

UM SILÊNCIO INCÔMODO – CRÍTICA À INCRIMINAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

*Marcelo Sarsur Lucas da SILVA**

RESUMO

Examina-se a incriminação dos discursos racistas e preconceituosos, prevista no artigo 20, da Lei Federal nº 7.716/1989, com exame das modificações propostas pelo Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006. A partir da supremacia do direito à expressão do pensamento, dada pela Constituição da República de 1988, e de uma visão funcional e minimalista do direito penal, inspirada pela obra de Claus Roxin, defende-se que tais normas penais são insuficientes, ineficazes e simbólicas, pugnando-se pela revogação destes dispositivos, em nome do debate amplo e desimpedido sobre tais questões, que são sensíveis do ponto de vista político e social.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Direito penal. Indicações constitucionais de incriminação. Liberdade de expressão. Preconceito racial. Discriminação. Racismo. Homofobia.

SUMÁRIO: 1. Um silêncio incômodo no admirável mundo novo. 2. Os valores contrapostos na Constituição de 1988. 3. Sobre os indicativos constitucionais de incriminação. 4. O discurso proibido e as contra-indicações da incriminação. 5. Crimes de discriminação – entre a tutela eficaz e o simbolismo vazio. 6. Conclusão.

* Mestre em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisador-bolsista do CNPq. Professor substituto de Direito Processual Penal II na Faculdade de Direito da UFMG.

1. Um silêncio incômodo no admirável mundo novo.

Um dos mais notáveis e revolucionários avanços tecnológicos do último século, a rede mundial de computadores – *Internet* –, já produziu e continua a produzir trepidações e mudanças nas formas de adquirir e de gerir informações. Há pouco menos de vinte anos, eram impensáveis a possibilidade ou a viabilidade econômica de comunicações interurbanas ou internacionais, em tempo real, a altíssima velocidade e com custo mínimo, quando não absolutamente gratuitas – hoje uma realidade concreta, e não apenas *virtual*.

Na observação de Manuel Castells, a “criação e o desenvolvimento da Internet nas últimas três décadas do século XX foram conseqüência de uma fusão singular de estratégia militar, grande cooperação científica, iniciativa tecnológica e inovação contracultural.” (CASTELLS, 2006:82). A ARPANET, desenvolvida originalmente com nítido intuito militar – um sistema de comunicação descentralizado e imune a ataques nucleares –, foi utilizada, desde a sua instauração, em 1969, por cientistas de estabelecimentos de ensino superior nos Estados Unidos da América do Norte para compartilhamento de informações e envio de comunicações. A par dos usos militares e científicos, estudantes e entusiastas nos EUA passaram a realizar experiências com o uso de linhas de telefone para a remessa de dados entre computadores. No início da década de 1990, pesquisadores europeus desenvolveram a linguagem de marcação de hipertexto, fundamental para a criação das páginas da Internet. Em meados da década de 1990, deu-se início ao acesso, pelo público leigo, aos sítios de Internet (*World wide web*) e ao *e-mail* (CASTELLS, 2006:82-89).

Uma recente tendência de aplicações da Internet, rotulada por alguns como *Web 2.0*, compreende mecanismos de socialização e de compartilhamento de trabalho, arquivos e textos por meio eletrônico. Alguns exemplos destas novas tecnologias já são usufruídos por usuários em todo o planeta. Uma revista eletrônica (*weblog*, ou *blog*, na versão abreviada) pode ser montada por qualquer interessado, sem custo, para publicar comentários, ilustrações e fotos. Sítios como o *Blogger* oferecem espaço e modelos para a criação de páginas de

Internet, bastando que o interessado digite o texto em campos apropriados. Para escrever uma página, o futuro autor não mais precisa conhecer a linguagem de publicação dos sítios eletrônicos, o padrão HTML. Se a palavra escrita não é atrativa o bastante, o usuário da *Web 2.0* pode criar seu próprio programa de rádio, com a periodicidade que desejar, fazendo uso da tecnologia de *podcasting* (publicação de arquivos de áudio, com qualidade de CD). Tais “programas”, que podem ser “assinados” gratuitamente pelos ouvintes, são descarregados para aparelhos como tocadores digitais de música (entre os quais, destaque-se o conhecido *iPod*, fabricado pela Apple) ou mesmo para aparelhos de telefonia celular.

Os “quinze minutos de fama”, prometidos a todos pela célebre frase de Andy Warhol, podem ser obtidos por intermédio de um vídeo no sítio *YouTube*, assistido por milhares de pessoas em todo o planeta. Criadores de programas de computador compartilham esforços e publicam jogos, aplicativos e até mesmo sistemas operacionais completos, para descarga e uso gratuitos. Muitos computadores, hoje, usam programas gratuitos em contraponto a programas de revenda comercial, a exemplo do conjunto *OpenOffice*, que, até mesmo em repartições públicas, já substitui o conhecidíssimo pacote de programas para escritórios da Microsoft Corporation. Redes de compartilhamento de arquivos, empregando o padrão de descarga direta (*P2P*, ou *peer-to-peer*), dispõem de vastos acervos de produções artísticas e intelectuais, alargando, a um só tempo, a divulgação destas obras e os horizontes do pernicioso crime de violação a direitos autorais. O paradigma da colaboração e do compartilhamento permite a criação e manutenção de bancos de dados de tamanho impressionante, como a enciclopédia eletrônica de livre edição e acesso grátis, a *Wikipedia*. A Internet também abriga diversas redes de contatos sociais, desde as mais rudimentares, como o sítio *Craigslist*, até sítios como o *Myspace* ou o popularíssimo *Orkut*, no qual mais de cinquenta por cento dos usuários são brasileiros. Neste último, além de manter sua página própria – “Perfil”, o usuário pode criar ou se adicionar às chamadas “Comunidades”, reuniões de freqüentadores do *Orkut* que compartilham os mesmos interesses, gostos ou antipatias.

A praça pública, outrora o lugar privilegiado das manifestações e do livre exercício da palavra, migrou para as mesas das salas e dos escritórios, e se tornou mais ampla, mais visitada e mais aberta – e, para alguns, mais caótica – que em qualquer outra época. O espaço privado abre-se ao público por meio de alguns poucos toques de teclado, em qualquer lugar – hoje, já é possível o acesso remoto à Internet, em computadores portáteis ou por aparelhos de telefonia celular.

A Internet, bem como qualquer outra criação do espírito humano, não é intrínseca ou inerentemente boa ou má. Trata-se de um *meio* para uma pluralidade de *mensagens*, e não de uma mensagem em si, como poderiam argüir os adeptos do pensamento de Marshall McLuhan. Pela Internet, os opositores de regimes ditatoriais em Myanmar (antiga Birmânia), na Coreia do Norte, no Paquistão e no Irã podem veicular suas idéias políticas e resistir à supressão de seus direitos humanos fundamentais. Ao mesmo tempo, a *Al-Qaeda*, rede terrorista internacional, emite seus comunicados e vídeos por quadros de mensagem e por outros sítios da Internet, incitando ao ódio contra a religião judaica, o Estado de Israel e o Ocidente. Grupos políticos extremistas, alguns de inspiração nazista ou racista, empregam a Internet como um crucial instrumento para a captação de membros e para a divulgação de ideologias. Por meio de idêntica tecnologia, os interessados na leitura das mais recentes encíclicas papais podem buscá-las, gratuitamente, em diversos idiomas, no sítio do Vaticano.

