

A CRIMINALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO FRENTE À FUNÇÃO DEMOCRÁTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Eduardo Freitas

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações sobre a liberdade de expressão; 1.1 Limitações jurídicas ao exercício da liberdade de expressão; 2 Problemática em torno do discurso de ódio; 2.1 “Bem jurídico tutelado”; 2.2 Legislações penais repressoras do discurso de ódio em espécie; 2.2.1 Lei n. 7.716/89 – define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; 2.2.2 Lei n. 9.029/95 – proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências; Considerações finais; Referência bibliográfica.

RESUMO: O presente projeto de pesquisa tem como objeto a análise criminalização do discurso de ódio, especificamente das relações entre este e a liberdade de expressão, sob a égide da democracia. O seu objetivo é analisar o discurso de ódio como fator limitante legítimo da liberdade de expressão. Em um primeiro momento far-se-á uma abordagem da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, tanto no âmbito individual quanto transindividual, e sua relação com a ideia de democracia, para posteriormente tecer considerações sobre o discurso de ódio e sua caracterização. Em seguida, tratar-se-á do conflito entre tais fatores, do paradoxo criado entre a intolerância que vitimiza grupos sociais e a necessidade da livre circulação de ideias em uma democracia. Por fim, tratar-se-á da importância da limitação da liberdade de expressão quando esta for utilizada para inferiorizar grupos sociais, incitar a violência e promover o ódio. Quanto à Metodologia observa-se que o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, serão acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

Palavras chave: Democracia; Liberdade de Expressão; Discurso de Ódio; Criminalização.

INTRODUÇÃO

Os direitos de liberdade estão elencados como os direitos da primeira geração, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional¹ são, por conseguinte, os direitos já consolidados ao longo da história, presentes em quase todas as Constituições.

Entre tais direitos, a liberdade de expressão corresponde a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos², como evidência de tal afirmação, verifica-se que a liberdade de expressão está presente no âmbito constitucional brasileiro desde a Carta Imperial em 1824, seguindo em maior ou menor grau, por praticamente todas as constituições subsequentes³, além de tratados internacionais.

¹ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p 579 -580.

² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 10 ed. 2015. p 256

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p 436 e ss.

A liberdade de expressão é instrumento que permite o pluralismo de opiniões e a vontade livre, fatores estes tidos como necessários à preservação e funcionamento da democracia⁴, No entanto, nenhum direito é absoluto, valores como o da dignidade humana, também são bases para um Estado Democrático de Direito⁵, e podem ser prejudicados em uma possível colisão de valores.

Pode-se dizer que, da mesma forma que foi na Constituição Federal de 1988 que a liberdade de expressão encontrou o ambiente mais favorável à sua efetivação⁶, é também esta Constituição que elenca como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art 3º, IV).

Fica assim evidenciada a divergência entre a necessidade de assegurar quaisquer formas de expressão, de modo a fortalecer a circulação e o pluralismo de ideias, fatores estes, tidos como base de uma democracia, frente a manifestações de ódio e intolerância, que visam apenas à discriminação, e ferem o direito de igualdade e o próprio princípio da dignidade humana.

Não obstante, determinou também que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (Art. 5º, XLI)

Por decorrência natural, elaboram-se projetos de Lei que tem como finalidade a criminalização de tais condutas, tais como a Lei n. 7.716/89 (define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), a Lei n. 9.029/95 (proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências) e até mesmo o PLC nº 122, de 2006 (criminaliza a homofobia).

Neste contexto, o presente projeto de pesquisa tem como *objeto* a análise da liberdade de expressão, especificamente das relações entre esta e o discurso de ódio, sob a égide da democracia.

O seu *objetivo* é analisar o discurso de ódio como fator limitante legítimo da liberdade de expressão e a legitimidade constitucional de sua criminalização.

Em um primeiro momento far-se-á uma abordagem da liberdade de expressão enquanto direito fundamental, tanto no âmbito individual quanto transindividual, e sua relação com a garantia da democracia, para posteriormente tecer considerações sobre o discurso de ódio e sua caracterização.

