

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

CURSO DE DIREITO

LUIZ FERNANDO FERREIRA DA SILVA

**TUTELA PENAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DIANTE DAS
PRÁTICAS DE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA INTERNET**

NATAL/RN

2015

LUIZ FERNANDO FERREIRA DA SILVA

**TUTELA PENAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DIANTE DAS
PRÁTICAS DE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA INTERNET**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito à Universidade do Estado do Rio Grande do Norte-UERN, sob a orientação do Professor Me. Eduardo Cunha Alves de Sena.

NATAL/RN

2015

**Catálogo da Publicação na Fonte.
Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.**

Silva, Luiz Fernando Ferreira Da

Tutela Penal Do Direito Fundamental À Igualdade Diante Das Práticas De Preconceito e Discriminação Racial na Internet / Luiz Fernando Ferreira Da Silva – Natal, RN, 2015.

92 f.

Orientador(a): Prof. Ms. Eduardo Cunha Alves de Sena

Monografia (Bacharelado) Universidade do Estado do Rio Grande do Norte.
Campus de Natal. Curso de Direito..

1. Tutela Penal – Discriminação racial. 2. Crime na internet. 3. Direito fundamental. I. Sena, Eduardo Cunha Alves de. II. Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. III. Título.

LUIZ FERNANDO FERREIRA DA SILVA

**TUTELA PENAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DIANTE DAS
PRÁTICAS DE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA INTERNET**

BANCA EXAMINADORA

ORIENTADOR PROF. ME. EDUARDO CUNHA ALVES DE SENA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROF.^a MA. PATRICIA MOREIRA DE MENEZES
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

PROF. ESP. BRUNO JOSÉ SOUZA DE AZEVEDO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DATA DA APROVAÇÃO: ___/___/___

Aos meus familiares, Vera, Nenê, Jancleiton e Juliana, pelo incentivo constante e por tudo que representam para mim. Em especial, aos meus avós, Lourdes e Luís, que mesmo não estando mais presentes, sempre serão meus referenciais humanos.

Por fim, à minha noiva, Lana, pelo carinho, incentivo e paciência, por partilhar a vida comigo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus que acredito ter sempre me acompanhado e me protegido nos momentos mais importantes da vida. Tenho certeza que minha fé nesse ente superior me levou a alcançar o que de bom alcancei.

Ao Diretor da Escola Agrícola de Jundiaí, professor Júlio César, a qual sou grato por ter se solidarizado com meu comprometimento com as ciências jurídicas e, especificamente, por ter me concedido, em alguns momentos, liberação do trabalho para que eu pudesse exercer estágio profissional.

Ao amigo e professor, Severino, pessoa de papo sempre agradável e por quem tenho muito apreço, agradeço por ter analisado o abstract desse trabalho científico.

Ao professor Ivan Max, meu chefe imediato, sou grato pelo incentivo constante e pela amizade sincera, e por ter, em várias oportunidades relativizado meus horários de labor, o que me permitiu ter êxito nesse intento.

Aos meus amigos, intitulados “Cafuços” e a “Galera do Mal”, que entre um momento e outro de pausa no desenvolvimento dessas singelas linhas, me possibilitaram momentos de desopilação, os quais sempre me ajudaram a seguir a diante.

Ao meu orientador nesse enfretoamento, professor Eduardo Cunha Alves de Sena, em primeiro lugar, por ter aceitado ao convite de me conduzir nessa caminhada, e, posteriormente, por ter exercido tal função com tamanha competência, penso que sem suas indicações precisas não teria conseguido.

*“Não há outro meio de atalhar o arbítrio,
senão dar contornos definidos e inequívocos
à condição que o limita.”*

(Rui Barbosa)

*“Talvez não tenha conseguido fazer o
melhor, mas lutei para que o melhor fosse
feito. Não sou o que deveria ser, mas
Graças a Deus, não sou o que era antes”.*

(Marthin Luther King)

RESUMO

O desenvolvimento da tecnologia da informação possibilitou o surgimento da Internet, a qual se tornou o maior meio de comunicação social já criado pelo homem, revolucionando as formas de interação humana, relativizando a distância tempo e espaço na realização de atividades financeiras, bancárias, educacionais, comunicativas, afetivas, entre outras, o que impulsionou as diversas áreas do conhecimento humano, proporcionando desenvolvimento. Em outro turno, a Internet tem se tornado campo fértil para condutas indesejadas, entre elas, estão as práticas delitivas de preconceito e discriminação racial. Essas ações típicas ocorrem em uma linha tênue entre dois direitos fundamentais de maior importância, a liberdade, mais especificamente, a liberdade de expressão, e a igualdade. Isso porque, é comum a utilização, principalmente nas redes sociais, de manifestações de pensamento preconceituosas e discriminatórias, que são escondidas atrás do manto de uma liberdade de expressão absoluta, o que não pode ser de forma alguma tolerado, já que infligem o núcleo essencial de outros direitos fundamentais, configurando ilícitos penais, como é o caso. Além disso, tais condutas causam segregação de minorias, já tão perseguidas e discriminadas ao longo da história, promovem o discurso do preconceito e são incompatíveis com os valores democráticos consagrados na Constituição Federal de 1988, demandando uma pronta resposta do Direito. No conflito entre direitos fundamentais, quando as regras gerais de hermenêutica não se mostram mais eficientes, são utilizadas a ponderação e o postulado da proporcionalidade, podendo indicar o Direito Penal como solução mais plausível. Analisar o Direito Penal Mínimo, como instrumento de controle social, que assegure aos usuários da Rede Mundial de Computadores o exercício pleno da Liberdade de Expressão, em consonância com o texto constitucional, principalmente, com respeito ao princípio da igualdade racial, no que tange à incidência da Lei 7.716/89, a necessidade de desenvolvimento de um Direito Penal Informático e a utilização da técnica da dosimetria da pena, é o foco norteador do presente enfrentamento. Para tanto, essa pesquisa possui natureza exploratória, realizada com base no método de abordagem dedutivo, de procedimento bibliográfico, considerando ainda o estudo interdisciplinar e jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Discriminação racial. Internet. Tutela penal.

ABSTRACT

The development of information technology made possible the rise of the Internet, which has become the largest media outlet ever created by man, revolutionizing forms of human interaction diminishing the distance of time and space in performing financial activities, banking, educational, communicative, affective, among others, which drove the various areas of human knowledge, providing development. On the other hand, the Internet has become fertile ground for unwanted behaviors, among them are the criminal practices of prejudice and racial discrimination. These typical actions occur in a fine line between two fundamental rights of greatest importance, freedom, more specifically, freedom of expression and equality. This is because it is common to use, especially in social networks, prejudiced and discriminatory thought manifestations, which are hidden behind the cloak of an absolute freedom of expression, which can not in any way be tolerated, since they inflict the essential core other fundamental rights by setting criminal offenses, as is the case. Moreover, such conduct cause segregation of minorities, already so persecuted and discriminated against throughout history, promotes prejudice and speech are incompatible with democratic values enshrined in the Federal Constitution of 1988, demanding a prompt response of law. In the conflict between fundamental rights when the general rules of hermeneutics do not show itself to be efficient, they are used weighting and the principle of proportionality, which may indicate the criminal law as the most plausible solution. Analyze the Criminal Law Minimum like instrument of social control, to ensure users of the World Wide Web the full exercise of freedom of expression in line with the Constitution, particularly with respect to the principle of racial equality, regarding the incidence of Law 7,716 / 89, the need for development of a Criminal Law Computer and use of dosimetry pen technique, is the guiding focus of this coping. To this end, this research possess exploratory held based on the deductive method of approach, bibliographic procedure, also considering the interdisciplinary and country case study.

Keywords: Racial discrimination. Internet. Protection criminal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. APONTAMENTOS GERAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS	13
2.1. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO	21
2.1.1. Direito à liberdade	21
2.1.2. Direito à liberdade de expressão	27
2.2. DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE	31
2.3. CONFLITO APARENTE ENTRE A LIBERDADE E À IGUALDADE: A PODERAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.	37
3. DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL	44
3.1. TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PENAL MÍNIMO	44
3.2. CRIME DE RACISMO E INJÚRIA QUALIFICADA	49
3.3. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO QUANTO AOS CRIMES DE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL	57
3.3.1. Racismo à luz da Constituição Federal de 1988	57
3.3.2. Regulação federal do racismo: Lei nº 7.716/1989	59
4. DIREITO PENAL NA ERA DA INFORMÁTICA	63
4.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES VIRTUAIS	63
4.2. MARCO CIVIL DA INTERNET E O PAPEL DOS PROVEDORES DE ACESSO À REDE MUNDIAL: CENSURA PRIVADA?.....	67
4.3. DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA INTERNET E O DIREITO PENAL.....	72
5. CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	88

1. INTRODUÇÃO

A evolução da tecnologia da informação proporcionou o surgimento de um ambiente virtual, para o qual as relações humanas cotidianas têm migrado de forma crescente.

No âmbito da vida moderna, o ser humano está cada vez mais dependente da Internet para estabelecer as mais variadas formas de interação, que ocorrem sob a expressão de transações bancárias, relações comerciais, financeiras, educacionais, profissionais, comunicativas, afetivas, entre outras.

Não obstante os avanços trazidos pela Internet, esta tem sido campo fértil para o cometimento de práticas delituosas, impulsionadas, em parte, por sua filosofia liberal e pelo fundamento falacioso de ser este um ambiente sem lei, território onde tudo é possível e admitido ao ser humano.

As relações humanas no espaço cibernético vão muito além das fronteiras jurídicas dos Estados, dando ainda, a impressão de distanciamento por parte das autoridades repressoras e, conseqüentemente, deixa transparecer uma aparente sensação de impunidade, o que também contribui para o aumento de práticas delituosas no ambiente virtual.

Por esses e outros motivos, diz-se que no mundo virtual, assim como no real, há bens jurídicos que carecem de proteção, demandando do Direito Penal um olhar mais atento para essa nova realidade proporcionada pelo avanço da tecnologia da informação, principalmente, no que tange aos novos caminhos a serem trilhados pela Dogmática Jurídica, em virtude do debate que todo esse contexto traz, referente à questão da normatização dos crimes informáticos.

O Direito Penal, última linha de defesa do Estado Democrático de Direito, responsável pela harmonia social e manutenção da ordem pública, através do seu papel de controle social formal e subsidiário, não pode ficar alheio às novas situações jurídicas que ocorrem na Rede Mundial de Computadores, jamais imaginadas pelo legislador na elaboração da legislação incriminadora antes desse grande meio de comunicação e interação social.

O preconceito e a discriminação racial estão entre os delitos mais praticados na Internet, principalmente, nas últimas décadas, em que houve a popularização do computador, a democratização do acesso à rede mundial e o uso crescente do serviço de redes sociais virtuais como outra via de realização afetiva, aproximando

peças, mas, por outro lado, possibilitando a ocorrência de condutas indesejadas, principalmente, no tocante a crimes de intolerância racial.

Esse tipo de crime possui uma característica marcante: o exercício exacerbado da liberdade, mais especificamente, da liberdade de expressão, sendo esta tomada pelo criminoso como valor absoluto e ilimitado, além de justificativa legitimadora de práticas violadoras da dignidade racial na Internet.

Tem-se, portanto, um embate entre dois direitos fundamentais de maior grandeza, que através da técnica de ponderação de valores, pode ter como um dos caminhos possíveis, para a solução desse tipo de conflito aparente, as normas penais incriminadoras.

É preciso apenas, verificar se o Direito Penal posto está adequado ao combate dessas práticas delitivas na Internet, isso tudo, é claro, baseando-se na filosofia do modelo de intervenção mínima (ou Direito Penal Mínimo), com a observação ainda do princípio da proporcionalidade.

As potencialidades da Internet são imensuráveis, tanto para o bem, como para o mal, percebendo-se, em casos de crimes de intolerância racial, uma acentuação da agressão ao direito fundamental à igualdade dos discriminados. Isso porque, a rapidez com que as publicações de racismo (discurso preconceituoso ou de ódio) se propagam nesse meio é assombrosa, o que ocasiona ainda mais segregação e estigmatização de minorias, já historicamente tão perseguidas.

Ademais, a discriminação na Internet atinge um número indeterminado de pessoas e promove a bandeira do preconceito, o que é incompatível com os valores democráticos.

Essas questões têm se mostrado como um grande desafio para o Direito Penal, levando estudiosos da ciência delimitadora de comportamentos humanos a se questionarem sobre a necessidade ou não de uma reformulação legislativa nos tipos penais incriminadores, sendo o foco principal dessa pesquisa os tipos penais relacionados à intolerância racial na Internet.

A forma como se dá a tutela penal do direito constitucional à igualdade no mundo virtual, sem que ocorra supressão dos núcleos essenciais dos direitos envolvidos (igualdade e liberdade de expressão), confere ao presente estudo *status* de relevância acadêmica.

Esta investigação terá por embasamento teórico a pesquisa bibliográfica pertinente ao tema, o estudo de eventuais casos concretos, a legislação pátria

pertinente, e se possível, a comparada, não se afastando ainda da jurisprudência relativa aos tribunais superiores e à Suprema Corte.

Com base no planejamento realizado, essa pesquisa será dividida em três grandes pilares, versando o primeiro sobre os aspectos gerais dos direitos fundamentais, com especial atenção para a dignidade humana, para os direitos à igualdade, à liberdade e à liberdade de expressão, além do estudo dos postulados de solução de conflitos entre direitos fundamentais.

É vislumbrado a pertinência temática com o tema norteador da presente investigação, qual seja, preconceito e discriminação racial na Internet, ao debater a liberdade, mais precisamente no tocante aos limites da livre manifestação de pensamento, de modo a não agredir o princípio isonômico com a prática de discriminação na Rede Mundial de Computadores.

Em um segundo momento, será abordado o tema Direito Penal como instrumento de controle social, o que consiste em conceber que a ciência criminal é vinculada ao princípio da intervenção mínima. Na sequência, será realizado um contra ponto dos crimes de discriminação racial e de injúria qualificada.

O terceiro e último capítulo versará sobre o Direito Penal na Era da Informática, passando pela classificação dos cibernéticos, pelo Marco Civil da Internet, cominando no item que dá nome a presente pesquisa.

Por fim, o tema discriminação racial na internet, apesar dos altos índices de criminalidades observados, se mostra como relativamente novo e pouco investigado, motivo pelo qual, também carece ser pesquisado.

2. APONTAMENTOS GERAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

Segundo Comparato¹, é no Período Axial², quando o homem passa a se enxergar como ser dotado de razão e liberdade, reconhecedor das diferenças que possui em relação ao outro, que surgem as ideias basilares para afirmação da existência de Direitos Humanos Universais e da Dignidade Humana. Afirma o renomado teórico que:

A partir do período axial que, pela primeira vez na História, o ser humano passa a ser considerado, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançando-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, por que a ela inerentes.

Atualmente, prevalece a ideia de universalidade dos Direitos Humanos, os quais devem ser observados além das fronteiras dos Estados e do poder de influência de qualquer instituição política ou de autoridade constituída, sendo extensível a todos os indivíduos de forma isonômica.

Essa ideia é tão forte, que muitos defendem o exercício e o respeito aos Direitos Humanos, mesmo que estes não estejam assegurados nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Não se pode conceber, por exemplo, o homem dissociado de dignidade, seja qual for a relação de submissão existente entre este para com o Estado ao qual pertence.

A expressão “direitos fundamentais” figura, segundo a doutrina germânica, como a nomenclatura utilizada para identificar os Direitos Humanos que possuem assento expreso nos textos constitucionais dos Estados aos quais se destinam. Entendimento esse, partilhado por Comparato³, o qual reforça dizendo que:

É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (*_Grundrechte*) [sic]. Estes direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas

¹ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.10.

² **Período ou era Axial** é o período da história humana que vai de 900 a 200 AC, durante o qual surgiram as quatro grandes vertentes religiosas fundamentais ao desenvolvimento da espiritualidade humana, são eles: o Taoísmo, na China; o Hinduísmo e o Budismo, na Índia; o Judaísmo (monoteísmo) em Israel; o Racionalismo Filosófico, na Grécia. [...] assinala o início da humanidade como hoje a conhecemos. Durante esse período, homens e mulheres tomaram consciência, de uma forma sem precedentes até então, de sua existência, natureza e limitações. RODRIGUES, R. M. M. **A Terceira Era Axial**. Disponível em: <<http://projetocrisalida.ning.com/profiles/blogs/a-terceira-era-axial>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

³ Ob. cit. p.36.

Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.

O referido autor⁴ vai além ao destacar a importância da posituação dos direitos humanos como meio de conferir-lhes posição privilegiada e força impositiva no seio da vida social. Ademais, essa normatização contribui para a disseminação dos valores éticos a eles relacionados, fortalecendo a consciência coletiva de democratização e universalidade do acesso a esses direitos, em outras palavras:

O reconhecimento oficial de direitos humanos, pela autoridade política competente, dá muito mais segurança às relações sociais. Ele exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva.

Para José Afonso da Silva⁵, o termo direitos humanos é uma expressão que remete aos documentos internacionais, pesando contra ela que, apesar de estamos vivenciando a consolidação de um direito especial, o direito dos animais, ainda não há direito que não seja humano ou do homem. Direitos fundamentais, segundo esse autor⁶, é uma expressão que se refere

a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Esse entendimento é também compartilhado por Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁷, para os quais:

O termo “direitos fundamentais” se aplica aqueles direitos (em geral atribuídos a pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade

⁴ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004. p.36.

⁵ AFONSO DA SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 176.

⁶ Ibid., p. 176.

⁷ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 249.

universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelam um caráter supranacional (internacional) e universal.

Diz-se que as sociedades evoluem, e com ela, não são criados, mas reconhecidos novos direitos humanos, que devido ao nível de desenvolvimento social, podem vir a se tornar fundamentais. Norberto Bobbio⁸, ao tratar da Declaração Universal dos Direitos do Homem, coloca que essa evolução se dá de forma dialética e que pode ser explicada em três fases: “Os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”.

Complementando esse pensamento evolucionista, “os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação”⁹.

Nas palavras de Santos¹⁰, “o fim maior dos direitos fundamentais é a proteção do homem e de sua dignidade, de todas as formas de coerção, inclusive por parte do Estado, o qual deve sofrer limitações”. Nesse sentido, os Direitos Fundamentais são instrumentos utilizados, em primeiro plano, em defesa do homem, manifestando-se com força negativa, obrigando o Estado a não violar as liberdades asseguradas àqueles.

Não obstante a limitação imposta ao Estado, os Direitos Fundamentais também possuem um caráter positivo, quando conferem ao cidadão o direito de exigir dos poderes públicos o fomento dos direitos essenciais ao desenvolvimento regular das faculdades humanas.

Na evolução histórica, quanto à positivação nos Textos Constitucionais, os Direitos Humanos são classificados em dimensões ou gerações, sendo aquele o termo mais utilizado, tendo em vista ser considerado como agregador de novos direitos reconhecidos, ao passo que, a expressão “gerações” é visto como relacionada à concepção de novos direitos, desprezando-se os anteriormente

⁸ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004. p.18.

⁹ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 21.

¹⁰ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação**. Curitiba: Juruá, 2014, p.37.

positivados. Tal teoria não ganhou força, já que o termo geração não é, necessariamente, dissociada e avessa às conquistas anteriores.

O próprio Paulo Bonavides¹¹, que utiliza com frequência o termo “gerações”, ao ressaltar o caráter “profético” da Revolução Francesa na ordem cronológica de consagração dos direitos fundamentais, fala em gerações como um processo agregatório em que:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessiva, que traduzem sem dúvida **um processo cumulativo e qualitativo**, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bussola uma nova universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jus naturalismo do século XVIII. (Grifo nosso).

Superada a discussão terminológica, a Primeira Dimensão de Direitos Fundamentais engloba, entre outros direitos, a liberdade, a propriedade, a igualdade formal, enfim, os direitos civis consagrados e universalizados em 1789 na Revolução Francesa. Nessa dimensão, a queda do absolutismo, no movimento conhecido como iluminismo, tornou o ambiente propício para que o homem reivindicasse menos intervenção social do Estado. Por exigirem do Estado uma omissão, um não agir, esses direitos são designados como direitos negativos.

Após a conquista da igualdade formal, a qual representou uma grande vitória na construção do alicerce para a consolidação dos direitos fundamentais, veio, no início do século XX, a Primeira Revolução Industrial, que escancarou a hipossuficiência do trabalhador frente às arbitrariedades dos empregadores, os quais detiam e se utilizavam do capital e dos meios de produção para impor, a qualquer custo, seus interesses de lucro crescente.

