admitir que os elementos normativos devam ser aplicados de forma irrestrita. É certo que deve ser dada preferência a termos descritivos, quando possível<sup>213</sup>. Os elementos descritivos são capazes de comunicar o comando punitivo aos destinatários por linguagem frequentemente mais clara e com menos ambiguidades, atendendo melhor, portanto, à necessidade de orientação subjetiva dos agentes<sup>214</sup>.

Também não se pode admitir, conforme pontua Frank Saliger, interpretar contrafaticamente, como se normativos fossem, conceitos que são descritivos, de modo a criar uma ficcionalidade (invenção) que desfigura o sentido real e descritivo do conceito<sup>215</sup>.

---

<sup>208</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

<sup>209</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 35.

<sup>210</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 34.

<sup>211</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 63.

<sup>212</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 140.

<sup>213</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 187.

<sup>214</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 350.

<sup>215</sup> SALIGER, Frank. Limites da interpretação normativa em direito penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 600.



Conceitos normativos, por outro lado, não podem ser interpretados como se fossem de significado autoevidente e empírico.

Os conceitos normativos possuem utilidade na medida em que previnem “casuísmos exagerados” derivados do uso da linguagem e permitem a previsão típica de circunstâncias concretas que se mostram variáveis<sup>216</sup>. Não representam, repita-se, um problema em si mesmo, uma vez que, como delineado, possuem função definida e podem estar em consonância com o princípio da legalidade.

No caso da criminalização do discurso de ódio, a utilização de conceitos normativos parece justificável tendo em vista a complexidade real e cultural do fenômeno que se pretende regular e que seria de impossível descrição por meio de conceitos referentes apenas à realidade empírica.

Por outro lado, não há como se ignorar que o uso exagerado de conceitos normativos pode levar à corrosão do princípio da legalidade e à decorrente expansão desenfreada e autoritária do Direito Penal<sup>217</sup>. Quando mal-empregados, conceitos normativos podem servir para desmaterializar o núcleo do conteúdo delitivo, de modo que a previsão típica passe a constituir “mera fórmula legal abstrata”<sup>218</sup>. Conforme explica Ana Elisa Bechara:

A crescente opção legislativa pela construção de tipos penais repletos de elementos normativos, livres de questionamentos quanto à sua legitimidade, a partir da renúncia à capacidade seletiva de qualquer referente material, banaliza a própria natureza e a função do Direito Penal, dirigindo-se a incriminação não mais a à tutela concreta de interesses sociais fundamentais, e sim a determinados modos estabelecidos para a resolução de conflitos<sup>219</sup>.

Ainda que necessário seu emprego, não há como negar que os conceitos normativos geram zona de incerteza entre aquilo que é permitido e aquilo que é proibido e desencadeiam alargamento (elasticidade) do alcance típico<sup>220</sup>. O que, por sua vez, é especialmente verdade nas circunstâncias em que os elementos normativos referem-se não a normas jurídicas, mas a normas sociais ou de costumes<sup>221</sup>, como é o caso do artigo 20 da Lei 7.716/1989 que criminaliza o discurso de ódio.

<sup>216</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 145.

<sup>217</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 28.

<sup>218</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 28.

<sup>219</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 225.

<sup>220</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 48.

<sup>221</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 48.

Assim, por mais que sua maleabilidade possa ter eficácia real, é de se ressaltar que, conforme pontua Ana Elisa Bechara, a concepção de que a abertura típica levaria a uma maior proteção da liberdade individual é “no mínimo ingênua, pois deixa de ver a tendência naturalmente punitiva e autoritária da intervenção penal”<sup>222</sup>.

É necessário, portanto, que se estabeleça com clareza as possibilidades de alcance dos conceitos normativos no âmbito de um Estado Democrático de Direito e de um ordenamento jurídico penal que deve estar centrado na proteção do indivíduo. Ainda que o princípio da legalidade admita, como explanado, a inserção de elementos normativos, o sentido fundante do princípio de proteção do indivíduo não pode ser deixado para trás.

De plano, ressalte-se que os conceitos normativos não são conceitos discricionários. Estes, referem-se, como explica Karl Engisch, à possibilidade de uma “autonomia da valoração pessoal” do aplicador da norma<sup>223</sup>. Ou seja, há espaço conferido à subjetividade do magistrado para que decida sobre a conveniência interpretativa da aplicação normativa.

Os elementos normativos, por outro lado, devem estar sujeitos a critérios objetivos de interpretação e aplicação. A mera referência de valoração a partir de outras normas é insuficiente para que se garanta a necessária segurança jurídica, tratar-se-ia de mera descrição conceitual<sup>224</sup>. É necessário que se estabeleçam parâmetros críticos para limitar intervenção punitiva estatal<sup>225</sup>, enquanto criação legislativa e interpretação da norma penal.

A criação legislativa a partir de conceitos normativos apenas será aceitável, uma vez que constatada sua real necessidade para preservação das condições existenciais nucleares de uma sociedade que se estrutura a partir dos valores do pluralismo, da liberdade e da dignidade humana<sup>226</sup>. Como dito, é o que ocorre no caso da criminalização do discurso de ódio.

O normativismo penal deve limitar-se pelo contexto empírico tanto no momento de criação quanto de aplicação da norma<sup>227</sup>.

Elementos de conteúdo absolutamente abstrato e que não possuem conexão com a realidade são inadmissíveis pois impedem o conhecimento da norma e de seu objeto de proteção e, portanto, a possibilidade de autodeterminação do sujeito<sup>228</sup>.

---

<sup>222</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 232.

<sup>223</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cap. VI: Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2001. p. 214.

<sup>224</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 221.

<sup>225</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 223.

<sup>226</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 225.

<sup>227</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 349.

<sup>228</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 349.

Também, a interpretação judicial deve estar vinculada aos limites impostos pela realidade empírica, sem que se tenha a pretensão de ajustar o contexto fático a fim de que caiba na previsão legal e, com isso, substituir de forma arbitrária “o real por uma fantasia subjetiva”<sup>229</sup>.

Sob hipótese alguma, a norma pode transformar-se, como decorrência da abstração de seus elementos, em mera indicação de formas gerais de convivência, esvaziando-se o sentido material do delito<sup>230</sup>. Em outras palavras, a criação legislativa em matéria penal com base em elementos normativos não pode significar renúncia à possibilidade de identificação do bem jurídico tutelado<sup>231</sup>.

Ao mesmo tempo, a interpretação da norma deve ser político-criminal e dogmaticamente vinculada à função de proteção do bem jurídico, como forma de se barrar possível e danoso subjetivismo<sup>232</sup>. Nas palavras de Ana Elisa Bechara:

Conclui-se, assim, que a única construção – e interpretação – legítima do conteúdo dos elementos normativos é a teleológica, isto é, conforme critérios relacionados ao princípio penal fundamental de proteção subsidiária de bens jurídicos e, assim, à relevância jurídico-penal do comportamento em termos de gravidade da ofensa material do bem jurídico tutelado, e não formalmente, sem que se possa verificar a existência de uma efetiva afetação da convivência social<sup>233</sup>.

Não se pretende argumentar pela renúncia de valoração em matéria penal, que se mostra absolutamente necessária para a atribuição de significado a indispensáveis termos legais<sup>234</sup>. Por outro lado, é irrenunciável a obrigação de que se estabeleça a vinculação da análise valorativa dos elementos normativos do tipo à necessidade de proteção de interesses humanos de caráter fundamental.

A vinculação interpretativa ao bem jurídico tutelado, trata, na verdade, do fundamento de existência e da possibilidade de incidência do Direito Penal<sup>235</sup>.

A existência de elementos normativos não pode levar a uma análise supostamente valorativa e que ignore a ofensividade da conduta. Ainda que a abertura semântica das palavras possa gerar uma ‘abstração do significado normativo’, isso não significa dizer que o delito está

<sup>229</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 349.

<sup>230</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 351.

<sup>231</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 226.

<sup>232</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 227.

<sup>233</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 229.

<sup>234</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 349.

<sup>235</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 351.

desprovido de um núcleo valorativo essencial ou que o aplicador possa abster-se de constatar (de forma explícita e por meio de argumentação racional) a afetação do bem jurídico. Conforme pontua Ana Elisa Bechara:

A atribuição de responsabilidade penal ao indivíduo diante da prática de uma conduta delitativa não pode perfazer-se a partir da mera decisão argumentativa do julgador, tampouco se funda em conceitos ou deveres jurídicos abstratos. Tal responsabilidade deve, na verdade, decorrer de uma avaliação concreta sobre a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma, bem como da observância da função e dos limites do Direito Penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito que tome os cidadãos não simplesmente como destinatários da norma, mas como participantes no processo comunicativo de sua elaboração<sup>236</sup>.

O exercício de atribuição de significado concreto aos termos normativos deve estar diretamente associado às possibilidades de alcance da norma criminalizadora diante dos limites interpretativos impostos pelo princípio da lesividade.

---

<sup>236</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 27.

### 3 LESIVIDADE DO BEM JURÍDICO E LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL

A intervenção penal justifica-se pela sua função de proteção de bens jurídicos. Para que seja legítima, portanto, a responsabilização penal pelo discurso de ódio criminalizado, é necessário que se constate um objeto legítimo de tutela e a sua lesividade no caso concreto.

#### 3.1 A função do Direito Penal como a proteção de bens jurídicos

O direito penal ainda deve ser entendido como instrumento voltado à proteção subsidiária de bens jurídicos.

A existência de um critério externo e prévio à positivação legal é essencial para que se previnam excessos e arbitrariedades no campo do direito criminal<sup>237</sup> e o conceito de bem jurídico parece ser aquele que melhor atende aos objetivos propostos.

A noção de que o poder punitivo estatal deveria sofrer limitação pelo conteúdo e que a incriminação de formas de vida ou de posicionamentos ideológicos configuraria “tirania inaceitável” está presente desde o século XVII nas obras de Cesare Beccaria e Karl Ferdinand Hommel<sup>238</sup>.

A primeira proposta de sistematização de um conceito material do delito aparece, contudo, com Paul Johann Anselm Ritter Von Feuerbach (1804) e a nomenclatura “bem” ou “bem jurídico” surge na literatura penal com Franz Michael Johann Birnbaum (1834)<sup>239</sup>.

É certo que a teoria do bem jurídico sofreu e ainda sofre diversas modificações desde o surgimento de suas bases. É relevante, todavia, a conclusão já tão antiga da possibilidade e necessidade de limitação racional do poder punitivo a partir de um critério prévio à liberalidade legislativa e com foco em elementos (bens) essenciais. Conforme ensina Bernd Schunemann:

O primeiro terço dos 250 anos da história da moderna teoria do direito penal, que começa com Beccaria e termina com Birnbaum, deu a ambas as perguntas decisivas respostas não de todo idênticas, mas que bem pouco diferem uma da outra: é possível desenvolver, com base em considerações jusracionalistas – seja partindo diretamente de um contrato social, ou apoiando-se numa versão historizadora menos rígida desta figura – um conceito de crime que não esteja

<sup>237</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 4.

<sup>238</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 91.

<sup>239</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

à disposição do legislador, mas que seja definida pelo dano social que é infligido aos bens naturais ou sociais dos membros da comunidade, não sendo suficiente para tanto uma mera violação à religião ou à moral, mas sim que esta violação afete um bem de que todos necessitam e que é protegido no interesse de todos (afetação essa cujos pressupostos não ficaram tão claros).<sup>240</sup>

Após a Segunda Guerra Mundial, contudo, e diante das consequências da adoção de um radical positivismo jurídico<sup>241 242</sup>, é que o conceito de bem jurídico crítico tornou-se objeto de discussões e formulações mais aprofundadas<sup>243</sup>.

A adoção de uma teoria do bem jurídico, que limita a incidência do direito penal a partir da criação de critérios suprapositivos fundamentais, é ‘premissa tácita’ do Estado Democrático de Direito<sup>244</sup>. A noção de bem jurídico carrega o sentido nuclear da possibilidade de intervenção na liberdade de agir humana, que não pode, portanto, ocorrer sem a necessária remissão a um fim legítimo<sup>245</sup>.

Ainda que detenha legitimidade democrática, o legislador não pode gozar de liberalidade que o permita, por exemplo, criminalizar condutas como a de tecer duras críticas ao governo estabelecido, expressar opiniões controversas ou praticar atos em ambiente privado que contrariem normas sociais<sup>246</sup>. O direito penal não se presta a criar uma “sociedade obediente e fácil de dirigir”<sup>247</sup>. É justamente para prevenir excessos como os listados que serve a teoria do bem jurídico.

---

<sup>240</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 49.

<sup>241</sup> Para aprofundamento do tema sobre o positivismo jurídico no governo nacional socialista alemão, consultar: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., capítulo 2.6, “A ruptura autoritária”.

<sup>242</sup> Nesse sentido, interessante reflexão de Gunter Stratenwerth sobre a reconstrução do sistema jurídico após a Segunda Guerra Mundial: “*Cuando mi generación comenzó a llevar una vida autodeterminada entre los escombros que había dejado a su paso la Segunda Guerra Mundial en el otoño de 1945, vimos que el principal sentido de la libertad de la que entonces disfrutábamos era contribuir a la instauración de una forma de Estado en la cual aquello que había sucedido durante el régimen Nacional Socialista jamás pudiera repetirse.*” (STRATENWERTH, Gunter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 366).

<sup>243</sup> ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 45.

<sup>244</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 72.

<sup>245</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afectem a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 99.

<sup>246</sup> ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 443.

<sup>247 247</sup> ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos..., cit., p. 443.

O conceito de bem jurídico penal (limitador e crítico) deve ter como elemento central a figura da pessoa humana. Conforme pontua Helena Regina Lobo da Costa: “O cerne do nosso sistema valorativo é a pessoa humana”<sup>248</sup> e deve ser justamente esse o referencial inicial e primordial para delimitação dos interesses que fundamentam as possibilidades de imposição de punição criminal.

Parte-se, portanto, de uma teoria pessoal do bem jurídico, nos termos inicialmente formulados por Winfried Hassemer. Bens jurídicos devem ser interesses necessariamente relacionados com o desenvolvimento dos indivíduos<sup>249</sup>. Tal premissa, contudo, não significa admitir que o indivíduo deva ser entendido de forma “atomizada”, ou seja, isolada do contexto social em que se insere<sup>250</sup>. Muito pelo contrário, é essencial a conclusão de que as possibilidades concretas de autodeterminação e desenvolvimento pessoal dependem em grande medida de fatores sociais<sup>251</sup>.

A concepção de pessoa humana, inserida no contexto de Estado Democrático de Direito, firma-se sobre uma base comunicativa ou inter-relacional (em oposição a uma visão puramente liberal) em que o livre desenvolvimento está diretamente relacionado à participação social<sup>252</sup>.

O conceito de bem jurídico deve ser extraído da realidade social<sup>253</sup>. A escolha dos fatores que são efetivamente essenciais ao desenvolvimento dos indivíduos depende necessariamente da análise do contexto histórico e social em que se inserem. Por isso mesmo, a noção de bem jurídico será historicamente mutável, não correspondendo a um conceito fechado ou estanque, conforme esclarece Ana Elisa Bechara:

Nesse sentido, aliás, no âmbito de uma mesma sociedade, a valoração sobre a intolerância a determinadas condutas pode sofrer variações conforme momentos históricos distintos, levando em conta os processos de interrelação entre os diferentes grupos sociais, em um contexto pluralista<sup>254</sup>.

Assim, o bem jurídico, para ter dignidade penal, deve estar relacionado à proteção da liberdade e da personalidade do indivíduo, tomado como ser relacional, em determinado contexto histórico e social:

---

<sup>248</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

<sup>249</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 4.

<sup>250</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 5.

<sup>251</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5.

<sup>252</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 143.

<sup>253</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 5.

<sup>254</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 89.

De outra parte, definido em linhas gerais o conceito de bem jurídico como a síntese normativa concreta de um interesse, no âmbito de um Estado Democrático de Direito cabe localizar seus pressupostos na realidade social, ocupando nesse caso o indivíduo a posição central. É claro, sob tal perspectiva democrática, que o indivíduo haverá de ser tomado em sua dimensão comunicativa ou inter-relacional, e não meramente liberal, considerando-se seus interesses de livre desenvolvimento por meio da participação na vida social.<sup>255</sup>

É importante ressaltar que uma concepção personalista de bem jurídico não exclui o reconhecimento de bens jurídicos de caráter universal ou coletivo. Apenas ressalva-se que, para que sejam legítimos, eles devem estar funcionalizados pela figura da pessoa humana, ou seja, devem, em última análise, ser relacionáveis a interesses individuais<sup>256</sup>.

O conceito de bem jurídico adotado por este trabalho não é puramente sociológico, nem constitucional, entendendo que ambas as frentes são necessárias para limitar o poder punitivo estatal<sup>257</sup>. Tendo em vista que o tipo penal representa concretização de limite ao direito fundamental à liberdade, só é possível que incida em face de interesse protegido que guarde referência com a Constituição<sup>258</sup>. Assim, além da realidade social, a determinação do núcleo legítimo da intervenção penal deve ter como parâmetro a Constituição.

As possibilidades punitivas, portanto, estarão condicionadas aos limites sociológicos, ou seja, dos interesses humanos fundamentais extraídos da realidade social e, que, ao mesmo tempo, devem encontrar guarida no texto constitucional.

Conforme esclarece Helena Lobo: “Realidade social e Constituição se limitam mutuamente”<sup>259</sup>. Isso significa dizer que a Constituição deve servir como limite negativo à criminalização e não como fundamento positivo<sup>260</sup>. Dessa forma, valores socialmente relevantes, mas que não encontram previsão constitucional, não podem ser bens jurídicos. Por outro lado, a mera referência constitucional não é suficiente para que se conclua pela legitimidade da proteção penal de determinado interesse. Não se pode, ainda, extrair da noção de bem jurídico fundado na Constituição a existência de mandados de criminalização ou “deveres de proteção”<sup>261</sup>.

<sup>255</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 143.

<sup>256</sup> HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, vol. 12, 45/48, p. 275-285., 1989. p. 141 e 142.

<sup>257</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 143.

<sup>258</sup> D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* – (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 72.

<sup>259</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 6.

<sup>260</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 6.

<sup>261</sup> HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David et al. *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 73.



Winfried Hassemer esclarece também que o conceito de bem jurídico deve: (i) ser preciso, a fim de fiquem claros os limites da punição aceitável, tendo em vista sua função de proteção da liberdade; (ii) ser universalmente compreensível, de modo que possibilite o controle democrático das decisões legislativas<sup>262</sup>.

A função do direito penal de proteção de bens jurídicos, conforme o conceito previamente desenvolvido, representa garantia essencial da liberdade individual. Ressalta-se apenas que a referência ao bem jurídico é condição necessária e não suficiente para a criminalização<sup>263</sup>, devendo ser conjugada com outros princípios e freios criminalizatórios que não são objeto do presente estudo.

### 3.1.2 Alcance da teoria do bem jurídico e respostas a críticas

A teoria do bem jurídico vem há tempos sendo alvo de críticas e relativizações, tendo estas, porém, se intensificado na atualidade<sup>264</sup>. Alguns autores rejeitam por inteiro a adoção do bem jurídico como critério crítico para limitação punitiva; outros dizem não o abandonar, mas admitem exceções que fragilizam a consistência dogmática da teoria<sup>265</sup>.

Parcela significativa das críticas tecidas contra o bem jurídico recai sobre uma suposta vagueza conceitual que o esvaziaria de sentido útil<sup>266</sup>. Segundo esse posicionamento, a ausência de conteúdo definido sobre o que efetivamente constituiriam os bens jurídicos passivos de proteção retiraria qualquer rendimento da teoria.

A exemplo de autor que segue essa linha crítica, está Gunter Stratenwerth, que considera que o conceito de bem jurídico não possui efetiva função limitadora, tendo em vista a imprecisão do rol de objetos por ele abarcados<sup>267</sup>.

Conforme previamente delineado, contudo, a ausência de definição precisa sobre quais interesses podem ou não ser objeto de tutela penal é justamente o que permite que a teoria mantenha a necessária relação com a realidade concreta sobre a qual deverá recair a norma. A abertura conceitual é necessária tendo em vista a mutabilidade da realidade social, que faz com

<sup>262</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afectem a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 104.

<sup>263</sup> HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, vol. 12, 45/48, p. 275-285., 1989. p. 278.

<sup>264</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 271.

<sup>265</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit, p. 271 e ss.

<sup>266</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 75.

<sup>267</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

que também sejam mutáveis os interesses relevantes para o desenvolvimento e a autodeterminação do indivíduo.

É necessário que se esclareça a que efetivamente se propõe a teoria do bem jurídico.

Como aponta Winfried Hassemer, o conceito de bem jurídico não pretende fornecer deduções matemáticas, mas sim oferecer uma linha argumentativa que permita a reflexão sobre os interesses merecedores de proteção penal<sup>268</sup>. A mesma lógica, conforme explica o autor, pode ser observada em outros princípios jurídicos fundamentais, como o princípio da culpabilidade ou o *in dubio pro libertate*, o que não diminui sua validade ou utilidade.

O fato de não existir um conceito de bem jurídico dogmaticamente estável e que seja universalmente aceito e historicamente permanente não significa que seja inidôneo, muito pelo contrário, isso é fruto de seu caráter fundamental e característica necessária para validade da teoria<sup>269</sup>. Essa característica, inclusive, deve ser entendida como limitadora do poder punitivo, uma vez que a revisão dos valores merecedores de tutela penal deve ser constante e levar a uma necessária diminuição do rol de condutas puníveis, quando a incidência do direito penal mostrar-se inadequada aos contornos da realidade social.

É erro metodológico assumir que a ausência de rol definido composto pelos interesses passíveis de proteção penal esvaziaria o rendimento da teoria. Nos termos em que esclarece Bernd Schunemann:

Mas esta exigência de uma definição classificatória do conceito de bem jurídico, diante do qual a análise dos diversos tipos se esgotaria numa simples subsunção, parte de pressupostos metodológicos errôneos, não sendo portanto apta a comprovar a irrelevância do princípio de proteção de bens jurídicos para o trabalho dogmático<sup>270</sup>.

Conforme pontua Ana Elisa Bechara, é necessário que se desmistifique a importância do bem jurídico<sup>271</sup>. Tendo em vista sua necessária e desejável ausência de definição estática, assume função primordialmente negativa, ou seja, de afastar a proteção jurídico-penal de interesses que não são dignos de tutela por esse campo direito<sup>272</sup>.

<sup>268</sup> HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, vol. 12, 45/48, p. 275-285., 1989. p. 282.

<sup>269</sup> HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 65.

<sup>270</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 42.

<sup>271</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 142.

<sup>272</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 142.

Seguindo linha de crítica parecida à anteriormente exposta, há aqueles que apontam que o referencial do bem jurídico para determinação do conteúdo substantivo da norma, ao invés de servir como instrumento de limitação punitiva, abriria margem para arbitrariedade judicial e interpretações politicamente interessadas<sup>273</sup>.

Em resposta a esse tipo de afirmação, Fábio Roberto D’Ávila pontua de forma assertiva que a existência de uma prática judiciária inapropriada não pode servir para deslegitimar a necessidade de ofensividade ao bem jurídico para incidência da norma penal<sup>274</sup>. A má aplicação da teoria do bem jurídico e do princípio da ofensividade deve ser exposta e combatida, e não servir como motivo legítimo para seu descarte.

No mesmo sentido, propostas de substituição por conceitos alternativos também não solucionam supostas fragilidades da teoria, pelo contrário, agravam potenciais riscos à liberdade individual. Sem pretensão de esgotamento do tema, passemos por algumas delas.

Knut Amelung, adepto de corrente funcionalista sistêmica<sup>275</sup>, considera que o conceito de bem jurídico seria “dogma” desprovido de utilidade prática. Propõe a substituição pela ideia de *danosidade social*, que seria composta pelas “condições de organização da convivência humana”<sup>276</sup>. A definição proposta é dotada de extrema abertura e indeterminação, ficando completamente a cargo do legislador a seleção do que será penalmente relevante<sup>277</sup>. Em última análise, o que importará é a obediência à norma positivada.

Gunther Jakobs propõe a substituição da finalidade de proteção de bens jurídicos pela proteção da vigência da norma<sup>278</sup>. Seu posicionamento representa o que se chama de “funcionalismo sistêmico radical”, em que o delito é puramente normativo, independentemente de qualquer consideração de ordem individualizada. Trata-se, nesses termos, de conceito circular, desprovido de qualquer potencial crítico ou limitador do poder punitivo.

Tendo em vista o cenário da dita “expansão do direito penal”<sup>279</sup>, os clássicos moldes do direito penal e do direito processual penal parecem não se adequar às modernas condições de

<sup>273</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* – (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 84.

<sup>274</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* – (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 85.

<sup>275</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 133.

<sup>276</sup> AMELUNG, Knut. El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 263.

<sup>277</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 133.

<sup>278</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 72.

<sup>279</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madrid: Edisofer, 2011.

vida e consequentes necessidades de punição. Dentro desse contexto, estaria em xeque também o referencial do bem jurídico como freio garantista ao poder punitivo<sup>280</sup>.

Há, nesse sentido, propostas de ‘desmaterialização’ do bem jurídico ou a sua substituição por “funções”<sup>281</sup>, de maneira a expandir as possibilidades punitivas. A admissão da noção de funções como bens jurídicos, sem que estejam relacionadas à autorrealização do indivíduo, representa abertura inaceitável das possibilidades de intervenção penal em um sistema jurídico centrado na figura da pessoa humana.

Há, ainda, autores que são classicamente defensores da teoria do bem jurídico, mas que vêm reconhecendo exceções no âmbito legítimo da intervenção penal.

Destaca-se Claus Roxin, que admite a possibilidade de incriminação de condutas para proteção (i) de animais; (ii) de embriões; (iii) das futuras gerações; e (iv) do meio ambiente, mesmo quando não seja possível relacioná-las à afetação de bens jurídicos em seu sentido tradicional<sup>282</sup>. De maneira similar, Roland Hefendehl entende que seriam indispensáveis algumas estruturas típicas que não protejam bens jurídicos, mesmo que sob condições de legitimidade limitada<sup>283</sup>.

Ainda que se intente estabelecer outros critérios que impeçam a exagerada expansão das possibilidades punitivas<sup>284</sup>, a admissão de exceções leva a um perigoso caminho de ruptura sistêmica<sup>285</sup>.

A teoria do bem jurídico deve continuar a ser tida como referencial necessário à proteção da liberdade e freio indispensável a potenciais arbitrariedades legislativas e judiciais. Conforme pondera Ana Elisa Bechara: “as alternativas críticas ao bem jurídico levam ao retrocesso do desenvolvimento do sistema penal a épocas não democráticas”<sup>286</sup>.

Isso não significa concluir, contudo, que a teoria deva estar blindada às modificações sociais da atualidade. Em verdade, como já repetidamente ressaltado, ela possui justamente a intrínseca característica de abertura social, o que faz com que o rol de interesses sujeitos à

<sup>280</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

<sup>281</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 11.

<sup>282</sup> ROXIN, CLAUS. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

<sup>283</sup> HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 414.

<sup>284</sup> Vide os nove critérios desenvolvidos por Roxin em: ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 449 e ss.

<sup>285</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 353.

<sup>286</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 353.

proteção penal possa (ou até deva) ser alterado, sem que se perca de vista o necessário referencial do autodesenvolvimento da pessoa humana.

### 3.2 O objeto de proteção do crime de discurso de ódio

A grande parte dos crimes positivados no ordenamento jurídico não levanta maiores dúvidas sobre qual é o objeto de tutela a que se dirige. Não se discute, por exemplo, que o bem jurídico tutelado pelo crime de homicídio é a vida ou que no crime de lesão corporal protege-se a integridade física, no furto, o patrimônio, e assim por diante. Não é o caso da criminalização do discurso de ódio, em que a leitura do tipo é pouco esclarecedora sobre qual é o efetivo núcleo valorativo de proteção da norma.

O exercício de interpretação teleológica do comando punitivo, com vistas à sua necessária finalidade de proteção do bem jurídico, torna-se mais complexo e ainda mais essencial quando se trata de dispositivo legal dotado de significativa imprecisão e amplitude<sup>287</sup>, como é o caso do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

O alcance punitivo legítimo da norma penal que proíbe o discurso de ódio dependerá diretamente da determinação do bem jurídico por ela tutelado<sup>288</sup>.

A definição do bem jurídico do crime de discurso de ódio é tema não pacificado na doutrina, que se divide entre propostas que seguem linha de proteção individual antidiscriminatória e propostas de proteção do coletivo<sup>289</sup>. Há também quem entenda que se trata de tipo misto, voltado à proteção simultânea tanto do indivíduo quanto da coletividade<sup>290</sup>.

A seguir, serão explorados alguns potenciais objetos de proteção elencados pela doutrina, bem como analisada sua (i)legitimidade de acordo com a teoria pessoal do bem jurídico anteriormente desenvolvida.

Noções de democracia são frequentemente sugeridas como potenciais objetos de proteção do crime de discurso de ódio.

Com base em uma concepção de “democracia militante”, o banimento completo da vida social de ideias antidemocráticas seria necessário para a preservação da própria saúde do

<sup>287</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 22.

<sup>288</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político, cit., p. 22.

<sup>289</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 57.

<sup>290</sup> Vide: LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996.

sistema<sup>291</sup>. Pressupõe-se mais do que o simples respeito aos valores democráticos, mas uma postura de ativo engajamento a eles<sup>292</sup>. Um modelo de “democracia militante” implicaria completa supressão da vida política de manifestações que contrariem seus princípios<sup>293</sup>.

As premissas de um modelo de “democracia militante” foram concebidas na Europa após a Segunda Guerra Mundial como resposta às graves consequências provenientes dos regimes totalitários e com a intenção de se criar marco jurídico que prevenisse que eventos da mesma natureza se repetissem<sup>294</sup>.

Nesse contexto, a proibição do discurso de ódio serviria como instrumento contra os ditos ‘inimigos da democracia’ e forma de proteção do próprio sistema democrático<sup>295</sup>.

Manuel Jesús Dolz Lago está dentre os autores que entendem que a ordem democrática deve ser tida como objeto tutelado pelo delito de discurso de ódio. Defende que a conduta delituosa teria o condão de atingir não apenas os alvos do discurso (entendidos como o indivíduo ou o coletivo), mas também os valores estruturantes do ordenamento jurídico e os fundamentos da ordem política e social. Com isso, além das noções de “igualdade” e de “não discriminação”, o bem jurídico seria constituído pela própria ordem democrática:

*De ahí, que su bien jurídico protegido no sea solo la no discriminación o la protección de la igualdad o de la diferencia, según la perspectiva que se aborde, sino los propios valores superiores del ordenamiento jurídico y los fundamentos del orden político y social. [...] No se trata de vulnerar el derecho a no discriminación de una persona individual por los motivos que expresa el precepto penal sino sovacar el orden democrático a través de la lesión a la persona individual o al grupo vulnerable socialmente al que pertenece. [...] En el caso de los delitos de odio, como otros que atacan bienes jurídicos supraindividuales o de esta dimensión, el orden social democrático no enmarca el derecho protegido sino que es el mismo objeto de protección, es el bien jurídico protegido<sup>296</sup>.*

<sup>291</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 8.

<sup>292</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político, cit., p. 8.

<sup>293</sup> VALIENTE MARTINEZ, Francisco. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucia; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*. Sevilla: Egregius Ediciones, 2018. p. 20.

<sup>294</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 8.

<sup>295</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político, cit., p. 8.

<sup>296</sup> DOLZ LAGO, Manuel Jesús. Oído a los delitos de odio: algunas cuestiones claves sobre la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015. *Diario La Ley*, núm 8712, 2016. p. 175.

Essa postura, de viés teórico eminentemente funcionalista radical sobre o bem jurídico, representa abertura para extremo expansionismo do direito penal, inadmissível diante do marco conceitual da teoria previamente delineada<sup>297</sup>.

De acordo com as premissas da teoria pessoal do bem jurídico, a “democracia” ou o “sistema democrático” não podem ser considerados bens jurídicos penais. Os pressupostos constituintes do Estado Democrático de Direito, centrado na proteção da liberdade do indivíduo, é o que fundamenta a necessidade de constatação e afetação de bem jurídico para legitimar a intervenção jurídico-penal<sup>298</sup>. Dentro dessa lógica, utilizar o próprio sistema democrático como objeto de proteção da norma representaria contradição conceitual.

O bem jurídico deve ser preciso e facilmente identificável para que exerça sua necessária função limitadora do poder punitivo<sup>299</sup>. O conceito de democracia é significativamente complexo e amplo, de modo que, potencialmente, as mais diversas condutas poderiam representar “perigo à democracia”, impossibilitando o controle do poder punitivo e alargando insuportavelmente as possibilidades de intervenção penal<sup>300</sup>.

Além disso, como já visto, a legitimidade da punição criminal encontra-se na proteção de interesses humanos fundamentais<sup>301</sup>. Liberdades individuais, no caso, as comunicativas, não podem ser funcionalizadas por outros valores a serviço do Estado, da sociedade ou da ordem democrática<sup>302</sup>.

Como consequência de se considerar a democracia como o objeto tutelado pela norma e, com isso, criar-se crime sem bem jurídico de caráter pessoal, abre-se margem para a punição de expressões consideradas antidemocráticas e potencialmente atentatórias à subsistência do sistema de forma quase absoluta e sem que se admita prova ou argumentação em contrário<sup>303</sup>.

---

<sup>297</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 175.

<sup>298</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 140.

<sup>299</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afectem a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 104.

<sup>300</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013. p. 333.

<sup>301</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 331.

<sup>302</sup> DE PABLO SERRANO, Luis de Pablo; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, nº 8911, 2017. p. 3.

<sup>303</sup> VALIENTE MARTINEZ, Francisco. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucia; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*. Sevilla: Egregius Ediciones, 2018. p. 20.

A posterior análise de julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos será ilustrativa nesse ponto.

Diferentes concepções de democracia podem servir como justificativa de natureza político criminal para tipificação (ou não) do discurso de ódio<sup>304</sup>, mas não como objeto de proteção da norma em si.

Assim, o conceito de democracia militante poderia ser utilizado como pressuposto para a decisão legislativa de se criminalizar o discurso, contanto que, para isso, identifique-se também a existência de um interesse essencial ao autodesenvolvimento do indivíduo. Ou, no outro extremo, um sistema fundado na ideia de democracia tolerante, como é o dos Estados Unidos, que confere máxima proteção à liberdade de expressão, justificaria uma permissibilidade quase completa do discurso de ódio<sup>305</sup>. O que não significa dizer, contudo, que a ordem democrática possa ser elevada à categoria de bem jurídico.

A mesma crítica aplica-se a concepções de que a criminalização do discurso de ódio volta-se à proteção de valores sociais como o “pluralismo” ou o “multiculturalismo”.

Patricia Laurenzo Copello entende que o delito de discurso de ódio protege dois bens jurídicos, um de caráter pessoal, que se traduziria por um “direito de ser tratado como igual” e outro, de ordem coletiva, que seria “o modelo de convivência plural e multicultural” do qual parte a Constituição<sup>306</sup>. Para a autora, as ideias de pluralismo, tolerância e respeito às diferenças constituiriam as bases do Estado social e democrático de Direito, que restariam afetados pela violação à norma penal<sup>307 308</sup>.

O direito penal não se presta a proteger valores e sistemas políticos, mas sim à tutela de bens jurídicos, que deverá ser feita com base (inspirada) nesses valores<sup>309</sup>. Conforme pontua

---

<sup>304</sup> Para aprofundamento do tema sobre como concepções de democracia podem influenciar a política criminal em relação ao discurso de ódio, consultar: CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. *El <<discurso del odio>> y su prohibición*. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 35, 2012.

<sup>305</sup> VALIENTE MARTINEZ, Francisco. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucia; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*. Sevilla: Egregius Ediciones, 2018. p. 20.

<sup>306</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996. p. 241.

<sup>307</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995, cit., p. 240.

<sup>308</sup> Não se ignora que a autora, posteriormente, coloca em primeiro plano a perspectiva individual do bem jurídico, mas isso não significa que deixa de reconhecer a existência e importância dos valores coletivos do pluralismo e multiculturalismo para considerações sobre a lesividade da conduta.

<sup>309</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 175.



Sérgio Cámara Arroyo, os crimes de ódio não podem servir de “paladinos” da ordem democrática e social<sup>310</sup>.

A referência às noções de “paz pública” ou “paz social” também são comumente utilizadas como bem jurídico protegido.

A título de exemplo, o artigo 130 do Código Penal alemão, que tipifica o crime de discurso de ódio, prevê, de forma expressa, que será punível a expressão que tenha a capacidade de perturbar a paz pública:

Quem, de forma capaz de perturbar a paz pública, (1) incitar ódio contra segmentos da população ou propor medidas violentas ou arbitrarias contra eles, ou (2) atacar a dignidade humana de outros por meio de ofensas, maliciosamente degradando e caluniando parte da população, será punido com prisão não inferior a três meses e não excedente a cinco anos [...]”.<sup>311</sup>

O conceito de paz pública, contudo, não possui precisão e concretude suficientes para que seja considerado bem jurídico penal<sup>312</sup>.

Conforme explica Claus Roxin, a paz pública seria objeto de impossível apreensão, não fundado empiricamente, o que impediria sua classificação como bem jurídico<sup>313</sup>. Trata-se de exemplo de “espiritualização de bem jurídico”, em que valores que não podem ser extraídos da realidade social acabam elencados como objeto de proteção da norma penal, o que torna inviável a constatação de sua real afetação no caso concreto<sup>314</sup>.

Concepções espiritualizadas do bem jurídico não devem ser tidas como uma consequência necessária ou inevitável da teoria, de forma a deslegitimar sua função limitadora, mas, muito pelo contrário, como uma subversão do espírito essencialmente liberal do conceito de bem jurídico<sup>315</sup>.

Juan Luis Fuentes Osorio aponta que existiriam duas concepções autônomas de paz pública, que supostamente poderiam ser cogitadas como protegidas pelo crime de discurso de ódio: (i) a moral da comunidade (ou sentimentos morais majoritários) e; (ii) o sentimento de segurança e tranquilidade da comunidade<sup>316</sup>. Essa separação evidencia a impossibilidade de se

<sup>310</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit., p. 175.

<sup>311</sup> BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007. p. 121.

<sup>312</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 330.

<sup>313</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 25.

<sup>314</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 330.

<sup>315</sup> GÓMEZ MARTIN, Victor. Daño, ofensa y discurso del odio. *Anales de la Cátedra Francisco Soares. Protocolo I*. 2021. p. 251.

<sup>316</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 18.

utilizar a paz pública como referencial valorativo da norma incriminadora no marco de um direito penal voltado à necessária proteção de bens jurídicos.

A mera afetação de sentimentos, sem a identificação de interesse humano de caráter fundamental, não pode servir de justificativa para a intervenção penal<sup>317</sup>.

Não se discute que sentimentos podem ser atingidos como consequência de condutas delitivas. Para que seja legítima a incidência do direito penal, contudo, deve haver constatação de verdadeiro bem jurídico protegido pela norma<sup>318</sup>.

A noção de paz pública e de proteção da sensação de segurança e da moral, contudo, serviriam como ‘bem jurídico aparente’, de modo a justificar ilegitimamente a intervenção penal. Conforme esclarece Ana Elisa Bechara:

Nesse contexto, surge a noção de ‘bem jurídico aparente’, identificada com as hipóteses nas quais, por meio de uso reificante da linguagem e da adoção de uma perspectiva distanciada, acaba-se por ocultar a ausência de um efetivo bem jurídico tutelado pela norma. Tratam-se, na verdade, de meras normas de conduta, cujos exemplos históricos mais relevantes são representados pela previsão legal da moral e da paz pública como pretensos bens jurídicos<sup>319</sup>.

A tutela penal de convenções sociais permitiria a punição, a título de discurso de ódio, de condutas que questionem os símbolos, crenças e valores que sustentam a organização moral da sociedade, sem que se constate risco a interesse essencial ao desenvolvimento do indivíduo<sup>320</sup>.

Para que não se admita de forma explícita a punição de valores morais, é comum o recurso à suposta proteção das já mencionadas noções de “igualdade”, “pluralismo” ou “multiculturalismo”, enquanto pilares essenciais à democracia<sup>321</sup>.

Nesses casos, proteger-se-ia meramente a sensibilidade social, quando a manifestação, contrária à moral dominante, fosse desagradável, de modo que a mera manifestação subversiva poderia ser tida como insuportável. O direito penal, nesses moldes, torna-se instrumento de manutenção do acervo cultural da sociedade, da boa educação e do *status* moral, conforme pontua Juan Luis Fuentes Osorio:

*El delito del odio se convierte en una forma de protección del acervo cultural común, de la buena educación y el buen gusto, en una forma moderna de la*

<sup>317</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 328 e 329.

<sup>318</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 329.

<sup>319</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier latin, 2014. p. 329.

<sup>320</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 31.

<sup>321</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El odio como delito, cit., p. 31 e 32.

*blasfemia cuya sanción explícita que la sociedad <<odia>> al que se ha manifestado de ese modo, que es visto como un enemigo*<sup>322</sup>.

Seguindo essa lógica, a negação de fatos históricos, desacompanhada de agitação ou prática de outro ato discriminatório concreto não pode ser considerada crime, pois não tem aptidão para afetar bem jurídico<sup>323</sup>.

A chamada “mentira de Auschwitz”, bem como a negação de outros genocídios, possuem, sem dúvidas, capacidade para ferir os sentimentos de vítimas e de familiares das vítimas desses eventos históricos traumáticos. A explicação, a interpretação ou até a negação de um evento histórico, contudo, por si só, não possuem aptidão para afetar bens ou interesses individuais e sua eventual punição representaria a caracterização de um “delito de opinião em sua forma mais pura”<sup>324</sup>.

Ao se pleitear que há caráter perigoso relevante em pretensões de revisionismo histórico, distancia-se de tal forma de qualquer relação de real afetação do bem jurídico que, em verdade, a punição restaria escorada apenas no rechaço moral que acompanha as manifestações<sup>325</sup>.

O Tribunal Constitucional Espanhol, em decisão que analisou a constitucionalidade do artigo do Código Penal espanhol que prevê expressamente a criminalização da negação de genocídios, apontou que a criminalização da transmissão de ideias, sem a exigência de constatação de lesão a bens constitucionalmente protegidos, não pode ser admitida. Afirma a Corte que o ordenamento constitucional espanhol não permite que a difusão de ideias seja tipificada, mesmo quando consideradas execráveis<sup>326</sup>.

A fim de estabelecer um parâmetro para análise do tipo penal, o Tribunal pontua que deve haver, ao menos, distinção entre a negação de um genocídio e a sua justificação, de modo que, no segundo caso, seria possível cogitar-se em incitação indireta ao genocídio potencialmente punível<sup>327</sup>.

Em sentido similar, a manifestação de ideias políticas, ainda que consideradas chocantes, absurdas e atentatórias à moral dominante não podem, unicamente por conta dessas

<sup>322</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 32.

<sup>323</sup> ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2013. p. 9.

<sup>324</sup> BENLLOCH PETIT, Guillermo. El Derecho penal ante el conflicto político: Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. ISSN 0210-3001, 2001. p. 186.

<sup>325</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996. p. 269.

<sup>326</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 26.

<sup>327</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Op. cit., p. 28.

características, ser classificadas como criminosas, sob pena de se anularem as bases de um direito penal racional centrado na figura do indivíduo. Nas palavras de Claus Roxin:

A função liberal do bem jurídico é, no entanto, precisamente proteger a minoria contra uma dominação da maioria. Também é preciso objetar que a opinião pública é facilmente manipulável a respeito da aceitabilidade ou reprovabilidade de comportamentos que não lesionem bens jurídicos, como questões que tocam em aspectos políticos, religiosos ou sexuais. Sobre esse fundamento não se pode erigir uma política criminal racional.<sup>328</sup>

Genuínos sentimentos de revolta não podem representar o bem jurídico por si só, mas podem e, frequentemente serão, consequência que decorre de efetiva violação ao bem jurídico<sup>329</sup>

<sup>330</sup>.

Também, não existe um direito de não ser ofendido. A ofensa é uma reação inerentemente subjetiva e, portanto, proteger as pessoas de serem ofendidas seria o equivalente a protegê-las de um efeito em seus sentimentos<sup>331</sup>, fim para o qual não se presta o direito penal. O fato de uma manifestação possuir caráter ofensivo, não é suficiente para que seja criminalmente proibida<sup>332</sup>.

A mesma lógica aplica-se à possível afetação de sentimentos religiosos, em que não há identificação clara de bem jurídico que possa ser vinculado à autonomia pessoal ou às possibilidades de participação social<sup>333</sup>. Conforme pontua Rafael Alcácer Guirao:

*Lo que se castiga con tales delitos es, por tanto, la creación de estados emocionales subjetivos de oprobio o indignación, derivados de la identificación personal del creyente con determinados referentes culturales, que constituyen el objeto inmediato del escarnio*<sup>334</sup>.

A ideia de que a proibição penal do discurso de ódio está voltada à proteção da paz pública enquanto “sentimento de segurança e tranquilidade da comunidade” também não

<sup>328</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 88.

<sup>329</sup> ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque, cit., p. 90.

<sup>330</sup> Claus Roxin, contudo, contraditoriamente, parece admitir a punição de sentimentos considerados ‘legítimos’, como aqueles gerados pelos maus tratos a animais, vide: ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2013. p. 19.

<sup>331</sup> WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 107.

<sup>332</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 119.

<sup>333</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 240 e 241.

<sup>334</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio...*, cit., p. 241.

encontra guarida pelo princípio da proteção de bens jurídicos. Conforme esclarece Helena Regina Lobo da Costa, a criminalização de condutas não pode servir exclusivamente à “difusão de sentimentos de pretensa segurança”<sup>335</sup>.

Admitir uma abstrata proteção de sentimentos de segurança significa permitir que a sensação de medo resultante da manifestação de ânimo aversivo, independentemente da existência de relação de ofensividade com outros bens jurídicos, seja tida como dano consumado<sup>336</sup>. Como resultado, acaba por se admitir a possibilidade de punição de qualquer comportamento que contenha carga discriminatória, simplesmente por tal motivo<sup>337</sup>.

A desmaterialização (ou espiritualização) do bem jurídico previamente mencionada pode ocorrer pela sobreposição de um “bem jurídico secundário”, que se acopla à formulação do bem jurídico original, de modo que o objeto de proteção da norma fique diluído<sup>338</sup>. Assim, o núcleo valorativo sob tutela penal transformar-se-ia em “o direito de se desfrutar com segurança do bem jurídico” ou “o direito à existência pacífica do bem jurídico”. A tipificação, portanto, estaria voltada à “segurança juridicamente garantida do gozo do bem jurídico”<sup>339</sup>.

Nessa linha, Ricardo Cueva Fernández sugere que o bem jurídico protegido pelo crime de discurso de ódio seria o “direito à segurança das condições básicas de desenvolvimento do grupo vulnerável”<sup>340</sup>. Esse direito, elevado à posição de bem jurídico, seria derivado da ideia de que todos os indivíduos são igualmente humanos e dotados de dignidade<sup>341</sup>.

Jon-Mirena Landa Gorostiza entende o bem jurídico de uma perspectiva exclusivamente supraindividual, com relação ao sentimento efetivo de segurança de um coletivo<sup>342</sup>, que traduzir-se-ia pela “tutela das condições de segurança existencial de grupos ou coletivos especialmente vulneráveis”<sup>343</sup>. Em seguida, contudo, ressalva que a proteção deve abranger também a segurança de coletivos que não se encontrem em situação de vulnerabilidade<sup>344</sup>.

<sup>335</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

<sup>336</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 19.

<sup>337</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 19.

<sup>338</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 19.

<sup>339</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 19.

<sup>340</sup> CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. El <<discurso del ódio>> y su prohibición. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 35, 2012. p. 452.

<sup>341</sup> CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. Op. cit., p. 452.

<sup>342</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 13.

<sup>343</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 58.

<sup>344</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio...*, cit., p. 58.

O autor afirma que o discurso de ódio atingiria a igualdade e a dignidade das vítimas, mas que não seriam esses os bens jurídicos tutelados pela norma. Admite, também, que a vida ou a integridade física poderiam ser colocadas em perigo abstrato com eventuais expressões. Ainda assim, considera que o discurso de ódio atingiria de forma direta o âmbito de existência segura de seus alvos, entendido como o “*status* normalizado de gozo de direitos fundamentais e liberdades públicas”<sup>345</sup> e que seria esse, portanto, o núcleo valorativo principal da proteção normativa.

Além de não ser possível, de acordo com a teoria pessoal do bem jurídico, que um “direito à segurança” possa ser caracterizado como bem jurídico digno de proteção penal, tais formulações fazem com que o objeto tutelado imaterialize-se de tal forma que o âmbito de relevância delituosa amplie-se irrestritamente<sup>346</sup>.

A conduta penalmente relevante seria aquela que diminuiria a segurança no gozo do objeto (bem jurídico), ou, ainda, aquela que teria capacidade para tanto, o que faz com que as mais ampliadas e diversas condutas possam ser classificadas como ofensas consumadas<sup>347</sup>. Em outras palavras, a repressão penal estaria justificada sempre que se demonstrasse que o comportamento analisado atenta a esse estado de “segura disponibilidade”<sup>348</sup>. Conforme explica Juan Luis Fuentes Osorio:

*Ya no se tutela un bien valioso para la comunidad, sino que para la comunidad era valiosa la protección de un bien y así se responde ante conductas que no afectan al objeto concreto sino a la demanda de respecto asociada a su valor social, lo que se plasma es una expectativa jurídica de mantenimiento de su estado*<sup>349</sup>.

Não se ignora que Jon-Mirena Landa Gorostiza adiciona critérios que limitam as possibilidades punitivas, como a exigência de constatação de um “contexto de clima social de crise”, que faria com que, segundo a teoria por ele desenvolvida, o discurso de ódio “eficaz” representasse um perigo real (e não presumido) ao bem jurídico elencado<sup>350</sup>. De todo modo, a formulação do bem jurídico tutelado, nos moldes expostos, configura abertura sistêmica incompatível com a função limitadora da teoria.

<sup>345</sup> Tradução livre, do original: “*el status normalizado de disfrute de derechos fundamentales y libertades públicas*”. (LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio...*, cit., p. 61).

<sup>346</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 19.

<sup>347</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 19 e 20.

<sup>348</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 19 e 20.

<sup>349</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 18.

<sup>350</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 62.

O fato é que tais formulações confundem o objeto de tutela com a *ratio* da tutela<sup>351</sup>. Assim, ainda que se insista na existência de um conteúdo material do ilícito, na realidade, ele estaria identificado com os motivos que levam o legislador a proteger determinado interesse considerado socialmente valioso<sup>352</sup>.

O objetivo de garantir a segurança no gozo de determinados bens (ou a manutenção do estado de determinados bens) é o motivo que impulsiona o legislador a criar o tipo penal, mas não pode ser o objeto tutelado em si, sob pena de se produzir uma mudança quantitativa e qualitativa no injusto<sup>353</sup>.

