

DIREITO PENAL E DISCURSO DE ÓDIO

CRIMINAL LAW AND HATE SPEECH

Jacson Zilio¹

RESUMO

Este artigo trata de analisar a relação entre direito penal e liberdade de expressão. Num primeiro momento, o trabalho descreve o modelo de prevalectimento da liberdade de expressão (que não restringe os discursos de ódio) e o modelo de limitações (que aceitam inclusive as criminalizações de discursos de ódio). Por fim, no âmbito do direito penal mínimo típico do Estado Democrático de Direito, ambos modelos são questionados à luz da teoria da ação, do bem jurídico e da finalidade preventiva da pena.

Palavras-chave: Direito Penal. Discurso de Ódio. Liberdade de Expressão. Ação. Punição.

ABSTRACT

This article debates the analysis of the relation between criminal law and freedom of speech. At first, the article describes the prevailing freedom of speech model (which doesn't curtail hate speeches) and the limitation model (that accepts hate speech criminalization). Finally, in a Democratic and Constitutional State's Criminal Law ambit of minimal criminalization, both models are questioned in sight of the action theory, the harm principle and the punishment's preventive purpose.

Keywords: Criminal Law. Hate Speech. Freedom of Speech. Action. Punishment.

1 Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Espanha. Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná e do Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Investigador do Grupo de Pesquisas "Modernas Tendências do Sistema Penal" (Centro Universitário Franciscano do Paraná/FAE Centro Universitário). Coordenador Regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no Estado do Paraná. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: jacsonzilio@me.com

INTRODUÇÃO

As publicações de charges de Maomé em jornais dinamarquês (*Jyllands-Posten*) e francês (*Charlie Hebdo*) e as respostas recrudescedoras do fundamentalismo religioso reacenderam antigas discussões sobre os limites à liberdade de expressão em países democráticos.²

Então, nesse tema, pode-se separar duas correntes de pensamento: um lado aparentemente mais liberal, capitaneado pelos Estados Unidos, sustenta uma progressiva extensão e prevalência da liberdade de expressão sobre outros direitos constitucionais, o que permite tolerar qualquer manifestação de ódio; um outro lado, mediante fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes, aceita algumas limitações excepcionais ao exercício da liberdade de expressão, especialmente em manifestações de ódio voltadas contra algumas minorias (judeus, negros etc.).

Essas manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra certos grupos minoritários, quando motivadas por preconceito ligados à etnia, à religião, ao gênero, à deficiência física ou mental e à orientação sexual, não se limitam apenas aos aspectos jurídicos de raiz constitucional, que quase sempre são solucionados por ponderações de interesses ou critérios de proporcionalidade.

Antes de tudo, o tema trata de um *problema eminentemente penal*, seja porque se relaciona diretamente com delitos de ações cometidos por palavras, seja porque se costuma responder a eles por meio de penas criminais, é dizer, com coerção estatal não reparadora e nem suspensiva-administrativa de um processo lesivo em curso. Por exemplo:

1. No caso *Ellwanger*, analisado pelo STF no *HC 82.424/RS*, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o autor de um livro considerado antisemita foi condenado pela prática de crime de racismo (art. 20 da Lei n. 7.716/1989).³

2. Noutro caso, *Inquérito 3932 e Petição 5243*, o STF acolheu denúncia promovida pelo Ministério Público e queixa-crime promovida pela deputada federal Maria do Rosário (PT-RS), para submeter o também deputado federal Jair Bolsonaro (PSC-RJ) a processo penal por incitação ao crime de estupro e crime de injúria, quando teria dito, em dezembro de

² A reação mais violenta deu-se com a publicação do romance de Salman Rushdie, *Os versículos Satânicos*, de 1988, queimados em alguns países sob alegação de ser um insulto à religião muçumana e ao seu profeta. O tradutor japonês foi morto. Confira-se, sobre isso, WARBURTON, N. **Liberdade de expressão**: uma breve introdução. Trad. de Vitor Guerreiro, Lisboa: Gravita, 2015, p. 27. Recentemente, com a entrada do livro de Adolf Hitler, *Mein Kampf*, em domínio público, reacenderam-se as discussões sobre os limites do direito de liberdade de expressão.

³ Sobre o caso de *Siegfried Ellwanger*, de forma exaustiva, confira-se REALE JR., M. Limites à liberdade de expressão. **RBCCrim.**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 61-91, 2010.

2014, durante discurso no Plenário da Câmara dos Deputados, que a referida deputada “não merecia ser estuprada” pois seria “muito feia”.

3. Também na AC 4158, o STF não trancou, liminarmente, o processo penal pelo qual responde um padre que teria escrito um livro contendo afirmações discriminatórias à religião espírita e às religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé. Depois, no julgamento de mérito do RHC 134.682, de relatoria do Ministro Edson Fachin, por maioria, trancou a ação penal. A PGR, contudo, havia se manifestado pelo desprovemento do recurso, sob alegação de que o direito fundamental à liberdade de crença não é absoluto.

4. No Paraná, um jogo de computador no qual escravos apareciam açoitados caso não trabalhassem, criado por um mestrando e apresentado como material didático em uma aula para alunos de história da UFPR, gerou discussões acerca da prática ou não do crime de racismo, art. 20 da Lei 7.716/1989. O *game* exibia o trabalho no engenho do século XVII e permitia que escravos fossem açoitados (*Procedimento Investigatório do MPPR – Peças de Informação n. 0029644-06.2015.8.16.003*).⁴

Esses casos parecem suficientes para que, além das discussões tradicionais sobre os limites à liberdade de expressão, outros aspectos tipicamente penais – ação, bem jurídico-penal e função da pena criminal – sejam enfrentados no tratamento dos delitos constituídos por discursos de ódio.

1 A PREVALÊNCIA DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

Como dito antes, a jurisprudência nos Estados Unidos firmou-se no sentido da prevalência do direito de liberdade de expressão sobre os demais direitos constitucionais. Nessa linha, o maior peso dado à liberdade de expressão permite não apenas afastar qualquer tentativa de criminalização de discursos de ódio, mas também considerar válidas leis que vulneram direitos de privacidade: por exemplo, a jurisprudência da Suprema Corte decidiu que somente excepcionalmente autoridades públicas atingidas nas suas reputações por afirmações falsas podem obter indenizações (*New York Times vs. Sullivan*), que a imprensa tem o direito de divulgar o nome de vítimas de estupro (*Landmark*

⁴ O caso penal foi arquivado na Sexta Vara Criminal de Curitiba porque, segundo o Promotor de Justiça, “a conduta não se constitui em fato típico e, conseqüentemente, em fato punível, à luz da legislação penal, já que não estão presentes todos os seus elementos, pois o crime de racismo exige que a *intenção do agente (vontade direcionada a um fim)* seja de *praticar, induzir ou incitar o preconceito e/ou a discriminação de forma abrangente*”.