O caráter descentralizado, espontâneo e, por vezes, anárquico da Internet desorienta a atuação dos Estados, que, em dúvida, reagem violentamente. A Internet sofre pesadíssimas restrições de acesso no Irã, na China e na Coreia do Norte. No Brasil, é preferida, ao menos por enquanto, a via da *cooperação* entre autoridades e sítios da Internet: o Ministério Público dos Estados do Rio de Janeiro, Pernambuco, Ceará e Minas Gerais realizou acordos com a sociedade empresária *Google Inc.*, proprietária do sítio de relacionamentos Orkut, para permitir o bloqueio de páginas com conteúdo abusivo e o acesso a dados de usuários suspeitos da prática de crimes (PICHONELLI; FERNANDES, 2007). Nem sempre, contudo, o diálogo é a primeira alternativa buscada. No início de 2007, em rumoroso caso, uma

apresentadora de televisão brasileira e seu namorado, flagrados por *paparazzo* em imagens obtidas numa praia espanhola, processaram diversos provedores de acesso à Internet do Brasil, obtendo, por breve intervalo, a suspensão de acesso de quase seis milhões de usuários ao sítio YouTube, que veiculava a filmagem. Tal subterfúgio – a censura –, curiosamente, também foi empregado recentemente pelo governo da Tailândia, em reação a filmagem, exposta naquele sítio, que ofendia a imagem do soberano do país.

A Internet apenas expõe e amplifica uma questão inerente a todos os regimes de governo democráticos, sobre uma das mais caras liberdades públicas previstas pelas declarações de direitos humanos e pelas Constituições: a gestão do espaço de *livre expressão do pensamento*, das idéias e dos discursos, e, conseqüentemente, dos *limites* a esta liberdade. A popularização dos meios de comunicação oferece a perspectiva, quase utópica, da universalização da publicação e da distribuição social de idéias, a todos os interessados, sem custo pecuniário significativo. É dizer, o sonho de Gutenberg pode ser obtido *online*, bastando apenas o acesso a um computador devidamente ligado à Internet. Na vasta maioria dos casos, adicione-se, o acesso a qualquer informação na Internet não é compulsório ou automático: uma publicação ofensiva, na maioria dos casos, só é acessível a quem por ela procura, livremente. Este dado representa uma imensa diferença entre a mídia digital e os veículos de comunicação tradicionais, como o rádio ou a televisão, nos quais, ao menos por ora, a programação é formatada previamente, e é idêntica para todos os ouvintes ou espectadores.

Entretanto, a par da amplitude dos discursos socialmente relevantes, expandem-se também os discursos socialmente intoleráveis. Não se trata do discurso meramente *inconveniente*, que veicula opinião minoritária, oposicionista ou ideologicamente oposta à de um grupo ou de uma maioria, mas daquele discurso que, por seu conteúdo, opõe-se às bases do sistema democrático e pluralista idealizado e forjado pela Constituição da República. Os discursos preconceituosos, racistas, regionalistas, anti-semitas, islamofóbicos, homofóbicos, entre outros muitos, enquadraram-se neste perfil. Segundo

seus adeptos, determinadas categorias de pessoas humanas não podem desfrutar dos mesmos direitos, oportunidades, ou mesmo do convívio em sociedade, em equiparação às pessoas ditas “normais”, ou “melhores”, ou “escolhidas”. Tais doutrinas chocam-se, frontalmente, com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inc. IV, da Constituição da República de 1988 - CR). A repressão, inclusive criminal, a este tipo de manifestação surge como reivindicação dos grupos que sofrem com a discriminação, uma forma de contrapeso à atuação da mensagem de ódio.

Não é este o único exemplo de limite à liberdade de expressão no direito penal brasileiro. São incriminadas, ainda, outras formas de discurso, entre as quais os crimes de incitação ao crime ou a condutas ilícitas (e.g., os artigos 122, 228 e 286, CPB, o art. 3º, da Lei Federal nº 2.889/1956, e o art. 33, § 2º, da Lei Antidrogas – Lei Federal nº 11.343/2006), de apologia de crime ou de criminoso (art. 287, CPB), de ultraje a culto (art. 208, primeira parte, CPB), de escrito ou ato obsceno (art. 234, CPB), de publicação ou crítica indevida (art. 166, Código Penal Militar), e, em última análise, até mesmo os crimes contra a honra (arts. 138 a 140, CPB) e o crime de desacato (art. 331, CPB) podem ser enquadrados nesta categoria ampla. Contudo, optou-se por não apresentar, nesta sede, uma crítica compreensiva a todos estes tipos de injusto, o que demandaria um estudo mais longo das particularidades de cada uma destas figuras puníveis e dos bens jurídico-penais por elas tuteladas.

O presente estudo se propõe a examinar, a partir de um prisma constitucional e funcional-teleológico, se o direito penal é o mecanismo mais apropriado para o combate ao *discurso preconceituoso*. Para tanto, propõe-se um exame dos *valores e normas constitucionais* em oposição, e das *indicações constitucionais de incriminação*, normas constitucionais que demandam a tipificação criminal de determinadas condutas social e juridicamente reprováveis, e suas repercussões em um sistema penal orientado por finalidades político-criminais. Em seguida, exige-se um reexame dos *pressupostos materiais mínimos*

para a intervenção do direito penal em relação aos crimes de opinião ou de discurso, para, ao final, questionar a *constitucionalidade* e a *adequação* dos crimes de *incitação ao preconceito* (art. 20, Lei Federal nº 7.716/1989), em qualquer das suas modalidades, e das figuras puníveis que podem vir a ser adicionadas pela aprovação do Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006.

2. Os valores contrapostos na Constituição de 1988.

A Constituição da República de 1988 é, certamente, o primeiro marco dogmático a ser examinado quando da contraposição dos valores da *liberdade de expressão e de crítica* e seus valores contrapostos – no exemplo apresentado, o valor da *pluralidade social e do combate ao preconceito*. Não se ignora que o direito à livre expressão do pensamento é reconhecido por diversos diplomas normativos internacionais, que vinculam, também, a República Federativa do Brasil, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)² e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³.

Mesmo nestes acordos, declarações e pactos, a liberdade de expressão não se situa de modo absoluto: a Declaração Universal dos Direitos Humanos proíbe, nos Artigos 2º e 7º, qualquer discriminação com base em critérios de raça, cor, sexo, linguagem, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, proprie-

¹ Artigo XIX – Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber, e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

² Artigo 13.1 – Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão; este direito inclui a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

³ Artigos 19.1 e 19.2 – Todos devem ter o direito de possuir opiniões, sem interferência. Todos devem ter o direito à liberdade de expressão; este direito deve incluir a liberdade de buscar, receber e transmitir informações e idéias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou por impresso, na forma de arte, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

dade, nascimento ou qualquer outro estado. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ordena, no Artigo 13.5, que a “lei deve proibir a propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência” – comando também residente, com redação quase idêntica, no Artigo 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

Nenhuma liberdade pública é ilimitada. O problema, entretanto, não se acha na limitação do direito à livre expressão, senão no *modo* como tal limitação é delimitada e executada pelos Estados. Note-se que, em nenhum dos instrumentos internacionais de direitos humanos consultados, percebe-se a *obrigatoriedade de imposição de sanção criminal às condutas de incitação ao preconceito de qualquer natureza*, apenas a *proibição* destas. Não se demanda, do ponto de vista das obrigações internacionais do Estado brasileiro, que o mesmo tipifique legalmente as condutas de incitação ao preconceito como *ilícitos penais*, bastando *proibi-las* por qualquer mecanismo, idealizado como suficiente e eficaz.