Em virtude desse fato, a igualdade na lei não se mostrava mais eficiente, já que agora, a relação trabalhista assalariada, pelo menos nas condições em que ela estava se dando, conduzia a sociedade a uma situação de miséria, com a promoção da escravidão no ambiente de trabalho, através do labor de crianças e mulheres, as quais precisavam trabalhar ao lado dos homens para manutenção da subsistência familiar.

Neste contexto, com a pressão da classe operária, principalmente, na busca por uma igualdade e liberdade materiais, o Estado se viu obrigado a realizar

¹¹ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 562-663.

prestações positivas que garantissem a justiça social, pela realização dos anseios da coletividade desfavorecida.

Na segunda dimensão, portanto, foram positivadas as chamadas liberdades sociais, as quais têm por finalidade minimizar as desigualdades entre os cidadãos, se expressando no dever estatal de fomentar os direitos trabalhistas, de habitação, saúde, educação, entre outros.

Os direitos essenciais à pessoa humana, na terceira dimensão, são denominados de direitos de fraternidade e solidariedade, tendo como fundamento a transcendência da individualidade e da coletividade pontual, para o que se entende por direitos difusos, os quais ultrapassam os interesses individuais, buscando a universalidade dos direitos e a valorização do ser humano como gênero. Nas palavras de Bonavides¹² os direitos de terceira dimensão são

dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção de interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, no momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Pode-se citar o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito de comunicação, como exemplos dos direitos fundamentais de terceira geração.

Norberto Bobbio¹³ concebe a quarta dimensão de direitos fundamentais, quando questiona os limites da manipulação genética, relacionando esta dimensão “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Não obstante o reconhecimento da importância e destaque para humanidade da Engenharia Genética, Paulo Bonavides¹⁴, classifica os direitos atrelados à globalização política, especificamente a democracia direta, pluralismo e a informação como sendo direitos essenciais de Quarta Dimensão.

¹² BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004. p. 569.

¹³ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004. p. 8.

¹⁴ Ob. cit. p. 571

O referido autor¹⁵ defende ainda a tese não unânime de que o direito à paz seria um direito de liderança, encabeçador da quinta dimensão dos direitos fundamentais, criticando o pensamento de Karel Vasak, ao dizer que:

O admirável precursor, ao colocá-lo no rol dos direitos da fraternidade, a saber, da terceira geração, o fez, contudo, de modo incompleto, teoricamente lacunoso. Não defendeu as razões que o elevam à categoria de norma. Sobretudo aquelas que lhe conferem relevância pela necessidade de caracterizar e encabeçar e polarizar toda uma nova geração de direitos fundamentais, como era mister fazer e ele não o fez. O direito a paz caiu em um esquecimento injusto por obra talvez da menção ligeira, superficial, um tanto vaga, perdida entre os direitos da terceira dimensão. [...] Tão característico e idôneo quanto a liberdade o fora em relação aos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos de quinta. De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara relegado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior.

Entender o contexto histórico em que os direitos humanos foram positivados é fundamental para identificar as características que os diferenciam em cada dimensão, reconhecendo que a conjuntura social em que cada dimensão se deu está relacionada a um momento de reconhecimento de direitos humanos.

Cada dimensão de direitos humanos corresponde a um momento histórico importante para humanidade, no que tange à positivação de direitos de valorização de sua dignidade, seja manifesta através de uma limitação do poder estatal ou da exigência de uma atitude positiva. Os Direitos Fundamentais nascem quando há um ambiente sociopolítico propício para que isso aconteça (para que sejam reconhecidos), como bem coloca Bobbio¹⁶:

os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

Convém ressaltar, que como valores supremos do homem, os Direitos Humanos, possuem o atributo da inalienabilidade, que consiste na impossibilidade de abdicação e disposição por parte de seus destinatários. O progresso da

¹⁵ BONAVIDES, P. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

¹⁶ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004. p. 8.

humanidade caminha, cada vez mais, para uma crescente proteção aos Direitos Fundamentais, a ponto de exigir do indivíduo o mesmo respeito ao direito próprio que é imposto a um terceiro com relação a direito alheio.

Por ser o homem o centro do Direito, a Dignidade Humana é tida como estrutura basilar dos Direitos Humanos. Isso porque, pressupõe a realização de vários outros direitos fundamentais, não sendo possível pensar a dignidade sem que estejam presentes outros direitos essenciais ao desenvolvimento do homem.

Nesse entendimento, é perceptível que para que o homem seja considerado digno, podendo assim, desenvolver regularmente todas as suas faculdades, é necessário que lhe seja assegurado, ao menos, o mínimo existencial, o qual se manifesta, por exemplo, na promoção mínima dos direitos à saúde, à educação, à igualdade, à liberdade e à habitação. Na concepção de Luís Roberto Barroso¹⁷,

a dignidade humana identifica. 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e é 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais.

Em casos concretos, uma eventual violação à dignidade humana é mais facilmente observada, segundo Sarlet¹⁸, pela aplicação da fórmula de Durig:

A fórmula desenvolvida por Durig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Barroso¹⁹ destaca que a origem da ideia de dignidade (*dignitas*) estava relacionada à “posição social ou determinadas funções públicas dela decorriam certos deveres de tratamento”. Era, portanto, o direito restrito à aristocracia e a clero, situação que perdurou até o surgimento do Estado Liberal, com o racionalismo e, conseqüente, centralização da efetivação dos Direitos Fundamentais no homem.

¹⁷ BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional**. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

¹⁸ SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2002. p. 59.

¹⁹ Ob. cit.

A dignidade humana, como se concebe hoje, possui, segundo Barroso²⁰, “origem religiosa, bíblica: o homem é feito a imagem e semelhança de Deus”, sob a fundamentação de que cada pessoa é importante individualmente, devendo, por isso, ser reconhecida sua posição de destaque no universo.

Entretanto, as barreiras que impediam o alavancamento da universalização da dignidade humana foram superadas apenas “com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo”²¹.

No século XX, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, a dignidade humana foi alçada ao patamar de valor político, objetivo maior do Estado e da sociedade. Em que é possível mencionar dois grandes fatores que contribuíram para a valorização, desenvolvimento e consolidação da dignidade na concepção atual, sendo que²²:

O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e Constituições de Estados democráticos. Convertida em um conceito jurídico, a dificuldade presente está em dar a ela um conteúdo mínimo, que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país quanto no discurso transnacional.

A dignidade humana é tão importante, que muitos consideram desnecessária que seja garantida expressamente nos textos constitucionais, já que não há sociedade viável e duradoura sem o respeito a esse valor/princípio supremo. “Diante dos avanços tecnológicos, assume [a dignidade humana] um aspecto globalizado de atuação e de proteção”²³.

Da dignidade humana e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais, destacam-se a liberdade e a igualdade. A livre manifestação do pensamento é uma variante da liberdade, mais precisamente, da liberdade de expressão. Mecanismo este, que desvirtuado, pode ser utilizado, por exemplo, como justificativa para a prática de racismo e preconceito virtual.

²⁰ BARROSO, L. R. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 44.

2.1. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1.1. Direito à liberdade

Definir liberdade, enquanto direito, é uma tarefa das mais complexas, ao ponto de Montesquieu²⁴ afirmar que “não há palavra a que tenham sido atribuídos mais significados e tenha impressionado os espíritos de tantas formas”; já Norberto Bobbio²⁵ fala em uma “dificuldade ou mesmo a inutilidade de uma definição” para o termo.

Platão²⁶, em sua filosofia, a concebe como um direito de gozo inviável fora da Polis, não contemplando a liberdade subjetiva, que se caracterizaria por uma vontade íntima dirigida à realização do indivíduo em si, não para sua realização, enquanto elemento formador da sociedade.

Já para seu discípulo, Aristóteles²⁷, a liberdade seria um agir voluntário, presente quando “se encontra o princípio que move as partes apropriadas do corpo em tais ações [voluntárias]; é aquelas coisas em que motor está em nós, em nós está igualmente o fazê-las e o não fazê-las”. Nesse sentido, a liberdade aristotélica estaria no poder de agir ou não agir incondicionalmente, sem que o homem seja compelido externamente.

Como se vê, ao longo da história, foram muitos os pensadores que se aventuraram na árdua missão de definir a liberdade e, mesmo assim, ainda hoje, esse conceito não se tem mostrado ultrapassado ou resolvido.

Nesse interim, o que se pode dizer é que o contexto político-social de cada época, bem como, os direcionamentos de cada pensador, influenciaram na confecção dos vários sentidos atribuídos à palavra liberdade²⁸, conclusão que pode ser retirada das palavras de Montesquieu, o qual diz que:

Uns a [liberdade] tomaram como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros, como a faculdade de eleger a quem devem obedecer; outros, como o direito de estarem armados e de poderem exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis. Certo povo tomou por

²⁴ MONTESQUIEU, C. D. S. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 156.

²⁵ BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S.A., 1997. p.48

²⁶ PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000, Livro VII. (Coleção Os Pensadores). p. 295.

²⁷ PESANHA, J. A. M. **sumateologica**, Madri, 1984. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015. p. 81.

²⁸ Ob. cit. p. 227.

muito tempo a liberdade como sendo o costume de possuir uma longa barbai. Estes ligaram este nome a uma forma de governo e excluíram as outras. Aqueles que experimentaram o governo republicano colocaram-na neste governo; aqueles que gozaram do governo monárquico puseram-na na monarquia. Enfim, cada um chamou liberdade ao governo conforme a seus costumes ou a suas inclinações.

Nem por isso, o referido teórico²⁹ deixou de definir liberdade, entendida esta como a ação humana adstrita à Lei, consistindo em um “poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”, ou seja, em um Estado, em que todos se submetem às leis, ter liberdade seria fazer o que a Lei permite fazer.

Na concepção de Hobbes³⁰, liberdade não está limitada a liberdade corpórea, ou seja, não é “como liberdade das cadeias e prisões, torna-se inteiramente absurdo que os homens clamem”. A liberdade hobbesiana é um agir sem impedimento, movido pela vontade. Desse sentido, a liberdade também pode ser observada nos seres desprovidos de razão ou inanimados, pois tudo pode estar

amarrado ou envolvido de modo a não poder mover-se senão dentro de um certo espaço, sendo esse espaço determinado pela oposição de algum corpo externo, dizemos que não tem liberdade de ir mais além. E o mesmo se passa com todas as criaturas vivas, quando se encontram presas ou limitadas por paredes ou cadeia; e também das águas, quando são contidas por diques ou canais, e se assim não fosse se espalhariam por um espaço maior, costumamos dizer que não têm a liberdade de se mover da maneira que fariam se não fossem esses impedimentos externos.

É importante ressaltar que se a limitação no agir do indivíduo for causada por um impedimento intrínseco ao seu próprio ser, este continuará sendo considerado livre. O caso de “um homem (que) se encontra amarrado ao leito pela doença” é um exemplo disso³¹.

Neste caso, não há cerceamento ou violação ao seu direito fundamental à liberdade, já que a limitação não se dá por uma influência externa, o Estado não o está, por exemplo, o compelindo a permanecer recolhido, não está frustrando-lhe a vontade de agir conforme se autodetermine. O que conduz a conclusão de que, nem sempre que ocorra a limitação de ação do cidadão, haverá violação à liberdade

²⁹ MONTESQUIEU, C. D. S. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 228

³⁰ HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000, p. 73.

³¹ *Ibid.*, p. 73.

deste, sendo necessário para a configuração da agressão a atuação de um fator externo.

Em síntese, o pensamento hobbesiano³² sobre liberdade conduz ao entendimento de que nem mesmo uma imposição legal a retiraria do homem, pois a este é sempre dada a possibilidade de agir ilicitamente, sofrendo assim as sanções legais cabíveis, em outras palavras, “os atos praticados pelos homens no Estado, por medo da lei, são ações que seus autores têm a liberdade de não praticar”.

Para Locke³³, a liberdade estaria na submissão do indivíduo à Lei Natural, jamais a outro indivíduo ou autoridade, “nem sob o domínio de qualquer vontade ou constrangimento por qualquer lei”. Neste sentido, no âmbito de um governo, o homem só deve obediência a leis instituídas por um Poder Legislativo que dispõe da confiança da comunidade civil.

As leis civis, de acordo com esse pensamento, não devem legitimar, em situações normais, a agressão a direitos intrínsecos à condição humana, como a vida, por exemplo. Ao homem não é reconhecido o direito de ceifar a própria vida, não poderia também, colocá-la à disposição do arbítrio de qualquer outro, mesmo que este seja uma autoridade estatal superior.

Isso porque, contra o poder arbitrário e absoluto, infringente da Lei da Natureza, violadores de bens supremos como a vida e liberdade, por exemplo, é dado aos agredidos o direito de se rebelarem ou de se insurgirem.

A seguinte passagem do texto Locke³⁴, resume tudo o que foi dito sobre sua concepção de liberdade:

A liberdade dos homens submetidos a um governo consiste em possuir uma regra permanente à qual deve obedecer, comum a todos os membros daquela sociedade e instituída pelo poder legislativo nela estabelecido. É a liberdade de seguir minha própria vontade em todas as coisas não prescritas por esta regra; e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, desconhecida e arbitrária de outro homem: como a liberdade natural consiste na não submissão a qualquer obrigação exceto a da lei da natureza.

³² HOBBS, T. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000, p. 73.

³³ LOCKE, J. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os verdadeiros fins do governo civil. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Coleção clássicos do pensamento político), p. 95.

³⁴ *Ibid.*, p. 95.

Por seu turno, com base em sua Teoria do Contrato Social, Rousseau³⁵ define dois tipos de liberdades: A natural, “limitada pelas forças do indivíduo” e a Civil, “limitada pela liberdade em geral”.

De acordo com esse entendimento, fora da vigência do contrato social, o homem goza de liberdade natural, que é a liberdade praticada quando não se vive em uma sociedade formal, com submissão a leis civis. Como o contrato social não é definitivo, caso ocorra violação ao pacto firmado, o homem não mais estaria vinculado às leis civis, e com fundamento em uma lei maior, a natural, poderia reclamar sua liberdade plena.

Em troca de benefícios do convívio social, em nome de uma coletividade, o homem abre mão de determinada parcela de sua liberdade individual, adquirindo uma liberdade convencional ou civil, que seria a exercida dentro do regramento civil. Por força dessa liberdade, o cidadão pode realizar suas vontades, desde que dentro da Lei.

A construção teórica de Rousseau sobre o tema, conduz à conclusão de que o homem não abdica espontaneamente de sua liberdade, sem que receba em contrapartida alguma benesse, sendo um equívoco pensar o contrário. Caso isso fosse possível, (o que não é) “o homem estaria renunciando sua própria qualidade, seus deveres e direitos humanos na forma de escravidão”³⁶.

Na filosofia de Kant³⁷, liberdade seria a “independência de ser constrangido pela escolha alheia”, a qual desponta como o único direito inato ao ser humano, pertencente a todos os homens pelo simples fato de serem estes detentores de humanidade.

Nessa perspectiva, este teórico fala em autonomia, em um ser humano “irrepreensível”, senhor de suas ações, já que a liberdade implicaria, necessariamente, em igualdade nata, que consiste “na independência de ser obrigado a fazer mais do que se pode”.

³⁵ ROUSSEAU, J.-J. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000, p. 23-30 (Coleção os Pensadores).

³⁶ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014, p. 48.

³⁷ KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2ª. ed. Bauru/SP: Edipro, 2003. (Série Clássicos Edipro). p. 83-84.

Kant³⁸ é partidário da ideia de liberdade interna e externa, no sentido de complementação de uma liberdade maior, que é o mesmo que conceber dois momentos distintos da liberdade, como se fossem dois lados de uma mesma moeda.

A liberdade interna, “relacionada à espontaneidade e auto legislação, tendo como faculdade a vontade pura ou a razão ou a razão prática, sendo faculdade de agir pela razão, exigindo a adesão íntima às leis e conformidade da ação e da intenção, constituindo, pois, a moral”. Por outro lado, tem-se que a liberdade externa se manifesta através do Direito, com todo o seu poder coercitivo de exigir determinado padrão de comportamento de seus destinatários.

As definições tidas como mais importantes para Bobbio³⁹, no que tange aos sentidos atribuídos a palavra liberdade, diz respeito à liberdade política, que, segundo ele, não é, necessariamente, uma relação entre dois homens, como o termo “política” poderia remeter. O conceito por ele proposto é mais abrangente, sendo válido ainda que um ou os dois lados da relação não sejam seres humanos.

Da doutrina de Bobbio, extraem-se os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva. Por aquela “entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros sujeitos”⁴⁰. De forma clara e precisa o pensador italiano trata dos termos impedimento e constrangimento, este seria uma obrigação de se fazer o que não se deseja, enquanto aquele é uma frustração de um agir.

A liberdade negativa não é um conceito criado por esse jurista, outros tantos, anteriores a este, foram precursores nesta tarefa. Entretanto, a maioria das acepções tradicionais, levava apenas em conta a liberdade negativa como um impedimento de agir. Isso porque, as situações apresentadas eram, em sua maioria, mais situações de impedimento que de constrangimento.

A liberdade de Bobbio, na acepção negativa, se aproxima muito da de Hobbes, da de Montesquieu e, também, da de Locke, no sentido de que “consiste em fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido *lato* e não só em

³⁸ KANT, I. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2ª. ed. Bauru/SP: Edipro, 2003. (Série Clássicos Edipro). p. 55.

³⁹ BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S.A., 1997, p. 48.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 48.

sentido técnico- jurídico, permitem ou não proíbem (e, enquanto tal, permitem não fazer)”⁴¹.

A definição de Liberdade Positiva de Bobbio está ligada à autonomia, já que esta liberdade consiste em “dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele mesmo se deu a seguir as leis próprias”⁴². Nesse sentido, a liberdade estaria em o destinatário obedecer às leis que ele mesmo, direta ou indiretamente, estabeleceu.

Para distinguir mais facilmente esses dois tipos de liberdades políticas, Bobbio⁴³ explica que a liberdade negativa qualifica a ação, assim, o sujeito livre é aquele que agiu livremente, ou seja, sem ter sua ação “obstaculizada”; enquanto liberdade positiva qualifica o querer, de modo que a vontade não foi viciada ou influenciada por terceiros, é um autodeterminar-se sem interferência de fatores externos.

Não obstante esses conceitos apresentados, é unânime o entendimento de que a liberdade é um direito fundamental, oriundo da dignidade da pessoa humana, a qual evoluiu ao longo da história, nas inúmeras revoluções, com especial destaque para a revolução francesa e a inglesa, até se chegar ao que se considera hoje o mais bem sucedido modelo de Estado que é o Democrático de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegurou a liberdade o *status* de direito fundamental, conferindo a esse valor supremo o mais elevado grau de abrangência, nunca antes visto no país. A título de exemplo, é possível citar na Lei Maior a liberdade genérica (art. 5, caput), liberdade religiosa (art. 5, VI), a liberdade de expressão, também conhecida como liberdade de manifestação de pensamento (art. 5, IV), que pode se manifestar em outras tantas elencadas no inciso IX, do mesmo dispositivo.

Ainda na Constituição Federal, em seu artigo 60, § 4º, IV, a liberdade, como direito fundamental que é, possui especial proteção, não podendo ser suprimida ou diminuída, nem mesmo por intervenção do poder constituinte derivado reformador, através das emendas à Constituição, o que a eleva à condição de *clausula pétrea*.

⁴¹ BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S.A., 1997. p. 48.

⁴² *Ibid.*, p. 49.

⁴³ *Ibid.*, p. 50.

2.1.2. Direito à liberdade de expressão

A liberdade de expressão, consagrada no Direito Brasileiro com a denominação de liberdade de manifestação de pensamento, é uma das facetas da liberdade genérica, sendo igualmente reconhecida como direito intrínseco a condição humana, necessária à realização de sua dignidade.

Essa derivação da liberdade confere importância de destaque ao referido direito, sendo este igualmente reconhecido como direito fundamental pela inteligência do texto constitucional, no artigo 5º, inciso IV, qual seja, “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Nos textos constitucionais, a liberdade de expressão, vem sendo assegurada, de alguma forma, desde a Constituição Imperial de 1824.

Da Constituição de 1988 se tira a necessidade que o cidadão (*lato sensu*) manifeste seu pensamento, sem que sofra constrangimentos, desde que não se esconda nas “vestes do anonimato”, admitindo-se para isso o uso de pseudônimos, caso assim deseje. Deve ser identificável porque, com sua manifestação, poderá agredir direito alheio, o que poderia demandar responsabilização do agente e reparação material e moral da vítima, assegurado a esta o direito de resposta proporcional ao agravo sofrido (art. 5, V, CRFB/1988).