A noção de paz pública que se identifica como segurança, ou seja, ausência de perigo e manutenção do estado de bens jurídicos, é decorrência do próprio respeito à norma<sup>354</sup>. Assim, bem pontua Ana Elisa Bechara:

Do mesmo modo, tem-se a tutela de sentimentos tais como a segurança e a confiança, que, longe de refletirem um objeto específico a ser tutelado, remetem às consequências psíquicas da vigência fática das normas na coletividade<sup>355</sup>.

A manifestação de cunho discriminatório seria típica na medida em que lesionaria a expectativa de confiança do afetado<sup>356</sup>. Assim, a relação que se estabelece entre a manifestação do “ódio” e a “expectativa de segurança” corresponde a uma perspectiva funcionalista sistêmica radical<sup>357</sup>, que entende a função do direito penal como o simples respeito à vigência normativa.

A vagueza e a indefinição do conceito de paz pública fazem com que seja imprestável como bem jurídico<sup>358</sup>. Conclui-se, portanto, que, sob a perspectiva de que o que se busca com a teoria do bem jurídico é justamente evitar imprecisões e delimitar com clareza o contexto de proteção, conceitos como o da paz ou ordem públicas não são satisfatórios<sup>359</sup>.

---

<sup>351</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 19.

<sup>352</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 19.

<sup>353</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 19.

<sup>354</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 328 e 330.

<sup>355</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 328 e 330.

<sup>356</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 21.

<sup>357</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 21.

<sup>358</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 18.

<sup>359</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 19, 1996. p. 237 e 238.

A dignidade humana também é frequentemente elencada como o valor protegido pela criminalização do discurso de ódio<sup>360</sup>.

Conforme previamente transcrito, o artigo 130 do Código Penal alemão prevê como uma das formas de discurso de ódio punível o “ataque à dignidade humana por meio de ofensas”.

Dentre os defensores da dignidade como bem jurídico protegido, há aqueles que entendem que ela possui um caráter coletivo e outros que a admitem apenas como valor referenciado exclusivamente ao indivíduo.

Samantha Ribeiro Meyer-Pflug está dentre os autores que acreditam que a expressão de ódio atinge a dignidade humana enquanto qualidade pertencente também ao coletivo. Considera que o discurso de ódio, uma vez que provoca e incita “[...] entra em conflito com a dignidade da pessoa humana, não só da pessoa individualmente considerada, mas da dignidade de um povo, de um grupo social, étnico, religioso ou cultural”<sup>361</sup>.

Sergio Cámara Arroyo entende que a dignidade humana e “sua individualidade” seriam o objeto mais afetado pelo discurso de ódio (e pelos chamados “crimes de ódio”, como um todo)<sup>362</sup>, mas parece admitir que a proteção penal estaria voltada também a proteger “bens jurídicos supraindividuais”, ou de caráter “não pessoal”<sup>363</sup>.

Jesús Bernal del Castillo defende que a dignidade de cada indivíduo seria atingida, mas reconhece um “matiz especial”, que se relaciona com os sujeitos passivos do delito, fazendo com que o alcance da conduta delituosa estenda-se para além da dignidade e dos direitos fundamentais dos sujeitos individuais e atinja os grupos e ou associações que possuem os traços comuns considerados relevantes para configuração típica<sup>364</sup>. A defesa do coletivo seria traduzida pela defesa da totalidade dos membros do grupo, que seria atingido pelo ataque a qualquer um dos indivíduos a ele pertencentes<sup>365</sup>.

Como previamente exposto, este estudo parte do pressuposto da adoção de uma teoria que reconhece a existência de bens jurídicos tanto individuais, quanto coletivos, ainda que estes

---

<sup>360</sup> TAPIA BALLESTEROS, Patricia. El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. *Política Criminal*, vol. 16, n. 31, 2021. p. 31.

<sup>361</sup> PFLUG-MEYER, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 125.

<sup>362</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1, p. 174.

<sup>363</sup> CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión..., cit., p. 172.

<sup>364</sup> BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación. *Polít. Crim.* Vol. 9, n. 18, dez., 2014. p. 387.

<sup>365</sup> BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Política Criminal en España y discriminación xenófoba..., cit., p. 387.



devam guardar, em última análise, relação com o desenvolvimento e autodeterminação do indivíduo. A diferenciação entre bens jurídicos individuais e coletivos dá-se com relação à titularidade do interesse protegido, sendo, com relação aos primeiros, uma pessoa definida e, com relação aos segundos, a coletividade ou interesses difusos<sup>366</sup>.

Tal premissa, contudo, não significa admitir que todos os bens jurídicos que possam ser relacionados à ideia de coletividade devam ser entendidos como bens jurídicos efetivamente coletivos.

Bens jurídicos individuais são caracterizados por serem não distribuíveis e indivisíveis<sup>367</sup>.

Como apontado há tempos por diversos autores<sup>368</sup>, é necessário que se descontruam bens jurídicos aparentemente coletivos em bens jurídicos individuais, quando for o caso. São falsos bens jurídicos coletivos aqueles que podem ser destrinchados como sendo a soma de bens jurídicos individuais. Exemplo de um bem jurídico falsamente coletivo é a saúde pública, que, ao fim e ao cabo, refere-se à soma das integridades físicas dos indivíduos<sup>369</sup>.

Conforme ensinamento de Bernd Schünemann, a desmistificação de falsos bens jurídicos coletivos é uma das principais funções da teoria do bem jurídico:

A teoria do bem jurídico tem, primeiramente, uma tarefa de grande importância na *crítica hipostasia de bens jurídicos coletivos aparentes* naqueles setores em que na verdade se trata apenas de uma *classe de bens jurídicos individuais*. Com isso, a teoria pode contribuir já no plano da simples exegese legal com argumentos decisivos para uma redução adequada do campo do punível, sem a penosa hipoteca de ter de afirmar a inconstitucionalidade de uma lei<sup>370</sup>.

Não é difícil que se conclua que, ao falarmos de dignidade coletiva, estamos, em última análise, referindo-nos à soma das dignidades individuais dos membros de determinado grupo.

---

<sup>366</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

<sup>367</sup> GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, vol. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004. P. 115.

<sup>368</sup> Cf. aponta Luis Greco: GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato..., cit., p. 115.

<sup>369</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 81.

<sup>370</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 60.

A ideia de ofensa à dignidade de um grupo só faz sentido pelo referencial do indivíduo, da afetação da dignidade individual.

A noção de dignidade coletiva, portanto, é falso bem jurídico e não pode ser tida como o núcleo valorativo da norma incriminadora, por ser qualidade que representa a soma de qualidades que podem ser individualmente consideradas.

Há autores que defendem, por outro lado, ser a dignidade humana enquanto referencial exclusivamente individual o bem jurídico tutelado.

Nessa linha, José Angel Brandariz Garcia pontua que a categoria dos crimes de ódio deve ser restringida a ataques contra “bens jurídicos eminentemente pessoais”<sup>371</sup>. No Brasil, Clara Moura Masiero entende o discurso de ódio penalmente relevante como lesão à dignidade de membros de grupos político e socialmente vulneráveis<sup>372 373</sup>.

De toda forma, ainda que entendida no plano individual, a dignidade humana, abstratamente apontada, não possui densidade e concretude suficientes para que possa ser considerada bem jurídico e efetivamente capaz de realizar a função limitadora do poder punitivo. Não se trata de um conceito com precisão mínima para cumprir o papel de bem jurídico<sup>374</sup>.

A delimitação de qual seria o conteúdo da dignidade humana é tema dotado de ausência de consenso e grande controvérsia doutrinária<sup>375</sup>. Conforme expõe Daniel Sarmiento, diversos fatores contribuem para a imprecisão conceitual, que vão desde a sua abertura semântica a questões de ordem política, moral e social:

A elevada abertura semântica do princípio, a diversidade de suas fontes históricas e fundamentações filosóficas, a sua incidência sobre temas profundamente controvertidos sob o prisma moral, político e religioso, e o pluralismo social que caracteriza as sociedades contemporâneas contribuem para tornar a interpretação da dignidade da pessoa humana um terreno fértil para embates sociais, travados em diferentes esferas, como no Poder Judiciário, nos parlamentos, na opinião pública e na academia<sup>376</sup>.

<sup>371</sup> BRANDARIZ GARCIA, José Angel. Victimización de migrantes. In: SUMALLA, Josep Tamarit (coord.). *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 48.

<sup>372</sup> MASIERO, Clara Moura. *Direito penal antidiscriminatório: movimentos sociais e os crimes de ódio no Brasil*. Florianópolis: Ematis, 2021. p. 49.

<sup>373</sup> A autora também menciona a necessidade de se assegurar a “democracia”, a “paz social” e a “ordem pública”, por meio da proteção de uma “dignidade da inclusão” e do “reconhecimento”. Tais conceitos são utilizados de forma simultânea como objetos de tutela (direto ou indireto). De todo modo, o conjunto do texto parece indicar que elenca a dignidade como o referencial valorativo último de proteção.

<sup>374</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 32.

<sup>375</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 22.

<sup>376</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana...*, cit., p. 22.

Se o objetivo da teoria do bem jurídico é justamente o de estabelecer limites confiáveis para a atribuição de responsabilidade penal, por óbvio que não pode escorar-se em conceito dotado de grande abertura e imprecisão. Utilizar a dignidade humana como o objeto tutelado pela norma implica ampliar o alcance do universo potencialmente proibido de tal forma que se mostre insuportável em um Estado de Direito<sup>377</sup>.

Conforme delineado, o bem jurídico caracteriza-se por ser interesse humano de caráter essencial ao autodesenvolvimento do indivíduo. A dignidade humana, por sua vez, está diretamente ligada às noções de autodeterminação e autonomia<sup>378</sup>. Assim, a definição de bem jurídico relaciona-se de forma tão íntima com a dignidade que não pode ser dela separada, de modo que sua utilização como interesse tutelado configuraria conceito circular e desprovido de conteúdo apreensível.

A ideia de proteção da igualdade pela criminalização do discurso de ódio é também frequentemente defendida pela doutrina<sup>379</sup>.

A referência abstrata à noção de igualdade, contudo, em moldes similares à crítica desenvolvida com relação à eleição da dignidade como objeto de tutela, também não pode ser utilizada como bem jurídico, por ser de impossível apreensão concreta.

Trata-se de pretensão de caracterizar como bem jurídico o que é, em verdade, princípio constitucional, de impossível delimitação e, portanto, inidôneo para que sirva como critério para se estabelecer as fronteiras da intervenção penal legítima<sup>380</sup>. O direito genérico à igualdade não possui conteúdo positivo próprio e define-se apenas de forma negativa, ou seja, como um “direito a não ser tratado de forma desigual”, o que impossibilita que seja o valor referencial de proteção da norma penal<sup>381</sup>. A vagueza conceitual da noção de igualdade não serve para o necessário fim de se delimitar o âmbito da proibição<sup>382</sup>.

---

<sup>377</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 22.

<sup>378</sup> Para aprofundamento do tema da dignidade humana enquanto autonomia consultar: SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 151 e ss.

<sup>379</sup> Para panorama de autores que defendem a igualdade como o bem jurídico do crime de discurso de ódio consultar: TAPIA BALLESTEROS, Patricia. El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. *Política Criminal*, vol. 16, n. 31, 2021 e; CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1.

<sup>380</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, n. 19, 1996. p. 236.

<sup>381</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995, cit., p. 236.

<sup>382</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 22.

A integridade física dos alvos do discurso também é suscitada como o bem jurídico sob tutela<sup>383</sup>.

A integridade física e a segurança dos indivíduos pertencentes aos coletivos vulneráveis seriam afetadas quando constatada a capacidade do discurso de verdadeiramente provocar condutas violentas ou de gerar um fundado temor no grupo de que isso possa vir a acontecer<sup>384</sup>. Será típica, portanto, a conduta, uma vez que seja constatada a previsibilidade da ocorrência de atos de violência derivados do sentimento de ódio colocado em palavras<sup>385</sup>.

A depender do contexto em que ocorra, a manifestação de ódio, de fato, deve ser entendida como ofensiva à integridade física e até à vida das pessoas<sup>386</sup>.

Jon-Mirena Landa Gorostiza desenvolve ilustrativa classificação sobre diferentes tipos de discurso de ódio. De um lado, haveria os discursos considerados “incitatórios”, caracterizados por buscarem mobilizar vontades, ampliando o coletivo agressor, impulsionando a cadeia de agressão por meio da incitação, promoção ou fomento do ódio, da violência ou da discriminação<sup>387</sup>. De outro, estariam os discursos de ódio de traço ‘injuriante’, entendido não em seu sentido estrito, mas como aquele que insulta e humilha a vítima<sup>388</sup>.

A afetação à integridade física poderia ocorrer na primeira das classificações. O crime de discurso de ódio trata-se, na verdade, conforme explica Guillermo Portilla Contreras, de delito pluriofensivo (ou pluriobjetivo), ou seja, que possui mais de um bem jurídico tutelado, a depender da conduta típica descrita sob análise<sup>389 390</sup>.

É possível, portanto, que a fala gere agitação e incitação a tal ponto que, concretamente, observe-se que a integridade física (e, em última análise, a vida) entraram no raio de afetação da conduta. Por outro lado, outras manifestações, que não possuem caráter incitatório direto, ainda poderão ser típicas, uma vez que afetem o reconhecimento enquanto referencial valorativo da norma.

<sup>383</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político..., cit., p. 22.

<sup>384</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 22.

<sup>385</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 22.

<sup>386</sup> TAPIA BALLESTEROS, Patricia. El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. *Política Criminal*, vol. 16, n. 31, 2021. p. 33.

<sup>387</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4° CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 62.

<sup>388</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *Los delitos de odio...*, cit., p. 62.

<sup>389</sup> PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La represión penal del discurso del odio. In: GARCIA, Francisco Javier Álvarez (dir.); OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza (coord.); PUSCHEL, Arturo Ventura (coord.). *Tratado de derecho penal español: parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. p. 360.

<sup>390</sup> O autor, contudo, considera que o princípio da igualdade seria um dos bens jurídicos tutelados, o que, conforme o raciocínio previamente desenvolvido, não pode ser admitido.

### 3.2.1 Reconhecimento

O discurso de ódio será criminalmente relevante caso afete o reconhecimento das vítimas, enquanto qualidade concretamente apreensível, derivada da dignidade humana.

A concepção de reconhecimento adotada por este estudo foi desenvolvida pelo filósofo alemão Axel Honneth em sua obra “Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais”<sup>391</sup>. Para fins de esclarecimento conceitual, breve digressão teórica faz-se necessária.

A noção de reconhecimento surge com Georg Wilhelm Friedrich Hegel, que tem nesse conceito o fundamento principal da sua teoria política<sup>392</sup>.

Hegel realiza um giro teórico com relação à teoria política moderna (a exemplo do que havia sido desenvolvido por Maquiavel e Hobbes), que concebia a formação do Estado de forma atomizada. Os sujeitos eram entendidos individualmente e a comunidade representava um grande bloco, de mera junção dessas unidades previamente descritas<sup>393</sup>.

O pensamento hegeliano, por outro lado, pressupõe a formação do Estado enquanto resultado do processo de interações humanas. Conforme bem ilustra a seguinte passagem de sua obra, o indivíduo existe enquanto parte da sociedade e não como unidade autônoma: “[...] o povo [...] por natureza [é] anterior ao indivíduo; pois, se o indivíduo não é nada de autônomo isoladamente, então ele tem de estar, qual todas as partes, em uma unidade com o todo”<sup>394</sup>.

A passagem do estado de natureza para o contrato social, para Hegel, seria consequência de uma realidade prática de interação entre os sujeitos. Essa relação de interação, que tem como pressuposto uma noção de “afirmação mútua elementar”, levaria necessariamente a uma autolimitação individual, que, em forma de processo, permitiu a organização política da sociedade<sup>395</sup>.

A formação do Estado como um processo subjacente da relação interna entre sujeitos deriva da centralidade do conceito de reconhecimento. No mesmo sentido, o surgimento de formas evoluídas de organização social é reflexo de novas relações de reconhecimento<sup>396</sup>. A

<sup>391</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

<sup>392</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 39.

<sup>393</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 39.

<sup>394</sup> HEGEL, Geroge Wilhelm Friedrich. *Janaer Schriften 1801-07*. In: MICHAEL, Karl Markus; MOLDENHAUER, Eva (org.). *Work in 20 Banden*. Vol. 2, Frankfurt, *apud* HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*, cit., p. 43.

<sup>395</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 86.

<sup>396</sup> Não há espaço, tendo em vista os fins do presente estudo, para exploração dos detalhes da teoria hegeliana sobre o processo de formação do Estado e a constituição do direito formulados com base no conceito inicial de

luta por autoconservação, anteriormente tida como o fio condutor que justificava filosoficamente a formação da organização social, é substituída pela luta por reconhecimento<sup>397</sup>.

A noção de reconhecimento tem como pressuposto a relação de interação intersubjetiva de aceitação mútua e formação da identidade do indivíduo. O sujeito, ao relacionar-se, reconhece o outro e, ao reconhecê-lo, forma e transforma com isso também a sua própria existência. Conforme ensina Axel Honneth:

A estrutura de uma tal relação de reconhecimento recíproco é para Hegel, em todos os casos, a mesma: na medida em que se sabe reconhecido por um sujeito em algumas das suas capacidades e propriedades e nisso está reconciliado com ele, um sujeito sempre virá a conhecer, ao mesmo tempo, as partes de sua identidade inconfundível e, desse modo, também estará contraposto ao outro novamente como particular<sup>398</sup>.

Assim, a aceitação pelo sujeito da sua própria individualidade ocorrerá na medida em que ele encontre aprovação de suas características e peculiaridades pelas outras pessoas com que interage. Isso fica claro pela teoria hegeliana, uma vez que o conceito de reconhecimento é primeiramente aplicado quando trata do amor. É na interação amorosa que se manifesta uma relação segura e mútua de “conhecer-se-no-outro”, de um modo não cultivado, “natural”<sup>399</sup>.

Ultrapassando-se o plano do amor, a mesma lógica valeria para todas as formas de relação, em que a confirmação da individualidade do sujeito manifestar-se-ia enquanto consequência da sua experimentação e (aceitação) no outro, conforme expõe Axel Honneth:

[...] se essa segunda tese for generalizada, resultará daí a premissa teórica de que o desenvolvimento da identidade pessoal de um sujeito está ligado fundamentalmente à pressuposição de determinadas formas de reconhecimento por outros sujeitos; pois, com efeito, a superioridade da relação interpessoal sobre a ação instrumental consistiria manifestamente em que ela abre reciprocamente para os sujeitos comunicantes a possibilidade de se experienciar em seu parceiro de comunicação como o gênero de pessoa que eles reconhecem nele a partir de si mesmos<sup>400</sup>.

A experiência de ser reconhecido, nesses termos, determina de forma direta o autoconhecimento do sujeito. E o reconhecimento (ou a vivência de ser amado por sua natureza

---

reconhecimento. Para aprofundamento do tema e críticas, consultar: HONNETH, Axel. Presentificação histórica: a ideia original de Hegel. In: HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit.

<sup>397</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 48.

<sup>398</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 47.

<sup>399</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 77.

<sup>400</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 78.

particular) é pressuposto para a participação na vida pública, na medida em que origina a autoconfiança necessária para a capacitação de participação igualitária na formação política da vontade<sup>401</sup>. Em outras palavras, é a confirmação da individualidade pelo outro que faz com que o sujeito crie uma autoimagem de confiança que o permite participar e colaborar nas interações de formação do pensamento político. A relação de reconhecimento “é acompanhada dos sentimentos de participação social”<sup>402</sup>.

A teoria de Hegel, nesses termos, estabelece relação necessária entre reconhecimento e autonomia. Na medida em que os sujeitos se reconhecem reciprocamente e entendem-se confirmados em sua autonomia, é que são capazes de se autoentenderem e se enxergarem como seres autônomos e individuados<sup>403</sup>.

Axel Honneth desenvolve sua tese com foco na investigação empírica acerca das hipóteses teóricas levantadas de maneira metafísica pela proposta hegeliana. O objetivo do autor foi o de testar, com base em dados da realidade, se os substratos da teoria dos conflitos sociais baseados na ideia de reconhecimento (ou, no caso, de falta de reconhecimento) poderia ser defendida do ponto de vista de uma análise não idealista<sup>404</sup>.

Assim, a proposta central é a de investigar a possibilidade de se sustentar realisticamente a hipótese desenvolvida por Hegel de forma altamente especulativa de que a ausência de formas de reconhecimento recíproco geraria um precário desenvolvimento do Eu que, por sua vez, faria com que os sujeitos, submetidos a experiências de desrespeito, fossem levados a uma “luta por reconhecimento”.

Honneth baseia-se, então, na teoria da psicologia social desenvolvida por Herbert Mead. Não há espaço neste estudo para entrar nos detalhes da teoria, sendo necessária apenas a apresentação de linhas gerais que permitam o entendimento da bagagem teórica que sustenta o conceito de reconhecimento desenvolvido por Honneth, e que é aqui elencado como o bem jurídico tutelado pelo crime de discurso de ódio.

Mead realiza importante constatação, com base nas ciências empíricas, de que a autoconsciência humana desenvolve-se por uma precedência da percepção do outro. A autoconsciência humana parte, nesses termos, de concepção intersubjetiva, em que o ser humano aprende a se autoperceber a partir de mecanismo psíquico que depende da projeção de

---

<sup>401</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 79 e 80.

<sup>402</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 106.

<sup>403</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 119 e 120.

<sup>404</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 122.

uma “segunda pessoa”, que lhe fornece o referencial para análise sobre sua própria pessoa<sup>405</sup>. Trata-se, assim, já de um primeiro passo para a fundamentação naturalista da teoria desenvolvida por Hegel.

Hegel e Mead possuem, portanto, ponto de partida coincidente, de que a vida social se dá a partir da lógica do reconhecimento, uma vez que os sujeitos entendem-se como destinatários sociais a partir da perspectiva normativa dos membros da comunidade (parceiros de interação)<sup>406</sup>. E, assim como foi exposto com relação a Hegel, Mead também considera o elemento dinâmico social, em que o processo de individuação ocorre a partir da ampliação das relações de reconhecimento<sup>407</sup>.

Os dois autores, pontua Honneth, admitem três padrões de reconhecimento subjetivo (de maneira quase evolutiva): amor, direito e solidariedade.

Com relação ao amor, Honneth confirma e aprofunda a ideia anteriormente apresentada por Hegel com base nos estudos do psicanalista inglês Donald W. Winnicott<sup>408</sup>. A partir de investigação da relação que se estabelece entre uma mãe e seu bebê, ilustra o reconhecimento pelo amor como um equilíbrio entre “simbiose” e “autoafirmação”.

Os primeiros meses de vida de um bebê seriam marcados por relação profunda e reciprocamente simbiótica entre ele e a mãe, à qual Honneth se refere como “[...] o estado interno do ser-um simbiótico”. Essa dependência afetiva, que viria acompanhada de um sentimento de completa satisfação, marcaria de forma tão intensa a experiência humana que as pessoas estariam sempre acompanhadas, pelo resto de suas vidas, de um desejo de estar unido, fundido, a outro<sup>409</sup>.

A relação apenas estaria completa, contudo, pela separação. A inevitável separação entre mãe e bebê faria com que surgisse o entendimento da existência separada, mas ainda assim aceita e confirmada<sup>410</sup>. A separação saudável geraria segurança emotiva mesmo longe do outro. Com isso, surgiria o reconhecimento, responsável pelo rompimento da simbiose e representação completa da relação amorosa<sup>411</sup>. Conforme explica Honneth:

Todavia, esse desejo de fusão só se tornará o sentimento do amor se ele for desiludido a tal ponto pela experiência inevitável da separação, que daí em

<sup>405</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 131.

<sup>406</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 155.

<sup>407</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 156.

<sup>408</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 164.

<sup>409</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 174.

<sup>410</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit. p. 174.

<sup>411</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 177.



diante se inclui nele, de modo constitutivo, o reconhecimento do outro como uma pessoa independente; só a quebra da simbiose faz surgir aquela balança produtiva entre delimitação e deslimitação, que para Winnicott pertence à estrutura de uma relação amorosa amadurecida pela desilusão mútua.

Honneth, portanto, complexifica a relação amorosa definida por Hegel. Aquilo que era tido como um estado subjetivo interno, passa a representar um “arco de tensões comunicativas”<sup>412</sup>. O “ser-si-mesmo em um outro” passa a ser “estar-consigo-mesmo no outro”<sup>413</sup>.

A importância da definição do reconhecimento enquanto relação amorosa dá-se na medida em que ela precede e espelha todas as formas de reconhecimento social como sentimento de segurança e autorrespeito:

Além disso, visto que essa relação de reconhecimento prepara o caminho para uma espécie de autorrelação em que os sujeitos alcançam mutuamente uma confiança elementar em si mesmos, ela precede, tanto lógica como geneticamente, toda outra forma de reconhecimento recíproco: aquela camada fundamental de uma segurança emotiva não apenas na experiência, mas também na manifestação das próprias carências e sentimentos, propiciada pela experiência intersubjetiva do amor, constitui o pressuposto psíquico do desenvolvimento de todas as outras atitudes de autorrespeito<sup>414</sup>.

A segurança emotiva, fruto de uma afeição preservada mesmo após a separação, seria responsável por gerar a autoconfiança individual necessária para a participação efetiva na vida pública<sup>415</sup>.

Dando continuidade, Mead entende a possibilidade de socialização humana como decorrência da capacidade de se aprender as expectativas normativas de comportamento da comunidade e, com isso, determinar o próprio comportamento. Nas palavras de Axel Honneth: “[...] o processo de socialização em geral se efetua na forma de uma interiorização de normas de ação, provenientes da generalização das expectativas de comportamento de todos os membros da sociedade”<sup>416</sup>.

A partir da capacidade de generalização em si das expectativas normativas sociais, o indivíduo aprende não apenas quais obrigações lhe compete, mas também quais direitos possui,

---

<sup>412</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. cit., p. 175.

<sup>413</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit. p. 175.

<sup>414</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., 177.

<sup>415</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., 178.

<sup>416</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., 135.

de forma a capacitar-se da possibilidade de realizar determinadas exigências. Os direitos são, assim, pretensões individuais socialmente legítimas e oponíveis<sup>417</sup>.

Com base na medida da concessão de direitos que é fornecida a determinado sujeito, é possível que se afira se ele pode ser considerado membro efetivamente aceito pela coletividade da qual participa. Justamente por isso Mead utiliza o conceito de dignidade para se referir à circunstância em que o sujeito se vê dotado de direitos socialmente reconhecidos, nas palavras de Axel Honneth:

Não é por acaso que Mead fala nessa passagem de “dignidade”, com a qual um sujeito se vê dotado no momento em que ele, pela concessão de direitos, é reconhecido como um membro da sociedade; pois com a expressão está implicitamente associada a afirmação sistemática de que corresponde à experiência de reconhecimento um modo de autorrelação prática, no qual o indivíduo pode estar seguro do seu valor social de sua identidade<sup>418</sup>.

Dessa forma, por se entender dotado de dignidade, ou pela concessão de direitos socialmente reconhecida, o sujeito “pode adotar em relação a si mesmo uma atitude positiva”<sup>419</sup>. A essa atitude interna, Honneth irá referir-se como “autorrespeito” ou “autonomia”.

O nexos conceitual entre reconhecimento jurídico e autonomia, para Honneth, deriva do caráter público dos direitos. Como exposto, possuir direitos significa possuir pretensões justificáveis e oponíveis aos outros membros da sociedade. Portanto, a possibilidade de se reclamar direitos faria com que o indivíduo obtivesse frequentemente a afirmação pública de ser reconhecido como pessoa moralmente imputável<sup>420</sup>. Daí, adviria a necessária relação entre reconhecimento jurídico e autorrespeito. Nas palavras de Honneth:

Se incluirmos no nexos assim traçado as reflexões desenvolvidas até o momento, então se poderá tirar a conclusão de que um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente a si mesmo desse modo é o que podemos chamar de “autorrespeito”<sup>421</sup>.

Empiricamente, é possível que se comprove a relação entre reconhecimento jurídico e autorrespeito apenas de forma negativa, ou seja, com base na experiência daqueles que sofreram

---

<sup>417</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 137.

<sup>418</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 137.

<sup>419</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 139.

<sup>420</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 196.

<sup>421</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 197.

privações de direitos. Nesse sentido, Honneth utiliza como exemplo o movimento negro por direitos civis nos Estados Unidos (anos 1950 e 1960) que demonstraria que “[...] a tolerância ao subprivilégio jurídico conduz a um sentimento paralisante de vergonha social, do qual só o protesto ativo e a resistência poderiam libertar”<sup>422</sup>.

O reconhecimento jurídico carrega noção de respeito universal, uma vez que tem como premissa o valor de igual pertencimento a uma comunidade política. A comunidade jurídica moderna tem sua legitimidade escorada na ideia de um “acordo racional de indivíduos em pé de igualdade” e, justamente por isso, funda-se na premissa de que seus membros são moralmente imputáveis<sup>423</sup>.

A ampliação de direitos é decorrente de processo histórico, como resultado de uma pressão de luta por reconhecimento. Assim, a criação de novas classes de direitos fundamentais “foi sempre forçada historicamente com argumentos referidos de maneira implícita à exigência de ser membro com igual valor da coletividade política”<sup>424</sup>.

Além do alargamento da consideração de quem são os sujeitos morais da comunidade, a luta por reconhecimento também resulta em ampliação das capacidades e propriedades básicas ou necessárias das quais um sujeito moral deve ser dotado. Conforme explica Honneth:

Reconhecer-se mutuamente como pessoa de direito significa hoje, nesse aspecto, mais do que podia significar no começo do desenvolvimento do direito moderno: entretentes, um sujeito é respeitado se encontra reconhecimento jurídico não só na capacidade abstrata de poder orientar-se por normas morais, mas também na propriedade concreta de merecer o nível de vida necessário para isso<sup>425</sup>.

A noção de respeito social enquanto reconhecimento jurídico deve ser desacoplada e distinguida do respeito enquanto estima<sup>426</sup>. A última ocorre quando há valorização pelas características individuais, particulares do sujeito.

A última forma de reconhecimento aconteceria quando a pessoa possa ter em si uma estima social que faça com que enxergue suas propriedades, particularidades e capacidades concretas de forma positiva<sup>427</sup>. Assim, o plano jurídico, previamente exposto, alcança apenas até certo ponto a noção completa de reconhecimento, até porque “[...] uma pessoa só pode se

---

<sup>422</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 198.

<sup>423</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 188.

<sup>424</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 191.

<sup>425</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 193.

<sup>426</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 184.

<sup>427</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 198.

sentir ‘valiosa’ quando se sabe reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais”<sup>428</sup>.

A noção de estima social, ou de prestígio social é culturalmente variável, tendo em vista que o valor atribuído a determinada forma de autorrealização será intersubjetivamente julgado e, portanto, socialmente contingente, o que faz com que seja historicamente variável, assim como o reconhecimento jurídico. As capacidades e realizações do indivíduo serão filtradas como valiosas ou não a depender dos valores culturais socialmente estabelecidos. Conforme explica Honneth, não há, portanto, métrica ou diretriz concreta para essa avaliação:

As ideias diretrizes, tornadas abstratas, não oferecem um sistema referencial universalmente válido no qual se poderia medir o valor social de determinadas propriedades e capacidades, de tal modo que elas devem primeiro ser concretizadas por meio de interpretações culturais complementárias a fim de que encontrem aplicação na esfera do reconhecimento; é por isso que o valor conferido a diversas formas de autorrealização, mas também a maneira como se definem as propriedades e capacidades correspondentes se medem fundamentalmente pelas interpretações que predominam historicamente acerca das finalidades sociais<sup>429</sup>.

Não fica difícil de compreender, portanto, a importância que possuem as lutas sociais, na medida em que objetivam fazer valer como simbolicamente valiosas para as referências normativas gerais específicas formas de vida<sup>430</sup>.

A estima social, ou seja, a confirmação social das particularidades e da específica forma de autorrealização do sujeito como valiosas, vem acompanhada de confiança emotiva que pode ser designada como “sentimento do próprio valor” ou “autoestima”, que representam paralelo com as noções de “autoconfiança” e “autorrespeito” previamente apresentadas<sup>431</sup>.

A concepção de solidariedade, a última forma de reconhecimento da que discorre Honneth, seria decorrente de uma aceitação recíproca e de um interesse afetivo pelas particularidades do outro, tendo em vista os valores comuns que as tornam significativas<sup>432</sup>. Esse sentimento existiria a partir da percepção de que pelo respeito e cuidado ativos em relação às particularidades alheias, os objetivos comuns serão perseguidos.

---

<sup>428</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 204.

<sup>429</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 206 e 207.

<sup>430</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 207.

<sup>431</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 210.

<sup>432</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 210 e 211.

O reconhecimento enquanto solidariedade implicaria, também, noção de simetria que seria correspondente à possibilidade de “experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, como valioso para a sociedade”<sup>433</sup>.

A partir do conceito de reconhecimento previamente explanado, cabe entender, portanto, o que significa a sua negação em termos mais concretos.

Honneth aponta que já na linguagem corrente cotidiana é possível que se identifique, como um “saber evidente”, que a integridade do ser humano depende de padrões de reconhecimento ou “assentamento”. Assim, quando dizemos que houve uma “ofensa” ou um “rebaixamento”, implicitamente estaríamos correntemente nos referindo a formas de desrespeito correspondentes a um reconhecimento recusado. Conforme pontua o autor: “Daí, nossa linguagem cotidiana conter referências empíricas acerca do nexos indissolúvel existente entre a incolumidade e a integridade dos seres humanos e o assentamento por parte do outro”<sup>434</sup>.

De forma mais grave, a negação do reconhecimento manifestar-se-ia enquanto ofensa direta à integridade corporal das vítimas. Assim, vítimas de maus tratos ou torturas não teriam apenas sua integridade física violada, mas também sua “autoconfiança psíquica”<sup>435</sup>.

Em seguida, a privação do gozo de direitos, entendidos enquanto pretensões universais socialmente aceitas e oponíveis, representaria a segunda forma de negação de reconhecimento, que implicaria negação do *status* social e uma consequente perda de autorrespeito, “ou seja, uma perda da capacidade de referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos”<sup>436</sup>.

Em terceiro lugar, e a que mais interessa para fins deste estudo e para a análise valorativa do crime de discurso de ódio, haveria uma última forma de privação de reconhecimento, a partir da negação do valor social de indivíduos ou grupos<sup>437</sup>.

Como previamente explorado, a estima ou o prestígio sociais dependem da validação da forma de autorrealização, do indivíduo ou do grupo, de acordo com os parâmetros culturais que os cercam. Assim, uma vez que a ordem de valores sociais degrada determinadas formas de vida, o sujeito fica impedido de atribuir valor à sua própria existência. Trata-se, portanto, de privação de reconhecimento que afeta diretamente a autoestima da pessoa. Nas palavras de Axel Honneth:

---

<sup>433</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 211.

<sup>434</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 213.

<sup>435</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 214 e 215.

<sup>436</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 217.

<sup>437</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 219.

A degradação valorativa de determinados padrões de autorrealização tem para seus portadores a consequência de eles não poderem se referir à condução de sua vida como a algo a que caberia um significado positivo no interior da coletividade; por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características<sup>438</sup>.

Tendo em vista que a noção de estima é socialmente e historicamente contingente, também o será a manifestação dessa terceira forma de negação do reconhecimento. A medida e as espécies de degradação cultural estarão necessariamente inseridas em processo historicamente delineado (assim como ocorrerá com a privação de direitos) que determinará o valor da individualidade do sujeito ou grupo a que pertence<sup>439</sup>.

A título de ilustração do dano que é infligido pela negação do reconhecimento, Axel Honneth expõe que a linguagem corrente frequentemente a descreve metaforicamente como “estados de abatimento do corpo humano”. Em relação à negação do valor social, aponta que seria utilizado o termo “vexação”, que apresentaria os sentidos de “abalo”, “tremor” ou, figurativamente “enfermidade” ou “sofrimento”<sup>440</sup>. Para o autor, o uso dessa linguagem demonstraria que o rebaixamento e a humilhação social teriam o condão de atingir a identidade das pessoas de forma tão intensa quanto danos físicos<sup>441</sup>.

Além disso, seriam também um indicativo de que a negação do reconhecimento poderia levar a uma violação da integridade da pessoa, enquanto atitude que afetaria a saúde psíquica dos atingidos<sup>442</sup>.

O reconhecimento pleno, por sua vez, conteria os pressupostos de integridade dos indivíduos de modo que asseguraria “as condições da liberdade externa e interna, das quais depende o processo de uma articulação e de uma realização espontânea de metas individuais de vida”<sup>443</sup>. O reconhecimento, portanto, implica possibilidade de condução da “boa vida” de acordo com as intenções individuais.

Apesar de Honneth utilizar de forma recorrente em sua teoria uma gramática dos sentimentos, não é esse o foco principal que deve ser dado ao reconhecimento enquanto bem

<sup>438</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. p. 217 e 218.

<sup>439</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 218.

<sup>440</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 218.

<sup>441</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 219.

<sup>442</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 219.

<sup>443</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento...*, cit., p. 274.

jurídico tutelado, uma vez que, como visto, o direito penal não pode servir simplesmente a tal fim.

Como pontua Daniel Sarmiento, é, sem dúvidas, possível que determinada conduta seja capaz de afetar a autoestima de outros indivíduos e, ainda assim, ser plenamente legítima. Como exemplo, utiliza a instauração de políticas igualitárias que visassem a subversão da cultura servil de trabalho brasileira que, hipoteticamente, poderia ferir a autoestima de patrões e patroas, o que não seria suficiente para impedi-las<sup>444</sup>.

A relevância, portanto, está na negação da chamada “estima social” enquanto diminuição da individualidade do sujeito “que o degrada e compromete a sua possibilidade de participar, como igual, nas interações sociais”<sup>445</sup>. Não se trata, portanto, de um mero (e ilegítimo) direito de não ser ofendido, mas sim de que se atinjam as bases da identidade pessoal de tal forma que, em última análise, obstaculize a participação social. Honneth explica o mecanismo psicológico pelo qual isso ocorre.

A negação do reconhecimento manifesta-se frequentemente pela desvalorização dos traços identitários de membros de grupos não hegemônicos, de forma a atribuir-lhes características negativas generalizantes definidas por fatores como etnia, gênero, orientação sexual, religião, deficiência, nacionalidade, entre outros<sup>446</sup>, que é justamente quando será relevante para análise do crime de discurso de ódio.

Nancy Fraser aponta que a possibilidade de participação social paritária depende de fatores que envolvem distribuição e reconhecimento<sup>447</sup>. Por distribuição, ou “condição objetiva”, a autora entende os meios materiais, referentes a dependência econômica e desigualdade, que permitem (ou impedem) que as pessoas sejam dotadas de “voz” no debate público.

O reconhecimento, por sua vez, refere-se à possibilidade de que as pessoas possuam a estima social necessária para que possam participar em pé de igualdade no debate<sup>448</sup>. A autora refere-se ao reconhecimento como a “condição intersubjetiva de participação paritária”, que seria frequentemente negada por valores culturalmente sedimentados que insistem em subjugar

---

<sup>444</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 286.

<sup>445</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana...*, cit., p. 270.

<sup>446</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana...*, cit., p. 270.

<sup>447</sup> FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition: a political-philosophical Exchange*. London, 2003.

<sup>448</sup> Não se ignora que Axel Honneth e Nancy Fraser possuem divergências quanto à definição do conceito e a teoria do reconhecimento, não há espaço neste estudo, contudo, para exposição do referido debate, para aprofundamento do tema, consultar: FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation..., cit.

e depreciar grupos de pessoas que partilhem de determinadas características. Esse mecanismo de negar a condição de igualdade de participação do parceiro de interação pode ocorrer tanto pela atribuição exagerada de características diferenciadoras, quanto pelo não reconhecimento de efetivos traços de distinção. Nas palavras da autora:

Em contraste, a segunda condição requer que padrões institucionalizados de valores culturais expressem igual respeito por todos os participantes e garantam igual possibilidade de oportunidade para que se atinja respeito social. A isso, eu chamo de *condição intersubjetiva* de participação paritária. Isso proíbe normas institucionais que sistematicamente depreciem determinadas categorias de pessoas e características a elas associadas. Estão proibidos, portanto, padrões institucionalizados que negam a algumas pessoas o *status* de participante inteiro em interações – seja por lhes atribuir ‘diferenças’ exageradas, seja por falhar no reconhecimento de suas características distintivas<sup>449</sup>.

A noção de reconhecimento, portanto, está intimamente conectada com o *status* socialmente imbricado e hierarquias culturalmente definidas<sup>450</sup>.

Em linha similar, Sandra Fredman pontua que problemas de reconhecimento envolvem questões de *status* e ocorrem quando há sedimentação social de padrões negativos atribuídos a determinado grupo. Pode-se falar de subordinação pelo *status*. A igualdade de estima seria a responsável por garantir igual participação na vida social que, por sua vez, possibilitaria uma vida de realizações pessoais. A autora explica:

“Reconhecimento” é um conceito mais complexo. Ele deriva da visão fundante de Hegel sobre a identidade pessoal ser derivada do reconhecimento intersubjetivo no contexto das relações sociais [...] Consequentemente, os *status* dos grupos não são definidos por relações de produção, mas pelo estima, respeito e prestígio que gozam com relação aos outros grupos da sociedade. Igualdade de *status* consiste na igual possibilidade de participação na vida social. Honneth define o reconhecimento em termos de autorrealização [...] o reconhecimento em termos hierárquicos pode ser distorcido com base em preconceitos e irracionalidade<sup>451</sup>.

---

<sup>449</sup> Tradução livre, do original: “*In contrast, the second condition requires that institutionalized patterns of cultural value express equal respect for all participants and ensure equal opportunity for achieving social esteem. This I shall call intersubjective condition of participatory parity. It precludes institutionalized norms that systematically depreciate some categories of people and the qualities associated with them. Precluded, therefore, are institutionalized value patterns that deny some people the status of full partners in interaction – whether by burdening them with excessive ascribed “difference” or by failing to acknowledge their distinctiveness.*” (FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition: a political-philosophical Exchange*. London, 2003. p. 36).

<sup>450</sup> FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics..., cit., p. 36.

<sup>451</sup> Tradução livre, do original: “‘*Recognition*’ is a more complex concept. It derives from Hegel’s foundational view of individual identity as deriving from inter-subjective recognition within the context of social relations, [...] *Status* groups are consequently not defined by relations of production, but of esteem, respect and prestige enjoyed



Sandra Fredman desenvolve também interessante reflexão, da qual não cabe explorar os detalhes aqui, mas apenas apontar a título de demonstração do alcance e da seriedade do tema, que problemas de reconhecimento negado podem levar ao agravamento de questões distributivas, uma vez que o impedimento de participação social em igualdade de condições por subjugação do *status* social desencadeia também maior dificuldade de acesso a bens materiais<sup>452</sup>.

Daniel Sarmiento, sem abertamente explorar o tema do bem jurídico tutelado pela norma penal, expõe que um dos danos às vítimas do discurso de ódio seria no plano do reconhecimento social, que envolveria a “capacidade de eleger e de perseguir autonomamente os seus planos de vida”<sup>453</sup>.

Alejandro Luis de Pablo Serrano e Patricia Tapia Ballesteros consideram que o discurso de ódio seria crime que tutela mais de um bem jurídico, dentre os quais estaria o reconhecimento enquanto manifestação da honra. Nas palavras dos autores:

*[...] proponemos entender el honor como la legítima expectativa de reconocimiento que merece todo ciudadano en tanto que miembro de pleno derecho de una comunidad jurídica, que le asiste en atención al modo personal de conducción y al plan de vida que haya elegido libremente, y a partir del cual (del reconocimiento) puede el individuo tomar parte en condiciones de paridad participativa en el contexto de las interacciones sociales y en el entorno comunicativo*<sup>454</sup>.

Em seguida, apontam que o bem jurídico teria caráter coletivo, uma vez que a luta por reconhecimento transcenderia o indivíduo e seria, em realidade, uma luta social por reconhecimento, tratando-se, assim, da tutela de uma “honra coletiva”.

No mesmo sentido do que foi previamente explorado com relação à noção de dignidade coletiva, a honra coletiva consistiria em falso bem jurídico coletivo, uma vez que seria, ao fim

---

*relative to other groups in society. Status equality consists of the equal ability to participate in social life. Honneth characterises recognition in terms of self-realisation. [...] the recognition of hierarchy can be distorted by prejudice and irrationality”.* (FREDMAN, Sandra. Recognition of Redistribution: Reconciling Inequalities. *South African Journal of Human Rights*. vol. 23, n.2, 2006. p. 215 e 216).

<sup>452</sup> FREDMAN, Sandra. Recognition of Redistribution: Reconciling Inequalities. *South African Journal of Human Rights*. vol. 23, n.2, 2006. p. 228.

<sup>453</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do ‘Hate Speech’. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>454</sup> DE PABLO SERRANO, Luis; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, nº 8911, 2017. p. 5.

e ao cabo, a representação da soma das “honras individuais”, podendo ser nelas, portanto, subdividida, o que descaracteriza seu caráter efetivamente coletivo<sup>455</sup>.

Além disso, a exposição teórica percorrida acerca do reconhecimento demonstra que o conceito aproxima-se de forma muito mais íntima da noção de dignidade do que da de honra.

Não se ignora que Hegel refere-se à “luta por reconhecimento” como “luta por honra”, porém, como pontua Honneth, trata-se da linguagem corrente da época em que foi escrito, como forma, na verdade, de se referir à “totalidade da existência individual”<sup>456</sup>.

Assim, como pontua Daniel Sarmiento, uma vez que é apenas pelo reconhecimento que as pessoas desenvolvem e mantêm sua identidade pessoal, ele deve ser entendido como dimensão do princípio da dignidade humana, mais especificamente, ao que se refere como “dimensão intersubjetiva da dignidade”<sup>457</sup>.

A partir do exposto, portanto, resta claro que o reconhecimento é interesse humano fundamental, referenciado ao autodesenvolvimento do indivíduo, com conteúdo delimitado e apreensível, que extrai sua relevância da realidade social, podendo, portanto, ser classificado como bem jurídico penal.

A conclusão sobre a existência de um referencial valorativo legítimo por trás da criação legislativa não encerra, contudo, o problema. Se o objetivo é entender como deve ser aplicada a norma penal, é essencial que, além da constatação da existência de um objeto de proteção, entenda-se quais manifestações possíveis da conduta com referência a esse interesse podem ser consideradas típicas. Em outras palavras, é necessário que se adicionem critérios de análise de lesividade.

### 3.3 Lesividade do bem jurídico e dogmática penal

O conceito de bem jurídico possui duas funções principais, ambas dotadas de potencial crítico: uma político-criminal e outra dogmática<sup>458</sup>. Ou, conforme a terminologia cunhada por Winfried Hassemer, uma função transcendente-sistêmica e uma função imanente-sistêmica<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup> Cabe também crítica à indeterminação e confusão que permeia o conceito de honra e as dificuldades de sua utilização como bem jurídico (ainda que individual). Para aprofundamento do assunto, consultar: FUENTES OSORIO, Juan Luis. El bien jurídico “honor”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. ISSN 0210-3001, Tomo 60, 2007.

<sup>456</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

<sup>457</sup> SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 286 e 287.

<sup>458</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 143.

<sup>459</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 3.

A função político-criminal do bem jurídico está na definição prévia dos interesses que podem ser objeto de tutela penal ou, em sentido negativo, daqueles que não possuem dignidade para tanto. Trata-se, portanto, de conceito voltado ao controle racional da criação legislativa em matéria criminal<sup>460</sup>.

A função dogmática, por sua vez, refere-se ao momento interpretativo da norma, que inclui sua construção com vistas ao sistema jurídico<sup>461</sup>. Cabe ao intérprete da lei constatar no caso concreto a afetação do bem jurídico para que se conclua pela incidência da norma penal. Nesse sentido, o poder punitivo limita-se pelo conceito de bem jurídico não apenas na fase de elaboração da norma, mas também nos momentos de interpretação e aplicação<sup>462</sup>.

Juan Antonio Lascuraín Sánchez diferencia o bem jurídico em sentido político-criminal do bem jurídico em sentido dogmático como aquilo que é “protegível” e aquilo que é, concretamente, “protegido” pela norma<sup>463 464</sup>.

O papel de proteção da liberdade individual pela teoria do bem jurídico ocorre, assim, em dois momentos distintos. Conforme ressalta Roxin: “Os planos legislativo e dogmático traçam, portanto, um processo de ponderação em dois níveis”<sup>465</sup>.

Este estudo volta-se à utilização do conceito de bem jurídico em sua função dogmática. O objetivo final é o de compreender e analisar como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Sistema Europeu de Direitos Humanos e o Superior Tribunal de Justiça interpretam e aplicam as normas que punem o discurso de ódio, tendo em vista o conceito material de crime, que inclui a necessária afetação ao bem jurídico tutelado.

### 3.3.1 Afetação do bem jurídico como critério necessário à configuração típica

A positivação normativa representa a concretização da racionalidade por trás da punição. Ou seja, a lei é resultado da formalização das decisões político incriminadoras, sendo, portanto, o instrumento por meio do qual é levada a cabo a função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos<sup>466</sup>.

<sup>460</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 4.

<sup>461</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 144.

<sup>462</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 14.

<sup>463</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 60, Fasc/Mes 1, 2007.

<sup>464</sup> Apesar de a distinção conceitual, nesses termos, ser ilustrativa, o autor considera que os conceitos dogmático e político-criminal de bem jurídico devem ser entendidos de forma separada e independente, posicionamento que não é adotado por este estudo, conforme restará mais claro adiante.

<sup>465</sup> ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 41.

<sup>466</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 152.

Nesse sentido, como previamente explorado, o princípio da legalidade, cânone democrático, não se esgota apenas com o atendimento formal da conduta à descrição do tipo. O preenchimento da tipicidade material depende de afetação do bem jurídico tutelado pela norma. Como ensina Fábio Roberto D'Ávila:

Afinal, ao se falar em necessária ofensa, deve-se compreender um elemento complementador da legalidade, capaz de conferir à sua “segurança formal”, elementos de “segurança substancial”, o qual, no entanto já está inserido na dimensão material do ilícito (*Unrecht*)<sup>467</sup>.

O princípio da lesividade do bem jurídico exige que haja não apenas constatação prévia de um *objeto digno de tutela*, mas também de que a *técnica de tutela* seja legítima para a efetiva proteção<sup>468</sup>. O mero referencial a um bem jurídico como objeto de proteção não é suficiente para que se conclua pela legitimidade da punição.

O momento da imputação criminal não pode ser visto de maneira independente da etapa anterior que legitima a criação legislativa, ou seja, daquela que se refere aos aspectos políticos da incriminação, baseados no referencial crítico do bem jurídico. Há relação dialética entre o conteúdo do injusto e a estrutura da norma<sup>469</sup>.

O bem jurídico desempenha papel dogmático na determinação da estrutura do delito e na seguinte fase de interpretação e determinação das condutas abarcadas pelo tipo penal<sup>470</sup>.