A partir desta consideração, o texto constitucional brasileiro extrapola o padrão internacional dos direitos humanos em dois sentidos: a um, submete o *direito individual à liberdade de expressão* a controle unicamente formal-instrumental, qual seja, o da *identificação da autoria*⁴; e, a dois, determina, como comando endereçado ao legislador ordinário, a tipificação criminal da *prática do racismo*⁵ – lançando mão daquilo que a doutrina jurídico-penal denomina “cláusula expressa de penalização” (PALAZZO, 1989:103), “indicação criminalizadora” (PRADO, 1997:81), ou “imposição constitucional expressa de criminalização” (BIANCHINI, 2002:95), e que ora se rotula como *indicação constitucional de incriminação*, a ser examinada em momento posterior.

⁴ Art. 5º, inc. IV, CR: É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

⁵ Art. 5º, incs. XLI e XLII, CR: A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Pelo viés histórico, é preciso identificar que o preceito da Constituição vigente que assegura a livre manifestação do pensamento como direito individual não mais sofre *ressalva* por razões de *conteúdo*, como ocorria no art. 153, § 8º, da Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/1969⁶. Apenas no que concerne à comunicação social, a Constituição da República de 1988 institui parâmetros limitadores de conteúdo, mas não admite, em qualquer hipótese, a censura prévia como instrumento de controle estatal⁷. Evidentemente, a Constituição da República não emprestou dimensões absolutas ou incondicionadas à liberdade de expressão do pensamento, mas, no entanto, não lhe opôs, abertamente, qualquer restrição.

É errôneo supor ou imaginar que a interpretação jurídica do direito à livre expressão, previsto no rol exemplificativo do art. 5º, CR, deva ser operada de modo isolado, dissociado em relação aos demais incisos daquele mesmo artigo. Ao contrário: resta nítido que a proscrição da discriminação por qualquer fundamento, nos artigos 3º e 5º do texto da Constituição, opõe *limite de conteúdo implícito* ao exercício da manifestação pública do pensamento. Deve-se questionar, contudo, se tais limites são *úteis e necessários* para o fomento do debate público, ou se são *perniciosos*, ao *ocultar* os discursos preconceituosos subjacentes em diversas instâncias da vida em sociedade, mormente no plano jurídico.

⁶ Art. 153, § 8º, CR/1969: É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão a ordem ou preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.

⁷ Art. 220, CR: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...) § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. Art. 221, CR: A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Os valores expressos na Constituição da República condicionam-se e restringem-se mutuamente. O princípio da *concordância prática* ou da *harmonização* (MORAES, 2003:61) deve ser empregado para extrair um sentido e uma ordem axiológica do texto maior, seja no momento da elaboração da lei penal, seja no momento da aplicação da lei. Há de se questionar, sobretudo, qual a finalidade mais imperativa, qual o objetivo superior no aparente conflito entre a manifestação do pensamento e a preservação da dignidade e da respeitabilidade de minorias socialmente fragilizadas. É preciso, pois, examinar o sistema jurídico, e, logo, o sistema penal, a partir de um prisma *funcional*, direcionado a *fins*.

3. Sobre os indicativos constitucionais de incriminação.

Em 1970, o professor emérito de Direito Penal da Universidade de Munique, Claus Roxin, editou obra indispensável para a compreensão do direito penal contemporâneo – o manifesto *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Neste livro, Roxin propugna que o sistema dogmático do direito penal deve ser integrado pelas decisões político-criminais que o pautam, dando origem ao sistema que a doutrina hoje denomina *teleológico-racional* ou *funcional-teleológico*. Esta consideração é extremamente relevante para o estudo das categorias analíticas do crime e de suas conseqüências no plano da regulação social, entre as quais se situa o tipo legal de crime – segundo o autor, o “próprio princípio *nullum-crimen* possui, ao lado de sua função liberal de proteção, a finalidade de fornecer diretrizes de comportamento; através disso, torna-se ele um significativo instrumento de regulação social” (ROXIN, 2002:14-15). No tipo legal de crime, o *bem jurídico-penal* assinala um *valor* a ser *protegido* e *promovido*, pois representa “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos” (ROXIN, 2006:18-19). O direito penal pode até *fomentar* condutas valiosas. Segundo Roxin,

todo tipo deve ser interpretado segundo o fim da lei (teleologicamente), é dizer, de tal maneira que se abarquem completamente as condutas desaprovadas legalmente e portanto careça de lacunas o efeito motivador preventivo-geral. Mas, por outra parte, uma prevenção geral eficaz também pressupõe uma precisão da lei a mais exata e fiel a seu teor que seja possível, como o exige o princípio *nullum crimen sine lege* (art. 103 II GG), incluído constitucionalmente (...) Deste modo, o tipo se encontra, de antemão, no campo de tensão entre o fim da lei e a precisão da lei. (ROXIN, 1997:219) (tradução nossa).

A interpretação dos tipos legais de crime, a partir da proposição de Roxin, deve considerar não apenas o *valor* que a instituiu – o bem jurídico-penal – e lhe emprestar a maior amplitude possível, como também há de ser restringida pelo teor literal, pela *expressão verbal* dos preceitos incriminadores. O direito penal ainda persiste como a *ultima ratio legum*, de modo *subsidiário* e *fragmentário*. A interpretação analógica *in malam partem* e a pretensão de tutela do bem jurídico além dos parâmetros legais razoáveis devem ser igualmente afastadas.

A partir do ponto de vista funcionalista-teleológico, “o trabalho do dogmático é identificar que valoração político-criminal subjaz a cada conceito da teoria do delito, e funcionalizá-lo, isto é, construí-lo e desenvolvê-lo de modo a que atenda essa função da melhor maneira possível” (GRECO, 2000:135).

A Constituição da República, para uma compreensão funcional-teleológica do sistema penal, fornece não apenas as idéias de sua supremacia e de seu poder normativo – as lógicas conseqüências do poder de *revisão judicial* das leis inconstitucionais e da *exigibilidade judicial* de seus comandos (inconstitucionalidade por omissão), que não mais são enxergados, apenas, como “programas” ou “desejos”, e sim como *normas jurídicas* –, mas também as *pautas axiológicas* centrais de uma dada ordem jurídica. Interpretar as leis (penais) é, simultaneamente, *interpretar e aplicar a Constituição*, enquanto *pré-concepção, prisma e objetivo* a partir do qual se vislumbra o sentido adequado das normas jurídicas infraconstitucionais. Os tipos legais de crime, tanto em sua formulação legislativa quanto em sua aplicação

cotidiana perante o Poder Judiciário, acham-se constrangidos entre os contrapostos valores da liberdade individual e do bem jurídico-penal tutelado, sendo que apenas a dignidade deste último é capaz de justificar o cerceamento da primeira – *nullum crimen, nulla poena sine necessitate*. A melhor interpretação dos preceitos incriminadores deve, a um só tempo, maximizar a proteção do bem jurídico-penal e a liberdade individual de atuação, na forma do dispositivo típico legislado.