É importante salientar que existem diversas maneiras de se exteriorizar o pensamento, a expressão pode ser em forma de “atividade intelectual, artística, científica, e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, conforme art. 5º, inciso IX, da CRFB/1988. Diz-se ainda que não exprimir opinião também está assegurado pela manifestação do pensamento.

A livre manifestação do pensamento consiste na possibilidade do indivíduo dizer o que pensa, sem limitação de meio e de conteúdo e para Santos⁴⁴ “trata-se de uma forma de manifestação livre de ideias de cada um, constituindo uma das faces do direito à liberdade”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 19, também se encarregou de assegurar a liberdade de expressão, atribuindo-lhe sentido mais completo: “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito

⁴⁴ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014, p. 56.

inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”⁴⁵.

Nos dizeres de José Afonso da Silva, a liberdade de pensamento (expressão ou manifestação do pensamento), “se caracteriza como exteriorização do pensamento no sentido mais abrangente”⁴⁶.

Para que a expressão seja livre, é necessária a formação de convicção sobre o tema a que se quer manifestar, nesse sentido o indivíduo precisar ter acesso a mais variada gama de opiniões para que ele possa formar a sua, e se assim desejar, ter a possibilidade de se expressar sobre, sem ter que se preocupar ou temer qualquer obstaculização ao que disser.

O direito à informação é pressuposto da liberdade de expressão, ainda mais em uma sociedade democrática, que necessita de acesso facilitado à informação, sobre tudo para o enriquecimento do embate político, que resulte em mais fiscalização, críticas, e, conseqüentemente, construção de caminhos para uma atuação mais eficiente dos entes políticos.

Dispondo de mais informações, ao cidadão é dada a possibilidade de ser mais participativo, de se tornar protagonista de seu destino na sociedade, o que diminui a descrença política e inibe a corrupção, já que haverá diminuição da distância representante-representado.

Por ser o homem, naturalmente, um ser social, ele se inclina à troca de ideias e opiniões sobre os mais variados temas, se utilizando dos mais variados meios que se encontrem a sua disposição. Sobre essa característica intrínseca do homem, aduz Pimenta Bueno⁴⁷ que:

O homem porém não vive concentrado só em um espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência a necessidade de expressar e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade.

⁴⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dez. 1948. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> >. Acesso em: 7 abr. 2015.

⁴⁶ AFONSO DA SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 241.

⁴⁷ PIMENTA BUENO, J. A. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Serviço de Documentação, 1958, p. 385. *apud* AFONSO DA SILVA, J. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 241.

O fato é que a liberdade de manifestação do pensamento é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ao passo que Meyer Pflug⁴⁸ a insere em sua definição da seguinte forma: “Direito de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhe aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado”.

Não é possível conceber democracia, muito menos Estado Democrático de Direitos, sem ter a liberdade em todas as suas formas respeitadas, caso contrário, se estaria falando em alguma espécie de Estado Totalitário.

A liberdade de expressão, assim como todos os direitos fundamentais, não é um direito humano absoluto, que sempre prevalecerá frente a todos os outros valores constitucionais. Isso porque, a doutrina e a jurisprudência consagram a inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais, o que atribui, a cada uma delas, igual valor e importância, seja regra ou princípio.

Reconhecendo a relatividade da livre manifestação do pensamento, mas atribuindo-lhe uma posição de destaque entre os direitos fundamentais, pelos valores que agrega, sintetiza Sarlet, Marinoni e Mitidiero⁴⁹, os quais entendem que a:

[...] doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite aos limites dos direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observando-se os critérios de proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito. Que, em qualquer caso, existindo dúvida a respeito da legitimidade da restrição é de se privilegiar a liberdade de expressão, segue sendo um parâmetro que não deve cair jamais no esquecimento.

Machado⁵⁰ elenca uma série de virtudes da liberdade de expressão, às quais podem, em uma eventual colisão com outros bens fundamentais, mediante a utilização da técnica do sopesamento, pender a favor daquele direito, são eles:

[...] entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de ideias **[sic]**, a participação no processo de autodeterminação democrática, a

⁴⁸ MEYER-PFUG, S. R. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67.

⁴⁹ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 457.

⁵⁰ MACHADO, J. E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 237.

proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e expressão da liberdade individual.

Apesar do caráter relativo da liberdade de expressão, ela deve ser exercida em sua maior abrangência, limitada apenas, de modo, a não agredir direito alheio, a não violar os demais direitos fundamentais em seus núcleos essenciais e nem servir de proteção justificante para o cometimento de ilícitos penais.

Esta última situação é observada, atualmente, nas práticas de preconceito e discriminação racial na Internet, em que pessoas mal intencionadas se valem, indevidamente, de uma liberdade de manifestação absoluta, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico.

A liberdade de expressão quando assim desvirtuada, atinge a honra individual e/ou coletiva das pessoas, devendo a(s) vítima(s) ser(em) compensada(s) com o direito de resposta e/ou a mitigação do ato, assegurado a reparação civil e a reprovação penal ao ato agressor.

Por outro lado, a liberdade de expressão não pode ser restringida sob o fundamento frágil de que a ideia manifestada é absurda ou imprestável. Aprofundando essa questão, e defendendo uma liberdade mais ampla, assim se posiciona a autora Karam⁵¹:

[...] Por mais absurda que pareça uma opinião, por mais que a maioria repudie um determinado pensamento ou uma determinada forma de ver qualquer aspecto da vida, por mais repugnante que seja uma ideia, o indivíduo tem o direito de expressar tais opiniões, ideias, pensamentos, pontos de vista ou convicções.

Outro perigo, levantado por Santos⁵², consiste em promover limitações indevidas à liberdade de expressão com a finalidade de manipular fatos, causando alienação e escondendo verdades indesejadas, sem falar que tal intendo configuraria uma:

Eventual censura sobre a liberdade de expressão pode-se mostrar como uma forma de silenciar a verdade, quer de forma integral, quer de forma parcial, mas de maneira a alienar as pessoas, uma vez que, sem citada liberdade, é menos possível se alcançarem verdades, mesmo que estas, na realidade, se demonstrem inalcançáveis de forma plena. Ainda assim a liberdade deve ser permitida sob pena de se direcionar fatos que acontecem no dia a dia de uma sociedade.

⁵¹ KARAM, M. L. **Escritos sobre a liberdade; liberdade, intimidade, informação e expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 4, 2009, p. 2.

⁵² SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação**. Curitiba: Juruá, 2014, p.59.

Pelo exposto, é importante reforçar, que a liberdade de expressão é uma ferramenta em favor da sociedade, que protege a democracia, tornando muito mais fortes a diversidade de ideias, engrandecendo o debate público sobre os mais variados temas relacionados ao Estado.

O mencionado direito é essencial ao desenvolvimento humano, pois este é por natureza um ser social, porém, como já dito, deve ser exercido dentro de determinados parâmetros morais e éticos.

Nesse contexto, o direito deve regular as ações oriundas da exteriorização do pensamento, se afastando, é claro, da censura, mas garantindo a coexistência harmônica deste com os demais direitos humanos, com especial destaque para a liberdade, conflito que será objeto de investigação no presente texto.

2.2. DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

Da filosofia grega, retira-se que a igualdade, segundo Aristóteles⁵³, tem relação com a ideia de justo, sendo estabelecida pelo juiz, através da concessão do intermediário aos litigantes como “se houvesse uma linha dividida em partes desiguais e ele retirasse a diferença pela qual o segmento maior excede a metade, para acrescentá-la ao menor”.

É desse pensamento que se sintetizou a premissa clássica, amplamente divulgada e utilizada, remontada à Aristóteles de que a igualdade estaria em tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Sem desconsiderar a importância da definição clássica de Aristóteles, tão importante para o desenvolvimento do estudo da igualdade, vários doutrinadores, entre eles, Tavares⁵⁴, a criticam por entender que o conceito não fala na maneira como se deve dar o tratamento diferenciado e o que diferenciaria os dois grupos: Os iguais dos desiguais.

Tomando essa premissa como ponto de partida, é possível enxergar dois tipos de igualdade: a dita formal (jurídica) e a material (substancial).

A Igualdade formal se fundamenta em uma igualdade perante a lei, em que não há espaço para privilégios ou diferenciação de tratamentos. A lei deve ser

⁵³ PESANHA, J. A. M. **sumateologica**, Madri, 1984. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015. p.126.

⁵⁴ TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 602.

igualmente aplicada a todos, sem a concessão de qualquer diferenciação desvirtuosa que agrida a Constituição Federal de 1988. Apesar dessa definição legalista, há também quem entenda a igualdade formal como relacionada à uniformidade no recebimento dos serviços públicos essenciais do Estado, ou ainda, no acesso igualitário aos direitos e garantias fundamentais.

Para muitos teóricos, a obrigatoriedade que a Lei confere tratamento igualitário a todos os destinatários é oriunda do princípio da regularidade da aplicação do direito, o que é pressuposto de qualquer norma jurídica, não derivando da igualdade formal. Cogo⁵⁵ compartilhar desse entendimento, dizendo:

Não há dúvida que para todos os destinatários da lei deve ser dispensado tratamento equivalente, seja na edição da norma legal posta ou na aplicação. Porém, ao falar em igualdade perante a lei não estará se referindo, ou pelo menos não no seu total conteúdo, ao princípio da igualdade, mas ao princípio da regularidade da aplicação do direito ou ao princípio da legalidade da aplicação das leis.

Aos cidadãos deve ser assegurada uma igualdade além da formal, ter tratamento igualitário perante a lei não basta, é necessário que se alcance uma igualdade substancial, real. Nesse contexto, foi desenvolvido o que se entende por igualdade material, a faceta da igualdade mais importante para o desenvolvimento humano.

A igualdade material se aproxima do ideal de justiça social, estando em consonância com o princípio isonômico, sendo traduzida no reconhecimento às diferenças subjetivas do ser humano e em medidas que reduzam as desigualdades sociais e econômicas.

Reconhecer as diferenças significa dizer que a pluralidade humana, em suas mais variadas formas, como sexo, raça, cor, religião, enfim, as características subjetivas do homem, que são protegidas pelo texto constitucional ou presumidas deste, não serão utilizados para a prática de preconceito ou discriminação racial.

De outro modo, ainda dentro da igualdade material, é perceptível a diferenciação econômica e de oportunidades entre homens. Desse sentido, com fundamento na justiça social, são realizadas intervenções pontuais no tocante a políticas públicas para redução das desigualdades, denominadas de ações afirmativas.

⁵⁵ COGO, J. V. Princípio da igualdade, ações afirmativas e ADPF 186. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37838/principio-da-igualdade-aco-es-afirmativas-e-adpf-186>>. Acesso em: 09 abr. 2015.

Nesse diapasão, além da igualdade formal, que confere uniformidade de tratamento de todos perante a lei, importante para abolição do privilégio, Flávia Piovesan⁵⁶ concebe dois tipos de igualdade material, quais sejam:

[...] b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada por critérios socioeconômicos); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada por critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros).

Do reconhecimento da pluralidade humana, mais especificamente, do princípio isonômico, retira-se o direito fundamental à diferença, que exige, para sua observação, nas palavras de Flávia Piovesan⁵⁷, medidas de enfrentamento das desigualdades culturais e econômicas. Detalhando essas medidas, dispõe a referida autora que:

O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas econômicas e da adoção de uma política de redistribuição. De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É a luz dessa política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural.

A igualdade material como gênero só será alcançada com o implemento de medidas que reduzam as desigualdades econômicas (igualdade material através da redistribuição) e de medidas de desconstrução de estereótipos e preconceitos (igualdade material de reconhecimento à diversidade humana).

Com base no exposto sobre a igualdade material, chega-se à conclusão de que o tratamento diferenciado entre seres humanos é essencial para a redução das desigualdades raciais e socioeconômicas. Porém, o tratamento diferenciado só se sustenta, se muito bem justificado para que a intervenção venha realmente a atender ao fim a que se propõe: reduzir as desigualdades humanas, proporcionando desenvolvimento e igualdade de oportunidades a todos. Jamais atuando em sentido contrário.

Percebe-se que é possível realizar distinções sem que o direito constitucional à igualdade seja violado. Porém, essas intervenções devem ser razoáveis,

⁵⁶ PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 254.

⁵⁷ Ibid.

proporcionais e pontuais, levando-se em consideração as circunstâncias sociais, econômicas e de identidade apresentadas no caso concreto.

Nesse sentido, Alexy⁵⁸ muito bem observa: “Se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual”, sendo que a recíproca também é verdadeira.

Nesse conceito é possível exemplificar uma diferenciação de sexo para preenchimento de cargo efetivo de policial com função de revistadora em presídio feminino como legítima, já privilégios concedidos a governador de Estado, baseados, única e exclusivamente, na idade, raça ou sexo, como sendo odiosas.

Aprofundando o tema, Santos⁵⁹ concebe uma igualdade que “envolve uma relação de valor dentro de uma totalidade onde se procura o justo como objetivo humano desejável”.

Em seu ensaio, Santos⁶⁰ traz o entendimento de Saba sobre igualdade, que consiste em uma não submissão do homem sobre o homem, fundada na valorização da autonomia humana: “inexistência de opressão, submissão ou, usando uma linguagem mais moderna exclusão, alude ao imperativo moral de uma liberdade igual como precondição da autonomia das pessoas”.

É importante ressaltar que a igualdade, como princípio isonômico, passou por três grandes fases evolutivas, sendo influenciada por todo o desenvolvimento humano, em todos os lugares, até cominar no que se entende hoje como princípio valorizador das diferenças. Sendo assim⁶¹:

A igualdade, como ideologia, foi discutida desde sempre em todas as épocas e regiões, que deixaram suas influências na criação do princípio. Pode-se dividir a isonomia em três etapas: 1ª) A regra era a desigualdade; 2ª) Igualdade perante a lei, portanto todos devem ser tratados indistintamente; 3ª) A lei deve ser aplicada respeitando-se as desigualdades.

Importante texto normativo de âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948, fortaleceu o conceito de liberdade, reconhecendo sua abrangência desde o nascimento do homem: “todos os homens

⁵⁸ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgínio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 408.

⁵⁹ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014, p. 69.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 70.

⁶¹ COGO, J. V. <http://jus.com.br/artigos/37838/principio-da-igualdade-acoes-afirmativas-e-adpf-186>. **Jus Navegandi**. Acesso em: 09 abr. 2015.

nascerem livres e iguais em dignidade e direitos”⁶², o que influenciou a normatização dessa ideia nas constituições que se seguiram em todo o mundo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, qual seja, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, trata da igualdade sem preconceito, a dita imparcial por alguns teóricos.

A título de exemplo, ainda na CRFB/1988, é fácil destacar diversos dispositivos que asseguram à igualdade, nas mais variadas acepções: Igualdade racial (art. 4º, VIII), igualdade entre os sexos (art. 5, I), igualdade de credo religioso (art. 5, VIII), igualdade jurisdicional (art. 5, XXXVIII), igualdade trabalhista (artigo 7, XXXII), igualdade política (art. 14) e, ainda, o art. 150, III, que versa sobre a igualdade tributária.

O princípio isonômico não se restringe apenas ao estabelecimento da igualdade no âmbito da esfera individual. Além das relações entre os destinatários, ele também é de observância obrigatória ao Legislador, na elaboração das Leis, e ao aplicador do Direito, nos julgamentos.

A igualdade na atuação legislativa consiste em que o conteúdo das leis esteja pautado no respeito à natureza múltipla do homem, com vedação a qualquer forma de promoção normativa do preconceito e da discriminação racial.

Não se afastar da normatização fundada na instituição do privilégio, da consagração nos códigos de critérios, exclusivamente, subjetivos que hierarquizem indevidamente os destinatários dessas leis, estigmatizando-os ou suprimindo minorias, atenta contra a dignidade humana e o Estado Democrático de Direito, sendo por isso, inconstitucional.

Realizando uma interpretação a contrário senso sobre o respeito à igualdade na atividade legislativa, Alexy⁶³ considera mais fácil definir qual não deveria ser o papel do Legislador, observando que o:

Dever não pode significar nem que o legislador tenha todos nas mesmas posições jurídicas, nem que ele tenha a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e se encontrem nas mesmas condições fáticas.

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

⁶³ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgínio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 396.

Complementando esse pensamento, Kelsen⁶⁴ considera inconcebível que, por força do ordenamento jurídico, a todos os indivíduos sejam aplicadas as mesmas obrigações e concedidos os mesmos direitos, já que nossas características naturais e os fatores sociais nos diferenciam, exigindo assim, um tratamento normativo desigual na busca de eliminar essas desigualdades. Nessa perspectiva, afirma que:

A igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem jurídica, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devam ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, são de espírito e doentes mentais, homens e mulheres.

A segunda dimensão da igualdade é dirigida ao aplicador da lei, o representante do Poder Judiciário, a qual tem sua atividade vinculada à correção de injustiças culturais e sociais, devendo atuar fortemente na tutela da igualdade.

A terceira face da igualdade, o indivíduo não pode direcionar sua conduta de forma a discriminar outrem, podendo assim, sofrer as consequências civis e criminais, por força do ordenamento jurídico brasileiro.

Para Bobbio⁶⁵, igualdade pode ser traduzida em uma relação formal, de núcleo vazio, que pode ser preenchida por diversos conteúdos. O preenchimento desse espaço vazio poderia ser realizado com as respostas para as seguintes indagações: igualdade entre quem? E igualdade em quê?

O referido jus filósofo italiano⁶⁶ observa que a principal diferença que pode ser apontada entre os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade, é que a igualdade pressupõe o estabelecimento de relações, ou seja, deve haver ao menos dois sujeitos, estabelecendo-se uma relação de comparação no tocante a algo. Por outro lado, é possível se conceber a liberdade a apenas um indivíduo, na inteligência de que:

O conceito e o valor da igualdade pressupõem, para sua aplicação, a presença de uma pluralidade de entes, cabendo estabelecer que tipo de relação existe entre eles: enquanto se pode dizer, no limite, que é possível existir uma sociedade na qual só um é livre (o déspota⁶⁷), não teria sentido afirmar que existe uma sociedade na qual só um é igual. A igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma

⁶⁴ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 158.

⁶⁵ BOBBIO, N. **Igualdade e liberdade**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S.A., 1997, p. 12.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁷ **Déspota**, no sentido do texto, pode ser entendido como um governante de Estado Totalitário.

totalidade, mesmo quando a única característica comum desses seja o fato de serem livres.

A igualdade salarial entre homens e mulheres no mercado de trabalho é um exemplo de relação formal, preenchida com “entre quem” (homem e mulher) e pelo “quê” (salário, oriundo do labor), a expressão Bobbiana está completa.

A presente investigação terá como pico o estudo do ordenamento jurídico brasileiro no tocante à discriminação racial na internet, motivo pelo qual se adora a definição de Flávia Piovesan para igualdade material, cuja uma das vertentes se realiza no reconhecimento da diversidade humana.

2.3. CONFLITO APARENTE ENTRE A LIBERDADE E À IGUALDADE: A PODERAÇÃO COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O aplicador ou intérprete do Direito, às vezes, se depara com situações de choque entre dois ou mais Direitos Fundamentais, sendo necessário, para a solução do empasse, que se averiguem as circunstâncias do caso concreto e se decida pela promoção de um desses direitos em detrimento do outro(s), sem que nesse processo ocorra a supressão de nenhum direito conflitante.

Quando as regras gerais de hermenêutica jurídica já não se mostram mais suficientes para resolver as contradições normativas, nem é possível a aplicação da subsunção simples, que consiste no afastamento de uma norma para aplicação de outra, a incompatibilidade de realização em igual medida dos direitos conflitantes torna-se impraticável. Sendo assim, para a solução da inconsistência normativa, faz-se necessário o uso das técnicas do sopesamento (Lei da Ponderação) ou da derrotabilidade, conforme a tipologia das normas colidentes.

Um exemplo de colisão de direitos fundamentais é observado nas práticas delitivas de preconceito e discriminação racial na internet, situações em que o exercício pleno da liberdade (mais especificamente liberdade de expressão) na Rede Mundial de Computadores, através do exercício desmedido da manifestação do pensamento, agride o direito fundamental à igualdade de grupos minoritários e subjugados inferiores.

Como é grande a quantidade de direitos fundamentais que carecem ser efetivados no seio social, torna-se corriqueiro a ocorrência de colisões, sendo necessário que soluções jurídicas sejam apresentadas e que essas soluções

obedeçam à máxima de que nenhum direito colidente deve ter seu núcleo essencial violado em detrimento de outro. O núcleo essencial dos direitos fundamentais, portanto, é intangível.