Como consequência da função dogmática do bem jurídico, há a realização de um duplo juízo de antijuridicidade, consistente na adequação formal da conduta ao tipo, somada à efetiva constatação de afetação ao bem jurídico<sup>471</sup>.

Registre-se que ofensa ao bem jurídico não se relaciona com resultado naturalístico da conduta<sup>472</sup>. São dois fenômenos independentes que podem, ou não, se manifestar de forma simultânea. Tendo em vista que o conceito de bem jurídico é normativo, sua afetação dependerá de valoração jurídica e, portanto, poderá ser lesionado ou colocado em perigo sem que isso

---

<sup>467</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* – (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 85.

<sup>468</sup> D'ÁVILA, Fábio Roberto. O Ilícito Penal nos Crimes Ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 75, Edição Especial, p. 13.

<sup>469</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 314.

<sup>470</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 41.

<sup>471</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 144.

<sup>472</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 155.

reflita em um dado empiricamente observável<sup>473</sup>. O desvalor do resultado, necessário para a configuração típica, está na afetação do bem jurídico<sup>474</sup>.

O bem jurídico, portanto, deve ser entendido como instrumento necessário à interpretação da norma. A constatação de lesividade da conduta depende de interpretação teleológica, que se orienta pelo bem jurídico protegido e que frequentemente levará a uma restrição do campo punível<sup>475</sup>. O significado das palavras que compõem a norma incriminadora será fornecido a partir do referencial do bem jurídico para que, com isso, sejam excluídas condutas não lesivas.

A afetação ao bem jurídico apenas poderá ser constatada a partir do referencial de interesse necessário ao desenvolvimento da pessoa humana, tida como ser relacional, em determinado contexto social.

Dessa forma, não parece ser possível a artificial separação pretendida por alguns autores entre os conceitos político-criminal e dogmático de bem jurídico, tratando-os como duas realidades não interligadas<sup>476</sup>. Em verdade, o conceito político-criminal de bem jurídico, ou seja, a definição dos interesses dignos de proteção pela norma penal, servirá também como referência no momento de aplicação da norma.

A função do bem jurídico no plano da interpretação normativa não será apenas “sistêmica” ou “imaneente”, mas também “crítica”, conforme ressalta Bernd Schünemann:

Dito de outra forma, a determinação do bem jurídico não é formulada apenas no final do processo de interpretação, como etiqueta final, mas ela dirige, com sua orientação liberal, isto é, contrária a limitações desnecessárias das liberdades civis, a concretização da matéria de proibição, de modo que, no que se refere ao processo de interpretação, pode-se dizer que a ideia de bem jurídico será a um só tempo imanente e crítica<sup>477</sup>.

Negar a função limitadora, crítica, do bem jurídico no plano dogmático, representaria completo esvaziamento conceitual, de modo a converter a estrutura delituosa em construção

---

<sup>473</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

<sup>474</sup> TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 312.

<sup>475</sup> ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 57.

<sup>476</sup> A exemplo: GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, vol. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

<sup>477</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 49.

espiritualizada, desvirtuando o sentido liberal da teoria e abrindo margem para aplicações arbitrárias do direito penal<sup>478</sup>.

A exigência de ofensividade da conduta, nesses termos, deve servir para aproximar o julgador de critérios interpretativos dotados de maior objetividade, limitando o campo punitivo e prevenindo incriminações autoritárias<sup>479</sup>.

A fim de que seja possível que o critério da lesividade exerça sua função garantista, é necessário que os tipos penais sejam dotados de descrições claras e bens jurídicos identificáveis<sup>480</sup>. Não se pode admitir a utilização de bens jurídicos de caráter vago e geral para fundamentar a criminalização de condutas com base em lesividade que se mostra, nesses termos, quase sempre presumida. Conforme ensina Hassemer:

*- por medio de la utilización de bienes jurídicos vagos, y al mismo tiempo, extremadamente generales, una política criminal moderna y de amplio alcance no sólo amenaza desproporcionadamente la libertad ciudadana sino que también daña el concepto tradicional de bien jurídico*<sup>481</sup>.

Atualmente, contudo, diante de tendências de antecipação do direito penal, dotado de suposta função preventiva, constata-se a crescente utilização de bens jurídicos desmaterializados, como alguns dos exemplos explorados no item 3.2 deste estudo, o que, como consequência, resulta em inevitável corrosão do princípio da necessária ofensa<sup>482</sup>.

### 3.3.2 Crimes de perigo abstrato e afetação do bem jurídico

Um dos principais ganhos da teoria do bem jurídico é a possibilidade de que se realize a necessária distinção dos delitos conforme o grau de lesividade que requerem para configuração típica<sup>483</sup> e, com isso, que se analise a legitimidade da antecipação da intervenção penal<sup>484</sup>.

<sup>478</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 144.

<sup>479</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* – (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 85.

<sup>480</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 153.

<sup>481</sup> HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 67.

<sup>482</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 154.

<sup>483</sup> SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 358.

<sup>484</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 157.

A doutrina classifica os crimes, a partir da ofensividade, como sendo de lesão e de perigo. Os últimos seriam subdivididos em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato<sup>485</sup>.

Partindo do critério da lesividade, não haveria problemas de legitimidade em relação aos primeiros, uma vez que o conteúdo material do delito pela afetação ao bem jurídico restaria claro, seja pela efetiva lesão, seja pelo resultado da colocação em perigo<sup>486</sup>. A configuração típica nos casos de perigo concreto está relacionada à alta probabilidade de dano ao bem jurídico, de forma que seja possível concluir que “o bem jurídico tenha entrado efetivamente no raio de ação da conduta perigosa”<sup>487</sup>. A maior dificuldade de legitimação estaria nos crimes de perigo abstrato<sup>488</sup>.

Alguns autores utilizam outras nomenclaturas para designar o que seriam crimes de perigo abstrato (como crimes de periculosidade, de perigo presumido, de perigo hipotético, entre outros) ou criticam a adequação do termo por não ser suficientemente preciso para definir o conteúdo do objeto a que se refere<sup>489</sup>. Seguiremos com a terminologia “crimes de perigo abstrato” por estar significativamente sedimentada na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

A diferença entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato não é relativa ao maior ou menor grau de perigo a que efetivamente está exposto o bem jurídico. Conforme definição tradicional, nos crimes de perigo abstrato, a constatação do perigo não faria parte da configuração típica, mas seria o elemento motivador da criação legislativa<sup>490</sup>.

A definição é negativa, parte daquilo que não é, e, portanto, pouco esclarecedora e capaz de abranger diversas estruturas delitivas<sup>491</sup>. Não se trata, nesses termos, como bem apontam Andrew Von Hirsch e Wolfgang Wohlers, de categoria com “tipologia delitiva homogênea”<sup>492</sup>.

---

<sup>485</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

<sup>486</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 33.

<sup>487</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. O Ilícito Penal nos Crimes Ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 75, Edição Especial, p. 16.

<sup>488</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

<sup>489</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 88 e 89.

<sup>490</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. O Ilícito Penal nos Crimes Ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 75, Edição Especial, p. 15.

<sup>491</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 34.

<sup>492</sup> HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 288.

De toda forma, estruturas delitivas que antecipam a punição para ato prévio à efetiva lesão (ou colocação concreta em perigo) deve vir acompanhada de justificativa racional suficientemente boa para tanto<sup>493</sup>.

Tendo em vista o significativo distanciamento entre a conduta praticada e a lesão ao bem jurídico, a criação de tipos penais de perigo abstrato deve ocorrer apenas nos casos em que se mostre realmente necessária para a tutela do bem e que não seja mero reflexo de interesses de grupos legislativos<sup>494</sup>. Conforme explica Bernd Schünemann, a limitação antecipada à liberdade deve vir acompanhada de fortes elementos de legitimação:

O próximo passo, agora no campo dos delitos de perigo abstrato, é também ditado por considerações práticas relativas a uma eficiente proteção de bens jurídicos, mas necessita de uma legitimação bem mais intensa, uma vez que, à medida que se distancia a matéria de proibição do ato verdadeiramente lesivo, mais grave vai se tornando a limitação à liberdade de ação.<sup>495</sup>

A noção de eficiência não pode se sobrepor ao sistema de garantias penais, estruturado em torno da figura da pessoa humana. Pretensões de ordem utilitária para criação legislativa em matéria penal não podem estar desacompanhadas de considerações sobre a necessária afetação do bem jurídico. Conforme explica Helena Lobo:

A ideia de que esses crimes tornariam a tutela penal mais eficiente, pois dispensariam a verificação da afetação concreta do bem jurídico, não convence em um sistema cujo vetor principal não é a eficiência: o direito penal não pode legitimar-se (apenas) em termos utilitários, tampouco pode-se contentar com a ideia de perigosidade “automática” de uma conduta, sem qualquer análise concreta. Defender essa linha significa confundir funcionalidade com legitimidade.<sup>496</sup>

A posição sustentada neste estudo não é a de ilegitimidade dos crimes de perigo abstrato, mas a de que eles devem ocupar espaço limitado no ordenamento jurídico<sup>497</sup>. A criminalização nesses moldes deve estar acompanhada de motivos suficientemente bons que a justifiquem, pela

<sup>493</sup> CLAUS, Roxin. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 28.

<sup>494</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 85.

<sup>495</sup> SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos!... Cit., p. 85.

<sup>496</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 31.

<sup>497</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 64.



constatação de bens jurídicos “especialmente valiosos”<sup>498</sup> e a partir de estrutura típica que guarde necessário liame com o bem jurídico tutelado<sup>499</sup>.

Não são admissíveis justificativas meramente formalistas para configuração típica em casos de crime de perigo abstrato, em que a simples adequação da conduta à descrição contida no texto legal bastaria para a caracterização delituosa<sup>500</sup>.

Da mesma forma, a ideia de uma periculosidade presumida não é suficiente para que se atribua conteúdo material ao injusto penal e não comporta guarida em um sistema que tem como premissa de legitimidade do direito penal a proteção de bens jurídicos<sup>501</sup>.

O critério da lesividade, mesmo nos crimes de perigo abstrato, deve atingir tanto o âmbito da criação legislativa, quanto o momento de aplicação da norma, em que o julgador deve constatar a aptidão da conduta para gerar perigo ao bem jurídico, ainda que potencial<sup>502</sup>. Nesses termos, mesmo nos crimes de perigo abstrato, deve restar configurado desvalor tanto da conduta, quanto do resultado<sup>503</sup>.

Admitir que se dispensem considerações sobre a afetação do bem jurídico para configuração típica invalidaria os pressupostos garantistas da teoria desenvolvida nos itens anteriores. Conforme pontua Fábio Roberto D’Ávila:

Afinal, reconhecer o direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos e, ao mesmo tempo, menosprezar a dimensão correspondente à ofensa desses mesmos bens, satisfazendo-se, assim, com ilícitos penais meramente referenciados a um determinado bem jurídico, é o mesmo que afirmar que, para a proteção de bens jurídicos, devemos proibir condutas não ofensivas a bens jurídicos, o que, quanto a nós, para além de consistir em um claro equívoco metodológico, conduz a uma efetiva subversão da lógica crítico-garantista que deve perpassar a noção jurídico-penal de tutela de bens jurídicos<sup>504</sup>.

<sup>498</sup> HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 288.

<sup>499</sup> HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito, cit., p. 35.

<sup>500</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 111.

<sup>501</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

<sup>502</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 156 e 157.

<sup>503</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. O Ilícito Penal nos Crimes Ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 75, Edição Especial, p. 20.

<sup>504</sup> D’AVILA, Fábio Roberto. O Ilícito Penal nos Crimes Ambientais..., cit., p. 13 e 14.

Não é o objetivo explorar os desenvolvimentos teóricos que buscam justificar a existência e os critérios legitimadores dos crimes de perigo abstrato<sup>505</sup>. Tendo em vista, como dito anteriormente, que os crimes de perigo abstrato abarcam diferentes estruturas delituosas, alguns autores propõem a criação de critérios autônomos de legitimidade para que se limite a punibilidade a elas correspondentes<sup>506</sup>.

Muitas dessas questões permanecem em aberto e não nos parece que foi dada solução satisfatória definitiva para as controvérsias em torno do tema, ainda havendo grande espaço para desenvolvimento teórico sobre legitimidade e delimitação dos crimes de perigo abstrato<sup>507</sup>. Ainda não estão completamente claros, nesse sentido, os “limites entre o perigo abstrato legítimo e o ilegítimo”<sup>508</sup>.

Para os fins deste trabalho, basta a conclusão de que sua incidência, no caso concreto, dependerá de reflexão sobre as circunstâncias objetivas da conduta praticada, sem que se abandone o princípio da lesividade do bem jurídico.

O foco do estudo estará na posterior análise das decisões judiciais sobre crimes de discurso de ódio, que será realizada sob a perspectiva da inadmissibilidade de imposição de punição criminal sem que se pondere sobre os efeitos da conduta concretamente praticada com vistas à afetação do bem jurídico.

A utilização dos bens jurídicos previamente elencados como conceitualmente ilegítimos acaba por gerar, também, problemas para aferição de lesividade no caso concreto. A intangibilidade do objeto de tutela abre margem para punições arbitrárias, sem constatação de lesividade real.

Como explorado, o conceito de democracia é extremamente amplo e complexo e pode abarcar diversos valores e variáveis, que vão desde as instituições e procedimentos que envolvem o sistema eleitoral e a tomada de decisão em um sistema representativo, podendo alcançar até direitos, liberdades e princípios constitucionais<sup>509</sup>.

Por conta disso, Rafael Alcácer Guirao aponta que, para que se pudesse aferir se a difusão de ideias possuiria verdadeira capacidade de ameaçar o sistema democrático, seria

---

<sup>505</sup> Para visão geral sobre tais posicionamentos, consultar: COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 34 e ss.

<sup>506</sup> ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 60.

<sup>507</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 51.

<sup>508</sup> GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004. p. 131.

<sup>509</sup> GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato..., cit., p. 331 e 332.

necessária a análise de uma “infinitude de circunstâncias associadas ao caso concreto”<sup>510</sup>. Como resultado dessa dificuldade, na prática, acaba por se analisar o conteúdo da manifestação e não seus efeitos. Ao invés de se constatar perigo atual e concreto, acaba por se admitir a criminalização de condutas com base em um perigo dito “potencial”, “genérico” ou “especulativo”<sup>511</sup>.

A posterior análise dos julgados do Tribunal Europeu de Direitos Humanos ilustrará que o referencial da democracia abre espaço para imposição de punição criminal sem constatação de lesividade da conduta.

O mesmo raciocínio vale para os princípios da dignidade e da igualdade, que, por conta de sua amplitude conceitual, impedem constatação de real afetação.

Também, diante da imaterialidade do referencial da paz pública, a análise sobre o real potencial lesivo da conduta fica prejudicada. Cria-se confusão entre crimes de perigo abstrato, de um lado, e, de outro, condutas que não possuem potencial algum de periculosidade a efetivo bem jurídico, mas que atingem os sentimentos das pessoas<sup>512</sup>. Condutas sem potencial lesivo acabam sendo classificadas como de perigo abstrato, uma vez que a intangibilidade conceitual do objeto de proteção normativa impede reflexão precisa sobre sua afetação como resultado da conduta sob análise<sup>513</sup>.

A defesa da proteção da paz pública no crime de discurso de ódio também serve frequentemente para que condutas que deveriam ser tidas como geradoras de perigo abstrato sejam tratadas como de lesão<sup>514</sup>. Nesse sentido, a paz pública serve como ‘bem abstrato’, que justificaria a intervenção penal a título de lesão em casos em que haveria, na verdade, um perigo diluído a bens de concretude apreensível como a vida ou a integridade física<sup>515</sup>.

Ao elencarmos a integridade física e, em última análise, a vida, como bens jurídicos tutelados pelo discurso de ódio criminalizado, estamos considerando tratar-se de crime de perigo concreto, uma vez que, como exposto, a conduta seria típica na medida em que tivesse aptidão para efetivamente gerar ameaça apreensível a esses bens. A ação será típica na medida

---

<sup>510</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas em la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013. p.327 e 328.

<sup>511</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto..., cit., p. 335.

<sup>512</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas em la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013. p. 335.

<sup>513</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto..., cit., p. 335.

<sup>514</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 17.

<sup>515</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 17.

em que possa ser constatado um perigo certo, concreto como resultado da manifestação discriminatória<sup>516</sup>.

A utilização de falsos bens jurídicos coletivos, como seria o caso da dignidade coletiva ou da honra coletiva também implica confusão sobre o grau de lesividade da conduta analisada. Nesse sentido, Luis Greco aponta que admitir a somatória de bens jurídicos individuais como bens jurídicos coletivos significa, muitas vezes, transformar crimes que seriam de perigo abstrato em crimes de lesão<sup>517</sup>.

Com isso, perde-se o referencial crítico relativo à antecipação do direito penal e abre-se margem para punições desproporcionais de crimes de perigo abstrato frente a efetivos crimes de lesão. Nas palavras do autor, escondem-se “déficits de legitimidade de antecipação da tutela penal”, uma vez que “[...] ao menos os crimes de perigo abstrato tinham a virtude de não ocultar o fato de que o direito penal está realmente antecipado”<sup>518</sup>.

É necessário ter em mente que, ao elencarmos o reconhecimento como o objeto sob tutela no crime de discurso de ódio, estaremos frequentemente diante de crime de perigo abstrato, o que implica a compreensão de que se trata de antecipação do direito penal, que não pode vir desacompanhada de considerações sobre lesividade. Registre-se, também, que, como dito anteriormente, para que seja legítima a existência de crimes de perigo abstrato, deve se tratar de proteção de bem de “especial relevância”, critério preenchido pelo reconhecimento, como demonstrado pela explicação do capítulo 3.2.1.

Resta claro, assim, tratar-se de adiantamento das barreiras de proteção do direito penal (acompanhado do devido senso crítico correspondente) para proteção de um bem jurídico personalista de caráter individual.

Em crimes de perigo abstrato não se exige o resultado de lesão ou perigo, na medida em que não é necessário que se analisem os efeitos causais da conduta praticada. Por outro lado, como requisito mínimo de lesividade, deve ser feito um *prognóstico de periculosidade* que se efetua não pelas consequências da conduta (análise *ex post*), mas pelas circunstâncias fáticas previsíveis no momento de realização da conduta (análise *ex ante*). Nesse sentido, é necessário

---

<sup>516</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 13.

<sup>517</sup> GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004. p. 112.

<sup>518</sup> GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004. p. 113 e 115.

que se analise o contexto em que foi praticada a conduta, para que se possa determinar sua periculosidade<sup>519</sup>.

Como explorado, seria inadmissível a existência de crimes que dispensariam constatação de lesividade no caso concreto. Interessante ressaltar, contudo, análise desenvolvida por Pierpaolo Bottini, que demonstra que, mesmo autores que admitem a existência de delitos que gozariam de periculosidade presumida, consideram que, em casos de proteção de bens jurídicos individuais (como é o caso do reconhecimento), restaria mais evidente a necessidade de análise concreta de afetação do bem jurídico<sup>520</sup>.

Dessa forma, para a posterior análise dos critérios elencados pelos Sistemas Internacionais de Direitos Humanos e pela jurisprudência brasileira para criminalização do discurso de ódio, é necessário que se tenha em mente a necessidade de definição do(s) bem(ns) jurídicos possivelmente tutelados, para que, com isso, delimite-se com clareza o âmbito de alcance normativo legítimo e o conteúdo material do delito nos casos concretos, com vistas à necessária afetação ao bem jurídico.

### 3.3. 2.1 Delitos de acumulação

Dentre as possíveis manifestações dos crimes de perigo abstrato, estão aqueles designados como delitos de acumulação. O objetivo da criminalização, nesses casos, seria o de coibir condutas que, isoladamente, não teriam aptidão para lesionar ou colocar em perigo concreto bens jurídicos, mas que, em situação de hipotética reiteração, o fariam<sup>521</sup>. O núcleo material do injusto não estaria na conduta individual, mas na potencialidade lesiva da repetição.

O conceito da acumulação surgiu com vistas aos crimes ambientais. Foi proposto por Lothar Kuhlen para justificar a existência de resultado típico no delito de poluição de águas previsto no Código Penal alemão, uma vez que o despejo de pequena quantidade de efluentes em determinado rio não seria suficiente para poluí-lo, mas que, caso a mesma conduta fosse repetida por diversas vezes, o bem jurídico “meio ambiente” seria afetado<sup>522</sup>.

Wolfgang Wohlers adota e desenvolve o conceito de Luther Kuhlen<sup>523</sup>. Em sua tese de livre docência, distingue grupos de condutas abstratamente perigosas em relação às quais seria

<sup>519</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 24.

<sup>520</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 123.

<sup>521</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 97.

<sup>522</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

<sup>523</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 60 e 61.

legítima a criminalização. Dentre elas, estariam aquelas que, vistas de maneira cumulativa, representariam perigo realístico a bem jurídico de especial relevância<sup>524</sup>. A punição se justificaria por um “dever de cooperação” dos membros da sociedade na proteção dos bens jurídicos<sup>525</sup>.

Roland Hefendehl, por sua vez, também procurou justificar a legitimidade dos delitos de perigo abstrato quando constatada a lógica da acumulação, apenas, contudo, quando se tratar de bens jurídicos de caráter coletivo<sup>526</sup>. Para o autor, a cumulatividade substituiria a noção de causalidade, tornando-se equivalente material do conceito<sup>527</sup>.

A ideia de acumulação foi criada para legitimar delitos ambientais, referente, portanto, a bem jurídico de caráter coletivo. Nem todos os autores que defendem sua legitimidade restringem a aplicação a esse plano, podendo a teoria, em tese, ser transportada para crimes com bens jurídicos individuais.

Processos de discriminação, geralmente, ocorrem de maneira contextual, sistêmica. Dessa forma, a afetação ao bem jurídico tutelado seria frequentemente consequência não da conduta objetiva de um indivíduo específico, mas produto da somatória de presumidas condutas a serem potencialmente praticadas em determinado contexto de exclusão social.

Alguns autores afirmam que determinada declaração de caráter odioso, ainda que considerada inócua isoladamente, poderia mostrar-se lesiva diante de uma possível repetição ou reiteração, o que justificaria sua punição<sup>528</sup>. A isso, Juan Osorio Luis Fuentes denomina “perigo acumulativo”<sup>529</sup>.

Jeremy Waldron aponta que as condutas não devem ser analisadas de forma isolada para que se considere seus efeitos quando se trata de discurso de ódio. Assim, a publicação de manifestações de desprezo ou ódio, a queima de cruces ou a reprodução de suásticas, podem parecer insignificantes por si só, mas devem ser entendidas em contexto com outras. Realiza

---

<sup>524</sup> HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 301.

<sup>525</sup> HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito, cit., p. 302.

<sup>526</sup> GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004. p. 129 e 130.

<sup>527</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

<sup>528</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 28.

<sup>529</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 28.

comparação com a poluição, em que não seria possível também atribuir a um carro individualizado resultado poluente relevante<sup>530</sup>.

Ricardo Cueva Fernandez também parece defender a ideia de que as condutas teriam relevância enquanto consideradas em um contexto de repetição<sup>531</sup>.

Ainda que, do ponto de vista social, o argumento seja compreensível, a utilização da lógica da acumulação como fundamento para incriminação é frontalmente contrária aos pressupostos de um direito penal racional e garantista, que tem em seu cerne o princípio da culpabilidade<sup>532</sup>. A acumulação admite a atribuição de responsabilidade criminal (que deveria ser estritamente pessoal) por ato de terceiro. Nas palavras de Claus Roxin:

Essa concepção [da acumulação] se torna vulnerável à crítica de que o autor é punido pelo comportamento de terceiros (*ex iniuria tertii*). Uma lesão a bem jurídico que surge apenas da soma de vários indivíduos (ainda assim hipotéticos e de uma quantidade indeterminada) não pode fundamentar o caráter lesivo de uma única ação individual<sup>533</sup>.

Trata-se, conforme explica Helena Lobo, de atribuição de responsabilidade penal com base em um “potencial contexto de perigosidade”<sup>534</sup>, e não na conduta objetivamente praticada pelo indivíduo.

No mesmo sentido, não há como se admitir a substituição da causalidade pela ideia de acumulação, como pretende Roland Hefendehl. São categorias distintas e de impossível associação. Enquanto a acumulação trata do resultado da somatória de condutas de diversas pessoas, a causalidade é referente ao resultado atribuível à conduta de um indivíduo específico<sup>535</sup>.

A lógica da acumulação, ainda, ignora o princípio da insignificância<sup>536</sup>. Uma vez que o resultado não é consequência da conduta individualmente praticada, não há distinção clara sobre as possibilidades punitivas em casos de bagatela.

O limite da intervenção penal deve estar pautado pela afetação ao bem jurídico e a aplicação da acumulação para atribuição de responsabilidade representa renúncia ao princípio,

<sup>530</sup> WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2014. p. 94 e 97.

<sup>531</sup> CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. *El <<discurso del odio>> y su prohibición*. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 35, 2012. p. 452.

<sup>532</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 252.

<sup>533</sup> ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 58.

<sup>534</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62.

<sup>535</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 63.

<sup>536</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental...*, cit., p. 63.

uma vez que a conduta punida não pode ser a ela referenciada. Conforme ressalta Ana Elisa Bechara:

Com efeito, as concepções que pretendem justificar a tutela penal sob a lógica cumulativa fundam-se em geral justamente no afastamento ou flexibilização do conceito de bem jurídico, pregando um discurso utilitarista que mais se assemelha ao próprio movimento político-criminal de “tolerância zero”, voltado à prevenção de desordens sociais.<sup>537</sup>

De toda forma, autores como Ana Elisa Bechara<sup>538</sup> e Fábio Roberto D’Ávila<sup>539</sup> admitem que, em casos de ‘contexto de instabilidade concreta’ em que o bem jurídico já esteja ‘exposto a dano’, será possível a punição. Ana Elisa Bechara pontua que, nesses casos, não se trataria propriamente da figura acumulativa, que mira resultados futuros, mas sim de “adequação típica nos moldes tradicionais de perigo e dano, tendo em conta o presente”<sup>540</sup>.

Conclusões definitivas sobre a legitimidade da intervenção penal nos moldes propostos por esses autores merecem ainda maior reflexão. De qualquer forma, para a análise a seguir realizada, é necessário que se tenha em mente a ilegitimidade de atribuição de responsabilidade criminal com base em previsões futurísticas (realistas ou não), pautadas em condutas a serem potencialmente praticadas por terceiros, para presunção de afetação do bem jurídico.

### 3.3.3.2 Delitos de clima

Alguns autores defendem que a criminalização do discurso de ódio estaria voltada à tipificação de condutas caracterizadas pela criação de um clima de hostilidade contra “minorias”<sup>541</sup>. Essa classe de delitos receberia o título de “delitos de clima”<sup>542</sup>.

A figura dos delitos de clima foi difundida pela obra de Gunther Jakobs, que os classificou como aqueles voltados à realização de manifestações dirigidas a uma pluralidade de pessoas, com condições de adequação objetiva para gerar uma atmosfera favorável ao futuro cometimento de atos delitivos<sup>543</sup>.

<sup>537</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 254 e 255.

<sup>538</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 253.

<sup>539</sup> D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* – (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 384.

<sup>540</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*, cit., p. 253.

<sup>541</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, Gunther *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, 1997. p. 313; GÓMEZ MARTÍN, Victor. Discurso del odio y principio del hecho. In: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (dir); PUIG, Santiago Mir (dir.). *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 89.

<sup>542</sup> GÓMEZ MARTÍN, Victor. Discurso del odio y principio del hecho, cit., p. 89.

<sup>543</sup> GÓMEZ MARTÍN, Victor. Discurso del odio y principio del hecho, cit., p. 89.



A conduta seria penalizada, portanto, não pelo que gera no presente, mas por conta de uma dita capacidade objetiva de provocar eventos futuros. Isso ocorreria, por exemplo, com condutas que estariam alocadas no início de uma execução criminosa, identificando-se como delitos contra a paz social ou a ordem e a segurança públicas. Os delitos de clima seriam uma manifestação do direito penal do inimigo<sup>544</sup>.

Segundo Jakobs, os delitos de clima estariam inseridos em uma das formas de antecipação do direito penal, que ocorreria não por meio da técnica de se transferir a afetação do bem jurídico da lesão para o perigo, mas por meio de um “fracionamento do bem jurídico” ou “fragmentação do injusto principal em injustos parciais”<sup>545</sup>.

Nesses casos, não se viola a chamada “norma principal”, referente ao delito de lesão, mas normas intermediárias que possuem como função garantir as condições de vigência das normas principais<sup>546 547</sup>. Tratar-se-ia da criação de injustos parciais que teriam como objetivo a proteção contra a perturbação da paz jurídica<sup>548</sup>. Com relação ao discurso de ódio, a norma criminalizadora serviria como “reforço comunicativo” às normas principais que proíbem atos de discriminação, hostilidade ou violência<sup>549</sup>.

Registre-se que, como previamente explorado, rechaça-se a possibilidade de se admitir a função do direito penal como a mera proteção da vigência da norma, sem que se constate a necessidade de proteção de bens jurídicos, motivo pelo qual a argumentação da criação de um injusto parcial com o exclusivo fim de garantia da vigência de outra norma penal é inadmissível.

De acordo com o pressuposto teórico dos delitos de clima, o crime de discurso de ódio sancionaria condutas dirigidas à criação de um clima favorável à potencial realização de atos hostis ou violentos contra pessoas pertencentes a determinados coletivos<sup>550</sup>. Conforme esclarece Rafael Alcácer Guirao:

*Mas allá de supuestos de incitación directa a conductas delictivas, lo característico las formas más conspicuas de discurso del odio sería generar una atmósfera difusa y fluida de rechazo o aversión hacia determinados*

<sup>544</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 89.

<sup>545</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *In*: JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, 1997. p. 313.

<sup>546</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 314.

<sup>547</sup> Registre-se que, para Jakobs, o “fracionamento do bem jurídico” e a criação de injustos parciais aconteceria não apenas nos delitos de clima, mas em outros crimes que teriam como objetivo a proteção da “paz jurídica”, a exemplo do crime de ameaça.

<sup>548</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 318.

<sup>549</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 257.

<sup>550</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 26.

*grupos que, asentando estereotipos y modificando actitudes en la ciudadanía, podría llegar a producir efectos lesivos de diversa índole*<sup>551</sup>.

Os delitos de clima ou “o ódio como juízo de periculosidade diluído”, nas palavras de Juan Luis Fuentes Osorio, seriam baseados em um duplo juízo de potencialidade causal: (i) a conduta que manifesta ânimo aversivo pode criar um clima de inimizade, antipatia ou hostilidade e; (ii) esse clima deve ser pré-delitivo, ou seja, ter potencial para conduzir à produção futura de delitos<sup>552</sup>. A partir dessa dupla constatação, afirma-se que tais condutas estariam estatisticamente associadas ao cometimento de delitos futuros ou a estados que os desencadeiem<sup>553</sup>.

A criação de um clima pré-delitivo, contudo, não pode servir como justificativa para antecipação da tutela penal. A fundamentação para a imposição de punição em tais moldes não atende aos requisitos mínimos de legitimidade de um Direito Penal liberal<sup>554</sup>.

Como explorado anteriormente, a fim de que se determine a relevância penal da conduta, a análise volta-se à aferição, por uma perspectiva material, da existência de um dano/perigo ao objeto de tutela da norma ou de uma capacidade lesiva direta *ex ante*<sup>555</sup>. Nos casos dos delitos de clima, não haveria necessidade de constatação de lesividade direta (seja ela por meio de análise *ex ante* ou *ex post*), mas sim, seria suficiente a capacidade da conduta de favorecer ou facilitar uma atividade delitativa posterior e incerta, dependente de nova intervenção no curso causal, que poderia ser própria ou de terceiro<sup>556</sup>.

A formulação penal nesses termos, contudo, baseada em periculosidade mediata e condicional<sup>557</sup>, não atende aos requisitos mínimos de lesividade. Perde-se a referência de afetação do bem jurídico e pune-se “em função de uma contribuição a um dano remoto”<sup>558</sup>.

O próprio Jakobs aponta ser inconciliável com um regime de liberdades constitucionalmente assegurado a punição de condutas geradoras de um clima, bem como, por consequência, a do discurso de ódio nesses termos entendido (crime de incitação ao ódio, previsto no artigo 131 do Código Penal alemão)<sup>559</sup>.

<sup>551</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio...*, cit., p. 250.

<sup>552</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 10.

<sup>553</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 10.

<sup>554</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 252.

<sup>555</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 10.

<sup>556</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 10.

<sup>557</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 10.

<sup>558</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio*, cit., p. 252.

<sup>559</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. *In: JAKOBS, Gunther. Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, 1997. p. 320.

Em primeiro lugar, cabe apontar que há imensa indeterminação do objeto protegido. Não fica claro quais seriam os potenciais delitos futuros e, portanto, quais os objetos de tutela a que se refere. O ódio manifestado refletiria perigo genérico e potencial a qualquer bem jurídico. Conforme pontua Juan Luis Fuentes Osorio: “[...] *el odio refleja un riesgo genérico de lesión de cualquier bien jurídico por la creación de un clima hostil mediante la manifestación del ánimo aversivo*”<sup>560</sup>.

Alguns autores realizaram tentativa de diminuir o alcance normativo, referenciando-o a bens individuais como a liberdade, a igualdade ou as integridades física e moral das pessoas. Ainda assim, a manifestação de ódio continua carregando completa indefinição sobre eventual afetação futura a esses ditos bens<sup>561</sup>.

Além disso, dilui-se de forma inaceitável o nexo causal entre conduta e resultado. O liame entre a manifestação de ódio e potenciais e não certos delitos é insustentável.

Diante da dificuldade (ou até impossibilidade) de se provar que uma simples conduta possui a dupla idoneidade para gerar um clima hostil e que esse clima tenha capacidade de produzir um delito, acaba-se criando presunção que resulta na conclusão expansionista de que o critério objetivo do injusto ocorrerá sempre que o comportamento reflita um ânimo aversivo discriminatório<sup>562</sup>.

A distância entre conduta e resultado é alargada em tamanha medida que a contribuição para criação de um clima pré-delitivo poderia ser entendida como uma “tentativa de participação” em delito futuro indeterminado que pode nem mesmo vir a ocorrer<sup>563</sup>.

Conforme pondera Gunther Jakobs, os delitos de clima “sugerem uma responsabilidade pelas consequências que não pode se justificar”<sup>564</sup>. Como grande exemplo dos delitos de clima, o autor refere-se ao delito de apologia ao crime para demonstrar a inexistência de consequências criminalmente imputáveis ao autor.

Em suma, consequências nocivas somente existirão caso o receptor da mensagem “deixe-se impressionar” e resolva agir em desacordo com a lei. Assim, dependerá do ouvinte se, diante de uma mensagem de apologia ao crime, simplesmente, “incrédulo sacode a cabeça ou credulamente começa a construir bombas”<sup>565</sup>. O fato é que o resultado não pode ser

---

<sup>560</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p. 12

<sup>561</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 12.

<sup>562</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 12 e 13.

<sup>563</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito, cit., p. 14.

<sup>564</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, 1997. p. 319.

<sup>565</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 319.

efetivamente atribuível ao mensageiro e dependerá da decisão deliberada do ouvinte<sup>566</sup>. O mesmo ocorrerá com todos os delitos de clima<sup>567</sup>.

Ainda que a criação de climas indesejáveis tenha relevância social, a resposta jurídica não pode passar de forma legítima pelo Direito Penal. Nas palavras de Gunther Jakobs<sup>568</sup>:

*Que los delitos productores de un clima no casen en el Derecho penal de un Estado de libertades no significa que la correspondiente conducta sea deseable o al menos socialmente neutral, sino tan sólo que tal conducta no tiene ningún efecto coactivo y que, por ello tampoco se debería reaccionar contra ella con la coacción del Derecho penal<sup>569</sup>.*

A relação entre delitos de clima e a pretensão de se proteger bens difusos, como é o caso da paz pública, é íntima<sup>570</sup>. Conforme explica Carmen Alastuey Dobón: “*Los delitos que sancionan la promoción de un clima suelen asociarse con objetos de protección formulados mediante conceptos difusos, como el de ‘paz pública’*”<sup>571</sup>.

Torna-se, assim, impossível a criação de parâmetros de lesividade para que se determine a relevância penal da conduta<sup>572</sup>. Ao recorrer-se a fórmulas como a de “perturbação da paz pública”, abre-se margem para a conclusão de que meras manifestações de opiniões ou de juízos de desprezo seriam suficientes para a criação desses climas<sup>573</sup>.

O mesmo existe, portanto, quando se fala de proteção do sentimento de segurança das coletividades, enquanto manifestação da paz pública. O objetivo não seria o de proteger bens

<sup>566</sup> Jakobs destaca a diferença entre os delitos de clima e os crimes em que haveria coação ou violência, como o de ameaça, em que o sujeito estaria impedido de se orientar racionalmente e, portanto, seria legítima a criminalização. (JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 319).

<sup>567</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 320.

<sup>568</sup> Jakobs, contudo, ressalva a possibilidade de se proceder à proteção penal do clima em situações de crise, ou, mais especificamente do que chama de circunstâncias de “crise de legitimidade”, em que seria justificada a suspensão da liberdade a fim de possa ser restabelecida no futuro. Tratar-se-ia de manifestação, nesse sentido, do direito penal do inimigo. Rechaça-se por completo tal posicionamento, sendo a constatação de uma circunstância social de crise um dos indicativos para aferição da periculosidade *ex ante* da conduta (como será explorado a seguir), mas não justificativa para imposição de punição criminal com base em suposta criação de um clima. (JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, 1997. p. 322)

<sup>569</sup> JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 322.

<sup>570</sup> Nesse sentido, JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, cit., p. 314.

<sup>571</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 18.

<sup>572</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio*: Discurso intolerante y protección penal de minorías. Madrid: Marcial Pons, 2020. p. 256.

<sup>573</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio*, cit., p. 256.

individuais, mas sim o de incriminar de forma preventiva “a antessala do Holocausto”, ou seja, prevenir processos agressivos contra grupos vulneráveis, como defende Landa Gorostiza<sup>574</sup>.

Landa Gorostiza reconhece o risco de que, ao elencar-se o sentimento de segurança como o bem jurídico tutelado, abra-se margem para a legitimação da punição de condutas voltadas à criação de climas sociais hostis. Isso ocorre em razão da indefinição do fenômeno que se pretende regular, bem como por estar dirigido a atividades com alto conteúdo ideológico. O autor, contudo, rechaça a legitimidade dos delitos de clima, dentre outros motivos, pelo risco de se admitir meros delitos de opinião e, portanto, sem lesividade<sup>575</sup>.

A fim de sanar o problema, Landa Gorostiza adiciona critérios interpretativos que visam restringir a incidência da norma penal. Apesar de apresentar critérios interessantes, que serão mencionados no item seguinte deste estudo, o fato é que, novamente, comprova-se que a utilização de bem jurídico inidôneo abre caminho para punições sem lesividade e incidência arbitrária do direito penal. A adição de critérios restritivos não retira o vício originário e constitutivo da formulação delituosa em tais moldes.

### 3.3.3.3 Aferição da lesividade do discurso de ódio

Conforme previamente explorado, para que seja legítima a incidência da norma penal em crime de perigo abstrato, é necessária a constatação de contexto que justifique a existência de perigo *ex ante* ao bem jurídico e que indique, com isso, a lesividade da conduta.

O Plano de Rabat da Organização das Nações Unidas (ONU) prevê um “teste” que dispõe sobre critérios de legitimidade para limitação da liberdade de expressão, tendo em vista seu necessário caráter excepcional, pelo discurso de ódio. O primeiro dos parâmetros refere-se ao contexto:

O contexto é de grande importância ao avaliar se é provável que declarações particulares incitem à discriminação, hostilidade ou violência contra o grupo-alvo, e pode ter uma relação direta com a intenção e/ou a causa. A análise do contexto deve colocar o discurso dentro do contexto social e político predominante no momento em que o discurso foi proferido<sup>576</sup>.

<sup>574</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio*: Artículos 510 y 22.4º CP 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 61.

<sup>575</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 14.

<sup>576</sup> UNITED NATIONS. Human Rights. Office of the High Commissioner. The Rabat Plan of Action. Página simples sobre “incitação ao ódio” em português. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat\\_threshold\\_test\\_Portuguese.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_threshold_test_Portuguese.pdf). Acesso em 15 jul. 2022.

Em sentido similar, Landa Gorostiza afirma, com razão, que a capacidade de afetação do bem jurídico e, portanto, a relevância jurídico-penal da conduta, dependerá dos contextos social e histórico em que está inserida:

*No todos los discursos ni todos los colectivos tienen el mismo potencial de afecção del bien jurídico, dependiendo el mismo, por una parte, de cada país, de su momento histórico y de las concretas coordenadas de tensionamiento intergrupales<sup>577</sup>.*

Um dos critérios, e provavelmente o principal deles, que o autor utiliza para limitar a incidência da norma penal, é justamente a necessidade de constatação de um contexto de crise social grave, que faria com que o discurso fosse dotado de potencial lesivo suficiente para caracterização típica. Para Landa Gorostiza, o discurso de ódio será eficaz e, portanto, socialmente danoso, na medida em que haja realidade de grave crise social, que serviria como critério para aferição do perigo *ex ante* e justificativa para limitação das liberdades comunicativas. Nas palavras do autor:

*El peligro típicamente relevante se producirá sólo en determinados contextos en los que la incitación o la injuria colectiva en sus diversas modalidades <<hace crisis>>: esto es, despliega un efecto de amenaza que, aunque indirecta o velada, excepcionalmente priva de seguridad normativa al colectivo en cuestión en términos intersubjetivos. Cualquier miembro del colectivo en cuestión, en tal situación, vería peligrar sus espacios de libertad más allá de lo que podría ser únicamente un discurso inquietante, chocante e incluso perturbador o contrario al sistema democrático<sup>578</sup>.*

Para que a punição do discurso encontrasse guarida em um Estado Democrático e Social de Direito, não bastaria qualquer crise social, mas sim a existência de situação extrema, às beiras de uma guerra civil<sup>579</sup>. Por conta disso, conclui que a incidência da norma penal seria ilegítima no contexto espanhol atual<sup>580</sup>.

De fato, a iminência de um embate social concreto representaria contexto indicativo da lesividade do discurso de ódio avaliada *ex ante*. Contudo, o discurso de cunho discriminatório pode afetar o raio valorativo do reconhecimento ainda que não se esteja diante de circunstância concreta tão extrema.

<sup>577</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 61.

<sup>578</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 63.

<sup>579</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 15.

<sup>580</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo..., cit., p. 16.

A afetação ao reconhecimento pode ocorrer tendo em vista o contexto de uma “sociedade do desprezo”<sup>581</sup>.

Parte-se do pressuposto da existência de grupos sociais discriminados, que tradicionalmente foram e são “invisíveis”, rechaçados, vítimas de opressão e de violência estrutural<sup>582</sup>. A exposição histórica e social desses grupos os coloca em situação de vulnerabilidade, entendida como “a propensão significativa do grupo a sofrer violência ou discriminação, em razão das características que o definem”<sup>583</sup>, o que indicaria a possibilidade de afetação do reconhecimento pela manifestação de ódio.

Nem todos os discursos e nem todos os grupos representarão possibilidade de igual afetação do bem jurídico, devendo ser a análise realizada contextualmente, como explica Landa Gorostiza:

*No todos los discursos ni todos los colectivos tienen el mismo potencial de afección dl bien jurídico protegido dependiendo el mismo, por una parte, de cada país, de su momento histórico y de las concretas coordenadas de tensionamiento intergrupals*<sup>584</sup>.

Os contextos social e histórico de violência fazem com que o discurso carregue força lesiva, diferentemente do que ocorre quando se trata de um discurso dirigido à parcela tradicionalmente privilegiada da sociedade, em que a manifestação de desprezo seria esdrúxula, diante da irrealidade do seu conteúdo<sup>585</sup>. Conforme expõe Alejandro Luis de Pablo Serrano:

*El daño del discurso del odio no se construye sobre la nada, sino que tiene un poso histórico muy largo y profundo, que dota al discurso de una credibilidad especial, de la que carece cualquier otro discurso ofensivo que se dirija contra un colectivo que no ha sufrido un pasado de humillación, degradación, inferioridade, persecución violencia o sometimiento. Esa credibilidad le dota*

<sup>581</sup> HONNETH, Axel. *La Sociedad del Desprecio*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

<sup>582</sup> ROCHA, David Dominínguez. El discurso del odio penal desde la teoría del bien jurídico: sociedade del desprecio, violencia estructural y crisis social. In: GÓMEZ, Raúl Sánchez (dir.); MAZARÍO, José Maria (dir.). *El tratamiento normativo del discurso del odio*. Navarra: Thomas Reuters Arazandi, 2021. p. 169.

<sup>583</sup> GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto. A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de ódio no Brasil: A Matriz de Variáveis. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 83.

<sup>584</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 61.

<sup>585</sup> ROCHA, David Dominínguez. El discurso del odio penal desde la teoría del bien jurídico: sociedade del desprecio, violencia estructural y crisis social. In: GÓMEZ, Raúl Sánchez (dir.); MAZARÍO, José Maria (dir.). *El tratamiento normativo del discurso del odio*. Navarra: Thomas Reuters Arazandi, 2021. p. 169 e p. 170.

*de seriedad a la amenaza, de riesgo de potencia o fuerza lesiva a las palabras. El discurso del odio pone altavoz a ese eco de discriminación*<sup>586</sup>.

Portanto, o discurso punível além de ser referente a critérios de “raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional”, como dispõe a lei, ou à “orientação sexual” e à “identidade e gênero”, conforme decidido pelo STF no julgamento da ADO n. 26, deve estar dirigido aos membros de grupos historicamente e contemporaneamente discriminados. O teor literal da norma permitiria seu alcance a grupos privilegiados social e historicamente, mas uma interpretação do tipo voltada à aferição de lesividade da conduta impede tal conclusão<sup>587</sup>.

O pertencimento do alvo do discurso ao grupo historicamente discriminado não precisa ser real, mas apenas percebido pelo emissor para que haja materialidade delitiva. A depender de outras características concretas do contexto em que se deu a manifestação, o bem jurídico poderá ser afetado ainda que o alvo não pertença efetivamente ao coletivo vulnerável, mas que o emissor assim o entenda. Nas palavras de Alfredo Abadías Selma: “*Las víctimas, el sujeto pasivo del delito, son seleccionadas más por lo que representan que por lo que son o por quienes son*”<sup>588</sup>.

Nesse sentido, correto o posicionamento de Patricia Laurenzo Copello, para quem os delitos de ódio (incluídos, nestes, o discurso de ódio criminalizado) devem ser interpretados pelas lentes do direito antidiscriminatório. Ou seja, representam formas de gerar ou aprofundar processos discriminatórios de coletivos socialmente subordinados, de modo que, descolando-se da vulnerabilidade e focando unicamente na existência de aversão ou desprezo, desaparece o fundamento legitimador da resposta penal<sup>589 590</sup>.

Caso não seja assim, o efeito pode ser justamente o oposto – silenciar a dissidência e aumentar as diferenças sociais<sup>591</sup>.

<sup>586</sup> DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis. Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio: sociedad del desprecio y discurso del odio. In: ALONSO, Victor Javier Vázquez (dir.); SANZ, Lucia Alonso (dir.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica Ediciones Universitarias, 2017. p. 142.

<sup>587</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio*: Artículos 510 y 22.4º CP 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 46.

<sup>588</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 114.

<sup>589</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019. p. 463.

<sup>590</sup> Registre-se que, como explorado anteriormente, para a autora, o bem jurídico protegido pela norma seria o “direito de não ser discriminado”, posicionamento que não deve prevalecer. Apesar de o bem jurídico não ser o mesmo identificado por este estudo, partilha-se da conclusão de que desaparece a lesividade e, portanto, a legitimidade para a responsabilização penal quando não se trata de grupo social ou historicamente vulnerável.

<sup>591</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio, cit., p. 464 e 465.



De maneira similar, no Brasil, Clara Moura Masiero entende que o discurso de ódio típico está voltado a grupos social e politicamente vulneráveis<sup>592</sup>. Nesse sentido, pondera que: “Trata-se, poranto, o crime de ódio de um mecanismo de subordinação: concebido para reforçar a superioridade percebida do autor ao mesmo tempo em que mantém a vítima no seu lugar inferior “correto” dentro da sociedade”<sup>593</sup>.

Caberia ao julgador, portanto, mais do que apenas fazer referência objetiva aos critérios legislativos, demonstrar que os contextos social e histórico em alguma medida indicam que a manifestação pode afetar o bem jurídico.

Um contexto de crise social, de uma sociedade do desprezo e a existência de um discurso dirigido a uma parcela histórica e socialmente discriminada não pode servir como presunção absoluta de lesividade do discurso. É apenas um dos fatores (indispensável) para a constatação de potencial lesivo, mas que deve ser analisado de forma conjunta com outras circunstâncias.

A existência de crise social pontual, todavia, também não justifica a incidência da norma penal. Como bem explica Fuentes Osorio, é premissa da vida em sociedade, principalmente de uma sociedade multicultural, a existência de situações de crises e embates, e considerar tal circunstância suficiente seria o mesmo que admitir a criminalização de qualquer comportamento aversivo discriminatório, ainda que insignificante<sup>594</sup>.

Somadas à consideração sobre os contextos histórico e social amplamente entendidos, as circunstâncias concretas e específicas em que se deu a manifestação devem ser tidas em conta no momento de se avaliar a lesividade e, conseqüentemente, a possibilidade de atribuição de responsabilidade penal.

O Plano de Rabat indica a importância de se analisar a extensão da fala, que “inclui elementos como o alcance do discurso, sua natureza, pública, sua magnitude e tamanho do seu público”. Para ter resquício mínimo de lesividade, a manifestação deve ter caráter de publicidade. Um discurso que não seja público não tem como entrar no raio de afetação de qualquer bem jurídico<sup>595</sup>.

O mesmo Plano também ressalta que a posição que o locutor ocupa deve ser tomada em conta. O alcance do discurso e sua lesividade dependerão da posição social, ou *status* que seu

---

<sup>592</sup> MASIERO, Clara Moura. *Direito penal antidiscriminatório: movimentos sociais e os crimes de ódio no Brasil*. Florianópolis: Emais, 2021. p. 49.

<sup>593</sup> MASIERO, Clara Moura. *Direito penal antidiscriminatório*, cit., p. 34.

<sup>594</sup> FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017. p 29.

<sup>595</sup> ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016. p. 17.

emissor ocupa no contexto público em que está inserida a população à qual o discurso está dirigido.

Em resumo, a conclusão sobre a potencialidade lesiva da conduta dependerá de um detido exame do contexto em que se deu a manifestação. A discussão, portanto, deve estar voltada às circunstâncias reais do caso concreto, não sendo legítimo que se atenha a um mero “plano de princípios”<sup>596</sup>.

