



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O discurso do ódio como instrumento balizador e limitador da liberdade de expressão

Thaís Moreth da Silva

Rio de Janeiro
2016

THAIS MORETH DA SILVA

O discurso do ódio como instrumento balizador e limitador da liberdade de expressão

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de PósGraduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores: Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior
Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2016

O DISCURSO DO ÓDIO COMO INSTRUMENTO BALIZADOR E LIMITADOR DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Thais Moreth da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Advogada.

Resumo: O tema abordado é o discurso do ódio como balizador da liberdade de expressão. A liberdade de expressão é um direito fundamental muito caro ao ordenamento jurídico brasileiro, mas não é absoluto. O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se deparar com dois casos de grande repercussão acerca do tema. A essência do trabalho é abordar os limites do direito à liberdade de expressão e as dificuldades de se punir os propagadores do discurso do ódio em razão da falta de legislação penal sobre o tem.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Princípio da Liberdade de expressão. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Discurso do ódio. *Hate Speech*.

Sumário: Introdução. 1. A liberdade de expressão e sua limitação no Direito Brasileiro. 2. Discurso do ódio ou *hate speech* e sua abrangência. 3. O tratamento dado pela Corte Constitucional Brasileira aos casos de discurso do ódio. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica propõe-se a discutir o sensível liame existente entre a liberdade de expressão e a proibição de discursos discriminatórios que preguem a intolerância às diferenças e a violência. Trata-se do discurso do ódio, também conhecido como *hate speech*.

É certo que o tema proposto gera muita polêmica, ainda mais no Brasil, que possui memória muito recente de uma ditadura militar na qual a liberdade de expressão foi duramente atacada.

A liberdade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, e um princípio muito caro para a evolução da sociedade e para a proteção das truculências dos governos. Junto com os princípios da igualdade e da fraternidade formaram o lema da Revolução Francesa.

Sob a perspectiva histórica da evolução dos direitos fundamentais, a liberdade situa-se na primeira geração desses direitos, em que o paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

Ocorre que a Fraternidade parece ter sido esquecida pelos governantes e pelo governados. E parece ser ela a chave para a cessação do discurso do ódio e da discriminação.

O primeiro capítulo do artigo procura demonstrar a abordagem que o constitucionalismo brasileiro fez dos direitos constitucionais. Ao elevar o *status* de direitos à cláusula pétrea, o Constituinte buscou protegê-los de toda a opressão e ofensas. Contudo, tais direitos não gozam de caráter absoluto, permitindo a ponderação de princípios e a redução da esfera desses direitos, desde que não seja violado o seu núcleo essencial.

O segundo capítulo busca retratar o *hate speech* e como ele é tratado no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, procurou-se trazer conceitos e explanações de autores renomados sobre o tema e exemplos de condutas de discriminação odiosa. Um ponto muito relevante é tentar diferenciar o *hate speech* de outros atos que podem ser considerados por determinados grupos como discriminatórios.

Por fim, o terceiro capítulo traz uma análise do enfrentamento do tema discurso do ódio pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto foram trabalhados dois casos apreciados de forma diferente pela Suprema Corte.

Em razão dessas decisões, é possível concluir que a falta de legislação penal sobre o tema enfraquece o combate ao discurso do ódio.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA LIMITAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A liberdade, da qual se extrai a liberdade de expressão, é um direito fundamental de primeira geração que surgiu a partir dos reclames da Revolução americana e francesa. Buscava-se à época, fixar uma esfera de autonomia pessoal e refratária às expansões do Poder¹.

Contudo, a Revolução Francesa de 1789 trouxe outros dois valores fundamentais além da liberdade, a igualdade e a fraternidade. A igualdade foi posteriormente alçada ao patamar de direito fundamental, o que se denominou de direitos de segunda geração.

A fraternidade, todavia, foi muito pouco pensada desde a Revolução Francesa, sendo certo que tal valor fundamental é de suma importância para a harmonia dos outros dois valores.