Emprestou-se, desde logo, novo fôlego aos debates doutrinários sobre os critérios legislativos de seleção e de tipificação criminal das condutas social e juridicamente ofensivas a bens jurídicos fundamentais. A capacidade de rendimento do critério do objeto jurídico-penal em sua dimensão crítica ao sistema penal, é dizer, como limite à *atividade legislativa* de incriminação de condutas, figura como contencioso tópico no campo teórico, sendo que alguns autores chegam a prescindir deste critério, afirmando que o que se deve proteger são as expectativas de conduta num dado sistema social, e que o “direito penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos” (JAKOBS, 2005:34). Esta conclusão, contudo, não é partilhada pelos adeptos do sistema funcional-teleológico do direito penal – no entendimento de Roxin, “um sistema social (...) não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento” (ROXIN, 2006:33). Tais bens jurídico-penais, ainda, “não têm uma validade natural infinita; preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais” (ROXIN, 2006:36). A sanção criminal atribuída a uma dada conduta, como uma escolha político-jurídica de uma sociedade histórica, cultural e economicamente determinada, é precária e sujeita a mudanças. Não é possível defender, no atual estado da arte, a noção de “crime natural”, ou de ilicitude pré-jurídica, como se imaginava no século XIX.

Neste quadro, as chamadas *indicações constitucionais de incriminação* oferecem um problema privilegiado de estudo à luz do sistema funcionalista-teleológico. Tratam-se, em breve definição, de normas e disposições constitucionais que ordenam ao legislador

ordinário a edição de normas penais incriminadoras (tipos legais de crime), designando, em sede suprema, a *ilicitude penal* de dadas condutas. Um exemplo textual de uma indicação constitucional de incriminação é encontrado no art. 5º, inc. XLII, CR, que incrimina a “prática do racismo”.

O texto constitucional, embora reflita as preocupações e as experiências do passado, é redigido sempre com vistas ao futuro. Seu intuito de permanência transparece nas normas que regulam e condicionam o procedimento de reforma constitucional (art. 60, CR). Desta forma, a inserção de normas constitucionais que condicionam o legislador ordinário a criar preceitos penais funciona em três planos complementares: *a*) indica-se um valor social juridicamente precioso, cuja proteção é desejável, mas não necessariamente obrigatória (eleição constitucional de um bem jurídico-penal); *b*) elege-se a via de repressão a ser aplicada – o direito penal –, muitas vezes antecipando, em relação à lei ordinária, dados sobre a natureza da pena a ser cominada (*e.g.*, pena restritiva de liberdade – reclusão ou detenção), os benefícios de execução cabíveis ou inaplicáveis (*e.g.*, imprescritibilidade, não suscetibilidade de anistia ou de graça), *e/* ou as circunstâncias do processo criminal (*e.g.*, inafiançabilidade); *e c*) proíbe-se a *legalização expressa* ou mesmo a *regulação jurídica* das condutas contra as quais a Constituição manda instituir penas criminais. Nada impede, contudo, que tal conduta venha a ser situada em um *campo livre de direito*, nem proibida expressamente, nem permitida ou regulada por normas jurídicas.

Uma concepção *estrita* da vinculação constitucional do direito penal – partidária da seleção de bens jurídico-penais apenas entre os *valores expressos textualmente* na Constituição – deve ser rechaçada. A um, porque esta visão retira do direito penal qualquer pretensão de autonomia, subsistindo apenas como uma ordem sancionadora de condutas previamente selecionadas pelo constituinte (SALES, 2004:108-109). A dois, e mais seriamente, porque “essa concepção determinaria o imobilismo do direito penal, alienando-o da realidade sociopolítica, bem como das conquistas industriais, do desenvolvimento tecnológico e científico, do emergir de novas e

sofisticadas formas aparecimento do fenômeno criminal” (SALES, 2004:109). É dizer, nem todo bem jurídico-penal deve ser previsto, expressamente, na Constituição, mas todo bem jurídico-penal deve possuir dignidade equiparada ao valor constitucional da liberdade para justificar sua proteção por esta grave via.

Conclui, categoricamente, Sheila Jorge Selim de Sales, ao demonstrar que, “mesmo sendo impossível extrair da Constituição ou do sistema social um conceito de bem jurídico que vincule o legislador penal, [é] impossível desconhecer que da Constituição assurgem significativas indicações político-criminais” (SALES, 2004:111). A Constituição da República *elege bens jurídico-penais*, mas os bens jurídico-penais *não estão indicados*, de modo *expresso e exaustivo*, no texto da Lei Fundamental.

É possível entender que a Constituição funciona, em igual medida, como *limite negativo (proibitivo) da incriminação*, conforme são consagrados, na Lei Maior, direitos e garantias fundamentais. A preservação da privacidade e da inviolabilidade domiciliar, bem como o pluralismo moral e o caráter leigo do Estado, por exemplo, asseguram, de modo reflexo, que o aparelho político não pode incriminar condutas que se desenvolvem no âmbito da vida íntima dos cidadãos, tais como determinadas práticas de higiene ou condutas sexuais, estas últimas praticadas entre adultos dispostos e capazes de consentir (ROXIN, 1993:29-30).

Em relação ao *primeiro plano* das indicações constitucionais de incriminação, é possível asseverar que a Constituição exerce *função positiva* (identificação expressa ou implícita, ante o *não conflito* do valor a ser preservado com o texto constitucional, de valores sociais a serem penalmente salvaguardados) e *função negativa* (exclusão da proteção de valores conflitantes com o texto constitucional, proteção dos direitos fundamentais contra incriminações abusivas), quando da seleção legislativa dos bens jurídico-penais.

As indicações constitucionais de incriminação, em determinados casos, conformam a atividade do legislador ordinário não só na determinação do bem jurídico a ser protegido, como também nos mecanismos legais de proteção e na gravidade do juízo criminal de

reprovação. Nossa Constituição analítica determinou que a prática do “racismo” é “crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão”. Caso o projeto de lei apresentado para incriminar as condutas de racismo tipificasse, *e.g.*, infração sancionada com a pena de detenção, incumbir-se-iam os órgãos competentes – as comissões parlamentares, o Presidente da República ou mesmo o Poder Judiciário – de declarar a *inconstitucionalidade material* da lei, ante a omissão da medida sancionadora constitucionalmente prevista – hipótese que chegou a ser examinada por Francesco Palazzo, e foi por ele denominada de “declaração de inconstitucionalidade de uma norma específica *enquanto insuficientemente tutelativa* de um determinado bem ou interesse” (PALAZZO, 1989:107).

A declaração de inconstitucionalidade se afigura como a única alternativa possível, vez que o intérprete não poderia agravar, mediante *interpretação conforme a Constituição*, um preceito penal fixado previamente em lei. Recorde-se, novamente, a proibição da analogia *in malam partem*, vigente no direito penal contemporâneo (art. 5º, inc. XXXIX, CR). O controle de constitucionalidade, como parece indicar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ordem de *habeas corpus* nº 82.959-7/SP, pode ainda decotar restrições legais que *extrapolam* a indicação constitucional de incriminação, como era o caso da proibição do cumprimento da pena sob o regime progressivo, disposta pelo art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei Federal nº 8.072/1990), e que não encontrava lastro na indicação constitucional de incriminação prevista no art. 5º, XLIII, CR.