Outros critérios práticos podem ser apontados, como o meio ou a forma em que foram proferidos o discurso. O objetivo, contudo, não é o de produzir lista taxativa e exaustiva com relação aos fatores concretos que devem ser analisados, mas sim o de apontar a importância de que, no momento de aplicação da norma penal seja realizado exercício reflexivo explícito com vistas aos amplos contextos histórico e social, bem como às circunstâncias concretas do caso pontual que possam levar à conclusão de lesividade da conduta. Do contrário, admitir-se-ia punição arbitrária com periculosidade presumida, inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

### **3.4 Conclusão intermediária: o limitado campo de intervenção penal legítima nos crimes de discurso de ódio**

A análise teórica até aqui desenvolvida demonstra que a criminalização do discurso de ódio vem acompanhada de dificuldades dogmáticas que devem ser superadas a fim de que a aplicação da norma ocorra dentro do marco de um direito penal racional e garantista.

A norma penal faz referências a conceitos normativos, de verdadeira utilidade tendo em vista a complexidade da realidade sobre a qual recai, mas que devem ser concretizados com base na constatação de real afetação do bem jurídico.

O bem jurídico tutelado não é de identificação óbvia. Isso não é motivo, contudo, para abandono da teoria, que ainda deve ser tida como referencial necessário, impassível de relativizações, para a incriminação de condutas no contexto de um Estado Democrático de Direito. O cerne valorativo da norma penal deve estar na figura do indivíduo e do seu autodesenvolvimento.

Assim, conceitos que não são dotados das necessárias precisão e concretude não podem servir de bem jurídico, sob pena de se ampliar irremediavelmente as possibilidades punitivas e tornar impossível o controle social das decisões judiciais.

---

<sup>596</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 120.

Conceitos como o do sistema democrático e valores como o de uma “sociedade plural”, além de serem compostos por diversos fatores que impedem sua delimitação útil, funcionalizam o indivíduo a serviço do Estado e de sistemas sociais, de modo que não se encaixam na definição de bem jurídico pessoal.

A utilização de referenciais desmaterializados, como é o caso da paz pública, também deve ser rechaçada. Sentimentos, sejam eles relacionados a valores morais dominantes, à religião, ou de pretensa segurança, ainda que possam acompanhar a afetação de algum bem jurídico, não podem, por si só, servir de motivo para a incriminação de condutas. Em sentido similar, não existe um direito geral de não ser ofendido.

Princípios constitucionais como o da dignidade humana e o da igualdade são dotados de significativa intangibilidade e impossível apreensão concreta, de maneira que não servem como referencial limitante do poder punitivo.

O conceito de reconhecimento, por sua vez, oferece diretriz confiável para que seja tido como o centro de interesse da tutela penal. O discurso de ódio pode representar perigo ao reconhecimento dos membros de grupos atacados, de modo que atinja, em última instância, a possibilidade de participação igualitária dessas pessoas no debate público.

O fenômeno social do discurso de ódio é extremamente largo e não cabe ao direito penal intervir em todas as suas possíveis manifestações, apenas naquelas mais graves<sup>597</sup> e o referencial do reconhecimento serve justamente para que seja possível realizar essa distinção.

O estabelecimento de um centro valorativo da norma não é suficiente para a imposição da sanção penal. A lesividade do discurso de ódio enquanto crime de perigo abstrato deve ser aferida *ex ante*, com vistas aos contextos histórico, social e concreto em que foi proferido. Apenas membros de grupos histórica e contemporaneamente discriminados podem ter o seu reconhecimento potencialmente ameaçado pela conduta delituosa. Além disso, deve-se considerar as circunstâncias concretas em que o discurso foi proferido. Cabe ao julgador, no momento de aplicação da norma, expor quais os fatores que levaram (ou não) à conclusão de que a conduta possui potencial lesivo significativo para atribuição da punição.

Tendo em vista que a possibilidade de afetação do reconhecimento será histórica e socialmente contingente, a obrigação de justificação das decisões por parte dos julgadores torna-se ainda mais relevante. Com a mudança da realidade social, será alterada também a relevância jurídica da conduta e cabe ao aplicador do direito demonstrar em termos claros e

---

<sup>597</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 120.

concretos que o contexto indica a real possibilidade de afetação do reconhecimento para imposição de punição criminal.

A interpretação deve ser sempre realizada de modo a restringir as possibilidades punitivas quando o contexto indicar a ausência de lesividade ao reconhecimento.

Diante da necessidade de afetação do bem jurídico e do caráter subsidiário do Direito Penal, cabe ao julgador demonstrar de forma explícita que os motivos concretos do caso permitem a imposição da punição criminal. Por conta da natureza do discurso de ódio criminalizado, que envolve a restrição do exercício das liberdades comunicativas, ele deve ocupar espaço limitado e “blindado de qualquer suspeita de ilegítima interferência ideológica”<sup>598</sup>.

O conceito de discurso de ódio não pode ser utilizado como se fosse de significado autoevidente ou de maneira retórica, a fim de eliminar a necessidade de justificação da incidência normativa. Cabe ao julgador explicitar o percurso da interpretação, que necessariamente deve passar pela aferição de afetação ao bem jurídico e, portanto, pelas circunstâncias concretas que permitem ou não a conclusão de lesividade.

Diante da complexa realidade social e da impossibilidade de sua apreensão exaustiva pelo legislador, ampliam-se as margens de intervenção da atividade interpretativa<sup>599</sup>. Tendo em vista sua necessária abertura semântica, portanto, somente o texto legislativo não será suficiente para que se garanta uniformidade e previsibilidade na aplicação do direito e, portanto, que se atinja segurança jurídica<sup>600</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência deve exercer função de adequar a norma (restritivamente) à realidade social e aos seus mutáveis valores e de “neutralizar os efeitos de imprecisão da lei”, ou seja, de atribuir significado apreensível a conceitos que possuem caráter amplo ou ambíguo<sup>601</sup>.

A jurisprudência possui o papel de assegurar a uniformização da aplicação legal e a certeza do direito<sup>602</sup>. A clareza dos tipos penais é consequência não apenas da linguagem da lei, mas da atividade de sua interpretação e aplicação reiterada nos casos concretos<sup>603</sup>.

---

<sup>598</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio*: Artículos 510 y 22.4º CP 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 144.

<sup>599</sup> PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 487.

<sup>599</sup> PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 488.

<sup>600</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 2.

<sup>601</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 65.

<sup>602</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 65.

<sup>603</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 66.

A norma, nesse sentido, deve ser entendida como resultado da atividade interpretativa realizada pelo Poder Judiciário. O conteúdo da norma somente será inteiramente apreensível a partir do significado que os tribunais a ela atribuem<sup>604</sup>.

Assim, como pontua Mariângela Gama de Magalhães Gomes, a norma deixa de ser entendida como o pressuposto para atividade do julgador e passa a ser o resultado da interpretação<sup>605</sup>, de modo que “o ato do magistrado que consiste na aplicação da norma ao caso concreto constitui, não apenas no âmbito penal, o momento em que, de fato, o direito é revelado”<sup>606</sup>. O conteúdo da norma penal dependerá diretamente do exercício da atividade jurisdicional.

Pode-se dizer, a partir disso, que a jurisprudência adquirirá o valor de norma jurídica, responsável por estabelecer balizas para a guia do comportamento humano<sup>607</sup>.

Inegável, portanto, a importância da atividade jurisdicional para a construção do direito, e para a consequente possibilidade de autodeterminação do destinatário da norma, principalmente quando se trata da interpretação de conceitos normativos.

Conforme aponta Ana Elisa Bechara: “A interpretação pode, assim, ser considerada como a operação mais importante para a concretização do Direito, vinculando norma e realidade de modo a tornar atualizável a proibição penal”<sup>608</sup>.

O princípio da taxatividade, como previamente explorado, possui a função de garantir a previsibilidade das consequências jurídicas advindas da conduta, de modo que extrapola as obrigações impostas ao legislador<sup>609</sup>, sendo relativa, também, ao papel do Judiciário de concreção e uniformização do direito.

Uma vez que a taxatividade corresponde ao conhecimento da proibição normativa, ela ultrapassa o plano da formulação textual legislativa<sup>610</sup>. A ideia de determinação, portanto, além do texto normativo, abrange a atividade hermenêutica do julgador<sup>611</sup>. Na lição de Francesco Palazzo:

---

<sup>604</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 38.

<sup>605</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 39.

<sup>606</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. cit., p. 38.

<sup>607</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 72.

<sup>608</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 139.

<sup>609</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial...*, cit., p. 97.

<sup>610</sup> PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 489.

<sup>611</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal...*, cit., p. 139.

A taxatividade deixa, assim, de constituir aquele terreno pantanoso para tornar-se, pelo contrário, o lugar hermenêutico no qual o juiz desnuda a própria escolha na concretização da norma ao confrontar tal escolha com as opções legislativas expressas no tipo legal – o famoso <<tipo>> criminal, verdadeira *ratio essendi* do ilícito penal. Nessa perspectiva a taxatividade deixa de perpetuar a utilização da proteção linguística, sempre ambígua e anfibológica, para desvelar as razões da escolha hermenêutica e da sua coerência com a escolha legislativa<sup>612</sup>.

Por conta disso, “faz-se necessário o alargamento da virtualidade do mandado de determinação também à decisão judicial”<sup>613</sup>. Conforme aponta Francesco Palazzo: “Em substância, <<taxativo>> não é tanto o texto normativo em si quanto o processo e o resultado hermenêutico a que pode chegar o juiz”<sup>614</sup>.

Jesús Maria Silva Sánchez aponta que a garantia da segurança jurídica não seria decorrente da letra da lei, por si só, mas principalmente fruto da estabilidade (ou previsibilidade) da atividade interpretativa judicial<sup>615</sup>. A exigência de obediência ao princípio da legalidade, nesses termos, estaria intimamente conectada, também, à existência de interpretações judiciais previsíveis e acessíveis<sup>616</sup>.

José Rodrigo Rodríguez propõe a reformulação de um conceito de segurança jurídica voltado exclusivamente à letra da lei, a fim de que nele incluam-se critérios de fundamentação das decisões judiciais:

Seja como for, toda esta discussão sugere que o problema da segurança jurídica não se resolve apenas com o texto da lei. É preciso levar em conta o processo de aplicação e também a fundamentação das decisões judiciais na discussão sobre segurança jurídica, o que significa, em outras palavras, sair de um paradigma textualista para entrar num paradigma argumentativo<sup>617</sup>.

Isso não significa pressupor que a atividade legislativa, de criação da norma abstrata, possa ser confundida com o exercício de sua concretização a ser realizado posteriormente e a partir de um caso concreto pelo julgador<sup>618</sup>. O magistrado, por outro lado, violará o princípio

<sup>612</sup> PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 493.

<sup>613</sup> GOMES, Mariângela de Magalhães Gama. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 97.

<sup>614</sup> PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 493.

<sup>615</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. ¿Legalidad penal líquida? *Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2022. ISSN 1698-739X. Disponível em: <https://indret.com/legalidad-penal-liquida/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

<sup>616</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. ¿Legalidad penal líquida? Cit., p. 3.

<sup>617</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como deciden las cortes? Para una crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 214.

<sup>618</sup> PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 487.

<sup>618</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 491.

da taxatividade toda vez que suas decisões, ainda que estejam de acordo com o sentido linguístico da lei, viole as escolhas “tipológicas” do legislador<sup>619</sup>.

O fato é que o sentido da legalidade, enquanto garantia, não pode ser plenamente satisfeito apenas pela atividade do legislador, impondo, também, obrigações de fundamentação ao aplicador da norma penal.

A atividade jurisdicional não pode ser entendida como livre exercício imaginativo do julgador. A interpretação deve ser realizada com vistas aos limites impostos pela lei escrita e pelos princípios guiantes do direito penal. Como adverte Ana Elisa Bechara:

De outra parte, a consideração judicial dos elementos normativos do tipo como “carta branca” a possibilitar a ampla aplicação do dispositivo incriminador, conforme a mera opinião do julgador, leva também ao risco de acentuação da seletividade penal, na medida em que é apta a violar o princípio da igualdade perante a lei, no âmbito de um intolerável direito penal do autor<sup>620</sup>.

A dogmática, por sua vez, possui a função de intermediar a relação entre a lei e a atividade do julgador, servindo como “ferramenta estruturada para a solução de casos concretos”<sup>621</sup>. O desenvolvimento teórico até o momento realizado, portanto, serve para que se possa estabelecer parâmetros de interpretação jurídica possível do discurso de ódio criminalizado no marco de um direito penal inserido no Estado Democrático de Direito e que tem, em seu cerne, a figura do indivíduo.

O objetivo a seguir, portanto, é o de analisar a interpretação e aplicação da norma que criminaliza o discurso de ódio, com foco na necessidade de constatação de afetação do bem jurídico, a partir dos critérios dogmáticos previamente desenvolvidos. Mais do que o resultado final, ou seja, de atribuição ou não de responsabilidade penal, importa o percurso argumentativo e se ele atende, ou não, aos requisitos mínimos impostos pelo princípio da lesividade, tendo em vista o limitado campo de legítima incidência penal ao discurso de ódio.

Em resumo, cabe analisar se os julgados explicitam qual seria o bem jurídico tutelado pela norma, se esse bem jurídico eleito é efetivamente um objeto legítimo de tutela, se há constatação de sua afetação e se essa constatação está justificada com base nas circunstâncias concretas do caso.

---

<sup>619</sup> PALAZZO, Francesco. Op. cit., p. 493.

<sup>620</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 391.

<sup>621</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Processo penal humanista*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 113.

## 4 ANÁLISE COMPARATIVA DE CRITÉRIOS

A partir dos parâmetros dogmáticos anteriormente desenvolvidos, parte-se para análise comparativa de critérios utilizados, na prática, para configuração do discurso de ódio criminalmente relevante. Serão investigados aqueles adotados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos e pelo Superior Tribunal de Justiça para que se possa refletir sobre sua legitimidade.

### 4.1 Metodologia adotada e justificativa

A escolha pelo estudo de cada um dos sistemas justifica-se metodologicamente.

O interesse pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos dá-se na medida em que o Brasil é Estado-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tendo ratificado-a e submetido-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>622</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos não foi, até o presente momento, instada a se manifestar sobre a aplicação do artigo 13.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê a proibição penal do discurso de ódio.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por outro lado, em seus Informes Temáticos da Relatoria Especial para Liberdade de Expressão, elaborou diretrizes para interpretação normativa do artigo criminalizador do discurso de ódio, a partir dos quais é possível que se extraiam conclusões sobre o tema.

A Comissão possui função fundamental de garantir o respeito aos direitos humanos pelos Estados-membros, por meio da elaboração de recomendações, relatórios e pedidos de informações<sup>623</sup>. Também realiza frequentes visitas *in loco* aos países, a partir das quais desenvolve diretrizes para a efetiva promoção dos direitos humanos na jurisdição interna dos Estados-membros<sup>624</sup>.

Além disso, cabe à Comissão avaliar as demandas individuais e propor soluções de conciliação antes de constatar a necessidade de remetê-las à atividade jurisdicional da Corte

---

<sup>622</sup> Sobre os possíveis níveis de proteção dos direitos humanos a que estão sujeitos os Estados do continente americano, consultar: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *Direito Penal e Direitos Humanos: Análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 59.

<sup>623</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *Direito Penal e Direitos Humanos...*, cit., p. 62.

<sup>624</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *Direito Penal e Direitos Humanos...*, cit., p. 64.



Interamericana de Direitos Humanos<sup>625</sup>. Funciona, assim, como “filtro” da judicialização de pleitos.

Com relação ao Brasil, por vezes, a atividade da Comissão revestiu-se de grande importância, como ensina Mariângela Gama de Magalhães Gomes: “Na experiência brasileira, é possível observar relevante impacto das decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na legislação e na orientação de políticas públicas”<sup>626</sup>. Interessa, portanto, o estudo de seu posicionamento com relação às possibilidades de punição criminal do discurso de ódio, como medida necessária à proteção dos direitos humanos.

Por evidente, o Brasil não é signatário da Convenção Europeia de Direitos de Humanos e não está sujeito à jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que não elimina a relevância da investigação quanto aos critérios que a Corte adota.

O alcance das decisões de uma corte internacional de direitos humanos não se esgota aos Estados sob sua jurisdição. Os efeitos de uma manifestação por uma corte internacional de direitos humanos pode possuir alcance muito maior do que apenas aquele restrito às partes do processo.

Como decorrência do que Mariângela Gama de Magalhães Gomes chama de “diálogo entre cortes”, tribunais internacionais influenciam-se mutuamente e seus posicionamentos possuem potencialidade de atingir decisões de outros órgãos internacionais, bem como a cultura jurídica interna de países que não estão necessariamente sob sua jurisdição<sup>627</sup>.

Diante de seu potencial alcance internacional, importa entender como a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende o discurso de ódio criminalizado.

Além disso, cabe observar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em contraste com o que foi dito com relação à Corte Interamericana de Direitos Humanos, possui vasta jurisprudência sobre o assunto. São inúmeras as decisões que versam sobre a obrigatoriedade de punição criminal do emissor do discurso de ódio, o que propicia terreno fértil para extração de conclusões.

Também, como se verá, os critérios adotados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Europeia de Direitos Humanos são bastante diversos, de modo que esta fornece relevante material para análise comparativa.

---

<sup>625</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *Direito Penal e Direitos Humanos: Análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 63.

<sup>626</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *Direito Penal e Direitos Humanos...*, cit., p. 64.

<sup>627</sup> GOMES, Mariângela Gama de Magalhães Gomes. *Direito Penal e Direitos Humanos...*, cit., p. 373 e 374.

Tendo em vista a farta jurisprudência sobre o tema, a extração dos critérios adotados pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos para criminalização discurso de ódio será realizada por meio do estudo de casos. Por uma impossibilidade prática de exploração de todos os julgados e realização de eventual análise quantitativa, foram selecionadas qualitativamente decisões consideradas ilustrativas e relevantes para investigação dos parâmetros adotados pela Corte, com foco na possibilidade de aferição da lesividade do bem jurídico.

Como se sabe, os sistemas e cortes internacionais de direitos humanos não possuem obrigação positiva de respeito ao princípio da proteção de bens jurídicos e o seu papel é o de analisar a adequação (ou necessidade) da punição criminal como medida de preservação dos direitos humanos. De toda forma, a constatação de lesividade da conduta é essencial para que se possa concluir pela legitimidade da intervenção penal e os parâmetros adotados pelos sistemas internacionais de direitos humanos serão ilustrativos nesse sentido.

Quanto ao cenário brasileiro, optou-se por analisar julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), uma vez que se trata de uma das mais altas cortes do país, que reúne casos de todos os estados da federação e possui, nesse sentido, função unificadora da jurisprudência nacional.

Privilegiou-se a escolha pelo Superior Tribunal de Justiça em detrimento do Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que o primeiro realiza análise mais aproximada dos fatos, de modo a facilitar a compreensão do caso e de critérios objetivos para incidência normativa. Também, o STJ, em sede de recurso especial, deve analisar a adequação das decisões dos tribunais inferiores à legislação federal infraconstitucional, o que abrange, portanto, a norma do artigo 20 da Lei 7.716/1989. Recursos extraordinários, de competência do STF, por outro lado, restringem-se a matérias de natureza constitucional, de modo que não permitem, em tese, apreciações sobre a incidência do artigo tipificador do discurso de ódio.

Serão explorados os acórdãos do STJ que apareceram nas buscas sobre o tema e a partir dos quais é possível que se extraiam conclusões sobre o discurso de ódio punível no direito brasileiro. Não serão analisadas decisões monocráticas, apenas colegiadas.

A fim de abranger o máximo de casos possível sobre o assunto, as buscas pelo sistema de pesquisas do sítio eletrônico do STJ foram realizadas pela aplicação das palavras-chave: “discurso de ódio”; “discurso e ódio”; “incitação e ódio”; “incitar e ódio”; “incitação e discriminação”; “incitar e discriminação”; “incitação e preconceito”; “incitar e preconceito”; “induzir e ódio”; “indução e ódio”; “induzir e discriminação”; “indução e discriminação”; “induzir e preconceito”; “indução e preconceito”; “7.716/89” e; “7.716/1989”.

A partir dos resultados obtidos, foram filtrados aqueles cuja análise permite extrair conclusões sobre a configuração do discurso de ódio criminalmente relevante. Assim, foram excluídos os julgados que não eram relativos à matéria, que eram referentes à prática de outro delito, que tratavam apenas de questões processuais, ou que a fundamentação não permitiu a extração de qualquer conclusão, pela vagueza das descrições dos fatos ou da justificação.

Registre-se que o Habeas Corpus nº 15.155/RS, que trata do caso Ellwanger, não apareceu na busca do sistema eletrônico do STJ pelas palavras-chave listadas. Por se tratar de caso paradigma, tendo seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal tornado-se referência quanto ao tema do discurso de ódio no Brasil, incluiu-se neste estudo a análise do referido julgado do STJ.

#### **4.2 Sistema Interamericano de Direitos Humanos**

Como explicado, a análise dos critérios adotados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos para criminalização do discurso de ódio será realizada a partir do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e dos Informes Temáticos da Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que versam sobre discurso de ódio.

O artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (Pacto de San José da Costa Rica) prevê a proteção das liberdades de pensamento e expressão e as conceitua, nos seguintes termos:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha<sup>628 629</sup>.

Os itens 2 a 5 do mesmo artigo da Convenção contém previsões taxativas das possibilidades legais de restrição ao exercício do direito de liberdade de expressão.

---

<sup>628</sup> OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 26 out. 2022.

<sup>629</sup> Para mais informações sobre o conteúdo e o alcance do artigo 13 da CADH conforme interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, consultar: OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

A proibição do discurso de ódio está disposta no item 5: “5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

A partir da leitura do dispositivo percebe-se que é possível dividir a proibição em duas partes: a primeira delas seria a “propaganda a favor da guerra”; e a segunda referente à “apologia ao ódio”.

Com relação à “apologia ao ódio”, o texto legislativo já permite algumas conclusões interpretativas de seu alcance. A norma prevê que o discurso punível, ou, ainda, o “ódio”, deve ter relação com a nacionalidade, a raça ou a religião. Há um rol definido de características de grupo que serão penalmente relevantes. O texto também impõe que a manifestação deve configurar “incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”.

Os parâmetros interpretativos do artigo 13.5 e, portanto, da proibição do discurso de ódio no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos podem ser extraídos a partir do material elaborado pela Relatoria Especial para Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direito Humanos.

Em 2004, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou capítulo que compõe o Relatório Temático sobre a Liberdade de Expressão denominado “As Expressões de Ódio e a Convenção Americana de Direitos Humanos”<sup>630</sup>.

O capítulo inicia ressaltando a gravidade e a amplitude do problema do discurso de ódio, que, nas suas palavras, “não conhece fronteiras de tempo nem de espaço”<sup>631</sup>. Lembra que, desde a Alemanha nazista, à Ku Klux Klan nos Estados Unidos, à Bósnia nos anos noventa e ao genocídio em Ruanda em 1994, expressões de ódio foram utilizadas para justificar perseguições e restrições a direitos humanos e, em caso extremo, racionalizar o homicídio<sup>632</sup>. O fato é que o discurso de ódio frequentemente acompanha crimes contra a humanidade<sup>633</sup>.

Conforme consta do documento, o objetivo da CIDH era o de desenvolver os parâmetros básicos para definição das expressões de ódio puníveis de acordo com o artigo 13.5 da CADH, uma vez que, até aquele momento, eles não haviam sido interpretados ou desenvolvidos nem pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (como, até agora, não foram), nem pela própria Comissão.

---

<sup>630</sup> CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VII (Las Expresiones de Odio y la Convención Americana de Derechos Humanos).

<sup>631</sup> Tradução livre. CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VII (Las Expresiones de Odio y la Convención Americana de Derechos Humanos), § 1.

<sup>632</sup> CIDH. Informe Anual 2004, cit., § 1.

<sup>633</sup> CIDH. Informe Anual 2004, cit., § 4.

Tendo em vista a inexistência de jurisprudência, a CIDH aponta que o exercício interpretativo dos limites à liberdade de expressão pela configuração do discurso de ódio será realizado também por meio de um estudo comparativo com instrumentos e jurisprudência internacionais. Utiliza, assim, a Declaração Universal de Direitos do Homem, o Estatuto de Roma e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como decisões do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, do Tribunal Internacional de Nuremberg e da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Nesse sentido, considera que “[...] *la jurisprudencia de estos sistemas sobre el derecho a la libertad de expresión son fuentes valiosas que pueden iluminar la interpretación de este derecho en el sistema americano*”<sup>634</sup>.

Os critérios estabelecidos pela Corte Europeia de Direitos Humanos serão abordados com maior profundidade no item seguinte deste estudo. Por hora, serão apenas ressaltados aqueles utilizados pela CIDH para desenvolver sua própria conceituação.

O Relatório, então, narra alguns casos da jurisprudência internacional para mapear critérios e, a partir deles, concluir que deve ser dada a interpretação mais favorável ao indivíduo, ou seja, aquela que melhor garanta o exercício de seus direitos e liberdades. Dessa forma, afirma que a Corte Interamericana já estabeleceu que, em caso de aplicabilidade da CADH e de outro tratado internacional sempre “deve prevalecer a norma mais favorável à pessoa humana”. O referencial de outros sistemas jurídicos não poderia ser utilizado de modo a corroer as garantias da CADH<sup>635</sup>.

Ressalta também que a interpretação da CADH deve ser realizada com vistas às “justas exigências da democracia”. A noção de democracia, portanto, torna-se elemento orientador da interpretação normativa, voltada à proteção do indivíduo nesse contexto.

A partir dessas premissas, conclui que o texto da CADH possui proteção mais ampla à liberdade de expressão, motivo pelo qual deve prevalecer a redação do artigo 13.5 com relação às conclusões da jurisprudência dos outros sistemas jurídicos.

A diferença essencial estaria no critério da violência.

Enquanto a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e, portanto, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê das Nações Unidas não dependem de sua constatação para configuração do

---

<sup>634</sup> CIDH. Informe Anual 2004, cit., § 5.

<sup>635</sup> CIDH. Informe Anual 2004, cit., § 34.

discurso de ódio criminalmente punível, para as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, “a violência é um requisito para qualquer restrição”<sup>636</sup>.

Conforme pondera o texto do Relatório: “*El mayor alcance del PIDCP y de la Convención Europea demuestra la voluntad de estos dos sistemas de justificar las restricciones al discurso que no caben en la estrecha categoría de la Convención Americana de ‘incitación a una violencia ilegítima’*”<sup>637</sup>.

O discurso de ódio criminalizado, portanto, como sugere o texto da CADH e confirma a interpretação conferida pela CIDH, estará configurado apenas quando houver efetiva incitação a ato de violência.

Em realidade, a tradução para o português da CADH poderia erroneamente sugerir que a proibição fosse mais larga, uma vez que fala em “incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”<sup>638</sup>. O texto em espanhol, contudo, possui redação mais retritiva ao dispor sobre “*incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar*”<sup>639</sup> e a versão em inglês, de maneira similar, refere-se a “*incitements to lawless violence or to any other similar action*”<sup>640</sup>. Tanto o texto espanhol, quanto o texto inglês, portanto, colocam o vetor da violência em evidência.

De toda forma, o fato é que a Comissão não deixa dúvidas e, ao interpretar o artigo 13.5 da CADH, aponta categoricamente a violência como requisito essencial à configuração do discurso de ódio proibido.

O Informe Anual da CIDH sobre Liberdade de Expressão de 2015<sup>641</sup>, em capítulo intitulado “*Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America*” explora os requisitos para configuração da incitação à violência.

Aponta, assim, que (i) deve haver prova atual, certa e objetiva de que havia a intenção de promover violência, bem como que (ii) a conduta possuía efetiva capacidade para produzir

<sup>636</sup> CIDH. Informe Anual 2004, cit., § 46.

<sup>637</sup> CIDH. Informe Anual 2004, cit., § 46.

<sup>638</sup> OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Texto em português. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 26 out. 2022.

<sup>639</sup> OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Texto em espanhol. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>. Acesso em: 26 out. 2023.

<sup>640</sup> OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Texto em espanhol, cit.

<sup>641</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015.

o resultado almejado e, por conta disso, represente risco concreto de dano aos membros do grupo atingido<sup>642</sup>. Nas palavras do Informe:

*A la luz de lo anterior, la Comisión ha establecido que la imposición de sanciones bajo el cargo de apología del odio que constituya “incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar” – conforme a la definición y prohibición del artículo 13.5 de la Convención Americana, requiere un umbral alto. Estas sanciones deben tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de promover la violencia ilegal o cualquier otra acción similar contra las personas LGBTI, así como la capacidad de lograr este objetivo y que ello signifique un verdadero riesgo de daños contra las personas que pertenecen a estos grupos*<sup>643</sup>.

Parte-se do pressuposto de proteção de todas as formas de discurso, “independentemente de seu conteúdo e do grau de aceitação por parte do governo e da sociedade”<sup>644</sup>.

A manifestação de opinião, ainda que dura, injusta ou perturbadora não poderá ser criminalizada<sup>645</sup>. A possibilidade de imposição de punição depende da clara intenção de promover violência, somada à sua real possibilidade de concretização e, portanto, da constatação de perigo real às pessoas a quem se dirige.

Discursos abertamente preconceituosos e socialmente incômodos, apenas por tais características, não poderão ser sancionados. Nesse sentido, afirma a CIDH:

*Resulta particularmente importante la regla según la cual la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan o*

<sup>642</sup> Conforme apontado anteriormente, o texto do artigo 13.5 da CADH refere-se a discursos que tenham relação com a nacionalidade, a raça ou a religião. A CIDH, contudo, estendeu seus efeitos também para manifestações motivadas pela orientação sexual, identidade de gênero ou diversidade corporal: “La CIDH y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideran que, a la luz de los principios generales de la interpretación de los tratados, la ‘apología del odio’ dirigida contra las personas sobre la base de su orientación sexual, identidad de género o diversidad corporal, que constituya incitación a la violencia o a ‘cualquier otra acción ilegal similar’ se enmarca dentro de esta disposición y por lo tanto resulta contraria a la Convención Americana”. (CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015. p. 377).

<sup>643</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 379.

<sup>644</sup> Tradução livre, CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 379.

<sup>645</sup> Registre-se que é também entendimento consolidado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que a liberdade de expressão deve abarcar não apenas informações positivas ou neutras, mas também aquelas que possuem potencial de chocar ou incomodar, nesse sentido: “Dicha libertad no sólo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población.” (OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n. 74)

*resultan ingratas a los funcionarios públicos o a un sector de la población. Tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad verdaderamente democrática*<sup>646</sup>.

Dessa forma, ainda que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos imponha obrigação de criminalização do discurso de ódio como medida necessária à proteção dos direitos humanos, tal proibição somente será mandatária em circunstâncias limitadas, ou seja, quando constatada incitação à violência<sup>647</sup>, nos termos previamente desenvolvidos. Seria razoável pressupor que a restritiva definição poderia servir, em tese, como freio ao poder punitivo dos Estados signatários da CADH.

Conforme os parâmetros previamente desenvolvidos neste estudo, está correta a afirmação de que a manifestação de opiniões, ainda que severas, chocantes e capazes de ferir sentimentos, não pode ser considerada crime, uma vez que é insuficiente para que se atenda aos requisitos mínimos de lesividade para imposição da sanção criminal. A mera ofensa não é conduta materialmente típica.

A partir dos requisitos interpretativos elaborados pela CIDH, percebe-se que se considera crime apenas o discurso de ódio classificado como ‘incitatório’, conforme definição desenvolvida por Landa Gorostiza, em que o objetivo seria o de mobilizar o auditório e ampliar o coletivo de agressores, criando uma cadeia de violência<sup>648</sup>. Seriam atípicos os discursos de ódio de traço ‘injuriante’, ou seja, que visam a humilhação da vítima<sup>649</sup>.

Mais do que isso, como dito, o discurso, além de incitatório, deve representar efetivo risco aos membros da coletividade-alvo. Ou seja, para a CIDH, o perigo é resultado necessário a ser aferido para vedação do discurso. Trata-se de crime de perigo concreto, em que a constatação de lesividade e a conseqüente possibilidade de sanção dependerão da existência de risco real.

Nesse sentido, ainda que não afirme expressamente, a partir dos critérios da violência e do risco, é possível concluir que o discurso de ódio criminalizado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos é crime de perigo concreto voltado à proteção de bens jurídicos como a integridade física e a vida.

Para a CIDH, discursos de ódio que abertamente estigmatizem ou discriminem pessoas e grupos por conta de características identitárias reais ou percebidos, mas que não configurem

<sup>646</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., pgs. 376 e 377.

<sup>647</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 376.

<sup>648</sup> GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 62.

<sup>649</sup> GOROSTIZA, Jon-Mirena Landa. *Los delitos de odio...*, cit., p. 62.



“incitação à violência” poderão estar sujeitos a responsabilização administrativa ou civil, mas não criminal<sup>650 651</sup>.

Os parâmetros punitivos elaborados pela CIDH, portanto, são mais estreitos do que aqueles a princípio desenvolvidos por este estudo. Como explorado, além do discurso de ódio incitatório, admite-se a possibilidade de punição por discurso que tenha o condão de afetar o reconhecimento, enquanto bem jurídico legítimo de tutela, pela configuração de delito de perigo abstrato.

Como previamente adiantado, a partir da análise de outros sistemas jurídicos internacionais, a CIDH concluiu que a CADH possui previsão que melhor garante a liberdade individual, devendo, portanto, prevalecer. Ressalta, diante disso, que a jurisprudência da ONU e da União Europeia não podem ser parâmetros finais para a restrição do exercício da liberdade de expressão, mas servem como *standards* mínimos de análise<sup>652</sup>.

Com base no estudo de casos da jurisprudência internacional, a CIDH conclui pela existência de três parâmetros básicos que devem orientar o exercício interpretativo, quais sejam, (i) o propósito (ou fim), (ii) o contexto, e (iii) a causalidade<sup>653</sup>.

Para os fins deste estudo, e, portanto, para a investigação sobre os critérios que indiquem a lesividade do bem jurídico, é relevante a conclusão sobre a necessidade de reflexão sobre o contexto em que se deu a manifestação para aferição da possibilidade de imposição de punição criminal.

A CIDH menciona dois exemplos em que o contexto foi essencial para o desfecho dos casos. No primeiro deles, o Tribunal Internacional para Ruanda concluiu que a fala que versava sobre massacres, por ter sido proferida em contexto em que estes estavam efetivamente

---

<sup>650</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015. p. 378.

<sup>651</sup> É necessário registrar que a CIDH impõe outros requisitos para que seja possível a criminalização do discurso de ódio, mas que não serão explorados, uma vez que não tratam da lesividade da conduta, objeto de investigação central deste estudo. Nesse sentido, a Comissão aponta que as restrições à liberdade de expressão devem: (i) estar previstas em lei; (ii) servir a fim legítimo estabelecido pelo direito internacional; e (iii) serem necessárias para alcançar o fim pretendido. Bem como: (i) ninguém deve ser punido por dizer a verdade; (ii) ninguém deve ser penalizado por divulgar expressões de ódio a não ser que se demonstre que as divulga com a intenção de incitar a discriminação, a hostilidade ou a violência; (iii) deve ser respeitado o direito de jornalistas a decidir sobre a melhor forma de transmitir informações e comunicar ideias ao público, em particular, quando informem sobre racismo e intolerância; (iv) ninguém deve ser submetido a censura prévia; (v) toda imposição de sanção pela justiça deve estar em conformidade com o princípio da proporcionalidade. (CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VII (Las Expresiones de Odio y la Convención Americana de Derechos Humanos, § 4 e CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015. p. 380).

<sup>652</sup> CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., § 35.

<sup>653</sup> CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., § 31, 32 e 33.

ocorrendo teriam o condão de “exacerbar uma situação já explosiva” e estariam, por isso, sujeitos a punição. No segundo, a CIDH pondera que a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) admite que expressões proferidas em contexto de crítica política contra o governo estão submetidas a maior grau de proteção. A CIDH destaca então que:

*El contexto también es un aspecto importante en todo análisis de la expresión, dado que la misma frase puede tener dos significados en dos contextos diferentes –lo que puede ser benigno en tiempos de calma, por ejemplo, puede adquirir la condición de incitación en el contexto de una guerra civil<sup>654</sup>.*

Novamente, portanto, o posicionamento da CIDH está alinhado com as premissas desenvolvidas neste estudo. A análise da materialidade típica, ou da potencialidade lesiva da conduta, deverá necessariamente passar pelo contexto em que se deu o discurso. A mesma fala proferida em diferentes circunstâncias concretas pode ou não representar perigo relevante ao bem jurídico tutelado, sendo indispensável que o julgador justifique a imposição da punição com base nesse critério.

A análise dos julgados da CEDH elencados pela CIDH indica que, no Sistema Europeu, a imposição de punição criminal do discurso é, em alguns casos, justificada por uma necessidade de proteção da segurança nacional. O Informe da CIDH aponta, então, que a restrição da liberdade de expressão com base na preservação segurança nacional poderia ser realizada por meio do artigo 13.2 da CADH<sup>655 656</sup>.

Registre-se, contudo, que o Informe Anual da CIDH sobre Liberdade de Expressão de 2009 destaca que a limitação do exercício da liberdade de expressão com fulcro no artigo 13.2 da CADH também depende de prova certa, atual e contundente de que não se tratava de manifestação de opinião, mas sim que havia intenção de cometer um delito, bem como a possibilidade real, certa e efetiva de que o objetivo pudesse ser concretizado. A CIDH aponta que tal pressuposto é essencial a fim de impedir que expressões de crítica contra a ordem

<sup>654</sup> CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit, § 35.

<sup>655</sup> CIDH. Informe Anual 2004. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit, § 46.

<sup>656</sup> Artigo 13.2 CADH: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”. (OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 26 out. 2022)

política e as instituições vigentes sejam censuradas, o que seria frontalmente contrário às premissas do regime democrático<sup>657</sup>.

Resta claro que, também nesses casos, tratar-se-á de crime de perigo concreto, em moldes similares à configuração típica do artigo 13.5 da CADH. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a restrição penal à liberdade de expressão dependerá da comprovação do resultado perigoso. O que não é verdade quando se analisam os julgados da CEDH elencados pela CIDH e que ficará mais evidente pela análise a ser desenvolvida no item seguinte deste estudo.

Apesar de o discurso de ódio criminalizado estar sujeito a uma definição estreita, que carrega a centralidade do elemento da violência, a CIDH destaca que manifestações de cunho discriminatório proferidas por funcionários públicos possuem maior gravidade e devem ser dirigidas com seriedade. Isso, pois, ocupantes de cargos públicos, ainda que não tenham diretamente incitado ou instruído a violência, podem colocar as vítimas de seu discurso em maior situação de vulnerabilidade diante do Estado ou de determinados setores sociais<sup>658</sup>.

Considera-se, portanto, que o discurso oficial possui maior potencial lesivo do que aquele proferido por particular<sup>659</sup>.

---

<sup>657</sup> CIDH. Informe Anual 2009. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. p. 170.

<sup>658</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015. § 30.

<sup>659</sup> Interessante registrar, por outro lado, que a Corte Interamericana de Derechos Humanos fixou entendimento de que pessoas que ocupam cargos públicos estão sujeitas a um maior grau de escrutínio social e devem suportar ataques verbais mais severos. Discursos de interesse público, contra funcionários públicos no exercício de sua função ou contra particulares que voluntariamente envolveram-se em questões de interesse público estão sujeitos a maior de proteção. Nesse sentido, Corte IDH. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), §86: “Respecto al derecho a la honra, las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza, como sucede cuando un juez investiga una masacre en el contexto de una dictadura militar, como ocurrió en el presente caso”. Para aprofundamento do tema, consultar, também: Corte IDH. Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH. Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Apesar de não impor a obrigação de punição criminal nesses casos, o fato de a CIDH destacar que a posição do emissor pode influenciar na lesividade da conduta condiz com os critérios elencados por este estudo para análise da tipicidade material.

Como exemplo de discurso de ódio não incitatório, mas que desperta preocupação relevante por ter sido proferido por funcionário público, a CIDH destaca o projeto da “cura gay” defendido em 2013 por Marco Feliciano, à época, Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados do Brasil. O parlamentar afirmou, publicamente e no exercício de sua função, que “querem impor uma ditadura gay no país para expulsar Deus do Brasil” e que “a podridão dos sentimentos homoafetivos leva ao ódio, ao crime e à rejeição”<sup>660</sup>. Também foram levantados exemplos de discursos estigmatizantes e discriminatórios proferidos por funcionários públicos na Costa Rica, na Colômbia e na Venezuela que mereceriam especial reprovação<sup>661</sup>.

As falas de Marco Feliciano são ilustrativas pois, ainda que não se encaixem na definição de “incitação à violência” foram abordadas pela CIDH como exemplo de discurso que deve estar submetido a maior restrição. Presume-se o maior alcance da conduta e, portanto, de seu potencial lesivo, por conta da posição do emissor.

A CIDH aponta, além disso, que, mais do que apenas se absterem de difundir mensagens de ódio, as autoridades públicas possuem o dever de ativamente contribuir para um clima de respeito, que permita que todas as pessoas possam expressar seus pensamentos e opiniões sem medo de ataques e estigmatização<sup>662</sup>.

Como dito, este não é um estudo de política criminal. Interessante saber, contudo, que a estreita definição do discurso de ódio punível no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, lastreada no critério da violência, provém de posicionamento político ideológico de que a censura da fala não é meio eficiente para combater desigualdades<sup>663</sup>.

A CIDH aponta que manifestações que estigmatizam pessoas podem ser ofensivas, dolorosas e inclusive aumentar o sentimento de insegurança social e a marginalização, mas que a sua proibição não é o melhor caminho para resolver a discriminação estruturalmente arraigada na sociedade. Nas palavras do Relatório de 2015:

---

<sup>660</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015. p. 382.

<sup>661</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 382 e 383.

<sup>662</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 383.

<sup>663</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 379.

La representación negativa o derogatoria y otras expresiones que estigmatizan a las personas LGBTI, sin duda son ofensivas y dolorosas y además aumentan su marginalización, estigmatización e inseguridad general. No obstante, la Comisión y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión consideran que la prohibición jurídica de este tipo de discurso no eliminará el estigma, el prejuicio y el odio profundamente arraigados en las sociedades de América. En muchos contextos, debido a las desigualdades sociales estructurales, las visiones discriminatorias y el prejuicio existente en el discurso público no pueden ser erradicados a través de sanciones legales<sup>664</sup>.

A Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão da CIDH entende que é necessário que os Estados adotem ações positivas para garantir o exercício da liberdade de expressão de pessoas afetadas e invisibilizadas pelo discurso de ódio e que criem políticas que efetivamente as empoderem<sup>665</sup>. A solução, nesse sentido, estaria em mais e não em menos discurso, devendo prevalecer a lógica da “justiça do argumento”<sup>666</sup>. Políticas públicas eficientes para combate ao preconceito seriam extrapenais e de caráter preventivo, como medidas socioeducativas e de divulgação de conteúdo inclusivo<sup>667</sup>.

Com base, portanto, nessa postura político-ideológica, a interpretação das possibilidades punitivas do artigo 13.5 da CADH são estreitas. Ainda que, como dito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não tenha sido provocada a aplicar o dispositivo, a partir da interpretação conferida pela CADH, é possível concluir que o discurso de ódio criminalizado será aquele de caráter incitatório e que represente perigo concreto a bens jurídicos individuais como a integridade física e a vida.

### 4.3 Sistema Europeu de Direitos Humanos

Os critérios adotados pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos para configuração do discurso de ódio criminalizado são significativamente mais amplos, expandindo, com isso, as possibilidades de punição do discurso.

A proteção à liberdade de expressão está prevista e definida no item 1 do artigo 10º da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH):

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir

<sup>664</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos de Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015. p. 379.

<sup>665</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 379.

<sup>666</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 379.

<sup>667</sup> CIDH. Informe Anual 2015. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cit., p. 384-389.

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<sup>668</sup>.

As hipóteses de restrição ao exercício desse direito, por sua vez, estão dispostas no item seguinte do mesmo artigo:

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<sup>669</sup>.

A leitura dos dispositivos já indica a diferença das escolhas legislativas entre a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia de Direitos do Homem. Enquanto, na primeira, as possibilidades punitivas do discurso são previstas de maneira taxativa, na última, o uso da linguagem é aberto, o que, a princípio, indica maior incidência da norma proibitiva. Sobre isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já destacou:

*45. La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo "necesari(o) en una sociedad democrática", habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa<sup>670</sup>.*

Conforme se extrai do artigo 10.2 da CEDH, a proibição do discurso será legítima quando necessária no contexto de uma sociedade democrática, tendo em vista os fins de protecção da segurança nacional, da integridade territorial, da prevenção ao crime, e assim por

<sup>668</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Court of Humans Rights. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 26 out. 2022.

<sup>669</sup> COUNCIL OF EUROPE. European Court of Humans Rights. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, cit.

<sup>670</sup> OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, § 45).

diante. A vagueza do texto normativo abre margem para diversas possíveis interpretações<sup>671</sup>. Não consta previsão expressa de vedação ao discurso de ódio.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), contudo, tem se mostrado “especialmente beligerante” na punição de diversas formas de manifestação do discurso de ódio<sup>672</sup>.

Para tanto, conforme aponta Rafael Alcácer Guirao, o TEDH, por vezes, realiza o que denomina de “ponderação” entre valores e direitos, conforme a previsão do artigo 10.2 da CEDH<sup>673</sup>. Por outras, o Tribunal recorre ao que o autor chama de “delimitação negativa”, em que é aplicada a cláusula de abuso de direito, prevista no artigo 17º da CEDH, que dispõe<sup>674</sup>:

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.

Trata-se de dispositivo concebido como instrumento de combate aos ditos inimigos da democracia e para defesa da própria ordem democrática<sup>675 676</sup>. O discurso de ódio teria como objetivo a destruição ou limitação dos direitos, garantias e liberdades previstos na CEDH<sup>677</sup>.

A restrição da liberdade de expressão pela configuração do discurso de ódio no Sistema Europeu de Direitos Humanos conecta-se diretamente com a ideia de proteção da democracia.

A regulação do discurso de ódio no contexto europeu surge como reflexo das graves consequências do Holocausto<sup>678 679</sup>. A própria CEDH foi concebida no contexto do pós-

<sup>671</sup> MARTIN HERRERA, David. Libertad de Expresión: ¿Derecho Ilimitado Según el TEDH? Del Discurso de Odio al Crimen de Odio. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Publico*, ISSN 0423-4847, vol. 62, n. 2, 2014. p. 22 e 23.

<sup>672</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas em la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013. p. 311.

<sup>673</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto..., cit, p. 315.

<sup>674</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto..., cit., p. 315.

<sup>675</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 8.

<sup>676</sup> Para aprofundamento sobre a finalidade do artigo 17º na CEDH, consultar: TEDH. Caso *Lawless v. Ireland* (n. 3), Sentença de 1º de julho de 1961.

<sup>677</sup> ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022. p. 117.

<sup>678</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto..., cit., p. 312.

<sup>679</sup> É importante registrar que cada nação europeia teve diferentes experiências com crimes de ódio e intolerância, que refletiram em particularidades de suas legislações nacionais. A título de exemplo, registre-se que a Espanha caracteriza-se por ser um sistema de “democracia intransigente”. Para aprofundamento do tema, consultar: MARTINEZ, Francisco Valiente. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucia; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso*

Segunda Guerra Mundial (1950), a fim de servir como resposta aos regimes totalitários e como instrumento de prevenção contra a possibilidade de seu ressurgimento<sup>680</sup>.

As características de uma democracia militante, previamente definidas neste estudo, são inerentes à CEDH<sup>681</sup>. Pressupõe-se mais do que o respeito aos valores democráticos, mas uma adesão ativa a eles, bem como eliminação de tudo aquilo que os contrarie<sup>682</sup>. O conceito de democracia militante “envolve a noção de que o Estado deve defender a democracia dos seus ‘inimigos’, que não aceitam as regras do jogo democrático e pretendem subvertê-las”<sup>683</sup>.

A punição de discursos que incitem, promovam ou justifiquem o ódio seria reflexo da centralidade da dignidade humana, bem como da necessidade de afirmação de valores de tolerância e respeito, sem os quais não haveria democracia<sup>684</sup>.

Por outro lado, o TEDH possui jurisprudência sedimentada de que a liberdade de expressão, elemento essencial da democracia e do autodesenvolvimento individual, não abarca apenas manifestações positivas, inofensivas ou neutras, mas também aquelas que podem chocar e ofender. Essa noção seria premissa central também dos valores da pluralidade e da tolerância em uma sociedade democrática. Nas palavras do TEDH:

Nesse sentido, a Corte deve lembrar que a liberdade de expressão, assegurada no parágrafo 1 do Artigo 10 (art. 10-1), constitui um dos pilares essenciais de uma sociedade democrática e uma das condições básicas de seu progresso e da realização individual dos cidadãos. Sujeita ao parágrafo 2 (art. 10 -2), a liberdade de expressão é aplicável não apenas a “informações” ou “ideias” que sejam recebidas de forma favorável ou tidas como inofensivas ou indiferentes, mas também aquelas que ofendem, chocam ou incomodam. São essas as demandas do pluralismo, da tolerância e da abertura de ideias, sem os quais não existe “sociedade democrática”<sup>685 686</sup>.

---

totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública. Sevilla: Egregius Ediciones, 2018.

<sup>680</sup> MARTINEZ, Francisco Valiente. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucia; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*. Sevilla: Egregius Ediciones, 2018.

<sup>681</sup> GUIRAO, Rafael Alcácer. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2012, núm. 14-02 – ISSN 16950194. p. 8.

<sup>682</sup> MARTINEZ, Francisco Valiente. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucia; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*. Sevilla: Egregius Ediciones, 2018. p. 20.

<sup>683</sup> SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “Hate Speech”. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 26.

<sup>684</sup> Nesse sentido, TEDH. Caso *Erkaban v. Turkey*, Sentença de 6 de julho de 2006, § 56.

<sup>685</sup> TEDH. Caso *Lingens v. Austria*, Sentença de 8 de julho de 1986, § 41.

<sup>686</sup> Tradução livre, do original: “In this connection, the Court has to recall that freedom of expression, as secured in paragraph 1 of Article 10 (art. 10-1), constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 (art. 10-2), it is applicable not only to ‘information’ or ‘ideas’ that are favourably received or regarded as inoffensive



Trata-se do que Rafael Alcácer Guirao denominou de “paradoxo da tolerância”, que impõe o questionamento de se, com base nos valores do pluralismo e da tolerância, que são pilares centrais da democracia, deve ser proibida a propagação de ideias de intolerância e contrárias à própria democracia<sup>687</sup>.

É vasta a jurisprudência do TEDH que versa sobre a configuração do discurso de ódio criminalmente punível. Vejamos a partir de alguns exemplos práticos como são aplicados os dispositivos normativos e conciliados os mencionados valores, com foco na adequação das decisões às demandas de afetação do bem jurídico.

Um dos mais emblemáticos casos e que bem ilustra os critérios adotados pelo TEDH para determinação de se a imposição de punição criminal ao discurso de ódio viola ou não o artigo 10º é o *Féret v. Bélgica*<sup>688</sup>, julgado em 2009.

Por 4 votos a 3, o Tribunal considerou que a Bélgica não violou a garantia da liberdade de expressão prevista no artigo 10º da CEDH ao condenar criminalmente o reclamante pela prática de discurso de ódio.