Nesse sentido, Gilmar Mendes²:

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

A Constituição Brasileira de 1988, apesar de não mencionar expressamente o valor da fraternidade, traz em seu preâmbulo o anseio por uma sociedade fraterna³. A ausência no texto constitucional da fraternidade parece delegar ao direito fundamental à dignidade humana

¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 137

² MENDES, Gilmar Ferreira. “A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016

³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

a função de ponderar e limitar o direito à liberdade dos indivíduos, eis que tal direito fundamental é epicentro do ordenamento jurídico nacional.

É certo, portanto, que no direito pátrio “as liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana”⁴, sendo a liberdade de expressão um direito fundamental muito caro ao sistema jurídico pátrio. Isso não olvida que haja limitações ao exercício desse direito.

A liberdade de expressão é base fundamental do Estado Democrático de Direito, e corolário da dignidade da pessoa humana. É instrumento indispensável na formação da personalidade do indivíduo e na sua colocação na sociedade, na formação de seus ideais e no fortalecimento e no desenvolvimento de opiniões complexas sobre o mundo e sobre o governo ao qual se submete.

Sempre que tal garantia colidir com outros direitos fundamentais, em especial com os direitos à igualdade e à dignidade humana, bem como com valores constitucionalmente estabelecidos, será possível estabelecer uma limitação ao exercício de tal direito.

Tal afirmação parte da premissa de que os direitos fundamentais não são absolutos sob o prisma da ordem constitucional de 1988. A comprovação disso está nas limitações impostas pelo próprio constituinte originário, conforme previsto no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal⁵.

Ademais, “a Constituição de 88 tem um firme e profundo compromisso com a construção da igualdade e com a luta contra o preconceito. Este compromisso visceral se

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 325

⁵ Constituição Federal Art. 5º, inciso V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; e Art. 5º, inciso X - X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

evidencia na leitura dos objetivos fundamentais da República, estabelecidos no art. 3º do texto magno.”⁶

Nos Estados Unidos, todavia, a liberdade de expressão parece tomar um viés de direito absoluto, de modo que não haveria espaço para limitações. Assim, torna-se um campo produtivo para a elaboração de discursos do ódio e de manifestações de intolerância, sendo amplamente permitido grupos que exaltem a supremacia de raça ou que alimentem a discriminação racial e o preconceito.

Já no Brasil, em que pese não haver uma legislação específica que trate do tema com a utilização desse termo específico, a Lei n. 7716/89, em seu art. 20, com a redação dada pela Lei n. 9459/97, estabelece como crime a conduta de alguém de “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”⁷. Tal tipo penal não é capaz de coibir todas as formas de discurso do ódio, uma vez que não enquadra todos os tipos de discriminação, como, por exemplo, a discriminação decorrente da orientação sexual.

2. O DISCURSO DO ÓDIO (*HATE SPEECH*) E SUA ABRANGÊNCIA

O discurso do ódio, ou *hate speech*, é todo o discurso que pregue a intolerância, o ódio e a discriminação a determinados grupos sociais ou minorias. É o discurso da intolerância com potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas. Quando um discurso busca interferir na dignidade humana, na igualdade entre as pessoas, no próprio regime democrático e nos valores que formam uma sociedade pluralista, é possível que se esteja diante de manifestações de ódio.

⁶ SARMENTO, Daniel. “A liberdade de expressão e o problema do “hate speech””. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (org). *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. ver – Rio de Janeiro: Juspodivm, 2009, p. 84

⁷ BRASIL. Lei n. 7716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016

Para André de Carvalho Ramos, “o discurso do ódio (*hate speech*) consiste na manifestação de valores discriminatórios, que ferem a igualdade, ou de incitamento à discriminação, violência ou a outros atos de violação de direitos de outrem”⁸.

Gilmar Mendes⁹, em um artigo publicado sobre o tema, afirma que:

O tema é, sem dúvida, um tanto paradigmático, pois nos leva a questionar a respeito dos próprios limites da liberdade de expressão, nos obriga a refletir sobre a necessidade de se diferenciar a tolerância do dissenso e a examinar a impossibilidade de se tolerar a intolerância, em vista de seu potencial disseminador do ódio em sociedades democráticas.