Em seguida, tratar-se-á do conflito entre tais fatores, do paradoxo criado entre a intolerância que vitimiza grupos sociais e a necessidade da livre circulação de ideias em uma democracia. Por fim, tratar-se-á da importância da limitação da liberdade de expressão, pela via penal, quando esta for utilizada para inferiorizar grupos sociais, incitar a violência e promover o ódio.

Quanto à *Metodologia*⁷, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, serão acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. p 257.

⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, dez. 2010. Semestral. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>>. Acesso em: 25 out. 2015.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. p 436 e ss.

⁷ Adotou-se as orientações de metodologia de pesquisa de PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A terminologia “liberdade de expressão” compreende diversas liberdades específicas, neste aspecto, para Sarlet⁸:

A ausência de uma terminologia uniforme na Constituição Federal, que fala tanto em livre manifestação do pensamento quanto em liberdade de expressão, não impede uma abordagem conjunta de tais liberdades, que, como em outras ordens constitucionais, compõe um complexo de liberdades comunicativas e que, mediante a devida ressalva das peculiaridades relativas às diversas manifestações da liberdade de expressão, podem ser tratadas em bloco.

Segue também esta linha de tratamento em bloco Machado⁹ que considera a liberdade de expressão um “direito mãe” da qual derivam todas as demais liberdades comunicativas.

A liberdade de expressão para Branco¹⁰ é a tutela de toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não. Para Sarlet é liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos e ideias.

Ambos ou autores trazem uma dimensão social e política à liberdade de expressão, no sentido de que esta, ao prover o pluralismo de opiniões e político, assume uma função transindividual, a de preservar e garantir a democracia.

Da mesma forma, Carvalho¹¹ considera que “a liberdade de expressão é parte essencial do modelo democrático [...], na medida em que se vincula e se constitui como pressuposto para a realização dos princípios da autonomia e do pluralismo”.

Para este autor:

Trata-se, por outras palavras, de um pré-requisito tanto para que [...] possam definir preferências e efetuar escolhas sem constrangimentos externos indevidos, bem como para que os cidadãos e os diversos grupos sociais possam integrar e participar do ambiente de deliberação pública.

Desta forma, tem-se delimitado o conceito e a amplitude do termo liberdade de expressão, e sua função democrática.

1.1 LIMITAÇÕES JURÍDICAS AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Silva¹² em trabalho recente, tomando como ponto de partida a experiência constitucional estadunidense discorreu sobre o tema objeto deste artigo, aborda a ideia da “neutralidade da regulação” e prossegue mencionando que “de acordo com

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. p 440.

⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p 416.

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. p 257.

¹¹ CARVALHO, Lucas Borges de. **O CONTROLE PÚBLICO SOBRE A PROGRAMAÇÃO DA TV NO BRASIL: Entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão**. 2015. 357 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Cap. 5. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17866/1/2015_LucasBorgesdeCarvalho.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹² SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO. **Rev. Direito Gv**, São Paulo, v. 11, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 25 out. 2015.

a tipologia desenvolvida pela Corte, uma regulação pode ser ‘neutra quanto ao conteúdo’, ‘baseada no conteúdo’ ou ‘baseada no ponto de vista’, em ordem crescente de presunção de inconstitucionalidade¹³”.

Uma restrição é neutra quanto ao conteúdo quando este é completamente indiferente aos propósitos da restrição. Para demonstrar como isso funciona, o autor cita alguns exemplos:

A proibição de uso de alto-falantes nas imediações de hospitais, por exemplo, é neutra quanto ao conteúdo, pois a restrição aplica-se não importa o conteúdo da mensagem que se transmitiria pelos alto-falantes. A restrição baseada no conteúdo, por sua vez, pode não ser injusta no sentido de atingir um dos lados da discussão: a proibição de discutir a legitimidade de uma guerra no interior dos quartéis (que é um tipo de restrição aceita), ou de discutir questões raciais ou o divórcio em qualquer lugar, por exemplo, são discussões baseadas no conteúdo, mas recaem tanto sobre aqueles que defendem o divórcio quanto sobre aqueles que a ele se opõem. Já as discussões baseadas no ponto de vista restringem a expressão de um dos lados de uma discussão, proibindo a crítica à participação do país em uma guerra, ou a defesa dos direitos civis plenos para homossexuais¹⁴.