Na inteligência da moderna dogmática jurídica, no tocante aos direitos fundamentais, nenhum direito é tido como absoluto, não sendo admissível que este, quando colidente outros igualmente fundamentais, prevaleça em todas as situações factíveis possíveis. Em algum momento ele deverá sofrer algum tipo de limitação em detrimento de outro, que se mostrou em determinado caso ser mais relevante.

Como a supressão total dos direitos fundamentais, quando em conflito ou em colisão, é considerada inconcebível, deve ser efetivada a harmonização entre os direitos, de modo que cada um possa coexistir, pelo menos, em uma intensidade mínima intransponível (núcleo essencial), já que, cada um deles, em uma leitura sistemática da Constituição, possui sua função social perante a coletividade.

Para tratar sobre colisões ou antinomias de direitos fundamentais, é importante saber que os conflitos desses direitos, ocorrem no nível das regras ou no nível dos princípios. O que individualiza essas normas e quais as técnicas de solução dessas incoerências racionais e normativas, será enfrentado nas próximas linhas.

É contemporâneo o entendimento de que as normas jurídicas são divididas em duas espécies: as regras e os princípios. Estes são normas de otimização, já que devem ser realizados na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Uma eventual redução da abrangência de algum princípio, só pode ser concebida com justificação constitucional, na exata medida que o privilegio desse princípio seja igual ao grau de não observância do princípio com que colide, tudo definido conforme as exigências do caso concreto.

No que tange a questão, Barroso⁶⁸ indica que a diferenciação entre princípios e regras se dá, atualmente, por uma conjugação das concepções Ronald Dworkin com as ideias de Robert Alexy, sendo assim:

Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas conduta e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade tudo ou nada: ou ela regula a matéria em sua inteireza ou é

⁶⁸ BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 351-352.

descumprida. Na hipótese de conflito entre as duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. Princípios, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações.

Ainda segundo o referido autor⁶⁹, o sistema jurídico ideal se caracteriza por uma distribuição equilibrada de princípios e regras, com cada um exercendo seu papel social. Em contrapartida, no modelo tradicional ocorria uma preferência pela regulação através de regras:

O modelo tradicional, como já mencionado, foi concebido para interpretação e aplicação de regras. É bem de ver, no entanto, que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

Nesse sentido, Alexy⁷⁰ trata da Lei da Ponderação (ou sopesamento, como já mencionado), que pode ser sintetizada na premissa de que “quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento de outro”.

Pode-se dizer que a ponderação é uma técnica procedimental, portanto, de uso obrigatório nos casos de choques entre direitos fundamentais, determinando a forma como os princípios devem ser aplicados, aduzindo Barroso⁷¹:

Em uma ordem democrática, os princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá ocorrer mediante ponderação: À vista do caso concreto, o interprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.

Para se alcançar a norma final que solucione o conflito entre princípios, se faz necessário, como bem destaca Barroso, seguir três etapas pelas quais a ponderação se manifesta, quais sejam: identificação das normas pertinentes, selecionar os fatos relevantes e atribuir, de forma geral, pesos a cada princípio conflitante. Essa atividade “envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão

⁶⁹ BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 352.

⁷⁰ ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgínio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 94-95.

⁷¹ Ob. cit. , p. 352.

variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências”⁷².

A forma com que deve ocorrer essas três etapas, são assim descritas pelo nobre mestre e, então, Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Na primeira etapa, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Como se viu, a existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho da ponderação. [...]. Ainda neste estágio, os diversos fundamentos normativos – isto é: as diversas premissas maiores pertinentes – são agrupados em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: aqueles que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo. Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas dos casos e sua interação com os elementos normativos. Relembre-se, na linha do que já foi exposto anteriormente, a importância assumida pelos fatos e pelas consequências práticas da incidência da norma na moderna interpretação constitucional. Embora os princípios e regras tenham uma existência autônoma em tese, no mundo abstrato dos enunciados normativos, é no momento e que entram em contato com as situações concretas que seu conteúdo se preencherá de relativo sentido. Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. É na terceira etapa que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção. [...] nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Em seguida, é preciso decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado e quem a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Humberto Ávila⁷³ fala na observância dos meios e dos fins pretendidos, devendo existir uma relação de causalidade entre eles, para que seja possível a aplicação do postulado⁷⁴ da proporcionalidade, que se dá em três exames:

O da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).

⁷² BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360.

⁷³ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 173-174.

⁷⁴ **Postulados (normativos de aplicação)**, segundo Humberto Ávila, são normas de 2º grau, verdadeiras metanormas, que instituem critérios de aplicação das normas no plano objeto da aplicação (princípios e regras), não se confundido com estes por suas naturezas. *Ibid.*, p.134.

Já as regras são efetivadas na sistemática do tudo ou nada, ou seja, aplicam-se integralmente, na maneira como se apresentam ou não se aplicam. Não há observação parcial de uma regra, não sendo possível também efetuar aplicação de um “retalho” de regras jurídicas para que sejam atendidos interesses individuais de determinada categoria de destinatários.

No conflito entre regras é possível ainda aplicação da derrotabilidade como forma de solução de conflitos, a qual se traduz na ideia de que nem sempre uma determinada norma jurídica será aplicada. Por exemplo, uma regra pode deixar de ter incidência, se houver incompatibilidade do seu conteúdo normativo, em face de circunstâncias fáticas. Percebe-se no caso, que a ocorrência de uma exceção pode afastar a aplicação de uma norma.

Já que não é possível elaborar uma norma capaz de regular todas as situações possíveis de que possam se manifestar em um caso concreto, já que a linguagem é limitada, não se pode assegurar a manutenção do equilíbrio normativo, alcançando-se a coerência normativa do sistema jurídico com a concessão de exceções à regra, que permitirá o afastamento de uma regra para incidência de outra, solucionando assim, o conflito.

Como já mencionado, a incoerência no sistema normativo é algo corriqueiro, nosso sistema de normatização analítico conduz à ocorrência de contradições, demandando o uso, por parte do aplicador/interprete, da técnica da derrotabilidade que leva ao atingimento da coerência racional, da integralidade e da harmonia do sistema.

Apesar de se conceber a necessidade da existência de exceções à regra, isso não quer dizer que uma regra excetuada deva ser extirpada do ordenamento jurídico. Tal situação não é admitida, já que conduziria a configuração do fenômeno jurídico da revogação tácita, o que não é o caso. A regra excetuada pode voltar a ser observada em um momento posterior, se assim exigir as circunstâncias fáticas do caso concreto.

Por outro lado, se as condições que levaram a não aplicação da regra se repetirem e não havendo uma revisão normativa bem fundamentada, é coerente concluir que a exceção também deva se repetir. Isso para que não ocorra aplicação casuística da norma.

Importante ressalva é levantada por Barroso⁷⁵, que identifica que o princípio da ponderação pode ser usado de forma voluntariosa para efetivação de interesses particulares, o que pode ser evitado ou minimizado, se o magistrado seguir as soluções de segurança indicadas, as quais vêm sendo constantemente aprimoradas pela doutrina, através dos “vetores interpretativos”, sintetizados em três mandamentos:

a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador; b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntaristas; c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos.

Nas práticas de preconceito e discriminação racial na Internet, tem-se a extrapolação do exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento, que agride a igualdade das pessoas, necessitando de uma resposta Estatal. Com base na técnica da ponderação, qual poderia ser a solução mais adequada para esse embate?

Santos⁷⁶ indica três possíveis soluções, expressando seu juízo de valor sobre cada uma delas:

A censura, o que significa uma forma drástica, tendo em vista a democracia. Por outro lado, pode o Estado dispor, por meio de regras, consequências para eventuais violações, o que também não deixa de ser um tipo de censura: leis civis prevendo indenização do dano sofrido, ou leis penais, prevendo condutas delituosas criminalmente, o que talvez seja um excesso. Por fim, o direito de resposta talvez se mostre o mais democrático “limite” a esses tipos de manifestações.

Sem sombra de dúvidas, o direito de resposta concedido à vítima, se apresenta como a melhor alternativa em um Estado Democrático de Direito. As pessoas, através de um embate dialético, devem formar uma consciência coletiva de valorização das diferenças, sem que o Estado seja acionado a intervir a todo o momento.

Entretanto, é importante se ter em consideração que tal caminho pode levar a legitimação do discurso do ódio, em detrimento de uma maior proteção à igualdade.

⁷⁵ BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337.

⁷⁶ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 93.

Isso em um país em que ainda são altíssimos os índices de ocorrência de preconceito e discriminação por motivos subjetivos, atrelados a raça, cor, sexo, etnia e origem nacional, inclusive, na Internet.

Com base na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XLII), “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. Portanto o legislador constituinte optou pela repressão penal às práticas de racismo, motivo pelo qual, a presente investigação ficará adstrita ao Direito Penal como controle social.

3. DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

3.1. TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PENAL MÍNIMO

Por ser o homem um ser social, é necessário que sejam estabelecidas regras de boa convivência e autopreservação dessa sociedade, tendo por fim conferir condições mínimas para a manutenção da ordem, da harmonia e da paz social. Isso é feito pelos meios de controle social, sendo o direito um dos mais importantes deles.

Controle social, na visão de Bianchini e Gomes⁷⁷, compreende:

o conjunto de instituições, estratégias e sanções (legais e/ou sociais), cuja função é promover e garantir a submissão do indivíduo aos modelos e normas sociais. Ele é composto de: (a) numerosos sistemas normativos (a ética, o Direito civil, o Direito trabalhista etc.); (b) diversos órgãos ou agentes (a família, a igreja, os partidos políticos, os sindicatos, a Justiça etc.); (c) variadas estratégias de atuação ou respostas (repressão, prevenção, ressocialização etc.); (d) diferentes modalidades de consequências (positivas, como ascensões, distinções, boa reputação etc. ou negativas – que são as sanções: reparação do dano, sanção pecuniária, privação de liberdade, restrição de direitos etc.); (e) particulares destinatários (estratos sociais desfavorecidos, estratos sociais privilegiados, criminoso potencial, vítima potencial etc.).

Pode ser formal ou informal, sendo o segundo um instrumento de repressão negativa realizada por outras formas, que não seja as que se utilizam do aparelho político do Estado, como educação, escola, mídia, religião, enfim, instituições que atuam na regulação das relações sociais. Já o controle formal é realizado, em síntese, pelo Direito, através das normas jurídicas.

Diz-se que o controle informal deve ter preferência em relação ao formal, pois aquele interfere menos nas liberdades do homem. Sendo assim, quando os controles informais se mostram insuficientes para regular as condutas humanas, deve-se partir para os mecanismos de controle formal, que possuem poder coercitivo, o poder de impor ao indivíduo determinado padrão de comportamento exigido para a harmonização e paz social.

Se o controle formal é realizado por meio de um sistema de normas jurídicas, que tem por principal finalidade modelar condutas humanas que violam bens jurídicos de maior importância, tendo por sanções aos agentes agressoras, penas restritivas de direito, privativas de liberdade ou/e multa, estaremos diante de um controle social penal.

⁷⁷ BIANCHINI, A.; GOMES, L. F. Controle social e Direito penal. **Atualidades do Direito**, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/02/13/control-social-e-direito-penal-2>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

O elemento ensejador desse tipo de controle é a infração penal, a qual tem como consequências, nas palavras de Bianchini e de Gomes⁷⁸, com base em sua definição:

A infração penal faz parte do Direito penal. Ela nada mais é do que um fenômeno parcial de todas as condutas desviadas imagináveis; a pena, por fim, significa (unicamente) a opção por uma das sanções disponíveis. Conclusão: o controle social penal é um subsistema no sistema (global) do controle social formal.

Em linhas gerais, o controle social penal possui como características a regulação de ações que configurem infrações penais, tendo por finalidade a repressão e a prevenção delitiva, se utilizando das sanções sob a forma de penas (privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa) ou aplicação de medida de segurança, estando adstrita ao princípio da legalidade, já que seu *modus operandi* é rigoroso.

É importante salientar que nem todas as condutas desviantes configuram infrações penais, o que afasta a incidência do Direito Penal, mas não a de outro tipo de controle, que possua suas próprias sanções e que sejam incumbidas da regulação de situações conflituosas da vida cotidiana de menor agressividade social, conforme entendimento de determinado grupo. As situações menos críticas podem se valer dos controles informais: família, moral, escola, religião, entre outros.

Sobre as situações de uso dos mecanismos de controle social formal, aqueles exercidos pelo Estado, apenas nos casos de falência dos controles primários (informais), ressaltam Bianchini e Gomes⁷⁹:

O Estado intervém nas situações em que o conflito se reveste de especial importância submetendo os infratores a normas de atuação escrupulosamente desenhadas para assegurar a objetividade da intervenção, bem como o devido respeito às garantias das pessoas envolvidas no conflito.

Os referidos autores⁸⁰ condicionam o uso do mecanismo de controle formal subsidiário, o penal, a dois requisitos, quais sejam:

E quando a intervenção estatal se dá por meio do controle social penal, há que se respeitar dois requisitos: (a) fracasso dos mecanismos primários do controle social "informal" que devem intervir previamente; (b) especial relevância da conduta desviada, antissocial: uma concreta, transcendental, grave e intolerável ofensa a um bem jurídico relevante, tendo em vista que

⁷⁸ BIANCHINI, A.; GOMES, L. F. Controle social e Direito penal. **Atualidades do Direito**, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/02/13/control-social-e-direito-penal-2>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

não se justifica uma intervenção tão danosa ao indivíduo (como é a decorrente do Direito penal) quando não existir uma ofensa de uma mesma repercussão (ocasionada pelo delito) a um bem jurídico relevante para o indivíduo e/ou sociedade.

Portanto, os mecanismos formais de controle social devem ser usados apenas quando as ferramentas informais de autoproteção não se mostram mais eficientes. O aparato da justiça criminal é muito invasivo e agressivo às liberdades individuais para que possam ser usadas indiscriminadamente.

Além do mais, os controles informais são mais ágeis e se mostram efetivos na maioria das situações fáticas, em um trabalho de atuação coordenada e cooperativa entre os meios de controle social.

Apesar de tudo que foi exposto, é importante mencionar que o Direito Penal não consiste apenas em punir criminosos, “o caráter (puramente) repressivo do Direito penal é cada vez mais questionado. Direito penal é “pena”, mas, sobretudo, “direito”; é castigo, mas também garantia⁸¹”.

A forma como o Direito Penal atua, em defesa dos bens jurídicos fundamentais à vida social, pode ser classificado em três intensidades, conforme seguintes teorias: Abolicionista⁸², Maximalista⁸³, e, por último, o Modelo do Direito Penal Mínimo que concebe a intervenção mínima necessária da Ciência Criminal no seio social.

Não obstante a relevância do conhecimento mais aprofundado dos outros sistemas, o Direito Penal Mínimo mostra-se como solução mais adequada à regulação de comportamentos sociais no Estado Democrático de Direito, atuando em defesa dos bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade, de forma a não tentar engessá-la, motivo pelo qual será objeto de estudo mais detalhado nessa investigação.

⁸¹ BIANCHINI, A.; GOMES, L. F. Controle social e Direito penal. **Atualidades do Direito**, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/02/13/control-social-e-direito-penal-2>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

⁸² **Corrente Abolicionista da tutela penal** - consiste em uma redução gradual da intervenção do Direito Penal na autonomia e na liberdade individual das pessoas, com o objetivo maior de extinguir em futuro próximo a tutela penal aos bens jurídicos protegidos.

⁸³ **Corrente Maximalista da tutela penal** - se fundamenta na premissa de que a redução da criminalidade e a proteção adequada aos bens jurídicos mais importantes para o seio social passam pela maior intervenção do Direito Penal nas liberdades individuais.

Santos⁸⁴ destaca o Direito Penal Mínimo como uma “forma mais compatível com a realidade criminal [...], forma menos invasiva e atentatória contra a dignidade humana, na atuação do Direito Penal”.

Conceber um Direito Penal Mínimo é entender que a mera intervenção punitiva estatal é uma violência severa ao desenvolvimento do indivíduo e as suas liberdades constitucionalmente asseguradas, fato que, por si só, demandaria o uso moderado desse meio de controle social.

No entender do autor⁸⁵, punir por punir “[...] reprime as necessidades reais, sendo uma violência institucional, suspendendo direitos humanos dos considerados criminosos, daqueles que se encontram nas classes mais baixas da população”. E vai além, ao dizer que a atuação real dos sistemas penais viola mais direitos que protege.

O Direito Penal Mínimo tem por objetivo promover os direitos humanos, através da descriminalização, diminuindo a intervenção estatal e promovendo a substituição da tutela penal por formas alternativas de controle, mais brandas e adequadas, se possível, com mantendo-se o resultado social.

A ideia norteadora do modelo minimalista é reduzir a atuação do Direito Penal a agressões severas aos direitos fundamentais, sendo este sempre a última *ratio*. Nesse sentido, o Direito Penal não pode ser tão opressor, a moderação e a razoabilidade se apresentam como melhor caminho.

Para Greco⁸⁶, o Direito Penal Mínimo, norteador pelo princípio da intervenção mínima, deve orientar a atividade legiferante do legislador, quanto à criação e à revogação dos tipos penais incriminadores, devendo este realizar duas linhas cognitivas sequenciais nessa tarefa.

O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valorização do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio ainda no mesmo princípio, vale dizer o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal.

⁸⁴ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 188.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 190.

⁸⁶ GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 30.

Por força desse princípio, ainda segundo Greco⁸⁷, a revogação se dá quando “um bem que era importante no passado, mas, atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal”, perdendo assim sua tipicidade penal.

Não obstante a influência do princípio da intervenção mínima no Direito Penal Mínimo, este também está adstrito aos princípios penais da legalidade, lesividade, aos relativos à pena, culpabilidade, dentre outros, com especial destaque para o princípio da bagatela, qual pode ser usado como fundamentação para a redução do que se interpreta como infração penal⁸⁸.

Não está em sintonia com os valores consagrados pelo Direito Penal atribuir penas severas às condutas que não produzam danos significativos ao bem jurídico, que não colocam em risco a harmonia social. Isso porque, uma intervenção penal nesses moldes não faria sentido. Sobre essa questão, Bitencourt⁸⁹ destaca:

É imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

O idealizador do princípio da insignificância (bagatela), Roxin⁹⁰, defende a reformulação dos instrumentos de interpretação dos tipos penais como uma grande contribuição para a redução da atuação do Direito Penal, para tanto cita alguns exemplos:

Permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos penais: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do Código Penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa[...].

Sintetizando o que foi dito nas últimas linhas, considerando a obediência ao caráter subsidiário do sistema penal, a proteção só deve alcançar situações graves de risco aos valores essenciais do homem em sociedade, sendo que a sanção

⁸⁷ GRECO, R. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 30.

⁸⁸ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 192-193.

⁸⁹ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 210.

⁹⁰ ROXIN, C. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47-48.

imposta deve ser sempre proporcional ao grau de reprovação da conduta, justificando a interferência no direito fundamental à liberdade dos destinatários.

Caso a limitação à liberdade dos indivíduos em sociedade se torne insuportável diante da atuação penal, é possível dizer que o Direito falhou em seu papel de garantir a manutenção da ordem social, pode estar ocorrendo um colapso dos na atuação dos controles primários, o que demandaria ações afirmativas para o restabelecimento do equilíbrio.

Muito bem coloca Santos⁹¹ ao dizer que “uma atuação totalitária do Direito Penal sobre todos os bens jurídicos, de forma a tutela-los, pode significar grave risco aos interesses do Direito e à liberdade”.

Complementando esse raciocínio, o referido teórico afirma que o modelo minimalista vem derrubar a falsa premissa de que uma maior criminalização de condutas implicaria, necessariamente, em mais segurança, que a força inibidora de prática de condutas ilícitas aumentaria com a criação desregulada de novos tipos penais⁹².

No tocante ao tema objeto dessa investigação, é possível dizer que não se pode afastar a atuação do Direito Penal como última *ratio* na tutela do direito fundamental à igualdade nas práticas delitivas de discriminação racial e preconceito na Internet, funcionando este ramo do Direito, através das normas penais incriminadores, como limitador à liberdade de expressão, quando exercida de forma desvirtuosa, solucionando assim, o aparente conflito entre direitos de suma importância.

3.2. CRIME DE RACISMO E INJÚRIA QUALIFICADA

Antes de adentrar nos temas que dão nome ao presente tópico, se faz necessário conceituar a honra, que segundo Nucci⁹³ é:

A faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral, enfim, na sua postura calcada nos bons costumes.

⁹¹ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 197.

⁹² *Ibid.*, p.199.

⁹³ NUCCI, G. D. S. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 595.