Embora a liberdade de expressão possa sofrer limitações, este direito não deve ser restringido pelo simples fato de ser utilizado em discursos que defendam opiniões desfavoráveis às minorias, a determinados grupos políticos, ou que não sejam politicamente corretos. Limitar a opinião de determinadas pessoas e grupos é empobrecer o debate, impedir o pluralismo ideológico ou, como disse Gilmar Mendes, é não tolerar o dissenso.

Muito do que antes se considerava imoral, hoje é tratado como direito inerente a determinados grupos, como os direitos atribuídos às mulheres e aos homossexuais. Apenas com liberdade de expressão é que se torna possível questionar a sociedade, conter a tirania das majorias e fazer nascer um novo olhar sobre as questões sociais.

Críticas duras a determinados grupos são capazes, muitas vezes, de trazer luz e publicidade aos embates antes marginalizados, e, conseqüentemente, acabam gerando efeitos proveitosos para o grupo social criticado.

Contudo, a disseminação de ideias que busquem o extermínio, a propagação do ódio, a restrição de direitos, a discriminação hostil de determinados grupos ou pessoas devem ser rechaçadas pelo Poder Público em razão de o discurso do ódio ser um limitador do direito fundamental da liberdade de expressão.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 524.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. “A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016

A democracia se constrói sob as pedras angulares da liberdade e da igualdade. O discurso do ódio, embora possa estar em consonância com o direito de liberdade, encontra obstáculos em razão do direito da igualdade por pregar a discriminação odiosa de determinadas pessoas em razão de características de sua personalidade.

A dignidade da pessoa humana, o epicentro no sistema jurídico brasileiro, é frontalmente atingida quando se profere discursos de ódio. A intolerância afronta diretamente o direito da outra pessoa à sua dignidade e integridade.

O Brasil é signatário de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que consagram a obrigação de combate às manifestações de racismo, preconceito e intolerância, em especial à Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial¹⁰, promulgada pelo Decreto nº 65.810 de 8 de dezembro de 1969, que estabelece no artigo IV que:

Os Estados partes condenam toda propaganda e todas as organizações que se inspirem em idéias ou teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica ou que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de odio e de discriminação raciais e comprometem-se a adotar imediatamente medidas positivas destinadas a eliminar qualquer incitação a uma tal discriminação, ou quaisquer atos de discriminação com este objetivo tendo em vista os princípios formulados na Declaração universal dos direitos do homem e os direitos expressamente enunciados no artigo 5 da presente convenção, eles se comprometem principalmente:

- a) a declarar delitos puníveis por lei, qualquer difusão de idéias baseadas na superioridade ou ódio raciais, qualquer incitamento à discriminação racial, assim como quaisquer atos de violência ou provocação a tais atos, dirigidos contra qualquer raça ou qualquer grupo de pessoas de outra cor ou de outra origem técnica, como também qualquer assistência prestada a atividades racistas, inclusive seu financiamento;
- b) a declarar ilegais e a proibir as organizações assim como as atividades de propaganda organizada e qualquer outro tipo de atividade de propaganda que incitar a discriminação racial e que a encorajar e a declara delito punível por lei a participação nestas organizações ou nestas atividades.
- c) a não permitir as autoridades públicas nem às instituições públicas nacionais ou locais, o incitamento ou encorajamento à discriminação racial.

¹⁰ BRASIL. Dec. n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=65810&tipo_norma=DEC&data=19691208&link=>>. Acesso em: 29 fev. 2016

O discurso do ódio possui alguns famosos propagadores, como os membros de grupos neonazistas, skinheads, a conhecida Ku Klux Klan, entre outros.

Tem crescido no Brasil a divulgação de grupos propagadores do discurso do ódio. É o caso dos atuais justiceiros¹¹¹², que vêm defendendo a punição de supostos infratores da lei mediante a aplicação de medidas violentas por particulares, e não pelo próprio Estado, ignorando o monopólio estatal punitivo. É comum que tais pessoas que se consideram justiceiros utilizem as redes sociais para buscar adeptos e incitar o ódio das pessoas.