Communications Inc. vs. Virginia) e também pode publicar o conteúdo de conversas telefônicas de particulares gravadas ilicitamente (*Bartinicki vs. Vopper*).

Em tema de manifestações expressas de intolerância e ódio, embora o primeiro caso discutido na Suprema Corte mantivesse a condenação criminal de um indivíduo que distribuía panfletos racistas (*Beauharnais vs. People of the State of Illinois*), os julgamentos posteriores assentaram-se na permissibilidade de ideias racistas em virtude da liberdade de expressão (*Brandenburg vs. Ohio*, *Skokie vs. Nationalist Party of America*, *Snyder vs. Phelps et al* e *Collin vs. Smith*).

Assim, a Suprema Corte americana parte do dever de neutralidade do Estado em relação aos diversos pontos de vistas existentes na sociedade, que permitiria manifestações racistas, salvo nos casos de *fighting words*, isto é, de manifestações que possam provocar imediata reação violenta da audiência, porque aí se trataria de garantia da ordem e paz públicas (*Chaplinsky vs. New Hampshire*). Essa forma de virulenta intimidação de pessoa ou grupo era o que teria ocorrido nos casos de queima de cruzes (*R.A.V. vs. City of St. Paul* e *Virginia vs. Black et al*).

2 AS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DECORRÊNCIA DAS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE

Os que advogam pelo estabelecimento de limitações à liberdade de expressão recorrem às dimensões de idoneidade (*Erforderlichkeit*), necessidade (*Geeignetheit*) e exigibilidade (*Zumutbarkeit*) que regem, como critérios, o princípio de proporcionalidade. Assim é porque o princípio de proporcionalidade encontra fundamentação na própria ideia de Estado constitucional e, essencialmente, na ideia de direitos fundamentais.⁵

Estes direitos fundamentais, contudo, podem ser limitados nos casos de adequação e necessidade de proteção de outros direitos fundamentais, sempre que exista uma proporcionalidade em sentido estrito: ponderar bens jurídicos no marco da Constituição a partir de graus de intensidade de ataque, porque nem toda limitação idônea e necessária é aceitável dentro do Estado de Direito. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade cumpriria funções como princípio valorativo, como princípio ponderativo e, por último, como princípio de justiça.⁶

⁵ SCHWABE, J. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Trad. de Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. México, DF: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

⁶ GONZALES-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 225-227.

Esse foi o fundamento utilizado, por exemplo, pela Suprema Corte canadense no caso *Regina vs. Kegstra*, quando optou por manter a condenação de um professor que defendia doutrinas antissemitas. A metodologia consistia exatamente em analisar a idoneidade, necessidade e ponderação de interesses (o cotejamento entre a liberdade de expressão e os efeitos negativos dela na vida das vítimas e da sociedade).⁷

Algo não muito diferente fez o Ministro Gilmar Mendes, no citado caso *Ellwanger*, quando destacou que a condenação era constitucional porque adequada para salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reina a tolerância, necessária em razão da inexistência de outro meio menos gravoso para atingimento do mesmo objetivo e proporcional em sentido estrito em virtude de que buscava a “preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista”, em que o valor da “dignidade humana” compensava o “ônus imposto à liberdade de expressão”. Ademais, ser indiferente às manifestações de ódio, intolerância e desprezo de minorias violaria também o princípio da proporcionalidade no componente da proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*).⁸

3 AS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DECORRÊNCIA DA NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Outra busca de limitações à liberdade de expressão é obtida pela ponderação de interesses entre o direito de liberdade de expressão e os direitos de igualdade e dignidade. Assim fez, por exemplo, o STF no julgamento do caso *Ellwanger*, quando afirmou que a liberdade de expressão não conflitava com uma condenação pela prática do racismo, baseada na divulgação de escritos de ódio. Lá se lê, nos itens 13 e 14 da Ementa do Acórdão, o seguinte:

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser

⁷ Confira-se SARMIENTO, D. **Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**, disponível em <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>.

⁸ Se bem que essa proibição de *Untermaßverbot*, que aparece no debate da sentença do *BVerfG* sobre o aborto, é algo bastante controverso: transforma um princípio protetor de liberdade em um princípio de proteção do poder de punir. Crítico, neste sentido, é STAECHELIN, G. *Lässt sich das „Untermaßverbot“ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren*. In: WOLFGANG, N. **Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts**, 1995, p. 267.

exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Como se vê, portanto, o STF dirimiu a colisão de princípios em sede de interpretação constitucional dando primazia aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, isto é, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete esses dois princípios pilares do sistema democrático. Esses “sobrepontos” seriam o núcleo fundamental intocável do Direito, “o coração do Direito”.⁹

O argumento de que não existem direitos absolutos são recorrentes na jurisprudência constitucional brasileira para solucionar a aparente colisão de princípios constitucionais. Uma hierarquia axiológica de um suposto sobredireito – como o princípio de dignidade, por exemplo – não só permitiria traçar limites ao direito de liberdade de expressão, como também legitimaria intervenções penais pontuais, seja com tipos específicos voltados ao combate de racismo, homofobia, xenofobia etc., seja por meio dos já conhecidos delitos contra a honra.

Seja como for, do ponto de vista do direito penal – pouco discutido entre constitucionalistas – a criminalização de manifestações de ódio gera sérios problemas político-criminais (referentes às funções da pena) e dogmáticos (nas categorias da ação e do bem jurídico-penal protegido).

Como se verá, além disso existem importantes problemas relacionados com a incorporação de manifestações de ódio *no* próprio direito penal autoritário (tolerância zero e direito penal do inimigo, por exemplo) e manifestações de ódio *contra* o direito penal liberal. Embora estas duas dimensões não constituam o que se tem tradicionalmente chamado de *hate speech*, também são expressões de ódio relevantes (encravadas no seio do direito penal autoritário ou direcionadas à destruição do direito penal liberal).

4 DELITOS DE PALAVRAS E O PROBLEMA DO CONCEITO DE AÇÃO NO DIREITO PENAL

Muito embora exista consenso de que o elemento-limite da teoria da ação impede a punição de atos internos, pensamentos ou intenções não externalizadas, determinado

⁹ LAFER, C. **Direitos humanos**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240.

enunciado linguístico continua sendo algo relevante para o direito penal. Assim, por exemplo, quem profere palavras ou as materializa em símbolos linguísticos compreensíveis, dependendo das circunstâncias concretas em que as faz, mesmo que não cause naturalisticamente nada, realiza uma ação relevante para o direito penal. Essa relevância se apresenta em ações de injúrias, difamações, calúnias, ameaças, falso testemunho, incitação a discriminação ou preconceito, apologia ou participação por instigação em delitos dolosos.

