

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Daniel Fernando Nichols Silva

**A (IN)IDONEIDADE DO DIREITO PENAL NA
PROBLEMÁTICA DO DISCURSO DE ÓDIO
REFLEXÃO SOBRE A CRIMINALIZAÇÃO**

**Dissertação no âmbito do Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses
orientada pelo Professor Doutor Nuno Fernando da Rocha
Almeida Brandão e apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.**

Outubro de 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

**A (in)idoneidade do direito penal na problemática do discurso de ódio
Reflexão sobre a criminalização**

**The (un)suitability of criminal law in the issue of hate speech
Reflection on criminalization**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito
do 2.º Ciclo de Estudos em Ciências Jurídico-Forenses
(conducente ao grau de mestre) sob a
Orientação do Professor Doutor Nuno Fernando Rocha Almeida Brandão

Daniel Fernando Nichols Silva
Coimbra, 2021

Agradecimentos

“Não há no mundo exagero mais belo que a gratidão” Jean de La Bruyère.

Deste modo, agradeço:

Ao meu amor, Marlene, pelo abraço nos momentos de desalento e euforia na conquista;

Aos meus pais, Fernando e Victoria, pelo amor e apoio incondicionais;

À minha irmã, Carolina que sempre me motivou a ir mais longe;

Ao Miguel Luís, ao Francisco, ao Miguel, ao Pedro e ao Leandro pelo companheirismo e amizade e a todos que comigo se cruzaram nesta jornada.

Ao Excelentíssimo Professor Doutor Nuno Brandão, pela orientação e ilustre ensinamentos.

"I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it"

Evelyn Beatrice Hall, in *The Friends of Voltaire*

"E se lhe disserem que sua atitude é intolerante?"

Responderei que para ser tolerante é preciso fixar os limites do intolerável."

Umberto Eco, in entrevista ao *Le Monde*

Resumo

O discurso de ódio é uma realidade atual e iminente, surgindo de maneira transversal em todas as camadas da nossa sociedade, sendo, por vezes utilizado como arma política ou simplesmente como mero comentário ofensivo, o que o torna um fenómeno social dotado de capacidade corruptiva, conseguindo provocar distúrbios significativos nos Estados de Direito Democráticos.

Este fenómeno há muito que é tópico de interesse para as organizações internacionais, que se debatem com a sua regulação e controlo, não conseguindo firmar posição devido à intrínseca relação que este tem com a liberdade de expressão. Hoje mais do que nunca, devido à propagação do discurso a velocidades extraordinárias, através dos meios digitais, este debate reacende-se.

A liberdade de expressão e o discurso de ódio encontram-se entrelaçadas, não se conseguindo definir, onde começa o discurso de ódio e acaba a liberdade de expressão, esta dualidade vem dificultar a própria definição do conceito e a determinar as limitações aceitáveis à liberdade de expressão.

O discurso de ódio é um conceito abrangente e largamente legislado no espaço europeu, onde o incitamento ao ódio e à violência, e um mero comentário agressivo, recebem o mesmo tratamento. Sendo necessário distinguir os seus níveis de gravidade, são estes, que trazem à reflexão a capacidade do Direito Penal, contudo esta discussão alberga riscos de cariz de censura, na medida em que o discurso de ódio é antes de tudo discurso.

O núcleo essencial desta dissertação é, verificar se o Direito Penal, direito de *ultima ratio*, poder sancionatório mais forte, à luz dos seus princípios e pilares fundamentais, se mostra adequado a combater o discurso de ódio, a colocá-lo no seu catálogo de crimes e, por sua vez, a limitar a liberdade de expressão, ficando sempre a questão, será o Direito Penal o meio mais idóneo a solucionar os problemas do foro da intolerância e da discriminação?

Palavras-chave: Criminalização; Discurso de ódio; Direito Penal; Liberdade de expressão

Abstrat

Hate speech is a current and imminent reality, appearing transversely in all layers of our society, being sometimes used as a political weapon or simply as a mere offensive comment, which makes it a social phenomenon endowed with corruptive capacity, managing to provoke significant disturbances in the Democratic Rule of Law.

This phenomenon has long been a topic of interest to international organizations, which struggle with its regulation and control, failing to establish a position due to its intrinsic relationship with freedom of expression. Today, more than ever, due to the spread of discourse at extraordinary speeds, through digital media, this debate is rekindled.

Freedom of expression and hate speech are intertwined, not being able to specify where hate speech begins and freedom of expression ends, this duality makes it difficult to define the concept itself, and to determine the acceptable limitations to the freedom of expression.

Hate speech is a comprehensive and largely legislated concept in the European space, where incitement to hatred and violence and mere aggressive comment receive the same treatment. It is necessary to distinguish their stages of seriousness, these are the ones, that bring to the reflection the capacity of Criminal Law, however this discussion harbours risks of a censorship nature, as hate speech is above all, speech.

The essential core of this dissertation is to verify if Criminal Law, right of *ultima ratio*, strongest sanctioning power, in the light of its fundamental principles and pillars, is adequate to combat hate speech, to place it in its catalogue of crimes and, in turn, to limit freedom of expression, remaining the everlasting question, is Criminal Law the most suitable means of solving the problems of intolerance and discrimination?

Keywords: Criminalization; Hate speech; Criminal Law; Freedom of expression

Lista de Siglas e Abreviaturas

¶- Parágrafo

Art.- Artigo

CEDH- Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CP- Código Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

DUDH- Declaração Universal dos Direitos Humanos

ECRI- European Commission Against Racism and Intolerance

EM- Estado Membro

Op. Cit.- *Opus citatum* (obra citada)

P./ pp. - Página / páginas

PIDCP- Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

ss.- seguintes

STC- Sentença Tribunal Constitucional (espanhol)

StGB - Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TC- Tribunal Constitucional

TRE- Tribunal da Relação de Évora

Índice

Considerações Iniciais	9
Capítulo I - Liberdade de expressão	11
1.1 A Liberdade de pensamento	12
1.2 Liberdade de Expressão como direito relativo	12
1.3 As infrações no exercício da Liberdade de Expressão	14
Capítulo II - Discurso de ódio	15
2.1 Tentativas de definir discurso de ódio	16
2.2 Legislação referente ao “hate speech”	17
2.2.1 Quadro internacional.....	17
2.2.2 Panorama europeu.....	18
2.2.2.1 <i>Soft Law</i>	18
2.2.2.2 <i>Hard Law</i>	19
2.2.3 Jurisprudência TEDH	20
2.2.4 Artigo 17º e 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem	21
2.3 O conceito ilusivo de discurso de ódio	23
2.4 Conceitos paralelos	24
a) Crime de ódio vs Discurso de ódio	24
b) Apologia/Incitamento ao terrorismo vs Discurso de ódio.....	25
c) Ultraje a símbolos nacionais vs Discurso de ódio.....	25
2.5 Identificação do discurso de ódio.....	26
2.6 O discurso de ódio no ordenamento português	27
Capítulo III - Criminalização do discurso de ódio.....	29
3.1 A Escolha do Bem jurídico	29
a) Bem jurídico - Dignidade humana	30
b) Bem jurídico - Paz pública	32

3.2 O princípio da proporcionalidade.....	33
i) Princípio da Adequação	34
ii) Princípio da Necessidade	34
iii) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito	34
3.3 Críticas à criminalização	35
3.3.1 O Princípio da Intervenção Mínima	35
3.3.2 Princípio da insignificância	36
3.3.3 A inexistência de prevenção especial nas penas privativas da liberdade	37
3.3.4 A detenção dos <i>Jus Puniendi</i>	37
3.3.5 Indeterminabilidade da lei penal	38
3.3.6 “ <i>Chilling effect</i> ”	39
Considerações Finais	41
Bibliografia	44
Jurisprudência	48

Considerações Iniciais

No século V a.c., na antiga Grécia, pelo sofista Górgias, surge a *rhetorica*, aquela que é mãe de qualquer tipo de discurso, a arte de bem falar, porém, bem antes da palavra, já o homem era um ser de emoções. A falácia *Argumentum ad hominem*, onde se ataca a pessoa e não o argumento, demonstra-se como uma das primeiras formas de ataque pessoal através da palavra, assim, de forma intemporal, o discurso e o ódio cruzam-se diversas vezes no decorrer da nossa História.

O discurso de ódio não é novidade do século XXI, pois é uma questão recorrente na história da Humanidade, tendo vindo a ganhar uma importância preponderante no atual mundo digital, que é um “aliado” e propagador deste tipo de discurso. Em plena era da informação, o discurso de ódio surge como uma *erva daninha* no direito à liberdade de expressão, daí a importância emergente em o desmistificar, vitalizando o contributo desta dissertação para o tema.

Esta íntima ligação sediciosa à liberdade de expressão e de opinião, coloca a questão de onde um acaba e o outro começa, e se todo o discurso ofensivo está fora do seu escopo de proteção¹, não se descurando que as limitações à liberdade de expressão não são tomadas de forma leve, porém, o foco principal deste estudo não é na sua vertente constitucional, mas sim penal, de maneira a trazer a discussão a sua possível criminalização.

O Discurso de ódio é, um conceito indeterminado, o que vem por vezes, dificultar a sua definição, seja pela ausência de conceções, seja pela tendencial inércia legal à volta deste tema, mas ainda assim é possível identificar algumas linhas orientadoras, que na sua grande maioria vão ao encontro da noção definida pela Recomendação N° R (97) 20, “*por qualquer forma de expressão no qual seja disseminado, incitado, promovido ou que justifique ódio racial, xenofobia, antisemitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo: intolerância expressa por nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, imigrantes e pessoas de origem imigrante.*”

Existe por parte da comunidade europeia tentativas de travar o discurso de ódio pela via do direito penal, estando no direito penal português previsto no art.240º, contudo esta legislação apenas se reflete no discurso incitador de ódio e violência.

¹ Guirao, Rafael Alcácer, “Discurso del Odio y Discurso Político En defensa de la libertad de los intolerantes.”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2012. P.12.

O objeto principal será envolto do discurso de ódio, que não demonstra carácter incitador, que não pretende a perseguição ou a violência contra os que atinge.

A resposta a se o discurso de ódio desprovido de incitamento rejubila da proteção da liberdade de expressão é metade do caminho a percorrer, estando a ratio desta dissertação no traçar o resto do percurso.

Sob o holofote do direito penal, seus princípios basilares e limitações, o discurso de ódio irá ser dissecado, pondo à prova a idoneidade da sua criminalização, nunca esquecendo a máxima proferida por FIGUEIREDO DIAS *“deve exigir do direito penal que só intervenha (...) onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem.”*².

² Dias, Jorge de Figueiredo, “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro.”, *Revista da Ordem dos Advogados* 1983. P.13.

Capítulo I - Liberdade de expressão

A liberdade de expressão é, um direito inerente a todo o ser humano, “*a liberdade de expressão, isto é, o direito de não ser impedido de exprimir-se e de divulgar ideias e opiniões.*”³, definição dada por GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA. A liberdade de expressão está hoje em múltiplos diplomas, como o PIDCP no art.19º, no CEDH no art10º e ainda no DUDH no art.19º. No entendimento atual “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.” Assim, deste modo, apresenta-se como corolário do desenvolvimento da pessoa, “*Sem a liberdade de expressão do pensamento atinge-se não apenas o pensamento, mas também e imediatamente a dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) e o desenvolvimento da personalidade (artigo 26.º, n. 1º).*”⁴. É também, neste sentido que, importa considerar o que este direito representa para a democracia, países com “índices baixos” de liberdade de expressão têm demonstrado uma tendencial veia totalitária “*(...) uma sociedade só poderá ser democrática se permitir uma livre circulação de ideias e informações.*”⁵. Encontramos nesta direção a posição do TEDH “*As funções de fiscalização do Tribunal obrigam-no a prestar a máxima atenção aos princípios que caracterizam uma "sociedade democrática". A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de tal sociedade, uma das condições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de cada homem.*”⁶

Na nossa ordem jurídica atual, a redação da CRP a “*Liberdade de expressão e informação*”, surge inserido no art.37º, “*1. Todos têm o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de se informar, sem impedimentos. 2. O exercício destes direitos não pode ser impedido ou limitado por qualquer tipo ou forma de censura.*”. Estão presentes aqui dois direitos distintos, direito à Liberdade de expressão e o Direito de informação⁷⁸. Deste modo,

³ Canotilho, Gomes e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª rev. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, P. 572.