Outro exemplo é a xenofobia praticada por algumas pessoas e grupos de diversas regiões do Brasil contra as pessoas de origem nordestina. Após a eleição presidencial de outubro de 2014, em que a candidata vencedora obteve maioria dos votos nos Estados da região Nordeste, milhares de comentários¹³¹⁴ que depreciavam os nordestinos surgiram nas redes sociais.

A partir da análise do direito à liberdade de expressão e da limitação consistente na vedação ao discurso de ódio, passa-se a análise de decisões proferidas pela Corte Constitucional brasileira sobre o tema.

¹¹ AÇÃO violenta de grupos de justiceiros preocupa polícia do rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/09/acao-violenta-de-grupos-de-justiceiros-preocupa-policia-do-rio.html>> Acesso em: 28 fev. 2016.

¹² ESPECIALISTAS temem que ação de justiceiros leve à escalada da violência no Rio. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-09/especialistas-temem-que-acao-de-justiceiros-leve-escalada-da>>. Acesso em: 28 de fev. 2016.

¹³ ONDA de intolerância e xenofobia invade as redes sociais depois das eleições. Disponível em: <<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/onda-de-intolerancia-e-xenofobia-invade-as-redes-sociais-depois-das-eleicoes/?cHash=872ef28a8dc071a515eed862f9e118c7>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

¹⁴ A título exemplificativo, foram feitos alguns comentários nas redes sociais, como: “da vontade de ir para a África pegar ebola e viajar pro (sic) nordestem pelo menos seria um herói nacional”, “Estudar os nordestinos não querem, né? Aos nordestinos que estão e continuarão na m..., peço: não venham para São Paulo em busca de vida melhor”, ou ainda, “odeio o nordeste odeio esse (sic) nordestinos e se a dilma for reeleita EU MATO UM POR UM RECADO DADO”.

3. DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DO ÓDIO

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve oportunidade de enfrentar o delicado tema em análise. Os casos mais emblemáticos foram os tratados no *Habeas Corpus* n. 82.424/RS¹⁵, julgado em 2003 e no Inquérito n. 3590/DF¹⁶, julgado em 2014 e serão objeto de exame neste capítulo.

O primeiro caso, conhecido como caso Ellwanger, foi julgado pelo STF em 17 de setembro de 2003. O processo teve início como uma ação penal em que se buscava a condenação de Siegfried Ellwanger pela prática de crime de discriminação racial previsto no art. 20 da Lei n. 7716/89.

A acusação alegava que os livros escritos pelo acusado continham conteúdo antissemita e negavam a ocorrência do Holocausto. Condenado em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a defesa impetrou Habeas Corpus perante o STF para a revisão da condenação. Por maioria de sete a três, o Plenário negou o pedido contido no remédio constitucional.

Tal decisão tomou como base a necessidade de ponderação entre os princípios da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, e reconheceu que o termo raça contido no caput do art. 20 da Lei n. 7716/89 configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o antissemitismo.

O caso ganhou grande relevo em razão do enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal de dois temas delicados e importantes. O primeiro foi definir a abrangência do crime

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>> Acesso em: 4 mar. 2016.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq. n. 3590. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352153>> Acesso em: 4 mar. 2016.

da prática de racismo previsto no art. 20 da Lei n. 7716/89, e o segundo foi resolver através da ponderação eventual conflito de princípios constitucionais.

Inicialmente, alguns ministros do STF se posicionaram no sentido de acolher a pretensão do impetrante, ao entender que o legislador quando fixou o delito da prática de racismo estava se dirigindo diretamente à prática de racismo contra negros. Tal conclusão teria sido obtida, pois o Brasil tem, especificamente, uma passagem reprovável na história em que se escravizava negros.

Contudo, prevaleceu o entendimento de que as práticas discriminatórias são histórico-político-culturais, e que ao publicar e escrever livros hostis aos judeus a pessoa está a praticar também crime de racismo.

Foi argumentado que o próprio conceito de raça, do ponto de vista científico, não é mais aceito para diferenciar os seres humanos. Dessa forma, a raça encontra definição nas concepções históricas e culturais de determinados grupos, podendo incluir não só as diferenciações pela cor, mas também religiosas e culturais.