Algumas dificuldades de adaptar o conceito natural de ação aos delitos de palavras foram enfrentadas pelos defensores do causalismo. Para eles, a ação era um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo exterior. O sistema Liszt-Beling, de estruturação jurídica do delito, fundamentava o conceito natural de ação assim: a ação era voluntariamente neutra e identificada como um *movimento corpóreo voluntário, que produzia uma modificação no mundo exterior*. O conceito de ação englobava a vontade, a expressão externa dessa vontade através de um movimento corpóreo (inclusive, na omissão, seria o conjunto de atividades neuromusculares que o indivíduo desenvolveria para evitar a prática do ato) e o resultado. A vontade era apenas aquela indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica, um mero impulso que deslocava a inércia do comportamento, em dois aspectos: um causal-objetivo caracterizado pelo impulso, como movimento corpóreo; outro causal-negativo retratado no juízo acerca da inexistência da coação (sem coação há arbítrio e, portanto, voluntariedade).

Além das críticas que esse modelo naturalista de ação recebia nos delitos de omissão – porque a omissão não causava nada – o conceito enfraquecia-se nos delitos de injurias verbais, tanto que Von Liszt afirmava que no insulto verbal o que existia era uma “provocação de vibrações no ar e processos fisiológicos no sistema nervoso do agredido”¹⁰, o que fez com que Radbruch ironizasse que o conceito de ação injuriosa era “uma série de movimentos da laringe, que geram ondas sonoras, estímulos auditivos e sucessos cerebrais”, sem análise do essencial: o sentido linguístico e o significado social da injúria”.¹¹

Isso permitiu que os neokantianos superassem esses problemas a partir de postulados filosóficos do neokantismo referidos a valores. A insuficiência do conceito natural era visível no delito de injúria, porque o sentido da manifestação de desprezo não poderia depender de condições fisiológicas. Por isso, o neokantismo propôs substituir o conceito

¹⁰ VON LISZT, F. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Berlin; Leipzig, 1884, p. 107.

¹¹ RADBRUCH, G. Zur Systematik der Verbrechenslehre. In: HEGLER, A. (Hrsg.). **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70**. Geburtstag. Band 1. Tübingen: Mohr, 1930, p. 161.

de ação como “comportamento que por vontade humana causa uma modificação no mundo exterior” por “comportamento voluntário”.¹²

O sistema finalista definiu ação como expressão de vontade, que dirigia o acontecimento, com vistas a um fim real ou possível. Essa finalidade estaria presente tanto nos delitos dolosos, como nos imprudentes (finalidade lícita ou ilícita) ou omissivos (finalidade possível, potencial ou ordenada). Para Welzel, a “ação era um exercício de atividade final”.¹³ A estrutura ontológica da ação era o ponto central do sistema de direito penal, já que a finalidade da ação poderia prever as possíveis consequências e objetivos e dirigir planificadamente a atuação.

Com o fim da polêmica entre causalismo e finalismo, especialmente diante da introdução de valores político-criminais na teoria do delito, essa discussão perdeu bastante importância. Isso não quer dizer, contudo, que o conceito de ação não tenha mais relevância.

A reelaboração do conceito de ação – que permite resolver os casos de omissão, imprudência e também os delitos por palavras – parte do contexto comunicacional da norma: só existe ação quando se estabelece um agir comunicativo. A determinação do tipo de ação não se faz mais por parâmetros psicofísicos, mas em termos de regras, em termos normativos. A ação, portanto, “não como substrato da conduta suscetível de receber um sentido, mas sim como sentido que, conforme um sistema de normas, pode-se atribuir a determinados comportamentos humanos. Se opera assim um *giro copernicano* na teoria da ação: já não é o substrato de um sentido, mas sim, ao contrário, o *sentido de um substrato*”.¹⁴ Ações são interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Os fatos acontecem, as ações têm sentido (significam). Os fatos podem ser descritos, as ações devem ser entendidas; os fatos se explicam mediante leis físicas, as ações se interpretam mediante regras gramaticais. Portanto, a determinação da ação se faz num contexto intersubjetivo que é o que dá o *sentido comunicativo do significado*.

Nessa linha de raciocínio, “para que se possa falar de ação, é preciso que os sujeitos tenham a capacidade de formas e expressar intenções; mas as ações que realizam não dependem das intenções que pretendem expressar, mas sim do significado que socialmente se atribua ao que fazem”.

¹² MEZGER, E. **Tratado de Derecho penal**. 2. ed. alemana (1933). Tomos I e II. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

¹³ WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez Santiago del Chile: Jurídica de Chile, 1997.

¹⁴ VIVES ANTÓN, T. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 205.

Tavares tem defendido uma reelaboração do conceito de ação, para reabilitá-lo num contexto de comunicação da norma. Para ele, se o autor não está inserido no contexto de comunicação da norma, não poderá atuar, porque não poderá cumprir o que ela determina. Como a norma não contém apenas comandos e proibições, mas também deveres de reintegração social, essa reformulação, que mantém os clássicos casos de exclusão da ação, pode assim servir de contenção do poder arbitrário e dessocializador do sistema penal.¹⁵

Enfim, é nesse contexto que se deve analisar, em um primeiro momento, se delitos cometidos por palavras constituem uma ação relevante do ponto de vista do direito penal, isto é, a partir do poder comunicativo da norma. Após isso, então, há que se indagar se essa ação instaura um conflito real com o ordenamento jurídico na sua totalidade.

5 DELITOS DE PALAVRAS E O PROBLEMA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Em geral, os delitos cometidos por meio de palavras são tratados como delitos contra a honra (ações de injúrias, difamações e calúnias), mas podem constituir também tipos penais de ameaças, falso testemunho, incitação a discriminação ou preconceito, apologia ou participação por instigação em delitos dolosos. Os bens jurídicos ofendidos, em qualquer caso, divergem, mesmo que se reconheça que em todas estas situações retratam-se delitos cometidos por palavras.

Os delitos contra a honra partem da honra como dignidade pessoal (no sentido de condição de existência do indivíduo e, portanto, da própria ordem jurídica) e como função social destinada à pessoa. Como ensina Tavares, “desse binômio dignidade/função social é que será possível alcançar o conteúdo do conceito de honra, desvinculando-o tanto de seus aspectos empírico-objetivos de constatação, quanto de sentimentos pessoais e emocionais”.¹⁶

A dignidade aqui é composta tanto pela fórmula kantiana que impede que o ser humano seja instrumentalizado (tratado como objeto), quanto pelo “reconhecimento na pessoa da capacidade de orientar-se valorativamente e a desenvolver sua própria personalidade”.¹⁷

Portanto, a dignidade pode ser violada quando se projetam juízos de menosprezo pessoal e reprovação social, que se refiram, exclusivamente, a atos ou a condições

¹⁵ TAVARES, J. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático. In: ZILIO, J. L.; BOZZA, F. da S. (Org.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**. Curitiba: LedZe, 2012, p. 867-886.