⁴ Alexandrino, José Melo, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, (Coord.) *Constituição Portuguesa Anotada* 2ª rev., atual. e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.P.848

⁵ Mota, Francisco Teixeira da, “Liberdade de expressão — a jurisprudência do TEDH e os tribunais portugueses.”, *Revista Julgar* 2017: P.181.

⁶ Case of Handyside v. the United Kingdom (Application no. 5493/72) ¶49

⁷ Alexandrino, José Melo, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, (Coord.) *Constituição ... Op. Cit.* P.847

⁸ Tratar-se-á apenas do da liberdade de expressão visto que o tema em discussão releva na vertente de exteriorização de pensamentos e não tanto no direito de informar e ser informado.

é possível descortinarmos duas dimensões do texto, o direito de qualquer sujeito se poder exprimir através dos meios, que se encontrem a seu dispor, dimensão positiva, e o direito de não ser impedido de exprimir e divulgar os seus pensamentos, ideias e opiniões, dimensão negativa.⁹

1.1 A Liberdade de pensamento

Associado à liberdade de expressão vem a de pensamento, “*enquanto direito negativo ou direito de defesa, a liberdade de expressão é uma componente da clássica liberdade de pensamento...*”¹⁰. Não existe liberdade de expressão sem a de pensamento, “*A liberdade de opinião e de expressão são indissociáveis: a primeira é a liberdade de escolher a sua verdade no segredo do pensamento, a segunda é a liberdade de revelar a outrem o seu pensamento;*”¹¹.

No que toca ao discurso de ódio, a liberdade de pensamento ganha ulterior importância, pois a liberdade de pensamento não é identificativa, ou seja, não tem carga positiva ou negativa. Logo esta liberdade, vale tanto para o pensamento aceite pela maioria, como para o que ofende e cause distúrbios, como veremos o discurso de ódio não é a exteriorização de um pensamento inócua, e na generalidade dos casos a exteriorização desse pensamento sofre limitações.

1.2 Liberdade de Expressão como direito relativo

Contrariamente ao que ocorre nos Estados Unidos¹², a liberdade de expressão no espaço europeu não é convencionada como um direito absoluto sem limites, segundo o ensinamento de JÓNATAS MACHADO “*Elas estão sujeitas a restrições, nos termos constitucionalmente previstos, em função do respeito devido aos direitos dos outros e a*

⁹ Bravo, Jorge dos Reis, “*Liberdade de expressão na Era digital: o resgate de um direito humano?*”, Revista do Ministério Público 2019, P.14

¹⁰ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III

¹¹ *Ibidem*

¹² Dita a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*” E o Supreme Court num caso recente de 2017 *Matal v. Tam* pronunciou-se nesse sentido “*Speech that demeans on the basis of race, ethnicity, gender, religion, age, disability, or any other similar ground is hateful; but the proudest boast of our free speech jurisprudence is that we protect the freedom to express “the thought that we hate.”*”

certos bens da comunidade e do Estado.”¹³. Da mesma forma se pronunciou o STJ, afirmando que o exercício do direito à liberdade de expressão não é um sem quaisquer limites que não possa entrar em colisão com outros direitos fundamentais de igual ou valor superior.¹⁴

Podem existir três modalidades de limites segundo VIEIRA DE ANDRADE, os limites iminentes, as restrições legislativas e as colisões ou conflitos de direitos.¹⁵ Os limites iminentes “*são as fronteiras definidas pela própria Constituição*”¹⁶, são as formas de exercício da liberdade de expressão que não se encontram sob a alçada protetora da CRP. Quando dois direitos fundamentais chocam estamos perante um conflito de direitos “*Haverá colisão ou conflito de direitos sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta...*”¹⁷. No mesmo sentido o TC corrobora estes preceitos, tendo exposto o mesmo no seu acórdão 81/84 “*A liberdade de expressão - como, de resto, os demais direitos fundamentais - não é um direito absoluto, nem ilimitado. Desde logo, a protecção constitucional de um tal direito não abrange todas as situações, formas ou modos pensáveis do seu exercício. Tem, antes, limites iminentes. O seu domínio de protecção pára, ali onde ele possa pôr em causa o conteúdo essencial de outro direito ou atingir intoleravelmente a moral social ou os valores e princípios fundamentais da ordem constitucional*”¹⁸.

No respeitante ao tema existe, dificuldade de delimitar essas fronteiras, não se pode considerar todo o discurso ofensivo fora da protecção da liberdade de expressão, e na situação de colisão é um trabalho árduo definir um direito fundamental que prevaleça ao da liberdade de expressão, “*todavia, são poucos os direitos fundamentais e menos ainda os interesses objetivos que podem legitimar uma afetação da liberdade de expressão...*”¹⁹.

¹³ Machado, Jónatas E. M “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera pública no sistema social*”, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, P.708

¹⁴ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III

¹⁵ Andrade, José Carlos Vieira de “*Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*”, Coimbra: Almedina, 2019. Pp. 269 e ss.

¹⁶ *Ibidem* P.269

¹⁷ *Ibidem* P.295

¹⁸ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III

¹⁹ Alexandrino, José Melo, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, (Coord.) *Constituição ... Op. Cit.* 851

1.3 As infrações no exercício da Liberdade de Expressão

Como depreendido acima, a liberdade de expressão pode ser limitada, e dessas limitações poderá haver repercussões, constata-se esta possibilidade no nº3 do art.37º da CRP *“As infrações cometidas no exercício destes direitos ficam submetidas aos princípios gerais de direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social, sendo a sua apreciação respectivamente da competência dos tribunais judiciais ou de entidade administrativa independente, nos termos da lei”*, na mesma linha de pensamento, segue o STJ na sua fundamentação, *“Em Portugal, tal como na Alemanha, existem limites ao exercício do direito de exprimir, e divulgar, livremente o pensamento, e a sua violação pode conduzir á punição criminal ou administrativa. Esses limites visam salvaguardar os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de tal modo importantes que gozam de protecção, inclusive, penal.”*²⁰.

Na sequência deste *cogitatio*, vem-nos elucidar JOSÉ MELO ALEXANDRINO, o nº3 não é para ser visto como uma limitação à liberdade, mas sim como uma salvaguarda, porque o preceito prevê uma dupla garantia. A “garantia substantiva”- a sujeição aos princípios gerais de Direito criminal ou do ilícito de mera ordenação social que impede a existência de um regime especial de crimes de liberdade de imprensa; e uma “garantia adjectiva”- o julgamento das infrações criminais pelos tribunais judiciais, que nunca podem ser tribunais com competência exclusiva para o seu julgamento (209.º nº4) e a apreciação das contraordenações por autoridade independente (39.º) com possibilidade de recurso da decisão, nos termos gerais, para os tribunais.²¹

Com a análise deste capítulo verifica-se, que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, existem certas formas do seu exercício que podem ser limitadas, por extravasarem o seu confinamento de protecção constitucional ou por conflituarem com outros direitos. A partir dessas formas de exercício, também poderão ser cometidas infrações, infrações essas que poderão ficar submetidas ao escrutínio do Direito Penal.

Vertida esta questão, o discurso de ódio é, naturalmente, considerado uma forma de exercício não abrangido pela protecção constitucional, mas será o Direito Penal o “instrumento” mais indicado para combater esta querela? A resposta a esta questão desenvolveremos subseqüentemente.

²⁰ Acórdão STJ (05-07-2012): fundamento III

²¹ Alexandrino, José Melo, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, (Coord.) *Constituição ... Op. Cit.* P.857

Capítulo II - Discurso de ódio

A questão do discurso de ódio ou “*hate speech*”, desde há muito que se apresenta como problemática para os Estados de Direito Democráticos, tanto na sua vertente discriminatória, em que põe em causa a paz jurídica, e o livre desenvolvimento das pessoas na sociedade, como as questões que levanta no que diz respeito aos limites à liberdade de expressão.

Este tópico não é receita exclusiva dos tempos atuais, recuando apenas “uma mão cheia” de anos, deparamo-nos com este problema por todo o mundo, foi este discurso que permitiu a Adolf Hitler promover os seus ideias nazis, ou, no Ruanda onde a rádio televisão livre das mil colinas, que através da sua transmissão de mensagens racistas e de incitamento ao ódio e violência despoletaram ataques ao povo tutsi que originou num genocídio que ceifou mais de oito mil vidas.²² A melhor maneira de começar a deslindar o problema será de usar uma estratégia tão antiga quanto a questão, dividir para conquistar, estratégia aplicada pela associação Article 19 no Hate speech explained: a toolkit, deste modo, verificamos: “**Ódio**: emoção intensa e irracional de opróbrio, inimizade e ódio em relação a um indivíduo ou grupo, orientado por ter certas - reais ou percebidas - características protegidas (reconhecidas por lei internacional). “Ódio” é mais do que um mero preconceito e deve ser discriminatório. Ódio é uma indicação de um estado emocional ou opinião e, portanto, distinto de qualquer ação manifesta. **Discurso**: qualquer expressão transmitindo opiniões ou ideias - trazer uma opinião ou ideia interna para um público externo. Pode assumir várias formas: escrita, não verbal, visual ou artístico, e pode ser disseminado por qualquer meio, incluindo internet, média impressa, rádio ou televisão.”²³

Como é visível, demonstra-se simples definir cada uma das palavras, o mesmo já não se poderá dizer da expressão, visto que, a nível internacional não existe uma definição consensual para o discurso de ódio.

²² Webb, Thomas J, “*Verbal Poison - Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and a Proposal for the American System.*”, Washburn Law Journal 2011, P. 445.

²³ARTICLE 19, “*Hate speech Explained: A Toolkit*”, Londres, 2015, P. 10.

2.1 Tentativas de definir discurso de ódio

Presente no escopo da recomendação do Conselho de Ministros de 30 de Outubro de 1997 surge das primeiras tentativas de elucidar o que é o discurso de ódio. Entende-se assim, “*por qualquer forma de expressão no qual seja disseminado, incitado, promovido ou que justifique ódio racial, xenofobia, anti-semitismo ou outras formas de ódio baseadas na intolerância, incluindo: intolerância expressa por nacionalismo agressivo e etnocentrismo, discriminação e hostilidade contra minorias, imigrantes e pessoas de origem imigrante.*”²⁴ Por sua vez, a Agência dos direitos fundamentais da União Europeia definiu como, “*incitamento ou encorajamento ao ódio, à discriminação ou à hostilização de um indivíduo, motivado por um preconceito contra essa pessoa baseado numa característica sua (por exemplo, a sua orientação sexual ou a sua identidade de género).*”²⁵

Mais recentemente, em Setembro de 2020, as Nações Unidas na “Estratégia e Plano de Acção para o Discurso de Ódio” caracterizaram como, “*qualquer forma de comunicação em discurso, escrita ou comportamento, que ataque ou use linguagem pejorativa ou discriminatória referindo-se a uma pessoa ou grupo com base em quem são, por outras palavras, baseados na sua religião, etnia, nacionalidade, raça, cor, descendência, género ou outro factor identitário.*”²⁶ Facilmente verificamos que, as definições no seu cerne acabam por recorrer à mesma linha de pensamento, não se distinguindo umas das outras de forma particularmente relevante. Sendo que, a justificação de estarem aqui expostas seja a de demonstrar a dificuldade que esta temática encerra. Estas definições são apenas uma forma de desmistificar o problema, uma luz guia para chegar à vertente jurídica que se pretende desenvolver.