Outro tema que foi tratado no HC n. 82424 foi a ponderação entre princípios com estrato constitucional. Ao analisar o caso, a Corte teve que confrontar o preceito fundamental da liberdade de expressão com o princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Tal conflito principiológico, vale ressaltar, sempre estará presente nos casos em que se discuta a ocorrência ou não de discurso do ódio.

Como afirmou-se no capítulo anterior, nenhum direito fundamental é absoluto, sob a égide da Constituição de 1988, nem mesmo o direito à liberdade de expressão. E nesse caso, o STF deixou claro que não há espaço no ordenamento jurídico brasileiro para discursos que busquem a diminuição da dignidade do outro.

Siegfried Ellwanger pregava abertamente pensamentos nazistas, bem como publicava livros antissemitas, em que defendia a inferioridade dos judeus.

A decisão que condenou Ellwanger foi um marco para a história do Brasil no que tange ao *hate speech*. Contudo, a condenação só ocorreu pela existência de lei penal que previa expressamente a criminalização da discriminação racial, consubstanciada no art. 20 da lei n. 7716/89¹⁷:

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

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

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

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio;

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

A seguir, os principais trechos da ementa do julgamento¹⁸:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. (...) 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. (...) Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. (...) 14. (...) 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(...). Ordem denegada. (STF - HC: 82424 RS, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004

¹⁷ BRASIL. Lei de 7.716 de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm> Acesso em: 14 mar. 2016.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82424. Relator: Ministro Moreira Alves Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corporis-hc-82424-rs>> Acesso em: 4 mar. 2016.

Dito isto, é passa-se a análise de outro caso em que foi alegado a existência de discurso do ódio, dessa vez contra pessoas homossexuais.

O segundo caso, mais recente, foi de um Inquérito instaurado perante o STF, sob o nº 3590, para averiguação de prática de crime de discriminação atribuído ao deputado federal Marco Antônio Feliciano.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o deputado federal alegando que o parlamentar publicou na sua conta em uma rede social uma mensagem de natureza discriminatória. O teor da mensagem era: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a rejeição”.

Por tal publicação o Ministério Público Federal asseverou que a conduta se enquadrava ao tipo penal previsto no art. 20 da Lei n. 7716/89.

Contudo, a 1ª Turma do STF decidiu, em 12/08/2014, pela atipicidade da conduta, uma vez que o parlamentar proferiu frase discriminatória em virtude da orientação sexual de determinados indivíduos, sendo que o artigo 20 da lei supramencionada não contempla a discriminação decorrente de orientação sexual, mas tão somente de discriminação decorrente de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Os ministros da 1ª Turma entenderam que a conduta é atípica do ponto de vista do Direito Penal, em respeito ao ditame constitucional que prevê que não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal¹⁹.

O Ministro Luís Roberto Barroso, na oportunidade, ressaltou o desvalor moral da conduta, que teria ultrapassado todos os limites do erro, mas afirma que a conduta não ingressou na esfera do crime. Contudo, o Ministro afirma que consideraria razoável que o

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse as manifestações de *hate speech*.

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, afirma que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da legitimação da união homoafetiva, entendeu que a homoafetividade é um perfil, um traço da personalidade do indivíduo. Dessa forma, o Ministro entende que a fala do parlamentar Marco Feliciano ultraja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Isonomia. Contudo, o Ministro Luiz Fux alerta para o perigo do enquadramento do caso ao preceito do artigo 20 da Lei n. 7716/89, pois afirmar que pessoas homossexuais constituem uma raça seria ressaltar a ideia preconceituosa de são pessoas diferentes das outras.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal apesar de reconhecer e reforçar o entendimento da reprovabilidade da conduta, mostrou-se fiel ao ditame constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB²⁰, uma vez que, na ausência de norma penal incriminadora, ninguém pode ser condenado penalmente.

A decisão mostrou, ainda, que o art. 20 da Lei n. 7716/89 possui tipificação estrita, não cabendo analogia *in malam partem*.