No sistema constitucional dos Estados Unidos, a forma que a restrição assume é importantíssima (*sic*) para definir sua legitimidade. “Essa questão deve ser superposta ao problema do valor da expressão, embora sejam reciprocamente independentes”¹⁵.

Mais adiante o autor pondera que, em algumas áreas determinadas, restrições baseadas no conteúdo são perfeitamente aceitáveis, como as restrições à publicidade enganosa, ou à difamação – exceto no caso de “pessoas públicas”.

A Constituição Federal de 1988 determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. (Art. 5º, XLI).

¹³ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO. **Rev. Direito Gv**, São Paulo, v. 11, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 25 out. 2015; Aqui verificou-se um possível equívoco a ter sido cometido por este autor quando do uso desta expressão, pois em rápida investigação não encontrou-se um conceito que exprima a ideia de “presunção de inconstitucionalidade”, apenas encontrou-se considerações em torno da ideia de “presunção de *constitucionalidade*”, que se referiria ao método a ser operacionalizado, em sede de controle de constitucionalidade, quando o a legislação recai facialmente em uma proibição da Constituição, sendo desnecessário neste ponto considerar se a legislação que constringe aqueles processos políticos, dos quais pode-se ordinariamente esperar que causem repelência à legislação indesejada, devem ser sujeitas a um escrutínio mais rigoroso sob as proibições gerais da Constituição, conforme MARTEL, Leticia de Campos Velho. HIERARQUIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DOUTRINA DA POSIÇÃO PREFERENCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 25, n. 48, p. 91-117, jul. 2004. Semestral. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15236/13854>>. Acesso em: 25 out. 2015.

¹⁴ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO. **Rev. Direito Gv**, São Paulo, v. 11, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 25 out. 2015; A Suprema Corte dos Estados Unidos considerou compatível com a Constituição americana o casamento entre pessoas do mesmo sexo quando do julgamento do caso *Obergefell v. Hodges* em 26 de junho de 2015.

¹⁵ SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO. **Rev. Direito Gv**, São Paulo, v. 11, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 25 out. 2015.

A discriminação, já albergada pelo Direito, até o brasileiro, é considerada incompatível com um dos princípios-base do ordenamento jurídico, o Princípio da Igualdade, e por isso rejeitada e combatida¹⁶.

Esse combate é feito a partir de dois grandes modelos: o modelo repressor e o das ações afirmativas¹⁷.

No primeiro modelo, cuida-se, com destaque para a ação estatal, da edição de normas que impedem e reprimem a conduta discriminatória, criminalizando-a, mas, também, impondo sanções de natureza civil, trabalhista e administrativa. É modelo caracterizado como estático, pois se limita a punir a conduta definida como discriminatória¹⁸.

Diversamente, o segundo modelo, das ações afirmativas, ou da discriminação positiva ou inversa, propõe conduta mais dinâmica, por meio do estabelecimento de normas que, reconhecendo as diferenças e as desigualdades porventura causadas pelas primeiras, criam condições especiais para o exercício dos direitos, especialmente os fundamentais, em favor de grupos vulneráveis. Tem sido utilizado, no Brasil, não somente para hipóteses de exclusão, que têm como causas fatores culturais e sociais, mas também para as hipóteses de desigualdade, que têm como causa fator socioeconômico. Note-se que um modelo não é excludente do outro; ao contrário, são complementares, no sentido de que atuam contra a discriminação com o mesmo objetivo, mas de forma distinta, o primeiro reprimindo a discriminação, com base na cláusula geral de igualdade, e o segundo promovendo o respeito às diferenças, agora fundamentado em cláusulas especiais¹⁹.