²⁴ Council of Europe Committee of Ministers. “Appendix to Recommendation no. R (97) 20.”: Scope

²⁵ Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, “*Discurso de Ódio e Crimes de Ódio contra a População LGBT- Factsheet*”, 2009.

²⁶ Nações Unidas, “*United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech Detailed: Guidance on Implementation for United Nations Field Presences.*”, 2020, P. 8

2.2 Legislação referente ao “hate speech”

Antes de entrar no assunto em questão irá se revolver pela legislação em torno, fazendo referências aos diplomas mais importantes neste tema.

2.2.1 Quadro internacional

A globalização conseguida através da internet trouxe inúmeros desenvolvimentos para o século XXI, mas também, entregou uma forma de perpetuar um clima de ódio de forma mais simplificada, célere, sem fronteiras e com a possibilidade de anonimato, que torna qualquer pessoa com acesso à rede global de informação um possível transmissor deste “vírus”. Desta forma, tem existido uma multiplicidade de abordagens, tanto ao nível europeu através do TEDH e das Recomendações da ECRI²⁷, como por parte de instituições internacionais como as Nações Unidas.

A primeira menção legal deste assunto será com certeza o artigo 20º do Pacto Internacional para os Direitos Civis e Políticos, “*toda a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade ou à violência estará proibida por lei*”, artigo que é necessário ler tendo como base o artigo 19º, parágrafo terceiro do mesmo diploma que regula as limitações à liberdade de expressão. Esta norma, a nível internacional, é a única que explicitamente proíbe o incitamento ao ódio e à violência²⁸²⁹, sendo que a mesma é a fonte legitimante da perspectiva das Nações Unidas no que toca a este assunto. Tomando como exemplo o *Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence*³⁰ documento contendo linhas-guia para os Estados, na aplicação de normas sob a alçada do artigo 20º do PIDCP.

Do ponto de vista das Nações Unidas é, necessário que o discurso passe um crivo de três elementos-chave para ser proibido, isto deve-se ao receio de que a limitação à liberdade de expressão seja erroneamente aplicada. Em primeiro, apenas a apologia ao ódio

²⁷ A European Commission against Racism and Intolerance é uma entidade independente de controlo dos direitos humanos do Conselho da Europa, especializada no combate à discriminação e racismo. www.coe.int/ecri

²⁸Weber, Anne, “*Manual on Hate Speech*” Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2009, P. 9

²⁹ É de considerar também o artigo 4º CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL que declara como ilegais organizações e atividades que incitem à discriminação racial

³⁰ Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial, or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility, or violence” (2011), contido no «Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial, or religious hatred.

é assegurada, em segundo lugar, a apologia deve constituir incitamento, ao invés de apenas incitamento por si só, e terceiro, tal incitamento deve levar a um dos seguintes resultados, nomeadamente discriminação, hostilidade ou violência.³¹ A partir deste teste compreendemos, que ao nível das Nações Unidas apenas se está perante discurso proibido se o mesmo incitar a um dos resultados mencionados, logo dessa forma, não se inclui comentários contra a religião³², negacionistas³³ e discurso inflamado de expressões odiosas e vis dirigidas a um indivíduo³⁴ de um grupo “protegido” que apesar de ofensivas não apresentem esse cunho, encontrando-se albergadas pela liberdade de expressão³⁵.

2.2.3 Panorama europeu

Na União Europeia muito se tem feito para batalhar este problema, sendo emanados uma multiplicidade de materiais tanto de *soft law* como de *hard law*, existindo também jurisprudência por parte do TEDH, no meio desta panóplia de informação apenas serão mencionados os mais relevantes.

2.2.3.1 *Soft Law*

No âmbito de *soft law* é onde se apresenta a maioria do esforço da União Europeia, a já mencionada, Recomendação nº R (97) 20 do Comité de Ministros sobre “Discurso de Ódio” (do Conselho da Europa, adotada em 30 de Outubro de 1997), é um importante diploma não só pela questão de tentar definir o que é discurso de ódio, mas ao traçar linhas orientadoras para os Estados-Membros se guiarem, na implementação de normas nacionais. É de considerar também, as recomendações emanadas por parte da ECRI, em especial a *General Policy Recommendation No. 15: Combating Hate Speech* que apresenta recomendações aos Estados Membros de como regular o discurso, pelas vias administrativa,

³¹ Nações Unidas, Special Rapporteur Frank la Rue, “*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*” (A/67/357), 2012, ¶43

³² Nações Unidas, Special Rapporteur David Kaye, “*Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*” (A/74/486), 2019, ¶21.

³³ *Idem* ¶22

³⁴ *Idem* ¶23

³⁵ *Idem* “*As such, advocacy of hatred on the basis of national, racial or religious grounds is not an offence in itself.*”

civil e penal, questão que irá ser discutida mais à frente na presente dissertação. Por fim, tendo em conta a dominância da internet na realidade contemporânea presente é imperativo mencionar o Código de Conduta sobre o Discurso de Ódio ilegal online. Este código de conduta promovido pela Comissão Europeia e assinado pelas maiores plataformas como o Facebook, Microsoft, Twitter e Facebook proveio da *DECISÃO-QUADRO 2008/913/JAI do CONSELHO relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia* ^{ver infra}, as empresas de informática assinantes deste diploma partilham juntamente com a Comissão Europeia e os Estados Membros, o compromisso de fazer frente ao discurso de ódio ilegal e promover e facilitar a liberdade de expressão online.³⁶

2.2.3.2 *Hard Law*

As normas que se impõem sobre a nossa legislação, a respeito da *hard law*, as disposições emanadas ao nível europeu são muito mais reduzidas, sendo que, nesta temática é dada bastante discricionariedade aos Estados Membros. A *DIRETIVA 2010/13/EU DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO (Directiva «Serviços de Comunicação Social Audiovisual»)* no seu artigo 6º, exige que os EM devem assegurar que os seus serviços de comunicação social audiovisual, não transmitam nada que incite ao ódio, impondo também, um controlo sobre os serviços de comunicação social, e como diretiva que é, permite que os EM encontrem a melhor maneira para transpor essa obrigação para o seu direito interno.

O Protocolo adicional à Convenção sobre o Cibercrime relativo à incriminação de actos de natureza racista e xenófoba praticados através de sistemas informáticos apresenta-se de capital importância, visto que, nos dias que correm a tendencial forma de prática do discurso de ódio é através da internet. Existe aqui uma complementação do Código de Conduta, na medida em que, agora há um apoio aos EM por parte das companhias informáticas na fiscalização do hate speech online, questão essa que irá ser devidamente fundamentada à frente, uma vez que, houve uma suposta apropriação do *jus puniendi*.³⁷

Por fim, a *DECISÃO-QUADRO 2008/913/JAI do CONSELHO relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia*, no seu

³⁶ Código de Conduta de Combate ao Discurso de Ódio Online P.1

³⁷ Brandão, Nuno, “O discurso de ódio em perspectiva penal”, *Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio: actas do colóquio*, Porto: Reitoria Universidade do Porto, 2020.

art.1º veio criar imposições aos Estados-Membros, para incluírem nas suas leis penais a criminalização de duas formas de discurso de ódio, na alínea a) “*A incitação pública à violência ou ao ódio contra um grupo de pessoas ou os seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica;*” e na alínea c) “*A apologia, negação ou banalização grosseira públicas de crimes de genocídio, crimes contra a Humanidade e crimes de guerra definidos nos artigos 6.o, 7.o e 8.o do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, contra um grupo de pessoas ou seus membros, definido por referência à raça, cor, religião, ascendência ou origem nacional ou étnica, quando esses comportamentos forem de natureza a incitar à violência ou ódio contra esse grupo ou os seus membros;*”. Este diploma veio trazer alguma uniformização à forma como os Estados Membros lidam com o discurso de ódio, entendido assim, como aquele que incite ao ódio e à violência, por ser o mais gravoso. Nos restantes casos essa harmonização revela-se mais complicada de atingir, de modo que, cada Estado detem a sua autonomia tanto cultural como jurídica.³⁸

2.2.4 Jurisprudência TEDH

Foi feita uma coletânea resumida de casos por parte do próprio TEDH³⁹, e foram remetidos a discurso de ódio situações como: ódio étnico, apologia ao terrorismo, negacionismo, revisionismo, ódio racial, ódio religioso, ameaça à ordem democrática, de apologia da violência e incitamento à hostilidade, de disseminação de folhetos homofóbicos, de apologia de crimes de guerra e de extremismo religioso. A partir deste leque de situações começasse a concluir que a abordagem por parte deste, difere da Nações Unidas, limites à liberdade de expressão, aferidos pelo TEDH como legítimos e “necessários numa sociedade democrática”⁴⁰ são segundo os padrões das Nações Unidas excessivos.

O facto de o TEDH não ter nenhuma definição de discurso de ódio, nem se cingir a nenhuma das existentes leva a que tenha um espectro bastante alargado do que considera discurso de ódio, situações em que não existe incitamento ou que não existe o fator

³⁸ DECISÃO-QUADRO 2008/913/JAI do CONSELHO relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia ¶ (6)

³⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Press Unit). “*Hate speech - factsheet.*”, Council of Europe 2020.

⁴⁰ *Le Pen v. France (application no. 18788/09)* P. 2

discriminatório são categorizadas como tal, o que levanta alguns problemas em conseguir determinar o que é discurso de ódio do que não é.

Tomando alguns exemplos da jurisprudência é, possível evidenciar esta situação, queixas relativas à negação do Holocausto o TEDH comumente aplica o art.17º do CEDH, considerando legítimas as limitações à liberdade de expressão impostas pelos tribunais nacionais mesmo que não exista incitamento ao ódio ou à violência, como ocorreu no caso *M'Bala M'Bala v. France* em que um comediante trouxe ao palco um académico, que já, tinha sido múltiplas vezes condenado pelos seus ideias negacionistas para receber um prémio, que lhe seria entregue por um ator vestido com um pijama às riscas com uma estrela onde estava escrito judeu. O TEDH considerou que este momento no espetáculo fez com que deixasse de ser entretenimento, para ser uma reunião política, que promovia o negacionismo e, por essa razão, não se podia considerar albergada pela liberdade de expressão.⁴¹⁴² O caso *Vejdeland and Others v. Sweden*, referente à distribuição de panfletos homofóbicos numa escola é, mais uma situação em que o TEDH declarou que não havia nenhuma violação ao art.10º CEDH. Em ambas as situações mencionadas, houve uma limitação à liberdade de expressão sem existir o que se pode considerar incitamento ao ódio e à violência, segundo os parâmetros das Nações Unidas, apesar de serem situações motivadas por ódio não se justifica a limitação.

2.2.5 Artigo 17º e 10º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Como referido na Convenção Europeia dos Direitos dos Homens não existe nenhuma referência ao discurso de ódio, nem sequer foi adotada uma expressão por parte do TEDH, mas as situações que surgem precisam de resolução. O TEDH apresenta duas formas de lidar com estes casos ou aplica o art.17º do CEDH, a (“*proibição do abuso de direito*”), que dita “*Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção.*”, um travão para aqueles que pretendem usar

⁴¹ *Dieudonné M'BALA M'BALA v. France (Application no. 25239/13)*

⁴² Para melhor entendimento da abordagem do TEDH na problemática do negacionismo *vide Garaudy v. France (no. 65831/01); Williamson v. Germany (application no. 64496/17); Pastörs v. Germany (application no. 55225/14).*

os direitos consagrados pela CEDH em seu benefício, e cujas ações destruiriam esses mesmos direitos.⁴³ Ou aplica o art.10º, (“*liberdade de expressão*”), parágrafo 2 “*O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.*” para situações de discurso de ódio que o TEDH considere não serem abomináveis o suficiente para destruir os valores tutelados.