Há muitos projetos de lei que buscam alterar o artigo supramencionado para fazer incluir nele outras formas de discriminação, bem como aumentar a pena dos crimes ou tornar pública incondicionada a respectiva ação penal.

O Projeto de Lei n. 199 de 2015²¹, a título de exemplo, pretende tipificar o crime de injúria racial coletiva e tornar pública incondicionada a respectiva ação penal. O projeto de lei prevê a inclusão do art. 20-A na Lei n. 7716/89 que passaria a vigorar com a seguinte redação:

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 mar. 2016

²¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 199/2015. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44AA10C6DB23DC1DB4571FE520FB0F59.proposicoesWeb2?codteor=1341907&filename=PL+1749/2015> Acesso em: 15 mar. 2016

“Art. 20-A. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em local público ou privado aberto ao público de uso coletivo ou nas redes sociais, com a utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena – reclusão, de dois a cinco anos, e multa. Parágrafo único. O crime será processado mediante ação penal pública incondicionada.”

Já o Projeto de Lei n. 3.640/2015²² pretende, dentre outras modificações, ver acrescido o art. 20 da Lei n. 7716/89 do parágrafo 5º, para que se inclua como crime inafiançável e imprescritível, a injúria racial. Com isso, o art. 20 seria acrescido do seguinte:

§ 5º Incorre na mesma pena quem ofende a dignidade ou o decoro de alguém, utilizando-se de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”

Todavia, o Projeto de Lei da Câmara 122 de 2006 (PLC122)²³ talvez tenha sido o que pretendia a alteração mais ampla, de forma a incluir outras formas de discriminação na Lei n. 7716/89. O PLC122 pretende ampliar a abrangência da norma, para acrescentar as motivações de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Quando o projeto de lei chegou ao Senado, em 2009, a relatora da proposição incluiu novas formas de discriminação, quais sejam, a discriminação contra pessoas idosas e com deficiência, além de ter alterado diversos artigos.

O PLC 122 gerou muita polêmica e até hoje não foi votado, pois encontra resistência entre alguns parlamentares e entidades religiosas. Em visita ao sítio eletrônico do Senado Federal encontra-se decisão de arquivamento da PLC 122.

A mudança no art. 20 da Lei n. 7716/89 no projeto de lei originalmente previa que o artigo passasse a vigorar com a seguinte redação:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero:

²² BRASIL. Projeto de Lei n. 3640/2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055405>> Acesso em: 10 mar. 2016.

²³ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>> Acesso em: 10 mar. 2016.

Cumpra ressaltar que o PLC 122 pretendia regulamentar diversos outros dispositivos da Lei n. 7716/89, bem como dispositivos do Código Penal. Todavia, quanto ao tema da discriminação odiosa, destaca-se apenas este artigo.

Caso o Congresso Nacional tivesse aprovado a alteração do artigo 20 da Lei n. 7716/89 para fazer constar os termos gênero e orientação sexual, anteriormente ao fato que deu origem ao Inquérito n. 3590, a decisão poderia ter sido pela tipicidade da conduta e, conseqüentemente, pelo recebimento da denúncia.

Destaca-se que, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei n. 13.146/2015²⁴, passou a ser típica a conduta de praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência. Assim, amplia-se o rol de mecanismos que legais que coíbem o discurso do ódio no Brasil.

CONCLUSÃO

O discurso do ódio é, antes de tudo, um problema social. Demonstra a falta de fraternidade da sociedade contemporânea para aceitar as diferenças e respeitar o pluralismo. Neste trabalho, buscou-se demonstrar a forma como o ordenamento jurídico brasileiro e a Suprema Corte se posicionam quanto ao tema.

²⁴ BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁵ Art. 88. Praticar, induzir ou incitar discriminação de pessoa em razão de sua deficiência:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Aumenta-se a pena em 1/3 (um terço) se a vítima encontrar-se sob cuidado e responsabilidade do agente.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no **caput** deste artigo é cometido por intermédio de meios de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência:

I - recolhimento ou busca e apreensão dos exemplares do material discriminatório;

II - interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na internet.