Consiste, portanto, em um conjunto de qualidades que compõem a personalidade de um indivíduo, conferindo-lhe estima e respeitabilidade social, fundadas nos valores atrelados às características físicas, morais, intelectuais, que a coletividade entende como relacionadas ao “bom”.

A proteção à honra se encontra no texto constitucional (art. 5, X) que assim prescreve: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”. Portanto, a honra é objeto de reparação civil, conforme determina dispositivo constitucional, além do manto protetor que possui por força do Código Penal, como se verá adiante.

Em linhas gerais, a honra pode ser objetiva, correspondendo à imagem que determinado grupo social concebe sobre determinada pessoa, fruto do comportamento que esta realiza perante esse grupo, que forma no imaginário coletivo a projeção de uma pessoa valorosa. Tem-se, ainda, a dita honra subjetiva que é a imagem que cada um tem de si, oriunda de uma autoavaliação, relacionada à autoestima.

Como se pode perceber, definir honra não é uma tarefa das mais fáceis, em parte, porque ela se manifesta sob as mais diversas formas, existindo ainda, a classificação em honra comum e a especial⁹⁴.

A injúria, enquanto infração penal, está respaldada legalmente no artigo 140 do Código Penal Pátrio, que assim a prescreve: “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”⁹⁵.

É, portanto, caracterizada como uma agressão à honra subjetiva do indivíduo, atingida mediante insulto contra sua dignidade, causando danos à integridade moral. Nesse tipo de prática delitiva, o agente deve estar imbuído da intenção de ofender sentimento que outro nutre por si, maculando seus atributos físicos e/ou intelectuais.

Entretanto, a honra subjetiva só é passível de atingimento se a vítima tiver o discernimento necessário que a leve a compreender a agressão a seus sentimentos íntimos. Em virtude dessa subjetividade, a injúria é um crime condicionado à representação da vítima, sendo que não há de se falar em conduta típica, se a

⁹⁴ **A honra comum** é a reconhecida em todas as pessoas, ao passo, que **a especial** é singularizada por dotes e particularidades do indivíduo, como, por exemplo, a honra atribuída a um magistrado, que devido a relevância de sua atividade para sociedade, carece de uma maior proteção.

⁹⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

vítima não se sentir violada em seu interior, se não possui capacidade intelectual para perceber essa agressão.

Sobre a injúria e a necessidade de compreensão do ofendido, destaca Santos⁹⁶ que a conduta criminosa:

Está relacionada à prática de uma afirmação genérica, que ofenda o decoro ou a dignidade, isto é, atribuição de uma qualidade negativa, depreciativa (imputação de uma natureza criminosa, imoral, contravencional, um vício, um defeito, etc.), decorrente de opinião pessoal e que seja feita de forma imediata contra a vítima que deve ser dotada de capacidade de compreensão.

Não obstante a existência da injúria simples, a que foi abordada até o presente ponto nos parágrafos anteriores, o Código Penal (art. 140, §3) ainda prevê um tipo especial de injúria, a injúria qualificada pelo preconceito, também designada como injúria racial. Segundo o dispositivo legal, a injúria racial consiste “na utilização de elementos referentes à raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”. Desta forma, o termo “racial” da injúria é abrangente, englobando outras formas de preconceitos que não apenas as relacionadas à identidade racial.

O legislador infraconstitucional optou por atribuir à injúria racial, por envolver características subjetivas e pessoais do indivíduo, maior grau de reprovação, conseqüentemente, o agente infrator pode ser apenado mais severamente, já que a pena máxima abstrata, além da aplicação obrigatória da multa, pode chegar a três anos de reclusão, ao invés dos seis meses de detenção ou multa do tipo básico.

É importante mencionar que na injúria racial, apesar do preconceito ser um de seus elementos, o bem jurídico ofendido é a honra, mais especificamente, a sua forma subjetiva, assim como no delito simples. Outro fator diferenciador é que a vítima pode ser individualizada, não há de se falar aqui em discriminação racial dirigida a uma coletividade, porque não há segregação de um grupo subjugado inferior. Se assim o fosse, restaria configurada prática delitiva de racismo, que exigiria a aplicação dos dispositivos legais contidos na norma específica da Lei 7.716/89.

Ao se analisar o tipo injúria racial e sua respectiva pena cominada, é tangível o entendimento de que a pena atribuída ao delito pode ser considerada um tanto desproporcional, se comparada à importância de outros bens jurídicos tutelados e as

⁹⁶ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 287.

penas que lhes são cominadas no Código Penal. Sendo assim, é possível aduzir que⁹⁷:

A injúria racial, que por um lado pode ser em si mesmo preconceituoso, possui uma punição desproporcional, pena de reclusão de um a três anos, considerando-se outros delitos previstos no Código Penal, a exemplo da corrupção de menores ou da posse sexual mediante fraude, e ainda, com maior destaque, do homicídio culposo, onde a injúria racial pune mais severamente, ou o auto-aborto [sic], em relação ao qual a punição é a mesma, o que equipara a honra à vida.

Por fim, o Código Penal⁹⁸, na inteligência do artigo 141, III, tratando sobre os crimes contra a honra, estabelece hipótese de agravamento de pena se o crime for cometido “[...] III - na presença de várias pessoas, ou por meio que facilite a divulgação da calúnia, da difamação ou da injúria”.

Sobre o dispositivo mencionado, é importante colocar que não seria forçoso interpretar que injúrias raciais, cometidas por meio da Internet, poderiam ter a sanção penal majorada, já que a exposição da mensagem ofensiva nesse meio atinge maior propagação, conseqüentemente, o dano causado à honra poderá ser maior que se ocorresse fora do mundo virtual.

Diferentemente das práticas delitivas de injúria, seja nas formas simples ou qualificada (racial), as condutas de preconceito e discriminação racial não são coibidas pelo Código Penal 1940, mas pela Lei nº 7.716/89.

Tanto o legislador constituinte como o federal, pelo menos até três décadas atrás, não concederam ao direito constitucional à igualdade racial a importância democrática devida, de elevar tais condutas ao patamar de crimes.

O primeiro indício de mudança desse paradigma veio com a Lei Afonso Arinos⁹⁹, Lei nº 1.390/51, que conferiu ao preconceito racial ou de cor *status* de infração penal, qualificando o racismo como um tipo de infração penal mais leve, uma contravenção.

O referido texto legal, em seu artigo 1º, assim determinava: “constitui infração penal punida nos termos dessa lei, a recusa por estabelecimento comercial ou de ensino, de qualquer natureza, hospedar, servir, atender ou receber clientes, comprador ou não, o preconceito de raça ou cor”.

⁹⁷ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 288.

⁹⁸ BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

⁹⁹ BRASIL. Lei 1.390, de 03 de julho de 1951. **Lei Afonso Arinos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

Muito tempo depois, só em 1985, foi promulgada a Lei nº 7.437/85 “que trata de atos de preconceito racial, mas ainda assim, as condutas continuaram a ser classificadas como uma simples contravenção penal”¹⁰⁰.

Somente com advento da Constituição Federal de 1988, as práticas de discriminação racial e preconceito receberam o tratamento há muito esperado, que consistiu na criminalização das condutas de intolerância racial, tornando-as crimes de racismo, punidas de forma imprescritível e sem direito à fiança. Esse nível de enfretamento é digno da sociedade democrática em que vivemos e essencial à manutenção de todos os valores a ela atrelados.

Esmiuçando os atributos do delito de racismo, o caráter inafiançável remete em dizer que o acusado não poderá ser solto, mediante o pagamento de fiança. Já a imprescritibilidade tem relação com o *jus puniendi* do Estado, que não poderá ser exercido, em sua pretensão punitiva ou na executiva, a qualquer momento.

A impossibilidade de fiança nos crimes de racismo não implica, necessariamente, na impossibilidade de concessão de liberdade provisória, de modo que Nucci¹⁰¹ afirma que:

A previsão de inafiançabilidade torna-se inútil em face do sistema processual penal vigente, que admite a liberdade provisória, sem fiança, para vários crimes, considerados graves. Logo, o delito de racismo, embora não admita o pagamento de fiança, poderia comportar a liberdade sem a caução legal.

Cabe comentar que a opção realizada pelo legislador constituinte em atribuir aos crimes de racismo o atributo da imprescritibilidade é, de certa forma, desproporcional, já que valores tidos como mais essenciais ao homem, como os bens jurídicos vida e liberdade, por exemplo, não gozam da mesma prerrogativa, fortalecendo esse entendimento¹⁰²:

Acredita-se que o constituinte foi um tanto severo com a citada previsão constitucional, tendo em vista que a vida, considerada o bem jurídico mais importante ao homem, juntamente com sua liberdade, não tem uma previsão de imprescritibilidade para as condutas criminosas que atingirem, como no homicídio doloso, ainda que qualificado com alguma circunstância específica.

¹⁰⁰ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 290.

¹⁰¹ NUCCI, G. D. S. **RACISMO**: uma interpretação à luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.cartafoense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹⁰² Ob. cit., p. 290.

Sobre a imprescritibilidade atribuída ao racismo, Nucci¹⁰³ coloca que:

De outra sorte, a imprescritibilidade não faz parte da tradição do Direito Penal brasileiro, até pelo fato de infrações penais muito mais graves comportarem a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo, como ocorre com o homicídio, o estupro ou a extorsão mediante sequestro [sic], apenas para ilustrar.

Não obstante as questões levantadas acerca dos institutos da imprescritibilidade e da inafiançabilidade das práticas de racismo, cabe ressaltar sua importância para o Estado Democrático de Direito, em que¹⁰⁴:

Há, no entanto, por trás dessa disposição, um símbolo político-social, configurando uma das metas do Estado Democrático de Direito, qual seja a luta pela igualdade entre todos os brasileiros e a eliminação da discriminação e do preconceito, fatores de corrosão da estabilidade em qualquer sociedade civilizada. Independentemente, portanto, da eficiência e da utilidade dos requisitos idealizados, é fato ser o racismo um crime considerado grave, cuja punição precisa ser imposta pelo Judiciário, quando comprovado.

Da Lei 12.288¹⁰⁵, art. 1º, parágrafo único, inciso II, retira-se o conceito de discriminação racial, qual seja: “toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”.

Cabe mencionar interessante ementa de acórdão elucidador sobre as características diferenciadoras das práticas delitivas de injúria qualificada e o racismo, em que o Ministério Público Federal ingressou com apelação criminal, junto ao TRF da 2ª Região, o que teve como resultado a reversão da qualificação típica determinada no juízo de primeiro grau. Segue o teor da ementa¹⁰⁶:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA ANTE A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME TIPIFICADO NO ART. 20, § 2º, DA LEI Nº 7.716/89 PARA O CRIME DESCRITO NO ART. 140 § 3º DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO CONCRETO QUE INDICIAM A PRÁTICA DO CRIME DE RACISMO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO PROVIDO. I - Hipótese em que o magistrado a quo absolveu sumariamente as ora apeladas, com fulcro no art. 397, IV, do Código de

¹⁰³ NUCCI, G. D. S. **RACISMO**: uma interpretação à luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. **Estatuto da Igualdade Racial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal DA 2ª REGIÃO. **APELAÇÃO CRIMINAL** nº: 200950010073333, Relator: Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO, Data de Julgamento: 15/08/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 09/10/2012.

Processo Penal, asseverando restar configurada a decadência do direito de queixa, por entender que o fato narrado na denúncia encontra adequação típica no art. 140, § 3º, do Código Penal e não no art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/89. **II - No presente caso, verifica-se que as expressões utilizadas pelas ora apeladas não têm por escopo atingir a honra subjetiva da vítima, mas demonstram o sentimento de desprezo que as mesmas nutrem pela raça negra. III - O LAUDO DE EXAME DA INTERNET, acostado às fls. 29/36 do IPL em apenso, demonstra que foram criadas as comunidades racistas ODEIO MULHERES MACACOS !!!!!!!” e “EU ODEIO MACACOS!!!, demonstrando, em tese, o objetivo de incitação ao racismo dos participantes de tais comunidades, o que reforça o entendimento de que a capitulação jurídica dada ao episódio criminoso descrito na exordial acusatória pelo Ministério Público Federal está correta. IV - Recurso a que se DÁ PROVIMENTO, para determinar o regular prosseguimento do feito, oportunizando dilação probatória às partes, porquanto prematura a desclassificação operada nesta fase processual. (Grifo nosso)**

Da jurisprudência pátria, retira-se ainda julgado de leitura enriquecedora, o qual revela o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da tutela penal à igualdade em face das práticas delitivas de racismo, destacando os valores que a ela se agregam e as características marcantes dessa prática indesejável, isso no contexto do Estado Democrático de Direito. Vejamos a ementa¹⁰⁷:

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO [sic]. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias [sic] preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconfiabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 82424/RS**, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 28 maio de 2015.

organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéicas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o anti-semitismo **[sic]**. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias **[sic]** anti-semitas **[sic]**, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências **[sic]** históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências **[sic]** gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para

que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.

Em síntese, o preconceito está presente tanto nos crimes de racismo como nos de injúria racial, já que são utilizadas características subjetivas odiosas nas ofensas injuriosas ou discriminatórias. Os fatores diferenciadores consistem no bem jurídico violado, no tipo da ação penal, na pluralidade de vítimas e na base legal delitiva.

A injúria qualificada tem por bem jurídico diretamente violado a honra subjetiva, a conduta é direcionada a determinada pessoa, tendo respaldo legal na norma penal incriminadora dos artigos 140 e 141 do Código Penal, sendo configurada como ação privada condicionada à representação.

Em outro turno, a discriminação racial tem por vítima o Estado, vai de encontro aos valores democráticos, atingindo o direito fundamental à igualdade, sendo direcionada a determina coletividade subjugada inferior. A discriminação se dá pela restrição ao “acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”¹⁰⁸ por uma categoria autoproclamada “superior”. A discriminação racial ocasiona segregação sociocultural de minorias, sendo espécie delitiva de ação pública incondicionada à representação, com assento legal na Lei 7.716/89.

3.3. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO QUANTO AOS CRIMES DE PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL

3.3.1. Racismo à luz da Constituição Federal de 1988

A constituição de um Estado reflete os princípios fundamentais eleitos pela sociedade a qual se destina, servindo como instrumento irradiador de seus valores éticos e morais por todo o ordenamento jurídico, devendo sempre atuar em busca da consolidação do pluralismo, da igualdade e dos valores, verdadeiramente, democráticos no seio social, determinando as legislações a se portarem também conforme nesse sentido.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 82424/RS**, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>>. Acesso em: 28 maio de 2015.

Conforme colocado linhas atrás, após as modestas iniciativas de tutela penal à igualdade racial, implementadas nas legislações Afonso Arinos (Lei nº 1.390/51) e na Lei nº 7.437/85, a Constituição Federal de 1988 conferiu a esse direito fundamental uma proteção jamais vista na história do Brasil, condizente com todo um passado de promoção à discriminação racial.

Do teor do texto constitucional é possível a identificação de vários dispositivos repressores ao preconceito e a discriminação racial, entre eles cabe mencionar a vedação ao racismo do artigo 5º, inciso XLII, do qual se retira que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

O referido regramento da carta política brasileira, além de conferir a essas práticas indesejadas os atributos da imprescritibilidade e da inafiançabilidade (sobre os quais já foram tecidos os devidos comentários), também contemplou a opção do legislador constituinte pela atuação do Direito Penal na repressão de tais condutas, entendimento retirado da parte “nos termos da lei”, que se traduz na regulação penal específica da Lei nº 7.716/89. Em outras palavras¹⁰⁹,

o texto constitucional, a partir de sua publicação, impôs ao Estado a elaboração de uma legislação própria sobre o racismo, exigindo, assim, a atuação do Direito Penal sobre tema, por considerar a igualdade um bem jurídico fundamental a uma vida digna, passível, portanto, de tutela por parte do Direito Penal.

Complementa Nucci¹¹⁰, dizendo que:

Com base nesse preceito, emergem, basicamente, duas questões: a) o significado de *racismo*; b) a fonte legislativa de previsão dos tipos incriminadores. Determinando-se o conteúdo do termo e podendo-se visualizar a legislação de apoio ao texto constitucional, resta concluir serem todos os delitos de racismo inafiançáveis e imprescritíveis, necessariamente sujeitos à pena de reclusão.

Nas relações internacionais das quais o Brasil faça parte, o racismo é repudiado por força da norma constitucional do art. 4º, qual seja:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I – independência nacional;
- II – prevalência dos direitos humanos;
- III – autodeterminação dos povos;

¹⁰⁹ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 284.

¹¹⁰ NUCCI, G. D. S. **RACISMO**: uma interpretação à luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>>. Acesso em: 25 maio 2015.

- IV – não-intervenção;
- V – igualdade entre os Estado;
- VI – defesa da paz;
- VII – solução pacífica dos conflitos;
- VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;**
- IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X – concessão de asilo político. (Grifo nosso).

Complementando esse entendimento¹¹¹,

Constitui poder-dever do Judiciário fazer valer os comandos constitucionais vigentes, em particular os que se referem aos direitos e garantias humanas fundamentais. Uma das preocupações do legislador-constituente baseou-se no combate ao racismo, em busca de uma sociedade igualitária, pluralista e, realmente, democrática.

Realizando-se uma leitura sistemática da Constituição, é tangível o pensamento de que no seio social não há divisão de seres humanos em raças, sendo vedada a estipulação de qualquer fator subjetivo que os hierarquize, já que todos devem gozar de igual prestígio frente aos direitos fundamentais e ao acesso aos serviços públicos e privados. A igualdade é, nesse sentido, o bem essencial a ser protegido, através da erradicação do preconceito e da discriminação injustificada, sendo a Constituição a mais importante ferramenta normativa concretizadora e garantidora de tudo isso.

3.3.2. Regulação federal do racismo: Lei nº 7.716/1989

Atualmente, os crimes de preconceito de raça e de cor, cujo racismo é um dos principais representantes, são regulamentados, especialmente, pela Lei 7.716/89, a qual, em consonância com a Constituição, concebeu uma proteção até então não vista em uma legislação infraconstitucional.

O direito à igualdade racial, por força do referido conjunto normativo está amplamente tutelado, combatendo diversos tipos de discriminações, seja as “relacionadas ao trabalho, à obtenção de serviços, à livre locomoção, à educação, à convivência familiar e social, quer no setor público ou privado, abrangendo a raça, cor, religião, etnia e procedência nacional”¹¹².

¹¹¹ NUCCI, G. D. S. **RACISMO**: uma interpretação à luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>>. Acesso em: 25 maio 2015.

¹¹² SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 290.

Santos¹¹³ destaca que nem todo tipo de discriminação é ilícita e conduz a incidência da Lei 7.716/89. Isso porque, em determinadas situações, discriminar pode ser admitido, não restando configurada a ilicitude na ação, desde que muito bem fundamentada e em sintonia com o texto constitucional.

A título de exemplo, é plausível conceber a restrição de preenchimento de cargo público de agente penitenciário a pessoas do sexo feminino, no exercício de atividades de revista íntima em presídios para detentos do mesmo sexo, sem que isto seja considerado uma conduta típica de discriminação, passível de sanção penal, podendo, no máximo, se caracterizada como uma mera exigência do cargo, admitida pela Constituição.

É importante ressaltar que o Direito Penal tem por função a tutela dos bens jurídicos essenciais à harmonia social, atuando como manto protetor dos valores mais sensíveis eleitos pela sociedade, com o fim maior em sua preservação e manutenção. Não é função deste meio de controle social formal, educar o homem. Aprofundando esse entendimento, coloca Santos¹¹⁴: “[...] não é função do Direito Penal ser educador moral ou religioso, fornecer ou inculcar valores e virtudes no homem, mas sim evitar o ataque, a violação de bens jurídicos indispensáveis a vida harmoniosa do homem em sociedade.”

Todas as formas de discriminação e preconceito, estabelecidas na Lei 7.716/89¹¹⁵, seguem o que determina o artigo 1º, qual seja: “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Desta forma, por força do princípio da legalidade penal, a Lei apenas incidirá quando a discriminação se fundar em um desses elementos subjetivos.

A Lei 7.716/89 coíbe o preconceito contra a opção religiosa, sendo que nesse fundamento não se engloba o ateísmo, que seria uma espécie de doutrina filosófica, relacionada à ideia de credibilidade na existência de algum ente superior. Entretanto,

¹¹³ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 290.

¹¹⁴ Ibid., p. 291.

¹¹⁵ BRASIL. **Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989**: Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

diante da generalidade do art. 20 da referida Lei, não seria a configuração da discriminação por esse motivo¹¹⁶.