O art.17º CEDH tem sido aplicado de duas formas, direta e indiretamente. A forma direta, apelidada de “*provisão guilhotina*”⁴⁴, ocorre quando alguém tenta usar uma norma do CEDH como fundamento para as suas ações, ações essas que violam outros direitos e garantias tutelados pela Convenção, sendo que, a queixa é considerada incompatível *ratione materiae*,⁴⁵ ou, é considerada inadmissível *de plano*, quando o TEDH age mesmo que o EM respondente falhe em levantar objeções com base no art.17º CEDH.⁴⁶ A aplicação da norma de forma indireta atua como auxílio interpretativo ao averiguar a necessidade da intervenção do EM ao abrigo do art.10º parágrafo 2 CEDH⁴⁷. Este modo de aplicação é frequentemente usado para reforçar uma conclusão sobre a necessidade da limitação do direito do requerente⁴⁸.

Em contraste ao art.17º surge, o 10º¶2 que apesar de também limitar a liberdade de expressão, tem uma tramitação completamente diferente do artigo do abuso de direito. Quando o TEDH faz uso do art.10º¶2 a limitação imposta pelo EM tem de passar um teste tripartido, a legalidade da limitação, a sua legitimidade e por fim se era necessária numa sociedade democrática.⁴⁹ As duas primeiras fases do teste não impõem grandes dúvidas, o

⁴³ Weber, Anne, ” *Manual on Hate Speech*”, *Op. Cit.* P. 23

⁴⁴ Tulkens, Françoise. “*When to say is to do Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights.*” 2012, ¶10

⁴⁵ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “*Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of abuse of rights*”, Estrasburgo, 2020. ¶44

⁴⁶ Idem ¶45

⁴⁷ Cannie, Hannes e Dirk Voorhoof, “*The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?*”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Holanda, 2011. P.58.

⁴⁸ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *op. cit.* ¶71

⁴⁹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “*Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression*”, Estrasburgo, 2020. ¶54

princípio da legalidade, igual ao presente no nosso Direito Penal, tem de estar previsto na lei, e a limitação tem de ter como objetivo alguma das situações previstas no ¶2, mas a terceira já coloca alguns problemas. O TEDH tentou desconstruir o significado de necessário em três, a existência de uma necessidade social urgente, avaliação da natureza e gravidade das sanções e as razões têm de ser suficientes e relevantes.⁵⁰ Sendo a proporcionalidade das sanções um dos aspetos mais importantes, mesmo perante casos de discurso de ódio o TEDH leva sempre em conta a severidade das sanções aplicadas.⁵¹

Quando o TEDH aplica um destes artigos o resultado final é o mesmo, a aceitação da limitação da liberdade de expressão imposta pelo EM, mas o art.17º traz consigo uns efeitos indesejáveis, pois quando este é aplicado apenas se olha ao contexto de forma superficial e não se coloca a questão da proporcionalidade, visto que o teste acima mencionado não tem lugar.⁵²

2.3 O conceito ilusivo de discurso de ódio

No exposto até então, não passa incólume o esforço prestado para reprimir e fustigar o discurso de ódio e os problemas que este levanta. Antes de considerar a sua criminalização é necessário destrinçar o objeto de estudo. O conceito de discurso de ódio é extremamente ambíguo, pois como questiona NUNO BRANDÃO, *O que é o ódio? Contra quem deverá ele manifestar-se? Com que motivos? De que forma? Com que consequências?*⁵³ Com este interlúdio de perguntas, apresenta-se como determinante descobrir o bem jurídico a proteger, qual a ação mínima para se considerar estar perante discurso de ódio, quem pode ser vítima, a pena mais adequada para este comportamento. O espectro do que pode ser discurso de ódio é vasto, mas no Plano Estratégico das Nações Unidas houve uma tentativa de categorizar, sendo que dividiu em três:

- No nível superior, “incitamento público e direto ao genocídio” e o “advogar ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, hostilidade ou violência são proibidos sob a lei internacional.

⁵⁰ Ibidem Pp. 22 e 23

⁵¹ Como no caso PASTÖRS v. GERMANY (Application no. 55225/14) ¶48 em que o requerente foi condenado a oito meses de pena de prisão suspensa por invocar mentiras que difamava os judeus e a perseguição que tinham sofrido durante a Segunda Guerra, o TEDH considerou a pena proporcional ao objetivo traçado.

⁵² Para desenvolvimento no tema *vide* Cannie, Hannes e Dirk Voorhoof. “The Abuse Clause... *op. Cit. P.69 e ss.*

⁵³ Brandão, Nuno. “O discurso de ódio em perspectiva penal” *Op. Cit.P.73*

- No nível intermédio, certas formas de “discurso de ódio podem ser proibidas, mas apenas se as restrições estiverem previstas pela lei, persigam um objetivo legítimo (respeito pelos direitos de outrem ou proteção da ordem pública) e sejam necessários e proporcionais;

- No nível inferior, as restrições não devem ser impostas na disseminação de expressões ilegítimas que sejam, por exemplo, ofensivas, chocantes ou perturbadoras.⁵⁴

Esta divisão apesar de simbólica auxiliou ao determinar, pelo menos ao nível das Nações Unidas, que não se pode criminalizar todo o tipo de discurso de ódio. O discurso de ódio descrito no nível superior é uma forma direta de incitamento, e por isso, não coloca grandes dúvidas acerca da sua criminalização, a Decisão-Quadro já mencionada, conferiu legitimidade a imposições penais a esta forma de discurso.

No nível inferior está explícito que não se pode criminalizar comentários que apenas ofendam o sentimento alheio. É no nível intermédio que surge a incerteza, o discurso que aqui se encaixa não chega a incitamento, mas atinge proporções que permite a criminalização. É este o objeto de estudo para os capítulos seguintes.

2.4 Conceitos paralelos

Estas questões que surgem ao debruçarmos mais atentamente sobre o assunto, demonstram a dificuldade de o delimitar. Existem conceitos que apesar de andarem a par do discurso de ódio não preenchem ou extravasam o seu conteúdo, tendo de se encontrar o troço separador entre elas.

a) Crime de ódio vs Discurso de ódio

Um crime de ódio é composto por dois elementos, um crime cometido e a motivação preconceituosa. O primeiro elemento, consiste em o ato cometido já ser crime, homicídio, ofensa à integridade física, violação, o segundo elemento, consiste em a motivação para cometer o crime seja uma característica da vítima tal como raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica.⁵⁵ Em Portugal não existe nenhum tipo legal de crime de ódio,

⁵⁴ Nações Unidas. “United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech: Detailed Guidance on Implementation for United Nations Field Presences.” 2020. P.5

⁵⁵ Office for Democratic Institutions and Human Rights, “Hate crime laws: a practical guide”. Warsaw: ODIHR, 2009. P.16

existem sim crimes que têm como agravante ser motivado por ódio racial, étnico, religioso como é o caso do homicídio qualificado previsto no art.132º alínea f) CP ou da ofensa à integridade física qualificada no art.145º n.º2 CP.

A distinção reside no crime de ódio já existir crime, há um tipo legal de crime previsto e a motivação surge como agravante, opostamente no discurso de ódio essa motivação é o crime, ao retirar do discurso o conteúdo odioso não se está perante um crime.⁵⁶

b) Apologia/Incitamento ao terrorismo vs Discurso de ódio

No ordenamento português a lei do combate ao terrorismo está regulada pela lei nº52/2003, de 22 de Agosto, o incitamento e a apologia ao terrorismo encontram-se previstos no art.4º nos n.º3 e 8 respetivamente.⁵⁷O previsto no n.º1 do art.2º da dita lei, define o que se entende como terrorismo, *considera-se grupo, organização ou associação terrorista todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade e a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter o funcionamento das instituições do Estado previstas na Constituição, forçar a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral.* A partir da letra da lei determinamos imediatamente que ao crime de terrorismo falta o chamado *vezo discriminatório*.⁵⁸ A primeira característica fundamental para se considerar estar perante discurso de ódio é a sua vertente discriminatória, tem que existir discriminação em razão de raça, etnia, género, orientação sexual, logo por sua vez o incitamento ou apologia⁵⁹ ao terrorismo não se poderem identificar como discurso de ódio tendo a sua criminalização de ser distinta.

c) Ultraje a símbolos nacionais vs Discurso de ódio

No crime de ultraje a símbolos nacionais a questão densifica-se, é possível com o ultraje estar perante incitamento ao ódio nacional. Recentemente por força dos ataques à

⁵⁶ Ibidem P.25

⁵⁷ 3 - Quem, por qualquer meio, difundir mensagem ao público incitando à prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, com a intenção nele referida, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

8 - Quem, em reunião pública, através de meio de comunicação social, por divulgação de escrito ou outro meio de reprodução técnica, recompensar ou louvar outra pessoa, grupo, organização ou associação pela prática dos factos previstos no n.º 1 do artigo 2.º, de forma adequada a criar perigo da prática de outro crime da mesma espécie, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 360 dias.

⁵⁸ Brandão, Nuno. “O discurso de ódio em perspectiva penal.” *Op. Cit.* P.74

⁵⁹ Vide Brandão, Nuno e António Miguel Veiga, in: José Manuel Aroso Linhares/ Maria João Antunes (Coord.), *Terrorismo Legislação Comentada e Textos Doutrinários*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2019. Incitamento Pp. 54-68; Apologia Pp. 113-126

Palestina, a queima da bandeira de Israel junto a duas sinagogas na Alemanha, trouxe à luz questões de antissemitismo e de violência contra judeus⁶⁰, neste caso, estamos perante discurso de ódio, devendo-se isso primariamente ao contexto e à localização, mas genericamente, o ultraje a símbolos nacionais não traz consigo o intuito discriminatório, sendo o bem jurídico do crime previsto no art.332º CP⁶¹, o *respeito pelos símbolos nacionais*,⁶² bem jurídico esse, não considerado na criminalização do discurso de ódio.

Os conceitos mencionados apesar de uma estreita semelhança com o discurso de ódio, não deverão ser enquadrados no mesmo preceito, porque são figuras autónomas com características próprias. Seguindo esta linha de pensamento, é de ponderar que o discurso de ódio desprovido de incitamento também não deverá ser criminalizado, da mesma forma que o verdadeiro incitamento ao ódio e à violência.