§ 4º Na hipótese do § 2º deste artigo, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido.

Assim, é certo que a pesquisa se manteve no âmbito jurídico, não discutindo as raízes psicológicas e sociológicas que amparam a crescente proliferação deste tipo de discurso. A exclusão dessa análise se deu por conta do exíguo espaço escolhido para a explanação do tema e, principalmente, por conta da inabilidade técnica para adentrar a outras áreas do conhecimento.

O discurso do ódio apresenta-se como balizador da liberdade de expressão, diferenciando as opiniões, convicções e comentários sobre qualquer assunto, de discursos que buscam incitar a discriminação odiosa.

A proibição do *hate speech* está relacionada com a limitação do direito fundamental à liberdade de expressão em razão da sua colisão com outros direitos fundamentais e valores constitucionais estabelecidos.

Foi possível concluir que o legislador pátrio ainda é muito receoso quanto à regulamentação na esfera penal do discurso do ódio. Há apenas o art. 20 da Lei 7716/89 que prevê a criminalização da discriminação odiosa em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Todavia, não se pode deixar de considerar o grande relevo que a Constituição Federal de 1988 proporcionou à dignidade da pessoa humana, sendo este o seu epicentro normativo.

Como apresentado no terceiro capítulo, outras formas de discriminação odiosa vêm acontecendo no país, sem que haja a possibilidade de reprimenda penal, em razão da falta de legislação sobre o tema. Ressaltando, neste ponto, a inovação trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Com as recentes mudanças na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como a que reconheceu aos pares homoafetivos o direito ao casamento, parece ser cada vez mais urgente a necessidade de inovação legislativa que venha a proteger esta minoria.

O termo minoria aqui empregado, não significa o caráter quantitativo de pessoas que possuem determinadas características ou pensamento em comum, mas sim o grupo de pessoas que não possuem tratamento igualitário dado pela sociedade e até mesmo pelo ordenamento jurídico.

Outro ponto que merece atenção do Poder Legislativo diz respeito à discriminação odiosa direcionada a pessoas que vivem em determinadas regiões do país, como a região Nordeste. Não há como cegar-se ao fato de os nordestinos sofrerem de forma cada vez mais violenta a discriminação.

Por fim, entende-se que o discurso do ódio – *hate speech* - tem se proliferado na sociedade brasileira, muito em razão da maior acessibilidade à internet e às redes sociais, de modo que se faz necessária a intervenção legislativa a fim de incluir outras formas de discriminação no art. 20 da Lei n. 7716/89.

REFERÊNCIAS:

AÇÃO violenta de grupos de justiceiros preocupa polícia do rio. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2015/09/acao-violenta-de-grupos-de-justiceiros-preocupa-policia-do-rio.html>>

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set 2015.

_____. Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 14 set. 2015.

_____. Dec. n. 65.810, de 8 de dezembro de 1969. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=65810&tipo_norma=DEC&data=19691208&link=>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 82.424. Relator: Ministro Moreira Alves. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>

_____. Supremo Tribunal Federal. Inq. n. 3590. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4352153>>

_____. Projeto de Lei n. 199/2015. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=44AA10C6DB23DC1DB4571FE520FB0F59.proposicoesWeb2?codteor=1341907&filename=PL+1749/2015>

_____. Projeto de Lei n. 3640/2015. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055405>>

_____. Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006. Disponível em: <
<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>

CELSO, Lafer. *A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais*. Baurueri, SP: Manole, 2005

ESPECIALISTAS temem que ação de justiceiros leve à escalada da violência no Rio. Disponível em: <
<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-09/especialistas-temem-que-acao-de-justiceiros-leve-escalada-da>>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar. *A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade*. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discurso/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em: 10 de fev. 2016.

ONDA de intolerância e xenofobia invade as redes sociais depois das eleições. Disponível em: <
<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/onda-de-intolerancia-e-xenofobia-invade-as-redes-sociais-depois-das-eleicoes/?cHash=872ef28a8dc071a515eed862f9e118c7>>

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de Expressão e o problema do “Hate Speech”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil*. Salvador: JusPodivm, 2009, páginas 39-95