Portanto, observa-se que a limitação à liberdade de expressão no regime constitucional brasileiro centra-se na proibição da discriminação.

O presente artigo, contudo, foca-se em estudo que parte do primeiro modelo, qual seja, o repressor.

2 A PROBLEMÁTICA EM TORNO DO DISCURSO DE ÓDIO

2.1 “BEM JURÍDICO TUTELADO”

Aqui se encontra um dos muitos problemas da teoria do bem jurídico, afinal não encontramos um “bem jurídico” específico que tutele equitativamente os interesses aqui em jogo sem cair em algum conceito aberto, indeterminado e metafísico.

Urge, inquestionavelmente, neste ponto um necessário atendimento ao chamado de Stuckenberg²⁰ por “um duplo ressurgimento teórico”:

¹⁶ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao artigo 5º, inciso XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 836-837.

¹⁷ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao artigo 5º, inciso XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 836-837.

¹⁸ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao artigo 5º, inciso XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 836-837.

¹⁹ BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao artigo 5º, inciso XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. p. 836-837.

²⁰ STUCKENBERG, Carl-friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p.3-14, 2014. Semestral. Disponível em: <<http://seer.ufg.br/index.php/redppc/article/view/51810/31972>>. Acesso em: 25 out. 2015.

por um lado, no nível da “teoria pura”, e, por outro lado, no sistema positivo de um determinado ordenamento jurídico. Os juristas devem se esforçar por teorias sólidas e objetivas, mas sem esquecer os aspectos de sua implementação. Eles devem ter voz ativa nos debates políticos em matéria penal e tentar convencer o legislador pela força de seus argumentos. Eles devem ser claros e distinguir nitidamente argumentos jurídicos “indiscutíveis”, como a inconstitucionalidade de uma lei penal ou de um projeto de lei, de argumentos políticos “discutíveis”, como a inconveniência de uma determinada disposição em um Estado liberal. Desse modo, os penalistas devem pensar mais sobre a doutrina constitucional e tentar desenvolver parâmetros específicos para leis penais ao invés de participar do ritual de reclamações de que o direito constitucional é muito permissivo. O que não devem fazer é igualmente evidente: eles não deveriam brandir conceitos confusos como “bem jurídico” e elaborar reivindicações corajosas, porém dúbias, sobre o que o legislador pode ou (não) está limitado a fazer.

Cenário acadêmico este que acaba corroborando com a denúncia feita por Streck e Copetti²¹, de que por uma ponta pressiona a parcela penal de raiz liberal-iluminista, com uma função bem definida de garantia das liberdades e da autonomia dos cidadãos, e que exige uma estrutura política, constitucional e jurídica especificamente liberal em seus mais diversos aspectos; por outra, a compressão imposta pelas manifestações normativas ligadas a um modelo penal não tão comprometido com as garantias individuais, mas, noutro sentido, com funções organizativas, reguladoras, interventivas e transformadoras bem marcadas, com exigências que esbarram numa insuficiência da estrutura liberal para o cumprimento destas finalidades.

Feita a devida crítica, retornemos ao tema objeto central deste artigo.

Quanto ao discurso de ódio, Reale Júnior²², ao tratar sobre o racismo exemplifica a problemática despertada por este tipo de discurso:

O racismo refere-se a um tipo de comportamento político e social de diminuição ou exclusão de um determinado grupo de pessoas, [...]. Trata-se antes de uma forma de inferiorizar o outro, uma estrutura mental que considera os outros diversos, não se lhes atribuindo a possibilidade de estar “entre nós”, de gozar dos mesmos direitos, o que constitui uma expulsão continuada do outro, uma punição maior do que a morte.

O autor destaca ainda que a solução de conflitos não pode ser resolvida por uma preferência abstrata, deve-se considerar os casos concretos de forma a harmonizar os direitos divergentes.