O reclamante, M. Daniel Féret, enquanto presidente do partido político de extrema direita “Front National-Nationaal Front” e parlamentar em exercício, divulgou panfletos considerados de conteúdo xenofóbico e racista em período eleitoral.

Neles, lia-se, entre outros: “Imponha-se contra a islamificação da Bélgica”; “Interrompa-se a política de pseudo-integração”; “Devolvam-se os desempregados não europeus”; “Prioridade aos belgas e europeus na assistência social”; “Deixe-se de sustentar associações socioculturais de ajuda para integração dos imigrantes”; “Que o direito de asilo seja reservado [...] às pessoas de origem europeia realmente perseguidas por razões políticas”; “Entenda o ato de expulsão de imigrantes ilegais como simples aplicação da lei”; “Salvem o nosso povo do risco que representa o Islã conquistador”<sup>689</sup>.

---

*or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no ‘democratic society’”.*

<sup>687</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas em la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013. p. 311.

<sup>688</sup> TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009.

<sup>689</sup> Tradução livre, do original: “« s’opposer à l’islamisation de la Belgique », « interrompre la politique de pseudo-intégration », « renvoyer les chômeurs extra-européens », « réserver aux Belges et aux Européens la priorité de l’aide sociale », « cesser d’engraisser les associations socio-culturelles d’aide à l’intégration des immigrés », « réserver le droit d’asile [...] aux personnes d’origine européenne réellement poursuivies pour raisons politiques » « comprendre l’expulsion des immigrés en situation irrégulière comme une simple application de la loi », « sauver notre peuple du risque que constitue l’Islam conquérant » (TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. § 9)

O programa do partido disposto nos panfletos continha propostas como as de criar assistência social separada para os imigrantes, regulamentar mais severamente seu acesso ao mercado imobiliário, impedir o estabelecimento duradouro de famílias não europeias na Bélgica<sup>690</sup>, entre outras. Além de criticar o processo de naturalização belga, em que “sem papeis – ilegais e, portanto, delinquentes – são regularizados massivamente”<sup>691 692</sup>.

Havia também um panfleto com o título “O cuscuz clan” (em alusão à Ku Klux Klan), que retratava uma mulher usando véu e um homem de turbante segurando uma placa com os dizeres “O Alcorão diz: Matar os infiéis até que ocorra um banho de sangue” e, em seguida “O FN diz NÃO”<sup>693</sup>.

Para determinar se a vedação criminal do discurso violou ou não a CEDH, o TEDH propôs-se a responder se (i) estava prevista na lei doméstica, (ii) atendia a fins legítimos e (iii) era necessária em uma sociedade democrática. Conclui, sem dificuldades, que os dois primeiros requisitos foram atendidos, tendo a verdadeira fundamentação da sentença detido-se na investigação sobre a necessidade de punição criminal para os fins de uma sociedade democrática.

A sentença inicia delineando o que denomina de “princípios gerais” para depois aplicá-los ao caso concreto. Destaca que a proteção da liberdade de expressão não se limita apenas às ideias favoráveis ou neutras, mas também alcança aquelas que ferem, chocam e perturbam. Afirma que a verificação do requisito de a punição ser “necessária em uma sociedade democrática” depende da constatação de sua correspondência a um “bem social imperioso” ou “necessidade social imperiosa” e que, nesse ponto, caberia certa margem de livre apreciação pelas autoridades nacionais.

Apona que as restrições previstas no artigo 10.2 da CEDH possuem espaço bastante limitado quando se trata de discurso político ou de assuntos de interesse público, sendo a liberdade de expressão essencial para o livre jogo do debate político, ainda mais tratando-se de um candidato da oposição.

Ressalva, contudo, que a liberdade de discussão política não é direito absoluto, podendo ser limitada com vistas à dignidade humana, que constitui o fundamento de uma sociedade democrática e pluralista. No contexto de uma sociedade democrática, deveriam ser sancionadas

---

<sup>690</sup> TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. §§ 8 e 9.

<sup>691</sup> TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. § 12.

<sup>692</sup> Tradução livre, do original: “*Les sans papiers – illégaux, donc délinquants – sont régularisés massivement*”.

<sup>693</sup> Tradução livre, do original: “*C’est le cuscous clan*”; “*le Coran dit: Tuez les infidèles au point d’en faire grand carnage*”; “*le FN dit NON!*”. (TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. § 15).

todas as formas de expressão que propaguem, encorajam, promovam ou justifiquem o ódio fundado na intolerância.

O TEDH segue, então, para a aplicação desses pressupostos ao caso concreto.

A fim de determinar se a condenação serviu a um “bem social imperioso” e, portanto, aos fins de uma sociedade democrática, o TEDH destaca que deve ser analisado o conteúdo da mensagem, bem como o contexto em que se deu o discurso.

Aponta que os panfletos estavam voltados a ressaltar as diferenças culturais entre os belgas e as comunidades imigrantes, caracterizando estas como criminosas e aproveitadoras, além de ridicularizá-las. O discurso, inevitavelmente, por conta disso, teria o condão de despertar sentimentos de desprezo, rejeição e ódio aos estrangeiros. A Corte ressalta que a condenação não se baseou no programa político do partido, mas sim na existência de elementos que, ainda que implicitamente, incitaram se não a violência, pelo menos a discriminação, a segregação ou o ódio.

O TEDH, então, afirma que a incitação ao ódio criminalmente relevante não requer necessariamente um chamamento a ato de violência ou a qualquer outro ato delituoso.

Manifestações que injuriem, difamem ou ridicularizem parcela da população ou que incitem a discriminação de grupos sociais seriam suficientes para atentar contra a dignidade humana e a segurança dessas pessoas, o que teria ocorrido no caso sob análise. Nesse sentido, a luta contra discursos racistas deveria prevalecer face a uma “liberdade de expressão irresponsável”.

O TEDH afirma, em conclusão, que: “Discursos políticos que incitem o ódio com base em preconceitos religiosos, étnicos ou culturais representam um perigo para a paz social e a estabilidade dos Estados democráticos”<sup>694</sup>. As mensagens divulgadas pelo Sr. Féret estariam incluídas nessa definição.

O TEDH parte, então, para uma análise contextual da manifestação.

A Corte destaca a existência de relatórios da Comissão Europeia contra o Racismo e a Intolerância (ECRI) que apontam para a crescente exploração de temas racistas e xenofóbicos nos discursos de partidos políticos de extrema direita na Bélgica.

O voto afirma que a condição de parlamentar e candidato do reclamante não poderia ser utilizada de modo a atenuar a sua responsabilidade. Nesse sentido, destaca que homens políticos devem possuir especial responsabilidade de não proferir afirmações que sejam capazes de

---

<sup>694</sup> Tradução livre, do original: “*Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques*”. (TEDH. Caso *Féret v. Belgique*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. § 73).

fomentar a intolerância. Discursos que incitam a exclusão de estrangeiros constituiriam um atentado contra os direitos individuais e, portanto, deveriam ser evitados por todos, incluídos os sujeitos políticos.

O contexto eleitoral, por sua vez, representaria circunstância que expandiria o alcance do discurso e, portanto, agravaria suas consequências. O discurso político eleitoral possuiria o propósito de atingir todo o eleitorado, ou seja, a população como um todo, de modo que teria maior impacto potencial à ordem pública e à coesão do grupo social. Dessa forma, ainda que o partido político no contexto de uma campanha eleitoral deva ser beneficiado por uma larga possibilidade de exercício do direito à liberdade de expressão, discursos racistas ou xenofóbicos proferidos por candidatos, contudo, contribuiriam em maior potência para incitar o ódio e a intolerância. Em resumo: “O impacto de um discurso racista e xenofóbico será maior e mais danoso”<sup>695</sup>.

O TEDH reconhece, então, que o discurso político deve possuir um maior grau de proteção, podendo exprimir opiniões que sejam ofensivas, chocantes e inquietantes a uma parcela da população. Contudo, deve-se evitar discursos que preguem a discriminação racial e que proponham atitudes vexatórias ou humilhantes, uma vez que isso geraria o “risco de suscitar reações no auditório incompatíveis com um clima social sereno e de minar a confiança nas instituições democráticas”<sup>696</sup>.

Por fim, o voto vencedor afirma que a linguagem utilizada pelo reclamante claramente incitaria a discriminação e o ódio, conclusão que não poderia ser camuflada pelo processo eleitoral.

Diante de tudo, conclui que os motivos que levaram a Corte belga a limitar o exercício da liberdade de expressão e impor a punição criminal são válidos e devem prevalecer, uma vez que representariam uma “necessidade social imperiosa”, qual seja, a de proteger a ordem pública e os direitos individuais dos imigrantes.

Constatada, portanto, a existência de uma “necessidade social imperiosa”, a imposição de sanção penal seria “necessária em uma sociedade democrática”.

Como dito anteriormente, a condenação foi considerada legítima por 4 votos a 3. Antes de refletir sobre o voto vencedor, vejamos os argumentos do voto divergente, que foi acompanhado por mais dois juízes.

---

<sup>695</sup> Tradução livre, do original: “*L’impact d’un discours raciste et xénophobe devant alors plus grand et plus dommageable*”. (TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. § 76).

<sup>696</sup> Tradução livre, do original: “[...] *risque de suscitar parmi le public des réactions incompatibles avec un climat social serein et de saper la confiance dans les institutions démocratiques*”. (TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. § 77).

O voto vencido inicia sua fundamentação afirmando que partilha da posição da Corte quanto aos perigos da intolerância e os efeitos a longo prazo da propaganda xenofóbica para uma sociedade democrática. Entende, contudo, que a repressão penal do discurso político no caso concreto viola o direito à liberdade de expressão.

Ressalta que é ilegítima a criminalização do discurso político com base exclusivamente em seu conteúdo e sob a justificativa de que ele “fere o espírito da Convenção”.

A noção de “espírito da Convenção” não constituiria um referencial claro de análise, abrindo margem para abusos e risco de punições baseadas em meras convicções pessoais. O perigo seria ainda maior quando se trata de opiniões que não são compartilhadas pelo julgador. A análise, portanto, deveria estar voltada às circunstâncias específicas e concretas do caso.

Destaca que o discurso não foi dirigido a convocar ações por parte da população, mas sim ao governo e aos partidos políticos, a partir de críticas a políticas públicas voltadas à proteção dos imigrantes. Não haveria um chamamento à violência contra uma parcela da população, motivo pelo qual inexistiria uma “necessidade imperiosa” de se aplicar as mais restritivas medidas do direito penal.

O voto divergente destaca que os panfletos estavam disponíveis *online* e não eram distribuídos em papel, de modo que apenas teria contato com o conteúdo aquele que ativamente os buscasse nos *websites*. Não haveria uma imposição da opinião. Destaca que não há como se comparar o alcance de um discurso transmitido pela televisão ou pelo rádio com informações dispostas em um *website*, situação em que o alcance seria bem menor.

Afirma que a possibilidade de punição criminal dependeria da comprovação de que a alusão discriminatória seria capaz, dado o contexto específico em que se deu, de colocar em perigo direitos individuais ou a ordem pública. No caso, entende que o caráter incitatório da fala ou a constatação de uma discriminação inevitável dela decorrente não foram demonstradas, ressaltando que “um impacto potencial não é suficiente para que se restrinja um direito fundamental”<sup>697</sup>.

Os efeitos de um eventual sentimento de ódio despertado pelas mensagens censuradas seriam ações legalmente permitidas. Ou seja, não haveria incitação ao cometimento de um ato delituoso ou convite à discriminação, mas buscava-se tão somente o apoio a um partido político e à atividade legislativa de seu líder. Destaca que, ainda que sujeitos racistas possam partilhar

---

<sup>697</sup> Tradução livre, do original: “[...] *et un impact potentiel sur les droits d'autrui ne suffit pas pour restreindre un droit de l'homme*”. (TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, voto divergente, p. 28).

das opiniões proferidas, não há como declarar o Sr. Féret criminalmente culpável por tal associação.

O voto vencido menciona que a Recomendação nº 97 do Comitê dos Ministros da Europa dispõe que nem todas as manifestações de ódio devem ser criminalmente puníveis, mas tão somente aquelas destinadas à destruição de direitos e das liberdades previstas na CEDH.

Pontua que, “delitos de opinião” serão compatíveis com a ordem democrática somente quando constatada a existência de ação ilegal deles decorrente ou, ao menos, a real possibilidade de que isso possa vir a ocorrer. Deve existir uma outra ação delituosa consequente ou suscetível de ocorrência. Pontua então que “a incitação é uma exortação psicológica forte, decisiva, que supõe o nascimento de outra infração penal”<sup>698</sup>.

Nesse sentido, conclui que o discurso sob análise não constitui um convite a atos de discriminação criminosos acessíveis à população em geral, de modo que não pode ser considerado delituoso.

Ressalta a importância da liberdade de expressão tratando-se de um discurso político e de sua essencialidade para que os cidadãos possam tomar decisões verdadeiramente informadas. Afirma também que não pode haver um “catálogo” de informações consideradas falsas ou inaceitáveis, cabendo ao indivíduo distinguir quais aceitará ou não como verdadeiras e corretas.

O voto menciona então, o caso da Alemanha nazista e de sua propaganda de intolerância institucionalmente difundida. Entende que suas consequências decorreram do contexto histórico e social em que ocorreram e reconhece que há situações concretas que permitem a aplicação de princípios de uma democracia militante para punição de atos organizados e coordenados de propaganda intolerante. Ressalva, contudo, que a análise da realidade belga na época em que foram produzidos os panfletos não permite tal conclusão.

A história das democracias pós-Segunda Guerra Mundial demonstraria que a participação política e o fomento ao discurso público diminuiriam o risco de extremismo e não configurariam perigo para o sistema democrático que, por sua vez, funda-se no espírito de abertura e tolerância.

O voto vencido pontua que admitir a punição do discurso sem a constatação de verdadeira incitação à violência significa aceitar que “sentimentos desagradáveis são

---

<sup>698</sup> Tradução livre, do original: “*L’incitation est une exhortation psychologique forte, voire décisive, supposée donner naissance à la autre infraction pénale*”. (TEDH. Caso *Féret v. Belgique*, voto divergente, p. 30).

suficientes para a configuração delituosa”<sup>699</sup>. Admitir-se-ia a punição decorrente de mera ofensa ou ridicularização de um grupo, sem a necessidade de constatação efetiva de um risco à segurança dos indivíduos.

Considera que a definição utilizada pelo voto vencedor presume a existência de um perigo para a paz social e para a estabilidade política democrática, de modo a abrir margem para a classificação de “discursos perigosos” sem a necessária precisão terminológica. Tal conclusão seria advinda da errônea premissa de que um mero discurso difamatório contra um grupo social seria suficiente para atingir a paz pública e suscitar no auditório reações incompatíveis com um “clima social sereno”, de modo a minar a confiança nas instituições democráticas.

Ressalta que tal “cenário apocalíptico” carregaria inúmeras questões sem resposta e destaca ser impossível atribuir ao candidato esse “clima nebuloso”, sendo certo que as eleições não representam um risco para a democracia que justifique particulares restrições ao discurso.

Tais “especulações quanto ao perigo”, que se presumiriam a partir da criação da categoria dos “discursos perigosos”, não comportariam a realização de contraprova e levariam a uma extensão das possibilidades punitivas sem a necessidade de considerações sobre as verdadeiras circunstâncias concretas e contextuais. Perigos puramente especulativos não poderiam justificar a imposição de punição criminal às declarações políticas.

O voto divergente conclui, a partir do que foi dito, que não há uma “necessidade social imperiosa” que justifique a imposição de punição criminal. Finaliza, então, com as seguintes reflexões:

Uma noção de discurso de ódio que não se refere diretamente à provocação a atos de violência ou intolerância é demasiadamente larga e, por isso, incompatível com uma séria proteção ao discurso político.

[...]

O impacto potencial de uma série de propostas políticas isoladas não atenta diretamente aos direitos individuais ou à ordem pública, nem poderia representar uma “necessidade social imperiosa”<sup>700</sup>.

<sup>699</sup> Tradução livre, do original: “[...] *des sentiments désagréables suffisent pour qu’il y ait délit*”. (TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, voto divergente, p. 32).

<sup>700</sup> Tradução livre, do original: “*Une notion de discours de haine qui ne se réfère pas directement au fait d’attiser la provocation d’actes de violence ou d’intolérance est trop large pour être compatible avec une protection sérieuse du discours politique [...] L’impact potentiel d’une série de propos politiques isolés ne portant pas directement atteinte aux droits d’autrui ou à l’ordre public ne saurait représenter un besoin social impérieux*”. (TEDH. Caso *Féret v. Bélgica*, Voto divergente, p. 33).

A partir da análise dos dois votos descritos é possível que se extraíam algumas conclusões com relação aos critérios adotados pelo TEDH para configuração do discurso de ódio criminalmente punível.

Trata-se de posições divergentes ou até opostas.

As premissas contidas nos “princípios gerais” do voto vencedor não são critérios claros e já indicam possível contradição, que se confirma pelo desenvolvimento do argumento. Ressalta a importância primordial da proteção do discurso político e da liberdade de expressão, mas ressalva a necessidade de sua limitação para proteção da dignidade humana e dos valores de uma sociedade democrática e pluralista. Fala em aceitação de ideias chocantes e incômodas, mas veda a “propagação do ódio”.

A afirmação fundamental da sentença é a de que o discurso de ódio criminalmente relevante não implica necessariamente chamamento a ato violento ou delituoso. Como visto, não há, neste ponto, violação necessária ao princípio da proteção de bens jurídicos, uma vez que o reconhecimento pode ser afetado sem que haja iminência de violência. O curso argumentativo que segue, contudo, demonstra que o TEDH admite a imposição de punição criminal sem constatação de lesividade da conduta ou, na verdade, a partir de lesividade presumida ou de um perigo especulativo.

De início, o voto indica que as mensagens dos panfletos “ridicularizariam” os imigrantes e os retratariam pejorativamente, de modo que teriam a capacidade de despertar na população sentimentos de desprezo, rejeição e ódio ao grupo.

Efeitos nos sentimentos das pessoas, conforme explorado no capítulo anterior deste estudo, não podem ser considerados motivos legítimos para a imposição de punição criminal. Discursos políticos inquietantes ou absurdos e que tenham por conta disso o condão de atingir sentimentos e contrariar a moral dominante não podem, por conta dessa característica, ser censurados. Trata-se de crime sem bem jurídico.

A conclusão é contraditória, inclusive, com relação às premissas da liberdade de expressão apresentadas pela própria sentença. Primeiro, afirma que ideias que chocam, perturbam e incomodam devem ser protegidas, para, em seguida, admitir a punição como decorrência de “sentimentos de desprezo, rejeição e ódio”.

O TEDH afirma, então, que ataques de cunho injuriante, ridicularizante, difamante ou que incitem a discriminação seriam atentatórios à dignidade e “até à segurança dessas pessoas ou grupos”<sup>701</sup>.

---

<sup>701</sup> Tradução livre, do original: “[...] voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population”. (TEDH. Caso *Féret v. Belgique*, Sentença de 10 de dezembro de 2009. § 73).



O TEDH utiliza várias supostas modalidades criminosas de forma indistinta. Confunde delitos de ódio com crimes contra a honra e presume que uma mera “ridicularização” seria suficiente para que se presuma um atentado à dignidade humana. Não explica o que seria efetivamente uma “incitação à discriminação” e como poderia atingir os mencionados valores. Em verdade, a redação indica que qualquer forma de ofensa poderia ser automaticamente considerada como violadora da dignidade humana.

Mais do que isso, menciona que “até” a segurança poderia ser atingida. Nesse ponto, não resta claro se refere-se à segurança enquanto possibilidade de afetação a bens individuais como a integridade física ou a vida ou apenas a um sentimento de segurança, objeto ilegítimo de tutela. A formulação indica, contudo, que se trata de uma especulação de perigo, não verdadeiramente lastreada em critérios objetivos de aferição.

A Corte não explica com base em quais indicativos objetivos ou lógicos é possível que se afirme que a dignidade ou a segurança foram afetadas pelo discurso.

Não é possível que se afirme com certeza se o TEDH entende que, como resultado da ofensa, a dignidade e a segurança (ou sentimento de segurança) teriam sido lesionadas ou postas em perigo. A utilização de bens jurídicos ilegítimos impossibilita a real aferição de lesividade.

Note-se que, como dito anteriormente, a dignidade humana é conceito que não possui densidade suficiente para que seja elencada como bem jurídico. Como resultado, é possível que se crie presunção inexistente de lesividade. É justamente o que se observa no caso concreto. A ideia de afetação à dignidade humana é utilizada de maneira presumida e retórica, a partir da constatação de uma suposta ofensa ou ridicularização.

A ideia de proteção de um sentimento de pretensa segurança também não pode ser aceita. O direito penal não pode prestar-se a preservar os sentimentos das pessoas, sejam eles de qualquer natureza.

Ainda, o voto vencedor afirma de maneira não fundamentada que discursos que incitam o ódio representam perigo para a paz social e para a estabilidade dos Estados democráticos. Trata-se de absoluta presunção de perigo, sem qualquer desenvolvimento da racionalidade por trás da afirmação à qual é atribuído caráter de conclusão absoluta.

Mais uma vez, são utilizados bens jurídicos de impossível apreensão, o que torna a aferição de lesividade tarefa desprovida de referenciais objetivos. A partir da utilização de bens jurídicos desmaterializados como o da paz social ou da paz pública, admitem-se conclusões de lesividade que não possuem lastro com a realidade. É o que se vê no caso em análise, em que o

---

TEDH não indica circunstâncias objetivas que permitam a conclusão de que houve o mencionado perigo.

Também, o voto considera relevante a possibilidade de que as falas gerem reações incompatíveis com um “clima social sereno”, o que remonta à ilegítima lógica de punição pela criação de um clima. Como afirmado anteriormente, a figura dos delitos de clima é frequentemente acompanhada de bens jurídicos desmaterializados como é o da paz pública, o que se constatou na argumentação desenvolvida.

Vale registrar que a sentença frequentemente refere-se à proibição de propagação, incitação e promoção ao ódio. Conforme explorado no primeiro capítulo deste estudo, o ódio refere-se a reação emocional e interna do sujeito e não pode servir de referencial para determinação de materialidade delitiva. A utilização do termo discurso de ódio é apenas admissível em matéria penal na medida em que se afaste sua definição do ódio enquanto reação emocional.

Da forma como o TEDH a utiliza, contudo, percebe-se que não há um descolamento dessa definição. Pelo contrário, tudo indica que entende ser possível a vedação criminal do discurso uma vez que ele tenha o condão de despertar sentimentos desagradáveis, de ódio.

O TEDH segue, então, para consideração contextual das circunstâncias em que se deu o discurso sob julgamento. Podem ser identificados três elementos elencados para a análise: (i) o contexto do país; (ii) o período eleitoral; (iii) a posição do emissor do discurso.

Nesse ponto, há que se destacar, conforme o desenvolvimento prévio deste estudo, que é necessário que se realize análise contextual para aferição de lesividade e atribuição de responsabilidade penal.

No caso, a decisão elenca pontos importantes que vão desde o contexto geral do país e da crescente exploração de temas preconceituosos pelos partidos de extrema direita na Bélgica, até a relevância de uma ideia reproduzida em período eleitoral e do maior alcance que o discurso atinge por ser proferido por um parlamentar em exercício e candidato.

Tais considerações, contudo, aparecem de forma solta e não são efetivamente relacionadas com a possibilidade de constatação de afetação dos valores que a Corte previamente elenca como relevantes (pluralidade, dignidade, democracia, segurança, paz social e coesão social). As informações aparecem desconectadas na medida em que a análise não expõe o procedimento lógico racional que permite a conclusão de que houve perigo ou lesão no contexto em que se deu o discurso.

Nesse sentido, apesar de afirmar que tanto o conteúdo quanto o contexto precisam ser analisados, o fato é que a conclusão de legitimidade da criminalização foca no conteúdo da mensagem e parte de presunções de lesividade.

O voto vencedor faz menção a diversos conceitos que presume autoevidentes e presentes no caso concreto.

Fala em “injuriar, difamar, ridicularizar”, que entende serem suficientes para a configuração típica, mas não desenvolve e nem explica qual modalidade teria havido no caso concreto (ainda que todas elas sejam potencialmente ilegítimas para configuração do discurso de ódio criminalizado). Menciona uma suposta “incitação à exclusão de estrangeiros”, também sem definir no que consistiria e porque deve ser considerada relevante. Entende, além disso, que teria havido um “atentado a direitos individuais”, mas não explica a quais direitos refere-se.

Os valores elencados pelo voto vencedor são ilegítimos para configuração de bem jurídico como referencial legitimador da intervenção penal. O problema, portanto, não está apenas na ausência de fundamentação explícita e racional sobre sua afetação, mas também e principalmente na eleição de referenciais valorativos imprestáveis, que, inclusive, e justamente por isso, abrem margem para imposição arbitrária de punição sem lesividade.

A partir de referenciais intangíveis como são os da paz pública, da democracia e da dignidade, possibilitam-se punições com lesividade presumida. Diante da impossibilidade de se comprovar ou não sua afetação, qualquer conduta é potencialmente passível de criminalização. Registre-se, inclusive, que tais valores foram utilizados de forma simultânea e indiferenciada, de modo a tornar ainda mais obscura a *ratio* decisória e impossibilitar o controle social da fundamentação da sentença.

Conclui-se, portanto, que o caminho argumentativo do voto vencedor não atende aos requisitos mínimos de fundamentação das decisões judiciais com base na necessidade de comprovação de afetação a interesse essencial ao autodesenvolvimento humano.

O voto vencido, por sua vez, parte de premissa oposta à do voto vencedor, qual seja, a de que o discurso não pode ser punido com base exclusivamente em seu conteúdo e de que deve necessariamente incitar a violência ou outro ato delituoso. Aproxima-se, nesse sentido, aos parâmetros impostos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos para criminalização do discurso de ódio.

O voto divergente primeiro refere-se à necessidade de decorrência de um “ato de discriminação inevitável”, categoria pouco clara. Em seguida, contudo, afirma que a punição legítima dependerá da constatação de, no mínimo, outra conduta criminosa suscetível de real

ocorrência. O foco estaria no risco à segurança dos membros do grupo atingido. Tratar-se-ia, portanto, de crime de perigo concreto. A constatação do perigo enquanto resultado seria indispensável para a caracterização típica.

Como se sabe, de acordo com os parâmetros de análise deste estudo, também é dogmaticamente possível a imposição de punição criminal em caso de perigo abstrato ao bem jurídico do reconhecimento, uma vez que aferido *ex ante*, com base nas circunstâncias concretas do caso.

O voto divergente critica a possibilidade de punição fundada em meros “sentimentos desagradáveis”. No caso, a abertura das possibilidades punitivas contida nas razões do voto vencedor realmente permite tal expansão e, inclusive, admitem-na de forma expressa, o que, como dito, deve ser absolutamente rechaçado. Registre-se, apenas, a discordância quanto à conclusão de que a única forma de evitar que isso ocorra é pelo critério da violência iminente.

De todo modo, está correta a constatação de que o voto vencedor admite a possibilidade de condenação penal com base em perigo presumido para a paz social e para a estabilidade política democrática, a partir da criação da inapreensível categoria dos “discursos perigosos”.

O voto vencido também critica acertadamente a possibilidade de punição pela criação de um clima. Ou melhor, não apenas isso, mas, sem a constatação de existência de tal clima, mas pela presunção de que o discurso seria hipoteticamente capaz de atingir a paz social e, com isso, potencialmente violar um “clima social sereno”. Como previamente desenvolvido, é incompatível com a lógica de um direito penal garantista e centrado no princípio da culpabilidade a responsabilização por hipotética criação de um clima social.

Não há nem mesmo menção a circunstância concreta que indique a possibilidade de perturbação da paz pública ou a criação de um clima social com ela incompatível, ainda que tal esforço não fosse suficiente para legitimar a intervenção penal.

O voto divergente, em todos esses sentidos, bem aponta para as falhas do voto vencedor, que admite a imposição de condenação criminal com base em especulações de perigo (ou, quem sabe, até de lesão).

Registre-se, contudo, que nem todos os argumentos levantados pelo voto vencido devem ser exaltados.

O fato de a propaganda partidária de conteúdo xenofóbico estar disponível apenas *online* e não ter sido distribuída em papel, nem divulgada pela televisão ou pelo rádio, não é suficiente para excluir possível lesividade da conduta. Levanta estranhamento o argumento de ser relevante o fato de que, por conta disso, a informação não teria sido “imposta”, e apenas

teria contato com o material aquele que o buscasse ativamente, excluindo, com isso, sua eventual gravidade.

Também, o argumento de que as mensagens contidas nos panfletos dirigiam-se não à população em geral, mas ao governo e aos outros partidos políticos parece irrelevante. Ainda que o objetivo fosse o de concretizar mudanças legislativas, é possível que se constate que a mensagem poderia atingir não apenas os governantes e candidatos, mas o eleitorado como um todo e, eventualmente, produzir resultado penalmente relevante.

Vale mencionar que o voto divergente considera que o discurso político deve ser dotado de proteção quase absoluta, porém, deixa de considerar que a posição do emissor, ou seja, de uma figura política pública, influencia no alcance da mensagem e, portanto, em considerações sobre sua potencial lesividade.

Não serão explorados argumentos suscitados por ambos os votos que sejam de cunho político criminal, a exemplo de que mais participação política e maior abertura para o debate diminuiriam os riscos de extremismo e, por isso, o discurso não deveria ser censurado. O objetivo está na investigação de critérios dogmáticos para imposição de punição, com foco na lesividade.

Ainda que a posição do voto divergente não tenha prevalecido em *Féret v. Bélgica*, é relevante explorá-lo por adotar critérios absolutamente opostos àqueles do voto vencedor, em julgamento que foi decidido por 4 votos a 3 no TEDH.

Interessante ressaltar que, tanto o voto vencedor, quanto o voto divergente, escoram grande parte de sua argumentação no fim de proteção da democracia, circunstância que reforça a constatação de impossibilidade de que o conceito seja utilizado como referencial para atribuição de responsabilidade penal. A sua amplitude, intangibilidade e complexidade permitem que duas soluções e entendimentos opostos sobre o mesmo problema o utilizem como referencial argumentativo.

Como previamente ressaltado, diferentes entendimentos e visões sobre o funcionamento do sistema democrático podem servir como justificativa para criminalização ou não do discurso de ódio. Ou, ainda, para determinar os contornos legislativos em que a última ocorrerá. Restou evidente, contudo, que a sua utilização como parâmetro de interpretação normativa permite caminhos argumentativos absolutamente opostos e, portanto, não é capaz de atender aos pressupostos de segurança jurídica que envolvem a constatação de afetação do bem jurídico.

A jurisprudência do TEDH, de um modo geral, segue os parâmetros estabelecidos no voto vencedor de que não é necessário que haja chamamento ou iminência de ato de violência para que se possa punir criminalmente o discurso de ódio. Com base na finalidade de proteção

da democracia, da ordem pública e da dignidade humana, frequentemente admite-se a punição sem constatação de lesividade ou, melhor, a partir da presunção de lesividade de qualquer discurso de cunho preconceituoso.

Não há espaço neste estudo para um amplo desenvolvimento da jurisprudência do TEDH. Por conta disso, serão abordados, de forma breve, alguns julgados que ilustram a conclusão exposta acima.

O caso *Molnar v. Romênia*<sup>702</sup> versa sobre condenação de indivíduo que teve material de conteúdo ultranacionalista, racista e homofóbico apreendido em sua residência. Dentre os quais, havia cartazes com dizeres como: “Um futuro para as crianças brancas”; “Impeçam que a Romênia se torne um país de Roma” e; “A Romênia precisa de crianças, não de homossexuais”<sup>703</sup>.

O TEDH manteve a condenação criminal imposta pelo Estado da Romênia.

A Corte afirmou que todos devem possuir o direito de expressar suas opiniões, ainda que elas sejam contramajoritárias e ressalta a importância da liberdade de expressão para uma sociedade democrática.

Considera, contudo, que as mensagens contidas no material apreendido, “por conta de seu conteúdo, visam instigar o ódio contra essas minorias, possuem natureza que pode perturbar gravemente a ordem pública e vão de encontro com os valores fundamentais da Convenção e de uma sociedade democrática”<sup>704</sup>. Nesse sentido, entende que a conduta seria atentatória aos direitos individuais (direitos de outros) e incompatíveis com a democracia e os direitos do homem, motivo pelo qual aplica o artigo 17º (abuso de direito) e afasta a proteção do artigo 10º da CEDH.

De passagem, o Tribunal afirma, sem desenvolver o argumento, que os cartazes, além de chocantes, teriam o condão de despertar tensões sociais, principalmente por conta do contexto da sociedade romena.

A decisão do TEDH, contudo, baseia-se no conteúdo de materiais que foram apreendidos na residência do reclamante e não estavam expostas ao público. As mensagens que

---

<sup>702</sup> TEDH. Caso *Molnar v. Romênia*, Sentença de 29 de novembro de 2012.

<sup>703</sup> Tradução livre, do original: “*Um futur pour les enfants blancs*”; “*Empêchez la Roumanie de devenir un pays de roms*” e; “*La Roumanie a besoin d’enfants non pas d’homosexuels*”. (TEDH. Caso *Molnar v. Romênia*, Sentença de 29 de novembro de 2012. p. 2).

<sup>704</sup> Tradução livre, do original: “*Par leur contenu, ces messages visaient à instiguer à la haine contre ces minorités, étaient de nature à troubler gravement l’ordre public et allaient à l’encontre des valeurs fondamentales de la Convention et d’une société démocratique*”. (TEDH. Caso *Molnar v. Romênia*, Sentença de 29 de novembro de 2012. § 23).

fundamentam a manutenção da condenação só foram conhecidas pelas autoridades como resultado de operação de busca e apreensão.

A sentença não aborda o fato de que os cartazes de conteúdo homofóbico que considera passíveis de reprovação criminal não podem ser dotados de potencial lesivo, uma vez que estavam em ambiente privado. O TEDH nem mesmo enfrenta a necessidade (ou não) de publicidade do ato para constatação da tipicidade material da conduta.

Apesar de afirmar que pondera sobre o contexto, ao mencionar possíveis tensões na sociedade romena, tal consideração é desprovida de relevância uma vez que, pelo menos até aquele momento, a sociedade não havia tido contato com o material que fundamentou a imposição de punição criminal.

A ordem pública e a democracia seriam postas em risco pela mera existência dos cartazes. Isso fica evidente quando o TEDH afirma que a “natureza” dos cartazes teria o condão de “perturbar gravemente a ordem pública”, além de ser contrária aos valores da CEDH e da democracia. A análise é voltada exclusivamente para o conteúdo das mensagens.

O TEDH desconsidera a necessidade de análise circunstancial para aferição de afetação dos valores que elenca como protegidos pela criminalização do discurso de ódio. A democracia, a ordem pública, valores da Convenção e direitos individuais são presumidamente violados diante do conteúdo homofóbico das mensagens.

Trata-se, portanto, de punição com base em ilegítima presunção de afetação a referenciais intangíveis.

No caso *Leroy v. França*<sup>705</sup>, um cartunista foi criminalmente condenado por ter publicado em um jornal semanal basco um desenho com representação do ataque terrorista às torres gêmeas e a frase “Todos sonhamos... o Hamas fez”<sup>706</sup>.

O TEDH entendeu que a condenação imposta pela França estava correta e que a manifestação não deveria estar protegida pela liberdade de expressão.

A Corte ponderou que a intenção do reclamante não era apenas de se manifestar contra os Estados Unidos e o imperialismo norteamericano, mas sim de oferecer apoio aos causadores dos ataques terroristas. O contexto também deveria ser levado em conta, em especial, a data da publicação (13.09), a linguagem utilizada e o fato de que a região em que foi publicado é “politicamente sensível”. Por conta disso, o *cartoon* não estaria abarcado pelo direito de crítica ou de sátira, que não constituem direitos absolutos e devem ser exercidos com responsabilidade.

---

<sup>705</sup> TEDH. Caso *Leroy v. França*, Sentença de 29 de outubro de 2008.

<sup>706</sup> Tradução livre, do original: « Nous en Avions tous Rêvé ... le Hamas L'a Fait ».

O TEDH decidiu, então, que a punição era necessária para os fins de uma sociedade democrática.

Quanto a essa decisão, interessa para os fins deste estudo a consideração de que o discurso punido não estava dirigido a um grupo histórica ou socialmente discriminado. A população estadunidense, ou ainda que se restrinja o alcance do discurso aos familiares e amigos das vítimas dos atentados de 11.09.2001, não podem ser considerados como coletivo socialmente subordinado ou vulnerável.

Como explorado anteriormente, a vulnerabilidade é elemento essencial para legitimação da resposta penal. O TEDH não aborda a questão, nem mesmo para a refutar.

Conforme pondera Patricia Laurenzo Copello, a imposição de punição criminal a título de discurso de ódio em casos de suposta humilhação ou desprezo às vítimas de terrorismo é mecanismo inidôneo de limitação da liberdade ideológica<sup>707</sup>. Trata-se de construção demasiadamente frouxa do conceito de discurso de ódio criminalizado por se desvincular da noção de discriminação de minorais sociais e, portanto, afastar-se completamente de sua origem histórica<sup>708</sup>.

A partir da eleição de referenciais como os da ordem democrática e da ordem pública para criminalização da conduta, perde-se a necessária conexão com a figura do indivíduo e abre-se margem para punições que não possuem efetivo potencial lesivo para interesses humanos de caráter fundamental.

Ainda que as mensagens sejam chocantes e ofensivas e que a data em que foram publicadas, próximas a 11.09, reforcem esse caráter, isso não pode ser suficiente para a imposição de punição criminal, conforme os parâmetros impostos não apenas por este estudo, mas reiteradamente suscitados de forma abstrata pelo TEDH.

O TEDH possui vasta jurisprudência sobre divulgação de propaganda nazista, negação do Holocausto e incitação ao ódio contra judeus. Serão apresentados dois desses casos, a título exemplificativo<sup>709</sup>.

---

<sup>707</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019. p. 455.

<sup>708</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio, cit., p. 455.

<sup>709</sup> Para outros exemplos de casos que tratam de negacionismo, revisionismo histórico e antisemitismo, consultar: TEDH. Caso *Honsik v. Austria*, Sentença de 18 de outubro de 1995; TEDH. Caso *Marais v. França*, Sentença de 24 de junho de 1996; TEDH. Caso *M'Bala M'Bala v. França*, Sentença de 20 de outubro de 2015; TEDH. Caso *Williamson v. Alemanha*, Sentença de 8 de janeiro de 2019 e; TEDH. Caso *Pastörs v. Alemanha*, Sentença de 3 de outubro de 2019.



No caso *Garaudy v. França*<sup>710</sup>, o reclamante foi condenado por publicar livro intitulado “Os Mitos Fundadores da Política de Israel”<sup>711</sup>, no qual nega a existência do Holocausto e de diversos eventos da Segunda Guerra Mundial relativos ao extermínio judeu e aos Julgamentos de Nuremberg.

O TEDH considerou que a condenação não violou o direito à liberdade de expressão previsto no artigo 10º da CEDH e aplicou o artigo 17º por entender que o reclamante abusou dos direitos previstos na Convenção.

A sentença afirma que o livro nega sistematicamente a existência de crimes contra a humanidade perpetrados pelos nazistas e que a negação de eventos historicamente estabelecidos tais como o Holocausto não pode estar acobertada pelo direito à liberdade de expressão. O objetivo com a publicação do livro não seria o de realizar pesquisa histórica, mas o de efetivamente reabilitar o regime nacional-socialista e acusar as vítimas de forjarem a História.

Segundo o TEDH, a negação do Holocausto representaria uma das formas mais sérias de difamação e incitação ao ódio contra judeus.

O revisionismo histórico violaria os valores da luta contra o racismo e o antissemitismo, de modo que representaria sério perigo à ordem pública. E completa afirmando que a conduta seria incompatível com a democracia por violar direitos individuais (direitos de outros).

Por fim, considera que o conteúdo revisionista do livro afrontaria os valores da justiça e da paz e, com isso, violaria o “espírito da Convenção”.

Conforme estabelecido nas diretrizes teóricas deste estudo, a negação de eventos históricos, isoladamente, não pode ser considerada como criminosa de modo absoluto. A intenção de revisão de fatos, ainda que historicamente estabelecidos, deve estar acompanhada de outros fatores contextuais e linguísticos capazes de indicar a lesividade da conduta.

O TEDH não realiza análise contextual. A manutenção da condenação fundamenta-se na presunção categórica da lesividade do discurso negacionista. A partir de afirmações retóricas sobre os perigos e danos de discursos que neguem o Holocausto, conclui pela extrema gravidade da conduta e pela necessidade imperiosa de manutenção da condenação criminal.

Pela argumentação do TEDH, a ordem pública seria posta em perigo como decorrência necessária da divulgação de mensagem cujo conteúdo seria contrário “aos valores de luta contra o racismo e o antissemitismo”. A formulação é extremamente ampla. A categoria dos “valores de luta contra o racismo e o antissemitismo” é intangível e passível de eterna extensão.

---

<sup>710</sup> TEDH. Caso *Garaudy v. França*, Sentença de 7 de julho de 2003.

<sup>711</sup> Tradução livre, do original: “*The Founding Myths of Israeli Politics*”.

A ordem ou a paz públicas e a democracia, assim, podem ser tidas como presumidamente afetadas por qualquer mensagem de cunho antisemita ou negacionista.

A sentença afirma que o objetivo do reclamante era o de efetivamente reestabelecer o regime nacional socialista sem, contudo, indicar quais os fundamentos concretos que lastreiam a conclusão e sem refletir sobre o real perigo de que isso venha a ocorrer como decorrência do discurso.

Novamente, a punição criminal seria exigência de proteção da ordem pública e da democracia, que, por serem referenciais intangíveis e de impossível delimitação conceitual útil como centro valorativo da norma, permitem a punição sem considerações objetivas sobre a possibilidade de sua afetação.

No caso *Witzsch v. Alemanha*<sup>712</sup>, o reclamante foi condenado por ter encaminhado carta a um famoso historiador alemão, na qual alegava que Hitler e o Partido Nacional Socialista Alemão não comandaram e nem tiveram participação no Holocausto e exigia que ele revisse seu posicionamento quanto ao assunto. A carta teria sido escrita em resposta a um artigo publicado pelo professor no qual este ressaltava a participação de Hitler e de seu partido no comando do extermínio judeu.

O TEDH aplicou o artigo 17º da CEDH (abuso de direito) para determinar que a manifestação não estava acobertada pela liberdade de expressão prevista no artigo 10º.

Em brevíssima decisão, a Corte afirmou que a manifestação configuraria negacionismo histórico criminalmente punível, tendo em vista a gravidade das afirmações proferidas.

A negação da responsabilidade de Hitler e do Partido Nacional-Socialista no Holocausto demonstraria o desdém que o reclamante teria com relação às suas vítimas e representaria afronta à dignidade dos mortos.

O TEDH ressaltou que o objetivo do artigo 17º era justamente o de impedir que indivíduos abusassem dos direitos previstos na CEDH e propagassem ideias contrárias ao seu texto e ao seu espírito, motivo pelo qual deveria incidir no caso concreto.

O TEDH pontua, então, que considera irrelevante o fato de as alegações terem sido proferidas por meio de comunicação privada e não “perante uma grande plateia”. Também entende ser “questionável” a afirmação do reclamante de que ele não pretendia ter um debate público sobre o assunto.

---

<sup>712</sup> TEDH. Caso *Witzsch v. Alemanha*, Sentença de 4 de fevereiro de 2003.

Mais uma vez, a condenação foi imposta pela negação de circunstância que envolve o Holocausto, sem qualquer outra consideração circunstancial. Pressupõe-se a violação do “espírito da constituição” e da “dignidade dos mortos”.

Nesse caso, contudo, a situação é ainda mais gritante do que no caso anterior, uma vez que se tratou de comunicação realizada por carta em que apenas o historiador teve acesso ao conteúdo negacionista. O TEDH considera irrelevante tecer considerações sobre o alcance da mensagem e publicidade do ato para seu potencial lesivo e, novamente, presume perigo à democracia pelo conteúdo da mensagem.

A partir dos dois últimos exemplos, percebe-se que o discurso negacionista é automaticamente tido como criminoso, independente de qualquer reflexão de ordem contextual, pela aplicação do artigo 17º da CEDH. É o que Landa Gorostiza denomina de “efeito guilhotina do artigo 17º”, em que são rechaçadas de plano e sem considerações aprofundadas sobre o caso concreto manifestações que seriam violadoras do sistema de liberdades e direitos da Convenção<sup>713</sup>.

A ausência de consideração contextual nos casos de negação do Holocausto ou, melhor, de qualquer fato relativo ao extermínio judeu, e a punição do discurso com base exclusivamente em seu conteúdo afastam a aplicação da norma penal da análise sobre critérios de periculosidade da conduta<sup>714</sup>. Trata-se, como pontua Rafael Alcácer Guirao, de um perigo presumido (e, portanto, ilegítimo) à ordem democrática, em que eventuais referências à incitação de alteração da ordem pública são de natureza puramente retórica<sup>715</sup>.

Foram abordados, a título exemplificativo, apenas alguns julgados, selecionados por serem ilustrativos dos critérios adotados pelo TEDH para classificação do discurso de ódio criminalmente punível. Outros poderiam ter sido explorados.

Com base no estudo dos casos, fica evidente que, a partir de referenciais que não podem servir de bem jurídico, como os da dignidade humana, da democracia e da ordem pública, expandem-se as possibilidades punitivas para condutas que não são dotadas de lesividade real.

Discursos racistas, homofóbicos, xenofóbicos, antisemitas, etc., são frequentemente classificados como atentatórios à dignidade humana, à democracia e à ordem pública e, por isso, criminalizados, sem maiores reflexões de ordem prática sobre seu verdadeiro alcance.

---

<sup>713</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 30.

<sup>714</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas em la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013. p. 337.

<sup>715</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto..., cit., p. 337.

O problema não está apenas na ausência de exercício reflexivo pelo TEDH sobre as circunstâncias dos casos concretos que permitiriam a constatação de lesividade, mas sim na própria eleição de valores inidôneos como referenciais punitivos e que, por conta disso, permitem conclusões sobre sua lesão ou colocação em perigo de forma infundada. Em outras palavras, ainda que nos casos analisados o TEDH não tenha necessariamente voltado-se a dotar de significado concreto os valores elencados e a demonstrar com base no contexto prático que eles teriam sido atingidos, a própria seleção dos mencionados referenciais normativos é inviável.

Por mais que sistemas internacionais de direitos humanos não estejam vinculados ao princípio da proteção de bens jurídicos e que sua função seja a de revisar a possibilidade de imposição de punição imposta pelos Estados membros com foco na proteção dos direitos humanos, o fato é que a partir da eleição de núcleos valorativos ilegítimos e da imposição de punição sem lesividade, abre-se margem para criminalizações arbitrárias.

Não há uniformidade na avaliação de aplicação da norma penal.

A título de exemplo, vale mencionar caso julgado pelo TEDH (*Perinçek v. Suíça*)<sup>716</sup>, em que um político turco foi condenado por ter proferido palestra perante um grande público em que negava a existência do genocídio armeno no Império Otomano.

O TEDH, com base no argumento de inexistência de uma incitação ao ódio e a partir de alongada apreciação das circunstâncias concretas, concluiu que a punição violou o direito à liberdade de expressão e, portanto, determinou a sua absolvição como medida de proteção dos direitos humanos.

Mais do que realizar uma análise detida dos argumentos utilizados, para a qual não há espaço neste estudo, importa a constatação de que a negação de um evento histórico, e, mais especificamente, de um genocídio, foi considerada legal pelo TEDH, em divergência ao que foi explorado nos casos de negação do Holocausto judeu.

Enquanto a sentença de *Perinçek v. Suíça* é bastante extensa (132 páginas) e explora detidamente o contexto, o modo e as circunstâncias em que se deram as manifestações, a sentença de *Witzsch v. Alemanha*, extremamente enxuta (8 páginas), afirma a necessidade de punição absoluta da negação de fatos históricos relacionados ao Holocausto, descarta a necessidade de realização de análise contextual e conclui de forma automática por uma afronta à democracia.

---

<sup>716</sup> TEDH. Caso *Perinçek v. Suíça*, Sentença de 15 de outubro de 2015.

Nesse sentido, Landa Gorostiza aponta para uma tendência do TEDH de, por um lado, proibir de maneira absoluta qualquer forma de negação ou revisionismo histórico relacionado ao Holocausto e, por outro, privilegiar a liberdade de expressão quando se tratar de outros casos de genocídio e crimes de guerra<sup>717</sup>.

A eleição de valores intangíveis como referenciais normativos dificulta o controle social da decisão judicial, a possibilidade de previsão das consequências do ato e aumenta a margem para discrepâncias no momento de aplicação da norma. Também, conceitos não relacionados diretamente ao indivíduo, como é o da democracia, permitem a instrumentalização humana e a punição criminal com base em pretensões exclusivas do sistema político.

Além disso, a análise dos casos foi capaz de demonstrar que, ainda que o TEDH reiteradamente afirme de forma abstrata que a liberdade de expressão deve abarcar também ideias que chocam, ferem, perturbam e incomodam, na prática, a ausência de análise sobre a lesividade de bem jurídico com dignidade penal faz com que punições criminais sejam impostas como reflexo de meras ofensas. Quando se trata da configuração do discurso de ódio criminalizado, é plausível afirmar que a afetação de sentimentos pode ser suficiente para o TEDH.

Por fim, vale abordar um último caso, em que o TEDH considerou que a condenação criminal imposta pelo Estado da Espanha violou o artigo 10º da CEDH e, portanto, o direito à liberdade de expressão.

No caso *Stern Taulats e Roura v. Espanha*<sup>718</sup>, os recorrentes foram condenados por queimarem em público uma grande foto invertida do casal real espanhol como forma de protesto artístico, na ocasião de uma visita oficial do rei à cidade de Girona.

O TEDH afirmou que a manifestação não deveria ser entendida como dirigida à pessoa do rei, mas sim como uma crítica à monarquia enquanto instituição e, particularmente, à monarquia espanhola. O objetivo, no caso, seria o de suscitar o debate sobre questões de interesse público e não o de incitar a violência contra a pessoa do rei.

O contexto em que se deu o protesto teria sido essencial para se chegar à conclusão de que se tratava de uma crítica de ordem política.

Registrou, mais uma vez, que a liberdade de expressão não se refere apenas a ideias neutras ou positivas, mas também àquelas que ofendem, chocam e inquietam, como demanda do pluralismo e da tolerância, sem os quais não haveria sociedade democrática.

---

<sup>717</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 29.

<sup>718</sup> TEDH. *Caso Stern Taulats e Roura v. Espanha*, Sentença de 13 de junho de 2018.