¹⁶ Id. Anotações aos crimes contra a honra. **RBCCrim**: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 94, jan./fev. 2012, p. 89-132.

¹⁷ Ibid., p. 92.

particulares, ou próprios de sua personalidade ou orientação de conduta.¹⁸ De qualquer modo, o que se apresenta como fundamental é determinar, com exatidão, os limites e a extensão das normas permissivas da ação, que configuram o exercício do direito à liberdade de expressão. Assim, *sempre que as ofensas estiverem baseadas, além da liberdade de expressão, em outros direitos fundamentais de igual hierarquia, como o direito de liberdade religiosa, não se pode entender como presente qualquer lesão ao bem jurídico tutelado*. Por óbvio, não configuram os delitos de injúria ou difamação as manifestações da crítica literária, artística ou científica (art. 141, II, do CP), ainda que duras ou desagradáveis. A intenção de narrar algum acontecimento sequer entra nessa norma permissiva, já que nem tipicidade penal possui por força da ausência de dolo. As situações mais complicadas acontecem nos casos de incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A razão da punição aí escapa o âmbito individual dos delitos contra a honra e se localiza na *necessidade de evitar os efeitos perversos que o discurso de ódio tem na configuração de uma sociedade democrática e na dignidade dos indivíduos que integram as coletividades vítimas*. O traço definidor dos delitos de discurso de ódio está, portanto, na capacidade de atentar contra a dignidade humana, não apenas no sentido kantiano mencionado, mas também na reputação básica que permite ser tratado como igual no interior da sociedade.¹⁹

Do ponto de vista do bem jurídico defendido, o objeto da proteção legal é a dignidade humana e não o sentimento das vítimas. Como afirmou Jeremy Waldron, “proteger as pessoas de serem ofendidas equivale a protegê-las de certa classe de efeitos nos seus sentimentos, mas isso é distinto do fato de se proteger sua dignidade e assegurar um tratamento descente na sociedade”.²⁰

Não se pode, portanto, nesse ponto, cair nos erros dos finalistas que identificavam o bem jurídico como um valor vital à comunidade ou ao indivíduo, como um estado social desejável.²¹ Embora Welzel mencione a proteção de bens jurídicos como a missão do direito penal, isso aparece apenas de forma secundária, já que o principal para ele é a proteção de valores elementares da consciência, de caráter ético-social. Para Welzel, o conteúdo material das proposições jurídico-penais não é a mera proteção de bens jurídicos, mas sim a manutenção dos valores da atitude correta, ou seja, função de formação ética.²² A lógica é a seguinte: como toda a sua teoria tem como ponto central o valor ético-social

¹⁸ Ibid., p. 93.

¹⁹ WALDRON, J. **The harm in hate speech**. London: Harvard University Press, 2012, p. 5.

²⁰ Ibid., p. 104.

²¹ WELZEL, H. Op. cit., p. 5.

²² Ibid., p. 6-7.

da ação, o fato punível aparece como mera violação da norma, que representa os valores éticos da sociedade, razão pela qual, na definição do crime, o destaque deve ser colocado no desvalor da ação. O bem jurídico lesionado era consequência, que aparecia como desvalor do resultado da ação ilícita. Essa forma de ver o bem jurídico, contudo, no Estado de Direito, é inadmissível e não pode servir de fundamento para a criminalização do chamado discurso de ódio.

A noção de bem jurídico é fundamento de legitimação do direito penal e parte dos limites próprios do Estado Democrático de Direito, que não encontra nas suas atribuições a realização de fins divinos, nem a correção de cidadãos tomados como imaturos espiritualmente. As normas penais, nesse modelo de Estado, buscam assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito aos direitos humanos. Os bens jurídicos são todos os objetos que são legitimamente protegidos por normas nessas condições. Não são substratos de sentido de natureza ideal, mas entidades reais. Daí o motivo pelo qual Roxin exclui os valores morais, aqueles que não são apreensíveis pelos sentidos, tais como “bem comum”, “ordem ética”, “saúde pública” etc., é dizer, todos os dados que não são “pressupostos imprescindíveis a vida social”.²³ A ideia fundamental é proteger bens jurídicos concretos e não crenças políticas ou morais, doutrinas religiosas, ideologias sobre o mundo ou meros sentimentos. Bens jurídicos são dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos indivíduos ou para o funcionamento do sistema estatal, erigidos para consecução de tal fim.²⁴ Isso é o que permite reconhecer que não protegem bens jurídicos: 1) normas motivadas por ideologia ou que atentem com os direitos humanos e fundamentais; 2) normas que delimitam simplesmente uma finalidade, porque o que importa é o prejuízo da coexistência livre e pacífica; 3) mera ilicitude moral; 4) lesão da própria dignidade; 5) sentimentos; 6) autolesões; 7) normas simbólicas (negação do holocausto, por exemplo); 8) tabus jurídicos (incesto); 9) objetos de abstração inapreensíveis (paz pública, saúde pública etc.).²⁵

Afigura-se aqui importante notar que normas jurídicas simbólicas, que punem a mera negação de fatos históricos, tais como holocausto e outros genocídios, não protegem

²³ ROXIN, C. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 31-53.

²⁴ Id. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, R. (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: M. Pons, 2007, p. 448.

²⁵ ROXIN, C.; LEITE, A. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 101, n. 922, p. 291.

bens jurídicos penais, nem configuram o que se convém chamar de discurso de ódio, isto é, aquele que *supõe uma incitação direta à violência contra determinadas raças ou crenças*, tal como prevê, por exemplo, a Recomendação 97 do Conselho da Europa no que se refere ao ódio racial, xenofobia, antissemitismo e outras formas de intolerância (SSTEDH *Gündüz c. Turquia* de 4 de dezembro de 2003, § 41; *Erbakan c. Turquia*, de 6 de julho de 2006).