O preconceito contra opção sexual não é regulado pela referida Lei, a qual entende ainda como procedência regional, a discriminação racial que é fundada em procedência de lugar, tanto no âmbito de um país (discriminar, por exemplo, pessoa oriunda de uma região menos favorecida) ou em relação cidadania estrangeira.

Ainda na análise dos crimes de discriminação racial na Lei 7.716/89¹¹⁷, o artigo 20, § 2º, assim dispõe:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. [...]§ 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. (Grifo nosso).

Como se percebe, assim como nos crimes contra a honra, na legislação específica referente ao preconceito racial, há a estipulação de agravamento de pena, se utilizado meios de comunicação social que ampliem a propagação da ofensa, o que leva a conclusão de que se a Internet for utilizada como meio discriminador, a pena atribuída ao crime pode ser agravada, conforme determina o parágrafo 2º, do artigo 20, da Lei sob análise. Ademais a Internet pode ser entendida como meio de publicação, o que também a enquadraria na regra em abstrato, exigindo a aplicação do dispositivo mencionado.

Sobre considerar a Internet como meio de comunicação social, que implicaria no agravamento de pena, baseado no dispositivo comentado, Santos¹¹⁸ assim coloca:

Desenvolvendo-se a interpretação desse parágrafo, o que se entende é que se devem considerar os mais diversos meios de que o homem dispõe para externar seu pensamento, compreendendo da expressão verbal até a Internet, incluindo-se material informativo de livre circulação, com fins comerciais ou não. Nesses casos existe uma maior possibilidade de propagação de ideias preconceituosas e de cunho discriminatório, o que tende a produzir um dano maior às pessoas afetadas, incitando o ódio racial, podendo ser entendida a Internet como um meio de comunicação social ou publicação dessa natureza.

¹¹⁶ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014.p. 291.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989**: Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

¹¹⁸ Ob. cit., p. 293.

Nesse diapasão, é inegável que a internet vem sendo utilizada como meio de propagação do preconceito racial e de práticas de injúria qualificada, o que potencializa o dano aos ofendidos e exige do Estado, como guardião dos direitos fundamentais, uma atitude mais enérgica no combate a essas práticas delitivas. Saber se a incidência da legislação posta está se comportando de forma satisfatória para a realização desse entendimento, será o ponto norteador desse trabalho.

4. DIREITO PENAL NA ERA DA INFORMÁTICA

4.1. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES VIRTUAIS

A Internet é um lugar fértil para a prática de condutas indesejadas, principalmente, pelo fato deste meio proporcionar a possibilidade de cometimento de crimes de lugares remotos, bastando apenas que o agente criminoso tenha acesso à Rede Mundial de Computadores. Esse distanciamento entre agressor e vítima, causa uma relativa sensação de anonimato, que favorece o cometimento de delitos virtuais.

Há uma divergência enorme na conceituação dos crimes praticados por meio de dispositivos informáticos, sendo que nas palavras de Macedo¹¹⁹, os crimes praticados por meio da Internet podem ser definidos como:

[...] condutas danosas para a sociedade concretizadas na utilização de um computador, ou sistema de tratamento de dados, que funciona como objeto e ou instrumento de ação **[sic]**, e que atenta conta bens jurídico-penais, como a esfera privada do indivíduo ou o seu patrimônio, através do acesso, recolha, armazenamento, introdução, alteração, destruição, interceptação ou transmissão informática (ou temática) de dados.

Para Saavedra¹²⁰ crimes informáticos são ações criminosas que violam direitos alheios, no âmbito de *hardware* ou de *software*, o que se caracteriza, portanto, como uma visão reducionista do termo, já que não leva em consideração outros bens jurídicos que possam ser agredidos na Internet:

A realização de uma ação que, reunindo as características que delimitam o conceito de crime, seja levada a cabo utilizando um meio informático ou violando os direitos do titular de um meio informático, seja hardware ou software. Na utilização de meios informáticos estará, evidentemente a utilização da Internet.

Os delitos virtuais, na visão de Del Canto¹²¹, têm seu objeto mais amplo, envolvendo as condutas que violam bens jurídicos tradicionais, (ou seja, às aduzidas pelo Código Penal e pelas Leis Esparsas), mas, também, às que surgiram com advento e desenvolvimento da tecnologia da informática e da telecomunicação:

¹¹⁹ MACEDO, J. C. C. B. Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal. In: ANDRADE, M. D. C.; NEVES, R. C. **Direito Penal hoje, novos desafios e novas propostas**. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 225.

¹²⁰ RUI, S. **A proteção jurídica do software e a Internet**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998. p. 343.

¹²¹ DEL CANTO, Enrique Rovira. *Delincuencia Informática y Fraudes Informáticos*. Dirección Carlos María Casabona. Granada: Comares, 2002. p. 33 *apud* RODRIGUES, B. S. **Direito Penal Parte Especial: Direito Penal informático-digital**. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 175.

Aquelas situações delituosas que realmente tenham presentes na sua proteção não somente bens jurídicos tradicionais mas sim também os incorporados como consequência das novas tecnologias da informática e telecomunicação, isto é, diretamente a informação em si mesma, como sendo bem social dotado de valor econômico **[sic]**, enquanto representação do poder que advém do seu conhecimento e do seu acesso à mesma, ou indiretamente através da fiabilidade das suas causas de processamento e transferência, os sistemas e redes informáticas e de telecomunicação, ou os meios que originam o funcionamento destes sistemas, isto é, os programas informáticos ou softwares.

Dos conceitos apresentados, percebe-se que os cibercrimes não possuem uma definição fechada e definitiva, sendo que alguns autores os concebem de forma mais específica, englobando apenas situações de agressão aos dados e a salutar comunicação na Internet, entretanto, para outros, esse conceito abarcaria todas as condutas criminosas que implique uso de um dispositivo informático.

Convém ressaltar que o presente enftretamento está adstrito à investigação de crimes informáticos cometidos por meio de dispositivos informáticos com acesso à Internet para a prática de condutas infringentes ao direito fundamental à igualdade, que configuram crimes de preconceito e discriminação racial. Desta forma, se faz necessário que nos filieemos ao conceito mais amplo de cibercrime, que engloba a agressão aos bens jurídicos tradicionais, opção que será sustentada nas próximas linhas desse enftretamento.

No entendimento de Rodrigues¹²² definir a criminalidade informática para distingui-la da tradicional como sendo uma “conduta criminosa em que o computador, um sistema informático ou sistema de informação é usado como instrumento principal da acção **[sic]**” não é adequado e suficiente.

Diante da problemática, o referido autor¹²³ propõe a classificação dos crimes informáticos em próprios e impróprios, os concebendo como:

O crime informático próprio (ou puro) surge quando se verifica uma conduta lesiva dos fluxos informacionais e comunicacionais com relevância penal, praticada com recurso a meios informáticos (sistemas ou redes informáticos ou redes electrónicas **[sic]** de comunicações publicamente acessíveis) e tendo como objeto a integridade, inalterabilidade ou inviolabilidade, originalidade, funcionalidade ou operatividade, fiabilidade e segurança da informação ou comunicação digital e/ou sistemas ou redes informáticas, bem como as redes de comunicações electrónicas **[sic]** publicamente acessíveis. Por seu turno, o crime informático impróprio ocorre relativamente a qualquer conduta lesiva dos fluxos informacionais e comunicacionais, com relevância penal, praticada com o recurso a meios informáticos e cujo objeto abrange, não a integridade, inalterabilidade ou

¹²² RODRIGUES, B. S. **Direito Penal Parte Especial: Direito Penal informático-digital**. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 237-238.

¹²³ Ibid., p. 238.

inviolabilidade, originalidade, funcionalidade ou operatividade, fiabilidade e segurança de informação e comunicação digital e/ou sistemas ou redes informáticas, bem como as redes de comunicação electrónicas [sic] publicamente acessíveis, mas outros bens jurídicos de natureza pessoal ou colectiva [sic], com dignidade jurídico-penal e societária.

Em síntese, a classificação de Rodrigues é coerente ao fim a que se propõe (de adequação e suficiência), por diferenciar os cibercrimes em que a tecnologia da informação é um meio necessário para seu cometimento, como por exemplo, o acesso não autorizado a conteúdo digital pessoal (não aparadas pela legislação tradicional) daqueles que ela é apenas mais um meio de sua expressão, como é o caso do estelionato, extorsão, discriminação racial, enfim, todos aqueles que são regulados pelo Direito Penal.

No compêndio de Santos¹²⁴, há a classificação tripartida, de Cesar Pinheiro, a qual será adotada na presente investigação, consistindo em dividir os crimes virtuais em puros, mistos e comuns, sendo que o

crime virtual puro como sendo aquele em que são objetos da conduta ilícita o computador, seus programas ou dados; crime virtual misto não atinge citados bens, no entanto, a Internet constitui meio necessário para a sua realização, é instrumento do crime que não pode ser praticado sem a rede mundial de computadores, podendo ser citado o exemplo de transferências ou pagamentos de coisas de forma ilícita utilizando-se da conta bancária de terceiros, observando-se que as citadas transferências normalmente ocorrem em pequenas somas de forma a não chamar a atenção da vítima, por outro lado, as pequenas somas somadas a outras pequenas somas de outras vítimas acarretam um lucro patrimonial considerável ao criminoso; crime virtual comum, por fim, é aquele em que se tem um crime já previsto em legislação penal, de forma que a Internet é apenas mais uma forma, modus operandi, para a sua prática, que poderia acontecer sem sua interferência, como seria o caso de pornografia infantil que poderia ser realizada e, considerando-se o que é de interesse desta pesquisa, os casos de preconceito e de discriminação racial por meio da Internet, além de muitas outras condutas ilícitas.

Rodrigues¹²⁵ traz ainda a classificação da União Europeia, a qual considera as ideais de criminalidade informática, delinquência informática, criminalidade de altas tecnologias e de cibercriminalidade como sinônimas, por descreverem os seguintes tipos de crimes informáticos que podem ser agrupados como segue, conforme o bem jurídico específico atingindo:

a) As violações da vida privada: a recolha, o armazenamento, a modificação, a divulgação e a difusão ilícitas de dados de carácter [sic] pessoal; **b) As infrações [sic] ligadas ao conteúdo:** a difusão de imagens

¹²⁴ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal:** o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 239.

¹²⁵ RODRIGUES, B. S. **Direito Penal Parte Especial:** Direito Penal informático-digital. Coimbra: Coimbra, 2009. p. 181.

pornográficas **[sic]**, **de declarações racistas** e de informações instigando a violência; **c) Infrações [sic] econômicas [sic], acessos não autorizados e sabotagem:** infrações **[sic]** ligadas ao acesso não autorizado aos sistemas informáticos (pirataria informática, sabotagem informática e difusão de vírus, espionagem informática, falsificação informática ou burla informática); **d) As lesões à propriedade intelectual:** lesão à proteção jurídica dos programas de computador e das bases de dados, do direito de autor e dos direitos conexos. (Grifo nosso).

A preocupação em criminalizar as condutas danosas aos bens jurídicos mais relevantes para o Direito, no âmbito do ciberespaço, vem sendo uma constante em todo o mundo, ao turno que Santos¹²⁶ traz alguns exemplos da legislação comparada:

Inglaterra que prevê a responsabilização jurídica do hacker por suas ações, tutela os direitos autorais, prevê formas de crimes informáticos ditos como puros em uma lei de abuso de computadores. Os Estados Unidos da América também possui legislação contra fraudes e abusos praticados por computador, proibindo o envio de mensagens não desejadas se não forem solicitadas e discutindo a responsabilização do provedor de Internet, além de incriminar a disseminação de vírus informático que cause danos. A China é outro país com lei em vigor prevendo crimes digitais, o mesmo ocorrendo com a Itália e diversos outros países.

Diante do exposto, se extrai do presente tópico investigado, a constatação de que a maior parte das condutas criminosas que ocorrem na Internet, já se encontram prescritas na legislação existente, sendo estas condutas indesejadas designadas, segundo a classificação tripartida adotada (classificação de César Pinheiro), como crimes informáticos comuns.

A principal característica desse gênero é a utilização da Internet apenas como um novo modo de expressão criminosa. É o caso do delito de preconceito e discriminação racial, que possui base legal na Lei 7.716/89, a qual pode ser perfeitamente aplicada à repressão do racismo virtual.

Por outro lado, há condutas indesejadas que só ocorrem através da Internet, sendo esta uma espécie de pressuposto de existência do fato típico, se manifestam sob a denominação de crimes informáticos mistos. Essas condutas possuem certo grau de semelhança com outras típicas do mundo real, o que demanda também aplicação de tutela penal semelhante, conforme o bem jurídico violado.

Por fim, os crimes informáticos puros podem ser individualizados na repressão de condutas adstritas ao mundo virtual, residindo a proteção em bens jurídicos próprios da Internet (dados digitais pessoais e programas de computador,

¹²⁶ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal:** o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 244-245

por exemplo), exigindo por parte da dogmática jurídica uma análise mais detalhada sob a aplicação de uma Tutela Penal ou outra forma de solução de conflitos como a autotutela, a composição e a arbitragem¹²⁷, por exemplo.

Dentre as classificações apresentadas, a tipologia tripartida dos crimes informáticos se apresentou como a mais adequada a presente pesquisa, podendo inclusive ser incorporada a classificação genérica da Teoria Tradicional dos crimes.

4.2. MARCO CIVIL DA INTERNET E O PAPEL DOS PROVEDORES DE ACESSO À REDE MUNDIAL: CENSURA PRIVADA?

A Lei nº 12.965/14, popularmente conhecida como Marco Civil da Internet, entrou em vigor em 23 de julho de 2014, trazendo consigo disposições gerais que norteiam o uso e a normatização da Internet no Brasil, expressos sob as formas de princípios, garantias, direitos e deveres dos usuários e da atuação estatal no tocante ao ciberespaço.

A referida legislação específica está alicerçada, principalmente, em três importantes princípios fundamentais à Rede Mundial de Computadores, quais sejam: a Neutralidade do conteúdo acessado, a Privacidade dos que da Rede usufruem e a Liberdade de Expressão dos usuários, os quais garantem a manutenção da Internet como um ambiente livre e democrático, sem que seja necessário promover descaracterizações no meio, tudo com respeito aos valores constitucionais e impondo a todos as devidas responsabilidades pelos ilícitos virtuais cometidos.

A neutralidade na rede tem amparo legal no artigo 9º, da Lei 12.965/2014, que estabelece “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”.¹²⁸

Por força desse dispositivo, a neutralidade na rede consiste na obrigatoriedade imposta aos provedores de acesso à Internet¹²⁹ de assegurarem que aos usuários uma navegação isonômica, sem restrição ou direcionamento, com base nos conteúdos acessados. Nesse sentido, o fornecedor do serviço fica

¹²⁷ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 246.

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹²⁹ VARELLA, G. **Marco Civil da Internet**: O que muda em sua vida. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/marco-civil/>>. Acesso em: 07 maio 2015.

veementemente proibido de limitar a velocidade de acesso a determinado tipo de conteúdo que não atenda aos seus interesses comerciais ou privilegie pacotes de dados que atendam.

Sobre o princípio da Neutralidade e sua importância, complementa Molon¹³⁰, detalhando suas três vertentes de atuação:

A neutralidade da rede é a garantia de que os pacotes de dados que circulam na Internet serão tratados de forma isonômica, sem distinção por conteúdo (seja político, religioso, ou relacionado a gênero, e assim por diante), origem (se é proveniente de um determinado computador ou empresa ou sistema operacional), destino (se é destinado a um determinado computador ou empresa ou sistema operacional) ou serviço (se é YouTube ou Skype ou e-mail ou música, e assim por diante). Sem a neutralidade da rede, o seu provedor de conexão (a empresa que te fornece acesso à Internet) poderá escolher por você o que você pode acessar, priorizando o acesso a determinados sites com quem tenha algum acordo comercial ou que sejam do interesse da empresa, em detrimento de outros.

É importante ressaltar que a vedação à discriminação de conteúdo não é absoluta, podendo ser estabelecidas exceções mediante decreto presidencial, já que em âmbito de Marco Civil são regulados apenas os aspectos gerais e pertinentes à matéria, sendo obrigatório inclusive ouvir o Comitê Gestor da Internet (CGI.br) para que seja implementada tal medida¹³¹.

A justificativa de reter nas mãos do presidente da república essa determinação é defendida por Varela¹³², o qual coloca que “a competência para a regulamentação tem que estar com a competência maior do Estado Democrático, que é a Presidência da República”.

Os provedores de acesso estão obrigados ainda a armazenar em ambiente seguro e com sigilo absoluto, os registros de conexão dos usuários, os chamados Log's de acesso¹³³, pelo prazo mínimo de um ano, de modo que, se necessário for,

¹³⁰ MOLON, A. **Entenda a Lei do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹³¹ **O Comitê Gestor da Internet (CGI.br)**, que é o órgão multiparticipativo e responsável pela governança da Internet no Brasil, composto pelo Governo, pela sociedade civil, pelo empresariado e pela academia; bem como a Anatel serão ouvidos para opinar sobre tais excessões à neutralidade da rede. MOLON, A. **Entenda a Lei do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹³² Ob. cit.

¹³³ **Os log's de acesso** são os registros das atividades de um usuário na conexão ou em serviços on-line. Por exemplo, logs registram o endereço IP (protocolo de internet ou endereço da conexão), a data e a hora em que um usuário interage on-line (acessa sua conta de e-mail, faz comentários em fóruns, publica textos em blogs, veicula vídeos etc.). Logs não registram o conteúdo das comunicações ou o hábito da navegação, mas apenas as informações da própria conexão à internet (logs de conexão) ou do acesso aos serviços ou aplicativos (logs de acesso a aplicação). MOLON, A.

mediante requerimento judicial, seja possível a identificação do usuário para fins de persecução penal.

Em outro turno, os provedores de aplicação na Internet, como o *Facebook* e o *Google*, os quais se caracterizam, não por ofertarem o acesso remunerado à Internet, mas por disponibilizarem aplicações comerciais, estão obrigados a armazenarem, de forma sigilosa e segura, os dados das aplicações sobre seus domínios, pelo prazo de 6 (seis) meses. Do artigo 15, retira-se o dever do provedor, como também sua definição:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento. (Grifo nosso).

Por força do Marco Civil, os dados pessoais dos usuários são guardados de forma anônima, sendo vedada a utilização dessas informações para outros fins que não sejam os autorizados expressamente por seus proprietários.

Desta forma, a privacidade, que é consagrada como um princípio que rege a Internet no país, (art. 3 do Marco Civil) ¹³⁴ está garantida pelo sigilo da navegação do usuário e pela proteção aos seus dados pessoais, sendo, inclusive, elevado ao *status* de direito, conforme determina o Marco Civil:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Ainda na inteligência do artigo 7º, no inciso X, da legislação sob análise, determina que o usuário tenha o direito à “exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei”, ou seja, tem-se mais uma proteção contra uso indevido e não autorizado de dados pessoais dos internautas.

Entenda a Lei do Marco Civil da Internet. Disponível em: <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹³⁴ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014:** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

Além desses dispositivos, o artigo 8º reforça com: “a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet” e o art. 9, § 3º, determina que é “vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados”. Nesse diapasão, conclui-se que há um grande aparato normativo que atua em defesa da privacidade na Rede Mundial de Computadores¹³⁵.

Segundo Molon¹³⁶, além da privacidade, a medida ainda é importante por estabelecer tratamento diferenciado em relação à equiparação entre comunicações telefônicas e o sigilo dos dados digitais, resolvendo assim divergências até então existentes sobre o tema.

Varella¹³⁷ qualifica essa proteção como positiva, colocando que antes da implantação do Marco Civil era comum que os dados pessoais coletados pelos fornecedores de serviços na Internet fossem vendidos de forma indiscriminada, sem que o proprietário tomasse conhecimento.

A regra é que o conteúdo publicado na internet só possa ser removido via ordem judicial, consagrando o direito fundamental à liberdade de expressão e manifestação de pensamento, reforçando mais uma vez a vedação à censura no Estado Democrático de Direito. Se o provedor não obedecer a determinação judicial de tornar o conteúdo agressivo indisponível, dentro do prazo estipulado, deverá ser responsabilizado, por disposição legal do Marco Civil (art. 19).

Para Morlon¹³⁸, “Na Internet, é preciso encontrar uma regra equilibrada que permita a solução rápida desses problemas, mas que também não viole a liberdade de expressão e se torne, assim, um ato de censura”.

Por mais que possa parecer moroso ter que ingressar com uma ação judicial para retirar um conteúdo ofensivo da Internet, o legislador conferiu mais celeridade ao procedimento, permitindo a concessão de liminar e colocando a matéria sob a égide dos Juizados Especiais.