2.5 Identificação do discurso de ódio

Como visto, o conceito de discurso de ódio é extremamente dúbio e abrangente, o que torna a questão da sua identificação complexa. O discurso de ódio com carácter de incitamento ao ódio e à violência, já é crime em grande parte dos ordenamentos europeus, no alemão no art.130º do StGB, no espanhol no art.510 do Código Penal, no italiano no art.604 do Codice Penal e no francês no art. R625-7 do Code Pénal, apesar de os seus sistemas penais considerarem a criminalização nenhum destes preceitos legais consegue claramente definir onde acaba o direito à liberdade de expressão e começa o discurso criminalizável. *“A identificação de afirmações que podem ser classificadas como “discurso de ódio” parece ainda mais difícil porque esse tipo de discurso não se manifesta necessariamente por expressões de “ódio” ou emoções. “Discurso de ódio” pode ser escondido em declarações que à primeira vista podem parecer racionais ou normais.”*⁶³ A maioria dos discursos inflamados com cariz vexatório são críticas de ordem social e política, que se encontram albergados pela liberdade de expressão, neste âmbito *“pouco espaço há*

⁶⁰ [Notícia TSE](#)

⁶¹ *Quem publicamente, por palavras, gestos ou divulgação de escrito, ou por outro meio de comunicação com o público, ultrajar a República, a bandeira ou o hino nacionais, as armas ou emblemas da soberania portuguesa, ou faltar ao respeito que lhes é devido, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.*

⁶² Caeiro, Pedro, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do código penal: parte especial: Tomo III: Artigos 308 a 386*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P.251

⁶³ Weber, Anne *“Manual on Hate Speech”*, Op. Cit. P.5

para as restrições à liberdade de expressão”⁶⁴, por mais ordinários e agressivos que sejam, não esquecendo que o discurso poderá transmitir ideais discriminatórios sem nunca se render a expressões diretas de ódio e violência, estando mascarados pela retórica e o verdadeiro sentido estar no subtexto, como expressa JÓNATAS MACHADO “... mesmo uma discussão de ideias realizada de acordo com um código linguístico elaborado e subordinada a parâmetros conversacionais considerados racionais, civilizados e procedimentalmente justos não evita necessariamente a vitimização dos grupos sociais.”⁶⁵

2.6 O discurso de ódio no ordenamento português

Antes de entrar numa análise da legitimidade da criminalização do discurso de ódio, importa atender à forma que o legislador português encontrou para transpor esta problemática para o nosso ordenamento. No nosso ordenamento quando se levanta a questão do discurso de ódio é se remetido para o art.240º, mais especificamente o n.º2. Este preceito sofreu alterações ao longo do tempo juntamente com a sua epígrafe, a própria nomenclatura da epígrafe demonstra a evolução do conceito com o tempo:

Discriminação racial - Decreto-Lei n.º 48/95;

Discriminação racial ou religiosa - Lei n.º 65/98;

Discriminação racial, religiosa ou sexual - Lei n.º 59/2007;

Discriminação e incitamento ao ódio e à violência - Lei n.º 94/2017

Estas alterações foram sendo feitas ao preceito numa ótica de englobar cada vez mais os sujeitos protegidos pela norma, por exemplo com a Lei n.º 19/2013 foi acoplada à norma a discriminação em razão de identidade de género. Atualmente dita o preceito, *Quem, publicamente, por qualquer meio destinado a divulgação, nomeadamente através da apologia, negação ou banalização grosseira de crimes de genocídio, guerra ou contra a paz e*

a

humanidade:

a) Provocar atos de violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica;
b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou

⁶⁴ CASE OF WINGROVE v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 17419/90) ¶58

⁶⁵ Machado, Jónatas E. M. “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais...*” *Op. Cit.* P.848

deficiência física ou psíquica;
c) *Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou deficiência física ou psíquica;* ou
d) *Incitar à violência ou ao ódio contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero ou deficiência física ou psíquica;*
é punido com pena de prisão de 6 meses a 5 anos.

A atual redação do artigo demonstra, uma atitude dita mais agressiva com o discurso de ódio por parte do legislador, do que a imposta pela Decisão-Quadro de 2008, esta impunha a criminalização do incitamento ao ódio e à violência, tendo o legislador conferido relevância à injúria, difamação e ameaça sem esse caráter.⁶⁶

Contudo, essa agressividade parece ter ficado apenas no papel, a decisão do legislador em colocar estes três crimes num preceito próprio e não como agravantes dos crimes já existentes apresenta a sua coerência, como refere LAMAS LEITE “*Não apenas essa dimensão faz crescer a pena, por via de uma incrementada ilicitude, desde logo, mas também faz com que crimes que nas suas formas simples são particulares stricto sensu se transformem em delitos públicos. E isto na medida em que, não só, ou melhor, mais do que a ofensa a um bem jurídico individual, se vulnera um interesse de contornos supraindividuais*”⁶⁷. Seguindo a esteira do autor, pode-se afirmar que houve uma tentativa de empoderamento dos três crimes quando fossem motivados por racismo e intolerância, mas, porém, julga-se o que ocorreu foi um esquecimento da sua existência. Tomando como exemplo o médico alvo de comentários racistas em Loures⁶⁸, havia a possibilidade de seguir pelo preceito plasmado na alínea b), mas tal não se sucedeu, causando uma certa dose de confusão a decisão da acusação ter optado pelo caminho da injúria e difamação agravada previstos nos arts.180º, 181º e 184º do CP.

A questão que fica é, se existe receio em fazer uso deste artigo ou se o mesmo está envolto de uma complexidade tal que torna a sua utilização impraticável.

⁶⁶ Brandão, Nuno, “O discurso de ódio em perspectiva penal” *Op. Cit.* P.74

⁶⁷ Leite, André Lamas, “Direito Penal e discriminação religiosa: subsídios para uma visão humanista”, *Revista O direito*, 2012 P. 896

⁶⁸ Caso já transitado em julgado no Tribunal judicial da Comarca de Lisboa Norte

Capítulo III - Criminalização do discurso de ódio

Com a noção da problemática que é o discurso de ódio, irá se debater a questão mais controvertida em volta do tema, a sua criminalização. Como já exposto, a Decisão-Quadro veio impor a criminalização do discurso incitador de ódio e violência, mas não é nesse que nos iremos prender, irá se indagar se ao discurso de ódio desnutrido desse caráter, se poderá fazer uso do Direito Penal e as maiores problemáticas que assolam essa pretensão.

De modo a evitar confusão terminológica, doravante o termo discurso de ódio será referente àquele sem incitamento.

3.1 A Escolha do Bem jurídico

No ordenamento português seguindo o pensamento de FIGUEIREDO DIAS, “*todo o direito penal é um direito do bem jurídico-penal*”⁶⁹, o Direito Penal encontra na Constituição a sua fonte legitimadora, visto assim, o Direito Penal tem como função a tutela subsidiária de bens jurídicos, bens jurídicos esses que têm como referente a “*ordem axiológico-constitucional*.”⁷⁰. “*O bem jurídico – é hoje um dado adquirido – não pode traduzir-se num quid mais ou menos evanescente, sem direta correlação com um direito, liberdade ou garantia (Direito Penal de justiça) ou um direito económico, social ou cultural (Direito Penal secundário)*.”⁷¹

Como garantia da liberdade, a teoria do bem jurídico consiste, “*na ilegitimidade da incriminação quando referida a comportamentos que não ponham em causa o livre desenvolvimento do indivíduo, nem as condições necessárias a esse desenvolvimento*.”⁷², nas palavras de Jescheck “*O objectivo precípua do direito penal é, com efeito, promover a subsistência de bens jurídicos da maior dignidade e, nessa medida, a liberdade da pessoa humana*.”⁷³

⁶⁹ Dias, Jorge de Figueiredo, “O «direito penal do bem jurídico» como princípio jurídico-constitucional implícito”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 2016, P.251.

⁷⁰ Brandão, Nuno, “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso.” in: J. Faria Costa et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, Pp.239-240.

⁷¹ Leite, André Lamas, “Direito Penal e discriminação religiosa: ...” *Op. Cit.* P. 882

⁷² Roxin, Claus, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 2013, P.13

⁷³ Acórdão TC 480/92

Tendo o Direito Penal como função a proteção de bens jurídicos, desvela-se neste momento a necessidade de encontrar o bem jurídico ofendido com o discurso de ódio, dada a sua versatilidade, também o bem jurídico subjacente é de difícil alcance.

Como tudo, no que rodeia esta matéria existem uma multiplicidade de propostas do possível bem jurídico, segundo JEREMY WALDRON o que se pretende proteger com a criminalização deste discurso não é os sentimentos dos ofendidos, mas sim a sua dignidade⁷⁴. No entendimento de PINTO ALBUQUERQUE, os bens jurídicos são “*igualdade entre todos os cidadãos, integridade física, honra e a liberdade de outra pessoa*”⁷⁵ e seguindo a mesma linha está MARIA JOÃO ANTUNES com “*Igualdade entre todos os cidadãos do mundo*”⁷⁶, o que por sua vez, nos lança para o bem jurídico, paz pública, presente no art.130º do StGB. Não podendo pronunciar acerca de todos irá se pôr à prova os dois mais importantes mencionados, que são a dignidade humana e a paz pública.

a) Bem jurídico - Dignidade humana

Como já referido, existem linhas de pensamento que consideram a dignidade humana como o bem jurídico a se proteger com a criminalização do discurso de ódio. Presente no art.1º da CRP a dignidade da pessoa humana surge como a “*trave-mestra de sustentação e legitimação*”⁷⁷ da República Portuguesa considerada o “*standart de protecção universal*” da pessoa humana como ser individual, e protetora das entidades coletivas⁷⁸, apresenta-se como princípio constitucional de onde desabrocham todos os restantes direitos fundamentais.⁷⁹ Como enunciado pelo STJ, “*A dignidade da pessoa humana constitui, evidentemente, o valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os demais direitos fundamentais porquanto se refere às exigências básicas, no sentido de que a todos os seres humanos sejam oferecidos os recursos, materiais ou espirituais, para uma existência digna,*

⁷⁴ Waldron, Jeremy, “*The harm in hate speech*”, Cambridge: Harvard University Press, 2014. Cap.5 P.1

⁷⁵ Albuquerque, Paulo Pinto de,” *Comentário do código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*” 2ª ed. Atualizada, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2010. P.900

⁷⁶ Antunes, Maria João, *in*: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do código penal: parte especial: Tomo II: Artigos 202º a 307º* Coimbra: Coimbra Editora, 1999. P.575

⁷⁷ Canotilho, Gomes e Vital Moreira, “*Constituição da República Portuguesa ...*”, *Op. Cit.* P.198

⁷⁸ *Ibidem.* P.200

⁷⁹ Novais, Jorge Reis, “*A Dignidade da Pessoa Humana Vol. I - Dignidade e Direitos Fundamentais*” Coimbra: Almedina, 2015. Pp. 79 e 84

*bem como sejam propiciadas as condições para o desenvolvimento das suas potencialidades.”*⁸⁰

Depois de evidenciado o valor da dignidade da pessoa humana poder-se-á considerar a mesma como um bem jurídico legítimo a proteger? Nas palavras de Roxin “*a ofensa à dignidade humana não é lesão de um bem jurídico*”.⁸¹ Desenvolvamos: Existe uma tendência para a instrumentalização do considerado “*princípio dos princípios*”⁸² como “*garantia das liberdades e autonomias individuais, a igualdade entre os cidadãos e os pressupostos de uma vida digna*”, contudo, isso é o fim dos direitos fundamentais e das normas que os impõem⁸³.

Como se pronuncia FIGUEIREDO DIAS “*o pior serviço que pode prestar-se ao primeiro e mais elevado princípio de toda a ordem jurídica, é em matéria penal, invocá-lo como princípio prescritivo dotado de um conteúdo fixo e imutável e como tal imediatamente aplicável a concretas situações da vida.*”⁸⁴, sendo que nestas situações seria usada como “*knock-down argument*”⁸⁵ uma forma de cerrar quaisquer conflitos sem discussão racional, não sendo essa a sua função em matéria penal, mas sim de “*veto inultrapassável a qualquer atividade do Estado que não respeite aquela dignidade essencial e, deste modo, antes que como fundamento, como limite de toda a intervenção estadual.*”⁸⁶

Ao reduzirmos o princípio da dignidade humana a um bem jurídico abre-se as portas a um enfraquecimento da sua força normativa⁸⁷, e numa utilização “*contundente, militante, baseada numa compreensão fechada e sectária do princípio que, todavia, ameaça uma convivência fundada no respeito e na tolerância, própria de um Estado de Direito democrático e plural.*”⁸⁸

Perante toda a conjuntura em volta do princípio, não o podemos considerar um bem jurídico penal legitimante da criminalização do discurso de ódio.