A manifestação sob análise não poderia ser entendida como ato de incitação ao ódio ou à violência. Um exame conjunto dos elementos contextuais seria suficiente para que se concluísse pela inexistência de atos de violência decorrentes do discurso ou perturbação da ordem pública. A sua classificação enquanto discurso de ódio significaria, portanto, ampliar de maneira inaceitável os limites impostos pela jurisprudência do TEDH. Nas palavras da sentença:

A classificação como discurso de ódio de um ato que, como o dos requerentes, é a expressão simbólica de rejeição e crítica política de uma instituição e, portanto, a sua exclusão do âmbito de proteção da liberdade de expressão, implica interpretação demasiadamente ampla da exceção admitida pela jurisprudência da Corte – que poderia ferir o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não há <<sociedade democrática>><sup>719</sup>.

Percebe-se, portanto, que não é claro quando o discurso será ou não protegido. Os mesmos argumentos e valores abstratos podem ser utilizados tanto para permitir quanto para proibir a manifestação.

A decisão interessa pela conclusão de que, mesmo o TEDH, que possui entendimento bastante flexível sobre a configuração do discurso de ódio criminalizado, aponta que críticas dirigidas a instituições e pessoas ocupantes de cargos públicos não podem ser criminalmente censuradas<sup>720</sup>. Críticas duras, severas e realizadas por meio de símbolos que podem ser considerados agressivos (como é o caso de colocar fogo em uma grande foto) contra pessoas envolvidas com política e assuntos de interesse público não serão classificadas como discurso de ódio sujeito à punição criminal.

Patricia Laurenzo Copello destaca que a punição pela queima da foto do casal real imposta pela Espanha representa visão absolutamente subjetiva do discurso de ódio punível, em que qualquer manifestação de ânimo aversivo contra qualquer setor da população seria suficiente para sua configuração, inclusive aquela voltada a pessoas e instituições fortemente arraigadas ao poder<sup>721</sup>.

---

<sup>719</sup> Tradução livre, do original: “*L’inclusion dans le discours de haine d’un acte qui, comme celui reproché en l’espèce aux requérants, est l’expression symbolique du rejet et de la critique politique d’une institution et l’exclusion qui en découle du champ de protection garanti par la liberté d’expression impliqueraient une interprétation trop large de l’exception admise par la jurisprudence de la Cour – ce qui risquerait de nuire au pluralisme, à la tolérance et à l’esprit d’ouverture sans lesquels il n’est pas de «société démocratique»*”. (TEDH. Caso *Stern Taulats e Roura v. Espanha*, Sentença de 13 de junho de 2018. § 41).

<sup>720</sup> Para mais exemplos de casos a partir dos quais se extrai a mesma conclusão, consultar: TEDH. Caso *Otegi Mandragon v. Espanha*, Sentença de 15 de setembro de 2011; TEDH. Caso *Stomakhin v. Rússia*, Sentença de 9 de maio de 2018.

<sup>721</sup> LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madrid: Dykinson, 2019. p. 456.

Rafael Alcácer Guirao caracteriza a criminalização da queima da foto do casal real como o “exemplo mais extremo de abuso da noção de discurso de ódio”<sup>722</sup>.

A fim de chegar à constatação de que se tratava de crítica de caráter exclusivamente político, o TEDH realizou análise das circunstâncias contextuais em que ocorreu a manifestação, o que, conforme reiteradamente afirmado neste estudo, é de fato imprescindível para análise da tipicidade material da conduta.

A conclusão também está de acordo com os pressupostos deste estudo, que entendem que, uma vez que pessoas públicas não representam grupo socialmente vulnerável, não podem, por essa característica e como decorrência de discursos voltados à crítica política, ser alvo do discurso de ódio criminalizado. Também o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ressalta que ocupantes de cargos públicos estão sujeitos a um maior grau de escrutínio e devem suportar críticas com mais severidade do que o resto da população.

Ainda que, como constatado a partir do caso Leroy v. França, o TEDH não restrinja o discurso de ódio criminalizado a manifestações dirigidas a coletivos socialmente vulneráveis, relevante notar que, ao menos quando se trata de pessoas e instituições públicas, a punição é limitada.

A partir dos casos analisados, percebe-se que os critérios para corroboração (ou não) da sanção penal não são claros. Em algumas situações, considerou-se o contexto para aferição de afetação aos “bens jurídicos” elencados, em outras, ele foi abertamente tido como inteiramente descartável.

Mesmo nos casos em que o TEDH afirma considerar o contexto para confirmação da condenação penal, o fato é que, a partir de referenciais inconsistentes, não há efetiva reflexão sobre lesividade.

O TEDH reserva espaço significativamente amplo para o campo de intervenção penal legítima na ceara do discurso de ódio<sup>723</sup>. A ausência de parâmetros claros colabora para essa situação e para a falta de uniformidade na aplicação da norma.

É possível afirmar que existe uma tendência do TEDH de criminalizar, de plano, o discurso de ódio, com base na ideia de proteção da dignidade humana e de uma necessidade de preservação do sistema democrático sem que se admita prova em contrário<sup>724</sup>.

---

<sup>722</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020. p 25.

<sup>723</sup> LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018. p. 33.

<sup>724</sup> VALIENTE MARTINEZ, Francisco. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucía; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización*

Ressalte-se, novamente, que objetivo não era o de realizar investigação exaustiva da jurisprudência do TEDH sobre a criminalização do discurso de ódio, motivo pelo qual não podem ser extraídas conclusões definitivas, nem plenamente estruturais sobre o assunto.

Por outro lado, os exemplos aqui trazidos ilustram a ausência de aferição de lesividade a bem jurídico com dignidade penal e, como consequência, a existência de um problema de segurança jurídica e de preservação da liberdade individual.

#### 4.4 Superior Tribunal de Justiça

O discurso de ódio criminalizado está previsto na legislação brasileira no artigo 20 da Lei 7.716/1989, que 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.

§ 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 neste artigo for cometido por intermédio dos meios de comunicação social, de publicação em redes sociais, da rede mundial de computadores ou de publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 2º-A Se qualquer dos crimes previstos neste artigo for cometido no contexto de atividades esportivas, religiosas, artísticas ou culturais destinadas ao público: (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e proibição de frequência, por 3 (três) anos, a locais destinados a práticas esportivas, artísticas ou culturais destinadas ao público, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

§ 2º-B Sem prejuízo da pena correspondente à violência, incorre nas mesmas penas previstas no caput deste artigo quem obstar, impedir ou empregar violência contra quaisquer manifestações ou práticas religiosas. (Incluído pela Lei nº 14.532, de 2023)

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 14.532, de 2023)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; (Redação dada pela Lei nº 12.735, de 2012) (Vigência)

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)



O Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi algumas vezes provocado a decidir sobre a incidência da transcrita norma penal e a configuração do discurso de ódio punível. Em alguns casos, por conta da natureza do recurso ou da ação manejados, o STJ afirmou não ser possível realizar análise aprofundada da matéria. Ainda assim, a partir da fundamentação e das referências dos acórdãos às decisões das instâncias inferiores, é possível que se extraia conclusões sobre o entendimento que o tribunal possui com relação à interpretação normativa e à configuração do delito. Vejamos cada um deles:

*4.4.1 Habeas Corpus nº 388.051/RJ<sup>725</sup> e Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 424.402/RJ<sup>726</sup>*

Ministro Relator Joel Ilan Paciornik

Serão analisados de forma conjunta os acórdãos do Habeas Corpus nº 388.051 e do Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 424.402, pois são referentes à mesma ação penal e possuem fundamentação similar.

O primeiro é *habeas corpus* impetrado em favor do corréu Tupirani da Hora Lores contra acórdão de apelação proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), que manteve condenação pelo cometimento do crime do artigo 20, § 2º da Lei 7.716/1989. O *habeas corpus* não foi conhecido, por ser substitutivo de recurso próprio.

O segundo é agravo regimental interposto pelo corréu Afonso Henrique Alves Lobato contra decisão monocrática que não conheceu de *habeas corpus* impetrado contra o mesmo acórdão do TJ/RJ que também o condenou pela prática do crime do 20 da Lei 7.716/1989, § 2º. Foi negado provimento ao agravo regimental.

Consta dos acórdãos que o primeiro réu é pastor e o segundo é réu membro, ambos da Igreja Pentecostal Geração Jesús Cristo e que teriam utilizado-se da *internet* para praticar e incitar a discriminação contra pessoas de outras religiões.

O acórdão do Habeas Corpus reproduz ementa e trechos do acórdão de segunda instância, por meio dos quais se extrai a conduta praticada pelo primeiro réu:

APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL –  
PRECONCEITO RELIGIOSO (LEI 7.716/89) – EPISÓDIO OCORRIDO

<sup>725</sup> STJ, Habeas Corpus n. 388.051/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25.04.2017.

<sup>726</sup> STJ, Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 424.402/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04.10.2018.

NA COMARCA DA CAPITAL – DUPLA DE AGENTES MEMBROS DA IGREJA PENTECOSTAL GERAÇÃO JESÚS CRISTO, VINDO O IMPUTADO A EXERCER A FUNÇÃO DE PASTOR DA REFERIDA CONGREGAÇÃO, ENQUANTO QUE AFONSO É UM DOS FREQUENTADORES DESTA E, ASSUMINDO TAIS PAPÉIS É QUE AMBOS PASSARAM A PRATICAR E A INCITAR A DISCRIMINAÇÃO RELIGIOSA, INCLUSIVE SE UTILIZANDO PARA TANTO DO MANEJO DE MEIOS DE COMUNICAÇÃO, PORQUANTO TUPIRANI MANTÉM NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES UMA PÁGINA EM FORMATO CONHECIDO COMO ‘BLOG’ VINDO NESTA A PUBLICAR TEXTOS COM O OBJETIVO DE PREGAR O FIM DAS IGREJAS ASSEMBLÉIA DE DEUS E IGUALMENTE A PRÁTICA DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA CONTRA JUDEUS.

[...]

Inicialmente, verifica-se que a denúncia se refere as condutas de postar vídeo no site youtube e publicar textos em blog da internet.

O laudo de exame audiográfico de fls. 287/293 relata o conteúdo de um vídeo no qual o acusado Tupirani exhibe os livros ‘guia das ciências ocultas’, ‘Wicca’, ‘Feitiçaria Antiga’, ‘Dogma’ e ‘Ritual de Alta Magia’ e ‘São Cipriano, o Bruxo’, afirmando que:

- (1) irão para o lixo e que não os rasgaria para não sujar o estúdio.
- (2) aduz que seu ministério é superior às religiões pagãs onde pessoas sofrem, padecem, são estupradas, violentadas, vivem em medo, em angústia, em aflição.
- (3) Acrescenta que satanismo não é religião, que lugares onde as pessoas são destruídas e marionetadas a seguir caminhos de podridão, não são religião.
- (4) Afirma ainda que o conteúdo dos referidos livros ensina enganos, a roubar, a furtar, a dominar o sentimento dos outros.
- (5) Diz, por fim, se tratar de pilantragem e hipocrisia, e que é uma religião assassina como o Islamismo.

[...]

Na notícia crime que deu origem a instauração do inquérito policial nº 218-00399/2009, foi transcrito texto extraídos do blog [www.ogritodameianoite.spaces.live.com](http://www.ogritodameianoite.spaces.live.com), no qual o acusado Tupirani se refere à outra religião como ‘prostitua espiritual’ e à Igreja Católica como ‘prostituta católica’.

O mesmo texto consta da impressão acostada às fls. 38 dos autos e extraído do site <http://geraçãoJesúscristo.spaces.live.com/blog>, sob o título ‘UNIVERSAL E GRAÇA (LIDERANÇAS ASSASSINAS)’.

No mesmo site da Igreja Geração Jesus Cristo, o acusado Tupirani se apresenta em texto intitulado ‘A Trajetória de um Restaurador – um Homem Comum Com objetivos incomuns’, no qual narra que ‘quando da gravidez da minha mãe, e após estar marcado o dia do parto, no terreiro de macumba foi dada como pelo demônio uma fita vermelha, isto com o objetivo de que, na hora do parto, esta fosse amarrada na barriga da minha mãe. Não sei se a intenção de Satanás era matar-me ou aliar-me, mas a questão é que a fita foi esquecida em casa, e assim eu não nasci debaixo daquela maldição e influência satânica’.

O acórdão do agravo regimental também reproduz a ementa do acórdão de segunda instância, que narra a conduta praticada pelo segundo réu:

[...] ENQUANTO QUE AFONSO, QUEM SE AUTO INTITULA MEMBRO DE UMA 'NOVA GERAÇÃO DE VALENTES' POSTA VÍDEOS NO SÍTIO [WWW.YOUTUBE.COM](http://WWW.YOUTUBE.COM), TENDO SIDO UM DESTES DISPONIBILIZADO NO MÊS DE ABRIL DE 2009, NO QUAL SE VANGLORIAVA DE HAVER DESTRUÍDO IMAGENS RELIGIOSAS QUE SE ENCONTRAVAM NO INTERIOR DO CENTRO ESPÍRITA CRUZ DE OXALÁ, FATO ESTE OCORRIDO NO DIA 02 DE JUNHO DE 2008, SEM PREJUÍZO DE, NESTE MESMO VÍDEO, DEFENDER EXPLICITAMENTE A DISCRIMINAÇÃO DE SEGUIDORES DE OUTRAS RELIGIÕES, DENOMINANDO-OS DE 'SEGUIDORES DO DIABO', 'ADORADORES DO DEMÔNIO', BEM COMO ASSOCIANDO PEJORATIVAMENTE AS FIGURAS DE PAIS DE SANTO À CONDIÇÃO DE HOMOSSEXUAIS, COM O INTUITO DE MENOSPREZAR A TODOS QUE OS TEM AQUELE TÍTULO RELIGIOSO, E, NÃO SATISFEITO, AINDA OFENDE, TAMBÉM NO AMBIENTE DESTES MESMOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, A AUTORIDADES PÚBLICAS E A SEGUIDORES DE OUTRAS MANIFESTAÇÕES DE FÉ ESPIRITUAL.

Os acórdãos do STJ afirmam que a análise sobre se as palavras proferidas possuiriam ou não caráter discriminatório, bem como da existência de dolo da conduta, dependeria de profunda investigação fático-probatória, o que não seria possível em sede de *habeas corpus*. Não caberia reanalisar a materialidade do crime, atestada pelas instâncias inferiores.

Ainda assim, é possível extrair conclusões pela fundamentação das decisões.

Os acórdãos destacam que os direitos fundamentais às liberdades de expressão e religiosa devem ser limitados pela criminalização de condutas que extrapolem os limites de seu exercício legítimo e passem a incitar a discriminação e o preconceito. Consideram que, a partir das premissas firmadas pelo acórdão do TJ/RJ, é possível que se conclua que houve “um ataque ao culto alheio, que põe em risco a liberdade religiosa daqueles que professam fé diferente à do paciente [e do recorrente]”.

Com relação ao primeiro réu, afirma que, da leitura dos trechos transcritos, conclui-se que as falas estão voltadas a membros de diversas religiões “pregando, inclusive o fim de algumas delas e imputando fatos criminosos e ofensivos aos seus devotos e sacerdotes, como assassinato, homossexualismo, prostituição, roubo, furto, manipulação, *et cetera*”.

Com relação ao segundo réu, não há remissão às características da conduta concretamente praticada que o STJ entenderia como “ataque que põe em risco a fé alheia”.

As decisões fazem uso de conceitos normativos como se fossem autoevidentes. Entendem que as condutas seriam típicas uma vez que incitem a discriminação e o preconceito sem, contudo, realizar o necessário exercício de concreção dos conceitos.

No caso do segundo réu, é ainda mais difícil que se extraia conclusão sobre parâmetros dogmáticos adotados. O acórdão afirma apenas que “as circunstâncias fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias” comprovariam a existência de crime, sem, contudo, indicar quais seriam essas circunstâncias, de modo que resta prejudicada a conclusão sobre quais fatores concretos o Tribunal considera relevantes para configuração típica.

A leitura de ambos os acórdãos indica também que, para o STJ, haveria “extrapolação” da liberdade religiosa e da liberdade de expressão uma vez que se configure “ataque” capaz de gerar como resultado risco (perigo) à liberdade religiosa de terceiros. Com relação ao segundo réu, mais uma vez, não se sabe quais os indicadores do caso concreto teriam levado à configuração do cenário. Com relação ao primeiro réu, o problema existe na medida em que não explica efetivamente a geração do perigo.

A partir da leitura dos acórdãos, conclui-se que o STJ aponta a necessidade de constatação de perigo para configuração típica. O risco à fé alheia aparece como resultado necessário da conduta, de modo que a formulação indica que se trataria de crime de perigo concreto. Apesar disso, os acórdãos não refletem sobre a constatação do resultado perigoso no caso concreto. Apenas afirmam que as condutas representariam risco à liberdade religiosa, sem remissão às circunstâncias concretas que demonstrariam a ocorrência do resultado perigoso no caso concreto.

#### 4.4.2 *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.826.160/PR*<sup>727</sup>

Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que deu provimento a Recurso Especial do Ministério Público para reverter decisão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR) que havia concedido ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal por ausência de justa causa.

A ação penal foi instaurada sob acusação de cometimento do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989, praticado, em tese, por advogado em julgamento no Plenário do Júri. Consta da denúncia, reproduzida no acórdão do STJ, que o réu “praticou a discriminação e o preconceito de procedência nacional e origem, referindo-se, a todo tempo, de maneira ofensiva às pessoas de origem nordestina [...]”.

---

<sup>727</sup> STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial 1.826.160/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldos Soares da Fonseca, j. 27.08.2019.

A inicial acusatória transcreve as falas, dirigidas à Promotora de Justiça, que configurariam a conduta delituosa:

[...] e a senhora não precisa vir da Bahia para querer botar ordem nesse Estado [...];  
 [...] a senhora citou Marcelo Odebrecht, isso é coisa sua, isso é coisa de sua banda. Cascavel tem ordem. [...] Aqui é Curitiba, aqui é o Paraná, aqui é sede da Lava Jato. A senhora falou de Marcelo Odebrecht, Marcelo Odebrecht é coisa sua; [...] Marcelo Odebrecht é coisa de sua terra; [...] Cascavel tem Justiça; Paraná tem Justiça; Curitiba tem Justiça...’  
 [...] vem com esta conversa, com esta balela de que tem dinheiro;  
 [...] isso acontece lá para cima, aqui não é terra de ACM, do Marcelo Odebrecht, não vem querer jogar essa nuvem pra cá...’  
 [...] não fica querendo botar o pânico aqui, aqui não é sertão, aqui não é cangaço [...]  
 [...] isso é balela, discursinho do sertão.

O TJ/PR trancou a ação penal por considerar que as manifestações não possuíam cunho discriminatório e, portanto, não havia justa causa para instauração da ação penal. O acórdão de 2ª instância estabeleceu parâmetros para configuração típica, que concluiu não estarem presentes no caso concreto:

Para a tipificação desse crime há necessidade de que a discriminação traga consigo um demérito capaz de causar perdas e sofrimento às pessoas atingidas eventualmente pelo estigma, deixando de reconhecer a riqueza da diversidade regional e cultural.

O TJ/PR entende que a configuração típica seria decorrente de constatação de efeitos nos sentimentos das pessoas, que chama de “perdas” e “sofrimento”. Trata-se, portanto, de fundamentação inaceitável no marco de um direito penal que possui como função a proteção de bens jurídicos. Sentimentos não podem ser objeto de tutela pelo direito penal.

Ao apontar que os alvos do discurso deveriam ser “atingidos pelo estigma” como requisito necessário ao enquadramento típico, parece entender, corretamente, que deve estar dirigido a grupos socialmente vulneráveis. Considerou, contudo, que não houve discriminação, uma vez que não haveria demérito em ser proveniente da Bahia, “terra da felicidade”, argumentação, por sua vez, simplista e irreal.

A decisão foi revertida pelo STJ, que determinou o prosseguimento da ação penal. A partir da leitura do acórdão do agravo regimental, contudo, não é possível que se extraia parâmetros dogmáticos configuradores do crime do art. 20 da Lei 7.716/1989. A decisão apenas aponta de forma genérica que a denúncia narrou satisfatoriamente a prática dos crimes

imputados, além de haver lastro probatório mínimo, a ser explorado durante a instrução. Não é possível aferir com base em quais elementos da fala o STJ conclui que a conduta enquadraria-se, ao menos em tese, na configuração típica do discurso de ódio criminalizado. Não há menção ao centro valorativo da norma. O acórdão, portanto, não atende aos requisitos mínimos de fundamentação e ao mandamento de determinação das decisões judiciais.

#### 4.4.3 Recurso Especial nº 157805/DF<sup>728</sup>

Ministro Relator Jorge Scartezzini

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo Ministério Público contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ/DF), que absolveu o réu de acusação do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989, por considerar que não restou configurado o dolo necessário ao enquadramento típico.

Extrai-se da leitura do acórdão do STJ que o réu publicou no, à época, jornal de maior circulação do Distrito Federal “piada” em que comparou uma mulher negra, candidata ao Governo do Rio de Janeiro, a um macaco.

O acórdão aplica a Súmula nº 7/STJ para não conhecer do recurso, uma vez que ponderações sobre a existência ou não de dolo demandariam reexame fático probatório, o que seria vedado em sede de Recurso Especial. Ressalta, contudo, que a decisão de segunda instância, para afastar o dolo “*o fez com base nas robustas provas e fatos*”, motivo pelo qual não seria possível reformá-la.

O relatório do acórdão do STJ reproduz a ementa do acórdão do TJ/DF:

PENAL. INDUZIMENTO OU INCITAMENTO AO RACISMO. ANEDOTA PUBLICADA EM JORNAL. INEXISTÊNCIA DE DOLO. INEFICIÊNCIA DO MEIO.

Na procura do elemento subjetivo do delito previsto no art. 20 da Lei 7.716/89, é indispensável a análise da conduta pregressa do agente. Não sendo ele racista, mas, ao contrário, tendo ele demonstrado, durante toda a sua vida que jamais teve como meta o induzimento ou incitamento ao preconceito, impõe-se a sua absolvição. Ausente o dolo, inexistente o crime.

É da índole do brasileiro encarar com bom humor os temas mais agudos e complexos do cotidiano. A “gozação” faz parte de seu temperamento e, por isto, ninguém levaria a sério, a ponto de provocar o início de uma cisão na sociedade, a referência jocosa a uma pessoa, em face da cor de sua pele, ainda que através de publicação em jornal.

<sup>728</sup> STJ, Recurso Especial n. 157.805/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17.08.1999.

A ausência de dolo seria constatada não pelos fatos do caso concreto, mas por conduta pregressa do réu, que demonstraria que “jamais teve como meta o induzimento ou incitamento ao preconceito”. À parte de considerações dogmáticas sobre a (im)possibilidade de que se escorre em situações passadas, e não nas circunstâncias da conduta concretamente praticada, para constatação do dolo, é digno de nota que o acórdão também exclui o crime tendo em vista a “índole” do brasileiro de fazer piadas sobre temas sensíveis.

O suposto tom jocoso e o contexto social brasileiro de “encarar com bom humor os temas mais complexos do cotidiano”, excluiriam a periculosidade da conduta. Pela leitura da ementa, conclui-se que o acórdão do TJ/DF considera a paz social como o bem jurídico tutelado e que piadas de cunho preconceituoso não teriam aptidão para “provocar o início de uma cisão na sociedade”.

Como reiteradamente apontado, a paz social não pode ser considerada bem jurídico e não é parâmetro confiável para aferição de lesividade. Qualquer ou nenhuma conduta podem ser tidas como relevantes para possível afetação, diante de sua completa imaterialidade.

O acórdão do STJ pondera que a acusação seria a de incitação (um dos verbos nucleares do tipo do artigo 20) e que “incitar, consoante a melhor doutrina é instigar, provocar ou estimular e o elemento subjetivo consubstancia-se em ter o agente vontade consciente dirigida a estimular a discriminação ou preconceito racial”.

Apesar de a decisão ser pelo não conhecimento do recurso, o acórdão reproduz trecho do parecer do Ministério Público que utiliza como razão de decidir e que expõe os motivos pelos quais considera que não estaria configurado o crime:

Evidente que o exagero da capitulação atende ao anseio da sociedade representante, mas foge à classificação jurídica pretendida de crime de incitação ao preconceito racial ali definido.

O gracejo ou a piada, envolvendo uma figura política da mais alta projeção nacional, não se configura em uma incitação ao racismo, somente pelo fato da sua negritude, nem foi esse o objetivo do jornalista, como bem revelam as provas dos autos.

A partir da leitura do acórdão, não é possível afirmar com certeza se também considera ser a paz social o objeto de tutela. Nota-se, contudo, que, da mesma forma que o acórdão do TJ/DF, argumenta que piadas ou um suposto intuito jocoso excluiriam o crime.

Registre-se que o acórdão procura definir o conceito de instigação para concluir pela sua ausência, o que, conforme apontado, é necessário por se tratar de conceito normativo, aberto, carente de concretização. Presume, contudo, a ausência de lesividade e de dolo por

considerar que anedotas, ainda que de cunho preconceituoso, não configurariam o crime de incitação ao racismo.

Ainda que aponte circunstâncias contextuais, a análise é insatisfatória. Não aborda, por exemplo, o fato de a piada de conteúdo preconceituoso ter sido publicada no jornal de maior circulação do estado ou o de ser baseada em característica de grupo social contemporânea e historicamente discriminado (a cor da pele negra). A suposta análise contextual é limitada e seletiva ao focar apenas no “tom jocoso” como excludente absoluta de tipicidade.

Além disso, o contexto deve servir como referencial para aferição da lesividade da conduta que, por sua vez, não pode ser realizada sem que se indique qual é o objeto de tutela da norma penal.

#### *4.4.4 Conflito de competência nº 146.983/RJ<sup>729</sup>*

Ministro Relator Felix Fischer

Ministro Relator para o acórdão Reynaldo Soares da Fonseca

Trata-se de conflito de competência entre o Juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro e o Juízo da 6ª Vara Criminal de Recife para julgar caso em que jornalista teria proferido, durante apresentação de programa de televisão, afirmações de cunho preconceituoso contra pessoas da região Nordeste do país.

Consta do acórdão do STJ que o jornalista Diogo Mainardi, ao comentar a vitória do Partido dos Trabalhadores nas eleições presidenciais de 2014, durante a apresentação do programa de televisão “Manhattan Connection”, transmitido pelo canal Globo News, afirmou que:

O Nordeste sempre foi retrógrado, sempre foi governista, sempre foi bovino, sempre foi subalterno em relação ao poder, durante ditadura militar, depois com o reinado do PFL e agora com o PT. É uma região atrasada, pouco educada, pouco construída, que tem grande dificuldade para se modernizar na linguagem. A imprensa livre só existe da metade do Brasil para baixo. Tudo que representa a modernidade tá do outro lado.

#### Voto Ministro Felix Fischer

---

<sup>729</sup> STJ, Conflito de Competência n. 146.983/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, j. 24.05.2017.



O Ministro Felix Fischer votou pelo não conhecimento do conflito de competência, bem como pela concessão da ordem de ofício para determinar o trancamento das investigações diante da atipicidade da conduta.

O ministro entendeu que as falas não se adequariam à descrição típica do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

Para tanto, a fim de atribuir significado ao termo ‘discriminação’, contido na redação do artigo 20 da Lei 7.716/1989, recorreu ao texto do Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), que prevê:

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada [...] <sup>730</sup>.

Utilizando-se da definição legislativa acima transcrita, considerou não ser possível concluir pela prática de discriminação por parte do jornalista:

*In casu*, analisando-se a manifestação do investigado, não há como constatar que há intenção de discriminar a população, na acepção técnica legislativa da palavra prevista no inciso I do parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.288/2010, porquanto não há condão de “*anular ou restringir o reconhecimento, gozo, ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida*”.

A partir da leitura, não é possível que se extraia com clareza se o voto refere-se à ausência de dolo ou de tipicidade objetiva material da conduta ou aos dois. Primeiro, afirma não haver intenção de discriminar, para, em seguida, referenciar a ausência de “condão” da conduta para gerar os efeitos definidos como discriminatórios (ou discriminação) pela Lei 12.288/2010.

---

<sup>730</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Lei 12.288/2010, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/lei/112288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112288.htm). Acesso em: 26 out. 2022.

Apesar de parecer entender necessário analisar os efeitos da conduta para que se conclua por sua tipicidade, o que remonta a uma possível aferição de lesividade, refere-se apenas à consideração sobre a existência de efetiva prática de discriminação, não abordando a possibilidade de configuração delituosa nas modalidades de “incitação” ou “induzimento”.

Também, por mais que afirme que a conduta deva ter o condão de anular ou restringir direitos humanos e liberdades fundamentais, não resta claro qual entende ser o bem jurídico tutelado pelo delito do artigo 20 da Lei 7.716/1989. A mera referência a “direitos e liberdades”, devido à sua extrema amplitude, é imprestável como parâmetro para aferição de lesividade em matéria penal.

Afirma, em seguida e sem justificar, que também não vislumbra configuração pela previsão típica de “preconceito”, ainda que entenda que as afirmações possuam caráter grosseiro. Não procede à definição conceitual de preconceito.

#### Voto Ministro Nefi Cordeiro

Em voto vista vencido declarado, o Ministro Nefi Cordeiro concordou com o posicionamento do Ministro Felix Fischer de que não estaria configurada a figura delitiva do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

Isso, pois, a partir da definição de discriminação contida na Lei 12.288/2010, concluiu que: “Realmente, desde a Lei nº 7.716/89 se constata a delimitação criminal ao preconceito que objetive a restrição de direitos. Assim, concordo com o Relator na compreensão de que não se encontram presentes as elementares do crime de racismo”.

O voto parece confundir os conceitos de preconceito e discriminação e tratá-los como um só. Como previamente explorado, a definição conceitual prevista na Lei 12.288/2010 refere-se à noção de discriminação, enquanto o artigo 20 da Lei 7.716/1989 menciona tanto a discriminação quanto o preconceito. Se entende que são efetivamente correspondentes os conceitos, deveria ter explicitamente fundamentado a posição.

Para o Ministro Nefi Cordeiro, a conduta analisada seria classificada como discurso de ódio ou *hate speech*, que se caracterizaria por um juízo de inferiorização e menosprezo genéricos. A categoria, contudo, não encontraria punição na legislação brasileira. Nesse sentido, ponderou o Ministro:

Preocupou-me que poderia eventualmente ser compreendida a fala sob exame no chamado discurso de ódio (*hate speech*), onde é expressada inferiorização de uma pessoa, ou grupo de pessoas, por características de raça, gênero, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual ou outro aspecto passível de

discriminação. É o menosprezo genérico, a fala de inferiorização do outro porque é diferente (em raça, opção sexual...).

Trata-se de manifestação não mais admissível em uma sociedade que se pretende igualitária, e que pelos danos diretos (restrição de direitos, incitação da violência...) e indiretos (incentivo à redução camuflada de oportunidades...) tem recebido internacionalmente proibições legais (prevalecendo sobre o direito de expressão).

[...]

Triste e preocupante é a limitação criminal vigente. Não há enquadramento típico ao menosprezo coletivo, situação em que teoricamente poderia ser discutido o enquadramento da fala sob exame [...]

Conforme o desenvolvimento teórico do presente estudo, o artigo 20 da Lei 7.716/1989 prevê a punição criminal daquilo que se convenciou chamar no âmbito jurídico de discurso de ódio. Todavia, a conclusão de que um mero juízo de desprezo não é suficiente para o enquadramento típico do mencionado dispositivo (e nem deveria ser) é correta, uma vez que não implica afetação de bem jurídico.

Registre-se que, contrariamente ao afirmado no voto analisado, a constatação de um “juízo de desprezo” ou de um “juízo de inferioridade” foi utilizada pelo STJ como motivo para configuração típica no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.569.850 e 1.580.395, que serão a seguir analisados.

O voto afirma, também, que não seria caso de capitulação jurídica da conduta como injúria racial, uma vez que esta seria dirigida a vítimas individualizadas. A diferenciação entre os tipos penais é realizada a partir do alvo do discurso (individual ou coletivo).

O ministro entende que o dolo do crime de racismo (artigo 20 da Lei 7.716/1989) estaria em “prejudicar direitos de pessoas em razão da sua origem nacional” e o de injúria racial (artigo 140, § 3º do Código Penal) na “ofensa à dignidade ou decoro por elementos de raça, cor, etnia, religião, idade e deficiência”.

A partir dessa definição, poderia aventar-se que o ministro considera, no crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989, que o objeto de proteção da norma seriam “direitos de pessoas”. Da mesma forma do apontado na análise do voto do Ministro Félix Fischer, “direitos” não constituem bem jurídico e, portanto, não foi apontado núcleo valorativo legítimo da norma para aferição de lesividade da conduta.

Afirma, também, que deve ser levado em conta o contexto em que as expressões foram proferidas, qual seja, durante atividade jornalística, o que faria com que fosse necessária a comprovação de “clara pretensão *injuriandi*”, uma vez que o risco de se produzir ofensas nesse ambiente seria maior.

Nesse sentido, correto está o posicionamento do voto em destacar a importância de se analisar o contexto e conferir especial proteção à atividade jornalística, primordial ao funcionamento do sistema democrático. Outros fatores contextuais poderiam ter sido também ponderados, como o fato de as manifestações terem ocorrido em programa televisivo de grande alcance e eventual posição do emissor do discurso e seu potencial de influência.

Ressalte-se, novamente, que o contexto deve servir como referencial para análise da lesividade, que não pode ser feita, contudo, sem a indicação de um objeto de tutela definido e legítimo. A afirmação também desperta dúvidas sobre se o ministro entende que, em algum contexto, a produção de uma mera “ofensa” seria suficiente para enquadramento típico.

#### Voto Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Em voto-vista vencedor, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca considerou ser prematura a conclusão de atipicidade da conduta e o consequente trancamento das investigações.

Assim como os outros ministros, fez referência à definição de discriminação contida na Lei 12.288/2010 e entendeu que, a princípio, não estaria configurada na fala do jornalista, por não estarem presentes os resultados nela descritos.

Entende, contudo, ser precipitada a conclusão definitiva de que as falas não se amoldariam ao tipo, uma vez que o termo “preconceito” não gozaria de definição legal e, portanto, seria necessária reflexão mais aprofundada sobre o tema a fim de que se concluísse por eventual atipicidade da conduta.

Nas palavras do Ministro:

Como bem ponderaram os Ministros que votaram antes de mim, a conduta é de tipicidade duvidosa, ainda que se possa notar que o tipo do art. 20 da Lei 7.716/89 se refere a ‘discriminação’ ou ‘preconceito’, e apenas a ‘discriminação’ é definida na lei e demanda algum dos resultados nela descritos (a anulação ou restrição do ‘reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais’). Restaria, assim, a possibilidade de se averiguar se a conduta se amolda ao preconceito.

Isso, não obstante, entendo não ser aconselhável a concessão de *habeas corpus* de ofício.

O ministro destacou que, em casos similares, o STJ não reconheceu de plano a atipicidade da conduta, como se observa no Habeas Corpus nº 388.051/RJ e no Habeas Corpus nº 143.147/BA, o primeiro deles abordado também neste estudo.

Em seguida, passou para a análise sobre o conflito de competência.

Apesar de não tratar de possíveis objetos tutelados da norma, está correta a conclusão do ministro de que uma análise da tipicidade dependeria da concreção do conceito de preconceito. Essa, por sua vez, deveria ser realizada com vistas à necessidade de afetação a bem jurídico.

#### 4.4.5 Recurso Especial nº 1.569.850/RN731 e Recurso Especial nº 1.580.395/DF<sup>732</sup>

Ministro Relator Sebastião Reis Júnior

Serão analisados, de forma conjunta, os acórdãos do Recurso Especial nº 1.569.850 e do Recurso Especial nº 1.580.395, pois são da lavra do mesmo Ministro Relator, proferidos na mesma data, e utilizam exatamente os mesmos argumentos.

O Recurso Especial nº 1.580.395 foi interposto pelo Ministério Público contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF 1) que indeferiu medida de quebra de sigilo telemático de usuária da rede social *Twitter*.

A postagem que ensejou a investigação criminal dizia: “esses nordestinos, pardos, bugres, índios acham que tem moral, cambada de feios. Não é à toa que não gosto desse tipo de raça”.

Do acórdão do STJ não é possível que se extraia quais argumentos foram utilizados pelo TRF 1 para que tenha concluído pela atipicidade da conduta e pelo conseqüente indeferimento do pedido de quebra de sigilo telemático.

O Recurso Especial nº 1.569.850, por sua vez, foi interposto pelo Ministério Público contra decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF 5) que indeferiu pedido de quebra de sigilo de dados de usuário da rede social *Facebook*.

As postagens que ensejaram a investigação diziam: (i) “Ebola, olha com carinho para o Nordeste” e; (ii) “E aí tudo graças aos flagelados nordestinos que vivem de bolsa esmola”.

O acórdão do TRF 5 considerou que se tratou de “simples destempero verbal”, em decorrência dos resultados eleitorais e que não haveria intenção de incitar ou induzir o racismo. Em trecho reproduzido no acórdão do STJ, extraem-se os fundamentos que levaram à conclusão de atipicidade pelo tribunal de 2ª instância:

Com efeito, exige-se de toda e qualquer conduta que se pretenda incriminar certo conteúdo ofensivo (potencialidade lesiva), sem o qual não resulta legitimada a intervenção penal. Assim, nem toda conduta imoral ou antiética

<sup>731</sup> STJ, Recurso Especial n. 1.569.850/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.04.2018.

<sup>732</sup> STJ, Recurso Especial n. 1.580.395/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.04.2018.

(como se verifica no caso em apreço) tem a transcendência e a relevância necessárias para justificar a intervenção punitiva.

Mesmo na hipótese de incitação ao racismo, a conduta deve ter aptidão para induzir à prática de um dos demais crimes previstos na Lei nº 7.716/89, todos marcados pela segregação, potencialidade que não se apresenta nas declarações objetos do procedimento investigatório.

O acórdão do TRF 5 bem pontua a necessidade de constatação de potencialidade lesiva da conduta para sua criminalização, porém não indica qual seria o bem jurídico protegido e os motivos pelos quais não teria sido afetado no caso concreto.

A lesividade parece estar na possibilidade de que a conduta tenha o condão de desencadear a prática de outro crime de racismo e, como consequência, de uma potencialidade de “segregação”. Conforme os parâmetros deste estudo, a potencialidade lesiva não está necessariamente na constatação de iminência de cometimento de outro delito.

#### Votos Ministro Sebastião Reis Júnior

Os dois acórdãos do STJ, da lavra do Ministro Sebastião Reis Júnior, reverteram as supramencionadas decisões, com base exatamente nos mesmos fundamentos.

A tipicidade formal estaria configurada pela expressão de um juízo de superioridade do interlocutor com relação aos alvos dos discursos.

O acórdão do REsp nº 1.580.395 afirma que “Ao considerar as pessoas dessas coletividades ‘sem moral’ ou ‘feios’, a recorrida, em tese, externou juízo de inferioridade acerca de todos desse grupo”.

O acórdão do REsp 1.569.850, por sua vez, conclui que “Ao considerar que as pessoas dessas coletividades deveriam ser olhadas com carinho pelo ebola, o recorrido, em tese, externou juízo de desprezo sobre todos esses grupos”.

As decisões não realizam reflexão sobre a efetiva descrição contida no tipo e o porquê de as condutas analisadas amoldarem-se a ela. Não se sabe qual dos verbos nucleares (praticar, induzir, incitar) estaria configurado. A reflexão sobre eventual juízo de desprezo e superioridade mais parece referir-se a suposto elemento subjetivo do tipo do que à adequação formal da conduta.

Os acórdãos referem-se à existência de mandado de criminalização do discurso de ódio, que estaria previsto tanto na Constituição Federal, quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Conforme explorado no capítulo 3.1 deste estudo, do princípio da proteção de bens jurídicos extrai-se que a Constituição deve servir como limite à criminalização, não como

fundamento para tanto. Um sistema jurídico que tem como cerne a proteção da liberdade individual não admite a ideia de necessária criminalização ou de deveres de proteção.

De toda forma, os critérios adotados para criminalização do discurso de ódio pela Convenção Americana de Direitos Humanos e esmiuçados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos são bastante diversos daqueles adotados nos Recursos Especiais nº 1.580.395 e nº 1.569.850. Como se sabe, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos exige a constatação de risco concreto de violência para caracterização do discurso de ódio criminalmente punível.

As decisões do STJ, por sua vez, caracterizam o delito do artigo 20 da Lei 7.716/1989 como de perigo abstrato, para, com isso, admitirem que a configuração típica independeria da constatação de qualquer resultado ao bem jurídico.

Os acórdãos apontam que a natureza dos supostos bens jurídicos protegidos pela norma penal, bem como a estrutura do tipo de perigo abstrato impediriam a aplicação do princípio da insignificância e permitiriam a conclusão de relevância penal das condutas sob análise.

São elencadas como bens jurídicos tutelados pela norma do artigo 20 da Lei 7.716/1989: (i) a igualdade; (ii) a pluralidade e; (iii) a paz social.

Tais valores, conforme amplamente explorado, não podem figurar como bens jurídicos com dignidade penal. São conceitos jurídicos vagos e dotados de demasiada amplitude, o que faz com que seja impossível que se extraia de forma objetiva quais condutas estão ou não sujeitas à punição. São valores que permitem abertura excessiva das possibilidades punitivas e abrem margem para decisões arbitrárias. Também, a noção de proteção da pluralidade representa instrumentalização do indivíduo em prol de valores sociais.

Conforme o arcabouço teórico desenvolvido no capítulo 3 deste estudo, a teoria do bem jurídico serve para que se limite o poder punitivo, com foco na liberdade e no autodesenvolvimento humano. A admissão de bens jurídicos de caráter intangível ou alheios a interesses individuais subverte as bases da teoria.

Seguindo com o raciocínio, ao identificarem tais valores como os bens jurídicos relevantes, as decisões expõem que a técnica legislativa utilizada para sua tutela pela criminalização do discurso de ódio seria a do delito de perigo abstrato, o que excluiria a necessidade de constatação de resultado para imposição de pena. Com isso, consideram que não há que se cogitar a aplicação do princípio da insignificância. Nas palavras dos acórdãos: “É por exigir a ocorrência de resultados ínfimos que a jurisprudência tem afastado a incidência do referido princípio em crimes de perigo presumido ou abstrato”.

Mais uma vez, conforme as bases estabelecidas no capítulo 3 deste estudo, crimes de perigo abstrato não dispensam a constatação de resquício mínimo de lesividade, sob pena de completo desvirtuamento do princípio da ofensividade. No momento de aplicar a norma, cabe ao julgador constatar a existência de liame entre a conduta sob análise e a aptidão para gerar afetação ao bem jurídico tutelado, ainda que na forma de perigo abstrato. Sem resultado, não há crime, mesmo quando a estrutura delituosa for a de perigo abstrato e se analise o perigo *ex ante*.

Crimes de perigo abstrato não correspondem a presunção de perigo. A conduta não pode ser presumidamente perigosa e deve ser constatada a sua lesividade com foco nas circunstâncias concretas do caso.

Os acórdãos, ainda, entendem que não cabe reflexão sobre insignificância (e lesividade da conduta) pois “O tipo penal em discussão tutela, assim, bens jurídicos que, ao meu sentir, não comportam flexibilização, sob pena de negação integral de tais valores”.

Ainda que legítimos fossem, não se trata de flexibilizar ou não a proteção a bens jurídicos, mas sim de que a configuração típica depende de afetação a bem jurídico. A especial relevância dos bens jurídicos tutelados é o que poderia permitir, em tese, a criação de tipo penal na forma de perigo abstrato, mas não a ausência de reflexão sobre lesividade da conduta.

Por fim, ambas as decisões afirmam que:

Além disso, o tipo penal está estruturado de forma abstrata, formulado em sentença que, com o fim de antecipar processo de preconceito generalizado, culminando em violência física e risco à incolumidade pública, impôs comando penal para reafirmar valores e permitir a supressão de atos de fomento à violência.

O raciocínio aplicado carrega a lógica da acumulação, que, como visto, não pode ser admitida para imposição de responsabilidade penal. A conduta não seria criminalizada pelo resultado que acarretou individualmente, mas sim “com o fim de antecipar processo de preconceito generalizado”. A imputação penal, nesses termos, é realizada por conta de um contexto futuro hipotético e não nos efeitos gerados pela conduta, com base na necessária constatação de causalidade.

Ainda, lê-se do mesmo trecho que se considera a existência de comando penal contido no artigo 20 da Lei 7.716/1989 “para reafirmar valores”.

Conforme explica Helena Lobo, criminalizações de condutas para criar valores ou “expressar a importância de um determinado valor, visando que a população “aprenda” com a



norma”<sup>733</sup> representam duas das possíveis formas de manifestação de um direito penal simbólico. São ilegítimas a criação legislativa e a aplicação da norma que tenham como intuito a educação moral da população.

A norma penal tem por função a proteção de bens jurídicos, de modo que sua incidência apenas pode ocorrer uma vez que comprovada sua afetação no caso concreto.

Conclui-se, portanto, que os acórdãos atribuem responsabilidade penal com base em periculosidade presumida, de bens jurídicos ilegítimos, sem a constatação de resultado típico e a partir de pressupostos que contrariam o princípio da ofensividade e as bases de um sistema penal inserido em um Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto a responsabilização estritamente pessoal.

#### Voto Ministro Nefi Cordeiro

O Ministro Nefi Cordeiro proferiu voto divergente em que afirmou que “na legislação brasileira, não há criminalização do discurso de ódio (*hate speech*)” e que, por conta disso, a configuração típica dependeria da constatação de uma “restrição de direitos”. Nesse julgamento, contudo, não desenvolve a conclusão e também não explicita a quais direitos refere-se.

#### 4.4.6 Habeas Corpus nº 15.155/RS<sup>734</sup>

Ministro Relator Gilson Dipp

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) que condenou o paciente, Siegfried Ellwanger, às penas do artigo 20 da Lei 7.716/1989, pela autoria, edição e venda de livros de conteúdo antissemita.

Extrai-se do acórdão, trecho da denúncia com descrição da conduta:

Segundo o incluso inquérito policial, o denunciado Siegfried, na qualidade de escritor e sócio dirigente da Revisão Editora Ltda, situada na Rua Voltaire Pires, nº 300, conj. 02/11, nesta cidade, de forma reiterada e sistemática, edita e distribui, vendendo-as ao público, obras de autores brasileiros e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias e com isso procura incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica. O denunciado é responsável pela edição e reedição das obras: O Judeu Internacional, autor Henry Ford, 2ª reedição, 1989; A História Secreta do

<sup>733</sup> COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 128.

<sup>734</sup> STJ, Habeas Corpus n. 15.155/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 18.12.2001.

Brasil, autor Gustavo Barroso, 1ª reedição, 1990; Os protocolos dos Sábios de Sião, apostilado por Gustavo Barroso, 4ª reedição, 1989; Brasil Colônia de Banqueiros, Gustavo Barroso, 1ª reedição, 1989; Hitler – Culpado ou Inocente?, Sérgio Oliveira, 2ª edição, 1990; Os Conquistadores do Mundo – Os verdadeiros Criminosos de Guerra, Louis Marschalko, 3ª edição; e é autor do livro Holocausto Judeu ou Alemão? – Nos bastidores da Mentira do Século, sob o pseudônimo S. E. Castan, cuja edição está acima da 29ª, que tratam exclusivamente de idéias anti-semitas.

O *habeas corpus* pretendia o reconhecimento de que a conduta não poderia ser rotulada como crime de racismo, por se tratar de discurso dirigido à população judaica, que, por sua vez, não se encaixaria na categoria de “raça”. Como consequência, não incidiria a cláusula de imprescritibilidade e estaria prescrita a pretensão punitiva estatal.

#### Voto Ministro Gilson Dipp

O Ministro Gilson Dipp, relator do *Habeas Corpus*, entendeu que a conduta adequar-se-ia à categoria do racismo, motivo pelo qual não seriam necessárias maiores digressões sobre eventual prescritibilidade de outras modalidades tipificadas no artigo 20 da Lei 7.716/1989 (que não o racismo).

Ressaltou, de toda forma, que “não há que se fazer diferenciação entre as figuras da prática, da incitação ou do induzimento, para fins de configuração do racismo, eis que todo aquele que pratica uma destas três condutas [...] é autor do delito de racismo”.

Como estabelecem as premissas teóricas deste estudo, a argumentação é inidônea. Ainda que a adequação da conduta a qualquer um dos verbos nucleares seja tipicamente relevante, é necessário que se concretizem os conceitos abertos e explicitem em qual modalidade teria incorrido o paciente, como exigência do mandamento de fundamentação das decisões judiciais.

Em seguida, o ministro aponta que se trataria de crime de mera conduta, ou formal, de modo que dispensaria a constatação de “resultado material para a sua configuração, bastando, para tanto, a concretização do comportamento típico como descrito na legislação, com a intenção de sua realização”. E completa: “Consumam-se, portanto, independente do resultado [...]”.

O voto confunde categorias. Crimes de mera conduta não equivalem a crimes formais.

Crimes de mera conduta não dispensam a constatação de resultado. Distinguem-se daqueles classificados como “de resultado” apenas por uma questão espaço-temporal de aferição do resultado. Conforme explica Claus Roxin, nos crimes “de resultado”, a afetação ao bem jurídico ocorre de forma espacial e temporalmente afastada da conduta, enquanto em

crimes de mera conduta, a conduta e o resultado lesivo ocorrem simultaneamente<sup>735</sup>. Nesse sentido, destaca que todo crime possui um resultado e a diferenciação entre as figuras refere-se apenas ao momento de sua consumação<sup>736</sup>.

Crimes formais, por sua vez, caracterizam-se por independerm da constatação de resultado naturalístico para consumação delituosa<sup>737</sup>. Assim, ainda que não haja resultado empiricamente observável como decorrência da conduta típica, há sim de ser constatado resultado material, na forma de lesão ou perigo a bem jurídico digno de proteção penal.

Todo crime, seja de mera conduta, seja formal<sup>738</sup>, dependerá da constatação de resultado material, entendido como afetação ao bem jurídico.

A mera adequação da conduta à prescrição legal formal nunca será suficiente para conclusão de tipicidade, que dependerá, também, de seu aspecto material. A fundamentação do voto do ministro relator, portanto, fere o princípio da necessária afetação de bens jurídicos.

#### Voto Ministro Jorge Scartezzini

O Ministro Jorge Scartezzini, em voto declarado que acompanha o do Ministro Relator, a partir de alongada digressão teórica, concluiu que a conduta adequar-se-ia ao rótulo de “prática de racismo” para fins de imprescritibilidade.

O voto destaca que o legislador ordinário teria criminalizado a incitação, a indução e a prática do racismo, criando três delitos pela mesma norma tipificadora, enquanto o legislador constituinte determinou que apenas a prática de racismo seria imprescritível. E conclui que: “O paciente, na esteira de todo o exposto e conforme consta do v. aresto de origem e da denúncia, praticou-o, sendo-lhe imputado, assim, os efeitos da imprescritibilidade”.

A constatação de que o paciente teria praticado o racismo aparece como afirmação, “solta”, de cunho absoluto e retórico, sem que se tenha efetivamente realizado exercício de remissão ao caso concreto para enquadramento típico na modalidade indicada.

Não aborda qual seria o objeto de tutela da norma ou parâmetros para aferição de lesividade da conduta.