¹³⁵ BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹³⁶ MOLON, A. **Entenda a Lei do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹³⁷ VARELLA, G. **Marco Civil da Internet**: O que muda em sua vida. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/marco-civil/>>. Acesso em: 07 maio 2015.

¹³⁸ Ob. Cit.

Como se percebe, o legislador atribuiu a responsabilidade pelo conteúdo postado na rede ao usuário, o provedor só sofrerá as consequências jurídicas, se não cumprir a determinação imposta, no tempo estipulado. Tal medida é justificável, já que não é possível que o provedor exerça o controle de todas as publicações de seus usuários, podendo, ao fazê-lo, incorrer em práticas de censura privada.

Impor a exigência de determinação judicial para remoção de conteúdo potencialmente ofensivo se faz necessário para averiguação da pertinência ou não de aplicação de limitação à manifestação de pensamento no caso concreto. De outra forma, poderia se estar promovendo um tolhimento indevido ao direito fundamental à liberdade expressão na Internet.

Essa é uma responsabilidade de importância ímpar para a tutela do direito fundamental à liberdade de expressão, por isso nada mais justo que fique a cargo de um órgão jurisdicional, o que na visão de Molon¹³⁹, “garante a todos o direito de terem seus pedidos apreciados por um juiz e não por um agente econômico, que pode ser pressionado a retirar ou censurar conteúdos por diversos motivos, como financeiros, políticos, religiosos e assim por diante”.

Complementa Varella¹⁴⁰ que “para se provar que um conteúdo é ofensivo, o responsável deve ter o direito ao contraditório na Justiça”.

Não obstante a necessidade de ordem judicial para remoção de conteúdos publicados na Internet, em casos de publicações racistas, de pedofilia ou violência, entre outras configuradoras de ilícitos penais, o texto ofensivo pode ser removido prontamente pelo provedor, sem a necessidade de determinação judicial, medida que deve ser realizada de forma cautelosa para que não se incorra no perigo de configuração, anteriormente comentado, da censura privada.

Desta forma, se evita que o conteúdo ofensivo fique acessível na Internet, enquanto espera uma decisão judicial, que nem sempre é rápida, mesmo nos juizados especiais. Varella¹⁴¹ afirma que assim a internet ganha mais segurança jurídica na retirada de conteúdo, a regra sempre dever ser que os conteúdos continuem on-line, sendo extirpados apenas por determinação judicial ou nos casos claros de agressões já mencionados.

¹³⁹ MOLON, A. **Entenda a Lei do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 08 maio 2015.

¹⁴⁰ VARELLA, G. **Marco Civil na Internet: O que muda em sua vida**. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/marco-civil/>>. Acesso em: 07 maio 2015.

¹⁴¹ Ibid.

No que diz respeito aos crimes de preconceito e discriminação racial na Rede Mundial de Computadores, considera-se que o Marco Civil está em sintonia com a filosofia da Internet, atendendo bem ao papel de delinear uma regulação geral que servirá de base para outras que virão. A possibilidade de retirada imediata da publicação racista já é um forte exemplo dessa mudança de paradigma.

Conforme demonstrado, foram várias as benesses trazidas pelo Marco Civil da Internet, principalmente, no que tange ao respeito ao estabelecimento de disposições gerais de tutela à liberdade de expressão, privacidade e neutralidade da Internet, porém, nada disso foi implementado sem deixar de lado a responsabilização do possível agente infrator nas práticas de racismo virtual.

4.3. DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA INTERNET E O DIREITO PENAL

Antes de adentrar ao tema que intitula o presente item deste enfrentamento, se faz necessária a realização de uma análise sucinta sobre a origem da Rede Mundial de Computadores, abordando as peculiaridades que a torna um meio, potencialmente, mais agravoso ao direito fundamental à igualdade nas práticas de preconceito e discriminação racial na Internet.

A Rede Mundial de Computadores surge em 1969, com o nome de ARPAnet (Advanced Research Projects Agency Network), como um produto desenvolvido durante a Guerra Fria pela Advanced Research and Projects Agency - Agência de Pesquisas em Projetos Avançados (ARPA), empresa ligada a NSA, Agência de Segurança Nacional (em inglês: National Security Agency - NSA), tendo por objetivo impedir que os centros militares estadunidenses não tivessem interrompidas suas telecomunicações, caso sofressem um ataque nuclear, principalmente, orquestrados, principalmente, pela sua arquirrival, a União Soviética (hoje, Rússia)¹⁴².

Após a Guerra Fria, o projeto ARPAnet se tornou objeto de estudo nos grandes centros de pesquisa, com o protagonismo da Universidade da Califórnia nos Estados Unidos, o que possibilitou o aprimoramento da tecnologia e a interligação das principais universidades norte-americanas¹⁴³.

¹⁴² SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação.** Curitiba: Juruá, 2014. p. 209.

¹⁴³ Ibid., p. 209.

Em 1989, a designação ARPAnet deixa de existir, sendo substituída por Internet, graças a incorporação do serviço World Wide Web, recém-criado e popularmente conhecido como WWW, que possibilitou o acesso às páginas multimídias, levando a Rede Mundial de Computadores a gozar do prestígio e grandeza de hoje. A origem do serviço WWW é atribuída ao¹⁴⁴:

Laboratório Europeu de Física de Altas Energias, com sede em Genebra, e que é composto por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagem e sons são evidenciados de forma particular e podem ser relacionados com outros documentos. Desta forma pode-se acessar o que se quiser na rede, sem conhecimento do seu real funcionamento.

O WWW se desenvolveu corroborando para a consolidação da Internet como o maior meio de comunicação já criado pelo homem, o mais democrático, revolucionando as formas de interação humana, reduzindo a distância tempo e espaço, e proporcionando uma onda de progresso jamais vista, nos mais variados ramos do conhecimento humano.

Destaca Zanilo¹⁴⁵ que a Internet é “fruto da convergência do desenvolvimento das telecomunicações, a rede internet é a grande responsável pela revolução dos meios de comunicações e dos computadores”.

Santos¹⁴⁶ destaca a grandiosidade da Internet nos dias de hoje, ao coloca-la como um bem sem proprietário, o que, na visão de alguns autores, seria a experiência mais bem sucedida de anarquia:

A internet se transformou, de acordo com o interesse de cada um, em meio de comunicação ou de pesquisa, para fim de transmissão de dados, interligando uma quantidade enorme de computadores pelo mundo todo, acabando praticamente com o que até então se considerava como distancia de espaço e tempo. Ela não tem proprietário, não é especificamente um serviço comercial, apesar de servir para o comércio, e não é patrocinada por ninguém.

É inegável que a Internet propiciou o surgimento de uma série de condutas indesejadas, principalmente, devido à migração de criminosos para o mundo virtual. Porém, sob outra perspectiva, trouxe consigo inúmeros benefícios, com destaque para a diminuição da influência midiática e estatal dos cidadãos. Atualmente, por meio das redes sociais, cada usuário pode ser um agente formador de opinião,

¹⁴⁴ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 210.

¹⁴⁵ ZANIOLO, P. A. **Crimes Modernos**: o impacto da tecnologia no direito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 35.

¹⁴⁶ Ob. Cit., p. 212.

contribuindo para a construção de uma consciência coletiva livre de constrangimentos.

A transparência na relação administrador-administrado e a possibilidade do estabelecimento de interações emocionais, afetivas, profissionais, financeiras, comerciais, entre outras, são outros tantos benefícios que foram aprimorados pela Internet, cada vez mais palpáveis a todos, devido à democratização do acesso ao ambiente virtual e aos dispositivos informáticos.

Com a internet veio o ciberespaço, manifestando-se como o ambiente virtual das relações humanas, local onde os crimes virtuais acontecem, por conseguinte, os delitos de preconceito e discriminação racial também, estes que nas palavras de Santos¹⁴⁷, possuem semelhanças com o racismo tradicional:

A internet produziu o ciberespaço, sendo este um novo paradigma de local para a prática de condutas ilícitas até então desconhecido, que permite que uma determinada conduta venha a produzir efeitos nos mais diversos lugares, atingindo os mais diversos bens jurídicos. Têm-se a universalidade, a transnacionalidade, a descentralização, a abertura a todos, envolvendo uma criminalidade que possui as mesmas características da criminalidade do espaço físico já conhecido, mas também novas formas de infrações com particular aspecto do mundo virtual.

Todavia a existência de características comuns entre os crimes tradicionais e os virtuais, complementa Santos¹⁴⁸ que as condutas criminosas, em especial, às discriminatórias de raça, possuem

um reflexo maior podendo atingir uma pessoa determinada, mas também qualquer um que venha a ter contato com a conduta praticada [...], por tempo indeterminado, ou então uma manifestação de expressão que produz efeitos enquanto estiver “livre” na Internet.

Neste sentido, não há como se definir a quantidade de pessoas que foram ou serão afetadas pelo discurso preconceituoso, podendo a manifestação de preconceito, se não for extirpada da Internet, se prolatar no tempo, ofendendo a dignidade de outras pessoas e incentivando a ocorrência crescente da manifestação do discurso da discriminação.

A possibilidade de distanciamento entre os usuários da rede, ocorrendo relações jurídicas sem delimitação de local e, conseqüentemente, sem o delineamento de regulação jurídica por parte de determinado país contribui, também,

¹⁴⁷ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 225.

¹⁴⁸ Ibid., p. 226.

para que a Internet seja considerada um ambiente propício à impunidade no cometimento de condutas racistas.

Sobre essa questão de regulação das condutas virtuais, Pinheiro¹⁴⁹ coloca três possíveis soluções, conforme seja o entendimento atribuído a Internet:

Se entendermos que a Internet é um lugar, então muitas questões do Direito devem ser redesenhadas, uma vez que o território ou jurisdição deveria ser a própria Internet. Se entendermos que a Internet é um meio, então voltamos a ter de resolver a questão da territorialidade para aplicação da norma, já havendo como referência a atuação do direito internacional. Se a Internet é um meio, como é o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há que falar em Direito de Internet, mas sim em único direito digital, cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com a capacidade de interpretar a realidade social e adequar qualquer solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade.

A jurisprudência pátria fornece vários casos emblemáticos de racismo praticado no ciberespaço, um deles é o caso de Leonardo Lício do Couto, procurador federal e, então, candidato em um concurso público, que em 2007, postou em um fórum de discussão virtual¹⁵⁰:

Apesar de ser anti-semita **[sic]**, endosso a opinião do MOSSAD; [...] Na verdade, não sou apenas anti-semita **[sic]**. Sou Skinhead. Odeio judeus, negros e, principalmente, nordestinos; [...] Não, não. Falo sério mesmo. Odeio a gentilha a qual me referi. O ARGÜI deve pertencer a um desses grupos que formam a escória da sociedade.

Em sede de defesa, o agente justificou sua atitude como um ato de brincadeira, porém, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDT), o qualificou como conduta intolerável, justificando que com preconceito racial não se brinca, entendimento partilhado pelo juiz da 3ª Vara Criminal de Brasília que o sentenciou, com fundamento em que “propagar por meio de comunicação social esse tipo de 'opinião' configura, sim, o crime de racismo objeto do art. 20, § 2o, da Lei n. 7.716/1989". Desta forma, o réu foi condenado, conforme a sentença¹⁵¹ abaixo:

Ante o exposto, alicerçado no contexto fático-probatório coligido aos autos, e, diante dos argumentos já expendidos, JULGO PROCEDENTE a

¹⁴⁹ PECK, P. P. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 25.

¹⁵⁰ BRASIL. MPDFT. MPDFT obtém condenação de procurador federal por racismo na internet. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://mp-df.jusbrasil.com.br/noticias/177072867/mpdft-obtem-condenacao-de-procurador-federal-por-racismo-na-internet>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

¹⁵¹ BRASIL.TJDFT. TERCEIRA VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA/DF. AÇÃO PENAL. **SENTENÇA**. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdf.jus.br/cgi-bin/tjcg11?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml11&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20120110983169>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para CONDENAR o acusado LEONARDO LÍCIO DO COUTO, como incurso nas penas do artigo 20, § 2º, da Lei n. 7.716/89. ANTE O EXPOSTO, CONDENO O RÉU LEONARDO LÍCIO DO COUTO, DEFINITIVAMENTE, ÀS PENAS DE 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS-MULTA, ESTES NO VALOR UNITÁRIO EQUIVALENTE A UM SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO, DEVIDAMENTE CORRIGIDO. Considerando as condições pessoais do réu, especialmente as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 33, § 3º, do CP), o regime de cumprimento de pena será, inicialmente, o aberto, conforme dispõe o artigo 33, caput, § 2º, alínea "c", do Código Penal. Tendo em vista o preenchimento dos requisitos do art. 44, do CP, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e uma pena de multa. A primeira, a ser fixada pelo Juízo das Execuções. A segunda, ora fixada em dez salários mínimos correntes, haja vista a capacidade econômica do réu.

Ainda em 2007, Rodrigo Marques Zica divulgou no YouTube vídeo intitulado “White Diamond Death – Raça Branca – Vídeo de Músicas de Guerra”, o qual continha conteúdo pejorativo contra negros e judeus, os relacionando a ratos e baratas, o que configura o racismo com fundamento no artigo 20, caput e §1º e 2º, da Lei 7.716/1989¹⁵².

Nas casas do réu foram encontrados materiais que comprovaram a autoria delitiva, o que fundamentou a condenação do réu a uma pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, convertida em penas restritivas de direito, pagamento de 5 cinco salários mínimos e prestação de serviços à comunidade¹⁵³.

O Ministério Público Federal resolveu recorrer, sob os fundamentos de que “a pena imposta ao réu cause na sociedade o sentimento de impunidade e deixa de cumprir sua função de pacificação social” e de que o vídeo postado na Internet foi acessado em diversos lugares do mundo, fazendo com que o “potencial lesivo de suas ações fosse ainda mais ampliado”¹⁵⁴.

Em 2010, após a eleição da presidente Dilma Rousseff para o exercício do primeiro mandato, foram publicados nas redes sociais *Twitter* e *Facebook* ofensas racistas, sugerindo a criação de um muro que separassem as regiões Norte e

¹⁵² BRASIL. MPF. PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS. MPF recorre de sentença em caso de racismo pela internet Réu postou vídeo com conteúdo racista e nazista na rede Youtube. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://pr-mg.jusbrasil.com.br/noticias/163548872/mpf-recorre-de-sentenca-em-caso-de-racismo-pela-internet-reu-postou-video-com-conteudo-racista-e-nazista-na-rede-youtube>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

Nordeste do restante do país, prática flagrante de preconceito fundado em procedência nacional, por meio da Internet¹⁵⁵.

Ainda no caso em tela, outro agente, se utilizando de perfil virtual em Rede Social, postou desejar que o vírus Ebola chegasse ao Brasil, mas que pelo Nordeste, matando todos que ali residissem¹⁵⁶.

Na época, o presidente da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil), Marcus Vinícius Furtado Côelho, em nome da entidade de classe, representou contra os dois perfis virtuais das referidas redes sociais, destacando que: "Não podemos ser tolerantes com a intolerância. Somos um só Brasil. Essa representação possui caráter pedagógico, para impedir que outras manifestações de racismo regional sejam feitas"¹⁵⁷.

Além dos casos comentados, em diversas outras ocasiões o racismo virtual ganhou destaque nos noticiários nacionais, o que ressalta a importância fática do presente enfrentamento. No compêndio de Santos¹⁵⁸, por exemplo, são elencadas uma série dessas situações, vejamos as mais relevantes:

a) Denúncia, aceita na Justiça (5ª Vara Central de São Paulo), de um estudante da USP, pela prática de preconceito nacional, por ter ele criado uma *home page* na Internet para divulgar a "a Campanha para expulsão dos nordestinos de São Paulo", por ele chamados de seres inferiores, sendo que convoca simpatizantes para comparecerem em grupos no terminal rodoviário, para abordar os recém-chegados e convencê-los a voltar; b) Um adolescente negro teve sua fotografia apresentada na comunidade virtual intitulada "anti-heróis", Orkut, por um site racista incitando as pessoas a se "vingarem no pretinho", descarregando sua fúria no menino; c) Uma banda de música nacional, denominada *Racial Pride*, divulga a supremacia da raça branca, dentre outras formas de preconceito, mostrando-se declaradamente nazista, inclusive divulgando suas letras de música na Internet, as quais apresentam conteúdo racista; d) um grupo francês que combate o racismo, o J'accuse! – Action Internationale pour La Justice (AIPJ), classificou o site *Front 14*, o qual hospeda mais de quatrocentos *sites* racistas, como sendo neonazistas, conseguindo em uma ação judicial impedir o acesso a citado *site* pelos usuários franceses, a fim de que não tivessem contato com tal conteúdo oficialmente xenofóbico; e) a angolana Leila Lopes, miss universo de 2011, foi vítima de comentários preconceituosos e discriminatórios por parte de usuários do *Facebook*, onde comentaram que possuía um cabelo de vassoura, aparência de "brega", além de a chamarem de macaca, ressaltando que citadas condutas configuram mais injúria racial do que propriamente o delito previsto na Lei 7.716/89; f) dois homens da cidade de Curitiba foram descobertos fazendo apologia à violência e discriminação

¹⁵⁵ ÂMBITO JURÍDICO. Folha de São Paulo: OAB quer inquérito sobre racismo na internet. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/148932623/folha-de-sao-paulo-oab-quer-inquerito-sobre-racismo-na-internet>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 298-299.

tendo como objeto mulheres, negros e gays por meio do domínio de Internet *silviokoerich.org*, chegando ao planejamento de um massacre de alunos da Universidade de Brasília (UnB), observando-se que um deles já tinha sido condenado anteriormente, no ano de 2009, por ofender colegas que se mostravam favoráveis às cotas raciais [...].

Essa é apenas uma amostra ínfima dos casos de práticas delitivas de discriminação racial que ocorrem na Internet todos os dias. Bastam apenas alguns minutos navegando pelas redes sociais que é possível perceber que essas condutas são muito mais corriqueiras do que se pensa.

No presente enfrentamento, após o estudo de todos os temas pertinentes à tutela da igualdade diante das práticas de preconceito e discriminação racial na Internet, chega-se ao ponto em que se verificará a adequação do Direito Penal como instrumento de controle social na Internet, tendo em vista as especificidades do ambiente virtual e a relevância do bem jurídico referido, ou ainda, se seria necessário, nesta tarefa, o desenvolvimento de um Direito Penal Informático.

Como visto em tópicos anteriores dessa pesquisa, a importância dos direitos fundamentais na vida humana é da mais alta grandeza, a posituação dos direitos humanos funciona como irradiador de valores éticos e morais por todo seio social, de modo que não se concebe mais realização humana e desenvolvimento social salutar, sem que aos indivíduos sejam garantidas condições mínimas de desenvolvimento humano, o mínimo existencial. Ademais, esse reconhecimento é fruto de uma construção histórica, em que, pouco a pouco, o homem foi conquistando seu espaço, em virtude de significativos avanços na efetivação dos direitos humanos no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados.

No presente enfrentamento, tem-se o estudo das práticas delitivas de preconceito e discriminação racial na Internet, as quais ocorrem em uma linha de tensão entre dois direitos fundamentais, a liberdade de expressão e a igualdade. Isso porque, muitas vezes, os agentes extrapolam no exercício da liberdade de expressão na Rede Mundial de Computares e acabam por ferir a igualdade de minorias há muito discriminadas, através de postagens preconceituosas e segregatórias, o que não pode ser jamais tolerado.

Quando há esse tipo de colisão entre direitos fundamentais, em que as técnicas gerais de hermenêutica já não funcionam na solução da incoerência normativa, se faz necessário o uso da ponderação, que permite a realização dos direitos colidentes na máxima medida possível, diante das circunstâncias que se

apresentam no caso concreto. Sendo assim, com base no uso do postulado da proporcionalidade não há supressão a nenhum direito colidente em benefício de outro, o que confere ao sistema legal coerência racial e normativa.

Se utilizando da ponderação e da proporcionalidade, é possível chegar à tutela penal à igualdade racial na Internet, como uma das soluções cabíveis, entre outras como a concessão do direito de resposta proporcional ao agravo, à reparação civil e a supressão da publicação preconceituosa.

A presente investigação se presta a analisar o Direito Penal como mecanismo de controle social, funcionando como repressor das práticas de manifestação de pensamento na internet de cunho preconceituoso e discriminatório, averiguando se dispositivos que regulam o racismo virtual, com fundamento na Lei 7.716/89, estão adequados e em sintonia com as peculiaridades da Internet.