A Constituição da República, no *segundo plano* das indicações constitucionais de criminalização, oferece uma *dupla pauta* – *todas* as restrições mencionadas na indicação *devem* ser reproduzidas na lei penal incriminadora, mas esta última *não pode* conter *qualquer restrição* que ultrapasse os marcos *já determinados*, previamente, na indicação constitucional, ou que fira os direitos e garantias fundamentais não excepcionados pela mesma indicação. Trata-se de uma interpretação equilibrada, de modo a evitar a extrapolação dos preceitos incriminadores previstos constitucionalmente.

Por fim, o fato de o texto constitucional determinar a proibição criminal de uma determinada conduta veda a adoção de legislação permissiva ou reguladora de tal atividade. Não se admitirá, em qualquer hipótese, a prática do racismo como política de Estado, ou como atitude permitida aos cidadãos da República Federativa do Brasil, nem, por exemplo, a prática da tortura ou do terrorismo. Questiona-se, no entanto, se o Estado brasileiro é *obrigado* a tipificar tais condutas como crimes, ou, se uma vez tipificadas legalmente, a lei revogadora destes preceitos criminais não seria *a priori* e materialmente inconstitucional. Ao tratar das indicações constitucionais de incriminação, afirma Bianchini que o Poder Legislativo pode ser levado a editar a lei penal mediante ação de inconstitucionalidade por omissão, mas isso “não quer significar que outras análises sejam dispensadas, para se concluir pela necessidade de criminalização” (BIANCHINI, 2002:99). Em igual sentido, ressalta Luiz Flávio Gomes que “não existe, portanto, uma obrigação de criminalização ou penalização automática, senão só uma indicação do valor do bem jurídico referido” (GOMES, 2002:106). A *incriminação* das condutas constitucionalmente consideradas como crimes não é, necessariamente, obrigatória ou vinculante em relação ao legislador, mesmo que este seja suscetível, enquanto tal lei penal não for editada, a ações diretas de inconstitucionalidade por omissão⁸.

A norma *revogadora* da lei penal instituída em atendimento a uma indicação constitucional de incriminação é, por sua vez, inconstitucional?

Entende-se que as indicações constitucionais de incriminação não podem *imobilizar* a ordem jurídica ou *deter o curso* da evolução social. Se dada conduta social é considerada socialmente aceitável e inofensiva, a Constituição não pode preservar, em detrimento do

⁸ Atualmente, é possível vislumbrar o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em matéria penal, para instar o legislador ordinário a tipificar, como ilícito penal, a prática do terrorismo. Neste tocante, resta sem o devido atendimento o art. 5º, inc. XLIII, CR. A tipificação do crime de tortura, também mencionado no mesmo inciso, só se operou em 1997, passados quase nove anos da entrada em vigor da Constituição da República de 1988.

convívio social, uma incriminação superada. Em outras palavras, a maior parte das indicações constitucionais de incriminação pode ser *revogada* ou *reformada* mediante a apresentação de uma emenda constitucional. Em relação à prática da discriminação, este último raciocínio é certamente inaplicável, por se tratar de norma que protege direitos individuais, cuja supressão por emenda constitucional é proibida (art. 60, § 4º, CR).

Quanto à lei revogadora do preceito penal que atende a uma indicação constitucional de incriminação, forçoso é salientar que a mesma *não será, necessariamente, inconstitucional*. Se a *autorização* a uma conduta constitucionalmente reprovada é, claramente, *inconstitucional*, a mera *inexecução* do mandamento constitucional de incriminação, ou melhor, a *revogação*, pura e simples, da norma penal incriminadora inspirada pelo texto constitucional não é inconstitucional. Vez que a norma constitucional não possui aplicabilidade direta no *processo criminal*, que só pode ser instaurado com base em norma legal (ordinária) e prévia ao fato incriminado, nos termos do art. 5º, inc. XXXIX, CR, o legislador, no exercício de sua discricionariedade e a bem da liberdade individual, direito constitucionalmente previsto, pode revogar o tipo penal desnecessário, impróprio ou ineficaz.

A dignidade constitucional de um bem jurídico-penal, portanto, não é o único critério a ser empregado na tipificação de condutas puníveis. Há de se observar, ainda, se o recurso à lei penal é, igualmente, útil e necessário. Os pressupostos materiais mínimos de criminalização, segundo Alice Bianchini, são:

1. só podem ser tutelados aqueles bens e valores imprescindíveis ou fundamentais para a sociedade ou para o indivíduo (*princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*), o que concede ao direito penal um caráter fragmentário;
2. as condutas a serem criminalizadas não de ofender ou colocar em perigo bens fundamentais para a sociedade ou o indivíduo (*princípio da ofensividade*), excluída de qualquer possibilidade de incriminação aquelas ofensas (ou risco) de pequena monta, nas quais subsiste uma escassa ofensa (*princípio da insignificância*). Ambos os princípios, da mesma forma que o anterior, decorrem do caráter fragmentário do direito penal;

3. a criminalização de determinada conduta que ofenda bens ou valores fundamentais de forma grave ou que os tenha exposto a perigo idôneo só se justifica se a controvérsia não pôde ser resolvida por outros meios de controle social, seja formal ou informal, menos onerosos (*princípio da necessidade*), o que caracteriza o direito penal como sendo subsidiário;
4. mesmo à falta de outro meio de controle menos gravoso que possa ser utilizado, o direito penal há que se mostrar capacitado para alcançar o fim de reduzir as cotas de violência (*princípio da adequação*);
5. esta capacidade encontra-se condicionada, ainda, pela verificação dos custos sociais e individuais que os instrumentos utilizados acarretam, de forma que um meio, idôneo que seja, quando não puder compensar os custos não se encontrará legitimado (*princípio da proporcionalidade em sentido estrito*). (BIANCHINI, 2002:141-142).

Passa-se, a partir deste ponto, a examinar o complexo fenômeno do discurso de ódio ou preconceituoso, e o problema de sua proibição pela via jurídico-penal.

4. O discurso proibido e as contra-indicações da incriminação.

A sociedade contemporânea já era, mesmo antes dos avanços tecnológicos, uma *sociedade de discursos*. Nas palavras de Michel Foucault, em sua aula inaugural no *Collège de France*, proferida em 1970, nas sociedades “a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade” (FOUCAULT, 2001:8-9). Determinados discursos são valorizados, outros são rechaçados, por razões muitas vezes não ditas. Um dos mecanismos mais conhecidos de gestão e de controle dos discursos é a *interdição*:

Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala: temos aí o jogo de três tipos de interdições que se cruzam, se reforçam ou se

Marcelo Sarsur Lucas da Silva

compensam, formando uma grade complexa que não cessa de se modificar. Notaria apenas que, em nossos dias, as regiões onde a grade é mais cerrada, onde os buracos negros se multiplicam, são as regiões da sexualidade e as da política: como se o discurso, longe de ser esse elemento transparente ou neutro no qual a sexualidade se desarma e a política se pacifica, fosse um dos lugares onde elas exercem, de modo privilegiado, alguns de seus mais temíveis poderes. Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é apenas aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar. (FOUCAULT, 2001:9-10)

A proibição de dados conteúdos discursivos não pertence, unicamente, ao direito. Outras ordens coercitivas de normas sociais – a etiqueta, a religião, entre todas – também trabalham com a dicotomia discurso autorizado / discurso desautorizado, na forma da fala “inconveniente”, “desagradável”, “herética”. Mesmo a interdição do discurso em razão do *caráter pessoal do falante* – algo que, a princípio, parece afrontar a consagração constitucional do princípio democrático e o direito à igualdade – ainda subsiste no ordenamento jurídico contemporâneo: destaque-se a necessidade de *patrocínio* das causas judiciais por *advogado devidamente registrado* nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de inépcia da petição inicial, ou de ausência da defesa técnica no processo criminal. Note-se que, em outras ordens jurídicas, é possível ao acusado dispensar seu defensor técnico e proceder, sozinho, à apresentação de sua defesa criminal, sem que isto provoque, *per se*, uma nulidade processual. Não se reconhece à *voz do acusado* a capacidade de proferir o *contra-argumento discursivo jurídico* à imputação criminal por ele sofrida.