#### Voto Ministro Edson Vidigal

<sup>735</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 328.

<sup>736</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General...*, cit., p. 329.

<sup>737</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 245.

<sup>738</sup> Para uma crítica da classificação de delitos como materiais, formais e de mera conduta consultar: TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 246 e ss.

Em voto-vista vencido, o Ministro Edson Vidigal apontou que, apesar de a conduta adequar-se à categoria de “racismo”, o paciente não o teria praticado, mas meramente o “estimulado”, de modo que não incidiria a cláusula de imprescritibilidade.

O ministro ressaltou que a norma do artigo 20 da Lei 7.716/1989 prevê três ações possíveis para configuração delituosa, quais sejam, praticar, induzir e incitar. Afirma que o paciente não realizou a primeira (necessária para a imprescritibilidade), mas não expõe em qual das duas outras modalidades típicas teria incidido.

Também não explora o bem jurídico tutelado e critérios de lesividade.

#### 4.4.7 Recurso Especial nº 911.183/SC<sup>739</sup>

Ministro Relator Felix Fischer

Ministro Relator para o acórdão Jorge Mussi

Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF 4) que manteve condenação às penas do artigo 20, § 2º da Lei 7.716/1989.

Consta da denúncia, transcrita no acórdão do STJ, que o réu teria, em cinco ocasiões distintas, praticado e incitado a discriminação ou o preconceito contra a comunidade indígena por meio de afirmações proferidas em programa televisivo. Seguem as falas, conforme reproduzidas no acórdão:

[...] Dia 27 de janeiro de 1999.

“[...] *os índios tomaram conta do aeroporto*, o aeroporto faz parte da área indígena, os aviões não podem pousar, porque *quando pousam a flecha come*, ninguém é louco

[...] *A indiada* meio que *dificulta o processo* lá, né, *trabalhar muito pouco, não são chegado ao serviço* [...] e a *indiada* tomou conta [...] eu vou descer de avião dentro do aeroporto de Iraí, e a *indiada* que se bote, *eu vou levar o meu pau, um relho e nós vamos se atracar no laço* [...]” (fl. 16 - grifou-se).

Dia 29 de abril de 1999.

“[...] a *indiada* acham que são os donos [...] A proposta deles, olha a cara de trabalhador desse [...] é uma vontade desgraçada [...] eles fizeram a proposta, disseram para o dono da fazenda, pra ficar bom para os dois lados, nós vamos ficar com a metade do gado e o que tiver em cima é nosso, tá, e se contente, senão se contentar nós ficamos com tudo. Veja bem a situação [...]. Veja bem a proposta dos *loucos*, né. Resumindo, esses caras estão malucos, eles *querem tomar conta, já invadiram a propriedade* [...] querem no futuro *já dá o bote em cima do silo da Ceval* que tem lá, depois eles vão dá o bote lá no CTG [...] laçada e flecha [...].

<sup>739</sup> STJ, Recurso Especial n. 911.183/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.12.2008.

[...] a reserva do toldo pinhal, se não me falha a memória, em Seara, despejam 50 famílias de agricultores, com casa, com vaca, com boi, com tudo, são despejados, os índios *assumem, vira um capão desgraçado no ato*, não cultivam, e os agricultores, na sua grande maioria, morando embaixo de lona. Agora, no Rio Grande do Sul, *invadiram o aeroporto em Iraí*, tem cabimento isso, moram em cima do asfalto, não plantam uma batata porque no asfalto não nasce, do lado não dá pra plantar porque é mato, e não pode ser derrubado, mas os índios estão lá, o aeroporto que poderia ser utilizado por aeronaves não pousa nem mosquito em cima, se pousar eles matam [...].

[...] daqui a pouco vão ser donos da cidade, se bobear *vão invadir a sua casa, vão te arrancar de dentro* [...], então a *indiada* vai continuar essa sangria desatada [...]" (fls. 16-7 - grifou-se).

Dia 4 de maio de 1999.

"[...] é a *indiada* [...] eles tomaram conta daquele pedaço [...] *os índios estavam impedindo que o proprietário da área colhesse a sua lavoura de soja* [...] os índios que estão aí, que invadiram essa área, acabaram impedindo o proprietário de fazer a colheita da sua lavoura [...] outro agrupamento dos invasores, dos índios que invadiram [...] temos índios que estavam colhendo [...] *pegando ainda parte do feijão que havia sido colhido* [...] *olha de vadio* [...] *ali é tudo índio que invadiram a fazenda* [...] eles invadiram uma fazenda plantada, no entanto olha aí a dos índios [...] o que vocês estão vendo plantado aí? Nada [...] o mato tomou conta, porque é uma cambada de vadio [...] é muito fácil você tomar uma propriedade de alguém que trabalhou, que conquistou através do suor de seu trabalho e dar para uma cambada que não plantou [...] *o índio tem terra, mas não planta, é mais fácil roubar, tomar de alguém que plantou e se dizer dono, depois que colhe abandona toda a fazenda e vão invadir outra* [...]" (fls. 9-11 - grifou-se).

Dia 7 de maio de 1999.

"Tô recebendo as últimas informações, *índios invadiram fazendas* em Nonoai, *começaram a matar o gado*, tão *matando gado* lá, *tão carneando cabeça de rei*, tão *matando*, *mataram uma vaca a paulada* ontem à tarde. Amanhã nós vamos trazer imagens onde os índios estavam *roubando, roubando soja* [...] Nós vamos trazer imagens *da indiada roubando* [...] senão aquela *tropa de safados iam roubar* a soja do homem lá [...]" (fls. 17-8 - grifou-se).

"[...] se num período de 20 dias os índios não desocuparem a área, evidentemente que será solicitado a força policial para que os mesmos saiam de lá na marra. Eu, particularmente, *torço para que eles não saiam por enquanto, aí vem a polícia e baixe o cangüi, mas desça-lhe o porrete* [...] então, *eu, por mim, tem que baixar o cangüi logo*, dá um prazo de 20 e nos 15 vai lá e tira todo mundo de lá, entendeu [...]" (grifou-se).

O relatório do acórdão do STJ transcreve a ementa do acórdão do TRF 4, que manteve a condenação pelo crime do artigo 20, § 2º da Lei 7.716/1989, na qual se lê:

2. Consistindo o bem jurídico tutelado pela infração penal definida no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89 na "pretensão ao respeito inerente à personalidade humana, a própria dignidade da pessoa, considerada não só individualmente, como coletivamente" [...].

O TRF 4, inicialmente, refere-se a uma “pretensão de respeito” decorrente da personalidade humana, como objeto de tutela da norma. Pela ementa, não é possível saber se o Tribunal desenvolve o que entende pelo conceito.

Elenca também a dignidade humana tanto em seu caráter individual, como coletivo. Em ambos os casos, contudo, trata-se de referenciais ilegítimos para aferição de lesividade. A noção de dignidade humana coletiva é ser falso bem jurídico coletivo, uma vez que não possui a característica da indivisibilidade e refere-se, em última análise, a uma “soma” das dignidades individuais. A dignidade humana individual, como reiteradamente apontado, não possui densidade e concretude suficientes para que possa ser considerada bem jurídico capaz de realizar a função limitadora do poder punitivo.

#### Voto Ministro Felix Fischer

O Ministro Felix Fischer não conhece do pedido de atipicidade da conduta, uma vez que o recurso “não aponta qualquer dispositivo infraconstitucional que possa ter sido violado”.

#### Voto Ministro Jorge Mussi

O Ministro Jorge Mussi, em voto vencedor, inicia a fundamentação ponderando que a análise sobre a tipificação do crime do artigo 20, § 2º da Lei 7.716/1989 não exige revolvimento fático probatório, não desrespeitando, portanto, a Súmula nº 7 do STJ. Caberia tão somente consideração sobre se a conduta narrada na denúncia adequar-se-ia ao enunciado do delito, o que não violaria o entendimento sumulado. A partir da constatação, passa a analisar a adequação típica objetiva e subjetiva da conduta.

Fica clara, nesse ponto, a diferença de entendimento com relação a outros julgados<sup>740</sup>, em que o STJ entendeu que eventuais considerações sobre a existência ou não de dolo da conduta não poderiam ser aprofundadas, por vedação da Súmula nº 7. Não é objeto deste estudo, contudo, a análise sobre os critérios de aplicação da Súmula nº 7 do STJ.

O voto pontua que o crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989 possui três verbos nucleares: praticar, induzir e incitar.

Caracteriza “praticar” a partir de definições doutrinárias:

---

<sup>740</sup> Notadamente: STJ, Habeas Corpus n. 388.051/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25.04.2017; STJ, Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 424.402/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04.10.2018 e; STJ, Recurso Especial n. 157805/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 17.08.1999; STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 50.435/DF, Quinta Turma, Rel. Min Jorge Mussi, j. 16.12.2014.

A prática, segundo a doutrina, “*ocorre quando o agente perfaz a figura criminosa*” (SILVA, José Geraldo e outros, *Leis Especiais Anotadas*, 9. ed., Millenium: SP, 2007, p. 303).

“*Como bem asseverado por Fábio Medina Osório e Jairo Gilberto Schafer: ‘Praticar é o mais amplo dos verbos, porque reflete qualquer conduta discriminatória expressa. A ação de praticar possui forma livre, que abrange qualquer ato desde que idôneo a produzir a discriminação prevista no tipo incriminador’ (Dos crimes de discriminação e preconceito: anotações à Lei 8081, de 21.9.1990. RT 714/329)*” (SANTOS, Christiano Jorge, *Racismo e Injúria – Os limites que diferenciam as duas tipificações*, artigo retirado do site [www.consultorjuridico.com.br](http://www.consultorjuridico.com.br), datado de 27-3-2004, notas de rodapé n. 5), ou seja, o sujeito age discriminando determinada raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, de forma preconceituosa.

Define, por sua vez, “induzir” e “incitar” de forma conjunta, a partir de precedente do STJ (já analisado neste estudo), reproduzindo trecho que também elabora sobre o dolo necessário para a configuração delituosa:

Incitar ou induzir, por sua vez, como já deliberado por este Superior Tribunal, consiste em “*instigar, provocar, ou estimular e o elemento consubstancia-se em ter o agente vontade consciente e dirigida a estimular a discriminação e o preconceito. Para a configuração do delito sob esse prisma, basta que o agente saiba que pode vir a causá-lo ou assumir o risco de produzi-lo. Há necessidade, portanto, do dolo (seja direto ou eventual)*” (REsp n. 157.805, rel. Min Jorge Scartezini, Quinta Turma, j. em 17-8-99)

O voto condutor do acórdão, após definir quais seriam os núcleos típicos, não realiza reflexão sobre a adequação (ou não) da conduta praticada a eles. Fica no plano abstrato, portanto, o desenvolvimento conceitual realizado.

Após digressão teórica sobre a proteção constitucional contra o preconceito e a discriminação e a evolução da legislação infraconstitucional, o voto aborda o que considera ser o escopo de proteção da Lei 7.716/1989, bem como do artigo 20:

E, na esteira da intenção protecionista da Constituição de 1988, o que a lei penal busca reprimir é a defesa e difusão de ideias preconceituosas e segregacionistas que afrontem a dignidade daqueles pertencentes a toda uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Mas, para que o Direito Penal atue eficazmente na coibição às mais diversas formas de discriminação e preconceito, importante que os operadores do Direito não se deixem influenciar apenas pelo discurso politicamente correto que a questão da discriminação racial hoje envolve, tampouco pelo nem sempre legítimo clamor social por igualdade. Mostra-se de suma importância que, na busca pela efetividade do direito legalmente protegido, o julgador trate do tema do preconceito racial despido de qualquer pré-concepção ou de estigmas há muito arraigados em nossa sociedade, marcada por sua diversidade étnica e pluralidade social, de forma a não banalizar a violação de fundamento tão caro à humanidade e elencado por nossos constituintes como

um dos pilares da República Federativa do Brasil: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).

De plano, cabe ressaltar que a lei penal não pode servir, sob qualquer hipótese, para impedir e punir a difusão de ideias. A função do direito penal é a proteção de bens jurídicos. Além disso, é impossível, conforme os pressupostos teóricos amplamente desenvolvidos neste estudo, a efetiva constatação de que a difusão de uma ideia seja capaz de afetar a dignidade. Trata-se de ilegítimo objeto de tutela pelo direito penal.

Não há como afirmar, com certeza, se é o que propõe o ministro, mas, pela formulação transcrita, poderia-se cogitar que a ideia de punição da “difusão de ideias” remonta à lógica de uma responsabilização penal por ato de terceiro. As “ideias” propagadas parecem ser entendidas como lesivas quando consideradas em conjunto, por uma suposta acumulação.

Em seguida, afirma categoricamente que a aplicação da norma pelos operadores do direito não pode ser realizada de forma banal, devendo voltar-se à necessária proteção da dignidade humana.

O voto continua a fundamentação, contudo, referindo-se à ausência de dolo e não reflete sobre se a conduta teve ou não o condão de ferir a “dignidade”, deixando, nesse sentido, em aberto a questão anteriormente introduzida sobre sua adequação típica objetiva e material da conduta.

Conclui, então, pela atipicidade das falas do âncora televisivo diante da ausência de dolo (direto ou eventual).

Nesse sentido, não haveria intenção de menosprezar ou discriminar a “raça indígena”, apenas de exteriorizar opinião sobre circunstância, a seu ver, grave, e “chamar a atenção das autoridades locais para o problema, ou seja, apenas expôs seu ponto de vista sobre os conflitos agrários noticiados, opinião que está amparada pela liberdade de manifestação”.

O voto vencedor, portanto, apesar de afirmar ser necessária análise voltada à lesividade da conduta (ainda que se utilizando do ilegítimo referencial da dignidade) não a efetiva, deixando em aberto a questão no caso concreto.

#### 4.4.8 Habeas Corpus nº 144.387 – ES<sup>741</sup>

Ministro Relator Sebastião Reis Júnior

---

<sup>741</sup> STJ, Habeas Corpus n. 144.387/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.11.2012.



Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2) que manteve condenação às penas do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

O STJ não conheceu do *Habeas Corpus* por considerar que seria substitutivo do recurso correto (recurso especial).

O réu foi condenado por ter publicado no jornal Gazeta do Espírito Santo artigos nos quais teria emitido juízo depreciativo e insultado a população indígena. Da leitura do acórdão extraem-se os trechos das publicações que o STJ considerou relevantes para a configuração típica:

ELES ESTAVAM EM UMA *CULTURA BÁRBARA* QUE INCLUÍA A ANTROPOFAGIA E O ASSASSINATO DOS PRÓPRIOS FILHOS, COMO AINDA HOJE ACONTECE ENTRE OS *ÍNDIOS ARREDIOS*. SERÁ QUE *ESSA CULTURA* DEVERIA SER PROTEGIDA OU QUE O CONTATO COM OUTRA A FARIA EVOLUIR?

[...]

ATÉ HOJE, NOSSOS *ÍNDIOS*, A DESPEITO DO QUE FAZEM ORGANISMOS GOVERNAMENTAIS VOLTADOS PARA ELES, CONTINUAM *ARREDIOS* E *PREGUIÇOSOS*.

[...]

PROFUNDAMENTE *INDOLENTES*, *ARREDIOS*, *INCAPAZES DE SE ACULTURAREM COM FACILIDADE*, PREFERIRAM BUSCAR O NEGRO NA ÁFRICA, MUITO MAIS FÁCIL DE SER DOMESTICADO E APRENDER O OFÍCIO, *por ser muito mais evoluído culturalmente*<sup>742</sup>.

O acórdão reproduziu trecho da sentença condenatória proferida pela Justiça Federal do Espírito Santo, no qual se lê:

Em suma, os elementos típicos preconceito e discriminação, a que se refere o tipo do caput do art. 20 da Lei n. 7716/89, abarcam condutas que contêm um juízo depreciativo sobre algum grupo racial, étnico, religioso etc; noutras palavras, abarcam condutas que contenham um juízo que ofenda, insulte a respeitabilidade de um determinado grupo de pessoas perante a sociedade. Por essa razão, cuida-se de uma forma diferenciada de 'injúria', cuida-se de uma injúria que se adjetivou por 'racial'

[...]

Na linha do exposto, é incontroverso – por ser evidente – que os índios brasileiros, por serem um grupo de seres humanos definido e facilmente identificável, estão abarcados no conceito do tipo penal em questão.

[...]

O autor dos artigos exagerou, abusou do direito de livre expressão e passou para o campo da ilicitude, visto que tais expressões são evidentemente ofensivas.

Com efeito, atribuir a um grupo determinado de pessoas as características de 'boçal gente', 'ociosos', 'inúteis', e 'indolentes', evidentemente é conduta que

<sup>742</sup> Destaques e letras maiúsculas reproduzidos conforme o texto do acórdão.

atinge diretamente a dignidade ou a respeitabilidade deste grupo de pessoas perante a sociedade em geral.

A conclusão evidente é aquela que dispensa demonstração. Nessa linha, o dolo do denunciado é evidente, visto que 'boçal gente', 'ociosos', 'inúteis', e 'indolentes' são termos que denotam o menoscabo e desprezo; e creio que ninguém – em sã consciência –, gostaria de sofrer insultos desta ordem.

Pela passagem, conclui-se que a sentença confunde tipos penais. Equipara o delito do artigo 20 da Lei 7.716/1989 a um crime de injúria, “que se adjetivou por ser racial”. A previsão típica da injúria racial encontra-se no artigo 140, § 3º do Código Penal, tratando-se de figura delitiva diversa.

A decisão de primeira instância elenca de forma simultânea e indiscriminada dois supostos núcleos valorativos para a norma do artigo 20 da Lei 7.716/1989: a “respeitabilidade” e a “dignidade”. A noção de respeitabilidade remonta ao conceito de honra, o que reforça a confusão entre os crimes de injúria racial e de discurso de ódio. A dignidade, também, não pode ser o referencial valorativo da norma, pelos motivos já expostos.

Mais do que isso, a sentença presume a afetação dos valores elencados por conta do conteúdo da mensagem, que seria “ofensivo” e emitiria um juízo de desprezo, de modo que “ninguém gostaria de sofrer insultos dessa ordem”. Há ilegítima presunção de lesividade que seria decorrente de uma afetação nos sentimentos dos alvos do discurso.

Também, aponta que o fato de os indígenas serem “um grupo de seres humanos definido e facilmente identificável” seria suficiente para que se enquadrassem nos critérios típicos do artigo 20 da Lei 7.716/1989. Não há referência na decisão sobre a existência de vulnerabilidade social contemporânea ou histórica do grupo atingido.

Em seguida, o acórdão do STJ reproduz a ementa do acórdão de apelação do TRF 2 que manteve a condenação do réu:

I O crime de racismo é imprescritível, de acordo com o disposto no art. 5º, XLII, da Constituição da República.

II O direito de liberdade de expressão não deve ser exercido de modo absoluto, irrestrito, sob pena de violação de outros valores constitucionais igualmente relevantes, como o princípio da dignidade da pessoa humana.

III Se o réu, consciente e voluntariamente, por meio de artigos publicados em jornal, praticou, induziu e incitou a discriminação ou preconceito contra os índios, incorreu no crime de racismo, com previsão no art. 20, § 2º, da Lei 7.716-89.

A ementa parece indicar que a dignidade humana é elencada como o bem jurídico tutelado pelo discurso de ódio criminalizado. Não consta do acórdão do STJ, contudo,

transcrição de outros trechos do acórdão do TRF 2 para que possam ser extraídas maiores conclusões sobre eventual exercício para aferição de lesividade no caso concreto.

O STJ não refuta os argumentos das instâncias inferiores.

A partir dos trechos transcritos das publicações, que considera relevantes para configuração típica, simplesmente conclui que “No caso concreto, verifica-se que o paciente praticou, induziu e/ou incitou a discriminação ou preconceito da cultura indígena, aqui abrangidos os seus costumes, crenças e as suas tradições”.

Não há exercício de concreção dos conceitos normativos dispostos na lei. Nem mesmo é indicado qual dos verbos nucleares típicos teria praticado o impetrante, são todos elencados de forma simultânea e alternativa. Não há menção a bem jurídico tutelado ou sobre sua afetação a partir da conduta praticada. A constatação de tipicidade aparece como afirmação absoluta e de cunho retórico.

Após, transcreve trecho da sentença de primeira instância que considera relevante para a conclusão de que a matéria concerne a direitos indígenas, motivo pelo qual seria de competência federal seu julgamento:

*Assim como bem observou o Juiz sentenciante, o réu, colunista do Jornal “A Gazeta”, publicou, durante o primeiro semestre do ano de 2000 três artigos nos quais imputou aos índios adjetivos claramente discriminatórios, tais como “indolentes”, “preguiçosos”, “arredios”, ofendendo, também, a cultura indígena ao qualificá-la como “burra”, “estúpida”, “predatória”.*

O caráter “ofensivo” da mensagem é considerado relevante para o preenchimento da tipicidade material da conduta. Apesar de o motivo indicado pelo acórdão do STJ para transcrever o trecho acima seja o de argumentar pela competência da Justiça Federal, o fato é que indica que a configuração delituosa estaria relacionada a “adjetivos discriminatórios” e uma suposta ofensa à cultura indígena. A partir, portanto, exclusivamente do conteúdo da mensagem, que teria o condão de ofender (afetar sentimentos), conclui-se pela tipicidade da conduta. Não haveria, pela argumentação, necessidade de afetação de bem jurídico para imposição de punição criminal do discurso.

#### 4.4.9 Conflito de Competência n° 163.420/PR<sup>743</sup>

Ministro Relator Joel Ilan Paciornik

---

<sup>743</sup> STJ, Conflito de Competência n. 163.420/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13.05.2020.

Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba e o Juízo Federal da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais.

A controvérsia está na competência (estadual ou federal) para processar e julgar crime de divulgação de mensagem discriminatória contra o povo judeu pela rede social *Facebook*.

O acórdão não aprofunda a análise sobre o crime do artigo 20, § 2º da Lei 7.716/1989 e seus elementos configuradores. A discussão principal está centrada na determinação da competência de crime praticado pela internet. Apenas informa que:

Na presente investigação que se prolonga por anos, é incontroverso que o conteúdo divulgado na rede social 'Facebook', na página 'Hitler da Depressão – A Todo Gás', possui conteúdo discriminatório contra todo povo judeu e não contra pessoa individualmente considerada. A título de exemplo, um dos 'prints' publicados expõe uma foto de campo de concentração com a seguinte frase: '*Não gostamos de almoçar, porque às vezes dá uma queimação*'. Outro 'print' diz: '*Os judeus tentaram imitar Papai Noel, só que em vez de entrar pela chaminé eles saíram por elas*'. Também foi divulgada imagem de uma mão cheia de pó com o seguinte dizer: '*Parece cocaína, mas é só um judeu*'. Com efeito, a divulgação de tais imagens e fotos tem o escopo de impingir sofrimento ao povo judeu, referindo-se com escárnio a tristes episódios da história, sendo evidente seu cunho discriminatório. Como bem pontuou o parecer ministerial, nesta instância superior, '*em sentido amplo o racismo compreende a discriminação*'. A propósito, frise-se que, nos presentes autos, em nenhum momento houve divergência sobre o conteúdo racista ao povo judeu contido nas mensagens postadas no 'Facebook'.

Observa-se que não é possível que se extraia com precisão quais elementos objetivos contidos nas afirmações foram considerados relevantes para a caracterização do delito. De toda forma, há indicação de que a intenção de gerar sofrimento, bem como o tom de 'escárnio' ao referir-se a tristes eventos históricos evidenciariam o cunho discriminatório das manifestações. O conceito de discriminação penalmente relevante, portanto, aparece diretamente relacionado a reações emocionais internas.

Apesar de a configuração típica não ser o foco da decisão do STJ, é possível que se perceba que a afetação aos sentimentos das vítimas do discurso é tida como relevante. O acórdão coloca em posição de centralidade reações emocionais que envolvem o evento histórico do Holocausto para concluir que houve discriminação penalmente relevante, o que viola o princípio da necessária proteção de bens jurídicos. Destaca-se, também, que a análise foca unicamente no conteúdo da mensagem, que é considerado suficiente para a conclusão de lesividade.

#### 4.4.10 Habeas Corpus nº 118.382/CE<sup>744</sup>

Ministro Relator Jorge Mussi

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Ceará (TJ/CE) que denegou ordem de *Habeas Corpus* que pretendia o trancamento da ação penal por ausência de justa causa.

O réu foi acusado de, na condição de síndico de condomínio, ter impedido que a vítima, filha de empregada doméstica, frequentasse a piscina, além de ter a ela referido-se como “aquela negrinha”, bem como entrado em contato com mães do condomínio para que não permitissem a amizade de suas filhas com a vítima. As condutas narradas, nos termos da denúncia, configurariam incitação à discriminação racial, puníveis pelo artigo 20 da Lei 7.716/1989.

O acórdão do STJ denegou a ordem sob o argumento de ausência de flagrante ilegalidade.

A decisão ressaltou que sobreveio condenação pelo juízo de primeira instância, que “em acurado exame do material colhido ao longo da instrução, considerou comprovada a prática dos delitos narrados na denúncia pelo paciente”. Reproduz, então, trecho da sentença no qual se lê:

A Discriminação é a denominação atribuída a uma ação ou omissão violadora do direito das pessoas com base em critérios e justos, tais como: raça, sexo, idade, crença, opção religiosa, nacionalidade, etc... Aurélio Buarque de Holanda define a discriminação como sendo o tratamento preconceituoso dado a certas categorias sociais, raciais, etc... Ficou comprovado nos presentes autos que o acusado discriminou a vítima pela sua cor e pela sua condição financeira. Não procede a alegativa da defesa de desclassificar a conduta para o delito tipificado no art. 140, § 3º do CP, ou seja, injuriar alguém, ofendendo-lhe o decoro, utilizando elementos referentes a raça.

A discriminação é tida como violação de direitos e tratamento preconceituoso, que estariam configurados no caso concreto. São elencados conceitos abstratos sem referência às circunstâncias concretas que permitiriam a conclusão sobre a configuração típica. Não se refere ao valor tutelado pela norma e como o tratamento discriminatório o teria afetado.

#### 4.4.11 Recurso em Habeas Corpus nº 117.539/PR<sup>745</sup>

Ministro Relator Joel Ilan Paciornik

<sup>744</sup> STJ, Habeas Corpus n. 118.382/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 24.06.2011.

<sup>745</sup> STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 117539/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 17.11.2020.

Trata-se de Recurso em Habeas Corpus impetrado contra decisão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR) que denegou ordem de *Habeas Corpus* que visava o trancamento de ação penal por atipicidade da conduta com relação ao delito do artigo 20, § 2º da Lei 7.716/1989.

Consta da denúncia, transcrita pelo acórdão do STJ, que o acusado teria publicado em sua página do *Facebook* descontentamento por conta de apresentação teatral realizada em frente à Prefeitura de Londrina, nos seguintes termos:

Pluralismo religioso para eles é o ensino da Macumba. Na semana da Pátria, a programação para crianças foi: MACUMBA EM FRENTE À PREFEITURA. Se fosse um culto ou missa, essas mesmas pessoas estariam gritando que o Estado é laico. Os pais estavam sabendo? Qual a relação disso com o Dia da Independência do Brasil?

O STJ deu provimento ao Recurso em Habeas Corpus para absolver o recorrente da acusação do crime de discurso de ódio.

O acórdão faz menção ao Recurso em Habeas Corpus nº 134.682 do Supremo Tribunal Federal<sup>746</sup>, transcrevendo a ementa e trechos do voto condutor, a fim de delimitar o exercício legítimo da liberdade religiosa e do proselitismo.

Ressalta, a partir disso, que o exercício do proselitismo, ou seja, do convencimento de que outras pessoas unam-se à fé daquele que discursa, não apenas não viola os limites do exercício da liberdade de expressão, como é essencial para o pleno gozo da liberdade religiosa, principalmente quando se tratar de adeptos de religiões de cunho universalista. O discurso, ainda que expresse superioridade de uma crença em relação a outra, não poderá, apenas por tal motivo, ser considerado como vetor de preconceito ou intolerância religiosa. Nesse sentido, trecho do acórdão do STF, transcrito pelo STJ:

Todavia, discursos que evidenciem diferenças ou até mesmo juízos de superioridade não consubstanciam, automaticamente, preconceito ou discriminação, sob pena de, como já dito, esvaziamento do núcleo essencial das manifestações religiosas, compreendidas em sua inteireza.

O acórdão do STJ elenca então os critérios definidos pelo acórdão do STF, que devem estar simultaneamente configurados, para que se caracterize a conduta delituosa: “a) afirmação da existência de desigualdade entre os grupos religiosos; b) sensação de superioridade do grupo a que pertence o agente; c) suposição como legítima a dominação, exploração, escravização,

---

<sup>746</sup> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é objeto de análise deste estudo, motivo pelo qual importa somente os critérios da decisão transpostos pelo acórdão do STJ.

eliminação, supressão ou redução dos direitos fundamentais do praticante da outra religião que é objeto de crítica”.

Conclui, a partir disso, que a referida postagem do Facebook não poderia ser tida como criminosa, uma vez que atenderia ao primeiro dos requisitos, mas não aos dois últimos, “haja vista que a crítica feita em rede social pelo recorrente não preconiza a eliminação ou mesmo a supressão de direitos fundamentais dos praticantes das religiões de matriz africana, nem transmite o senso de superioridade”.

O STJ considera, por conta disso, atípica a conduta sob análise.

Apesar de se referir às noções de “dominação”, “exploração”, “escravização”, “eliminação” e “supressão ou redução dos direitos fundamentais”, não fica claro qual seria, ou, melhor, quais seriam os possíveis bens jurídicos tutelados pela norma, que parecem ser vários.

Também, os critérios elencados para constatação do crime indicam fatores internos do emissor do discurso e não possíveis efeitos da conduta. Fala-se em “suposição como legítima a dominação, a exploração [...]”. Trata-se, portanto, de elemento psíquico do agente, que, apesar de eventualmente poder ser constatado por critérios objetivos, não se refere a efetivas consequências do discurso. Não fica claro, portanto, como seria constatada a lesividade da conduta para conclusão de tipicidade objetiva material.

Registre-se, de toda forma, que, apesar de o STJ entender que, no caso, não teria sido constatado um “juízo de superioridade”, ainda que presente, o acórdão afirma que não seria suficiente para configuração típica. A conclusão, apesar de correta, uma vez que a manifestação de superioridade, por si só, não fere bem jurídico, não é entendimento prevalente no STJ conforme se observa pelos outros acórdãos aqui analisados. Pode-se cogitar que, ao menos, quando se tratar do exercício da liberdade religiosa, o juízo de inferioridade quanto ao alvo do discurso não será suficiente.

#### *4.4.12 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 753.219/DF*<sup>747</sup>

Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca

Trata-se de Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial interposto contra decisão monocrática que manteve condenação pela prática do crime previsto no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/1989.

---

<sup>747</sup> STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 753.219/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2018.

Consta do acórdão que o agravante teria publicado em fórum de discussão na *internet* comentários de cunho preconceituoso contra negros, judeus e pessoas de origem nordestina. Não há reprodução das falas.

Dentre os pedidos do agravante, estava o de desclassificação da conduta para o crime de injúria racial, previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal. O acórdão do STJ entendeu que a análise realizada pelas instâncias inferiores deveria prevalecer e reproduziu trecho do acórdão de apelação do TJ/DF, no qual se lê:

Versam sobre o proferimento de palavras ou termos referentes à raça, com nítido propósito insultuoso, objetivando ofender uma coletividade de pessoas que se enquadrem no perfil racista do agente.

Saliente-se que a injúria qualificada diverge do delito de racismo, o qual é mais amplo e visa atingir uma coletividade indeterminada de indivíduos, de sorte a disseminar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião e/ou procedência nacional. Já a injúria qualificada é proferida especificamente contra determinada vítima, que se sente afrontada em sua honra subjetiva.

[...]

A separação entre tais crimes é linha tênue e somente a análise aprofundada dos elementos probatórios, em especial o dolo do agente, pode revelar qual tipo penal melhor se conforma à hipótese presente nos autos.

A partir do trecho transcrito, percebe-se que o TJ/DF, ao pretender diferenciar as duas espécies típicas, indica a honra como sendo o bem jurídico tutelado pelo crime de injúria racial, porém não menciona o centro valorativo do discurso de ódio criminalizado. A diferença explícita na fundamentação estaria na vítima (individualizada ou coletiva) e no dolo do agente. O STJ não desenvolve o argumento e apenas reproduz o acórdão do TJ/DF, que entende estar satisfatoriamente fundamentado, motivo pelo qual não é possível concluir qual considera ser o núcleo valorativo do artigo 20 da Lei 7.716/1989 e os parâmetros dogmáticos para aferição de sua afetação.

#### 4.4.13 Recurso em Habeas Corpus nº 50.435/DF<sup>748</sup>

Ministro Relator Jorge Mussi

Trata-se de Recurso em Habeas Corpus interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJ/DF) que denegou ordem de *Habeas Corpus* que visava a desclassificação da acusação do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989 para o crime do artigo 140, § 3º do Código Penal (injúria racial).

<sup>748</sup> STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 50.435/DF, Quinta Turma, Rel. Min Jorge Mussi, j. 16.12.2014.



Consta do acórdão que o acusado teria proferido comentários de cunho preconceituoso, em página *online*, no fórum de discussões do *site* CORREIOWEB:

[...] em resposta a um comentário feito pelo usuário MOSSAD, no tópico DEFENSORIA PÚBLICA DF – NOMEAÇÕES JÁ, disse: *‘Apesar de ser anti-semita, endosso a opinião do MOSSAD’*. Logo a seguir, o usuário ‘Almeida Júnior’ questionou o motivo de o então acusado ser anti-semita, tendo este respondido: *‘Na verdade, não apenas anti-semita. Sou skinhead. Odeio judeus, negros e, principalmente, nordestinos’*. No decorrer dos comentários, o recorrente proferiu, ainda, as seguintes declarações: *‘Não, não. Falo sério mesmo. Odeio a gentinha a qual me referi. O ARGUI deve pertencer a um desses grupos que formam a escória da sociedade’*. Por fim, após um comentário do usuário “Almeida Júnior”, sobre a falta de coragem de ‘Jus-leo’ para eliminá-lo, o acusado disse: *‘Farei um serviço à humanidade, menos um mossoroense no mundo’*.

Foi negado provimento ao Recurso em Habeas Corpus.

#### Voto Ministro Jorge Mussi

O Ministro Jorge Mussi, relator do acórdão, entendeu que a conduta narrada seria formalmente típica, motivo pelo qual não haveria inépcia da denúncia. Não referenciou, contudo, de forma específica, porque os fatos almodar-se-iam à determinação abstrata do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

Consta do voto que a diferenciação entre as duas figuras delitivas em questão estaria no dolo da conduta. No crime de injúria, o intuito seria o de ofender determinados indivíduos, enquanto no crime da lei de racismo, a intenção seria a de “discriminar determinada coletividade, agrupamento ou raça, mesmo que por meio de palavras pejorativas dirigidas a determinadas pessoas”. Tal distinção, contudo, apenas poderia ser efetivada a partir do revolvimento da matéria fático-probatória, incompatível com a via do Recurso em Habeas Corpus.

A partir do voto do ministro relator não é possível que se extraia quais elementos são considerados relevantes para a configuração delituosa, com foco na lesividade do bem jurídico. Não há qualquer apontamento sobre a tipicidade material do discurso de ódio criminalizado.

#### Voto Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do Tribunal de Justiça de São Paulo)

O Ministro Walter de Almeida Guilherme, em voto-vista, realizou distinção entre os dois crimes de acordo com o bem jurídico tutelado.

O crime de injúria racial, que consistiria em dirigir ofensa a determinada pessoa, utilizando-se, para tanto, de elementos relacionados a raça, cor, etnia, religião ou origem, teria a honra como bem jurídico protegido. O crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989, por sua vez, seria mais grave e implicaria conduta discriminatória dirigida a grupo ou coletividade de pessoas, sendo, nesse caso, a dignidade o bem jurídico relevante.

Chega, ao final, na mesma conclusão que o voto do Ministro Relator, de que a determinação sobre a capitulação jurídica do fato dependeria de análise sobre o dolo do recorrente, o que não poderia ser realizado naquela seara processual.

Realiza distinção abstrata e teórica sobre o tipo material, mas não explora, com base nesse critério, qual teria sido o bem jurídico afetado pelo discurso sob análise. Não resta claro se o ministro entende que, apesar de apontar diferenças entre os valores tutelados pelas normas penais, considera-as irrelevantes para a possibilidade de determinação da capitulação jurídica do fato no caso concreto.

De toda forma, o argumento não é aprofundado e a eleição da dignidade humana como o bem jurídico tutelado pelo artigo 20 da Lei 7.716/1989 é ilegítima, como reiteradamente apontado neste estudo.

#### 4.4.14 Recurso em Habeas Corpus n° 19.166/RJ<sup>749</sup>

Ministro Felix Fischer

Trata-se de Recurso em Habeas Corpus interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2) que denegou ordem de *habeas corpus* que pretendia o trancamento de ação penal que versava sobre acusação do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

Conforme descrição dos fatos contida na denúncia e reproduzida no acórdão do STJ:

No dia 01/06/1998, a bordo de aeronave da empresa Americana Airlines, vôo n° 973, que partiu de Nova Iorque/EUA, com destino ao Rio de Janeiro, os ora denunciados praticaram atos de preconceito à nacionalidade brasileira, através de ofensas a um passageiro brasileiro que se encontrava naquele vôo.

Assim é que, logo ao embarcar na aeronave, o brasileiro NELSON MÁRCIO NIRENBERG teve um desentendimento com os dois comissários de bordo, ora denunciados, em razão do assento em que estava posicionado. Os denunciados intimidaram e desrespeitaram o passageiro gratuitamente, tendo sido o incidente contornado somente após a presença do comandante, que se desculpou pelo ocorrido e se comprometeu a fornecer o nome dos funcionários.

Algumas horas depois, NELSON MÁRCIO, ao solicitar os nomes dos comissários, tendo em vista que os tripulantes da aeronave não portavam

<sup>749</sup> STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 19.166/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 24.10.2006.

crachá de identificação, foi interpelado e novamente desrespeitado pelos ora denunciados, fato este ocorrido já sobre o território nacional (depoimento - fls 39/42).

Em suma, o primeiro denunciado proferiu as seguintes palavras contra a vítima:

*‘Amanhã vou acordar jovem, bonito, orgulhoso, rico e sendo um poderoso americano, e você vai acordar como safado, depravado, repulsivo, canalha e miserável brasileiro.’*

Já o segundo denunciado, extremamente irritado, concorreu material e moralmente para o ato do primeiro, incitando-o e partindo, subseqüentemente, para a agressão física do brasileiro, não atingindo seu objetivo por interferência e impedimento de outros passageiros (fls. 15/16).

Os recorrentes sustentaram que os fatos configurariam crime de injúria racial (artigo 140, § 3º do Código Penal), uma vez que a ofensa teria sido dirigida a pessoa específica.

O acórdão distinguiu entre as duas figuras delitivas para concluir que, no caso, a capitulação jurídica correta seria a do artigo 20 da Lei 7.716/1989:

*Com efeito, no delito de injúria preconceituosa, a finalidade do agente, a fazer uso de elementos ligados a raça, cor, etnia, origem etc., é atingir a honra subjetiva da vítima, bem juridicamente protegido pelo crime em questão. Ao contrário, o delito previsto no art. 20, da Lei 7.716, na modalidade de praticar ou incitar a discriminação ou preconceito de procedência nacional, constitui manifestação de um sentimento em relação a toda uma coletividade em razão de sua origem (nacionalidade)*

A partir da leitura do trecho transcrito, percebe-se que o acórdão considera ser a honra o bem jurídico protegido pelo crime de injúria racial. Ao se referir ao crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989 não resta claro qual o STJ entende ser o objeto tutelado pela norma.

Mais do que isso, considera relevante para a caracterização delituosa a “manifestação de um sentimento”. Como se sabe, ainda que o fator emotivo acompanhe o delito, ele não pode ser tido como parâmetro para configuração típica, que deve necessariamente escorar-se em elementos objetivos de lesividade. O conceito jurídico do discurso de ódio criminalizado deve ser perseguido de forma alheia ao seu símbolo emocionalmente carregado.

Os negritos originais do acórdão indicam que, no caso, o STJ considerou que a prática delituosa ocorreu na modalidade “preconceito de procedência nacional”. A conclusão não é desenvolvida. Não define o que seria “preconceito” e porque, no caso, os fatos adequar-se-iam ao rótulo.

Utilizando os parâmetros apresentados, o acórdão concluiu que a intenção dos comissários de bordo era de demarcar relação de superioridade dos americanos em relação aos brasileiros e não de ofender apenas o passageiro específico:

No caso vertente, como dito alhures, *a intenção dos agentes, nos limites do writ, não transparece ser mera ofensa à honra subjetiva da vítima (ataque verbal exclusivo contra a pessoa do ofendido), tendo em vista o contexto em que proferidas as palavras, bem como a insistência em marcar a diferença entre ofensores e ofendido*, ressaltando a pretensa superioridade daqueles por serem americanos.

[...]

Em outras palavras, *o intento manifesto, em tese, não era precisamente depreciar o passageiro, mas salientar sua humilhante condição em virtude de ser brasileiro*, i.e., a ideia foi exaltar a superioridade do povo americano em contraposição à posição inferior do povo brasileiro. Esta, ao que tudo indica, foi a real intenção.

O critério elencado para diferenciação entre os crimes é pouco claro. A ofensa da honra pela utilização de elementos de raça, cor, nacionalidade, etc., pode também carregar um juízo de superioridade do emissor com relação à vítima.

De toda a fundamentação do acórdão não é possível que se conclua quais seriam os critérios de cunho objetivo que distinguiriam os dois crimes. A diferença na capitulação jurídica estaria essencialmente no dolo por trás da conduta. Novamente, a noção de externalização de um juízo de superioridade aparece como relevante e suficiente para a caracterização típica, sem qualquer reflexão sobre resultado lesivo da conduta.

O acórdão também não reflete sobre a possibilidade de se considerar os nacionais brasileiros como um grupo vulnerável (ou não) e os reflexos que isso teria para configuração típica da conduta.

#### 4.4.15 Recurso em Habeas Corpus nº 18.620/PR<sup>750</sup>

Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura

Trata-se de Recurso em Habeas Corpus interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ/PR) que denegou ordem de *habeas corpus* que pretendia a desclassificação do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989 para o crime do artigo 140, § 3º do Código Penal.

Consta da denúncia, transcrita no acórdão do STJ, que:

<sup>750</sup> STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 18.620/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 14.10.2008.

No dia 18 de janeiro de 2001, no Supermercado Condor, nesta cidade, DELFIM DA SILVA, no momento em que foi despedir o seu então funcionário Anilson de Carvalho, proferindo-lhe palavras de discriminação racial, chamando-o de 'preto banguelo', 'negro fedido', e dizendo ainda 'que não gostava da raça negra', fato este presenciado por outros funcionários e por um cliente que fazia compras no momento. Com tal conduta o denunciado infringiu o disposto no art. 20 da Lei nº 7.716/89, pelo que se oferece a presente denúncia, que se pede seja recebida, citando-se o acusado para interrogatório, sob pena de revelia.

O acórdão deu provimento ao recurso para desclassificar a conduta e, com isso, determinar o trancamento da ação penal. Para tanto, distinguiu entre as duas figuras delitivas e considerou que, no caso, a manifestação visava a ofensa à honra da vítima e não a “discriminação”:

Da leitura da denúncia, resta claro que os fatos ali narrados não se amoldam ao tipo penal descrito no artigo 20 da Lei 7.716/89, mas ao tipo de injúria em sua forma qualificada, prevista no § 3º do artigo 140 do Código Penal, acrescentado pela Lei 10.741/2003, já que se trata de imputação de palavras ou termos referentes à raça do ofendido com nítido caráter injurioso, visando não a discriminação, mas a ofensa da honra.

Enquanto o tipo penal de racismo importa em ‘praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional’, o tipo de injúria qualificada pelo uso de elemento racial consiste em ‘injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência’, exatamente o que ocorreu no caso ora sob exame, em que o ofendido teve sua honra ferida após ter sido chamado de ‘preto banguela’ e ‘preto fedido’.

O simples fato de o recorrente ter referido ‘que não gostava da raça negra’, no contexto dos fatos, não implica em disseminação do racismo, mas de opinião ou valoração pessoal, dirigida, ainda, a ferir a honra do recorrente.

Novamente, o STJ parece focar a distinção delituosa no elemento subjetivo. Do trecho, extrai-se também, mais uma vez, que o objeto de proteção do crime de injúria é a honra, mas não se sabe qual seria o do discurso de ódio criminalizado. Considera que, no caso, a vítima teve sua honra ferida, o que caracterizaria a injúria racial. O acórdão não desenvolve a explicação do que entende por “visar a discriminação”.

Por fim, a decisão transcreve trechos doutrinários que destaca como relevantes para compreensão do assunto, dentre os quais, lê-se:

‘O crime de injúria por preconceito consiste, como já se tem decidido, em ultraje a outrem, por qualquer meio, em especial de palavras racistas e pejorativas, deixando-se patenteada a pretensão de, em razão da cor da pele,

por exemplo, se sobrepor à pessoa de raça diferente.’ (Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. II, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 169).

A doutrina tem, inclusive, alertado para o fato de que, muitas vezes, a conduta relativa ao tipo de injúria qualificada é confundida com o crime de racismo, mais grave, já que além de ser crime de ação penal pública incondicionada, é imprescritível e inafiançável:

‘Desde o advento da presente lei, têm-se cometido equívocos deploráveis, pois simples desentendimentos, muitas vezes, sem qualquer comprovação do elemento subjetivo, têm gerado prisões e processos criminais de duvidosa legitimidade, especialmente quando envolvem policiais negros e se invoca, sem qualquer testemunho idôneo, a prática de ‘crime de racismo’, ou, então, em simples discussões rotineiras ou em caso de mau atendimento ao público, quando qualquer das partes é negra, invoca-se logo ‘crime de racismo’, independentemente do que de fato tenha havido.’ (Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, 6ª ed., São Paulo. Saraiva, 2007, p. 321)

Do primeiro trecho doutrinário transcrito nota-se nítida diferença de posicionamento com relação ao acórdão do Recurso em Habeas Corpus nº 19.166, previamente analisado, uma vez que afirma justamente que a utilização dos elementos racistas no crime de injúria revela pretensão do emissor de se sobrepor à vítima. O juízo de superioridade, portanto, estaria presente também no crime de injúria racial, posicionamento com o qual se concorda. O fato é que, conforme previamente afirmado, não se trata de um bom critério para diferenciação delituosa ou para a configuração típica.

Das passagens, também não é possível concluir qual seria o objeto de tutela do discurso de ódio criminalizado. Há apenas o alerta de que crimes de injúria são frequentemente tratados como de “racismo” de forma inidônea, de modo que não há como se extrair conclusões sobre parâmetros dogmáticos para configuração do discurso de ódio punível com relação à afetação do bem jurídico.

#### 4.4.16 Ação Penal nº 612/DF<sup>751</sup>

Ministro Relator Castro Meira

Trata-se de ação penal originária instaurada contra Procurador Regional da República pela prática do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

A denúncia narra que o acusado teria, em oitiva judicial de ação penal na qual prestou declarações na condição de testemunha, proferido afirmações preconceituosas e praticado discriminação religiosa. Conforme exposto na inicial acusatória, transcrita pelo acórdão do STJ:

<sup>751</sup> STJ, Ação Penal n. 612/DF, Corte Especial, Rel. Min. Castro Meira, j. 29.10.2012.

Consta dos autos que, em 29/5/2006 o Sr. Procurador Regional da República F J A F praticou atos de preconceito e discriminação de religião como testemunha em processo judicial, tendo como foco a religião da Representante.

As Declarações a fls. 24/25:

'... que a esposa do acusado é emocionalmente desequilibrada; [...] que Ivandra era uma fanática religiosa da Igreja do bispo Edir Macedo; que ela colocara duas empregadas domésticas da mesma igreja; que a imputação que se faz ao acusado teve como origem a declaração de uma das empregadas domésticas [...]. ...'

Hipótese de 'intolerância' religiosa, com 'desqualificação' da Representante e de suas empregadas para a prova quanto à prática de outra conduta criminosa por parte de Terceiro – pelo ora Denunciado.

Declarações proferidas em Juízo apontando 'discriminação' e 'preconceito' contra membro de segmento religioso, ressaltando a intenção do ora Denunciado de demonstrar diferença por 'superioridade' sobre as pessoas que fazem parte da Igreja do Bispo Edir Macedo.

Nesse ponto, destaca-se – 'Preconceito' contra o seguimento religioso a que pertence a Representante, com objetivo de destacar fragilidade nas provas produzidas em Ação Penal, inclusive, por outras pessoas (Empregadas da Representante) da mesma religião, caracterizando, assim, o tipo previsto na Lei n. 7.716/1989 – Art. 20.

Ademais, o ora Denunciado fez questão de frisar que a Representante havia contratado 02 (duas) empregadas da mesma igreja e que a imputação que se faz a Terceiro (ao acusado V de P) teve como origem a declaração de uma das empregadas domésticas da mesma religião da Representante.

Portanto, o ora Denunciado não só demonstrou 'preconceito' contra a religião da Representante, como, também, praticou atos de 'discriminação'.

A denúncia parece entender, portanto, que a configuração típica seria decorrente da manifestação de um juízo de superioridade do interlocutor. Como explorado, é ilegítimo o argumento que, todavia, foi também adotado pelo STJ em outros casos por este estudo analisados.

O acórdão inicia a fundamentação afirmando ser necessário distinguir os delitos de discriminação (do qual versaria a acusação) e de injúria racial (artigo 140, § 3º do Código Penal). Para tanto, faz referência aos parâmetros fixados pelo STJ no Recurso em Habeas Corpus nº 19.166/RJ, da lavra do Ministro Felix Fischer e no Recurso em Habeas Corpus nº 18.620/PR, da lavra da Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Afirma concluir, a partir dos precedentes, que a diferença principal estaria no elemento volitivo, na intenção do agente. Como explorado anteriormente, contudo, o primeiro acórdão entende que o juízo de superioridade estaria presente apenas no discurso de ódio criminalizado e seria fator relevante para distinção delitiva, posição que, ao que parece, não é compartilhada pelo segundo acórdão.

A decisão pondera que, no crime de injúria racial, a vontade seria a de atacar a honra do ofendido, enquanto no crime de discriminação seria a de “ofender número indeterminado de

pessoas, ou, ainda, traçar perfil depreciativo ou segregador de todos os frequentadores de determinada igreja”.

Apesar de tratar da intenção do agente, mais uma vez, é possível notar que a honra é elencada como objeto de proteção do crime de injúria racial, enquanto não é possível extrair qual seria o bem jurídico no discurso de ódio criminalizado.

Registre-se, contudo, que, novamente, há referência à noção de “ofender pessoas” para configuração típica do artigo 20 da Lei 7.716/1989, o que remonta à ilegítima lógica de constatação da tipicidade por uma afetação de sentimentos dos alvos do discurso. Não existe um direito geral de não ser ofendido. Ou, ainda, por meio de um mero “juízo depreciativo ou segregador”. Em ambos os casos, tratar-se-ia de configuração típica sem afetação a bem jurídico, caso consideradas suficientes tais circunstâncias.