⁸⁰ Acórdão STJ (29-11-2016)

⁸¹ Roxin, Claus. “O conceito de bem jurídico ...” *Op. Cit.* P.20

⁸² Novais, Jorge Reis, “*A Dignidade da Pessoa Humana Vol. I ...*” *Op. Cit.* P.155

⁸³ *Ibidem* P.79

⁸⁴ Dias, Jorge de Figueiredo. “O «direito penal do bem jurídico» como princípio ...” *Op. Cit.* P.260

⁸⁵ Novais, Jorge Reis, “*A Dignidade da Pessoa Humana Vol. I ...*” *Op. Cit.* P.123

⁸⁶ Dias, Jorge de Figueiredo. “O «direito penal do bem jurídico» como princípio ...” *Op. Cit.* 260

⁸⁷ Novais, Jorge Reis, “*A Dignidade da Pessoa Humana Vol. I ...*” *Op. Cit.* P.85

⁸⁸ *Ibidem* P.155

b) Bem jurídico - Paz pública

Existem entendimentos que perfilham a ideia que no âmago da criminalização do discurso de ódio está a proteção da paz pública. Seguindo esse entendimento tem-se o Código Penal Alemão, que no §130º StGB (Volksverhetzung), “incitação ao ódio”, explicita; *“Quem, de uma maneira adequada a perturbar a paz pública, 1. incita o ódio contra um grupo nacional, racial, religioso ou definido pela sua origem étnica, contra camadas da população ou indivíduos por pertencerem a um dos grupos ou camadas da população acima mencionados, ou apelos à violência ou medidas arbitrárias contra eles ou 2. viole a dignidade humana de outrem, insultando, caluniando maliciosamente ou difamando um dos grupos, segmentos da população ou indivíduos acima mencionados, por pertencerem a um dos grupos ou segmentos da população acima mencionados”*. O que o legislador pretendeu com esta redação foi *“evitar um clima favorável a crimes de ódio”*⁸⁹, na ótica do legislador alemão o incitamento ao ódio será considerado uma abertura ao cometimento de ulteriores crimes, *“o incitamento a ódio racial é visto pelo legislador como elevação do risco geral de rutura da paz pública, inclusive violações da dignidade e honra de grupos minoritários”*⁹⁰.

Com a proteção da paz pública nas palavras de DELPINO, o que se pretende é a *“harmónica e pacífica coexistência dos cidadãos sob a soberania do Estado e do Direito, dando-lhes um sentimento de tranquilidade e de segurança.”*⁹¹. A quebra dessa tranquilidade e segurança não ocorre por qualquer meio, a conduta há-de ter de ser apta a esse efeito, como expõe DAMIÃO CUNHA, a ação tem de *“ofender ou escarnecer publicamente por forma adequada a perturbar a paz pública”*⁹².

Surgem assim dois obstáculos à viabilidade deste bem jurídico para o discurso de ódio, se se consegue afirmar que determinado comentário não vem imbuído de incitamento, logo torna-se pouco plausível que o mesmo seja adequado a perturbar a paz pública e ainda mais nos dispositivos onde surge este bem jurídico o que se pretende é, uma *“tutela antecipada de todos os bens jurídicos que sejam colocados em perigo com a conduta do agente”*⁹³ como é a situação paradigmática do crime de Associação Criminosa presente no

⁸⁹ Brugger, Winfried. “Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano.”, *Revista Direito Público*, 2009. P.128

⁹⁰ Brugger, Winfried. “Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? *Op. Cit.* P.129

⁹¹ Moniz, Helena, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do código penal: parte especial: Tomo II: Artigos 202º a 307º* Coimbra: Coimbra Editora, 1999.P.1140

⁹²CUNHA, José Manuel Damião da, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do código penal: parte especial: Tomo II: Artigos 202º a 307º* Coimbra: Coimbra Editora, 1999.P.638

⁹³ Moniz, Helena, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense... Op. Cit.* P.1140

artigo 299º CP⁹⁴, esta tutela aplica-se aos crimes de perigo abstrato⁹⁵, a qual não se pode associar ao discurso de ódio.

3.2 O princípio da proporcionalidade

O direito penal é, um direito penal do bem jurídico, só surge como protetor dos bens jurídicos fundamentais, e é a partir deste pressuposto que surge o princípio da proporcionalidade, também aludido como “*proibição do excesso*”⁹⁶, este princípio veio colocar entraves ao direito penal, demonstrando os seus limites, “*o direito penal não está autorizado a restringir os direitos fundamentais dos cidadãos para salvaguarda de outros direitos ou interesses não constitucionalmente protegidos.*”⁹⁷

No que toca ao discurso de ódio, afigura-se uma certa dificuldade de determinar o bem jurídico, mas irá se fazer uma alusão aos bens propostos por PINTO DE ALBUQUERQUE, mais especificamente ao da “*igualdade entre todos os cidadãos*”⁹⁸, para determinar se a criminalização passaria o crivo deste princípio.

O princípio da proporcionalidade fragmenta-se em três subprincípios: o da “*adequação*”, “*necessidade*” e “*proporcionalidade em sentido estrito*”⁹⁹ seguindo esta ordem diz MARIA JOÃO ANTUNES “*As medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam necessárias, adequadas e proporcionadas à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (Art. 18.º da CRP), e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo.*”¹⁰⁰

⁹⁴ “*Trata-se de intervir num estado prévio, através de uma dispensa de tutela, quando a segurança e a tranquilidade públicas não foram ainda necessariamente perturbadas, mas se criou já um especial perigo de perturbação.*” Dias, Jorge de Figueiredo, in: Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário conimbricense do código penal: parte especial: Tomo II: Artigos 202º a 307º* Coimbra: Coimbra Editora, 1999 P.1157

⁹⁵ Como explicita GERMANO MARQUES DA SILVA, “*«é a própria acção que é em si mesma considerada perigosa, segundo a experiência comum aceite pelo legislador», não sendo, nestes casos, de «exigir a prova da criação de uma concreta situação de perigo para determinados bens jurídicos, bastando fazer prova da acção típica.»* Acórdão STJ (23-12-2019)

⁹⁶ Silva, Germano Marques da, “*Direito Penal Português Parte Geral Introdução e Teoria da Lei Penal*”, Lisboa, Editorial Verbo, 2001. P.85

⁹⁷ Brandão, Nuno. “*Bem jurídico e direitos fundamentais: ...*” *Op. Cit.* 241

⁹⁸ Albuquerque, Paulo Pinto de, “*Comentário do código penal...*” *Op. Cit.* P.900

⁹⁹ Sarlet, Info Wolfgang. “*Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a proibição do excesso e de insuficiência.*” *Revista Opinião Jurídica* 2006. P. 180

¹⁰⁰ Antunes, Maria João. “*Direito penal, direito processual penal e direito da execução das sanções privativas da liberdade e jurisprudência constitucional.*” *Revista Julgar* 2013. P.90

i) Princípio da Adequação

O subprincípio da adequação releva “*no sentido de um controlo da viabilidade (i.e., da idoneidade técnica) de alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s).*”¹⁰¹ Terá de existir uma correlação entre o fim visado com a criminalização e os meios utilizados para o mesmo.

No que refere ao discurso de ódio é legítimo considerar a sua criminalização *adequada* para a proteção do bem jurídico *Igualdade entre todos os cidadãos*.

ii) Princípio da Necessidade

Com o princípio da necessidade o que se almeja é, o “*meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, para alguns designada critério da exigibilidade.*”¹⁰², este princípio é uma “*concretização do princípio da intervenção mínima*”¹⁰³ com ela pretende-se dar “*efectividade à ideia de subsidiariedade ou de ultima ratio que deve caracterizar o direito penal.*”¹⁰⁴

Como se tem discutido, o Direito Penal é imprescindível na proteção dos valores fundamentais à vida do homem em sociedade, mas isso não implica que o seja em todos os momentos, como afirma CONCEIÇÃO CUNHA “*não pretendemos significar que ele seja sempre e em qualquer caso imprescindível para a defesa de todo e qualquer valor fundamental, e em toda a sua extensão.*”¹⁰⁵

Considerado aqui este princípio, torna-se dúbio a *necessidade* da criminalização do discurso de ódio, posteriormente irão ser levantadas as críticas.

iii) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Apresenta-se agora o último subprincípio, “*O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer a manutenção de um equilíbrio, proporção, e, portanto, de uma análise comparativa entre os meios utilizados e os fins colimados. Também é designado de*

¹⁰¹ Sarlet, Info Wolfgang. “Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: ...” *Op. Cit.* P.180

¹⁰² Sarlet, Info Wolfgang. “Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais...” *Op. Cit.* P.180

¹⁰³ Silva, Germano Marques da. *Direito Penal Português* Op. Cit. P.86

¹⁰⁴ Brandão, Nuno. “Bem jurídico e direitos fundamentais: ...” *Op. Cit.* P.263

¹⁰⁵ Cunha, Maria da Conceição da Ferreira, *Constituição e Crime: Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. P. 289

razoabilidade, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.”¹⁰⁶

Posto assim, neste subprincípio o que se pretende é uma, “*proporção entre o bem ofendido e grau de ofensa/ direito restringido e grau de restrição.*”¹⁰⁷

No que toca à matéria controvertida, questionamos se este subprincípio se encontra respeitado, mesmo que se considere que o uso de sanções penais no discurso de ódio, poderia impedir a propagação da discriminação e do racismo, as liberdades que seriam sacrificadas são superiores às ofensas que o discurso de ódio conseguiria realmente infligir ao bem jurídico.

3.3 Críticas à criminalização

Depois da análise ao teste tripartido do princípio da proporcionalidade parece inverosímil que a criminalização do discurso de ódio o passasse com nota exemplar. Posto isto, será agora apresentado algumas reflexões dos problemas que se levantam com a criminalização.

3.3.1 O Princípio da Intervenção Mínima

Anteriormente contemplado, este princípio está intrinsecamente ligado ao subprincípio da necessidade. Uma das grandes interrogações, senão a maior, que se coloca com a criminalização do discurso de ódio, é referente ao princípio da intervenção mínima do direito penal. A tarefa de proteção de bens jurídicos que é adjudicada ao direito penal tem um cariz de *ultima ratio*, “*O direito penal, enquanto direito de protecção, cumpre uma função de ultima ratio. Só se justifica, por isso, que intervenha para proteger bens jurídicos - e se não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções criminais.*”¹⁰⁸. Nesta linha, depreende-se que ao direito penal não pode ser atribuída “*uma missão propulsora da mudança dos costumes sociais*”¹⁰⁹, grande parte dos comportamentos associados ao discurso de ódio não passam de meros comentários desvirtuados de capacidade de criar qualquer agitação social, fazendo com que a ameaça de sanções penais a estas situações seja meramente persecutória da

¹⁰⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang. “Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais...” *Op. Cit.* P.180

¹⁰⁷ Cunha, Maria da Conceição da Ferreira, “*Constituição e Crime: ...*” *Op. Cit.* P. 290 Nota 814

¹⁰⁸ Acórdão TC 108/99

¹⁰⁹ Brandão, Nuno. “O discurso de ódio em perspectiva penal ...” *Op. Cit.* P.75

moral¹¹⁰ e dos bons costumes, faltando aqui a indispensabilidade que se exige do “*meio sancionatório mais forte que o Estado dispõe*”¹¹¹. Com esta utilização abusiva do Direito Penal incorre-se o risco de ao mesmo ser atribuído um carácter de censura e não de proteção, como explicita JÓNATAS MACHADO “*na doutrina em torno do discurso de ódio detecta-se um irreprimível impulso censório idêntico àquele que em várias etapas do desenvolvimento histórico procurou combater o erro e o pecado*”¹¹²

3.3.2 Princípio da insignificância

Seguindo a esteira do direito penal de mínima intervenção, surge o princípio da insignificância ou da bagatela. Este princípio não está explicitamente presente no nosso ordenamento jurídico, não se apresenta desta forma nas leis penais ou textos constitucionais, mas como explicita FREDERICO LACERDA COSTA PINTO, “*ele está inequivocamente presente e manifesta-se a diversos níveis: na densificação das injunções e limites da Constituição penal, no discurso dogmático e político-criminal da doutrina, na delimitação da intervenção penal e em inúmeros institutos de natureza substantiva e processual.*”¹¹³

Como exposto num acórdão do Tribunal da Relação de Évora “*O princípio da insignificância, como máxima interpretativa dos tipos de ilícito, exclui condutas que, embora formalmente típicas, não o sejam materialmente – a insignificância penal exclui a tipicidade e as condutas insignificantes não são típicas porque o seu sentido social não é de ofensa do bem jurídico.*”¹¹⁴

Relativamente ao tema este princípio é de extrema relevância, o discurso de ódio tem uma forte presença nas redes sociais, desde comentários a notícias, a devaneios futebolísticos e naturalmente compreender-se-á que nessa imensidão de comentários boçais que preencherão formalmente a conduta, não se pode considerar que ofendam o bem jurídico.