A proibição jurídica de um enunciado ou de uma idéia nada mais representa que uma interdição de conteúdo, um “tabu do objeto”, acolhido pela norma jurídica. As declarações de direitos humanos, em prol da preservação das minorias, opuseram à liberdade de expressão

o limite material da proibição do discurso preconceituoso ou racista – discurso este que, logo antes do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ousou intitular a si mesmo de “científico”, de dotado de verdade. A ideologia eugênica corrente na Europa do início do século XX fomentou as armas e as atrocidades do nacional-socialismo, e a interdição discursiva parece ínfima sanção em face da barbárie visitada sobre a Europa.

Em primeiro exame, não parece reprovável ou mesmo errôneo eliminar o discurso de ódio do debate público. A liberdade de expressão, enquanto fundamento de um Estado democrático, é protegida por ser necessária para a instituição de um livre intercâmbio de idéias, condição básica para a formação de escolhas informadas pelo público e para a eleição de alternativas políticas. Um governo popular, conduzido pela maioria dos cidadãos, deve ser controlado por um público vigilante e bem instruído quanto às questões de seu interesse. Na dimensão privada, a livre expressão das idéias, a liberdade autoral no plano das artes e das letras, é um desdobramento do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, valor supremo de toda e qualquer ordem jurídica, não só da Constituição (art. 1º, inc. III, CR).

Para muitos partidários da incriminação dos discursos preconceituosos, tais manifestações não enriquecem o debate público, e têm a nítida intenção de diminuir ou de silenciar as vozes de grupos minoritários, já fragilizados do ponto de vista econômico, histórico ou cultural. “O discurso de incitação ao ódio é regulado pelo Estado fundando-se na teoria de que tal expressão denigre o valor e merecimento de suas vítimas e dos grupos aos quais elas pertencem.” (FISS, 2005:40). Partilha desta posição Claus Roxin, ao enunciar que, “quando o legislador alemão sanciona com pena a discriminação de setores da população (a incitação ao ódio ou a utilização de medidas violentas, ou ao desprezo) isto é fundado, pois é tarefa do Estado assegurar aos cidadãos uma vida em sociedade, livre do medo” (ROXIN, 2006:22). É difícil, para não dizer inviável ou impossível, afastar a primeira consideração. O atual estado das ciências sociais e biológicas indica que a crença em “raças superiores”, ou em “povos

escolhidos”, ou mesmo no “homossexualismo como um crime contra a natureza” são, sem exceção, infundadas ou desprovidas de mérito. As “adições” ao debate público geradas pelo discurso preconceituoso, se é que existem, são ínfimas, muito menores que o custo social por ele cobrado. O discurso preconceituoso, como ensina a história, não prospera por seu valor ou por seu poder de convencimento, mas por sua capacidade de sobreviver à ilustração.

A salvaguarda das minorias contra o discurso preconceituoso, embora fundada na legítima preocupação quanto à capacidade daqueles grupos em participar dos debates travados na seara pública, não se justifica plenamente sob o estrito escrutínio da igualdade de todos perante a lei. A proibição de uma modalidade de discurso preconceituoso, em detrimento das demais, promoveria a quebra da isonomia entre grupos sociais de pensamentos diversos, minando a própria noção de igualdade. Assim o magistério de Ronald Dworkin:

Há quem afirme que a expressão de opiniões pejorativas com relação a grupos raciais, étnicos ou sexuais prejudica a igualdade dos cidadãos porque, além de ofender os cidadãos que são seus alvos, também prejudica sua própria capacidade de participar da política como iguais. Diz-se que o discurso racista, por exemplo, “cala” as minorias raciais que são seus alvos. A força empírica dessa ampla generalização é incerta: não está clara a extensão do impacto que tal discurso tem e sobre quem. Mas, de qualquer forma, seria um grave mal-entendido da igualdade dos cidadãos, e da concepção geral de democracia participativa, supor que permitir a livre circulação até de opiniões políticas psicologicamente danosas ofenda a igualdade em questão. A igualdade dos cidadãos não pode exigir que eles sejam protegidos pela censura, mesmo contra as crenças, convicções ou opiniões que dificultem para elas conquistar atenção para suas opiniões em um concurso político justo, ou que prejudiquem sua própria opinião sobre si mesmos. Não seria possível generalizar um direito a tal proteção – um cristão fundamentalista, por exemplo, não poderia ser protegido de tal forma – sem proibir completamente o discurso e a expressão de opiniões. Precisamos atacar coletivamente o preconceito e a predisposição, mas não assim. (DWORKIN, 2005:514-515)

Há, decerto, outros mecanismos estatais de contraposição ao discurso racista e preconceituoso, no plano das políticas públicas

de comunicação social, mais eficazes e menos controversos que a própria incriminação. Contudo, os adeptos da tese da criminalização a preferem, entre outras razões, para enfatizar a *seriedade* e a *gravidade* desta prática nociva.

Infelizmente, os defensores desta convicção esquecem-se, em muitos casos, da *lei das conseqüências indesejadas*. A proibição dos discursos de ódio, ao invés de limitá-los ou de contribuir para a sua eliminação, possui três desvantagens: *oculta* o real tamanho do problema do preconceito, reduzindo-o a uma manifestação *marginal*; *não combate as causas originárias* da discriminação, nem *educa* os partidários destas opiniões; e, por fim, *reforça* o sentimento de inferioridade e de separação que sustenta o próprio preconceito.

O discurso juridicamente proibido – e, de forma mais nítida, o discurso *penalmente* proibido – ocupa, no plano do debate público, um *não-lugar*. Uma vez incriminado, o discurso não pode mais ser avaliado em seu mérito, ou seja, em seu conteúdo. *É proibido*, e fim. O juízo de proibição substitui-se ao consenso público, e elimina, por ato estatal, aquele enunciado que fora reputado, com acerto, como socialmente nocivo.

O resultado desta exclusão é a *remoção do discurso nocivo*, não de forma definitiva, mas precária, *dependente* da norma incriminadora. O consenso imposto não possui a mesma abrangência, ou a mesma adesão, do consenso, público e aberto, formado após o debate sobre as manifestações preconceituosas. Por mais que se afirme que a Constituição da República é uma legítima manifestação das aspirações do povo brasileiro e que a mesma apenas manifestou o repúdio popular a manifestações de preconceito; ou que a maioria do público, se consultado em pesquisa de opinião ou em referendo popular, rejeitaria, peremptoriamente, as manifestações de preconceito em nossa sociedade; ou que os representantes do povo, reunidos no Parlamento, desfrutam de bastante legitimidade e autoridade para proibir esta odiosa forma de discurso, é nítido que tais considerações não são capazes de explicar a incrível sobrevivência (ou melhor, *persistência*) destas modalidades de discriminação na sociedade. Se alguma destas considerações anteriores fosse inteiramente procedente,

é dizer, se a rejeição ao racismo e ao preconceito fosse de tal maneira ampla em nossa sociedade, não seria preciso defender nem mesmo a *manutenção* das normas incriminadoras dos discursos preconceituosos, nem sua *expansão* a outras formas de preconceito, vez que o problema originário – a chaga da discriminação de raça, sexo, idade, cor, religião, origem nacional ou regional, ou de orientação sexual – encontrar-se-ia *extirpada*, de modo definitivo, do seio da sociedade. Não é este, infelizmente, o caso.