O acórdão pondera que, para que se possa aferir sobre a incidência das figuras delitivas em questão ao caso concreto, é necessária reflexão sobre o contexto em que as manifestações ocorreram.

No caso, entende que, pela leitura do depoimento do acusado, não é possível que a ele se atribua a prática do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989. O acórdão analisa as falas do procurador de forma minuciosa a fim de concluir que não houve dolo.

A oitiva judicial, tomada em seu conjunto, explicitaria que ele apenas narrou os fatos, de forma a abonar a conduta do réu na outra ação penal, e não praticou discriminação religiosa. Nas palavras do acórdão:

No contexto, a expressão não revela prática de disseminação de preconceito religioso, muito menos de segregação ou de manifestação de inferioridade daqueles que frequentam a Igreja Universal do Reino de Deus.

[...]

Por fim, não cabe potencializar os fatos, nem imprimir interpretação extensiva de forma a inculcar uma característica individual da noticiante, o que pode vir a macular tão só a honra subjetiva desta e não à coletividade.

Apesar de efetivar análise contextual, o que é essencial, como reiteradamente afirmado neste estudo, sem que se tenha um objeto legítimo de tutela explicitamente apontado, é impossível que se constate a tipicidade material do delito. O acórdão parece entender que uma “manifestação de inferioridade”, caso presente, constituiria fato típico, o que reforça a conclusão anterior de ausência de reflexão sobre lesividade.



Também não se reflete sobre eventual vulnerabilidade histórica e contemporânea dos “pertencentes à Igreja do Bispo Edir Macedo”, necessária para que possam ser alvo do discurso de ódio enquanto manifestação delituosa.

Após concluir pela inexistência de dolo quanto ao crime de discriminação religiosa, a decisão aponta que, em tese, poderia cogitar-se eventual prática do delito de injúria, pela possibilidade de “[...] macular tão só a honra subjetiva desta [noticiante], e não à coletividade”. Mais uma vez, opõe-se uma agressão individualizada a uma dirija à coletividade, sem, contudo, mencionar qual seria o objeto de tutela no segundo caso.

#### *4.4.17 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.329.080/SP<sup>752</sup>*

Ministro Relator Nefi Cordeiro

O último caso a ser analisado é acórdão do STJ em Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática que não conheceu de Recurso Especial, mantendo, com isso, condenação pela prática do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989.

Consta da denúncia, reproduzida no acórdão do STJ, a conduta em tese praticada pelo recorrente, proprietário de uma loja de *shopping*, que se manifestou contra o segurança que permitiu que um menor, engraxate, ingressasse no estabelecimento comercial:

Segundo o apurado, o denunciado possui uma loja no interior do estabelecimento comercial acima mencionado e por esta razão tentou impedir que o guarda patrimonial *Ciro Fernando Rodrigues* deixasse um menor, negro, e engraxate adentrar no local para adquirir um presente para sua mãe. Após o ocorrido proferiu a seguinte expressão para o vigilante: ‘que o segurança só permitiu a entrada do menor por se tratar também de pessoa pobre e também de cor’, referindo-se a *Ciro*.

O acórdão do agravo regimental, reproduzindo a decisão monocrática recorrida, que mantém pelas mesmas razões de decidir, considerou que, tendo o tribunal de origem concluído pela materialidade delitiva, não poderia reformar o entendimento, sem que se realizasse revolvimento fático-probatório da matéria, vedado pela Súmula 7. Nesse sentido, afirma que:

Posto isso, *o acórdão recorrido decidiu no sentido de estar demonstrada a materialidade do delito previsto no art. 20 da Lei n. 7.716/89, considerando que houve sim um ato discriminatório por parte do acusado que julgou o adolescente pela roupa, cor da pele e caixa de engraxate que trazia nas costas,*

---

<sup>752</sup> STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.329.080/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01.03.2018.

julgando que aquele tipo de pessoa seria um 'trombadinha', que não deveria frequentar o shopping e que o segurança deveria impedir a entrada daquele tipo de pessoa no shopping, mas diante da recusa do segurança, que não viu problema na entrada do adolescente no shopping, o réu disse ao segurança que ele somente havia permitido a entrada daquele adolescente porque era preto e pobre como o adolescente, o que gerou a revolta na vítima.

Note-se que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP), que o STJ transcreve a fim de demonstrar que a instância inferior bem concluiu pela existência de autoria delitiva, apenas afirma, de modo retórico, que “houve sim discriminação”, e passa a narrar os fatos. Não há referência aos termos da lei, aos elementos que comporiam o conceito de discriminação, ao bem jurídico tutelado ou à sua afetação. Os parâmetros dogmáticos que permitiram a conclusão de tipicidade da conduta são incertos.

Pela leitura do acórdão do STJ, não é possível afirmar se, a partir de outras passagens do acórdão do TJ/SP, podem ser extraídos critérios mais confiáveis para a criminalização. De toda forma, relevante o fato de que o STJ considerou o trecho transcrito suficiente para tanto.

É reproduzida, também, passagem do acórdão do TJ/SP, que julgou pedido de desclassificação do crime do artigo 20 da Lei 7.716/1989 para o crime de injúria racial. No caso, restou decidido que a conduta seria de discriminação e não de injúria racial, tendo em vista que a fala teria sido ofensiva não apenas ao segurança do *shopping*, mas também ao adolescente, bem como à toda a população negra, uma vez que havia outras pessoas no local que presenciaram a cena.

A partir da argumentação, conclui-se que o acórdão considera que o elemento essencial para diferenciação entre os crimes do artigo 20 da Lei 7.716/1989 e do artigo 140, § 3º do Código Penal seria a quantidade de pessoas supostamente afetadas pelo discurso. Não há menção ao bem jurídico tutelado por cada um dos dispositivos penais e sua eventual relevância para determinação da adequação típica da conduta.

#### *4.4.18 O que se extrai das decisões do STJ*

Em resumo, com base na análise dos julgados do Superior Tribunal de Justiça abordados por este estudo, conclui-se, com foco na necessidade de aferição de lesividade do bem jurídico, que não é possível identificar com clareza quais os parâmetros dogmáticos adotados pela Corte para configuração do discurso de ódio punível.

Foram apresentados 19 acórdãos, que compõem universo significativo de decisões e, a partir do qual, seria razoável pressupor a possibilidade de se reconhecer parâmetros

minimamente confiáveis para atribuição de responsabilidade penal. Relembre-se que foram excluídas da análise decisões a partir das quais não se pôde absorver qualquer consideração sobre o tema de estudo.

Não se ignora que questões de cunho processual ou relacionadas ao escopo do pedido podem limitar o alcance da análise realizada pelo STJ. O objetivo não era o de aprofundar essas nuances, mas tão somente de, a partir de uma visão geral dos casos, compreender se seria possível extrair balizas para orientação do comportamento humano, com vistas à caracterização típica do delito do artigo 20 da Lei 7.716/1989 e a necessária afetação ao bem jurídico. Não é.

Na maior parte das decisões, não foi realizado exercício de concreção dos conceitos normativos presentes no artigo 20 da Lei 7.716/1989. Os termos legislativos não foram adequadamente valorados com vistas à necessária afetação do bem jurídico. As palavras da lei foram frequentemente utilizadas sem referência concreta às circunstâncias do caso que permitiriam a conclusão de sua incidência. Constatou-se o uso retórico de termos carentes de preenchimento valorativo.

Como visto, a maioria desses acórdãos nem mesmo indica qual seria o bem jurídico tutelado pela norma criminalizadora do discurso de ódio, circunstância em que restam completamente prejudicadas conclusões sobre critérios para aferição de lesividade da conduta.

Nos casos em que se apontou suposto centro valorativo da proteção penal, tratou-se de ilegítimos objetos de tutela. Foram eleitas, nesse sentido: a paz pública; a dignidade humana; a igualdade e a pluralidade. Conforme as premissas teóricas previamente desenvolvidas por este estudo, tais valores não se encaixam na definição de bem jurídico crítico e limitador do poder punitivo estatal.

A ideia da proteção de “direitos das pessoas” também foi utilizada por algumas decisões. Não é possível saber a quais direitos referem-se e o conceito é inviável como referencial para determinação da relevância penal da conduta.

A linguagem dos sentimentos e das emoções também esteve presente na fundamentação dos acórdãos, seja como manifestação de um sentimento por parte do emissor do discurso ou da afetação de sentimentos das vítimas por ele atingidas. No primeiro cenário, tem-se a ideia de manifestação de um juízo de desprezo ou de um sentimento de superioridade com relação aos alvos do discurso. No segundo, foram feitas referências à geração de ofensas ou de se impingir sofrimento às vítimas. Em um e outro casos, emoções internas não podem, sob qualquer hipótese, figurar como elemento relevante para preenchimento da tipicidade material da conduta.

Foi constatada ilegítima presunção de lesividade.

Parcela dos acórdãos não realiza análise contextual e o discurso é considerado lesivo somente pelo seu conteúdo, como se observou no Habeas Corpus nº 144.387/ES e no Conflito de Competência nº 163.420/PR.

Outros, apesar de fazerem referência ao contexto em que o discurso ocorreu, focaram em apenas alguns (ou um) elementos circunstanciais, elencando-os como presunção absoluta de lesividade e desconsiderando outros existentes nos casos concretos. Também, a mera alusão a elementos contextuais, sem a indicação do objeto de tutela, é insuficiente para o exercício de aferição de lesividade da conduta, que, por óbvio, depende da eleição de um centro valorativo como referencial de análise.

Nenhuma das decisões apontou para a necessidade de vulnerabilidade contemporânea e histórica do grupo atingido pelo discurso para caracterização típica.

O acórdão do Habeas Corpus nº 15.155/RS expressamente afirmou que o discurso de ódio criminalizado independe da constatação de resultado material, bastando a adequação formal da conduta para imposição de responsabilidade penal, em afronta ao princípio da necessária ofensividade. Não há crime sem afetação de bem jurídico, independentemente da estrutura normativa.

As decisões que caracterizam o tipo penal do artigo 20 da Lei 7.716/1989 como delito de perigo abstrato desconsideraram abertamente a necessidade de aferição da lesividade da conduta para configuração típica, em completa violação ao princípio de proteção de bens jurídicos. Equiparou-se perigo abstrato a ilegítimo perigo presumido.

Não se observou nos acórdãos do STJ a técnica de aferição de periculosidade *ex ante*, voltada às circunstâncias reais do caso sob análise, para imposição de punição criminal por delito de perigo abstrato.

Por sua vez, os acórdãos que tratam o discurso de ódio criminalizado como crime de perigo concreto voltado à proteção da liberdade religiosa, ignoraram a necessidade de constatação do resultado perigoso e presumiram a tipicidade material sem qualquer remissão às circunstâncias concretas que permitiriam seu preenchimento.

Além disso, algumas decisões espelharam a aplicação das ilegítimas lógicas da acumulação, dos delitos de clima e da responsabilização penal por ato de terceiro.

Como afirmado anteriormente, o objetivo não era o de se analisar somente o resultado a que chegaram as decisões, ou seja, de atribuição ou não de responsabilidade penal, mas o de investigar critérios e percursos argumentativos. Como consequência, contudo, da identificada ausência de parâmetros, foram observadas decisões em casos aparentemente similares com soluções discrepantes.

Outras discussões poderiam ter sido aprofundadas a partir dos acórdãos abordados, como a adequação dos critérios elencados para constatação do dolo da conduta, para diferenciação entre as figuras típicas da injúria racial e do discurso de ódio criminalizado ou até de aplicação da Súmula nº 7 do STJ, entre outros. O foco do estudo, contudo, é a lesividade do bem jurídico no discurso de ódio de criminalizado, motivo pelo qual a análise dos julgados do STJ voltou-se exclusivamente à (im)possibilidade de extração de critérios confiáveis para tanto.

#### **4.5 Reflexões sobre os critérios adotados**

A partir da análise dos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos e do Superior Tribunal de Justiça, é possível que se extraíam conclusões sobre critérios de criminalização do discurso de ódio.

Como visto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos impõe obrigação positiva aos Estados de punição criminal do emissor do discurso como medida necessária à proteção dos direitos humanos apenas quando constatada a intenção de promover violência e a concreta capacidade da conduta de gerá-la.

O critério da necessária violência para configuração do discurso de ódio criminalmente relevante limita os cenários de incidência da norma punitiva de modo bastante significativo. Comparativamente com os outros dois sistemas, é, sem dúvidas, aquele que mais restringe a punição criminal do discurso.

O discurso de ódio necessariamente punível para a CIDH é crime de perigo concreto e, nesse sentido, a confirmação do resultado perigoso é requisito indispensável para configuração da tipicidade material da conduta.

Extremamente relevante a explícita constatação da CIDH de que o conteúdo da mensagem não é suficiente para a caracterização típica, além de ressaltar a importância de análise contextual. Toda mensagem presume-se protegida, independentemente de seu conteúdo e de sua aceitação pela sociedade ou pelo Estado. Qualquer que seja a estrutura típica (de lesão, de perigo concreto ou de perigo abstrato), a mesma conclusão deveria prevalecer.

Poderia ser cogitada crítica ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos de que outras condutas deveriam também ser criminalizadas, por terem o condão de afetar o reconhecimento, enquanto valor que justifica a tutela penal. Tal presunção, contudo, foge ao escopo deste estudo. Não se trata de um trabalho de política criminal e o objetivo é analisar a interpretação da norma já existente, com foco na lesividade do bem jurídico. A norma do artigo

13.5 da CADH sugere o requisito da violência e a interpretação conferida pela CIDH é legítima nesse sentido.

Interessante notar que a CIDH elenca a democracia como vetor orientador da interpretação normativa do discurso de ódio punível para chegar à conclusão de que deve ser conferida interpretação restritiva ao dispositivo e limitar a punição com base no critério da violência. Como se viu, a democracia também foi frequentemente elencada pela Corte Europeia, nesse caso, para justificar a proibição penal do discurso.

Tal constatação comprova justamente o que se alegou nos pressupostos teóricos deste estudo: a noção de democracia não é referencial confiável para determinação das possibilidades punitivas. Para além de ser descolada de interesses que concernem ao autodesenvolvimento do indivíduo, trata-se de conceito complexo, que pode adquirir diversos contornos, de modo que não serve como limitador do poder punitivo.

A análise dos julgados do TEDH confirmou o risco alertado no capítulo 3.2 deste estudo, de que, ao considerar a democracia como o objeto tutelado pelo discurso de ódio criminalizado, abre-se margem para punições de expressões supostamente “atentatórias à subsistência do sistema” de forma absoluta e sem que seja possível a realização de prova contrária.

Tanto a CIDH, quanto o TEDH firmaram premissa teórica de que opiniões não podem ser censuradas, mesmo quando forem ofensivas, chocantes ou contrárias aos valores morais sociais. Com base nos parâmetros fixados pela CIDH, percebe-se que, de fato, a máxima é respeitada. Quanto ao TEDH, por outro lado, os julgados analisados demonstram que, a partir da utilização de referenciais inidôneos, permite-se a punição de discursos sem potencial lesivo, apenas por serem socialmente incômodos ou moralmente reprováveis.

No âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, discursos foram punidos por terem sido considerados atentatórios à dignidade humana, ao sentimento de segurança do grupo, à paz social e à democracia. A eleição de supostos centros valorativos que não poderiam ser elevados à posição de bem jurídico penal abre margem para punições de mensagens como decorrência de seu caráter ofensivo.

A ridicularização de um grupo social foi equiparada a um atentado à dignidade humana. Considerou-se a paz social presumidamente afetada por discursos de “conteúdo perigoso”. A democracia foi entendida como ameaçada pela existência de mensagens de intolerância. Possíveis sentimentos desagradáveis, de desprezo e de ódio, foram destacados como relevantes e suficientes para configuração do discurso punível.

Em alguns casos, especialmente aqueles que versam sobre antissemitismo e negação do Holocausto, o TEDH expressamente desconsiderou a necessidade de análise contextual. Nos

outros, contudo, observou-se preocupação da Corte em analisar o contexto em que se deram as manifestações. O fato é que considerações circunstanciais mostram-se desprovidas de utilidade, uma vez que o referencial normativo elencado é ilegítimo. Assim, mesmo quando afirmam a necessidade de se analisar o contexto e procedem nesse sentido, observa-se a punição sem constatação de efetiva lesividade.

O fato é que, como amplamente explorado no capítulo 3 deste estudo, a partir de referenciais intangíveis como são os da paz pública, da democracia e da dignidade, possibilitam-se punições com lesividade presumida. Mesmo que se afirme considerar o contexto, diante da impossibilidade de se comprovar ou não afetação a esses valores, qualquer conduta é potencialmente passível de criminalização.

No mesmo sentido, a punição com base em perigo presumido é reflexo do mesmo vício originário, da eleição de referenciais que permitem expansão ilimitada das possibilidades punitivas. A criação de perigo especulativo é decorrência da intangibilidade dos bens elencados.

É notável em grande parte das decisões do TEDH o esforço de se delimitar premissas conceituais para, em seguida, proceder-se à análise do caso nelas baseada, fazendo referência a sua aplicabilidade às circunstâncias concretas. A partir do momento, contudo, que tais premissas são contraditórias e carregam inaceitável grau de abstração, a análise fática resta prejudicada.

Como resultado, impossibilita-se a correta orientação do comportamento humano, uma vez que não é possível prever com segurança qual será a consequência jurídica dele decorrente. Em verdade, seria mais seguro presumir a punição, enquanto a absolvição aparece como exceção no sistema europeu.

O problema central dos julgados do TEDH está, portanto, na incorreta eleição dos valores a serem utilizados como referenciais normativos. Por conta disso, esforços relativos a considerações circunstanciais ou sobre lesividade mostram-se infrutíferos.

Com relação aos precedentes do STJ, a situação é mais delicada.

No TEDH, é possível identificar, com clareza, no curso argumentativo, onde está a discordância de posicionamento com relação às premissas deste estudo, ou seja, na ilegitimidade dos bens elencados, e nos reflexos disso decorrentes. O mesmo não pode ser dito com relação ao STJ. Os problemas de fundamentação são intensos a ponto de tornar impossível a apreensão da discordância por completo.

Como ressaltado, o objetivo desta segunda parte do estudo, mais do que apenas constatar se foi ou não atribuída responsabilidade penal ao autor do discurso, era o de compreender o

processo, os motivos por trás da decisão. A relevância reside na fundamentação desenvolvida mais do que no resultado final.

Sobre isso, Ronald Dworkin ilustrativamente pontua: “Já que importa em diferentes sentidos como os juízes decidem os casos, também importa o que eles entendem ser a lei e, quando discordam sobre isso, importa que tipo de divergência estão tendo”<sup>753</sup>.

A partir das decisões do STJ não foi possível apreender o que os magistrados efetivamente entendem da lei e quais seriam os critérios configuradores do discurso de ódio criminalmente relevante.

Os argumentos utilizados são das mais diversas ordens, frequentemente dotados de inapreensível abstração, tendo sido observado uso retórico de termos e expressões para atribuição ou não de responsabilidade penal. Não foi realizado esforço efetivo de referência ao caso concreto e de justificação da incidência normativa a partir disso.

Na maioria dos casos, não se sabe o que se considera como objeto de tutela. Nas poucas vezes em que são apontados, aparecem referenciais ilegítimos e dispensa-se abertamente a aferição de lesividade. O fato é que não foi possível a apreensão de padrões argumentativos. A partir da análise conjunta dos precedentes do STJ, não há como se extrair conclusões de ordem estrutural sobre critérios dogmáticos para configuração do discurso de ódio criminalmente punível, nem que seja para deles discordar.

É essencial saber como os juízes decidem, pois é assim que se deveria apreender o que eles entendem da norma e de possíveis divergências nesse sentido. No caso *Féret v. Bélgica*, julgado pelo TEDH, por exemplo, as leituras do voto vencedor e do voto vencido permitem conclusões sobre onde reside a divergência jurídica dos posicionamentos, para, com base nisso, ser possível criticá-los. A partir das decisões do STJ, não é possível que se extraia a natureza jurídica das divergências entre as decisões que tiveram soluções distintas.

O processo de justificação racional é o que possibilita a compreensão de decisões divergentes e de discordâncias dogmáticas acerca da interpretação normativa.

A decisão verdadeiramente justificada, dentro das possibilidades fornecidas pela norma e pelo sistema jurídico, possui pretensão de generalização, ou seja, de criação de um racional que possa ser estendido a casos futuros, e não de simplesmente ser decisão particular, que se presta à única solução do caso em análise. Como explica José Rodrigo Rodriguez: “Uma forma de argumentar marcada pela racionalidade está preocupada com a sua generalização possível

---

<sup>753</sup> Tradução livre, do original: “*Since it matters in these different ways how judges decide cases, it also matters what they think the law is, and when they disagree about this, it matters what kind of disagreement they are having*”. (DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986. p. 3).



em casos futuros; está preocupada com a formação de padrões decisórios positivados a partir da atividade dos tribunais”<sup>754</sup>.

Como visto, as decisões do STJ, entendidas em conjunto, não permitem a apreensão de critérios gerais de responsabilização, de modo de remetem à lógica de aplicação casuística da norma penal.

A decisão não fundamentada está blindada da possibilidade de controle social. Não há como criticar ou debater se não se entende os termos do debate, os fundamentos das divergências. Esses espaços criados em que não se pode absorver a racionalidade por trás da decisão institucional são denominados de *zonas de autarquia* por José Rodrigo Rodriguez, e têm a função de dotar de falsa fundamentação o conteúdo decidido:

No Brasil, a criação de zonas de autarquia está ligada a uma falsa justificação das decisões judiciais (e do poder em geral) com fundamento em argumentos exclusivamente personalistas e em conceitos ou racionais naturalizados. Ambos os procedimentos têm o potencial de retirada da esfera pública a possibilidade de debater as razões para decidir e a justificativa do desenho do Estado, tornando ambos completamente imunes ao debate racional e público<sup>755</sup>.

Não foi constatado exercício de atribuição de conteúdo racionalmente justificado que a estrutura dos conceitos normativos exige. A falta de justificação sobre a incidência normativa e a configuração do discurso de ódio punível, com base na afetação do bem jurídico, faz com que as decisões adquiram caráter opinativo.

José Rodrigo Rodriguez, ao conduzir análise de um caso que não apresenta justificação satisfatória, explica: “E, na ausência de justificativas, a escolha é fruto de opinião do ministro. Como tal, a decisão poderia ser completamente distinta se fosse outro o relator do caso”.

Ou, como ilustrativamente coloca Ronald Dworkin: “A diferença entre dignidade e ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte”<sup>756 757</sup>.

O fato é que não foi possível apreender critérios jurídicos universalizáveis por meio dos acórdãos do STJ, de modo a tornar a solução fornecida aos casos concretos imprevisível e

<sup>754</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?* Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 77 e 78.

<sup>755</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. Op. cit., p. 69.

<sup>756</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 3.

<sup>757</sup> Não se ignora que José Rodrigo Rodriguez critica o modelo de “bom juiz” desenvolvido por Ronald Dworkin e, nessa medida, discorda da teoria desenvolvida pelo autor. Não cabe, porém, neste estudo, aprofundar as nuances de suas teorias e as soluções fornecidas pelos dois autores, mas tão somente utilizá-los como diagnóstico do problema identificado pela análise das decisões judiciais.

blindada de efetivo controle racional. Foram constatadas janelas de decisões judiciais não sujeitas a controle.

Sustenta-se, nesse sentido, que o espaço fornecido pela abertura semântica dos conceitos normativos do artigo 20 da Lei 7.716/1989 foi inadequadamente apropriado, de modo a permitir decisões pouco tangíveis dogmaticamente.

Não se pode esquecer que a introdução de conceitos normativos no ordenamento jurídico não significa abandono do referencial de proteção do indivíduo e da sua liberdade, que reside na lógica fundante do princípio da legalidade. A previsibilidade das consequências jurídicas da conduta é premissa essencial de preservação da igualdade e da liberdade humana.

O princípio da legalidade e a virtualidade de seu mandado estendido também às decisões judiciais implica universalidade, clareza e precisão do comando punitivo, como pressuposto de um ordenamento jurídico inserido no Estado Democrático de Direito e que carrega a centralidade de proteção do indivíduo.

Foi constatado, portanto, o mal uso de conceitos normativos e a consequente desmaterialização do núcleo do conteúdo delitivo, de forma a, nas palavras de Ana Elisa Bechara, transformar-se em “mera fórmula legal abstrata”<sup>758</sup>.

A análise desenvolvida, nesse sentido, reforça o alerta apresentado logo no início deste estudo de que seria ingênuo acreditar de forma irrestrita que a abertura típica e a introdução de conceitos normativos necessariamente levaria a uma maior permeabilidade do direito às demandas de justiça material e proteção da liberdade individual.

Registre-se, mais uma vez, que a posição defendida não é a de que deveriam ser abolidos do direito penal os termos normativos, mas sim de que se verificou a indevida apropriação pelos magistrados do espaço valorativo por eles fornecido.

Importante registrar que, no caso do TEDH, também há um problema de interpretação de conceitos normativos, uma vez que, como exposto no capítulo 2.2, esta deve necessariamente ocorrer dentro dos limites impostos pelo princípio da lesividade, de modo que a eleição de bens inidôneos viola tal premissa. Com relação ao STJ, contudo, o problema é mais severo, uma vez que não há um padrão (ainda que ilegítimo fosse) identificado de referenciais normativos.

A indeterminação dos motivos que levam à punição do discurso de ódio abre margem para potencial criminalização arbitrária das liberdades comunicativas. O risco é o de se permitir o silenciamento pela vedação criminal do discurso moralmente minoritário, politicamente dissidente ou socialmente incômodo. É justamente para evitar que isso ocorra que a

---

<sup>758</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 28.

responsabilização penal deve sempre vir acompanhada de fundamentação que demonstre a efetiva afetação do bem jurídico.

Retomando, por fim, os pontos de investigação elencados no item 3.4 deste estudo, ou seja, de se os julgados explicitam qual seria o bem jurídico tutelado pela norma, se esse bem jurídico eleito é efetivamente um objeto legítimo de tutela, se há constatação de sua afetação e se essa constatação está justificada com base nas circunstâncias concretas do caso, as conclusões são bastante distintas a depender do sistema analisado.

Com relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é possível afirmar que, a partir das características elencadas pela CIDH para configuração do discurso de ódio punível, tratar-se-ão de bens jurídicos legítimos e sua afetação, necessariamente em forma de perigo concreto, deveria ser constatada a partir de dados da realidade que indicassem a geração do perigo. É certo que a análise é limitada, uma vez que a Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não decidiu sobre a matéria em casos concretos. É possível afirmar, contudo, que, caso fossem obedecidos os parâmetros desenvolvidos pela CIDH, o princípio de proteção de bens jurídicos seria obedecido.

Como visto, o mesmo não pode ser dito com relação ao TEDH. A Corte, apesar de explicitar qual entende ser o cerne valorativo protegido, elenca objetos de tutela que não são bens jurídicos dignos de proteção penal, de modo que resta prejudicada a análise sobre a lesividade no caso concreto. Assim, mesmo que se tenha constatado algum grau de esforço de fundamentação sobre sua afetação, por se tratar de valores intangíveis, frequentemente, observou-se ilegítima lógica de lesividade presumida.

Os julgados do STJ explorados demonstram que não é possível afirmar com segurança qual a Corte entende ser o bem jurídico tutelado pela norma do artigo 20 da Lei 7.716/1989. Muitos acórdãos não o indicam e os poucos que fazem alguma referência elencam ilegítimos objetos de tutela. Não se observou efetivo exercício de fundamentação voltado à aferição de lesividade da conduta. A partir dos precedentes expostos, conclui-se pela completa ausência de respeito ao princípio de proteção de bens jurídicos.

Por último, cabe notar que o reconhecimento não foi elencado por nenhum dos sistemas como o centro valorativo da norma penal e a possibilidade de sua afetação, na forma de perigo abstrato, a partir da necessária aferição de periculosidade *ex ante*.

## CONCLUSÃO

1. Os termos discurso de ódio e crimes de ódio mostram-se cada vez mais recorrentes nos âmbitos social e jurídico, ao mesmo tempo em que são dotados de significativa imprecisão que, por sua vez, reflete a complexidade do fenômeno que pretendem abarcar.

2. Crimes de ódio, de maneira geral, podem ser caracterizados como delitos qualificados por uma especial motivação de intolerância em relação à vítima. São infrações penais que se acoplam sob a mesma categoria por conta da intencionalidade discriminatória. Podem ser, nesse sentido, delitos de diversas naturezas.

3. O conceito de discurso de ódio é mais amplo e abrange figuras que não são delituosas. Um discurso que carrega mensagem discriminatória pode ser reprovável do ponto de vista social ou jurídico extrapenal e não configurar crime. Sua definição não é estanque e dependerá de critérios adicionais que se decida (ou não) nela incluir.

4. O conceito jurídico de discurso de ódio e, mais especificamente de discurso de ódio criminalmente punível, deve ser perseguido de forma descolada do seu significado linguístico. O termo ódio é emocionalmente carregado e remete a estado de ânimo interno do agente, de modo que não pode ser utilizado como referencial de conduta penalmente relevante.

5. Para que seja considerado crime, o discurso deve implicar afetação de bem jurídico, seja em forma de lesão, seja em forma de geração de perigo.

6. A utilização da linguagem é fator determinante para o alcance da norma penal. A fim de se estabelecer o conteúdo do discurso de ódio criminalmente relevante, deve-se atentar aos sentidos original e atual do princípio da legalidade.

7. O princípio da legalidade foi criado como mecanismo de combate ao arbítrio e à insegurança jurídica que regiam o contexto de imposição de punição criminal no Antigo Regime.

8. Possui, nesse sentido, duplo caráter de garantia, da liberdade e da igualdade, ao assegurar universalidade, clareza, precisão e previsibilidade da aplicação normativa e das consequências dela advindas.

9. Atualmente, o sentido do princípio da legalidade distancia-se do ideal iluminista, na medida em que realisticamente entende-se impossível que toda a realidade seja abarcada pela letra da lei, além de ser indesejável que isso ocorra, na medida em que implicaria engessamento artificial e arbitrário da previsão normativa.

10. O tipo penal, nesse sentido, deve ser entendido como “vivo”, aberto à possibilidade de exercício valorativo, voltado à necessidade de contextualização social e priorização do indivíduo.

11. A crescente complexidade da realidade social, marcada por contexto de pluralidade social, diversidade de grupos e cultural, bem como por avanços tecnológicos, faz com que seja necessária a utilização de termos e expressões semanticamente abertos para que a norma penal seja efetivamente capaz de regular a realidade sobre a qual recai.

12. A criminalização do discurso de ódio foi realizada pela utilização de termos normativos, entendidos como aqueles que não são apreendidos somente pelos sentidos, mas referem-se a um conjunto de regras constitutivas, identificáveis a partir de normas jurídicas ou extrajurídicas.

13. Conceitos normativos servem para regular não o comportamento naturalístico do agente, mas seu significado humano e social, de modo que possuem função definida e indispensável para o bom funcionamento do sistema jurídico.

14. Por outro lado, sua abertura não pode significar brecha para arbitrariedade, e a interpretação dos termos normativos deve se dar de forma dogmaticamente vinculada à função de proteção de bens jurídicos.

15. A função do direito penal ainda deve ser entendida como a proteção de bens jurídicos. A criação de um fato externo e prévio à positivação legal, voltado à proteção da liberdade individual, é essencial para a prevenção de excessos e arbitrariedades, e o conceito de bem jurídico é o que melhor atinge tais objetivos. As propostas de sua substituição foram infrutíferas e as tentativas de relativização implicam enfraquecimento da teoria.

16. O conceito de bem jurídico, prévio e limitador do direito penal, deve ser entendido como interesse humano de caráter fundamental, necessário ao autodesenvolvimento do indivíduo, social e constitucionalmente limitado, e dotado de conteúdo delimitado e apreensível.

17. Na maioria dos crimes é possível que se identifique com facilidade o bem jurídico tutelado. Não é o caso do discurso de ódio criminalizado e o alcance punitivo legítimo da norma penal dependerá de sua determinação.

18. A democracia (ou o sistema democrático), o pluralismo e o multiculturalismo não podem ser elencados à posição de bem jurídico. São valores descolados do autodesenvolvimento do indivíduo, de modo a representarem funcionalização da pessoa humana e da sua liberdade em prol de ideais de sistema político e social.

19. Noções de paz pública ou paz social são referenciais intangíveis, de impossível apreensão, não fundadas empiricamente ou extraíveis da realidade social, de modo que não servem como limitador do poder punitivo. Trata-se de exemplo de “espiritualização de bem jurídico”.

20. A afetação de sentimentos, sejam eles de qualquer ordem, não pode justificar a intervenção penal. Ofensas não caracterizam lesão a bem jurídico.

21. A noção de dignidade humana coletiva representa um falso bem jurídico, na medida em que se refere à soma das dignidades individuais, não podendo servir como referencial para aferição de lesividade da conduta.

22. A dignidade humana enquanto qualidade individual também não pode ser elencada à posição de bem jurídico penalmente relevante por não possuir densidade de concretude suficientes para tanto.

23. No mesmo sentido, a igualdade é princípio constitucional não dotado de conteúdo suficientemente preciso para estabelecer as fronteiras legítimas da intervenção estatal.

24. A integridade física e a vida das pessoas, por outro lado, podem ser afetadas pelo discurso de ódio de caráter incitatório, na forma de crime de perigo concreto.

25. A noção de reconhecimento, conforme a teoria desenvolvida por Axel Honneth, pode ser elencada à posição de bem jurídico tutelado pelo discurso de ódio criminalizado. Entende-se por reconhecimento o *status* que o indivíduo goza na sociedade, derivado da dignidade humana, referente às bases de sua identidade pessoal, e que permite paritária participação na vida social.

26. O conceito de bem jurídico relevante para os fins da investigação realizada neste estudo é dogmático, ou seja, volta-se ao referencial para o exercício interpretativo da norma penal, sendo necessária a constatação de sua afetação para imposição de punição.

27. A utilização de bens jurídicos inidôneos, como os são a democracia, a paz pública e a dignidade implicam impossibilidade de aferição do verdadeiro grau de lesividade que comporta a conduta sob análise. Condutas sem lesividade acabam por serem classificadas como de perigo abstrato e condutas que representam perigo abstrato tornam-se delitos de lesão.

28. Crimes de perigo abstrato não dispensam a necessidade de afetação do bem jurídico para configuração típica. Deve ser realizado prognóstico de periculosidade, com aferição da lesividade *ex ante* da conduta, com vistas às circunstâncias concretas do caso.

29. A lógica da acumulação não pode ser utilizada para responsabilização criminal do discurso de ódio, por contrariar o princípio da culpabilidade e representar punição com base em potencial e presumido contexto de perigo.

30. Em sentido similar, não se pode admitir a punição pela criação (ou contribuição) a um clima social supostamente favorável à potencial realização de atos de violência. Tratar-se-ia da responsabilização por atividade delitiva posterior e incerta, dependente de nova intervenção no curso causal, de modo que não há como se relacionar conduta e resultado lesivo.

31. A aferição de afetação do reconhecimento pelo discurso de ódio criminalizado enquanto delito de perigo abstrato deve se dar com base nos contextos histórico e social, amplamente entendidos, bem como nas circunstâncias concretas do caso.

32. Para possuir potencial lesivo, o discurso de ódio deve necessariamente estar voltado a parcela histórica e contemporaneamente vulnerável da sociedade. Devem ser também levadas em conta circunstâncias concretas como a posição do emissor, o alcance da manifestação e sua publicidade, entre outros.

33. Tratando-se da interpretação de termos normativos, a jurisprudência possui função de fornecer conteúdo compreensível à lei, de modo que deve ser dotada de precisão e previsibilidade. O mandamento da legalidade deve ser estendido à atividade jurisdicional.

34. A CIDH, ao interpretar o artigo 13.2 da CADH, impõe o critério da violência para necessária imposição de punição criminal do emissor do discurso de ódio. Trata-se de crime de perigo concreto, voltado à proteção de bens jurídicos individuais como a integridade física e a vida. A partir dos critérios elencados pela Comissão, é possível concluir que é respeitado o princípio da proteção de bens jurídicos.

35. O TEDH elenca objetos de tutela ilegítimos como referenciais normativos do discurso de ódio enquanto crime, como a democracia, a dignidade humana e a paz pública. A partir de referenciais inidôneos, são impostas punições criminais sem lesividade comprovada.

36. O STJ por fim, não adota padrão de análise a partir do qual possam ser extraídas conclusões definitivas. Na maioria dos casos não se elenca bem jurídico tutelado pela norma criminalizadora e, nos casos em que o faz, trata-se de objetos ilegítimos de tutela. Foi constatada dispensa de aferição da lesividade da conduta. Não foram observados padrões dogmáticos universalizáveis a partir das decisões analisadas. O espaço semântico dos termos normativos foi inadequadamente apropriado de modo a criar decisões não fundamentas.

37. O reconhecimento não foi elencado pelos sistemas analisados como bem jurídico tutelado pelo discurso de ódio.

## REFERÊNCIAS

- ABADÍAS SELMA, Alfredo. Hablo castellano porque así parezco más malo. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022.
- ALASTUEY DOBÓN, Carmen. Discurso del odio y negacionismo en la reforma del código penal de 2015. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2016.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012, n. 14-02 – ISSN 16950194.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *La libertad del odio: Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, 2020.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 97, 2013. pp. 309-341.
- AMELUNG, Knut. El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ARMOUR, Jody. Stereotypes and Prejudice: Helping Legal Decisionmakers Break the Prejudice Habit. *California Law Review*, vol. 83, 1995.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BENLLOCH PETIT, Guillermo. El Derecho penal ante el conflicto político: Reflexiones en torno a la relevancia penal de determinados fines, opiniones o motivos políticos o ideológicos y su legitimidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. ISSN 0210-3001, 2001.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús. Política Criminal en España y discriminación xenófoba: la centralidad de los delitos de provocación a la discriminación. *Polít. Crim.* Vol. 9, n. 18, dez., 2014.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BORCHARDT, Carlise Kolbe; MARTINS, Anna Clara Lehmann; NICHEL, Andressa, SILVA, Rosane Leal da. Discurso de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2011.



BRANDARIZ GARCIA, José Angel. Victimización de migrantes. In: SUMALLA, Josep Tamarit (coord.). *Víctimas olvidadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989*. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm). Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010*. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Lei 12.288/2010, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm). Acesso em: 26 out. 2022.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, vol. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

CÁMARA ARROYO, Sergio. El concepto de delitos de odio y su comisión a través del discurso: especial referencia al conflicto con la libertad de expresión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 70, Fasc/Mes 1.

CHAIMOVICH, Mariana. A Atuação do Poder Legislativo Brasileiro na Definição do Conceito de “Discurso de Ódio”. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Ampliação dos acordos processuais penais, execução da pena antes do trânsito em julgado de sentença condenatória e o ocaso da dogmática penal como ciência prática. In: MALAN, Diogo; BADARÓ, Gustavo; ZILLI, Marcos; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). *Processo penal humanista*. Belo Horizonte: D’Placido, 2019.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção Penal Ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CIDH. *Informe Anual 2004*. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo VII (Las Expresiones de Odio y la Convención Americana de Derechos Humanos).

CIDH. *Informe Anual 2009*. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009.

CIDH. *Informe Anual 2015*. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Discursos e Odio y la Incitación a la Violencia Contra las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en America) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/15. 31 de diciembre de 2015.

COUNCIL OF EUROPE. Committee of Ministers. Recommendation n. R (97) 20 of The Committee of Ministers to Member States on “hate speech”. Disponível em: <https://rm.coe.int/1680505d5b>. Acesso em: 26 out. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. European Commission against Racism and Intolerance. *General Policy Recommendation n. 15 on Combating Hate Speech*. Disponível em: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-15-on-combating-hate-speech/16808b5b01>. Acesso em: 26 out. 2022.

COUNCIL OF EUROPE. European Court of Humans Rights. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 26 out. 2022.

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo. El <<discurso del odio>> y su prohibición. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 35, 2012. p. 437-455.

CUSSAC, José L. González. La generalización del derecho penal de excepción: la afetación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad. In: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, nº 128, 2007. pp. 227-268.

D'AVILA, Fábio Roberto. O Ilícito Penal nos Crimes Ambientais: Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 75, Edição Especial.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* – (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DADICO, Claudia Maria. *Crimes de Ódio: diálogos entre a filosofia, a política e o direito*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis. Límites jurídico-penales del discurso (puro) del odio: sociedade del desprecio y discurso del odio. In: ALONSO, Victor Javier Vázquez (dir.); SANZ, Lucia Alonso (dir.). *Sobre la libertad de expresión y el discurso del odio*. Sevilla: Athenaica, 2017.

DE PABLO SERRANO, Alejandro Luis; TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Discurso del odio: problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. *Diario La Ley*, nº 8911, 2017.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús. Oído a los delitos de odio: algunas cuestiones claves sobre la reforma del art. 510 CP por LO 1/2015. *Diario La Ley*, núm 8712, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Cap. VI: Direito dos juristas. Conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2014.

ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia, Relaciones com las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Legislación consolidada. *Ley Orgánica 10/1995, de*

23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>. Acesso em: 26 out. 2022.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: Leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: Emais Academia, 2020.

FUENTES OSORIO, Juan Luis. El bien jurídico 'honor'. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. ISSN 0210-3001, Tomo 60, 2007.

FUENTES OSORIO, Juan Luis. El ódio como delito. *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, 2017.

FRASER, Nancy. Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition: a political-philosophical Exchange*. London, 2003.

FREDMAN, Sandra. Recognition of Redistribution: Reconciling Inequalities. *South African Journal of Human Rights*. v. 23, n.2, 2006.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. El efecto perverso de la recepción del fenómeno de los <<delitos de odio>> en el sistema penal español. In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de Ódio no Brasil*. Relatório unificado de pesquisa. São Paulo: CEPI-FGV Direito SP, 2020. Disponível em: <https://fgv.academia.edu/fgvcepi>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto. *A Construção do Conceito Jurídico de Discurso de ódio no Brasil: A Matriz de Variáveis*. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito Penal e Direitos Humanos: Análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Direito penal e interpretação jurisprudencial: do princípio da legalidade às súmulas vinculantes*. São Paulo: Atlas, 2008

GÓMEZ MARTIN, Victor. Daño, ofensa y discurso del odio. *Anales de la Cátedra Francisco Soares. Protocolo I*. 2021.

GÓMEZ MARTIN, Victor. Discurso del odio y principio del hecho. In: BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (dir); PUIG, Santiago Mir (dir.). *Protección penal de la libertad de expresión e información: Una interpretación constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82. São Paulo: RT, 2010.

GROSS, Clarissa Piterman; MACEDO JR., Ronaldo Porto. Crítica Metodológica: a insuficiência da linguagem e do esquema mental prevalente no campo da liberdade de expressão no Brasil. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afectem a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David *et al.* *Estudios sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires, vol. 12, 45/48, 1989. pp. 275-285.

HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidário del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

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

HONNETH, Axel. *La Sociedad del Desprecio*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

JACOBS, James B.; POTTER, Kimberly. *Hate Crimes: Criminal Law & Identity Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

JAKOBS, Gunther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In: JAKOBS, Gunther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones, 1997.

LAFER, Celso. A construção do conceito jurídico de discurso de ódio no Brasil. Prefácio. In: GOMES, Fabrício Vasconcelos; LUCCAS, Victor Nóbrega; SALVADOR, João Pedro Favaretto (coord.). *Discurso de ódio: desafios jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2020.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del artículo 510 CP y propuesta “lege lata”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 7, edición digital, 2012.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *Los delitos de odio: Artículos 510 y 22.4º CP 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

LAURENZO COPELLO, Patricia. La discriminación en el Código Penal de 1995. *Estudios Penales y Criminológicos*, nº 19, 1996.

LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: PORTILLA CONTRERAS, Guillermo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (dirs.); FUENTES OSORIO, Juan Luis; POMARES CINTAS, Esther (coords.). *Um Juez para la Democracia: Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*. Madri: Dykinson, 2019.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Bien jurídico y objeto protegible. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 60, Fasc/Mes 1, 2007.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro. Consulta para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, set./2020.

MARTIN HERRERA, David. Libertad de Expresión: ¿Derecho Ilimitado Según el TEDH? Del Discurso de Odio al Crimen de Odio. *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Publico*. ISSN 0423-4847, vol. 62, n. 2, 2014.

MASIERO, Clara Moura. *Direito penal antidiscriminatório: movimentos sociais e os crimes de ódio no Brasil*. Florianópolis: Emais, 2021.

MENKE, Fabio. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 6, 11 E 12. *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 50 | p. 9 | Abr / 2004; e *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor* | vol. 4 | p. 107 | abr / 2011 DTR\2004\878.

MOCCIA, Sergio. A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: Función de la pena y sistemática teleológica*. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2003.

OSCE. *Materiales Didácticos nº 5: La Lucha contra los Delitos de Odio en Europa*. Madri, 2005.

PALAZZO, Francesco. O princípio da determinação taxativa da lei penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

PFLUG-MEYER, Samantha Ribeiro. *Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PAREKH, Bhikhu. Is There a Case for Banning Hate Speech? *In*: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (ed.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulations and Responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. La represión penal del discurso del odio. *In*: GARCIA, Francisco Javier Álvarez (dir.); OLMEDA, Araceli Manjón-Cabeza (coord.); PUSCHEL, Arturo Ventura (coord.). *Tratado de derecho penal español: parte especial. IV. Delitos contra la Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROCHA, David Domínguez. El discurso del odio penal desde la teoría del bien jurídico: sociedade del desprecio, violencia estructural y crisis social. *In*: GÓMEZ, Raúl Sánchez (dir.); MAZARÍO, José María (dir.). *El tratamiento normativo del discurso del odio*. Navara: Thomas Reuters Arazandi, 2021.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 26 out. 2022.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. *24 Cardozo Law Review* 1523, 2003.

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

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General - Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194, 2013

ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. *In*: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. *In*: LEITE, Alaor (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SALIGER, Frank. Limites da interpretação normativa em direito penal. *In*: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do ‘Hate Speech’. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHUNEMANN, 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 dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

SCHUNEMANN, Bernd. Espiral ou ovo estrelado? Modelos de aplicação do direito: do modelo hermenêutico ao modelo da filosofia analítica da linguagem. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! – sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHUNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luis (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. ¿Legalidad penal líquida? *Revista para el Análisis del Derecho*, nº 4, 2022. ISSN 1698-739X.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del Derecho penal: Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. 3.ed. Madrid: Edisofer, 2011.

STRATENWERTH, Gunter. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia. Aplicación de la agravante genérica antidiscriminatoria por motivos de ideología vs agravante de odio ideológico (art. 22.4 CP). In: TEIJÓN ALCALÁ, Marco (dir.). *El odio como motivación criminal*. Madrid: Wolter Kluwer, 2022.

TAPIA BALLESTEROS, Patricia. El discurso de odio del art. 510.1.a) del Código penal español: la ideología como un caballo de Troya entre las circunstancias sospechosas de discriminación. *Política Criminal*, vol. 16, n. 31, 2021

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

UNESCO. Unesdoc digital Library. *Countering Online Hate Speech*. Paris, 2015. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233231>. Acesso em: 26 out. 2022.

UNITED NATIONS. Human Rights. Office of the High Commissioner. The Rabat Plano f Action. Página simples sobre “incitação ao ódio” em português. Disponível em: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat\\_threshold\\_test\\_Portuguese.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Rabat_threshold_test_Portuguese.pdf) . Acesso em 15 jul. 2022.

VALIENTE MARTINEZ, Francisco. El discurso del odio: la justificación de lo injustificable. In: BALLESTEROS-AGUAYO, Lucia; NUÑO, Concha Langa. *Movimientos populistas en Europa: la actualización del discurso totalitario en los medios de comunicación actuales y su repercusión en la opinión pública*. Sevilla: Egregius Ediciones, 2018.

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

ZAMORA, Francisco J. Campos. ¿Existe un derecho a blasfemar? Sobre libertad de expresión y discurso del odio. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 41, 2018. p. 281-295.

### **Lista de casos**

BRASIL. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13.06.2019.

BRASIL. STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 753.219/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 24.05.2018.

BRASIL. STJ, Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 424.402/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 04.10.2018.

BRASIL. STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.329.080/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 01.03.2018.

BRASIL. STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.826.160/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldos Soares da Fonseca, j. 27.08.2019.

BRASIL. STJ, Conflito de Competência n. 146.983/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, j. 24.05.2017.

BRASIL. STJ, Conflito de Competência n. 163.420/PR, Terceira Seção, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 13.05.2020.

BRASIL. STJ, Habeas Corpus n. 118.382/CE, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03.05.2011.



BRASIL. STJ, Habeas Corpus n. 144.387/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.11.2012.

BRASIL. STJ, Habeas Corpus n. 169.181/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 16.08.2012.

BRASIL. STJ, Habeas Corpus n. 388.051/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 25.04.2017.

BRASIL. STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 117.539/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 17.11.2020.

BRASIL. STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 19.166/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julg. 24.10.2006.

BRASIL. STJ, Recurso em Habeas Corpus n. 50.435/DF, Quinta Turma, Rel. Min Jorge Mussi, j. 16.12.2014.

BRASIL. STJ, Recurso Especial n. 1.569.850/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.04.2018.

BRASIL. STJ, Recurso Especial n. 1.580.395/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.04.2018.

BRASIL. STJ, Recurso Especial n. 157.805/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 17.08.1999.

BRASIL. STJ, Recurso Especial n. 911.183/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.12.2008.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Erkaban v. Turkey*, Sentença de 6 de julho de 2006.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Féret v. Bélgica*, Sentença de 10 de dezembro de 2009.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Garaudy v. França*, Sentença de 7 de julho de 2003.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Honsik v. Austria*, Sentença de 18 de outubro de 1995.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Leroy v. França*, Sentença de 29 de outubro de 2008.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Lingens v. Austria*, Sentença de 8 de julho de 1986.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *M'Bala M'Bala v. França*, Sentença de 20 de outubro de 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Marais v. França*, Sentença de 24 de junho de 1996.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Molnar v. Romênia*, Sentença de 29 de novembro de 2012.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Otegi Mandragon v. Espanha*, Sentença de 15 de setembro de 2011.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Pastörs v. Alemanha*, Sentença de 3 de outubro de 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Pastörs v. Alemanha*, Sentença de 3 de outubro de 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Perinçek v. Suíça*, Sentença de 15 de outubro de 2015.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Stern Taulats e Roura v. Espanha*, Sentença de 13 de junho de 2018.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Williamson v. Alemanha*, Sentença de 8 de janeiro de 2019 e; TEDH. Caso *Pastörs v. Alemanha*, Sentença de 3 de outubro de 2019.

CONSELHO DA EUROPA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Witzsch v. Alemanha*, Sentença de 4 de fevereiro de 2003.

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas).

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. (Fondo, Reparaciones y Costas).

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas).

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. (Fondo, Reparaciones y Costas).

OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso *Tristán Donoso Vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).