¹¹⁰ Dias, Jorge de Figueiredo. “O «direito penal do bem jurídico» ...” *Op. Cit.* P.251 “a função do direito penal só pode ser num estado democrático pluralista e laico, a tutela de bens jurídicos ... não a decisão de controvérsias morais”

¹¹¹ Cunha, Maria da Conceição da Ferreira, “*Constituição e Crime: ...*” *Op. Cit.* P.220

¹¹² Machado, Jónatas E. M, “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais ...*” *Op. Cit.* P.846

¹¹³ Pinto, Frederico Lacerda Costa. “Delitos de bagatela (The «de minimis» doctrine in criminal cases).” *Revista Penal Nº35 Errata* 2015, P. 338

¹¹⁴ Acórdão TRE (07-12-2012)

3.3.3 A inexistência de prevenção especial nas penas privativas da liberdade

No art.40º do CP surge plasmado as finalidades da pena, a prevenção geral “*a protecção de bens jurídicos*” e a prevenção especial “*a reintegração do agente na sociedade*” iremos focar na especial. No nosso ordenamento jurídico, estamos perante a prevenção especial positiva, em contraposição com a negativa que pretendia alcançar “*um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delincente*” tendo como objetivo “*a neutralização da sua perigosidade social*”¹¹⁵, na prevenção especial positiva o foco é mais reabilitativo do que punitivo, pretendendo-se a reinserção social, a ressocialização, ou seja, “*prevenção da reincidência*”¹¹⁶, sendo que no discurso de ódio levanta mais questões do que as que resolve.

Como determinado entre nós, a prevenção especial tem como objetivo a ressocialização, mas para este se encontrar preenchido tem que existir essa necessidade, “*A medida da necessidade de socialização do agente é, no entanto, em princípio, o critério decisivo das exigências de prevenção especial*”¹¹⁷, o agente tem que ter essa carência, não existindo apenas se poderá conferir à pena uma função de advertência. Usar a pena de prisão como advertência no discurso de ódio surge vago de conteúdo, sendo necessário fazer uso de outros meios, nas palavras de BLANCA MARTÍN RÍOS “*Nesse tipo de conduta, baseada na intolerância dos sujeitos, outros tipos de sanções seriam muito mais construtivas e enriquecedoras com as quais o infrator seria obrigado a fazer contato com aquela realidade que, muitas vezes por ignorância, ele rejeita.*”¹¹⁸. Fazendo um paralelismo, no crime de violência doméstica presente no art.152º CP no nº 4 surge “*obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica.*”, programas destes moldes acabariam por atingir o *prius* da prevenção especial mais eficazmente que o encarceramento.

3.3.4 A detenção dos *Jus Puniendi*

O flagelo do discurso de ódio já tomou de assalto as redes sociais, tanto que como já exposto existe atualmente um Código de Conduta para combater o discurso de ódio ilegal online. Com a presença digital do discurso de ódio, existe uma mudança do campo de

¹¹⁵ Dias, Jorge de Figueiredo. “*Direito Penal Parte Geral Tomo I Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*”, 2º ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2007. P.54

¹¹⁶ Ibidem P.55

¹¹⁷ Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal Parte Geral Tomo I ...*” Op.Cit.P.82

¹¹⁸ Ríos, Blanca Martín. “*El tratamiento del delito de odio en el derecho penal español.*” *Revista Novos Estudio Jurídicos* 2021. P.82

batalha, trazendo consigo um novo oponente, “*com efeito, nos casos de difusão online, a eliminação e repressão do discurso de ódio penalmente relevante constitui uma missão que é assumida conjuntamente pelos Estados e pelas grandes empresas tecnológicas.*”¹¹⁹. Com esta parceria parece ter havido uma transladação do poder punitivo do Estado para as empresas.

O *jus puniendi* consiste no poder do Estado de “*definir os comportamentos que constituem crimes, determinar as sanções aplicáveis aos agentes e aplicá-las no caso de desobediência aos imperativos dos preceitos criminais e às situações de perigosidade criminal.*”¹²⁰. Com isto, sendo as empresas a primeira linha de combate, estas detêm o poder de censurar e controlar o que pode ser publicado, “*assumem a função de dirimir os conflitos de interesses públicos e privados que tradicionalmente é reservada ao poder judicial do Estado*”¹²¹ detendo o império da liberdade de expressão.

No que concerne ao discurso de ódio online fica-se entre a *espada e a parede*, o controlo por parte das empresas vem retirar poderes que apenas deviam ser do Estado, mas as redes sociais “*left unchecked*” apresentam-se como campos propícios para a dispersão deste discurso.

3.3.5 Indeterminabilidade da lei penal

Outro problema que assola esta criminalização é, a “*exigência da determinabilidade dos tipos penais imposta pelo princípio da legalidade criminal*”¹²². As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de ser de “*carácter geral e abstrato*”¹²³, que se aplique a uma generalidade de pessoas, a um conjunto indeterminado de casos.

No quadro do discurso de ódio, seria possível criar essa lei geral e abstrata, mas a mesma teria que ser de uma abertura imensurável, devendo-se isso como diz NUNO BRANDÃO das “*numerosas facetas*” do discurso de ódio “*e as suas formas de manifestação poderão assumir uma enorme plasticidade.*”¹²⁴, correndo o risco de se criar uma espécie de “buraco negro” em que, “*qualquer conduta ou comentário intolerante é*

¹¹⁹ Brandão, Nuno. “O discurso de ódio em perspectiva penal” *Op. Cit.* P.76

¹²⁰ Silva, Germano Marques da, “Direito Penal Português Parte Geral ...” *Op. Cit.* P.19

¹²¹ Brandão, Nuno. “O discurso de ódio em perspectiva penal.” *Op. Cit.* P.76

¹²² *Ibidem* P.76

¹²³ Canotilho, Gomes e Vital Moreira, “Constituição da República ...” *Op. Cit.* P.393

¹²⁴ Brandão, Nuno. “O discurso de ódio em perspectiva penal.” *Op. Cit.* P.76

classificado como crime de ódio e perseguido penalmente.”¹²⁵. Nesta situação, “*importa que a descrição da matéria proibida e de todos os outros requisitos de que dependa em concreto uma punição seja levada até um ponto em que se tornem objectivamente determináveis os comportamentos proibidos e sancionados e, conseqüentemente, se torne objectivamente motivável e dirigível a conduta dos cidadãos.*”¹²⁶

Pela sua “*indeterminação considerável*” e “*amplitude excessiva*”¹²⁷ torna-se menos que ideal um preceito penal referente ao discurso de ódio, sob pena “*de violação irremissível, neste plano do princípio da legalidade e sobretudo da sua teleologia garantística*”¹²⁸.

3.3.6 “Chilling effect”

O chamado “*chilling effect*” surgiu na jurisprudência do *Supreme Court*, este efeito ocorre quando existe uma regulamentação legal que pela sua imprecisão ou amplitude possa desencorajar o exercício de um direito fundamental – costuma associar-se à liberdade de expressão.¹²⁹

Como visto no capítulo da indeterminabilidade, o discurso de ódio é tudo menos estanque, colocando na sua criminalização o peso do efeito dissuasor do exercício da liberdade de expressão, como proferido na STC 110/2000, “*a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a sua natureza de elementos essenciais do ordenamento jurídico, permite-nos afirmar que não basta constatar que a conduta sancionada extrapola os limites da expressão constitucionalmente protegida, mas sim que deve assegurar que a reação ao referido excesso não possa produzir, 'devido à sua severidade, um sacrifício desnecessário ou desproporcional da liberdade de que privam, ou um efeito dissuasor ou desencorajador sobre o exercício dos direitos fundamentais envolvidos na conduta sancionada.*”¹³⁰

Posto isto, importa referir o limite absoluto das leis restritivas de direitos fundamentais, “*que consiste no respeito do conteúdo essencial dos respectivos preceitos*”¹³¹, por mais justificado que seja a limitação da liberdade de expressão através da

¹²⁵Ríos, Blanca Martín. “El tratamiento del delito de odio...” *Op. Cit.* P.83

¹²⁶ Dias, Jorge de Figueiredo, “*Direito Penal Parte Geral Tomo I ...*” *Op. Cit.* P.186

¹²⁷ Guirao, Rafael Alcácer, “Discurso del Odio y Discurso Político ...” *Op. Cit.* P.22

¹²⁸ Dias, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal Parte Geral Tomo I ...* “*Op. Cit.* P.186

¹²⁹ Guirao, Rafael Alcácer. “Discurso del Odio y Discurso Político...” *Op. Cit.* P.18

¹³⁰ Guirao, Rafael Alcácer. “Opiniones Constitucionales.” *Revista para análisis del derecho* 2018.P.30

¹³¹ Canotilho, Gomes e Vital Moreira, “*Constituição da República ...*” *Op. Cit.* P.393

criminalização do discurso de ódio ficará sempre a dúvida se não se estará a afetar o seu núcleo ou a pôr em causa o seu restante exercício “*a sanção de condutas periféricas ou limítrofes ao exercício deste direito fundamental implica uma forte presunção de inconstitucionalidade que, face às referidas deficiências na jurisprudência sobre discurso de ódio, aumenta as exigências de justificação.*”¹³²

¹³² Guirao, Rafael Alcácer. “Opiniones Constitucionales.” *Op. Cit.* P.31

Considerações Finais

*“Sabe-se bem que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar de qualquer coisa. Tabu do objeto, ritual da circunstância, direito privilegiado ou exclusivo do sujeito que fala.”*¹³³

O ódio não passa de uma mera emoção, uma discussão jurídica em volta de uma emoção é desprendida de sentido e razoabilidade, nunca sendo legítimo um preceito legal que proíba o ódio. Contudo a transmissão desse ódio já se demonstra como algo em que o Direito tem a oportunidade e dever de agir.

Um Estado de Direito Democrático tem como fundação a liberdade de expressão, a tolerância e respeito pelo desenvolvimento do homem, sendo que, essa liberdade corre o espectro do aprazível ao detestável, neste sentido o TEDH manifesta-se, *“a liberdade de expressão é aplicável não apenas a informações ou ideias que são favoravelmente recebidas ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também àquelas que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população.”*¹³⁴

Olhando esta questão à escala mundial, encontramos dois grandes polos de ideias, por um lado, os Estados Unidos onde o discurso de ódio é considerado uma extensão da liberdade de expressão, e esta, como direito supremo, alberga qualquer forma de discurso, sob o seu manto protetor, felizmente essa não é a nossa realidade, e o verso, o Velho Continente, onde também, na sua forma mais solene se apresenta como ideário, de transmissão de ideias, informações e opiniões, não é dada primazia máxima a este direito, daí a razão pela qual se aceita que a liberdade de expressão sofra limitações. Apesar de não surgir como postulado máximo, continua a ser um direito fundamental que acima de tudo deve ser respeitado, o discurso ódio assoma-se assim como um espinho que tem de ser retirado.

O discurso de ódio é, muito mais que a mera ofensa, este tem a capacidade de denegrir, humilhar e pôr em causa a vivência das pessoas na sociedade, *“numa base individual o discurso de ódio inflige dor emocional, stress, intimidação e medo nas suas vítimas”*¹³⁵, sendo-lhe imputado um desvalor merecedor de perseguição estadual. Como fenómeno global que se tornou existe um grande esforço por parte das instituições

¹³³Foucault, Michel. A ordem do discurso Aula inaugural no collège de France pronunciada em 2 de Dezembro de 1970. Edições Loyola, 1996.