Nesse contexto, não se pode caracterizar como discurso de ódio – que tipifica crimes de racismo, preconceito, apologia etc. – as negativas de fatos históricos nem contribuições racionais para o debate de ideias, ainda que desfavoráveis às minorias. Tampouco se pode falar de delito nos excessos comunicativos dos integrantes dessas minorias oprimidas. Ainda que portadores de intolerância ou preconceito, os discursos das minorias não portam idoneidade para ofender o bem jurídico em questão. Também os discursos assim feitos em âmbitos privados, por pessoas sem poder de difusão, sem presença de crianças ou adolescentes, não se revestem de aptidão para ofender a dignidade humana e o princípio democrático em questão. São imprescindíveis, portanto, alguns requisitos como: 1. Abuso de direito oriundo da posição de poder hegemônico do falante; 2. Espaço amplo de difusão de ideias aptas ao enfraquecimento ou destruição de grupos historicamente vitimizados; 3. Existência de um “sobredireito” não igualado pela somatória de outros direitos fundamentais (por exemplo, quando o direito de liberdade de expressão vem alimentado pelo direito de liberdade religiosa, não se pode dizer que exista um sobredireito que os anulem completamente); 4. Aproveitamento da fragilidade da audiência para disseminação das ideias de ódio.

Por essa razão, a apologia de fatos fora destas circunstâncias concretas, é, sim, legítima. Como disse Roxin, “a liberdade de manifestação de opiniões abrange também o oferecimento de opiniões equivocadas. Caso esses casos revelem-se historicamente discutíveis, a questão deve ser resolvida pelas ciências históricas e não pelo direito penal.”²⁶

Enfim, do ponto de vista do bem jurídico, é preciso excluir da noção de manifestações de ódio as abstrações, os sentimentos, os excessos comunicativos e as narrativas que não configuram qualquer ataque “possibilidade de viver em sociedade confiando no respeito à esfera de liberdade particular pelos demais”.²⁷ Em outras palavras, que não lesionem bens jurídicos como “interesses humanos necessitados de proteção”. Só esses interesses são referidos a indivíduos. Os bens jurídicos supraindividuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais. Devem, portanto, ser funcionalizados partindo da pessoa.

²⁶ ROXIN, C.; LEITE, A. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislado em xeque**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 922, p. 291.

²⁷ MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

6 A IDONEIDADE DO DIREITO PENAL PARA FREAR O DISCURSO DE ÓDIO

A legitimidade do direito penal está estruturada na racionalidade do atuar do sistema penal. Legítimo é apenas o exercício de poder planejado racionalmente quando existe coerência interna e um grau de verdade na operacionalidade (os fins declarados deve ser coincidentes).

Zaffaroni apontou como características da legitimidade a existência de “*coherencia interna del discurso jurídico-penal*” e “*valor de verdad en cuanto a la operatividad social*”.²⁸ A coerência interna do discurso jurídico penal não se dá apenas com a ausência de contradição ou lógica, mas precisamente pela fundamentação antropológica: se o Direito serve ao homem, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor uma antropología filosófica básica.²⁹

De fato, a presença do ser humano no centro do Direito é uma premissa básica fundamental para legitimar o exercício do poder do sistema penal. Além disso, a legitimidade do poder do sistema penal depende do grau de verdade operacional: o discurso que busca fins impossíveis ou abstratos não possui contato com a realidade do ser. O direito penal é um eterno “dever ser”, não há dúvidas, mas esse “dever ser” encontra na realidade do ser a matéria necessária para construção de uma teoria do delito realista. Portanto, a verdade operacional consiste na simetria entre fato e norma, entre realidade e idealismo.

A legitimidade do saber exige, então, que o direito penal seja meio adequado para cumprir os fins propostos (a defesa de bens jurídicos mais importantes da sociedade). Daí que o saber deve ser capaz de influenciar a realidade. Por exemplo, se o direito penal quer proteger minorias contra discursos excludentes, sua legitimação existirá sempre que consiga reduzir os efeitos indesejados. Mas se a intervenção penal potencializa conflitos, então é evidente que se trata de um meio inadequado para tal fim e está, portanto, deslegitimado.

É equívoco confundir, nessa linha, os vocábulos legitimidade com legalidade. A legitimidade depende do grau de coerência interna do discurso e a adequação para obtenção de fins propostos. Ao contrário, a legalidade exige apenas que o discurso penal obedeça o processo de produção de normas jurídicas, como determina o Estado de Direito. Mas o cumprimento de exigências formais do princípio de legalidade não implica necessariamente na afirmação da legitimidade. O exemplo da criminalização das drogas é claro: a política de guerra às drogas cumpre a legalidade penal, mas é deslegitimada pela

²⁸ ZAFFARONI, E. R. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 20.

²⁹ *Ibid.*, p. 21.

realidade dos fatos. Logo, por ser medida inadequada para alcançar a proteção da saúde pública, é meramente simbólica.

Em tema de criminalização de manifestação de ódio, o fundamento está na crença de necessidade de reforço da validade da norma protetiva da dignidade humana e a própria sociedade democrática e livre. O livre discurso de ódio, além de destruir a dignidade das vítimas, também comprometeria a existência da própria sociedade democrática e livre. A proibição, portanto, seria o paradoxo da própria existência da sociedade democrática.

O problema maior dessa ideia de prevenção geral é retirar o ser humano do centro do Direito.³⁰ Se o Estado parece mais interessado no desempenho de papéis simbólicos (transmitir imagens) do que reais (solucionar problemas), é compreensível que se dê preferência ao uso do direito penal como proteção do que BARATTA chamou de “complexos funcionais” e não de bens jurídicos individuais.³¹ O risco disso é legitimar o poder político pela existência de uma simples mensagem geradora da sensação de que algo se está a fazer, além de, na realidade, manter um direito penal seletivo e desigual, inclusive na caracterização do que se tem como discurso de ódio, contra as próprias classes marginalizadas do sistema de capital.

A utilidade da pena é questionada também por Baker e Zhao para controle do *hate speech*, sobretudo pelos efeitos prejudiciais e pela teoria abstrata e genérica de dano. Para eles, então, deveria existir um respeito maior à proporcionalidade na equivalência entre o dano causado pela prisão e o nível de dano sofrido pela vítima, na proporção da contaminação ao acumulado pelo coletivo afetado.³²

Enfim, até pode ser que a prevenção geral nesse ponto cumpra alguma função positiva e legitimada, mas isso vai depender do cumprimento do princípio de intervenção mínima e da possibilidade de uma “avaliação precisa, baseada no conhecimento empírico assegurado”.³³ Só isso pode evitar o que Ferrajoli chamou de sistema de controle social-disciplinar (*sociale-disciplinare*), típico de comunidade primitiva de forte sentimento ético e ideológico, como expressão de uma polícia social moralizante.³⁴

³⁰ NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSSEN, K. **Principales problemas de la prevención general**. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2004.

³¹ BARATTA, A. **Criminología y Sistema Penal**. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2006, p. 303.

³² BAKER J., D.; ZHAO X., L. The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's theory. **New Criminal Law Review**, v. 16, n. 4, Oct. 2013, p. 625.