Fica assim evidenciada a linha tênue entre o discurso de ódio, que fere a democracia, no sentido em que prega a discriminação e a privação de liberdade dos indivíduos, frente à liberdade de expressão legítima, que tem entres outras funções a preservação da democracia, torna-se necessário, portanto, estabelecer limitações legítimas para que a própria liberdade de expressão não perca o objetivo social e político.

Rothenburg²³ ao tratar dessa temática inicia seu trabalho com o notável dizer de que:

²¹ STRECK, Lenio L.; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?, **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

²² REALE JÚNIOR, Miguel. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. **Espaço Jurídico: Journal of Law**, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, dez. 2010. Semestral. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>>. Acesso em: 25 out. 2015.

O princípio da igualdade implica, antes de mais, a proibição de discriminações indevidas. Por isso que um tratamento jurídico idêntico impõe-se à primeira vista e é preciso justificar adequadamente as diferenças de tratamento. Na formulação de Alexy (1993, p. 395): “Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então um tratamento igual impõe-se.”. Isso realça a função repressiva do Direito, como instrumento social dos mais importantes para combater a discriminação odiosa.

Este autor prossegue referindo que a Constituição brasileira tem claras (*sic*) disposições no sentido da vedação de discriminação e correspondente repressão. Por exemplo: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política” (art. 5º, VIII); “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI); “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” (art. 227, § 6º).

E da mesma forma o faz com a legislação infraconstitucional pertinente:

Da legislação criminal, cite-se a Lei 7.716/1989, que “define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor”, e que teve seu alcance ampliado pela Lei 9.459/1997, a abranger ainda “os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de... etnia, religião ou procedência nacional.” (art. 1º). Perceba-se que ficaram de fora, pelo menos, as discriminações com base em gênero, orientação sexual e procedência regional, provavelmente devido a um descuido de previsão legislativa, ou a revelar – ainda que inconscientemente(?) – o preconceito em relação às mulheres, aos homossexuais, aos nordestinos, etc. Por outra via, a Lei 11.106/2005 alterou o Código Penal brasileiro, ao substituir, em relação ao crime de atentado ao pudor mediante fraude (art. 216), a inadequada e anacrônica expressão “mulher honesta” pelo termo abrangente “alguém”; também o crime do art. 231 deixou de ser “tráfico de mulheres” para ser “tráfico internacional de pessoas”. Com isso, diminui na legislação criminal a discriminação (“textual”) contra a mulher e se protege também o homem.

Conclui seu pensamento afirmando que o combate à discriminação, como dimensão “negativa” (de viés repressor) da igualdade, pode assumir formulações mais específicas, com vistas à proteção de determinadas pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade. Assim, para além da igualdade formal, normas jurídicas de proibição podem traduzir o anseio por igualdade material²⁴.

2.2 LEGISLAÇÕES PENAIS REPRESSORAS DO DISCURSO DE ÓDIO EM ESPÉCIE

2.2.1 LEI N. 7.716/89 – DEFINE OS CRIMES RESULTANTES DE PRECONCEITO DE RAÇA OU DE COR

Neste diploma legal são indicadas condutas de preconceito e discriminação embasadas em origem, cor, raça, etnia e religião, seguindo o

²³ ROTHENBURG, Walter Claudius. IGUALDADE MATERIAL E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 77-92, dez. 2008. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 25 out. 2015

²⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. IGUALDADE MATERIAL E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 77-92, dez. 2008. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 25 out. 2015

entendimento macro do conceito de racismo modernamente referenciado, não em termos biológicos, mas culturais²⁵.

O Brasil também assinou importantes documentos internacionais que versam sobre discriminação, por exemplo: a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, pelo Decreto nº 65.810, de 08 de dezembro de 1969; a Convenção 111, concernente à discriminação em matéria de emprego e profissão, Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968 e; a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, Decreto nº 63.223, de 06 de setembro de 1968²⁶.