¹³⁴ CASE OF HANDYSIDE v. THE UNITED KINGDOM (Application no. 5493/72)

¹³⁵ Webb, Thomas J. “Verbal Poison - Criminalizing Hate Speech: Op. Cit. P.446

internacionais para combatê-lo, sendo essa uma tarefa tão difícil como apanhar fumo com as mãos. Compreensível a dificuldade, como qualquer discurso também o do ódio vem munido da característica da mutabilidade, a palavra flui conforme a vontade do orador.

Posto isto, o foco deste estudo está na possibilidade de uma repressão penal do discurso de ódio, o direito penal, atualmente, já sanciona o incitamento ao ódio e à violência, no nosso CP no artigo 240º, a nosso ver de forma correta, pois esta tipologia de discurso de ódio traz insegurança e temor a uma sociedade que se quer pacífica, pondo em causa uma panóplia de bens jurídicos, como a honra, a paz pública, e até certo ponto a própria integridade física.

No discurso de ódio desprovido do carácter de incitamento, a realidade é distinta, porque é difícil determinar o que se pretende proteger, ou seja, é nos penoso delinear qual o bem jurídico. À volta desta problemática, apresentou-se à possibilidade dois grandes preceitos jurídicos, como possíveis respostas, a dignidade humana e a paz pública, cada um deles sobrecarregados de problemas.

Na dignidade humana estamos, perante um princípio basilar e não um bem jurídico, na medida em que, é notório que o direito penal em todas as suas incriminações acaba por proteger a dignidade humana. Este princípio é o alicerce de todos os direitos fundamentais, logo instrumentalizá-lo torna-se uma redundância.

A paz pública é, um conceito vago e indeterminado, que se alonga na segurança de todos os cidadãos. Um comportamento idóneo a perturbar a paz pública terá de ser entendido de uma forma ampla, MIEBACH/SCHÄFER entendem como “*apto a uma evocação direta aberta ou latente contra uma violência potencial em relação a certos segmentos populacionais, com a correspondente quebra de confiança na segurança jurídica*”¹³⁶, terá de ser tal modo gravoso que ponha em causa a própria confiança no sistema, algo que não se associa de forma linear às condutas do discurso de ódio.

Na ordem penal, não basta apenas ter um bem jurídico a proteger, a viabilidade da criminalização depende do teste do Princípio da Proporcionalidade, as medidas penais têm de ser adequadas, necessárias e proporcionais ao fim almejado. No quadro do discurso de ódio não se consegue afirmar a aplicação destes subprincípios, porque os meios a utilizar em larga medida ultrapassariam o aceitável para o fim que se ambiciona.

¹³⁶ Leite, André Lamas, “Direito Penal e discriminação religiosa: ...” *Op. Cit.* P.888

Poder-se-ia ficar com a opinião de que esta dissertação vem erigir um muro à criminalização do discurso de ódio, não chegaremos tão longe, é pertinente ser aberta a discussão da incriminação do discurso de ódio, pela sua atualidade, relevância e pelos efeitos visíveis que tem e que nos afetam enquanto sociedade, mas em seu torno, é necessário ter em conta os riscos que a mesma traz, sendo o pior a possibilidade de se criar um efeito de censura da palavra, neste sentido “*em nome de uma moralmente correta política do amor tem que ser objeto de maior precaução, sob pena de a nova liberdade de expressão acabar por se confundir com a velha censura*”¹³⁷

Depois de tudo exposto nesta dissertação, uma conclusão se retira, o perigo que o discurso de ódio representa e o mal que o mesmo consegue infligir nos outros, mas podemos afirmar que o direito penal não se demonstra como o meio mais apropriado para solucionar este problema, apresenta mais riscos que proveito, a utilização do direito penal, para o discurso de ódio é o equivalente a usar uma marreta para abrir uma noz, funcional, porém pouco prático, devendo o discurso de ódio ser direcionado para outros ramos do direito, como o direito das contraordenações ou o direito civil.

¹³⁷ Machado, Jónatas Eduardo Mendes, “*Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais ...*” *Op. Cit.* P.847

Bibliografia

- Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia. “Discurso de Ódio e Crimes de Ódio contra a População LGBT Factsheet.” 2009.
- Albuquerque, Paulo Pinto de. *COMENTÁRIO DO CÓDIGO PENAL à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 2ª. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010.
- Alexandrino, José Melo. *Constituição Portuguesa Anotada*. Ed. Jorge Miranda e Rui Medeiros . 2ª rev., atual. e ampliada. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- Almeida Costa, A., & Oliveira e Silva, S. “O Discurso de Ódio em perspectiva penal.” *Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio: actas do colóquio*. Porto: Universidade do Porto. Reitoria , Porto, 2020.
- Andrade, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*. Almedina, 2019.
- Antunes, Maria João. in Dias, José Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial Tomo II Artigos 202º a 307º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Antunes, Maria João. “Direito penal, direito processual penal e direito da execução das sanções privativas da liberdade e jurisprudência constitucional.” *Revista Julgar* 2013.
- ARTICLE 19 . *Hate speech Explained: A Toolkit*. Londres, 2015.
- Brandão, Nuno e António Miguel Veiga. *Terrorismo Legislação Comentada e Textos Doutriniais*. Ed. (Coord) Maria João Antunes e José Manuel Aroso Linhares. Coimbra: Instituto Jurídico, 2019.
- Brandão, Nuno. “Bem Jurídico e Direitos Fundamentais: Entre a Obrigação Estadual de Proteção e a Proibição do Excesso.” Costa, Almeida, et al. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*. Coimbra: Universidade de Coimbra, Instituto Jurídico, 2017.

- . “O discurso de ódio em perspectiva penal.” *Liberdade de expressão, liberdade de imprensa e discurso de ódio: actas do colóquio*. Ed. António Manuel de Almeida Costa e Sandra Oliveira e Silva. Porto: Reitoria Universidade do Porto, 2020.
- Bravo, Jorge dos Reis. “Liberdade de expressão na Era digital: o resgate de um direito humano? .” *Revista do Ministério Público* Outubro-Dezembro de 2019.
- Brugger, Winfried. “Proibição ou Proteção do Discurso do Ódio? Algumas Observações sobre o Direito Alemão e o Americano.” *Revista Direito Público* 2009: 117-136.
- Caeiro, Pedro. in, Dias, Jorge Figueiredo (dir.). *Comentário conimbricense do código penal: Tomo III: parte especial: Artigos 308 a 386*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- Cannie, Hannes e Dirk Voorhoof. “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: An Added Value for Democracy and Human Rights Protection?” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2011.
- Canotilho , Gomes e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4^a rev. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- Cunha, José Manuel Damião da. in, Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial Tomo II Artigos 202º a 307º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Cunha, Maria da Conceição da Ferreira. *Constituição e Crime: Uma perspectiva da Criminalização e da Descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.
- Dias, Jorge de Figueiredo. in, Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário Conimbricense do Código Penal Parte Especial Tomo II Artigos 202º a 307º*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- . “O "direito penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional implícito.” *Revista de Legislação e Jurisprudência* Maio-Junho de 2016.
- . “Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro.” *Revista da Ordem dos Advogados* 1983.

- Dias, Jorge Figueiredo. *Direito Penal Parte Geral Tomo I Questões Fundamentais A Doutrina Geral do Crime*. 2ª ed. Coimbra Editora, 2007.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (Press Unit). . “Hate speech - factsheet.” 2020.
- Foucault, Michel. *A ordem do discurso Aula inaugural no collège de France pronunciada em 2 de Dezembro de 1970*. Edições Loyola, 1996.
- Guirao, Rafael Alcácer. “Discurso del Odio y Discurso Político En defensa de la libertad de los intolerantes.” in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 26 de Febrero de 2012.
- . “Opiniones Constitucionales.” *Revista para análisis del derecho* 2018.
- Leite, André Lamas. “Direito Penal e discriminação religiosa: subsídios para uma visão humanista.” *Revista O direito* 2012.
- Machado, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de Expressão – Dimensões Constitucionais da Esfera pública no sistema social*. Coimbra Editora, 2002.
- Moniz, Helena. in, Dias, Jorge de Figueiredo (dir.). *Comentário conimbricense do código penal: Tomo II: parte especial: Artigos 202 a 307*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.
- Mota, Francisco Teixeira da. “Liberdade de Expressão — A jurisprudência do TEDH e os tribunais portugueses.” *Revista Julgar* Maio-Agosto de 2017.
- Nações Unidas. “ Special Rapporteur David Kaye, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” (A/74/486).” 2019.
- . “Special Rapporteur Frank la Rue, “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression” (A/67/357).” 2012.
- . “United Nations Strategy and Plan of Action on Hate Speech Detailed: Guidance on Implementation for United Nations Field Presences.” 2020.
- Novais, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana Vol. I - Dignidade e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2015.

- Office for Democratic Institutions and Human Rights. *Hate crime laws: a practical guide*. Varsóvia: ODIHR, 2009.
- Pinto, Frederico Lacerda Costa. “Delitos de bagatela (The «de minimis» doctrine in criminal cases).” *Revista Penal* 2015.
- Ríos, Blanca Martín. “EL TRATAMIENTO DEL DELITO DE ODIO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL.” *Revista Novos Estudo Jurídicos* Jan-Abr de 2021.
- Roxin, Claus. “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma penal posto à prova.” *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* Janeiro-Março de 2013.
- Sarlet, Info Wolfgang. “Cosntituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: O Direito Penal entre a proibição do excesso e de insuficiência.” *Revista Opinião Jurídica* 2006.
- Silva, Germano Marques da. *Direito Penal Português Parte Geral Introdução e Teoria da Lei Penal*. Lisboa: Editorial Verbo, 2001.
- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. *Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights: Freedom of expression*. Estrasburgo, 2020.
- . *Guide on Article 17 of the European Convention on Human Rights: Prohibition of abuse of rights* . Estrasburgo, 2020.
- Tulkens, Françoise. “When to say is to do Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights.” *Seminar on Human Rights for European Judicial Trainers*. 2012.
- Waldron, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- Webb, Thomas J. “Verbal Poison - Criminalizing Hate Speech: A Comparative Analysis and a Proposal for the American System.” *Washburn Law Journal* 2011.
- Weber, Anne. *Manual on Hate Speech* . Strasbourg: Council of Europe Publishing , 2009.

Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão nº108/99 Processo nº 469/98 Relator: Conselheiro Messias Bento

Acórdão nº 480/92 Processo nº 496/91 Relator: Conselheiro Alves Correia

Acórdão nº81/84 Processo nº 22/84 Relator: Conselheiro Messias Bento

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão STJ (05-07-2012) Relator: Santos Cabral

Acórdão STJ (29-11-2016) Relator: Alexandre Reis

Acórdão STJ (23-12-2019) Relator: Lopes da Mota

Tribunal Relação Évora

Acórdão (07-12-2012) Relator: Ana Barata Brito

Tribunal Constitucional Espanhol

SENTENCIA TCE 110/2000, de 5 de mayo

Tribunal Europeu dos Direitos dos Homens

Case of Handyside v. The United Kingdom (application no. 5493/72)

Case of Wingrove v. The United Kingdom (application no. 17419/90)

Case of Dieudonné M'bala M'bala v. France (Application no. 25239/13)

Case of Garaudy v. France (no. 65831/01).

Case of Williamson v. Germany (application no. 64496/17)

Case of Le Pen v. France (application no. 18788/09)

Case of Pastörs v. Germany (Application no. 55225/14)

Supremo Tribunal dos EUA

Matal v. Tam - Supreme Court 2017