³³ NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSSEN, K. Op. cit., p. 82.

³⁴ FERRAJOLI, L. Il diritto penale minimo. **Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Napoli, v. 3, n. 3, Set./Dic. 1985.

7 A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO PELO DIREITO PENAL AUTORITÁRIO

O ódio que emana de determinadas sociedades pode ser derivado, em muitos casos, de problemas políticos de fundo relacionados aos conflitos de classes, especialmente em sociedades capitalistas.

Nesse contexto, o direito penal pode tentar estabelecer limitações concretas, em regra por meio de um direito penal de conteúdo preventivo. Mas se abre a possibilidade, também, do direito penal incorporar o próprio discurso intolerante, reproduzido pelos meios de comunicação, para configurar então um direito penal moralizante e um direito penal de luta.

O discurso de ódio incorporado ao direito penal não é novo, mas hoje se chama direito penal do inimigo. Na criminologia, Garland chamou isso de “criminologia do outro”: o delinquente é uma pessoa perigosa, vinculada a grupos raciais e sociais “distintos” da maior “normal”. Trata-se de um “discurso politizado do inconsciente”, fundado em imagens e medos que orientam a política criminal de eliminação de inimigos.³⁵

Exner, por exemplo, afirmava que os *delinquentes de estado perigoso* eram “inimigos da sociedade” e que os *delinquentes de estado gravoso* eram indesejáveis porque tinham uma vida inútil e parasitária.³⁶ Mezger então sugeria: “o restabelecimento da *responsabilidade do indivíduo* frente à comunidade do povo e a *eliminação de partes integrantes nocivas ao povo e a raça*”.³⁷

No direito penal, a proposta político-criminal de Jakobs abre espaço para a incorporação do discurso de ódio. Segundo ele, o direito penal em geral é um sistema que se esgota na manutenção de normas, sem qualquer outra finalidade ou referência vinculante da natureza. Isto é, o direito penal é um sistema autopoietico que existe e está a serviço de si mesmo. O que faz o direito penal é apenas confirmar a identidade social.³⁸ O delito é uma recusa da norma devida pela frustração de expectativas. A capacidade de dano social do delito não aparece na natureza, não é ontológico, porque é somente

³⁵ GARLAND, D. The limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. **British Journal of Criminology**, v. 36, n. 4, Oct. 1996. p. 445-471.

³⁶ EXNER, F. **Biología criminal en sus rasgos fundamentales**. Barcelona: Bosch, 1957, p. 346.

³⁷ Ibid., p. 284.

³⁸ JAKOBS, G. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 2000, p. 18.

negação da validade da norma. “O fato é a negação da estrutura da sociedade, a pena é a marginalização dessa negação, isto é, é a confirmação da estrutura.”³⁹

Nesta quadratura, a norma necessita de um *asseguramento cognitivo* e, por isso, quem quer ser tratado como pessoa deverá garantir o *mínimo cognitivo de segurança* do comportamento pessoal. Se uma pessoa, de forma presumidamente duradoura, abandonou o Direito, o Estado a trata como verdadeiro *inimigo perigoso*, justificando um amplo adiamento de punibilidade, um endurecimento das penas e uma supressão de garantias processuais. Portanto, o direito penal se preocupa com a função protetora da vigência da norma, para efetivamente *reforçar a vigência da norma* (pela pena) e, assim, também *neutralizar e eliminar* inimigos (pela guerra).

Nessa lógica, o direito penal tem dois pólos de regulações: de um lado, um direito penal para controlar a criminalidade “normal”, imposto pela “racionalidade” das situações de *necessidade de reforçar a vigência da norma* através da *pena criminal (prevenção geral positiva)*, nos casos de violação por parte do cidadão; de outro lado, um direito penal para controlar a criminalidade “anormal”, imposto pela (ir)“racionalidade” das situações de *necessidade de combater perigos* através da *coação física ou medida de segurança (prevenção geral negativa)*, no caso de violação da norma por *não* pessoas.

Isso tudo permite concluir que, para os defensores desse direito penal autoritário, os delinquentes são pessoas com “defeitos mais passageiros”, que no final das contas não perturbam a auto-organização do poder estabelecido, enquanto que o inimigo não é apenas um adversário desse poder, “mas deve ser entendido como um adversário da sociedade constituída por um regime de liberdades”.⁴⁰ Em outras palavras, inimigo é quem “de forma presumidamente duradoura abandonou o Direito e, portanto, não dá garantias do mínimo cognitivo do comportamento pessoal e demonstra, assim, este défice por meio do seu comportamento.”⁴¹

Como se pode perceber, um direito penal assim posto – que trata o indivíduo como simples fonte de perigo – permite alojar e naturalizar o discurso de ódio, para alcançar objetivos de eliminação por neutralização seletiva. No fundo, é certo, o ódio é da mesma espécie, o fim é igual e apenas os meios são diferentes.

³⁹ JAKOBS, G. **La pena estatal**: significado y finalidad. Madrid: Civitas, 2006, p. 34.

⁴⁰ Id. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; JAKOBS, G. (Coord.). **Teoría funcional da pena y de la culpabilidad**. Madrid: Civitas, 2008, p. 42.

⁴¹ Id. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In: MUÑOZ CONDE, F. (Coord.). **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 59. Também em: Id. **Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004, p. 43-44.

8 O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA O DIREITO PENAL LIBERAL

O ódio contra o direito penal liberal encontra na filosofia política de Schmitt o ponto de apoio. “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, disse ele, na abertura do desenvolvimento da teoria política que marca o significado autônomo da decisão.⁴² O soberano “decide se existe o caso de exceção extrema e também o que se tem que fazer para solucioná-lo. Localiza-se fora da ordem jurídica formal e forma parte dela, porque lhe corresponde a decisão de se a Constituição pode se suspender *in toto*.”⁴³

A ideia era de que o ordenamento jurídico não poderia regulamentar o conteúdo da necessidade extrema, o que daria causa à declaração de estado de exceção. O estatuto normativo e o Estado de Direito podem instaurar um controle da decisão a *posteriori*, mas não podem regulamentar o conteúdo das faculdades excepcionais. Antes disso, a decisão de regulamentação do conteúdo outorga-se ao soberano, que é a fonte jurídica, definitiva, que *realiza politicamente* o Direito, sem responsabilidade ou controle. Significa, portanto, reconhecer que existem situações de extrema necessidade e perigos para o Estado que não podem ser decididas a *priori* pelo Direito, mas apenas por *decisão política de autêntica jurisdição*. Porque o Direito – como sistema ordenado – está estruturado não somente por normas, mas principalmente por decisões que essencialmente são expressões de sabedoria, isto é, expressões de poder do soberano de decidir o conflito em torno do Direito. Trata-se, portanto, de legislador extraordinário *ratione necessitatis*, porque as “ficções e nebulosidades normativas” somente valem para situações normais e “a normalidade da situação que prespõem é um elemento básico de seu ‘valer’”.⁴⁴

Nessa lógica, a ordem legal funda-se em uma decisão e não em uma norma. Toda ordem, inclusive no estado de exceção – que não é uma ordem jurídica mas tampouco é uma anarquia ou caos – repousa na decisão e não em uma norma. Logo, *mais importante que a validade do sistema jurídico é sua eficácia em uma situação concreta*. Por isso, no “estado de exceção”, no qual há uma situação anormal (*extremus necessitatis casus*), não há norma para se aplicar, mas sim uma decisão do soberano que “se libera de toda atadura normativa e se converte em este sentido em absoluta.”