O discurso público – a crença difusa no corpo social, a “versão oficial” da história social que se experimenta diuturnamente – sustenta, e é reforçado pela existência de normas proibitivas do discurso racista ou preconceituoso, que o Brasil é, *real e atualmente*, a sociedade descrita no Preâmbulo da Constituição de 1988: “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Os mitos nativos do pacifismo e da origem miscigenada sustentam o “preconceito à brasileira”, entrecortado por risadas, incongruente em suas premissas. No magistério de Katia Elenise Oliveira da Silva, “o não reconhecimento do Brasil como um país com sérios problemas de racismo ainda é uma conduta comum entre os brasileiros e, conseqüentemente, também entre os operadores do Direito.” (SILVA, 2001:55).

Por um golpe de caneta, o legislador penal decidiu por *proscrever* os fenômenos complexos do racismo e do preconceito, incriminando suas manifestações. Tornou-se a manifestação de preconceito a *punível exceção*, e não mais a *regra*, absolvendo-se toda uma sociedade pela via indireta da incriminação de alguns, os *selecionados* a título exemplar pelo aparelho repressivo penal. Um bom exemplo é a repressão dos sítios da Internet que veiculam mensagens racistas e preconceituosas – os poucos que são removidos representam apenas uma ínfima fração das manifestações de preconceito efetuadas *online*, em listas de mensagens, salas de bate-papo, mensagens eletrônicas por *e-mail* ou por programas de comunicação (*Messenger*, *ICQ*), ou em “Comunidades” do sítio Orkut.

Sabe-se que as verdadeiras estatísticas das manifestações de preconceito não podem ser extraídas dos registros criminais e

de ocorrências policiais. Isto demonstra não apenas o despreparo do sistema penal para lidar com este fenômeno, como também a ausência de predisposição dos ofendidos, vítimas de preconceito, a comparecerem perante os órgãos policiais e judiciários em busca de seus direitos. Os órgãos estatais também carecem de uma abordagem transdisciplinar para os ofendidos pelas práticas preconceituosas, oferecendo não apenas o amparo jurídico-policial, como também assistência psicológica e social.

A incriminação, ao marginalizar os discursos preconceituosos, não contribui para a *prevenção* dos crimes de ódio. Ao contrário: por terem conhecimento da incidência da proibição, os autores destes delitos ativamente buscam a cobertura de disfarces e pseudônimos, ou, quando o fato punível é praticado na Internet, formas de ocultar sua identidade no acesso (*e.g.*, computadores em bibliotecas, universidades, etc., onde não há como determinar o usuário). A sociedade, destinatária da atuação preventivo-geral do direito penal, não percebe alterações no modo de vida preconceituoso sentido diariamente a despeito da edição da lei sancionadora, enfraquecendo-se a crença no sistema punitivo como um todo.

Quanto aos *autores* de condutas discriminatórias, os destinatários da atuação preventivo-especial do direito penal, estes não se atemorizam pela possibilidade de incidência da sanção, nem tampouco mudam de opinião em razão da aplicação da pena, quando efetivamente imposta. A persecução criminal por suas “crenças” acaba por servir como um contraproducente *reforço ao ideário preconceituoso*, à sensação experimentada pelo racista ou pelo homófobo, de que sua “causa” é “justa”, tanto que seu pensamento deve ser combatido pelo Estado, “manipulado pelo inimigo”. Some-se a isto o atrativo, especialmente presente para os mais jovens ou mais incautos, daquelas condutas socialmente reprovadas, independentemente dos fundamentos que sustentam tal proibição. O “fruto da árvore proibida” pode ser amargo, mas não perde sua dimensão tentadora.

A rejeição da diferença, entre seus diversos fatores psicológicos, surge também da necessidade de auto-afirmação, da valoriza-

ção de si, sentida pelo agente preconceituoso. A incriminação dos discursos de ódio parece ignorar que o direito penal, desde o século XVIII, abdicou por completo das pretensões de redimir as almas ou de purgar os pecados. A ideologia e os preconceitos não podem ser varridos pela ameaça da pena, independentemente de sua severidade, ou da reprovação social incidente sobre tais pensamentos.

5. Crimes de discriminação – entre a tutela eficaz e o simbolismo vazio.

Um dos equívocos operados pelo constituinte de 1988, na redação das indicações criminalizadoras do artigo 5º, incs. XLI e XLII, foi o de mesclar, em sua definição, as noções diferenciadas de *racismo*, *preconceito* e de *discriminação*. O primeiro é uma *ideologia*; o segundo, um *atitude interna*, psicológica; e o terceiro, uma *prática ofensiva ao direito à igualdade*. (SILVA, 2001:115). Apenas a *discriminação* pode ser coibida criminalmente – “por se manifestar em uma conduta, ou na vontade exteriorizada do homem, projetada no mundo, pode ser regulada pelo direito, desde que seja injusta e limite direitos constitucionalmente consagrados do indivíduo discriminado” (SILVA, 2001:116).

Destarte, os arts. 3º a 14 da Lei Federal nº 7.716/1989, por versarem sobre *condutas discriminatórias* – impedimento ou restrição de acesso a serviços, locais, ou oportunidades educacionais e empregatícias – não são, de qualquer modo, ineficazes ou inconstitucionais. Pelo contrário: tais preceitos de preservação ao princípio constitucional da igualdade devem ser *aplicados e exigidos* pelas autoridades públicas. As discriminações *penalmente relevantes*, descritas no art. 1º da Lei 7.716/1989, relacionam-se a fatores de “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. O Projeto de Lei da Câmara dos Deputados (PLC) nº 122/2006, de autoria da Deputada Federal Iara Bernardi (PT/SP), em seu art. 3º, insere neste rol mais quatro formas de discriminação relevantes: discriminação por *gênero* (associação de papéis e funções, usualmente, mas não necessariamente conforme o sexo), *sexo* (aparelho reprodutivo visível, geneticamente

predisposto), *orientação sexual* (atração sexual e afetiva por outros indivíduos, independente do sexo) ou por *identidade de gênero* (auto-reconhecimento como pertencente a um determinado gênero). O preconceito contra mulheres e homossexuais, entre outros, passa a ser proibido mediante incriminação. Tal inovação é positiva, na medida em que se aplica às condutas discriminatórias inscritas nos arts. 3º a 14, da Lei Federal nº 7.716/1989.

Quanto ao *impróprio* art. 20, da Lei Federal nº 7.716/1989, o mesmo versa sobre *três condutas diferentes: praticar, induzir ou incitar* a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O PLC nº 122/2006, em seu art. 8º, modifica a redação do artigo para contemplar as modalidades de preconceito ou discriminação de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, nos moldes do art. 1º da Lei.

Segundo Katia Elenise Oliveira da Silva, o art. 20 é um “tipo penal aberto para os crimes de discriminação, desde que envolvessem raça, etnia, cor, religião e procedência nacional” (SILVA, 2001:78). Trata-se de uma *figura subsidiária*, invocável quando os demais tipos legais de crime – arts. 3º a 14 da Lei – não se encontram devidamente preenchidos.