Como já analisado, a Lei 7.716/89 dispõe sobre os crimes de preconceito e discriminação racial, penalizando as condutas de intolerância de raça, cor, sexo, etnia, entre outros, independentemente do meio em que elas ocorram. Desta forma, nada impede que essa legislação tenha incidência sobre o racismo virtual, já que a Internet se apresenta apenas como um novo *modus operandi* para realização do crime, não configurando aplicação indevida da analogia no Direito Penal, o que é veemente repudiado na dogmática jurídica.

Esse entendimento é reforçado na classificação tripartida dos crimes informáticos (Classificação de Cesar Pinheiro), concebendo os crimes puros, mistos e comuns. Segundo essa classificação, perfeitamente incorporável a classificação tradicional de crimes, as condutas de preconceito e discriminação racial na Internet pertenceriam a categoria dos delitos comuns, o que pressupõe que já são tipificadas nas normas penais existentes, não como condição necessária ao fato típico, mas apenas como mais uma forma de manifestação delitiva.

Caso a Rede Mundial de Computadores venha a ser utilizada nessa prática delituosa, por força do § 2º, do artigo 20, qual seja: “Se qualquer dos crimes previstos no caput [crimes de racismo] é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa”¹⁵⁹, portanto, tem-se observada uma situação que agravante de

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989**: Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

pena, que pode ser estendido ao racismo virtual, pois a Internet pode tanto configurar um meio de comunicação social como um meio de publicação que acentua o dano.

Nessa perspectiva, o racismo virtual seria uma forma derivada de racismo, qualificada pelo uso da Internet, um meio potencialmente mais danoso, já que a publicação preconceituosa e discriminatória pode alcançar um número indeterminado de pessoas em todo o mundo, promovendo o discurso racista. Sintetizando o raciocínio, se estaria admitindo a existência de um crime básico de racismo e outro derivado e mais severamente apenado pelo uso agravador da Internet.

Há várias formas de atuação da tutela penal nas práticas delitivas de preconceito e discriminação racial, outra possibilidade seria elevar a Internet ao patamar de causa de aumento de pena. Nesta perspectiva, a proteção à igualdade nas referidas condutas se daria na terceira fase da dosimetria, incidindo-se um valor fracionário até então estipulada¹⁶⁰.

Nas palavras de Santos, a internet assim entendida, funcionaria “como causa de aumento de pena, atuaria a utilização da Internet na terceira fase de fixação de pena, com a função de aumentar esta dentro de uma quantidade que deveria ser prevista em Lei”¹⁶¹.

Nada impede ainda que a Internet seja alçada à condição de circunstância agravante genérica com a estipulação de imposição legal no Código Penal¹⁶², mais precisamente, em seu artigo 61, qual seja:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I - a reincidência; II - ter o agente

¹⁶⁰ **Dosimetria da pena:** O Brasil é partidário do sistema trifásico de fixação da pena, seguindo o rito do art. 68 do Código Penal. Na primeira fase, é estipulada a pena base, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal. O juiz deve aplicar o limite mínimo cominado, qualquer acréscimo além disso, deve ser muito bem fundamentado. Os antecedentes criminais, a conduta social do agente, como também, a personalidade do criminoso são utilizados nessa fase para majoração ou diminuição da penal; Na segunda fase, são aplicados os atenuantes (art. 65, rol exemplificativo, do CP) e os Agravantes (art. 61, rol taxativo, do CP), ambos possuem aplicação genérica podendo incidir em todas as condutas típicas, salvo, quando a circunstância agravante é qualificadora ou configure outro tipo penal. A estipulação da pena nessas duas primeiras fases está adstrita aos limites da pena cominada para cada tipo; e por último, se encontram as demais hipóteses de diminuição ou aumento de pena, a exemplo da tentativa (art. 14, redução de 1/3 a 2/3), do privilégio para o homicídio, também se encontram nessa categoria as situações de aumento de pena proporcional ao agravo causado à vítima, nos casos de lesões corporais.

¹⁶¹ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal:** o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 304.

¹⁶² BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

cometido o crime: a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

Desta forma, todos os crimes comuns ao meio físico, quando praticados no ciberespaço, sofreriam aumento em sua pena base. Convém ressaltar que¹⁶³:

Se considerado o uso da Internet para a prática de crimes como circunstância agravante [...], ela seria aplicada a todo e qualquer delito [...], não se tratando de crimes específicos que somente podem ser cometidos pela Internet ou daqueles que têm por fim computadores, a informática e tudo que a ela está relacionado.

Dentro da segunda fase da dosimetria da pena, é possível qualificar as condutas de racismo virtual como uma circunstância agravante existente, o motivo torpe (art. 61, II, a, do CP), “aquele motivo abjeto, vil, que causa repulsa social, repugnante, contra a moral da sociedade, já previsto legalmente, pode o mesmo ser visto como uma forma de preconceito e discriminação racial”¹⁶⁴.

Ainda no tocante a dosimetria da pena, é possível proteger a igualdade racial, nas práticas de racismo virtual, ainda na primeira fase, com fundamento nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal¹⁶⁵:

Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Por fim, o Desenvolvimento de um Direito Penal Informático não se faz necessário, tendo em vista que uma dogmática específica para os casos de

¹⁶³ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 304.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 304.

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

discriminação racial na Rede Mundial de Computadores, não possui fundamento, já que o direito posto se mostra adequado na atuação inibidora desse comportamento típico.

Nesse contexto, bem coloca Santos¹⁶⁶ que: “A discriminação e o preconceito racial já se apresentam como uma forma de delito existente, ou seja, que antecede o surgimento da internet, e não um crime que dela depende para sua realização e consequente consumação”.

Todavia, se o legislador federal optar pela elaboração de normas incriminadoras específicas para o racismo virtual, essa iniciativa legislativa jamais poderia ser implementada de qualquer forma. A observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, os valores do Direito Penal Mínimo, como também, grau de reprovação que o *jus puniendi* do Estado deve atribuir às condutas típicas violadoras do bem jurídico da igualdade devem ser criteriosamente averiguadas.

O Direito Penal, em momento algum, pode ficar engessado para o que ocorre no ciberespaço, se for suficiente e necessário, deve incriminar as condutas específicas que ocorram no ambiente virtual ou que a este esteja condicionado para a configuração do fato típico. É o caso do recém-criado tipo de invasão não autorizada de dispositivo informático, crime informático puro, respaldado legalmente na alteração do Código Penal, pela Lei nº 12.737/2012¹⁶⁷ (Lei Carolina Dieckmann), o qual tem por bem jurídico protegido os dados pessoais e a intimidade.

¹⁶⁶ SANTOS, J. E. L. D. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014. p. 305.

¹⁶⁷ BRASIL. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Lei Carolina Dieckmann**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/12737.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

5. CONCLUSÃO

Para que fosse possível chegar ao ponto principal deste enftretamento foi necessário percorrer determinado caminho, que teve início com o estudo dos Direitos Humanos sob a expressão de direitos fundamentais, os quais foram aqui entendidos como sendo um conjunto direitos essenciais ao desenvolvimento humano salutar, tendo assentamento nos textos constitucionais (direitos humanos típicos) a medida que homem foi conquistando seu espaço frente ao Estado, no tocante ao reconhecimento de suas liberdades individuais e realização de suas necessidades básicas.

Foi visto que os direitos fundamentais estão intimamente relacionados com um em especial, a dignidade da pessoa humana, a qual pressupõe o fomento de vários daqueles, que tem por fundamento principal não redução do homem a condição de objeto.

Diante do exposto, é factível o pensamento de que o sistema normativo é por natureza incoerente, levando muitas vezes a conflitos entre direitos fundamentais, que são observados, por exemplo, nas práticas de preconceito e discriminação racial, através da percepção de uma linha tênue entre o exercício exacerbado do direito fundamental à liberdade de expressão que acaba por violar a igualdade de grupos minoritários, há muito discriminados.

Quando as regras gerais de hermenêutica já não são suficientes para assegurar a manutenção da coerência racional e normativa do sistema jurídico, o interprete ou aplicador do Direito deve fazer uso da Lei da Ponderação, postulado que pode indicar, entre várias soluções possíveis, a Tutela Penal como o caminho mais adequado à realização dessa tarefa, na presente pesquisa consistente em tutelar a igualdade ameaçada pelo exercício sem limites da liberdade de expressão.

Como ficou demonstrado, não há direito fundamental que se sobreponha frente a outros direitos fundamentais, em todos os casos concretos, a não violação do núcleo essencial dos direitos envolvidos e a não legitimação de condutas típicas, funcionam como limitadores de observância obrigatória. Desta forma, não se pode praticar racimo virtual sob o argumento falível de que se tá exercendo a liberdade de expressão.

É importante ressaltar que a atuação do Direito Penal, através das normas penais incriminadoras, é um instrumento de controle social subsidiário, não podendo

jamais ser utilizado na “linha de frente” dos controles sociais, devendo ter seu lugar apenas em uma eventual falha dos controles primários (família, igreja, ética, mora, e etc.).

Complementando o raciocínio, a violação ao bem jurídico protegido deve ser relevante o suficiente para justificar tamanha invasão na liberdade individual do agente, conquistada a duras penas. Desta forma, tendo por base que o Brasil possui um passado escravocrata, de reiteradas agressões à igualdade racial, é compreensível que o racismo virtual deva ser coibido pela Seara Penal, sendo abarcado pelos atributos da inafiançabilidade e imprescritibilidade.

No presente instrumento de pesquisa, é defensável o entendimento de que o Modelo Penal Mínimo é o mais adequado à tutela da igualdade, já que seus fundamentos conduzem à intervenção mínima do Estado, a um maior aproveitamento normativo da legislação penal, com a revogação das normas já não mais compatíveis com os anseios sociais e substituição gradativa por formas mais brandas de solução de conflitos.

A Lei 7.716/89 nos traz os crimes de discriminação racial, os quais diferem da injúria qualificada (racial) pelo fato de serem dirigidos a coletividades, subjugadas inferiores pelo agressor, nos mais variados aspectos subjetivos (raça, sexo, cor, etnia, religião, e etc.), tendo como consequência principal a segregação e a estigmatização do grupo discriminado, através de ofensas que violam o bem jurídico igualdade racial, acentuando a exclusão social de acesso aos serviços públicos e aos direitos fundamentais, além de serem condutas incompatíveis com os valores democráticos.

Como conclusão secundária deste enfrentamento, tem-se que a liberdade é um valor intrínseco à Internet, estando diretamente relacionada com sua natureza, o que a faz ser considerada por muitos, um meio de comunicação social sem proprietário.

A lei 12.965 de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, está em consonância com esse entendimento, conferindo à Rede Mundial de Computadores a garantia legal do respeito à Liberdade de Expressão, a Privacidade dos usuários e a Neutralidade de conteúdo acessado, além de trazer disposições gerais que servirão de base para normatizações futuras.

Analisar a repressão penal ao preconceito e à discriminação racial, quando tais práticas são cometidas por meio da Internet, verificando se a atuação da tutela

penal ao direito fundamental à igualdade está se comportando de forma satisfatória, foi o ponto norteador dessa investigação. Dentro desse contexto, analisou-se ainda, se seria necessária a elaboração de inovações legislativas ou, até mesmo, se deveria ser pensado o desenvolvimento de um Direito Penal Informático com esse propósito.

Entre as hipóteses que consideram o Direito Penal como necessário e suficiente para coibir o racismo virtual, tem-se a aplicação da Lei nº 7.716/89, norma que já coíbe a intolerância racial de forma geral, por ser a igualdade prevista como bem penalmente relevante nessa Lei extravagante. Em outro turno, o aplicador do Direito poderia encontrar outros caminhos para conferir maior grau de reprovação a essas condutas, por exemplo, dentro das fases da dosimetria da pena.

Se a Internet pode ser enxergada como mais uma manifestação do racismo, um novo *modus operandi* dessa prática delitiva, com o agravante de ser um meio que acentua o dano e a segregação racial, que detém um maior poder de propagação do discurso preconceituoso, conseqüentemente, podendo atingir um número indeterminado de pessoas, promovendo a ideologia discriminatória, esse é um motivo pelo qual é justificável que tais condutas, quando praticadas nesse meio, sejam mais severamente apenadas.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz poderia se valer das circunstâncias jurídicas, com respaldo legal no art. 59 do Código Penal, o que conferiria a sanção estatal maior peso, transmitindo maior grau de reprovação ao racismo virtual.

Já na segunda dimensão de fixação da pena, a Internet poderia ser promovida a circunstância agravante, entretanto, se realizada inovação legislativa no rol taxativo do artigo 61 do Código Penal, a incidência do regramento alcançaria os tipos penais de forma geral, já que a norma reside na parte geral do Código. Tal medida poderia ter conseqüências drásticas, em virtude de sua amplitude, devendo ser melhor estudada.

Na classificação de Cesar Pinheiro, a adotada neste trabalho, tipologia que pode ser perfeitamente incorporada à classificação tradicional de crimes, o racismo virtual pode ser configurado como delito comum, já que a Internet se apresenta apenas como um novo meio pelo qual a discriminação racial se manifesta.

Entender a Internet como uma circunstância agravante para os tipos comuns é compreensível, ocorre que nos crimes informáticos mistos, em que ela funciona

como condição necessária ao fato típico, jamais poderia funcionar como circunstância agravante, já que a natureza desse instituto é de aplicação excepcional.

Na visão de alguns autores, inclusive, como já mencionado linhas atrás, o racismo virtual poderia ser amoldado como circunstância agravante dentro de uma hipótese já existente, a motivação torpe, o que, por si só, já poderia conferir à conduta segregatória o nível de reprovação demandada pelo uso do meio virtual.

Em uma terceira dimensão da dosimetria da pena, as práticas de preconceito e discriminação racial poderiam ser coibidas, alçando-se a Internet a circunstância de aumento de pena, sob o fundamento de que o mundo virtual, com todas as suas especificidades já abordadas neste enfrentamento, proporciona condições ideais que acentuam o dano à vítima.

Não obstante as soluções apresentadas, diante de tudo que foi pesquisado, foi possível entender que a solução mais adequada estaria na aplicação do art. 20, §2, da Lei 7.716/89, que estabelece uma qualificação para o tipo básico de racismo, caso a conduta preconceituosa ou discriminatória seja praticada por meio de comunicação social ou de publicação de qualquer natureza. Da leitura do referido dispositivo, a Internet poderia ser configurada, tanto como meio de comunicação social, como meio de publicação de conteúdo discriminatório (segunda parte do dispositivo).

É importante ressaltar que a Internet aqui entendida, para que seja possível a aplicação majorante do §2º, art. 20, da Lei 7.716/89, se traduz em novo meio para a prática de racismo, um novo *modus operandi* que coloca o racismo virtual como um crime já coibido pelo controle social formal, subsidiário e fragmentário, que é o Direito Penal.

Pelo exposto, conclui-se que o desenvolvimento de um Direito Penal Informático, compatível com a promoção devida à liberdade de expressão e sua realização na maior intensidade possível, não deixando de lado a proteção à igualdade racial na Internet, seria, no tocante às condutas de preconceito e discriminação racial, desnecessário, em virtude da legislação posta já mencionada.

Em compasso com os valores do Direito Penal Mínimo, expressão de tutela penal considerada mais adequada, não se legitima elaborar novas normas, se as existentes são suficientes e necessárias na atuação da proteção ao bem jurídico tutelado, no caso, a igualdade dos usuários na Internet.

Em outro âmbito, o Direito Penal não pode fechar os olhos para o que ocorre no mundo virtual, já que há situações que podem demandar a elaboração de normas penais incriminadoras específicas para o ambiente virtual, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a conduta de disseminação de vírus – hoje ainda fato atípico no Brasil, mas crime nos Estados Unidos - e que já aconteceu com a criação do tipo penal de invasão não autorizada a dispositivo informático (inovação da Lei 12.737/2012, Lei Carolina Dieckmann, que alterou o Código Penal).

É crescente a percepção de que as práticas humanas cotidianas estão sendo, cada vez mais, incorporadas à Rede Mundial de Computadores. Desta forma, não há garantia de que, em algum momento, situações fáticas de ameaça aos Direitos Fundamentais não exijam o desenvolvimento de um Direito Penal Informático. Entretanto, a criação da tutela específica deve estar em sintonia com os princípios que regem o Direito Penal Tradicional, em especial, com a intervenção mínima, e observância da proporcionalidade e da razoabilidade, na criação dos novos tipos, o que proporcionará a menor intervenção possível nas liberdades individuais dos destinatários e uma proteção mais eficiente do bem jurídico tutelado.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgínio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÂMBITO JURÍDICO. Folha de São Paulo: OAB quer inquérito sobre racismo na internet. **Jusbrasil**. Disponível em: <<http://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/148932623/folha-de-sao-paulo-oab-quer-inquerito-sobre-racismo-na-internet>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. **Direito Penal hoje, novos desafios e novas propostas**. Coimbra: Coimbra, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2015.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Controle social e Direito penal. **Atualidades do Direito**, 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/alicebianchini/2013/02/13/controle-social-e-direito-penal-2>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações S.A., 1997.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **A quinta geração dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/3_Doutrina_5.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

_____. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. SÃO PAULO: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014:** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 08 maio 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____. **Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989:** Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. Decreto-Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____. Lei 1.390, de 03 de julho de 1951. **Lei Afonso Arinos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1390.htm>. Acesso em: 24 abr. 2015.

_____. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. **Estatuto da Igualdade Racial.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Lei Carolina Dieckmann.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 17 maio 2015.

_____. MPDFT. MPDFT obtém condenação de procurador federal por racismo na internet. **JusBrasil.** Disponível em: <<http://mpdf.jusbrasil.com.br/noticias/177072867/mpdft-obtem-condenacao-de-procurador-federal-por-racismo-na-internet>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. MPF. PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS. MPF recorre de sentença em caso de racismo pela internet Réu postou vídeo com conteúdo racista e nazista na rede Youtube. **JusBrasil.** Disponível em: <<http://prmg.jusbrasil.com.br/noticias/163548872/mpf-recorre-de-sentenca-em-caso-de-racismo-pela-internet-reu-postou-video-com-conteudo-racista-e-nazista-na-rede-youtube>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 82424/RS**, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/09/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs>> . Acesso em: 28 maio de 2015.

_____. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. **APELAÇÃO CRIMINAL** nº: 200950010073333, Relator: Desembargadora Federal NIZETE LOBATO CARMO, Data de Julgamento: 15/08/2012, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 09/10/2012.

_____.TJDFT. TERCEIRA VARA CRIMINAL DE BRASÍLIA/DF. AÇÃO PENAL. **SENTENÇA**. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml11&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20120110983169>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

COGO, Jonas Visentaine. Princípio da igualdade, ações afirmativas e ADPF 186. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/37838/principio-da-igualdade-aco-es-afirmativas-e-adpf-186>>. Acesso em: 09 abr. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de Edson Bini. 2ª. ed. Bauru/SP: Edipro, 2003. (Série Clássicos Edipro).

KARAM, Maria. Lúcia. **Escritos sobre a liberdade; liberdade, intimidade, informação e expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 4, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os verdadeiros fins do governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994. (Coleção clássicos do pensamento político).

MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa. **Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal**. [S.l.]: [s.n.].

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MEYER-PFUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MOLON, Alessandro Lucciola. **Entenda a Lei do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 08 maio 2015.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

Nucci, Guilherme de Souza. **RACISMO**: uma interpretação à luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/racismo-uma-interpretacao-a-luz-da-constituicao-federal/5447>>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. **Código Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dez. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2015.

PECK, Pinheiro Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESANHA, José Américo Mota. sumateologica. **Aristóteles - Metafísica, Ética a Nicomaco e a Política**, Madri, 1984. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2009/07/aristoteles_-_metafisica_etica_a_nicomaco_politica.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000. (Coleção Os Pensadores).

RASSI, Patricia Veloso de Gusmão Santana. V. D. G. S. **Direito Penal mínimo. ambito juridico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em: 23 abr. 2015.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Penal Parte Especial: Direito Penal informático-digital**. Coimbra: Coimbra, 2009.

RODRIGUES, Rubens Mário Mazzini. **A Terceira Era Axial**. Disponível em: <<http://projetocrisalida.ning.com/profiles/blogs/a-terceira-era-axial>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultura Ltda, 2000. (Coleção os Pensadores).

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RUI, Saavedra. **A proteção jurídica do software e a Internet**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A discriminação Racial na Internet e o Direito Penal**: o preconceito sob a ótica criminal e a legitimidade da incriminação. Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 2002.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARELLA, Guilherme. **Marco Civil na Intenet**: O que muda em sua vida. Disponível em: <<http://tecnologia.terra.com.br/marco-civil/>>. Acesso em: 07 maio 2015.

ZANIOLO, Pedro Augusto. **Crimes Modernos**: o impacto da tecnologia no direito. Curitiba: Juruá, 2012.