Assim, pois, é a decisão do soberano que cria a ordem jurídica. O soberano é a “autêntica jurisdição” e “o juiz soberano do povo”, imune ao controle a *posteriori*, já que o

⁴² SCHMITT, C. Teología política. In: ORESTES AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

⁴³ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁴ *Id.* Legalidad y legitimidad. In: ORESTES AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 313.

ato está fundamentado no “princípio da primazia da direção política.”⁴⁵ Daí a tese central de que o conceito de soberania – o soberano é quem decide o estado de exceção – é um conceito-limite de conteúdo político.

Um exemplo esclarecedor é o art. 48 da Constituição da República de Weimar, que definia o Presidente como autoridade soberana para “tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública”, inclusive suspendendo total ou parcialmente os direitos fundamentais. Nesse estado de exceção foram os últimos anos da República de Weimar, antes da tomada de poder pelo partido nazista, em 1933.

A partir daí, então, Schmitt começa a escrever sobre a legalidade dos atos praticados pelo *Führer* e fundamentados no “princípio da primazia da direção política”, pois ele tinha o direito de atuar como “juiz supremo do povo” e guardião da Constituição, determinando o conteúdo e a extensão. Desse modo, após criticar o liberalismo e o parlamentarismo, Schmitt promoveu racionalmente uma quebra do princípio da separação de poderes, para criar uma justificação legal para o nascimento do novo estado totalitário, baseado no povo e na raça.

Tanto é assim que, dias depois do discurso de Hitler sobre a noite de 30 de junho de 1934, conhecida como *Die Nacht der langen Messer*, em que, por sua própria ordem, foram assassinados e presos os principais dirigentes das *Sturmabteilung* (SA), o corpo paramilitar do partido nazista criado em 1921, Schmitt publica um artigo – *O “Führer” defende o Direito: o discurso de Hitler ao Reichstag de 13 de julho de 1934* – no qual defende os assassinatos e as ações de Hitler, não as justificando como medidas próprias do estado de exceção, mas como autêntica jurisdição, sem controle jurisdicional.⁴⁶

De novo Schmitt ataca fortemente a antiga “postura individualista liberal” do sistema de Weimar, qualificado por ele como “cegueira do pensamento jurídico liberal”, em uma época “época enferma e decrépita”, inclusive no direito penal, porque a “*magna carta*” do delinquente de Franz Von Liszt significou deixar o Estado e o Povo “atados sem remédio por uma legalidade supostamente desprovida de resquícios.”⁴⁷

Impende recordar, ademais, que já em 1927 Schmitt definia a essência do político como o enfrentamento entre amigo-inimigo: “a distinção política específica, aquela que

⁴⁵ SCHMITT, C. El “Führer” defiende el derecho: el discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Y.-C. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007, p. 89.

⁴⁶ MORESO, J. J. Poder y derecho. In: GARCIA SEGURA, C.; RODRIGO HERNÁNDEZ, Á. J. **La seguridad comprometida: nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados**. Madrid: Tecnos, 2008, p. 162.

⁴⁷ SCHMITT, C. El “Führer” defiende el derecho. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Y.-C. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007, p. 89.

pode reconduzir-se todas as ações e motivos políticos, é a distinção de *amigo e inimigo*.⁴⁸ A oposição amigo-inimigo é o conteúdo do político que oferece uma definição conceitual e um critério que permite referir as ações e os motivos políticos.

O significado da distinção de amigo e inimigo é o de indicar o grau extremo de intensidade da união ou separação, da associação ou dissolução. Ela pode subsistir teórica e praticamente sem que, ao mesmo tempo, devam ser empregadas todas as demais distinções morais, estéticas, econômicas ou de outro tipo.⁴⁹

Nessa concepção, o inimigo não é alguém moralmente mau, nem esteticamente feio, mas é simplesmente o outro, o hostil e público, isto é, um conjunto de homens que se opõe ao conjunto análogo, por sua existência distinta e estranha num sentido particularmente intensivo. O inimigo é aquele que ameaça a vida e frente a essa ameaça não há neutralidade.

Por conseguinte, se se considera que o fenômeno deriva da inimizade potencial e do conflito, então, a guerra representa a expressão da atividade humana e a negação mais radical dos valores essenciais do mundo burguês: segurança, utilidade e racionalidade. Afinal, toda antítese é uma antítese política, cujo fim “natural” é sempre a guerra, seja externa seja interna. Somente pela guerra – que possui um sentido político e de decisão – se pode desprender os valores que criou uma civilização vazia e opressiva, despolitizada e neutra.

Tudo isso permite extrair uma clara aversão aos valores de *neutralidade* e *despolitização* de vida nua, figuras representativas da democracia liberal. Nessa linha, mais vale uma *decisão* de defesa da ditadura política do que uma indecisão liberal e anarquista.⁵⁰

Enfim, trata-se de uma teoria política fundamentada no decisionismo do poder soberano e, portanto, absolutamente contrária ao liberalismo e ao parlamentarismo, isto é, contrária ao conceito de democracia liberal individualista. Uma doutrina belicista, cravada no ódio, que define a essência do político pela possibilidade de uma luta de morte contra o inimigo. Essa posição reflete uma decisão do poder soberano – o poder de morte consiste justamente na definição de amigos e inimigos – que é a essência da jurisdição.

Essa teoria política está relacionada diretamente com as origens do totalitarismo e é, no fundo, o latente fundamento da justificação do ódio do direito penal liberal e de outros tantos discursos intolerantes, tais como os textos de Schmitt sobre as famosas três leis de Nuremberg, de 15 de setembro de 1935, conhecidas como da bandeira, cidadania e sangue.

⁴⁸ SCHMITT, C. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza, 1998, p. 56.

⁴⁹ Ibid., p. 57.