Contudo, o mesmo art. 20 pretende reprimir as práticas de *preconceito*, o que é penalmente impossível, dado que se tem por alvo uma predisposição psíquica, interna do sujeito ativo. O direito penal não pode pretender coibir pensamentos ou visões de mundo, senão *condutas* praticadas no plano social. Em relação aos dois últimos núcleos do tipo legal de crime, percebe-se notavelmente o equívoco da Lei 7.716/1989 e de sua eventual reforma, caso seja aprovado o PLC nº 122/2006. O discurso crítico a determinadas minorias pode ser interpretado, e geralmente o é, como *incitação à discriminação*. Desde a divulgação da ideologia racista do nacional-socialismo até a divulgação de doutrinas religiosas, diversas manifestações do pensamento podem ser lidas como incentivos à prática da discriminação. Visível, nos exemplos, a ausência de *proporcionalidade* na tutela penal. Cabe ao operador do direito verificar, no caso concreto, a *atipicidade por ausência do dolo*, quando a manifestação de idéias

ou doutrinas não possui o fim de difundir uma visão preconceituosa. Desta forma, a repetição de crenças religiosas ou a leitura de textos bíblicos, mesmo que sejam reputados críticos ao homossexualismo, não se enquadra no tipo legal de crime se não possui o específico intento de conclamar outros a praticar atos de discriminação contra este grupo social. A incriminação do discurso preconceituoso, no caso concreto, acaba por fomentar a discórdia e a desconfiança de um grupo social contra outro, prejudicando o autêntico diálogo.

A ocorrência de condutas discriminatórias contra minorias, e em especial contra grupos minoritários quanto à orientação sexual, é um fato incontestável. Contudo, a lei penal não deve primar pela criação de figuras típicas simbólicas, nas quais inexiste um bem jurídico nítido ou uma ofensa apta a justificar a imposição da pena privativa de liberdade⁹.

⁹ Um exemplo desta tutela penal simbólica pode ser encontrado no PLC nº 122/2006, quando este pretende tipificar, em um futuro art. 8º-B, da Lei Federal nº 7.716/1989, a conduta punível de “proibir a livre expressão e manifestação da afetividade do cidadão homossexual, bissexual ou transgênero, sendo estas expressões e manifestações permitidas aos demais cidadãos ou cidadãs”. Trata-se da criminalização da “proibição” de manifestações afetivas homossexuais em público, como ocorreu num *shopping center* da cidade de São Paulo, em 2003, motivando um protesto da comunidade *gay* daquela cidade. O tipo legal de crime dá a entender que tal proibição não seria permitida nem mesmo em espaços *privados, fechados ao público*. Ademais, ao se constranger alguém, mediante ameaça, a deixar de fazer algo que a lei permite – a manifestação de afeto pública *permitida* a casais heterossexuais – incorre o autor da ação, em teoria, às penas delimitadas na conduta de *constrangimento ilegal* (art. 146, CPB). Tal tipificação, conclui-se, é inconstitucional e imprópria, ao abarcar espaços privados, ou desnecessária, vez que a lesão à *liberdade de amar* do casal homossexual pode ser remediada com o devido recurso ao Código Penal brasileiro. Melhor seria se a lei penal se pusesse à margem dos juízos de valor sobre as relações íntimas e afetivas, ou se os padrões correntes de pudor demandassem maior discricção nas manifestações de afeto em público, heterossexuais ou não.

6. Conclusão.

Perguntava Michel Foucault, em sua aula inaugural: “Mas, o que há, enfim, de tão perigoso no fato de as pessoas falarem e de seus discursos proliferarem indefinidamente? Onde, afinal, está o perigo?” (FOUCAULT, 2001:8). O *perigo do discurso*, ou melhor, do *discurso não regulado*, é conhecido igualmente pelas democracias constitucionais e pelos Estados autoritários. Bem conhecia Foucault os riscos, teóricos e concretos, da disseminação dos discursos – em suas pesquisas posteriores, o autor desnudou as imbricações e liames entre os *discursos*, os *saberes* e o exercício difuso dos *poderes* em nossa sociedade.

Os discursos, *valiosos* ou *odiosos*, devem circular no pensamento social, *viver* ou *morrer* por seus méritos e por suas mensagens. Deve-se buscar a consagração do *debate amplo e livre*, em especial sobre as perniciosas formas de discriminação que resistem, na sociedade, ao passar do tempo. Ao examinar o PLC nº 122/2006, é difícil deixar de constatar que muito mais e melhor se faria no combate ao preconceito baseado na orientação sexual se o Congresso Nacional aprovasse regras para o reconhecimento das *uniões civis de pessoas do mesmo sexo*. O poder de encerrar a discriminação legal já está ao alcance do Estado brasileiro. *Como combater a discriminação nas mentes, se a mesma está consolidada nas leis?*

Ao se preservar o “tabu do objeto” em relação ao discurso preconceituoso, a legislação concede ao mesmo uma força de convencimento e de destruição que este não possui. Não se duvida, entretanto, que o discurso preconceituoso, se divulgado sem critérios, pode provocar prejuízos. A abertura discursiva ora proposta precisa ser acompanhada por um reforço das habilidades dos grupos minoritários, vitimados pelo preconceito, em responder, habilmente, a estas formas de pensar. A igualdade nas manifestações culturais e de pensamento pode ser objeto de uma ativa política de Estado, com vistas a capacitar e amplificar os discursos e as aspirações dos grupos sociais sensíveis. Se silenciar o discurso preconceituoso é uma aspiração da coletividade, deve-se perguntar qual silêncio se busca: o *silêncio incômodo* da proibição, ou se o silêncio advindo da *concordia* e do *consenso*.

Referências bibliográficas

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 163 p. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 7)

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 122, de 15 de dezembro de 2006. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.849, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. *Diário do Senado Federal*, Poder Legislativo, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2006/12/14122006/38854.pdf>>. Acesso em 31 mar. 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Trad. Roneide Venâncio Majer. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. 698 p. (A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura, Volume 1).

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. Rev. técnica Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 689 p.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**. Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Trad. e prefácio Gustavo Binenbojm, Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 148 p.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. 7. ed. São Paulo: Loyola, 2001. 79 p. Coleção Leituras Filosóficas.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 175 p. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 5)

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 120-163, out./dez. 2000.

JAKOBS, Günther. O que protege o Direito Penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? *In*: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Coords.). **Direito penal e funcionalismo**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli, Lúcia Kalil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 31-52.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Um estudo comparado. Trad. Géron Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. 120 p.

PICHONELLI, Matheus; FERNANDES, Kamila. Acordo facilita o acesso a páginas suspeitas no Orkut. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 06 jul. 2007. Caderno Cotidiano. Disponível no endereço eletrônico: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0607200729.htm>>. Acesso em 27 mar. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 103 p.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Paula, Ana Isabel de Figueiredo. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993. 361 p.

_____. **Derecho Penal**. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. 1.071 p.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 99 p.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Trad. e org. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 65 p.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal.** Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 2004. 247 p.

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. **O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 159 p.

Agradeço aos colegas e amigos Gabriel Guerra, Gustavo Siqueira e à Professora Doutora Daniela de Freitas Marques pelas imprescindíveis sugestões de tema e de referências bibliográficas.