Dentre estes documentos, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, interpretada em conjunto com a Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais da Unesco, pode fornecer grandes subsídios à aplicação da lei penal contra o racismo no Brasil²⁷.

Nos termos da Lei nº 7.716/89, consideram-se crimes de racismo as condutas de preconceito e discriminação tipificadas que impliquem em tratamento diferenciador com fulcro em critérios como a cor, a raça, a etnia, a religião e procedência nacional. Esta é a disposição do artigo primeiro. Nos demais artigos, estarão previstas as condutas típicas e as penas cominadas em decorrência de crimes de racismo em espécie²⁸.

Neste sentido, compreende-se o racismo como uma preferência de determinados sujeitos em termos de sua descendência ou origem regional, nacional ou étnica, bem como sua aparência física baseada em algum critério racial, em sua cor, sem seu credo, ou quanto a sua orientação moral, espiritual e filosófica, envolvendo, por exemplo, comportamentos como de xenofobia, *negrofobia* e anti-semitismo²⁹.

A lei encerra em seu texto normativo tipificação de atos como oposição, recusa ou negação de acesso. Consta do texto normativo desta lei verbos, núcleos do tipo, como impedir, obstar, negar, recusar, praticar, instigar, induzir. É o tipo objetivo do delito³⁰.

²⁵ MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet**: estudo de Lei nº 7.716/89. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2015.

²⁶ MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet**: estudo de Lei nº 7.716/89. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2015.

²⁷ MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet**: estudo de Lei nº 7.716/89. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2015.; Artigo 2º da declaração da Unesco e Artigo 1º da Convenção.

²⁸ MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet**: estudo de Lei nº 7.716/89. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2015.

²⁹ MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet**: estudo de Lei nº 7.716/89. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2015.

³⁰ MELO, Celso Eduardo Santos de. **Racismo e violação aos direitos humanos pela internet**: estudo de Lei nº 7.716/89. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito

2.2.2 LEI N. 9.029/95 – PROÍBE A EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE GRAVIDEZ E ESTERILIZAÇÃO, E OUTRAS PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS, PARA EFEITOS ADMISSIONAIS OU DE PERMANÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA DE TRABALHO, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

Segundo Junior Lando³¹ O discurso de ódio não deve encobrir-se sob o manto da liberdade de expressão, pois mina o bem comum, tornando a tarefa de sustentá-lo muito mais difícil.

Para este acadêmico:

O discurso de ódio não apenas insufla a discriminação e a violência, mas também reacende os pesadelos das sociedades do passado, criando uma atmosfera de ameaça à paz social, como uma espécie de veneno que, palavra por palavra, lentamente se acumula ao ponto de, finalmente, tornar-se difícil para as pessoas, mesmo as bem-intencionadas, cumprir seu papel de manutenção do bem comum.

A Lei N. 9.029/95, em seu art. 1º, *caput*, veda a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses de proteção ao menor previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, criminalizando as seguintes práticas discriminatórias (art. 2º, incisos I e II): a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez, bem como a adoção de quaisquer medidas, de iniciativa do empregador, que configurem indução ou incitamento à esterilização genética e a promoção do controle de natalidade, assim não considerado o oferecimento de serviços e do aconselhamento ou planejamento familiar, realizados através de instituições públicas ou privadas, submetidas às normas do Sistema Único de Saúde (SUS).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há que se discutir da importância da liberdade de expressão, para além da liberdade de expor opiniões, mas também em sua função democrática, uma vez que esta possibilita o pluralismo de opiniões necessários para a preservar e garantir a democracia.

Além disto, a dignidade da pessoa humana tem como elementos basilares a igualdade e a liberdade, em sendo assim a liberdade de expressão é parte de um dos princípios elencados em nossa Constituição como fundamento ao Estado Democrático de Direito.

Ainda assim, vale ressaltar que o discurso de ódio vai além da esfera de ofensa ao indivíduo, não se qualifica por meras críticas ou discordância, mas pelo

da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2015.