⁵⁰ Para uma crítica à democracia liberal, veja-se SCHMITT, C. **Estructura del estado y derrumbamiento del segundo Reich**: la lógica de la sumisión espiritual. Madrid: Reus, 2006, p. 100.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do que se apresentou aqui, pode-se concluir, resumidamente, os seguintes pontos:

a) O estabelecimento de limites à liberdade de expressão – muito além de mera ponderação de interesses – envolve discussões sobre o conceito de ação, bem jurídico-penal e função concreta desempenhada pela pena criminal no tratamento dos delitos constituídos por discursos de ódio.

b) O conceito de ação deve partir do contexto comunicacional da norma: só existe ação quando se estabelece um agir comunicativo. A determinação do tipo de ação não se faz com parâmetros psicofísicos, mas em termos de regras. Ações são interpretações que, segundo as regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Neste contexto, os delitos cometidos por palavras podem constituir sim uma ação relevante do ponto de vista do direito penal.

c) O discurso de ódio é só aquele que supõe uma *incitação direta à violência contra determinadas raças ou crenças*. Logo, não abarca a mera negação de fatos históricos, contribuições racionais para o debate de ideias, excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas, discursos no âmbito privado ou discursos elaborados por pessoas sem poder de difusão. A ofensa à dignidade humana e ao princípio democrático exigem os seguintes requisitos: 1. Abuso de direito oriundo da posição de poder hegemônico do falante; 2. Espaço amplo de difusão de ideias aptas ao enfraquecimento ou destruição de grupos historicamente vitimizados; 3. Existência de um “sobredireito” não igualado pela somatória de outros direitos fundamentais; 4. Aproveitamento da fragilidade da audiência para disseminação das ideias de ódio.

d) A razão da punição está na necessidade de evitar os efeitos perversos na configuração da sociedade democrática e na dignidade dos indivíduos que integram as coletividades vitimizadas. O traço definidor dos delitos de discurso de ódio está, portanto, na capacidade de atentar contra a dignidade humana, não apenas no sentido kantiano de vedação de instrumentalização de humano, mas também na reputação básica que permite ser tratado como igual no interior da sociedade.

e) A idoneidade do direito penal depende do cumprimento da função de prevenção geral, que é limitado pelo princípio da intervenção mínima e pela necessidade de conhecimento empírico dos efeitos produzidos, a fim de evitar um direito penal de forte sentimento ético-pedagógico, moralizante e ideológico.

f) Tão preocupante quanto o discurso de intolerância é a intolerância do direito penal. O abrigo pelo direito penal de discursos de ódio vem revelado nas posturas autoritárias do direito penal do inimigo e na chamada “criminologia do outro”.

g) A filosofia política de Schmitt sustenta o ódio pelo direito penal liberal, algo tão perigoso às bases do Estado Democrático de Direito quanto os enunciados linguísticos ofensivos às raças ou crenças. Sobre esse ponto também o direito penal deveria tomar partido em prol dos resíduos de liberdade e da humanidade real tão impotentes diante da marcha triunfal da história.⁵¹

⁵¹ HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W., **Dialéctica de la ilustración**: fragmentos filosóficos. Trad. de Juan José Sánchez. Madrid: Trotta, 2009, p. 51.

REFERÊNCIAS

BAKER, D. J.; ZHAO L. X. The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's theory. **New Criminal Law Review**, Oakland, v. 16, n. 4, p. 621-656, Oct. 2013.

BARATTA, A. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2006.

EXNER, F. **Biología criminal en sus rasgos fundamentales**. Barcelona: Bosch, 1957.

FERRAJOLI, L. Il diritto penale minimo. **Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Napoli, v. 3, n. 3, p. 493, Set./Dic. 1985.

GARLAND, D. The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society. **British Journal of Criminology**, Oxford, v. 36, n. 4, p. 445-471, Oct. 1996.

GONZALES-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. **Dialéctica de la ilustración**: fragmentos filosóficos. Tradução: Juan José Sánchez. Madrid: Trotta, 2009.

JAKOBS, G. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; JAKOBS, G. (Coord.). **Teoría funcional da pena y de la culpabilidad**. Madrid: Civitas, 2008. p. 23-62.

_____. **Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.

_____. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In: MUÑOZ CONDE, F. (Coord.). **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.

_____. **La pena estatal**: significado y finalidad. Madrid: Civitas, 2006.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 2000.

LAFER, C. **Direitos humanos**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.

MEZGER, E. **Tratado de Derecho penal**. Trad. de la 2. ed. Alemana, 1933 y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

MORESO, J. J. Poder y Derecho. In: GARCIA SEGURA, C.; RODRIGO HERNÁNDEZ, Á. J. **La seguridad comprometida**: nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados. Madrid: Tecnos, 2008. p. 161-167.

NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSEN, K. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2004.

RADBRUCH, G. Zur Systematik der Verbrechenslehre. In: HEGLER, A. (Hrsg.). **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70.** Geburtstag. Band 1. Tübingen: Mohr, 1930. p. 158-173.

REALE JÚNIOR, M. Limites à liberdade de expressão. **RBCCrim.**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 61-91, nov./dez. 2009.

ROXIN, C. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, R. (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: M. Pons, 2007. p. 443-458.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal.** Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-53.

ROXIN, C.; LEITE, A. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 922, n. 101, p. 291-322, ago. 2012.

SARMIENTO, D. **Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”.** Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SCHMITT, C. **El concepto de lo político.** Madrid: Alianza, 1998.

_____. **Estructura del estado y derrumbamiento del segundo reich:** la lógica de la sumisión espiritual. Madrid: Reus, 2006.

_____. El “Führer” defiende el derecho: el discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Y.-C. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt.** Barcelona: Anthropos, 2007.

_____. Legalidad y legitimidad. In: ORESTES AGUILAR, H. C. **Schmitt, teólogo de la política.** México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 247-336.

_____. Teología política. In: ORESTES AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política.** México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 19-62.

SCHWABE, J. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.** Tradução: Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. México, DF: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

STAECHELIN, G. Lässt sich das „Untermaßverbot“ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren. In: WOLFGANG, N. **Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts.** Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995. p. 267.

TAVARES, J. Anotações aos crimes contra a honra. **RBCCrim:** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 94, p. 89-132, jan./fev. 2012.

_____. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático. In: ZILIO, J. L.; BOZZA, F. da S. (Org.). **Estudos críticos sobre o sistema penal.** Curitiba: LedZe, 2012. p. 867-885.

- VIVES ANTÓN, T. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- VON LISZT, F. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. 2. Auflage. Berlin; Leipzig: Guttentag, 1884.
- WALDROM, J. **The harm in hate speech**. London: Harvard University, 2012.
- WARBURTON, N. **Liberdade de expressão: uma breve introdução**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Gravita, 2015.
- WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Tradução: Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago del Chile: Jurídica de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, E. R. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 2003.