³¹ JUNIOR LANDO, Ildo Luiz. **HOMOFOBIA NO DIREITO PENAL: Um Breve Estudo Sobre a Criminalização da Discriminação por Orientação Sexual e por Identidade de Gênero**. 81 f. Monografia (Graduação) – Departamento de Ciências Penais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67278/000872770.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

apelo ao ódio a um grupo determinado, com a intenção específica de desvalorizar o outro, inclusive negando-lhe o gozo dos mesmos direitos. Como demonstrado no presente artigo, o discurso de ódio já possui algumas legislações penais repressoras em casos específicos, que não abrangem a totalidade da ameaça que tal discurso causa.

Junior Lando fala em reacender os pesadelos das sociedades do passado, nos genocídios, entre guerras e outras mazelas da humanidade, verifica-se o discurso de ódio como meio de efetivar e legitimar tais atrocidades. Diversos exemplos ao longo da história comprovam tal afirmação: da escravidão dos negros à culpabilização dos judeus na Alemanha nazista.

De forma de evitar que tais fatos jamais se repitam, é primordial evidenciar que o discurso de ódio não está protegido sob a égide da liberdade de expressão, pois fere os princípios basilares de uma democracia, uma vez que objetiva a inferioridade e a privação de direitos, desta forma colide diretamente com a função democrática da liberdade de expressão.

Faz-se necessário, portanto, a devida repressão do discurso de ódio considerado em sua totalidade, por conseguinte que tal fato acarretará em uma restrição, não da liberdade de expressão legítima, mas sim da discriminação mascarada como o simples exercício de um direito, o abuso de tal liberdade com a função de propagar o ódio a determinado grupo é incompatível com um Estado Democrático de Direito.

A criminalização é, portanto, a melhor forma para, junto das ações afirmativas, combater o discurso de ódio, e amparado pela Constituição, punir apropriadamente tal ato.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 10 ed. 2015

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao artigo 5º, inciso XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 836-837.

CARVALHO, Lucas Borges de. O CONTROLE PÚBLICO SOBRE A PROGRAMAÇÃO DA TV NO BRASIL: Entre a censura, a democracia e a liberdade de expressão. 2015. 357 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Cap. 5. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17866/1/2015_LucasBorgesdeCarvalho.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

JUNIOR LANDO, Ildo Luiz. HOMOFOBIA NO DIREITO PENAL: Um Breve Estudo Sobre a Criminalização da Discriminação por Orientação Sexual e por Identidade de

Gênero. 81 f. Monografia (Graduação) – Departamento de Ciências Penais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67278/000872770.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 out. 2015.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade de Expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p 416.

MELO, Celso Eduardo Santos de. Racismo e violação aos direitos humanos pela internet: estudo de Lei nº 7.716/89. 2010. 110 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Cap. 4. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02082011-114422/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. Espaço Jurídico: Journal of Law, Joaçaba, v. 11, n. 2, p. 374-401, dez. 2010. Semestral. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/1954/1022>>. Acesso em: 25 out. 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. IGUALDADE MATERIAL E DISCRIMINAÇÃO POSITIVA: O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 13, n. 2, p. 77-92, dez. 2008. Quadrimestral. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441/1144>>. Acesso em: 25 out. 2015

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Júlio César Casarin Barroso. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E EXPRESSÕES DE ÓDIO. Rev. Direito Gv, São Paulo, v. 11, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100037&lng=pt&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em: 25 out. 2015.

STUCKENBERG, Carl-friedrich. As deficiências constitucionais da Teoria do Bem Jurídico. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p.3-14, 2014. Semestral. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/51810/31972>>. Acesso em: 25 out. 2015.

STRECK, Lenio L.; COPETTI, André. O direito penal e os influxos legislativos pós-Constituição de 1988: um modelo normativo e eclético consolidado ou em fase de transição?, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. São Leopoldo: Unisinos, 2003.